

Collana della Rivista di Diritto Romano

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO
SAGGI

Arnaldo Biscardi

ACTIO
PECUNIAE TRAIECTICIAE

CONTRIBUTO ALLA DOTTRINA
DELLE CLAUSOLE PENALI

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

LED

Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

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

Copyright 2019

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: www.lededizioni.com

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

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

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

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

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

Stampa: Andersen Spa

Indice generale

Introduzione, di <i>Ivano Pontoriero</i>	p.	IX
--	----	----

Actio pecuniae traiecticae Contributo alla dottrina delle clausole penali

Prefazione	p.	3
<i>Actio pecuniae traiecticae</i> : contributo alla dottrina delle clausole penali (§§ 1-15)	”	7
Indici	”	105
Postilla: Nuovi spunti critici e ricostruttivi sull'istituto della <i>pecunia traiectica</i>	”	119
Appendice: Edizione critica di P. Vindob. G. 19.792	”	155
Riepilogo	”	163
Postfazione, di <i>Ferdinando Zuccotti</i>	”	169

Si ringraziano Ruggero e Gerardo Cerofolini, titolari dei diritti relativi al libro, di avere gentilmente consentito questa ripubblicazione.

In ricordo di Marialuisa Biscardi

Ivano Pontoriero

Introduzione (*)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Introduzione

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Introduzione

Quanto ai primi, Rolf Knütel ha sostenuto che la pena convenzionale nel prestito marittimo sarebbe da annoverare tra le «echte Vertragsstrafen» («clausole penali proprie») ¹¹, mentre, più di recente, anche Amalia Sicari è giunta alla conclusione che la *stipulatio poenae* assumesse, con riferimento alla *pecunia traiecticia*, solo i connotati della stipulazione penale di garanzia ¹². Prendendo in considerazione le ricerche sull'operazione di finanziamento in esame, Amelia Castresana Herrero ha a sua volta ritenuto che la previsione di una penale svolgesse semplicemente una funzione di garanzia ¹³.

Sulla *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine* – giungendo a conclusioni originali in ordine agli strumenti di protezione delle aspettative creditorie – si è soffermato, inoltre, Fernando Reinoso Barbero ¹⁴. L'autore ha ipotizzato che la *stipulatio poenae*, frequentemente attestata dalle fonti in materia di prestito marittimo, costituisse uno strumento destinato a permettere il funzionamento di un particolare procedimento di natura arbitrale e che l'esercizio dell'azione da essa scaturente fosse dalle parti sottoposto a un breve termine perentorio ¹⁵.

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

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

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

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

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

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

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

essere ricordato, a tale proposito, che alcuni autori, tra cui lo stesso Biscardi, hanno ritenuto di poter individuare nella ναυλωτική ἐκσφραγισμένη menzionata in *Tab. Pomp.* 13¹⁷, in luogo di un «Seefrachtvertrag» («contratto di trasporto marittimo») ¹⁸, un prestito marittimo ¹⁹. Un certo seguito ha avuto anche l'interpretazione secondo cui, essendo stato concluso un contratto di trasporto marittimo, il *navicularius* Menelao avrebbe solo dichiarato di aver ricevuto dallo schiavo Primo la somma di mille denari, che sarebbe stata poi effettivamente pagata soltanto nel caso di perdita del carico ricevuto per il trasporto e appartenente a *P. Attius Severus*. Le parti avrebbero, dunque, fatto ricorso a una forma di assicurazione marittima ²⁰. La riconducibilità di questo documento al prestito marittimo, come pure quella di *Tab. Pomp.* 34 (= *TP Sulp.* 31, 2-3), sembra oggi da escludere definitivamente ²¹.

XXXVII, 1991, p. 169-173.

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

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

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

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

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

Introduzione

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

2. La monografia di Arnaldo Biscardi, come si è visto, intende offrire una risposta all'interrogativo concernente gli strumenti processuali a disposizione del finanziatore di un prestito marittimo per ottenere la restituzione del capitale erogato e il pagamento degli interessi. In proposito, sono state formulate dalla storiografia più risalente diverse ipotesi: esperibilità dell'*actio ex stipulatu*, o, nel caso in cui una *stipulatio* non fosse stata posta in essere dai contraenti, della *condictio ex lege*, impiego dell'*actio praescriptis verbis*, sul presupposto della riconducibilità del prestito marittimo ad una convenzione innominata secondo lo schema *do ut des*, o, ancora, quella secondo cui il pretore avrebbe potuto concedere delle *actiones in factum*²².

A questo quadro devono aggiungersi anche le opposte ricostruzioni proposte negli anni Trenta del Novecento da Francesco De Martino e dallo stesso Biscardi, la prima diretta a negare ogni autonomia al prestito marittimo all'interno del sistema contrattuale romano, con la conseguenza che il finanziatore avrebbe potuto servirsi degli strumenti processuali a disposizione del mutuante che avesse, eventualmente, concluso una *stipulatio*, la seconda propensa invece ad ammettere che il finanziatore avrebbe potuto fare ricorso, oltre che all'*actio ex stipulatu*, naturalmente sul presupposto che una *stipulatio* fosse stata effettivamente conclusa, all'*actio certae creditae pecuniae* per ottenere il pagamento di interessi solo pattuiti, la cui misura, però, fosse stata determinata dai contraenti in un preciso ammontare, dando così vita ad un *certum*²³.

Dopo aver illustrato e valutato criticamente le ipotesi in precedenza avanzate dalla letteratura romanistica (§§ 1-2), il lavoro di Biscardi si concentra (§ 3)

²² Per la possibilità di un ricorso all'*actio ex stipulatu*, o, in alternativa, alla *condictio ex lege*, si pronuncia C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, XXI, 1, Erlangen, 1820, p. 200 (= *Commentario alle Pandette*, XXII – cur. P. Cogliolo e C. Fadda –, tradotto ed annotato da S. Perozzi, F. Mancaloni, L. Gianturco, L. Ferrara [il titolo D. 22.2 è stato tradotto e annotato da F. Mancaloni], Milano, 1906, p. 178-179). Sono riconducibili a questo indirizzo anche le posizioni espresse da B. MATTHIAS, *Das «foenus nauticum» und die geschichtliche Entwicklung der Bodmerei*, Würzburg, 1881, p. 53-54, e Ph.É. HUSCHKE, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn und den dazu gehörigen Materien*, Stuttgart, 1882, p. 221-238. La tesi secondo cui sarebbe stato possibile esperire l'*actio praescriptis verbis* è sostenuta da F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VI, Berlin, 1847, p. 131, nt. m (= *Sistema del diritto romano attuale*, VI, trad. V. Scialoja, Torino, 1896, p. 153, nt. m), seguito da H. KLEINSCHMIDT, *Das «foenus nauticum» und dessen Bedeutung im römischen Rechte*, Heidelberg, 1878, p. 51, e da H. SIEVEKING, *Das Seedarlehen des Altertums*, Leipzig, 1893, p. 39. Ritene invece che la tutela si sia basata sulla concessione di *actiones in factum* O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 1310. Per una posizione più articolata, si veda G. BESELER, *Das «edictum de eo quod certo loco»*, Eine rechtshistorische Untersuchung, Leipzig, 1907, p. 82, nt. 1.

²³ Cfr., rispettivamente, DE MARTINO, *Sul «foenus nauticum»*, cit., p. 217-247 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 3-30) e BISCARDI, *La struttura classica del «foenus nauticum»*, cit., in specie p. 366-368.

Introduzione

sull'esegesi di D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad ed.*), considerato dall'autore un testo-chiave, che, secondo la ricostruzione proposta, permetterebbe di fornire una risposta all'interrogativo concernente gli strumenti di tutela esperibili dal finanziatore di un prestito marittimo²⁴.

Il brano ulpiano si sofferma sull'analisi dei presupposti richiesti dal pretore per la concessione dell'*actio de peculio*²⁵. Il pretore concede questa azione nel caso in cui sia stato concluso un negozio tra un soggetto libero e un soggetto sottoposto all'altrui potestà²⁶. Ulpiano prende in considerazione la condotta di uno schiavo che, comportandosi da libero, abbia concluso un compromesso (*'Si servus, cum se pro libero gereret, compromiserit'*). L'interrogativo prospettato è se possa essere concessa nei confronti del *dominus* l'*actio de peculio* per la penale scaturente dal mancato rispetto del lodo arbitrale, come se fosse stato concluso un negozio, come accade nel caso del prestito marittimo (*'quaeritur, an de peculio actio ex poena compromissi quasi ex negotio gesto danda sit, sicuti traiecticiae pecuniae datur'*)²⁷.

Se uno schiavo ha preso in prestito del denaro destinato al finanziamento di un'impresa di commercio da svolgersi oltremare è concessa, essendo integrato il requisito previsto dall'editto del pretore, l'*actio de peculio* nei confronti del *dominus* per il pagamento della penale promessa. Ulpiano fornisce, ricordando anche l'opinione in tal senso di Nerva figlio, una risposta negativa alla questione prospettata: l'*actio de peculio* non dovrà essere concessa in ragione del compromesso concluso dallo schiavo (*'sed hoc et Nervae filio et mihi videtur verius ex compromisso servi non dandum de peculio actionem'*)²⁸. La regola scatu-

²⁴ BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., rispettivamente p. 3-12 e p. 12-24 (p. 7-13 e p. 13-22).

²⁵ D. 15.1.1.2 (Ulp. 29 *ad ed.*): *'Verba autem edicti talia sunt: Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit'*. Cfr. O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, p. 273-286.

²⁶ Sul presupposto costituito dalla conclusione di un atto negoziale, con ampia rassegna di fonti, cfr. ora M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle «actiones adiecticiae qualitatis»*, Torino, 2001, p. 347 e nt. 32, nonché R. PESARESI, *Studi sull'«actio de peculio»*, Bari, 2012, in specie p. 11-15.

²⁷ Sulla struttura del *compromissum* in diritto romano, oltre al classico studio di G. LA PIRA, *«Compromissum» e «litis contestatio formulare»*, in «Studi S. Riccobono nel XI anno del suo insegnamento», II, Palermo, 1936, p. 187-226, cfr. M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di «compromissum»*, Milano, 1958, p. 1-100, L. DE GIOVANNI, *L'arbitrato nell'esperienza giuridica romana*, in «Sull'arbitrato. Studi G. Verde» – cur. F. Auletta, G.P. Califano, G. Della Pietra, N. Rascio –, Napoli, 2010, in specie p. 333-335; nella letteratura più recente, si veda N. RAMPAZZO, *«Sententiam dicere cogendum esse». Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli, 2012, p. 44-57.

²⁸ Regola analoga è affermata in D. 4.8.32.8 (Paul. 13 *ad ed.*): *'Si servus compromiserit, non cogendum dicere sententiam arbitrum, nec si dixerit, poenae executionem dandum de peculio putat*

risce attraverso un procedimento di interpretazione analogica. La motivazione addotta a fondamento della soluzione è, infatti, che l'*actio de peculio* non è concessa nei confronti del *dominus* neanche nell'ipotesi in cui lo schiavo sia stato condannato in giudizio (*'quia nec si iudicio condemnnetur servus, datur in eum actio'*)²⁹. L'incapacità processuale dello schiavo è, in altri termini, posta a fon-

Octavenus. sed an, si liber cum eo compromiserit, exsecutio adversus liberum detur, videamus: sed magis est, ut non detur'. Ottaveno riteneva, nell'ipotesi in cui fosse stato concluso un compromesso da uno schiavo, da un lato, che l'arbitro designato dalle parti non fosse costretto a pronunciare il lodo (*'non cogendum dicere sententiam arbitrum'*) e che, dall'altro, nel caso in cui il lodo fosse stato pronunciato, non potesse essere concessa l'*actio de peculio* contro il *dominus* per il pagamento della *poena ex compromisso* (*'nec si dixerit, poenae executionem dandam de peculio'*). Paolo si chiede, altresì, se al *dominus* spetti l'azione contro il soggetto libero (*'sed an, si liber cum eo compromiserit, exsecutio adversus liberum detur, videamus'*). All'interrogativo è data una risposta negativa (*'sed magis est, ut non detur'*). Cfr., sul punto, TALAMANCA, *Ricerche in tema di «compromissum»*, cit., p. 131-132, nt. 210. Il brano paolino appena richiamato, diversamente da quanto accade in D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad ed.*), non contiene la precisazione che lo schiavo aveva concluso il compromesso comportandosi da libero. Il rilievo è stato oltremodo valorizzato, già nella *Postilla* aggiunta alla seconda edizione del suo studio, da BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 192-193 (p. 142-143), e ID., *La capacità processuale dello schiavo*, in «Labeo», XXI, 1975, p. 149-152, per sostenere la tesi secondo cui vi sarebbe stata (cito da p. 147 di quest'ultimo lavoro): «una risalente difformità di opinioni fra i giureconsulti circa la capacità dello schiavo di stare in giudizio (e non solo *extra ordinem*!) nell'interesse del suo padrone, allo stesso modo che egli poteva nell'interesse di costui *negotia gerere*». Ulteriore argomento ricavato da D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad ed.*) e addotto dall'autore a sostegno di questa tesi è costituito dal richiamo ulpiano dell'opinione di Nerva figlio, giurista vissuto più di un secolo prima. In senso contrario, si veda tuttavia A. BURDESE, *Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi*, in «Studi A. Biscardi», I, cit., p. 152-153, il quale sottolinea come l'inciso *'cum se pro libero gereret'* valga, piuttosto, ad escludere la responsabilità *de in rem verso* o *quod iussu* del *dominus*, avendo lo schiavo agito in piena autonomia e come la diversità tra la descrizione della fattispecie in D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad ed.*) e D. 4.8.32.8 (Paul. 13 *ad ed.*) non debba essere enfatizzata.

²⁹ Il pronome *'eum'* non può che riferirsi al *dominus*. Lo schiavo non ha, infatti, capacità processuale e il passaggio si riferisce ad un'*actio de peculio*. Sul punto, si vedano, in particolare, le considerazioni di BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 577-579 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 13-15 [p. 14-15]) e di BURDESE, *Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi*, cit., p. 152. L'incapacità processuale degli schiavi è attestata da numerose fonti (D. 2.7.3.pr. [Ulp. 5 *ad ed.*], D. 2.11.13 [Iul. 55 *dig.*], C.I. 3.1.6 [Gord. A. Iuniae, a. 239]; C.I. 3.1.7 [Diocl. et Max. AA. et CC. Irenae, a. 294], C.I. 3.41.5 [Diocl. et Max. AA. et CC. Menophilo, a. 294]). Particolarmente significativo, anche perché inserito dai compilatori nel titolo D. 50.17 – *'De diversis regulis iuris antiqui'* –, è D. 50.17.107 (Gai. 1 *ad ed. prov.*): *'Cum servo nulla actio est'*. La letteratura romanistica considera l'incapacità processuale dello schiavo in età classica e in età bizantina un dato inconfutabile. Cfr., sul punto, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, Milano, 1963, p. 280-282. Avanza il dubbio che l'incapacità processuale dello schiavo si sia affermata in conseguenza del prevalere di un orientamento sabiniano contro l'opinione sostenuta dai giuristi della scuola opposta,

Introduzione

damento dell'esclusione della responsabilità *ex peculio* del *dominus* per la pena scaturente dalla violazione delle prescrizioni del lodo arbitrale³⁰.

Secondo Biscardi, Ulpiano avrebbe richiamato, accanto all'*actio de peculio ex poena compromissi*, proprio l'*actio de peculio ex poena traiecticiae pecuniae*, in ragione delle affinità strutturali esistenti tra il *compromissum*, tutelato attraverso stipulazioni penali reciproche e la *pecunia traiecticia*, in relazione alla quale l'impiego della stipulazione penale è frequentemente attestato³¹. Da ciò Biscardi ricava la conclusione che il prestito marittimo veniva tutelato da un'azione chiamata *actio pecuniae traiecticiae* e che tale azione «aveva la struttura di un'*a. ex stipulatu*, derivante da quella *stipulatio poenae*, che accompagnava, secondo l'uso, le contrattazioni di prestito marittimo»³².

Il prosieguo della trattazione (§ 4) si sofferma sulla *stipulatio poenae*, della quale vengono ricordati i molteplici impieghi nella prassi contrattuale romana, sia per «rafforzare il vincolo di un'obbligazione pienamente efficace», sia allo scopo di «sancire indirettamente la efficacia di rapporti, che l'ordinamento giuridico romano non ammetteva in quanto tali o riconosceva solo in maniera imperfetta», come sarebbe avvenuto, secondo la tesi formulata dall'autore, anche nel caso della *pecunia traiecticia*³³.

Viene quindi esaminata (§ 5) la struttura della stipulazione penale impiegata dai contraenti, tenendo conto dei due modelli fondamentali descritti

BISCARDI, *La capacità processuale dello schiavo*, cit., p. 143-171, in particolare, p. 163-165. In senso contrario, si veda però l'analisi di BURDESE, *Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi*, cit., p. 147-180.

³⁰ Così BURDESE, *Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi*, cit., p. 153.

³¹ Si tratta, segnatamente, di D. 3.5.12(13) (Paul. 9 *ad ed.*), D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad ed.*), D. 22.2.8 (Ulp. 77 *ad ed.*), D. 22.2.9 (Lab. 5 *pith. a Paul. epit.*), D. 44.7.23 (Afric. 7 *quaest.*). In tutta evidenza – perché la fattispecie riflette il medesimo regolamento di interessi descritto dall'*incipit* di D. 44.7.23 e, dunque, nonostante manchi un espresso richiamo ad una *poena traiecticiae pecuniae nomine* – anche alla *stipulatio 'pro operis servi traiecticiae pecuniae gratia secuti'* ricordata da D. 22.2.4.1 (Papin. 3 *resp.*) deve essere riconosciuta natura penale. Lo stesso deve essere osservato a proposito della clausola di conversione del prestito da ἀμφοτερόπλουv in ἑτερόπλουv, nell'ipotesi in cui il debitore non fosse ripartito da Brindisi a Berito entro le idi di settembre, attestata da D. 45.1.122.1 (Scaev. 28 *dig.*). D. 13.4.2.8 (Ulp. 27 *ad ed.*) menziona, al contrario, il caso in cui il finanziatore di un prestito marittimo sia, a sua volta, debitore di una somma di denaro, con previsione del pagamento di una penale in caso di inadempimento. Sul punto, cfr. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 103-104, nt. 2.

³² BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 588 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 24 [p. 22]).

³³ BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 589-590 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 25-26 [p. 23]).

in D. 45.1.115.2 (Papin. 2 *quaest.*)³⁴. L'analisi delle testimonianze (D. 44.7.23

³⁴) Dal punto di vista strutturale la *stipulatio poenae* può essere ricondotta – senza tuttavia dimenticare l'attestazione di *conceptiones* assai diversificate in ragione degli obbiettivi di volta in volta perseguiti dalle parti contraenti (cfr. D. 17.2.71.pr. [Paul. 3 *epit. Alf. dig.*], D. 45.1.71 [Ulp. 13 *ad ed.*], D. 45.1.137.7 [Ven. 1 *stipul.*]) – a due modelli fondamentali. Siffatta ricostruzione trova fondamento testuale in D. 45.1.115.2 (Papin. 2 *quaest.*): 'Item si quis ita stipuletur: 'si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?' Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilum dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim beredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. itaque potest Sabinus sententia recipi, si stipulatio non a condizione coepit, veluti 'si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?', sed ita concepta sit stipulatio: 'Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?' quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur. Nel primo modello, la *conceptio verborum* è così articolata: 'si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?'. Nel secondo, al contrario, le parti seguono lo schema 'Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?'. Papiniano, a proposito di quest'ultimo modello, osserva che la *stipulatio*: 'non a condizione coepit'. La distinzione non ha una portata meramente descrittiva, ma è carica di conseguenze sul piano normativo. Papiniano, infatti, ricollega ai due modelli diversi regimi in materia di *missio poenae*. Se la *stipulatio* è costruita secondo il modello 'si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?', sul debitore grava soltanto l'obbligazione – sottoposta a condizione – di pagare la penale. Diversamente, se la *stipulatio non a condizione coepit*, il debitore è obbligato ad eseguire la prestazione principale. L'indadempimento di quest'ultima condizione poi la scadenza della pena. Cfr., sul punto, TALAMANCA, *Ricerche in tema di «compromissum»*, cit., p. 40-41 e nt. 17; cui adde C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, II, 1, Torino, 2003, p. 255-265. Per un'ampia esegesi del passo e la formulazione dell'ipotesi che l'inciso 'sed et ... pecunia petatur' possa essere considerato una nota paolina, si veda SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, cit., p. 68-123. Su D. 45.1.115.2, cfr., nella più recente letteratura, M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla «stipulatio poenae»*, Torino, 2018, p. 10-20. La dottrina romanistica usa diverse denominazioni per descrivere ciascuno dei due modelli menzionati. Così, G. DONATUTI, *Di un punto controverso in materia di stipulazione penale*, in «SDHL», I, 1935, p. 303, distingue tra *stipulatio poenae* condizionale e stipulazione penale in funzione di garanzia (nel caso in cui la *stipulatio non a condizione coepit*). Particolarmente attenta al profilo funzionale è la classificazione proposta da FREZZA, *La clausola penale*, cit., p. 271-272 (= *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, cit., p. 309-311), che traccia la distinzione tra clausola penale propria e impropria. Rilevante per l'attribuzione della qualifica di propria o impropria è la considerazione della funzione di garanzia svolta dal negozio. Tale funzione manca e, dunque, è possibile parlare di clausola penale impropria nel caso in cui il debitore risulti essere obbligato solo al pagamento della penale. VOCI, *La responsabilità del debitore da «stipulatio poenae»*, cit., p. 323, preferisce distinguere tra stipulazione penale autonoma e non autonoma. KNÜTEL, «*Stipulatio poenae*». *Studien zur römischen Vertragsstrafe*, cit., p. 27, focalizzando l'attenzione sul profilo strutturale, distingue tra promessa di una penale indipendente («selbständigen Strafversprechen») e stipulazione doppia («Doppelstipulation»). Si tratta di scelte definitorie pressoché fungibili, in grado, tuttavia, di orientare l'attenzione dell'interprete su determinati profili di

Introduzione

[Afric. 7 *quaest.*]; D. 22.2.9 [Lab. 5 *pith. a Paul. epit.*]) porta l'autore a concludere che le parti contraenti facessero ricorso a una *stipulatio poenae quae a conditione coepit*, vale a dire a una *stipulatio poenae* principale: «dopo che tutte le condizioni della *pecunia traiecticia* erano state presumibilmente stabilite fra le parti in un'apposita *conventio*, di cui molto spesso, se non sempre, sarà stata conservata memoria in un documento scritto (*cantio pecuniae traiecticiae*: cfr. D. 45, 1, 122 § 1), il negozio doveva essere suggellato il più delle volte da una clausola penale riassuntiva di questo genere: '*Si adversus ea factum erit*' o – più specificamente – '*si ad diem pecunia, ut inter eos convenit, soluta non erit*' – '*sestertium X milia poenae nomine dari stipulatus est L. Titius, spondit C. Seius*'»³⁵.

L'autore si sofferma a questo punto (§ 6) sull'esegesi di D. 44.7.23 (Afric. 7 *quaest.*). L'opera pervenutaci sotto il nome di *quaestiones* e attribuita ad Africano ha suscitato un vivace dibattito: a prescindere dall'interrogativo se il giurista abbia effettivamente scritto una raccolta di *quaestiones*, è, in particolare, oggetto di discussione il rapporto tra questa raccolta e la produzione riconducibile a Salvio Giuliano³⁶. Il testo, nella sua parte iniziale, ricorda che era stato convenuto attraverso una *stipulatio* (come abitualmente accadeva nella prassi commerciale) il pagamento di una penale, nell'ipotesi in cui il debitore non avesse adempiuto alla scadenza del termine stabilito, quale corrispettivo per il mancato godimento delle *operue* del *κερμακόλουθος*, incaricato di ottenere la re-

carattere strutturale o funzionale. Per quest'ultima osservazione si vedano, in particolare, M. TALAMANCA, 'Pena privata', in «ED.», XXXII, Milano, 1982, p. 712-713, nonché SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, cit., p. 31-36.

³⁵ BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 599 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 35 [p. 29]).

³⁶ E' stato ipotizzato che l'opera, non essendo mai citata dai giuristi della tarda classicità, sia stata redatta in età postclassica, attraverso l'impiego di materiali provenienti dai *digesta* di Salvio Giuliano e dalle *epistulae* di Africano. Non è facile attribuire le opinioni riportate all'uno o all'altro giurista. Nessun valore può essere dato alla presenza delle forme verbali '*respondi*' o '*respondit*'. Esse, infatti, derivano dallo scioglimento dell'abbreviazione 'R', anticamente usata nella tradizione manoscritta. Sul punto, si veda F. SCHULZ, *History of Roman legal science*, Oxford, 1946 [rist. Oxford, 1953], p. 230-231 (= *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 291-292 [= *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1975, p. 414-416]). La tesi della redazione postclassica dell'opera è sembrata poco verisimile o, comunque, non dimostrabile a L. CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano*³, Palermo, 1948 [rist. Palermo, 1976], p. 234, nt. 133. E' possibile che Africano abbia riordinato nelle *quaestiones* alcuni degli insegnamenti impartiti da Salvio Giuliano. Per questa ipotesi, cfr. A. M. HONORÉ, *Julian's Circle*, in «TR.», XXXII, 1964, p. 9-18. Interessanti osservazioni sulle coordinate culturali dell'opera di Africano sono formulate da P. CERAMI, *Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano (A proposito di D. 35. 2. 88 pr.)*, in «Iura», XXII, 1971, p. 127-137.

stituzione del prestito (*Traiecticiae pecuniae ... erat deducta*)³⁷. Biscardi osserva in proposito come non possa essere considerata usuale la stipulazione di una *poena*, quale compenso per le *operae* del κερμακόλουθος. In D. 22.2.4.1 (Papin. 3 *resp.*) viene infatti ricordata una *stipulatio* '*pro operis servi traiecticae pecuniae gratia secuti*', ma, secondo l'autore, non si tratterebbe di una stipulazione penale.

Nell'intento di configurare la *stipulatio poenae* come l'unico strumento riconosciuto dall'ordinamento al creditore della *pecunia traiectica* per ottenere protezione in sede giurisdizionale, Biscardi considera il testo interpolato e propone di emendarlo: '*Traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena (uti adsolet) <et> ob operas eius qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta ...*'. I compilatori sarebbero stati indotti ad alterare il testo di Africano, sopprimendo la congiunzione *et*, in ragione delle limitazioni ai tassi di interesse applicabili alle operazioni di finanziamento introdotte da Giustiniano (C.I. 4.32.26.2 [*Iust. A. Menae pp.*, a. 528])³⁸. Tali limitazioni avrebbero determinato il venir meno, nella pratica, della *stipulatio poenae traiecticae pecuniae nomine*. L'affermazione di Biscardi

³⁷) Quella di far viaggiare sulla nave uno schiavo del creditore, al fine di vigilare sull'esecuzione del contratto e proteggere gli interessi del *dominus*, è una prassi diffusa, attestata anche da altre fonti (cfr. D. 22.2.4.1 [Papin. 3 *resp.*] e D. 45.1.122.1 [Scaev. 28 *dig.*]). In D. 22.2.4.1, Papiniano ricorda come fosse stato convenuto attraverso stipulazione il pagamento '*pro operis servi traiecticae pecuniae gratia secuti*' di una certa somma di denaro per ogni giorno di ritardo del debitore nella riconsegna. Più complessa risulta la fattispecie considerata da Scevola: il finanziatore incarica lo schiavo Eros di seguire l'impresa del debitore Callimaco e, nel caso in cui la nave non fosse ripartita per il viaggio di ritorno da Brindisi a Berito entro le idi di settembre, di ricevere il pagamento del denaro a Brindisi e di trasportarlo a Roma. Questo schiavo prende anche il nome di κερμακόλουθος (cfr. Bas. 53.5.16 [= Heimbach, Ferrini, VII, p. 103; Scheltema, van der Wal, A VII, p. 2456; Rodolakis, p. 238]: μεδεμιάς ούσης διαφορᾶς, εἴτε αὐτοὶ ἐπλευσαν εἴτε τὸν λεγόμενον κερμακόλουθον εἶχον ἐν τῷ πλοίῳ). La derivazione del sostantivo è da χρήματα e ἀκόλουθος. Sul punto, cfr. IACOBI CUIACII IC. *Tolosatis Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XI. distributa auctiora atque emendatiora. Pars prior. Tomus Tertius*, Venetiis, 1758 (Observationum et emendationum libri XXVIII), c. 127-128 (lib. V, cap. XXXVIII ad § 1, l. *Nihil interest* [D. 22.2.4]), W. ASHBURNER, *The Rodian Sea-Law*, Oxford, 1909 (rist. Aalen, 1976), p. ccxix, PAOLI, *Il prestito marittimo nel diritto attico*, cit., p. 26 e nt. 1, DE MARTINO, *Sull'actio pecuniae traiecticae*, cit., p. 26 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 207) – che così descrive il κερμακόλουθος: «una specie di angelo custode che gli stesse a ricordare con la sua presenza, come l'ombra del creditore, l'obbligazione» – e F. REINOSO BARBERO, *D. 44, 7, 23*, cit., p. 3547-3552. Quest'ultimo autore ritiene che il κερμακόλουθος non si limitasse ad accompagnare il debitore e a vigilare sulla corretta esecuzione del contratto. Al contrario, la presenza del κερμακόλουθος troverebbe la sua vera giustificazione nella necessità di attivare tempestivamente uno speciale procedimento arbitrale, basato sull'impiego della *stipulatio poenae* e che avrebbe permesso la tutela giurisdizionale delle aspettative creditorie.

³⁸) Su questa costituzione e sui problemi interpretativi suscitati dalla sua emanazione, cfr. nella letteratura più recente G. LUCHETTI, *Il prestito di denaro a interesse in età giustiniana*, in «Cultura giuridica e diritto vivente», Special Issue, 2016, in specie p. 6-10.

Introduzione

si basa sull'assunto secondo cui, prima dell'emanazione di C.I. 4.32.26, la pena convenzionale nel prestito marittimo non sarebbe stata soggetta al rispetto dei limiti legali previsti in materia di interessi. In senso contrario, è possibile osservare che, essendo la percezione di *usurae infinitae* strettamente connessa alla sopportazione del rischio *a parte creditoris*, con la conseguenza che, venuto meno il *periculum*, il creditore non avrebbe potuto percepire interessi di importo superiore a quello risultante dall'applicazione della *centesima* sul capitale, appare maggiormente plausibile ritenere che tale limite fosse in diritto classico operante anche in relazione al prestito marittimo³⁹.

L'interpolazione di D. 44.7.23 (Afric. 7 *quaest.*) sarebbe provata, secondo l'autore, anche dal riferimento ad una semplice *ποινή* nel testo di Bas. 52.1.22 (= Heimbach, V, p. 106-107; Scheltema, van der Wal, A VI, p. 2423) e di sch. 9 a Bas. 23.1.21 (= Heimbach, II, p. 619; Scheltema, Holwerda, B IV, p. 1547). Queste fonti dimostrerebbero «un esplicito ritorno alla fattispecie classica della *pecunia traiecticia*, ripudiata dai compilatori»⁴⁰.

La scelta di limitare il tasso d'interesse al 12 % annuo avrebbe determinato «un ristagno immediato nelle contrattazioni di prestito marittimo», tale da «compromettere l'esercizio del credito, suscitando un grave turbamento nella vita economica dell'Impero» (§ 7)⁴¹. Del diffuso malcontento sarebbe espressione l'iniziativa assunta da alcuni *δανεισται*, che avrebbe portato all'emanazione della *Nov.* 106 (13 settembre 540), abrogata, poco tempo dopo, dalla *Nov.* 110 (23 aprile 541), forse perché in contrasto con le limitazioni poste da C.I. 4.32.26.2⁴².

La giurisprudenza bizantina, dal canto suo, avrebbe cercato di rendere inoperanti i limiti legali alla prestazione di *usurae* in relazione alla *poena traiecticiae pecuniae*, attraverso accorgimenti interpretativi di cui sarebbe rimasta traccia in sch. 1 a Bas. 23.3.44 (Heimbach, II, p. 718; Scheltema, Holwerda, B IV, p. 1687), sch. 2 a Bas. 23.3.44 (Heimbach, II, p. 718; Scheltema, Holwerda, B IV,

³⁹) Per questa osservazione, cfr. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 110-111, nt. 12. Più in generale, sul rapporto tra *poena* e *usurae*, si vedano ora le attente considerazioni di SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla «stipulatio poenae»*, cit., p. 181-193.

⁴⁰) BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clause penali*, cit., p. 617 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clause penali*², cit., p. 53 [p. 41]). Cfr. In senso critico, cfr. DE MARTINO, *Sull'«actio pecuniae traiecticiae»*, cit., p. 26-28 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 206-209), nonché PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 110-111, nt. 12.

⁴¹) BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clause penali*, cit., p. 618 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clause penali*², cit., p. 54 [p. 42-43]).

⁴²) Si sofferma ampiamente sulle previsioni contenute nella *Nov.* 106 e sulle possibili ragioni che determinarono la sua rapida abrogazione G. LUCHETTI, *La disciplina del prestito marittimo in Nov. Iust. 106 (a. 540)*, in «Interpretatio Prudentium», III, 1, 2018, p. 245-259.

p. 1688), nonché in sch. ad Bas. 17.1.13 (= Heimbach, II, p. 211 = sch. 1 e cod. Par. Gr. 1352 a Bas. 17.1.12 [= Scheltema, Holwerda, B III, p. 1041-1042])⁴³.

La riforma avrebbe determinato anche: «entro il sistema della compilazione giustinianea, l'aggiornamento interpretativo della voce *'poena'* nel senso di *'usura'* in D. *de nautico foenore* (22, 2) ed altrove» (§ 8)⁴⁴. Ciò sarebbe ulteriormente dimostrato dall'interpolazione di D. 3.5.12(13) (Paul. 9 ad ed.). Il giurista severiano si sofferma sulla responsabilità di un creditore che, una volta verificatasi la morte del debitore, intraprende la gestione dell'*hereditas iacens* di quest'ultimo⁴⁵. Il credito vantato dal *negotiorum gestor* nei confronti del *de cuius* è di valore pari a cinquanta. Il creditore impiega la somma di dieci nella gestione dell'eredità (*'Debitor meus ... impendi decem'*). Lo stesso procede alla vendita di una *res* facente parte dell'asse ereditario, ricavando la somma di cento, che, riposta in uno scrigno, perisce senza sua colpa (*'deinde redacta ... mea perierunt'*).

Si pone a questo punto l'interrogativo se il *negotiorum gestor* possa ottene-

⁴³ In senso contrario, è possibile osservare che sch. 1 a Bas. 23.3.44 (Heimbach, II, p. 718; Scheltema, Holwerda, B IV, p. 1687) ribadisce la subordinazione della penale ai limiti legali previsti in materia di interessi, mentre sch. 2 a Bas. 23.3.44 (Heimbach, II, p. 718; Scheltema, Holwerda, B IV, p. 1688) si limita ad affermare il principio – a dire il vero piuttosto scontato – che neppure attraverso la stipulazione d'interessi è possibile superare il tasso di interesse legale della metà della centesima, salvo alcuni casi. Il riferimento al tasso d'interesse del 12 % annuo in sch. ad Bas. 17.1.13 (= Heimbach, II, p. 211 = sch. 1 e cod. Par. Gr. 1352 a Bas. 17.1.12 [= Scheltema, Holwerda, B III, p. 1041-1042]) non si riferisce alla penale ma al tasso praticabile sul denaro concesso fino al momento dell'arrivo in porto della nave, in conformità alle previsioni contenute in C.I. 4.32.26.2 (ἐφ' ᾧ καὶ ἑκατοστήν ἔξεστιν ἐπερωτᾶν, ἄχρις ἂν ἡ ναὺς ἐπανέλθῃ). Cfr. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 183, nt. 55.

⁴⁴ BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 625 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 61 [p. 47]).

⁴⁵ La *curatio hereditatis* è inquadrata dai giuristi romani nell'ambito della disciplina generale della *negotiorum gestio*, diversamente da quanto accade nel nostro ordinamento, che la rende oggetto di una specifica disciplina (cfr. artt. 528-532 c.c.). Conosciamo il tenore della clausola editale, in forza della quale l'*heres* o il creditore del defunto avrebbero potuto ottenere tutela in sede giurisdizionale, attraverso D. 3.5.3.pr. (Ulp. 10 ad ed.): *'Ait praetor 'Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo'*. Il riferimento specifico dell'editto alla gestione dell'*hereditas iacens* si spiega tenendo conto del fatto che, in tale ultima situazione, era venuto meno il testatore, mentre l'erede non aveva ancora accettato, come è chiarito in D. 3.5.3.6 (Ulp. 10 ad ed.): *'Haec verba 'sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit' significant illud tempus, quo quis post mortem alienius negotia gessit: de quo fuit necessarium edicere, quoniam neque testatoris iam defuncti neque heredis qui nondum adiit negotium gessisse videtur. sed si quid accessit post mortem, ut puta partus et fetus et fructus, vel si quid servi adquisierint: etsi his verbis non continentur, pro adiecto tamen debent accipi'*. Sul punto, cfr., in particolare, le osservazioni di A. CENDERELLI, *Questioni di fatto e questioni di diritto alla luce di D. 3, 5, 12*, in «Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Ricerche F. Gallo», I, Napoli, 1997, p. 99-100.

Introduzione

re dall'erede, nella persona di chi e nel momento in cui qualcuno abbia assunto tale qualifica, in forza dell'*hereditatis aditio*, il pagamento della somma di cinquanta a suo credito o il rimborso della somma di dieci impiegata nella gestione dell'eredità (*'quaesitum est, an ab herede, qui quandoque extitisset, vel creditam pecuniam quinquaginta petere possim vel decem quae impendi'*)⁴⁶.

Paolo richiama l'opinione espressa da Giuliano. Secondo il giurista adrianeo, per la soluzione della questione è necessario verificare se la condotta osservata dal creditore abbia avuto una valida giustificazione (*'Iulianus scribit ... seponendorum centum'*). Tale condotta non è giustificata nell'ipotesi in cui il creditore, anziché deporre il ricavato della vendita in uno scrigno, avrebbe piuttosto dovuto pagare prontamente se stesso e gli altri creditori ereditari. In questo caso, sul gestore graverà il rischio del perimento dell'intera somma di denaro (*'nam si ... me praestaturum'*). Egli potrà, tuttavia, essendo chiamato a restituire cento, trattenere la somma di dieci che aveva in precedenza speso nella gestione dell'eredità (*'decem tamen ... nonaginta restituenda'*)⁴⁷. Al contrario, qualora la condotta del creditore risulti essere pienamente giustificata, egli potrà ottenere dall'erede sia il pagamento del debito, pari al valore di cinquanta, sia il rimborso delle spese sostenute, pari al valore di dieci (*'si vero ... consequi posse'*).

Paolo ricorda, a titolo di esempio, tre ipotesi al verificarsi delle quali la condotta del creditore può ritenersi sorretta da una valida giustificazione (*'veluti si ... compromisso committeretur'*). Gli esempi addotti dal giurista presentano la caratteristica comune di raffigurare situazioni in cui la mancanza della disponibilità di una somma di denaro potrebbe essere cagione di un consistente nocumento patrimoniale. La prima ipotesi menzionata concerne la possibilità di una revoca della concessione degli *agri vectigales*⁴⁸. La seconda e

⁴⁶) Anche se il passo non mette in discussione il problema, deve ritenersi – in quanto naturale presupposto per l'esperibilità dell'*actio negotiorum gestorum* – che il gestore abbia intrapreso la gestione *utiliter* (cfr., in ordine a tale requisito, D. 3.5.9.1 [Ulp. 10 *ad ed.*] e D. 3.5.11.2 [Ulp. 10 *ad ed.*]). Sul punto, si veda CENDERELLI, *Questioni di fatto e questioni di diritto alla luce di D. 3, 5, 12*, cit., p. 100.

⁴⁷) Le cifre indicate nel frammento hanno attirato l'attenzione della critica: cfr. MOMMSEN, *Editio maior*, ad h.l. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 626-629 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 62-65 [p. 48-50]), propone di espungere come glossema postclassico l'inciso *'decem tamen quae impenderim retenturum, id est sola nonaginta restituenda'*. L'accurata e ampia esegesi proposta da CENDERELLI, *Questioni di fatto e questioni di diritto alla luce di D. 3, 5, 12*, cit., p. 97-116, permette di risolvere gran parte dei dubbi in passato avanzati.

⁴⁸) Cfr. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 630-631 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 66-67 [p. 50-51]). Sulla locazione degli *agri vectigales*, si veda L. BOVE, *Ricerche sugli «agri vectigales»*, Napoli, 1960, cui adde F. GALLO, *Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella «locati-*

la terza ipotesi hanno riguardo alle conseguenze della previsione del pagamento di penali da parte del *de cuius*. In particolare, è ventilato il rischio che l'importo della *poena* promessa per l'erogazione di un prestito marittimo possa aumentare (*'ne poena traiecticiae pecuniae augetur'*) o che possa, piuttosto, scadere la penale stipulata in caso di violazione delle prescrizioni contenute in un lodo arbitrale (*'aut ex compromisso committeretur'*).

Biscardi ritiene che il verbo *'augetur'* sia da espungere come aggiunta compilatoria⁴⁹. L'autore argomenta richiamando quanto già osservato in merito alla pretesa interpolazione di D. 44.7.23, che si sarebbe sostanziata nella soppressione della congiunzione *'et'* nell'*incipit* di quest'ultimo frammento. Sarebbe regola del diritto bizantino, scaturita dall'emanazione del provvedimento a noi pervenuto attraverso C.I. 4.32.26, l'assoggettamento della pena convenzionale alle limitazioni previste per gli interessi. La nuova regola avrebbe comportato, peraltro, la sovrapposizione semantica, sconosciuta al diritto classico, tra i lemmi *'poena'* e *'usura'*, «ma, classicamente, *'poena'* non era certo sinonimo di *'usura'*: ed è allora evidentissimo che il verbo *'augetur'* non rappresenta che una intrusione compilatoria»⁵⁰.

L'ipotesi avanzata non risulta del tutto persuasiva: è ben possibile, infatti, che il decorso del tempo porti ad un aumento dell'importo della *poena traiecticiae pecuniae*. D. 22.2.4.1 (Papin. 3 *resp.*) attesta proprio la previsione di una penale *'in singulos dies'*, per il mancato godimento delle *operae* del κερμακόλουθος. Non risulta inoltre provato il postulato iniziale dell'analisi biscardiana, secondo cui risalirebbe al diritto giustiniano l'assoggettamento della pena convenzionale ai limiti previsti per le *usurae*. E' legittimo ritenere, al contrario, che proprio la giurisprudenza classica, trovandosi di fronte alle limitazioni stabilite dall'ordinamento per gli interessi abbia preso in considerazione, per evitare che tali limiti venissero aggirati dai contraenti, anche il valore della pena convenzionale (particolarmente significativi in proposito appaiono D. 22.1.9 [Papin. 2 *quaest.*] e D. 22.2.44 [Mod. 10 *pand.*])⁵¹.

L'autore affronta, quindi (§ 9), l'esegesi di D. 45.1.122.1 (Scaev. 28 *dig.*)⁵².

tio» degli «agri vectigales», in «SDHI», XXX, 1964, p. 1-49.

⁴⁹ BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clause penali*, cit., p. 625-634 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clause penali*², cit., p. 61-70 [p. 47-53]).

⁵⁰ BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clause penali*, cit., p. 631 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clause penali*², cit., p. 67 [p. 51]).

⁵¹ Sul punto, cfr. la mia monografia *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 125-126, nt. 38. Condivide invece l'ipotesi dell'interpolazione CENDERELLI, *Questioni di fatto e questioni di diritto alla luce di D. 3, 5, 12*, cit., p. 101.

⁵² Il più ampio e documentato tentativo di ricostruzione del frammento rimane a tutt'oggi quello di U. VON LÜBTOW, *Das Seedarlehen des Callimachus*, in «Festschrift M. Ka-

Introduzione

Il giurista descrive in modo molto dettagliato il regolamento negoziale adottato dalle parti contraenti⁵³. Si tratta di un finanziamento concesso per un viaggio di andata e ritorno. Alla luce di questa testimonianza, non può essere negato l'impiego nel mondo romano di prestiti contratti secondo il modello degli ἀμφοτερόπλοα attici⁵⁴. Alle ricerche di Ugo Enrico Paoli va il merito di

ser», München, 1976, p. 329-349. Si sofferma complessivamente sulle ipotesi di Von Lübtow, avanzando, talvolta, delle soluzioni alternative, BISCARDI, «*Pecunia traiectica*» e «*stipulatio poenae*», cit., p. 294-299. Alcune pertinenti osservazioni su particolarità stilistiche e sintattiche, finalizzate a fornire una spiegazione diversa dall'ipotesi della corruzione del testo, sono formulate da CASTRESANA HERRERO, *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana*, cit., p. 140-145. Sulle problematiche relative all'emendazione del brano si veda anche l'attenta esegesi di C. KRAMPE, *Der Sedarlebensstreit des Callimachus*, in «*Collatio iuris romani. Études H. Hankum*», I, Amsterdam, 1995, p. 207-222. Sul testo, cfr. da ultima M. FRUNZIO, *Il caso della sfortunata navigazione di Callimaco: D. 45.1.122.1 (Scaev. 28 dig.)*, in «*SDHI.*», LXXXIII, 2017, p. 271-297.

⁵³ E' ormai del tutto superata l'opinione secondo cui si tratterebbe di un esempio fittizio (in questo senso si è espresso J. ROUGÉ, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*, Paris, 1966, p. 349, seguito da L. DE SALVO, *Economia privata e pubblici servizi nell'impero romano. I «corpora naviculariorum»*, Messina, 1992, p. 341-342; in senso contrario, si veda M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scerola*, in «*BIDR.*», CIII-CIV, 2000-2001 [pubbl. 2009], p. 542-543 e nt. 229 e p. 588-592). Il prestito di Callimaco, a tutt'oggi, costituisce «l'unico esempio di un contratto di prestito marittimo di età imperiale»: cfr. THÜR, *Arnaldo Biscardi e il diritto greco (Riflessioni sul prestito marittimo SB VI 1 9571)*, cit., p. 182, nt. 12.

⁵⁴ Sul punto, si veda PAOLI, *Il prestito marittimo nel diritto attico*, cit., p. 24-34. In diritto attico, il finanziamento per un'impresa di commercio da svolgersi oltremare poteva essere concesso solo per il viaggio di andata o per il viaggio di andata e per quello di ritorno. Il primo modello è descritto con l'impiego dell'aggettivo ἐτερόπλοον, il secondo con l'impiego dell'aggettivo ἀμφοτερόπλοον. E' stato fatto rilevare dall'autore (p. 25, nt. 2) che le fonti greche usano ἐτερόπλοον e ἀμφοτερόπλοον soltanto con valore predicativo, come nell'espressione ἀμφοτερόπλοον δαείζεσθαι τὸ χρυσίον. Alla diversità di struttura delle due forme di prestito marittimo erano collegate in diritto attico differenze di disciplina e diverse funzioni economiche. Il rapporto tra l'ammontare degli interessi percepiti dal creditore in un mutuo di denaro ἀμφοτερόπλοον e quelli percepiti in un finanziamento ἐτερόπλοον era di due ad uno. Per quanto concerne la diversità di funzioni economiche, bisogna ricordare che a prestare il denaro ἐτερόπλοον era sovente un commerciante che, rinunciando a sfruttare, o ritenendo non convenienti, le condizioni di mercato della piazza di partenza, accompagnava il debitore finanziato nella sua impresa, con l'intento di concludere affari nel porto di destinazione dove avrebbe, peraltro, ricevuto la restituzione del capitale in precedenza concesso. I finanziatori degli ἀμφοτερόπλοα erano spesso, al contrario, capitalisti molto benestanti che vivevano delle rendite prodotte dalle loro ricchezze. Costoro, a differenza dei commercianti finanziatori degli ἐτερόπλοα, non seguivano personalmente il viaggio, ma incaricavano di ciò una persona fidata o uno schiavo. L'autore ricorda anche (p. 33-34) che il prestito di denaro ἐτερόπλοον svolse in età attica un importante ruolo nella circolazione monetaria. Il finanziatore di un prestito ἐτερόπλοον, infatti, avrebbe potuto, ricevendo il pagamento in una piazza diversa da quella nella quale aveva precedentemente erogato il denaro, ottenere vantaggi corrispondenti a

aver messo in luce la profonda diversità esistente tra la funzione economica svolta in diritto attico ed in diritto romano dai due diversi modelli di impiego del denaro⁵⁵. Il dato della possibilità di un'utilizzazione del denaro ἀμφοτερόπλουv, tuttavia, è stato vivacemente contrastato, in particolare da Francesco De Martino, che ha voluto vedere nel prestito marittimo romano un istituto con caratteristiche del tutto autonome rispetto all'omologo modello greco. L'autore ha, quindi, ritenuto il brano interpolato, nella parte in cui contempla l'ipotesi del viaggio di ritorno di Callimaco da Brindisi a Berito⁵⁶.

La tesi non ha resistito all'accurato vaglio critico di Arnaldo Biscardi.

quelli che gli avrebbe procurato la conclusione di un contratto di cambio.

⁵⁵) Cfr. PAOLI, *Il prestito marittimo nel diritto attico*, cit., p. 29-33. L'autore osserva come gli ἐτερόπλουv romani non siano stati concessi da mercanti, ma, piuttosto, da capitalisti (cfr. C.I. 4.33.4[3] [*Diocl. et Max. A.A. Aureliae Iulianae*]). Gli ἐτερόπλουv avrebbero, dunque, espletato nel mondo romano la stessa funzione economica svolta dagli ἀμφοτερόπλουv attici.

⁵⁶) DE MARTINO, *Sul «foenus nauticum»*, cit., p. 242-244 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 25-27). L'autore, rifiutando espressamente la tesi proposta in precedenza da R. SAMTER, *Das Verhältnis zwischen Scaevolas Digesten und Responsen*, in «ZSS.», XXVII, 1906, p. 164-165, secondo cui la redazione del testo sarebbe dovuta ad un ignoto raccogliatore postclassico, ritiene l'inserimento dell'ipotesi del viaggio di ritorno opera dei commissari di Giustiniano. Dal punto di vista formale, sarebbero indizi dell'intervento di interpolazione la pretesa scorrettezza dell'espressione 'sub pignoribus', che unita a 'mercibus comparatis' lascerebbe pensare all'acquisto di merci gravate da pegni; diverse anomalie nella costruzione dei complementi di luogo: 'a Beryto comparatis', 'per navem Beryto invecturus', 'Romae perferendam'. E', inoltre, guardato con grande sospetto l'impiego delle forme verbali nella costruzione del passo. L'autore ipotizza che la problematica originariamente affrontata da Scevola potesse vertere sulla validità del consenso prestato da Eroto in ordine al mutamento del locus solutionis o alla variazione di altre modalità della prestazione. Conseguentemente, è proposta la seguente ricostruzione: *Callimachus mutuum pecuniam nauticam accepit a Stichō servo [Sei] <?> in provincia Syria civitate Beryto <ut eam retineret> usque Brentesium: idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos [sub pignoribus et hypothecis mercibus a Beryto comparatis et Brentesium perferendis et quas Brentesio empturus esset et per navem Beryto invecturus]: convenitque inter eos, uti, cum Callimachus Brentesium pervenisset, [inde intra Idus Septembres, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emptis et in navem [mercis] <impositis> ipse in Syriam per navigium profisciscatur, aut, si intra diem supra scriptam non reparasset merces nec enavigasset de ea civitate], redderet universam continuo pecuniam [quasi perfecto navigio] et praestaret sumptus omnes prosequentibus eam pecuniam, ut in urbem Romam eam deportarent: eaque sic recte dari fieri fide roganti Stichō servo <?> [Lucii Titii] promisit Callimachus. [et cum ante Idus supra scriptas secundum conventionem] <sed> mercibus in navem impositis cum Eroto conseruo Stichī [quasi] in provinciam Syriam [perventurus] enavigavit: quaesitum est nave submersa, [cum secundum cautionem Callimachus merces debito perferendas in nave mansisset eo tempore, quo iam pecuniam Brentesio reddere Romae perferendam deberet], an nihil prosit Erotis consensus, qui cum eo missus erat, cuique nihil amplius de pecunia supra scripta post diem conventionis permissum [vel mandatum] erat, quam ut eam receptam Romam perferret, et nibilo minus actione ex stipulatu Callimachus de pecunia domino Stichī teneatur. respondit secundum ea quae proponerentur teneri. L'autore riconferma il suo punto di vista, sia pure incidentalmente, in *Anco- ra sul «foenus nauticum»*, cit., p. 439-443 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 38-42).*

Introduzione

Quest'ultimo ha fatto notare, infatti, che l'arco temporale di duecento giorni di navigazione previsto dall'accordo delle parti contraenti (*'idque creditum ... dies ducentos'*), corrispondeva alla presumibile durata – tenuto conto degli itinerari e delle condizioni della navigazione antica – di un viaggio di andata e ritorno tra Berito e Brindisi⁵⁷.

Il richiamo effettuato da Scevola all'*actio ex stipulatu* rende D. 45.1.122.1 un passo di straordinaria importanza per l'individuazione degli strumenti processuali destinati a tutelare il finanziatore del prestito marittimo. Biscardi, per difendere la tesi secondo cui la tutela delle pretese creditorie alla restituzione del capitale e al pagamento delle *usurae* sarebbe stata realizzata in diritto romano in modo indiretto e affidata ad una *stipulatio poenae* principale o impropria, è stato costretto a fornire una qualche giustificazione per l'esplicito ricordo dell'impiego della *stipulatio* nel prestito di Callimaco.

L'autore ha ritenuto che il ricorso alla *stipulatio* in D. 45.1.122.1 trovasse fondamento nelle particolari condizioni contemplate dall'accordo delle parti. La *stipulatio poenae pecuniae traiecticiae nomine* – caratterizzata dalla presenza della condizione *'si ad diem pecunia soluta non sit'* – non sarebbe stata idonea a fornire sanzione giuridica al complesso assetto di interessi regolato dai contraenti⁵⁸.

Le congetture di Biscardi vanno incontro ai rilievi critici formulati da Francesco De Martino. Quest'ultimo ha, a mio avviso correttamente, osservato come non esista nessuna valida ragione per ipotizzare che la protezione del creditore dovesse essere affidata ad una stipulazione penale principale – la *stipulatio poenae pecuniae traiecticiae nomine* – ben potendo le parti ricorrere, piuttosto, ad una semplice *stipulatio*⁵⁹.

Viene preso dunque in considerazione D. 22.2.5 (Scaev. 6 *resp.*), soffer-

⁵⁷) BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 637-642 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 73-78 [p. 55-59]). L'autore allega a conforto della sua dimostrazione due ulteriori argomenti. Il primo è costituito dal fatto che in *Nov.* 106 (a. 540) la testimonianza dei ναύκληροι circa i modelli di prestito marittimo riscontrabili nella prassi contenga il riferimento all'ipotesi in cui ἡ ναὺς ἐπ'ἀνέλθοι σεσωσμένη. Il secondo argomento è costituito dal rilievo che sarebbe ben difficile escludere la possibilità dell'uso ἀμφοτερόπλου del denaro da parte dei Romani, tenendo conto dell'identità di funzione economica – attestata da C.I. 4.33.4(3) (*Diocl. et Max. AA. Aureliae Iulianae*) – esistente tra gli ἀμφοτερόπλοα greci e gli ἐτερόπλοα a Roma (cfr. *supra*, nt. 55). Il fondamento e la persuasività dei rilievi formulati sono riconosciuti da DE MARTINO, *Sull'«actio pecuniae traiecticiae»*, cit., p. 34-35 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 215), che abbandona definitivamente la ricostruzione prima sostenuta.

⁵⁸) BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 644-645 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 80-81 [p. 60]).

⁵⁹) DE MARTINO, *Sull'«actio pecuniae traiecticiae»*, cit., p. 33-34 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 214); si veda anche PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 151.

mandosi sia sull'originaria portata del brano di Scevola, che viene considerato ampiamente rimaneggiato, sia sul significato assunto dal frammento nel sistema della compilazione (§ 10). In relazione al primo aspetto, l'autore si concentra sull'inciso *'et si condicione quamvis poenali non existente'*, ipotizzando che quest'ultimo potesse riferirsi alla stipulazione penale, principale o autonoma, che avrebbe permesso al negozio di ricevere una forma di protezione processuale indiretta⁶⁰. Quanto al significato assunto dal frammento nel sistema della compilazione, sulla scia di Salvatore Riccobono, Biscardi ritiene che D. 22.2.5 attesti il riconoscimento, per i contratti innominati e per quelli aleatori, della possibilità di pattuire: «che la prestazione sotto condizione sia restituita, mancata la condizione, con un di più, prezzo del pericolo (*pactum ad augendam obligationem*)»⁶¹.

D. 22.2.5 è un frammento tra i più celebri della compilazione e presenta tante e tali difficoltà per gli interpreti da essere stato incluso tra le famigerate

⁶⁰) BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 645-655 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 81-91 [60-67]). In senso contrario, cfr. le giuste osservazioni di DE MARTINO, *Sull'«actio pecuniae traiecticiae»*, cit., p. 35-36 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 216): «Ma se questo inciso fosse veramente da riferire al prestito marittimo, la tesi del Biscardi ne sarebbe gravemente compromessa; infatti il testo afferma la liceità dell'*insuper aliquid*, cioè dell'interesse o di un premio oltre il capitale, indipendentemente dal verificarsi di una condizione penale. E come allora è possibile supporre che la condizione penale dovrebbe costituire precisamente la garanzia per il pagamento del capitale e degli interessi?».

⁶¹) BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 646 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 82 [p. 60]). Giova ricordare in proposito che alcuni autori hanno radicalmente messo in dubbio la stessa possibilità di ricondurre il frammento al tema del prestito marittimo: J.M. PARDESSUS, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII.^e siècle*, I, Paris, 1828 (rist. Torino, 1959), p. 157 (= *Us et coutumes de la mer, ou collection des usages maritimes des peuples de l'antiquité et du moyen âge*, I, Paris, 1847, p. 157). In questo senso, si veda anche S. RICCOBONO, *«Stipulatio» ed «instrumentum» nel diritto giustiniano*, in «ZSS.», XLIII, 1922, p. 357-358 (= *Corso di diritto romano. Stipulationes contractus pacta*, Milano, 1935, p. 411-413). Secondo quest'ultimo, Scevola avrebbe affrontato «il problema se l'obbl. nei contratti innominati, *ex quibus conditiones nasci solent*, o in quelli aleatori, possa subire aumenti nella restituzione della quantità prestata». Salvatore Riccobono ritiene che Scevola avrebbe dato sicuramente, salvo il caso dell'aggiunta di una *stipulatio poenae nomine*, una risposta negativa all'interrogativo e, formulando una radicale critica del testo, considera di fattura compilatoria la massima così generalizzante espressa dal *principium* («*Periculi ... cadat*»), il sintagma «*nec dubitabis*», l'intero § 1 del frammento. L'autore ritorna sulla questione in *Punti di vista critici e ricostruttivi a proposito della dissertazione di L. Mitteis 'Storia del diritto antico e studio del diritto romano'*, in «AUPA.», XII, 1929, p. 624, nt. 1, ribadendo come il passo originale di Scevola non potesse riferirsi al *genus nauticum*. Prende posizione contro la riferibilità di D. 22.2.5 al prestito marittimo anche 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. 368.

Introduzione

‘*septem damnatae leges*’ o ‘*cruces iurisconsultorum*’⁶². L’*inscriptio* del frammento indica la provenienza dal sesto libro dei *responsa* di Scevola, ma il dato è oggetto di discussione⁶³.

Il manoscritto della *littera Florentina* presenta le lezioni ‘*condiciones*’ e ‘*si manumittas*’, correntemente emendate in ‘*condictiones*’ e ‘*si non manumittas*’⁶⁴. Le emendazioni proposte trovano fondamento in un passo in lingua greca⁶⁵, espressamente ricondotto da Cuiacio ai Basilici⁶⁶ e che non ci è altrimenti pervenuto⁶⁷.

⁶² Si tratta di D. 12.1.22 (Iul. 4 *ex Min.*), D. 12.1.40 (Paul. 3 *quaest.*), D. 12.6.38 (Scaev. 1 *quaest.*), D. 13.4.8 (Afric. 3 *quaest.*), D. 17.2.69 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 22.2.5 (Scaev. 6 *resp.*), D. 28.2.29 (Scaev. 6 *quaest.*). All’analisi di questi passi Cornelis van Eck dedicò la sua tesi di dottorato *De septem damnatis legibus Pandectarum seu crucibus iurisconsultorum*, discussa il 18 giugno 1682. Sul punto, cfr. G. C.J.J. VAN DEN BERGH, *Die holländische elegante Schule. Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500-1800*, Frankfurt am Main, 2002, p. 178-179.

⁶³ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889 [rist. Graz, 1960; Roma 2000], c. 316, manifesta forti dubbi in ordine alla collocazione originale del frammento all’interno dei *responsa*. Le difficoltà nascono dalla constatazione che il sesto libro dei *responsa* prende in considerazione leggi, senatoconsulti e costituzioni imperiali. Cfr., sul punto, LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 287-288, nt. 6. Per l’ipotesi che il testo del frammento possa in realtà provenire dalle *quaestiones*, cfr. P. JÖRS, ‘*Cervidius*’, in «*Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*», III, 2, Stuttgart, 1899, c. 1990. La congettura è ripresa da KRÜGER, *Editio minor*, ad h. l. Sul punto, si veda anche HUVELIN, *Études d’histoire du droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., p. 107-108.

⁶⁴ Cfr. MOMMSEN, *Editio maior*, ad h.l.; KRÜGER, *Editio minor*, ad h.l.

⁶⁵ Δανείζων δύνανται συμφωνεῖν λαβεῖν ὁ δέδωκα σὺν ἐτέρᾳ ποσότητι ὥσανεὶ τίμημα τοῦ κινδύνου, μόνον μέντοι μὴ ἐπὶ κόττω, ἀλλὰ ἐξ ὧν ἀρμόζει *condicticios*, τυχὸν ἵνα μὴ ἐλευθερώσῃς, ἵνα μὴ τόδε ποιήσῃς, ἐὰν μὴ ὑγιανῶ καὶ τὰ λοιπά· ἢ ἐὰν χορηγήσω ἄλιεῖ εἰς παρασκευήν, ἵνα ἐὰν ἀλιεύσῃ, παράσχη, ἢ ἀθλητῇ ἐπὶ τῷ ἑαυτὸν θρέψαι καὶ γυμνάσαι καὶ ἐὰν νικήσῃ, ἀποδῇ (leg. cum Hb. ἀποδοῦναι)· ἐπὶ τοῦτων (leg. τούτων) γὰρ τὸ πάκτον καὶ χωρὶς ἐπερωτήσεως πλατύνει τὴν ἐνοχὴν (= Heimbach, V, p. 117-118, nt. z; Scheltema, van der Wal, A VII, p. 2455).

⁶⁶ Cfr. IACOBI CUIACII ... *Opera ... Pars prior. Tomus Tertius*, cit. [Observationum et emendationum libri XXVIII], c. 219-220 (lib. IX, cap. XXVIII ad l. *periculi* [D. 22.2.5]). La lezione ‘*condiciones*’ risulta essere preferibile, come già rilevava lo stesso Cuiacio (col. 220), anche per motivi di carattere lessicale e stilistico: D. 24.1.6 (Gai. 11 *ad ed. prov.*) attesta, infatti, l’uso dell’espressione ‘*ex quibus causis condictio nasci solet*’. In D. 24.1.52.1 (Papin. 10 *quaest.*) si trova ‘*condictio nascitur*’.

⁶⁷ PARDESSUS, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle*, I, cit., p. 157 (= *Us et coutumes de la mer, ou collection des usages maritimes des peuples de l’antiquité et du moyen âge*, I, cit., p. 157), ha ipotizzato che potesse trattarsi di un passo dei Basilici citato da un manoscritto poi andato perduto o, più verosimilmente – dal momento che la citazione di Cuiacio non contiene né l’indicazione del libro né quella del titolo – dalla *Synopsis minor*. Secondo Heimbach (= V, p. 117-118, nt. z), non si tratterebbe di un testo proveniente dai Basilici, ma, piuttosto, di un passo tratto da un indice redatto da Stefano o da Doroteo. In questo senso, cfr. anche HUVELIN, *Études d’histoire du droit commercial romain (histoire externe - droit maritime)*, cit., p. 99.

Anche se non siamo in grado di contestualizzare con precisione l'opinione espressa da Scevola, il frammento permette di individuare il collegamento con una trattazione precedente, in cui pure si discuteva del riconoscimento di un corrispettivo per l'assunzione di un rischio. Ciò è provato dall'impiego della congiunzione 'et' all'inizio del brano (*'Periculi pretium est et si ...'*)⁶⁸.

Il ragionamento di Scevola sviluppa l'idea, feconda e destinata ad avere in seguito grande sviluppo, che alla sopportazione di un rischio *a parte creditoris* possa conseguire la percezione di una contropartita (*'periculi pretium'*), nonché l'applicazione di una disciplina speciale, in considerazione del peculiare assetto di interessi realizzato dalle parti contraenti⁶⁹.

La grande affinità tra l'assetto di interessi realizzato attraverso il prestito marittimo e quello sotteso alle fattispecie prese in considerazione da Scevola ha indotto parte della storiografia a impiegare la denominazione di *jenus quasi nauticum*, per fare riferimento alla tipologia di operazioni descritta in D. 22.2.5⁷⁰.

Il primo paragrafo del frammento ricorda, poi, che in tutti i casi considerati dal *principium* un semplice patto *'sine stipulatione'* è idoneo ad accrescere l'obbligazione (*'ad augendam obligationem prodest'*). Una parte considerevole de-

⁶⁸ Per questa osservazione, si veda HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain (histoire externe - droit maritime)*, cit., p. 107.

⁶⁹ La nozione di contratto aleatorio è già delineata in modo preciso da R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, in *Oeuvres*, I, Bruxelles, 1831, p. 6. Degno di nota il fatto che la definizione fornita da Pothier è incentrata sull'idea di *pretium periculi suscepti*: «Les contrats *aléatoires* sont ceux par lesquels l'un des contractans, sans rien donner de sa part, reçoit quelque chose de l'autre, non par libéralité, mais comme le prix du risque qu'il a couru ...». Su questa categoria dogmatica che, pur trovando il suo germe fecondo nelle fonti giuridiche romane (per un espresso riferimento al *'periculi pretium'*), cfr. anche L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, A, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1891 [rist. an. Aalen, 1973], p. 81 e nt. 102), è stata sviluppata soprattutto dalla dottrina civilistica moderna e contemporanea: cfr. C. CARAVELLI, *'Alea'*, in «NDI», I, Torino, 1937, p. 306-321, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954, p. 76-78, A. BOSELLI, *'Alea'*, in «NNDI», I, 1, Torino, 1957, p. 468-476, E. GABRIELLI, *'Alea'*, in «EG», I, Roma, 1988 [ma la voce *de qua*, 2000], p. 1-9. L'elaborazione della dottrina civilistica ha, tradizionalmente, focalizzato la sua attenzione soprattutto sulla fattispecie dell'*emptio spei* presa in considerazione da D. 18.1.8.pr-1 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *'Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse. Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur: quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur'*.

⁷⁰ GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, XXI, 1, cit., p. 153 (= *Commentario alle Pandette*, XXII, cit., p. 131), e BISCARDI, *Actio pecuniae traiectionis: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 647 (= *Actio pecuniae traiectionis. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 83 [62]).

Introduzione

gli autori ha ritenuto la regola enunciata di pura fattura giustiniana⁷¹. Altri hanno invece cercato di ridimensionarne la portata, richiamando le regole generali in materia di *usurae ex pacto*⁷².

Questo approccio ermeneutico non può essere seguito. All'impiego dell'espressione '*angere obligationem*' corrisponde, dal lato attivo, l'esistenza di un diritto di credito azionabile⁷³. Il § 1 del frammento inoltre circoscrive chiaramente ('*In his autem omnibus ...*') la portata della regola enunciata alle ipotesi in cui la percezione di un '*aliquid praeter pecuniam*' costituisce un '*periculi pretium*'. Scevola dà conto, dunque, della vigenza di una regola speciale applicabile al prestito marittimo e alle altre *mutui dationes* connotate da aleatorietà⁷⁴. D. 22.2.5 (Scaev. 6 *resp.*), insieme a D. 22.2.7 (Paul. 3 *ad ed.*), costituisce dunque una significativa testimonianza relativa all'esigibilità delle *usurae ex pacto* nel prestito marittimo.

Ulteriori conferme alla bontà della tesi secondo cui una stipulazione penale principale o autonoma avrebbe permesso di tutelare le ragioni del creditore, vengono ricavate (§ 11) dall'esegesi di D. 13.4.2.8 (Ulp. 27 *ad ed.*). Il brano si sofferma sui poteri riconosciuti al giudice, in seguito all'esperimento dell'*actio de eo quod certo loco dari oportet*⁷⁵.

⁷¹) G. ROTONDI, *Natura contractus*, in «BIDR.», XXIV, 1911, p. 64 e nt. 3 (= *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano, 1922, p. 216 e nt. 3). L'autore considera il § 1 del frammento un'«aggiunta generica e mal collegata col passo che precede». Per l'opinione secondo cui il testo di Scevola sarebbe stato pesantemente rimaneggiato, cfr. anche RICCOBONO, «*Stipulatio* ed «*instrumentum*» nel diritto giustiniano», cit., p. 358 (= *Corso di diritto romano. Stipulationes contractus pacta*, cit., p. 412) e DE VILLA, *Le «usurae ex pacto» nel diritto romano*, cit., p. 108-111.

⁷²) PURPURA, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, in «AUPA.», XXXIX, 1987, p. 198-200 (= *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, cit., p. 294-296): «In tal caso, il patto, *sine stipulatione*, avrebbe potuto tramite eccezione, giungere a paralizzare l'azione, in conformità alle regole generali. Se la conclusione di D. 22, 2, 5 è genuina, come sembra, si poteva ormai ammettere che il nudo patto giovasse *ad augendam obligationem*, tenendo soprattutto in conto la realtà di una prestazione comunque effettuata». A sostegno dell'esegesi proposta, l'autore richiama D. 12.6.26 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*), D. 46.3.5.2 (Ulp. 43 *ad Sab.*), D. 46.3.102.1 (Scaev. 5 *resp.*), C.I. 4.32.3 (*Sev. et Ant. AA. Iuliano Serpio*, a. 200 [202?]).

⁷³) D. 13.4.8 (Afric. 3 *quaest.*) e D. 39.2.18.5 (Paul. 48 *ad ed.*). Sul punto, cfr. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 92 e nt. 57.

⁷⁴) In questo senso, cfr. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain (histoire externe - droit maritime)*, cit., p. 209, J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, p. 120, VOGLI, *La responsabilità del debitore da «stipulatio poenae»*, cit., p. 342, nt. 78, e J. ROSET, «*Mutui datio*» y otros supuestos de «*condictio*», in «Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener», Madrid, 1994, p. 242.

⁷⁵) Il pretore introdusse l'*actio de eo quod certo loco dari oportet* per ovviare alle gravi difficoltà che l'attore avrebbe incontrato nella tutela processuale delle sue ragioni, nell'ipotesi in cui la controparte non si fosse spontaneamente presentata nel luogo convenzionalmente

Ulpiano intende chiarire se il giudice, nella determinazione dell'ammontare della *condemnatio*, sia vincolato a rispettare la quantità indicata nel contratto o possa, al contrario, superarla o diminuirla, in modo tale da tener conto dell'interesse del convenuto ad adempiere a Efeso, vale a dire nel luogo convenzionalmente stabilito, piuttosto che nel diverso luogo in cui quest'ultimo veniva chiamato in giudizio (*utrum quantitati ... eius haberetur*).

Il giurista severiano richiama l'opinione di Labeone e di Giuliano, secondo i quali anche l'attore avrebbe potuto, talvolta, avere interesse a ricevere l'adempimento a Efeso (*Iulianus Labeonis ... Ephesi recipere*). Stando così le cose, a seguito dell'esperimento dell'*actio de eo quod certo loco dari oportet* sarebbe stata presa in considerazione anche l'*utilitas* dell'attore (*itaque utilitas quoque actoris veniet*). Mentre l'apprezzamento dell'*utilitas* del convenuto avrebbe portato ad una diminuzione del valore della *condemnatio*, la valutazione dell'in-

stabilito per l'adempimento. L'attore, infatti, dal momento che il processo formulare non conosceva l'istituto della contumacia, non avrebbe potuto instaurare un giudizio senza la presenza del convenuto. Del resto, agire nel luogo, diverso da quello previsto per l'adempimento, in cui il debitore si fosse venuto a trovare, avrebbe portato il creditore ad incorrere nella *pluris petitio loco*. Le ragioni che hanno portato alla nascita dell'*actio de eo quod certo loco dari oportet* sono illustrate in D. 13.4.1 (Gai. 9 ad ed. prov.): *'Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promississet, numquam accederet (quod vel data opera faceret vel quia aliis locis necessario distringeretur), non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare'*. Particolarmente istruttiva si presenta, inoltre, la trattazione contenuta, sul punto, nelle Istituzioni di Giustiniano (4.6.33c): *'Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus fuerit: verbi gratia si is, qui ita stipulatus fuerit 'Ephesi dare spondes?', Romae pure intendat dari sibi oportere. ideo autem plus petere intellegitur, quia utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione: propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret. quae utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur, veluti vino oleo frumento, quae per singulas regiones diversa habent pretia: sed et pecuniae numeratae non in omnibus regionibus sub isdem usuris fenerantur. si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit: idque etiam praetor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori'*. L'*actio de eo quod certo loco dari oportet* non trovava applicazione ai rapporti rientranti nel novero dei *bonae fidei iudicia*, in ragione degli ampi poteri riconosciuti al giudice. Cfr. D. 13.4.7.pr-1 (Paul. 28 ad ed.): *'In bonae fidei iudiciis, etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex empto vel vendito vel depositi actio competit, non arbitraria actio. Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit'*. Sull'*actio de eo quod certo loco*, cfr., in generale, V. ARANGIO-RUIZ, *Studii formulari*, I, «De eo quod certo loco dari oportet», in «BIDR.», XXV, 1912, p. 130-195 (= *Scritti di diritto romano*, I, Camerino, 1974, p. 395-460), S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*², Napoli, 1935, p. 107, P. VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di pandette)*, I.1, *Il contenuto dell'«obbligatio»*, Milano, 1969, p. 312-313, G. SACCONI, *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, 1977, p. 133-141, e F. PULITANÒ, «De eo quod certo loco». *Studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*, Milano, 2009, in specie p. 77-107.

Introduzione

teresse dell'attore all'adempimento nel luogo convenzionalmente stabilito avrebbe prodotto un opposto risultato⁷⁶.

Il giurista, per meglio chiarire la portata della regola appena enunciata, presenta, in forma interrogativa, delle situazioni al verificarsi delle quali sussiste un interesse dell'attore all'adempimento nel luogo convenzionalmente stabilito.

La prima ipotesi descritta concerne il caso in cui l'attore abbia concesso un prestito marittimo, per poi ottenerne il rimborso da parte del debitore a Efeso (*quid enim si traiecticiam pecuniam dederit Ephesi recepturus*). Lo stesso attore deve lì, a sua volta, una somma di denaro, con previsione di una penale o garantita da pegni e, a causa del ritardo del suo debitore, sopporta la scadenza della pena o la vendita dei pegni (*ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua?*)⁷⁷. La seconda ipotesi prospettata è quella in cui lo stipulante sia debitore del fisco e, non essendo stato in grado di adempiere, vada incontro alla vendita del suo patrimonio ad un prezzo molto basso (*vel fisco ... distracta est?*)⁷⁸.

Ulpiano sottolinea come, in siffatte ipotesi, a seguito dell'esperimento dell'*actio de eo quod certo loco dari oportet*, il giudice debba tener conto dell'interesse dell'attore all'adempimento nel luogo convenzionalmente stabilito (*in hanc ... interfuit veniet*)⁷⁸. La liquidazione dell'interesse dell'attore effettuata

⁷⁶ E' quanto afferma, peraltro, lo stesso giurista in D. 13.4.2.pr. (Ulp. 27 *ad ed*): *'Arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei: quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est, aut si actoris maioris pecuniae fiat'*. Ricostruzione della formula in LENEL, *Das edictum perpetuum*, cit., p. 240-247 e in D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova, 1999, p. 49 *sub n.* 21.

⁷⁷ BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 655-663 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 91-99 [p. 68-73]), è convinto di poter trarre dalla fattispecie considerata da Ulpiano una conferma alla sua tesi circa la necessità, in diritto romano classico – per il creditore che avesse desiderato ottenere in via d'azione integrale soddisfazione della sua pretesa alla restituzione del capitale ed al pagamento degli interessi – di concludere una *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine*. L'autore, ritenendo di trovarsi di fronte non ad una esemplificazione circa le ipotesi in cui poteva sussistere un interesse dell'attore a ricevere l'adempimento nel luogo convenzionalmente stabilito, ma, al contrario, all'interrogativo se l'*actio pecuniae traiecticiae* potesse essere esperita come *actio de eo quod certo loco dari oportet*, rivolge al lettore l'interrogativo retorico: «Che altro, infatti, può essere un'*a. certi traiecticiae pecuniae* se non un'*actio ex poena*, la cui *intentio* ha per oggetto un *certum*, e precisamente l'importo della penale, che il debitore ha promesso allo *stipulator*, *'si ad diem pecunia (= sors + usurae) soluta non sit'*»? L'infondatezza dell'esegesi proposta da Biscardi è dimostrata da DE MARTINO, *Sull'«actio pecuniae traiecticiae»*, cit., p. 36 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 216-217); nella letteratura più recente, per la corretta ricostruzione della fattispecie, cfr. PULITANO, *«De eo quod certo loco»*. *Studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*, cit., p. 120-121.

⁷⁸ La denominazione di *actio arbitraria* non deriva dalla presenza della clausola arbitraria, ma dai poteri riconosciuti al giudice nella valutazione dell'interesse delle parti al-

dal giudice può essere superiore alla somma risultante dall'applicazione della *centesima* sul capitale (*'et quidem ultra legitimum modum usurarum'*).

Ci si chiede, inoltre, se tale liquidazione debba tener conto solo del profilo del danno patito a seguito dell'inadempimento della controparte, o piuttosto, prendere in considerazione anche il mancato guadagno. La problematica dell'apprezzamento del mancato guadagno assume concreto rilievo, ad esempio, nell'ipotesi in cui il creditore fosse dedito alla compravendita di mercanzie (*'quid si ... solius damni?'*). Ulpiano ritiene che la liquidazione dell'interesse del creditore all'adempimento nel luogo convenzionalmente stabilito debba tener conto anche del mancato guadagno, verificatosi a cagione della condotta del debitore (*'puto et lucri habendam rationem'*).

L'autore individua l'esistenza in diritto romano classico di una *pecunia traiecticia cum poena* e di una *pecunia traiecticia sine poena*, soffermandosi conclusivamente sugli strumenti a disposizione del creditore nel caso in cui non fosse stata conclusa una *stipulatio poenae* (§§ 12-13). Secondo Biscardi, il creditore avrebbe potuto ricorrere alla *condictio ex mutuo* per la restituzione del capitale e alla *soluti retentio* delle *usurae* spontaneamente prestate (D. 46.3.102.1 [Scaev. 5 *resp.*], C.I. 4.32.3 [Idem. (scil. Severus et Antoninus) A.A. Iuliano Serpio, a. 200])⁷⁹.

Viene ipotizzato, inoltre, che alla ritenzione delle *usurae* spontaneamente prestate, attraverso l'impiego di un'*exceptio pacti*, potesse riferirsi, nel suo contesto originario, D. 22.2.7 (Paul. 3 *ad ed.*)⁸⁰. Il creditore avrebbe poi potuto trovare soddisfazione, nel caso in cui non fosse stata conclusa una *stipulatio poenae*, attraverso l'escussione delle garanzie reali (D. 22.2.4 [Papin. 3 *resp.*] e D. 22.2.6 [Paul. 25 *quaest.*]).

Arnaldo Biscardi, in opposizione all'interpretazione proposta da Francesco De Martino, afferma che «non vi può essere riluttanza a parlare della *pecunia traiecticia* come di un istituto a se stante, e come tale non identificabile né con la *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa*, né con il mutuo sottoposto alla condizione '*salva nave*' e collegato ad una clausola convenzionale di *usurae infinitae*»⁸¹.

l'adempimento nel luogo stabilito. La posizione del giudice, infatti, era paragonabile a quella di un *arbitrator*. Sul punto, cfr. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., p. 49 nt. 96.

⁷⁹) BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 666 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 102 [p. 75]).

⁸⁰) BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 668-669 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 104-105 [p. 77]). Su D. 22.2.7 rinvio a quanto ho avuto modo di osservare in *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 93-10 e, più di recente, in G. LUCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO, *Iulius Paulus. Ad edictum libri. I-III*, Roma, 2018, p. 170-175.

⁸¹) BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 677-678 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 113-114 [p. 83]).

Introduzione

Affrontando il tema della coesistenza della *pecunia traiecticia cum poena* e della *pecunia traiecticia sine poena* da un punto di vista storico, l'autore giunge alla condivisibile – alla luce delle premesse formulate – conclusione della maggiore risalenza della prima rispetto alla seconda. Anche la mancata introduzione ad opera del pretore di un'*actio in factum traiecticiae pecuniae* trova una convincente spiegazione nel criterio «dell'economia dei mezzi processuali»⁸². Così, di fronte alla mancanza di uno strumento rivolto a proteggere la pretesa del creditore alla restituzione del capitale e al pagamento degli interessi, la giurisprudenza e il pretore avrebbero preferito «piuttosto che accordare una nuova formula-tipo», «raccomandare l'uso della clausola penale e ... applicare l'*a. ex stipulatu* come *a. ex poena traiecticiae pecuniae*»⁸³. La *stipulatio poenae* avrebbe presentato, inoltre, l'indiscutibile vantaggio di rispondere maggiormente alle esigenze dei traffici e dei commerci, evitando l'instaurazione di liti temerarie o infondate.

L'autore si sofferma quindi sul *periculum creditoris* (§ 14) e, modificando l'opinione in precedenza espressa, non esita a riconoscere nell'assunzione del *periculum quod ex navigatione maris metui solet* da parte del finanziatore un elemento essenziale della *pecunia traiecticia*⁸⁴. Vengono valutate quindi criticamente le testimonianze di D. 22.2.4.pr. (Papin. 3 *resp.*) e Bas. 53.5.16 (= Heimbach, Ferrini, VII, p. 103; Scheltema, van der Wal, A VII, p. 2456; Rodolakis, p. 238). In relazione alla prima, l'autore propone l'espunzione della fattispecie che tratta della '*traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta*'⁸⁵. Anche Bas. 53.5.16, conte-

⁸²) BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 681 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 117 [p. 85]).

⁸³) BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 681 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 117 [p. 86]).

⁸⁴) Sul tema dell'assunzione del rischio *a parte creditoris*, cfr. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 25-33 e p. 37-65, nonché ID., *Periculum quod ex navigatione maris metui solet*, in «Interpretatio Prudentium», III, 1, 2018, p. 261-288.

⁸⁵) BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 685-686 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 121-122 [p. 88]). Secondo Papiniano, il capitale erogato dal finanziatore non può produrre – nel caso in cui non abbia avuto luogo o sia venuta meno l'assunzione del rischio dell'operazione *a parte creditoris* – un rendimento superiore al 12 % annuo. La regola speciale, che riconosce al creditore la possibilità di percepire *usurue infinitae* e che costituisce il tratto più significativo della disciplina del prestito marittimo non può trovare applicazione. Per questa diversa interpretazione, cfr. V. GIUFFRÈ, «*Faenus*» e *intraprese commerciali*, in «Seminarios Complutenses», VII, 1995, p. 136, nt. 10 (= *Studi sul debito*², Napoli, 1999, p. 122-123), A. PETRUCCI, *Tipi di attività contrattuali e di responsabilità connesse all'esercizio di un'impresa di navigazione*, in A. PETRUCCI, P. CERAMI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino, 2010, p. 287-288, nonché PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 39-47 e *Periculum quod ex navigatione maris metui solet*, cit., p. 271-278.

nendo la precisazione καὶ συμφωνήσαντες αὐτὸ κινδυνεύειν conserverebbe il ricordo di una *pecunia traiecticia sine periculo creditoris*⁸⁶. Il *periculum creditoris* viene, invece, configurato come *naturale negotii* con riferimento al quadro risultante dalla compilazione.

Il prosieguo della trattazione prende in considerazione la tutela in sede giurisdizionale del creditore in età postclassica e giustiniana (§ 15). In relazione al primo arco cronologico considerato, stante il ben noto processo di deformalizzazione della *stipulatio*, culminato con l'emanazione della *Leoniana constitutio* tradita da C.I. 8.37(38).10 (*Imp. Leo A. Erythrio pp.*, a. 472), l'autore ipotizza che: «la difesa processuale del *creditor pecuniae traiecticiae* fosse affidata in ogni caso all'*a. ex stipulatu*, e ciò senza necessità di un'apposita *stipulatio poenae* ... per il semplice motivo che la *conventio pecuniae traiecticiae* poteva essere di per sé identificata con una vera e propria stipulazione, anche a prescindere dall'uso di consacrarla in un documento (*cautio, χειρόγραφον, συγγραφή*)»⁸⁷.

Biscardi si interroga quindi sulle differenze che intercorrono tra *pactum* e *stipulatio* nel sistema della compilazione giustiniana. I requisiti di forma che caratterizzano la *stipulatio* si limiterebbero all'esistenza di una «*responsio* ad una precedente *interrogatio*», o alla redazione di uno scritto (*instrumentum*), anche non munito di clausola stipulatoria (cfr. C.I. 8.37[38].1 [*Imp. Severus et Antoninus AA. Secundo*, a. 200])⁸⁸. Rimane sempre fermo il requisito della compresenza dei contraenti (con i temperamenti introdotti dalla costituzione contenuta in C.I. 8.37[38].14 [*Idem. (scil. Iust.) A. Iohanni pp.*, a. 531])⁸⁹.

In diritto giustiniano, il prestito marittimo non sarebbe più stato tutelato

⁸⁶) BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 684-692 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 120-128 [p. 87-93]). In realtà, il brano si limita a richiamare il dato dell'assunzione convenzionale del rischio della navigazione e non sembra, dunque, costituire un ostacolo alla configurazione del *periculum creditoris* come *essentiale negotii* della *pecunia traiecticia*. Cfr. quanto ho già avuto modo di osservare in PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 54-55 e *Periculum quod ex navigatione maris metui solet*, cit., p. 284.

⁸⁷) BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, cit., p. 695 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 131 [p. 95]). Sulla *Leoniana constitutio*, cfr., nella letteratura successiva, A.S. SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, Milano, 1997, p. 213-218.

⁸⁸) Su C.I. 8.37(38).1, cfr. le osservazioni di M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio*, in «Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano. Siena 14-15 aprile 1989» – cur. N. Bellocci –, Napoli, 1991, p. 205.

⁸⁹) Si vedano in proposito G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, p. 410-415, nonché I. PONTORIERO, *Mancata identificazione del rappresentato*, in «Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al 'Draft Common Frame of reference'» – cur. G. Luchetti e A. Petrucci –, Bologna, 2010, in specie p. 272-274.

Introduzione

attraverso l'*actio ex stipulatu*. Nel sistema della compilazione, vi sono, infatti, esplicite testimonianze in ordine al riconoscimento dell'efficacia obbligatoria del *nudum pactum usurarum* (D. 22.2.5.1 [Scaev. 6 *resp.*] e D. 22.2.7 [Paul. 3 *ad ed.*]). Sulla base di questa osservazione, l'autore riconduce la *pecunia traiecticia* al novero dei patti qualificati o legittimi, categoria, com'è noto, elaborata dalla storiografia sulla scorta della controversa testimonianza offerta da D. 2.14.6 (Paul. 3 *ad ed.*)⁹⁰.

Il finanziatore avrebbe potuto dunque esperire in diritto giustiniano la *condictio ex lege* di cui tratta D. 13.2.1 (Paul. 2 *ad Plant.*). Quest'ultimo frammento, peraltro l'unico inserito nel titolo D. 13.2 *De condictione ex lege*, sarebbe integralmente da ascrivere alla mano dei compilatori⁹¹. Naturalmente, nel caso in cui i contraenti avessero comunque fatto ricorso ad una *stipulatio*, come nella fattispecie descritta da D. 45.1.122.1 (Scaev. 28 *dig.*), sarebbe stato possibile agire attraverso l'*actio ex stipulatu*. Secondo l'autore, poi, come abbiamo già più volte avuto modo di vedere, alla *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine* non si sarebbe più fatto ricorso, a seguito dell'emanazione della costituzione contenuta in C.I. 4.32.26.

3. La tesi di fondo sostenuta da Arnaldo Biscardi, secondo cui il prestito marittimo romano sarebbe stato tutelato attraverso il ricorso ad una *stipulatio poenae* principale o autonoma, non mi è sembrata del tutto convincente.

L'esegesi delle principali testimonianze invocate dall'autore, induce, in realtà, a ritenere che l'impiego della stipulazione penale da parte dei contraenti svolgesse semplicemente una funzione di garanzia. D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad ed.*) non permette di ricavare analogie strutturali tra il *compromissum* e la *pecunia traiecticia* che vadano al di là della constatazione dell'impiego, in entrambi i negozi, della stipulazione penale. Non sono risultate, inoltre, persuasive le ipotesi di interpolazione elaborate per suffragare questa ricostruzione (D. 3.5.12[13] [Paul. 9 *ad ed.*]; D. 13.4.2.8 [Ulp. 27 *ad ed.*]; D. 44.7.23 [Afric. 7 *quaest.*]).

E' possibile, al contrario, inferire dall'analisi di D. 45.1.122.1 (Scaev. 28 *dig.*) che la *stipulatio poenae* nell'ambito del prestito marittimo abbia avuto una funzione di garanzia. Nel caso descritto da Scevola, infatti, le parti contraenti ricorrono alla *stipulatio* per conferire sanzione giuridica al regolamento negoziale adottato. La previsione di una penale ha la funzione di assicurare il rispetto degli impegni assunti dal debitore.

⁹⁰) Su D. 2.14.6, cfr. ora PONTORIERO, in LUCHETTI, DE PETRIS, MATTIOLI, PONTORIERO, *Iulius Paulus. Ad edictum libri. I-III*, cit., p. 170-175.

⁹¹) Si tratta peraltro di un'opinione consolidata in letteratura. Nella storiografia più recente, cfr. S. SCIORTINO, *Il nome dell'azione nel «libellus conventionis» giustiniano*, Torino, 2018, p. 159-160.

Il lavoro di Biscardi, tuttavia, al di là della condivisibilità o meno della tesi relativa alla struttura e alla funzione dell'impiego della stipulazione penale nel prestito marittimo, costituisce ormai un classico della letteratura giusantichistica e un felice esempio dal punto di vista metodologico. Come è stato ricordato, «Biscardi era un giurista dalla formazione umanistica universale», «un pioniere del 'Nuovo diritto romano'», sviluppatosi «dopo un secolo di supremazia della pandettistica tedesca»⁹².

Le esegesi proposte dall'autore sono caratterizzate da un costante confronto critico con il testo, non trascurano di valutare i dati ricavabili dalla prassi o da testimonianze non strettamente giuridiche, sono sorrette da una solida visione sistematica, si estendono a considerare gli sviluppi degli istituti nella tradizione romanistica e persino nel diritto vigente⁹³. Proprio in questa importante lezione di metodo può essere individuato il maggior pregio dell'opera.

⁹² THÜR, *Arnaldo Biscardi e il diritto greco (riflessioni sul prestito marittimo SB VI 9571)*, cit., p. 178.

⁹³ In relazione al tema del confronto critico con il testo delle testimonianze indagate, giova forse ricordare che il lavoro è stato scritto quando la stagione dell'interpolazionismo aveva già raggiunto il suo culmine e stava per essere superata. La monografia di Arnaldo Biscardi ne è, tuttavia, ancora inevitabilmente condizionata. Sull'interpolazionismo si veda, oltre ai contributi raccolti nel volume «Problemi e prospettive della critica testuale. Atti del 'Seminario internazionale di diritto romano' (Trento, 14 e 15 dicembre 2007)» – cur. M. Miglietta e G. Santucci –, Trento, 2011, l'approfondito quadro d'insieme tracciato da F.J. ANDRÉS SANTOS, *Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane*, in «Revista de Estudios Histórico-Jurídicos», XXXIII, 2011, p. 65-120. Contro i rischi «dell'attuale oltranzismo conservativo» nella valutazione delle testimonianze antiche cfr. F. ZUCCOTTI, «*Diabolus Interpolator*». Per un ritorno della romanistica ad una reale esegesi critica del testo, in «Legal Roots», II, 2013, p. 141-189. Alcuni approfondimenti di storia della storiografia si possono leggere ora in «Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik / Gradenwitz, Riccobono e gli sviluppi della critica interpolazionistica» – cur. M. Avenarius, C. Baldus, F. Lamberti, M. Varvaro –, Tübingen, 2018.

Arnaldo Biscardi

Actio pecuniae traiecticiae

Contributo alla dottrina delle clausole penali

Prefazione

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

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

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

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

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

Milano-Firenze, febbraio 1974.

A. B.

Actio pecuniae traiecticiae

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

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

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

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

³) Vedi oltre, § 15.

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

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

Actio pecuniae traiecticiae

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰) «ZSS», XXIX (1908), p. 96 nota 2.

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

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

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

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

1937, p. 366 e sgg.

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae

gozii, 'ex quibus conditiones nasci solent' (D. 22, 2, 5)¹⁷. E, se si pensa che le supposte azioni concesse dal *praetor peregrinus* altro non potrebbero essere che *aa. in factum*, le quali avrebbero dovuto prima o poi trasmigrare, per necessità di cose, nell'editto del *praetor urbanus* costituendone parte¹⁸, onde la terza possibilità si riduce a quella dell'*a. in factum*, non bisogna nemmeno dimenticare che non soltanto essa non è pregiudicata dall'assenza di una circostanziata traccia nelle fonti giustiniane, poiché il silenzio del *Corpus iuris* potrebbe sempre giustificarsi con la trasformazione dei mezzi formulari nel nuovo sistema processuale¹⁹, ma che essa godrebbe addirittura del sostegno di due dati positivi, oltre alla impressione, più o meno labile, che l'uso tecnico della qualifica '*pecunia traiecticia*' sia derivato da una clausola edittale²⁰. Codesti dati sono i seguenti: 1°) la ricorrenza del termine '*conventio*' per alludere alla natura dell'istituto (D. 45, 1, 122 § 1; C. 4, 33, 5 [4]), come accordo da cui non nasce civilmente obbligazione; 2°) la constatazione che l'unico frammento '*de nautico foenore*', tratto da opere sistematiche – ovverosia il fr. 7 D. h. t. (22, 2) – appartiene al libro terzo dei commentarii di Paolo *ad edictum*, e che in esso il giureconsulto esaminava la complessa materia dei '*pacta*'²¹: laddove è proprio a tale riguardo, come appare soprattutto dal confronto col libro quarto della corrispondente opera di Ulpiano²², che i commentatori dell'editto affrontavano il problema di quelle *conventiones*, '*quae non transeunt in proprium nomen contractus*', e delle quali alcune erano difese dal pretore mediante la concessione di un'*a. in factum*, tanto è vero che i compilatori, desiderosi di riconoscere efficacia agli accordi di volontà per causa lecita nel maggior numero di casi possibile, pur senza rinnegare il formalismo degli schemi contrattuali classici, riagganciano a quei precedenti pretorii la categoria elastica dei contratti in-nominati²³, fra cui taluno ha fatto rientrare – e forse con una certa verosimi-

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

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

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

²⁰ KARLOWA, *loc. cit.*

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

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

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

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

²⁶ *Op. cit.*, p. 366 e sg.

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³²) «Studi Albertoni», p. 366.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

La decisione è chiara e ben motivata, anche se la redazione letterale del testo, della sua ultima parte, lascia un poco a desiderare. Ulpiano afferma, richiamandosi ad una opinione precedentemente sostenuta dal secondo Nerva, che l'*a. de peculio ex compromisso* non può essere accordata contro il *dominus* del *compromissor*, tenuto conto del fatto che, neppure se lo schiavo sia stato condannato in giudizio, può il terzo agire *de peculio* contro il *dominus* per la esecuzione del giudicato. Certo è che, dal punto di vista grammaticale, la frase *«quia nec si iudicio condemnetur servus, datur in eum actio»* sembrerebbe riferirsi alla esclusione di un'*actio* contro il *servus* e non contro il *dominus*. Ma non vi ha dubbio che, se noi interpretassimo il testo su questa premessa, la motivazione non avrebbe senso: difatti, a parte la considerazione che il *servus* non ha mai avuto capacità processuale³⁵ (e l'ipotesi della condanna si fonda appunto sul presupposto che la deficienza di *status libertatis* del soggetto fisico sia ignorata), l'azione di cui si tratta è un'*a. de peculio*, che per definizione spetta solo contro il titolare della *potestas*. Conseguentemente, la sola interpretazione esatta può essere quella da noi proposta, e che ha comunque l'appoggio della

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Actio pecuniae traiectionis. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

La responsabilità adiettizia, è tale in quanto il titolare della *potestas* risponde *sussidiariamente* di un *vinculum iuris*, che investe anzitutto il soggetto, su cui si esercita la *potestas*: e, come la responsabilità del *pater* si aggiunge all'azione che nasce contro il *filiusfamilias* a norma del *ius civile* o *praetorium*, così quella del *dominus* ha il medesimo profilo sussidiario rispetto all'*obligatio naturalis*, che sorge a carico del *servus*⁴³. Quindi occorre stabilire volta a volta, per accertare l'esistenza di una responsabilità adiettizia del proprietario, se ricorra nella specie una responsabilità principale dello schiavo alla stregua del *ius naturale*, ossia in linea di fatto, tenuto conto che il *servus* non ha una propria personalità giuridica, riconosciutagli dal diritto positivo. E ci si accorge allora che, almeno secondo la dottrina prevalente all'età dei Severi⁴⁴, non ogni negozio concluso dal *servus* ha efficacia vincolante per il *dominus* nei limiti del peculio, e cioè che esistono delle differenze, assai notevoli, tra il figlio e lo schiavo per quanto concerne la responsabilità peculiare del *paterfamilias*. Dal che si desume, fra l'altro, che nel contesto della clausola edittale relativa all'*actio de peculio* la espressione '*negotium gestum*' è da intendere nel senso di «negozio *efficacemente* concluso» riguardando essa indifferentemente l'attività negoziale del figlio e dello schiavo, e non potendosi in altro modo giustificare che essa si applichi o no ad uno stesso negozio, a seconda della circostanza che il negozio in parola sia stato concluso dall'uno o

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae

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

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

a) che il servo abbia manifestato la volontà di assumere una obbligazione *pro alio*. Rientrano in questo caso tutte le forme d'*intercessio extra causam domini vel peculii*, dalla novazione personale passiva o *expromissio* (Gai. III, 176 cfr. I. 3, 29 § 3; D. 2, 14, 30 § 1) alla fideiussione (D. 15, 1, 3 § 5; D. 15, 1, 47 § 1; D. 46, 1, 19; D. 46, 1, 20) e al *mandatum pecuniae credendae* (D. 15, 1, 3 §§ 5-6);

b) che il servo abbia contestato una lite e sia stato condannato in giudizio (D. 15, 1, 3 § 8)⁴⁶;

c) che il servo abbia deferito all'attore il giuramento volontario e che il giuramento sia stato prestato (D. 15, 1, 5 § 2);

d) che, infine, il servo abbia stipulato un compromesso (D. 4, 8, 32 § 8; D. 15, 1, 3 § 8). E questo è appunto il caso, di cui ci stiamo occupando.

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

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

⁴⁵ Cfr. LENEL, *Pal.*, II, 594 e sgg.

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

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

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae

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

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

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

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae

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

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

⁵⁴) LA PIRA, *loc. cit.*

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae

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

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

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

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

⁶⁶) LA PIRA, *loc. cit.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae

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

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

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

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

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

⁷⁸) *Op. cit.*, p. 305 e sg.

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae

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

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

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

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

⁸²) La interpolazione sarà giustificata nel successivo paragrafo.

⁸³) *Op. cit.*, p. 306.

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

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

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

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

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

⁸⁷) Vedi sopra, § 3 i.f.

⁸⁸) *Op. cit.*, p. 408 e sgg.

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

Actio pecuniae traiecticiae

existimverit, si quando dies, qua pecunia daretur, sententia arbitri comprehensa non esset, modicum spatium datum videri. hoc idem dicendum et cum quid ea lege venierit, ut, nisi ad diem pretium solutum fuerit, inempta res fiat.

Non è possibile che il giureconsulto consideri usuale la penalità stipulata per le opere del κερμακόλουθος⁹⁰, e cioè la preventiva determinazione di una somma, che il creditore si fa promettere, quale risarcimento del danno che egli potrebbe subire, verificandosi un ritardo nella *solutio pecuniae traiecticiae*, per la conseguente indisponibilità del proprio servo⁹¹, che accompagna il debitore durante il viaggio con l'incarico di esigere a suo tempo la riscossione del credito.

Ad una *stipulatio* particolarmente qualificata si ricorreva di solito tutte le volte che uno schiavo, o comunque un dipendente del sovventore⁹², prendesse imbarco sulla nave per esercitarvi funzioni di controllo e farsi pagare all'arrivo, quando fosse venuto il giorno della scadenza: ma non si trattava sempre di una *stipulatio poenae* (cfr. D. 22, 2, 4 § 1)⁹³. Il Karlowa ritiene addirittura⁹⁴ che

⁹⁰) Questo è il termine d'uso, con il quale viene designato l'accompagnatore della *pecunia* – o «sopraccarico» – dalla *lex Rhodia*, e che mi sembra lecito adoperare in mancanza di un termine latino corrispondente, per evitare così la perifrasi del «*servus traiecticiae pecuniae gratia secutus*» (D. 22, 2, 4 § 1). Nel vocabolario greco la espressione κερμακόλουθος (evidente composizione di κέρματα e ἀκόλουθος: cfr. ASHBURNER, *The Rhodian Sea-Law* [1909], p. CCXIX) è probabilmente di origine assai tarda; la lingua classica usava invece altre espressioni (διοπεύων, διοπος, ἐπιπλους), delle quali ci è conservato il ricordo nelle fonti demosteniche ed altrove (PAOLI, *op. cit.*, p. 26 nota 1).

⁹¹) «*Ob omissas operas servi*», come dicono i maestri bolognesi (Glossa ad h.l.).

⁹²) Ad esempio un liberto: Plut., *Cato maior*, 21. Cfr. BISCARDI, *Str. class. del f.n.*, p. 362 nota 39.

⁹³) Papinianus, *l. 3 responsorum*: «Pro operis servi traiecticiae pecunia gratia secuti quod in singulos dies in stipulatum deductum est, [ad finem centesimae non ultra duplum] <etiam post diem periculi> debetur. [in stipulatione faenoris post diem periculi separatim interposita quod in ea legitimae usurae deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur]». Il testo è rimaneggiato assai più largamente di quanto non sia stato fino ad oggi ritenuto dalla critica (MOMMSEN, *Ges. Schr.*, III, Berlin 1907, p. 358; BILLETTER, *op. cit.*, p. 249 nota 1; BISCARDI, *Str. class. del f. n.*, p. 361 e sg.; DE MARTINO, *Ancora sul f.n.*, p. 441 e sg.), la quale ha forse avuto il torto di esaminarlo con troppa fretta. Dedicandovi una maggiore attenzione, ci si accorge invece come tutto il suo contenuto risponda alla ossessiva preoccupazione di Giustiniano e dei suoi commissarii di escludere ogni possibile scappatoia della prassi nel tentativo di sfuggire ai divieti concernenti la nuova limitazione delle *usurae* (C. 4, 32, 26): il che ci spiega la considerevole ampiezza delle sue alterazioni. Verosimilmente il giurista classico si sarà limitato a risolvere la questione se la *stipulatio operarum*, che è in *singulos dies*, abbia efficacia anche dopo il sopravvenire del termine, con cui cessano di decorrere le *usurae infinitae* («*post diem periculi*»), qualunque fosse l'ammontare della indennità stipulata: e la risposta non avrà potuto essere che positiva – vi fosse o non vi fosse una pattuizione di *usurae licitae* per il tempo successivo alla navigazione, in rapporto all'eventuale intervallo fra l'arrivo della nave e la scadenza del debito – in quanto la *stipulatio operarum* era del tutto indipendente dalla *pecunia*

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

oggetto di quella *stipulatio* fosse in ogni caso una indennità per le *operae* del κερμακόλουθος, messe a disposizione dell'accipiente, ma che peraltro la stipulazione di questa indennità (*stipulatio operarum*) potesse venir combinata con la *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa* in un solo contratto; di qui la supposizione che nel testo di Africano siano cadute due parole e, sia pertanto da leggere: «*Traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena (uti adsolet) <et pecunia> ob operas eius qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta*».

Io sono al contrario d'avviso che, nella specie, noi ci troviamo di fronte ad una vera e propria *stipulatio poenae* anziché ad una clausola parzialmente penale, come in sostanza suppone il Karlowa; con questa sola peculiarità, che la *poena* è comprensiva di un tanto a titolo di risarcimento per la mano d'opera dello schiavo inutilmente perduta, qualora nella *solutio* si verificasse un ritardo, in conseguenza del quale lo schiavo fosse costretto a rimanere presso il debitore. Opino dunque che il dettato originario del testo suonasse così: «*Traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena (uti adsolet) <et> ob operas eius qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta*». La ricostruzione è legittimata, sotto il profilo linguistico, dall'uso non raro di «*et ob*» nel senso di «*etiam ob*» sia in fonti letterarie che giuridiche⁹⁵, ma soprattutto dalla ricorrenza di siffatta locuzione nello stile dei giuristi (Venuleio: D. 46, 7, 19 § 1; Ulpiano: D. 15, 1, 1 § 3), per indicare una nozione implicita nella parola o frase che precede, ossia per ricondurre una entità, comunque circoscritta, nell'ambito di un'altra, più ampia, che l'abbraccia. La soppressione dell'«*et*» non

traiecticia, né la indennità stipulata per le opere dello schiavo aveva nulla a che fare con gl'interessi del capitale dato in prestito. Lo stesso dicasi nella configurabile ipotesi – di cui non sappiamo peraltro se il testo originale avrà fatto cenno – che le *usurae post diem periculi* formassero oggetto di una stipulazione a sé stante («*separatim interposita*»). I compilatori, dal canto loro, utilizzano il testo per subordinare il corrispettivo delle *operae* agl'interessi, computando quello e questi in relazione all'ammontare della *sors*, e per introdurre così due regole nuove: a) se le parti hanno fissato solo l'interesse nautico e non quello terrestre, il compenso per le *operae* è dovuto fino al cessare del rischio, ma comunque in misura tale che quella indennità non superi l'importo della *centesima* (12 %) consentita per le *usurae maritimae*, né globalmente con queste il doppio (D. 22, 2, 4 § 1¹: cfr. C. 4, 32, 27 § 1); b) se le parti hanno fissato anche un interesse terrestre *post diem periculi*, il compenso è dovuto fino al giorno della *solutio*, ma comunque in misura tale che quella indennità più l'interesse non superino globalmente la *dimidia centesimae* (6 %) dopo il cessare del rischio (D. 22, 2, 4 § 1²: la seconda limitazione vige anche, naturalmente, in questo caso, con riferimento all'intero credito delle somme dovute oltre il capitale, a titolo di *usurae* e d'indennità per le *operae*, dal giorno in cui la nave ha iniziato il suo viaggio).

⁹⁴) *Loc. cit.*

⁹⁵) Ho consultato in proposito i seguenti lessici: «Thesaurus l. L.» s.v. *et*; FORCELLINI, s.vv. *et, ob*; «VJR.» s.v. *et*.

è, secondo ogni probabilità, casuale, bensì dovuta a interpolazione⁹⁶. Del che possiamo dare una doppia serie di prove.

Sono già molti anni che il fr. 23 D. 44, 7 è stato preso di mira dai ripetuti attacchi della critica. Tutti gli studiosi sono ormai concordi nell'ammettere che questo passo sia stato più o meno largamente rimaneggiato, formando oggetto di rielaborazione scolastica o legislativa. Le opinioni si diversificano solo nel diagnosticare il modo, i limiti e le cause delle alterazioni da esso risentite.

Fu dapprima il Mommsen che, nella sua edizione del Digesto⁹⁷, giudicò il testo alquanto corrotto, proponendo alcuni emendamenti. Più tardi il De Medio⁹⁸ scorse un eloquente indizio dell'intervento compilatorio nel criterio empirico e benigno⁹⁹, cui appare ispirata la concessione del *modicum spatium* a favore del soccombente in un giudizio arbitrale, allorquando nella *sententia* non sia fissato un termine per la sua esecuzione. La offensiva assunse quindi proporzioni maggiori, con l'intensificarsi degli studi sulla teoria della mora e dell'*interpellatio*. Già nel 1908 il Siber¹⁰⁰, in conformità delle sue conclusioni storiche intorno a quella teoria, vede in questo frammento un richiamo alla norma della costituzione giustiniana riprodotta in C. 8, 37 [38], 12 ed espunge la frase «*amplius – non esset*». Successivamente due studiosi italiani¹⁰¹, oltre a sottoscrivere la interpolazione segnalata dal De Medio, esprimono il parere che la discussione sulla *missio poenae* contemplasse originariamente anche l'ipotesi della *mora in accipiendo*, di guisa che un altro intero periodo del frammento («*de illo – dicitur*») viene ad essere investito dai sospetti di alterazione.

Gli ultimi attacchi sferrati contro il testo sono quelli del Beseler¹⁰² e del Lenel¹⁰³. Al Beseler va il merito di avere individuato l'origine insitica della esempli-

⁹⁶) Tuttavia, se non vi fossero i motivi, che mi accingo ad illustrare e che m'inducono a propendere per l'intervento compilatorio, l'ipotesi di un errore dei manoscritti non sarebbe senz'altro da respingere: l'omissione involontaria di «*et*» potrebbe infatti giustificarsi diplomaticamente in quanto, col sistema della dettatura e la trascuratezza dell'interpunzione, il *librarius* avrebbe potuto facilmente confondere, contraendo – in «*adsolet*» – «*adsolet et*».

⁹⁷) *Editio maior* del 1868-70, vol. II, ad h.l.

⁹⁸) «Arch. giur.», LXVIII, 1902, p. 231.

⁹⁹) Cfr. ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del dir. rom. giustiniano*, I, Milano 1935, pp. 90 e 107-109. Giustiniano stesso confessa in una sua Novella (22, 20 pr.) di essere nemico di ogni *immoderatio*: «*ἡμῖν ἔδοξε τὰς ἀμετρίας ἀποστρεφομένους*».

¹⁰⁰) *Interpellatio und Mora*, nella «ZSS.», XXIX (1908), pp. 99, 104.

¹⁰¹) GUARNERI CITATI, *Semel commissio poena non evanescit*, in «BIDR.», XXXII (1922), pp. 244, 258 e sgg., *Contributi alla dottrina della mora nel dir. romano*, in «Annali Palermo», XI (1923), p. 161 e sgg.; MONTEL, *La mora del debitore*, Padova 1930, p. 32 nota 2. Cfr. KADEN, in «ZSS.», XLVII (1927), p. 563 e sg.

¹⁰²) «Tijdschr. voor Rechtsgeschiedenis», X (1930), p. 207.

¹⁰³) «ZSS.», LI (1931), p. 31, testo e note.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

ficazione relativa all'*impedimentum valetudinis* («*alioquin – poenam non committi*»). Il Lenel, accogliendo quasi tutte le critiche degli autori che lo avevano preceduto, ma non senza rinunciare a nuovi spunti ed a qualche variazione, ha proposto di eliminare del tutto l'inciso «*de illo – dicitur*», che nella sua collocazione attuale incontestabilmente turba la continuità logica del discorso, e di non respingere invece l'accento alla *condemnatio* arbitrale *sine die*, pur non potendosi ricostruire, a suo giudizio, quale fosse la soluzione adottata in proposito da Servio.

Questa breve rassegna delle opinioni mi sembra tale da giustificare appieno i nostri dubbi. Abbiamo visto cadere uno dopo l'altro, sotto il fuoco della dottrina interpolazionistica, periodi interi del frammento, di cui stiamo discorrendo. Ma io ritengo che esso sia ancora più gravemente interpolato e che una sola parte si salvi, depurando il testo delle incrostazioni e dei ritocchi legislativi, che hanno finito per trasfigurare così la genuina fattispecie come la decisione offerta da Africano.

Se si considera che, mentre era tuttora in corso la elaborazione del primo Codice giustiniano, il legislatore aveva limitato il tasso degli interessi marittimi (*usurae nauticae*), che fino ad allora erano stati sempre completamente liberi (*usurae infinitae*), fissandolo nella misura massima del 12 % (*usurae centesimae*), ossia nel doppio degli interessi comuni (*usurae semisses, dimidia centesimae usurae*)¹⁰⁴, e che con ciò la regola per cui l'importo della *poena pro usuris* non può mai superare il *modus* delle *usurae licitae*¹⁰⁵ era divenuto senz'altro applicabile al *genus nauticum*, è ragionevole arguire che, già innanzi all'entrata in vigore delle Pandette, la *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine* fosse caduta in disuetudine per la sua inutilità pratica, non essendo ammissibile che la normale pattuizione di *usurae* si mantenesse al disotto della *centesima* in affari che implicavano un forte rischio, e che pertanto ai compilatori del Digesto sia sembrato opportuno, in questo caso, di circoscrivere la fattispecie alla sola ipotesi della clausola penale concernente la dispersione di attività del *κερμακόλουθος*.

¹⁰⁴) C. 4, 32, 26 § 2 (a. 528): «Ideoque iubemus ... in traiecticiis autem contractibus ... usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erit concessum ...». Insostenibile è la opinione, del JHERING (*Das angebliche gesetzliche Zinsmaximum beim f.n.*, in «Jahrbücher für die Dogmatik», XIX [1881], pp. 1-23), secondo cui la norma sarebbe stata applicabile soltanto agli interessi terrestri del prestito marittimo (*usurae ante navigium, usurae post diem periculi*, interessi moratorii). Tale opinione contrasta infatti con esplicite attestazioni delle fonti bizantine (Bas. 23, 3, 74 e Bas. Suppl. II, 103), e fu a suo tempo vivacemente confutata dal BUECHEL (*Das gesetzliche Zinsmaximum beim f.n.*, Erlangen 1883) e dal SIEVEKING (*op. cit.*, p. 45), sì che essa non ha trovato in seguito che l'adesione isolata dell'HUVELIN (*op. cit.*, p. 208), il quale non ha peraltro addotto argomenti nuovi né ha cercato in alcuna guisa di controbattere le fondatissime obiezioni dei due scrittori menzionati.

¹⁰⁵) D. 22, 1, 44 cit.

Actio pecuniae traiecticiae

D'altra parte, i romanisti si vanno oggi sempre meglio persuadendo che la nozione stessa d'*interpellatio* non è classica¹⁰⁶: ed è appunto perciò assai probabile che tutta la macchinosa problematica relativa all'*interpellatio* nel frammento in discussione sia soltanto un'eco di quelle dispute, verosimilmente postclassiche, le quali furono troncate da Giustiniano mediante quella costituzione (C. 8, 37 [38], 12)¹⁰⁷, di cui abbiamo forse una traccia – come il Siber aveva notato¹⁰⁸ – nel contenuto della frase «*amplius etiamsi omnino interpellatus non esset*».

Dobbiamo infine aggiungere che i risultati precedentemente conseguiti esaminando la struttura della *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa* in relazione al problema della *missio poenae sine culpa debitoris* ci permettono anche di cogliere un contrassegno emblematico nell'inciso «*nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret*»¹⁰⁹, cui fa riscontro il

¹⁰⁶ La critica delle fonti ha proceduto in questo senso con passo misurato ma inesorabile: KNIEP, *Die Mora des Schuldners*, Rostock 1871-72; SIBER, «ZSS.», XXIX (1908), p. 47 e sgg., XLV (1925), p. 146 e sgg., *Röm. Privatrecht*, p. 252 e sgg.; SEGRÉ, *Miscellanea esegetica*, in «Studi Brug», Palermo 1910; p. 392 e sgg. (= *Scr. giur.*, II, p. 513 e sgg.); GUARNERI CITATI, *Contributi* cit.; GENZMER, «ZSS.», XLIV (1924), p. 86 e sgg.; JOERS-KUNKEL, *Röm. Privatrecht*, p. 184 e sgg.; SOHM-MITTEIS-WENGER, *Instit.*¹⁷, p. 383 e sgg.; PEROZZI, *Istit.*², II, p. 434 e sgg.; GIRARD-SENN, *Manuel*⁸, p. 689 e sgg.; MONTEL, *op. cit.*, pp. 26-34; FELGENTRAEGER, «ZSS.», LI (1931), p. 523 e sgg.; BUCKLAND, *Textbook*², p. 550 e sgg.; MONIER, *Manuel*, II, Paris 1936, p. 271 e sgg.; KASER, in PAULY WISSOWA, *RE.*, XVI, 1, 254 e sgg., s.v. *mora*; DI MARZO, *Istit.*⁴, p. 322 e sg.; BIONDI, *Istit.*, p. 271; ARANGIO RUIZ, *Istit.*⁹, p. 387.

¹⁰⁷ Imp. Iustinianus A. Menae pp. (a. 529): «Magnam legum veterum obscuritatem, quae protrahendarum litium maximam occasionem usque adhuc praebebat, amputantes sancimus, ut, si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum se stipuletur vel quae stipulator voluit promiserit et addiderit, quod, si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat minime posse ad evitandam poenam adicere quod nullus eum admonuit: sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, cum ea quae promisit ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat». Era forse un'antica usanza delle provincie elleniche quella di subordinare in ogni caso la mora del debitore, e quindi anche la esigibilità di quanto fosse stato convenuto a titolo di penale per la eventualità di un ritardo nel pagamento, ad una intimazione solenne del creditore, se è vero che già nel diritto attico esisteva una consuetudine simigliante, come parrebbe lecito desumere dalla lettura di un passo dell'orazione pseudodemostenica intitolata *Contro Apaturio* (§§ 25-26, p. 901 REISKE): «καίτοι προσήκεν, εἰ ὁ μὲν Παρμένων ὠφλήκει αὐτῷ τὴν δίκην, ἐγὼ δ' ἐγγυητής ἦν, προσελθεῖν αὐτόν μοι ἔχοντα μάρτυρας καὶ ἀπαιτῆσαι τὴν ἐγγύην, εἰ μὴ προτέρωσιν, ἐν τῷ ἐξελθόντι ἐνιαυτῷ· καὶ εἰ μὲν αὐτῷ ἀπεδίδουν, κομίσασθαι, εἰ δὲ μὴ, δικάζεσθαι. τῶν γὰρ τοιοῦτων ἐγκλημάτων, πρότερον τὰς ἀπαιτήσεις ποιοῦνται ἅπαντες, ἢ δικάζονται». L'applicazione di questa regola al di fuori del caso ivi previsto (debito del garante o mallevadore: ἐγγύη) sembra peraltro assai disputata: PLATNER, *Der Process und die Klagen bei den Attikern*, Darmstadt 1824-25, II, p. 368; BEAUCHET, *Histoire du dr. privé de la Rép. athénienne*, IV, Paris 1897, pp. 412, 436 e sg., 473.

¹⁰⁸ «ZSS.», XXIX (1908), pp. 99 e 104.

¹⁰⁹ Non erano dunque del tutto fuori strada il BERTOLINI (*op. ult. cit.*, pp. 196-97) e

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

successivo «*neque per eum, qui dare inssus sit, steterit* (scil. *quo minus daretur*)»: non essendo ammissibile che in due casi, nei quali la *stipulatio poenae* è un negozio autonomo, avendo una funzione principale e non accessoria, ed in antitesi ad altre attestazioni esplicite in senso opposto (D. 22, 2, 9: cfr. D. eod. 8; D. 4, 8, 21 § 9 cfr. D. eod. 23 § 3, D. eod. 40), la *commissio poenae* sia condizionata alla colpa del promittente, mentre ciò è perfettamente consono al diritto giustiniano, dove la *pecunia traiecticia* da un lato – come vedremo a suo tempo ¹¹⁰ – ed il *compromissum* dall'altro – subordinatamente al verificarsi di certe condizioni previste dalla legge ¹¹¹ – possono essere inclusi nella categoria dei *pacta legitima*, ovverosia dei patti muniti d'azione ¹¹².

Resta invece salva, a mio avviso, la proposizione dubitativa «*an, quamvis pecuniam postea offerat, nihilo minus poena committatur*», che si riallaccia direttamente alla fattispecie ipotizzata, la quale doveva essere in realtà abbastanza semplice, riguardando – com'è probabile – il caso di un parziale adempimento della prestazione, al cui mancato verificarsi è subordinato l'effetto della *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine*. Quella proposizione dubitativa costituisce anzi il nocciolo della questione, risolta dal giurisperito («*consultus*

il FERRINI (*Pand.*³, Milano 1904, p. 613 nota 4), quando affermavano che tali parole non potevano essere riferite se non ai casi di esecuzione impedita dal creditore (ma v. già, nello stesso senso, il Cuiacio, *Comm. in Dig. de obl. et act.*, ad h.l. = *Opera omnia*, VI, 1376). Tuttavia la questione suscitata dal confronto di codesta frase con il testo del fr. 9 D. 22, 2 non può essere risolta, a mio avviso, con un puro e semplice accomodamento interpretativo («*per debitorem non stare*» = «*per creditorem stare*»), nonostante l'autorità del WOLFF (*Zur Lehre von der Mora*, Göttingen 1841, p. 60 e sg.), a cui si appoggia la interpretazione dei nostri due romanisti: ed in ciò sono pienamente d'accordo col DONATUTI (*op. cit.*, p. 305 nota 23), il quale parla di «manifesto sforzo» al riguardo. Questo però non deve indurre alla conclusione accolta dal DONATUTI, postulando un contrasto di opinione fra i giuristi e supponendo gratuitamente che la tesi di Labeone (D. 22, 2, 9) sia stata poi eliminata dal sopravvento della tesi opposta, quando si tengano presenti le obiezioni già formulate in precedenza (§ 5). Occorre invece una radicale critica del testo di Africano: ma la conclusione è quella a cui erano pervenuti il BERTOLINI e il FERRINI, per una via meno rigorosa.

¹¹⁰) Cfr. più oltre, § 15.

¹¹¹) Nel diritto della compilazione, le condizioni sono due alternativamente: a) o che il compromesso sia stato accompagnato da un giuramento prestato dall'arbitro e dalle parti (C. 2, 55 [56], 4); b) o che la decisione arbitrale sia stata sottoscritta dalle parti o comunque non impugnata da esse entro il termine di giorni dieci (C. 2, 55 [56], 5). La prima condizione fu abrogata dalla Nov. 82, 11.

¹¹²) Questa è speciale per ogni patto, riconosciuto dalla legge produttivo di obbligazione, a meno che la legge non disponga «*quo genere actionis experiamur*»: nel qual caso si applica la *condictio ex lege* (D. 13, 2, 1). Così è, probabilmente, nel caso della *pecunia traiecticia* (v. ancora § 15); invece il *compromissum* è tutelato da una nuova *actio in factum* giustiniana (C. 2, 55 [56], 5 pr.): LA PIRA, *Compromissum*, p. 193), oltre che da un'*exceptio veluti pacti ex compromisso* (D. 4, 8, 13 § 1 itp.), la cui origine compilatoria è stata dimostrata dal ROTONDI, *Scr. giur.*, Milano 1922, I, p. 284 e sgg.

Actio pecuniae traiecticiae

respondit ... poenam peti posse»)¹¹³, analogamente al responso di Celso tramandoci da Ulpiano in D. 4, 8, 23 pr.¹¹⁴.

Così pure i due esempi addotti nell'ultima parte del testo servono ad illustrare l'inciso «*nec aliter – solveret*» nella sua presumibile redazione genuina («*nec aliter non committi stipulationem, quam si per [debitorem non] <creditorem> stetisset, quo minus [solveret] <ei solveretur>*»), mostrando il parallelismo di scopo della *poena traiecticiae pecuniae* con la *poena compromissi* e la *lex commissoria*. Né la digressione potrà destare sospetti di glossema, ove si tenga presente che il testo medesimo è tratto da un'opera intitolata '*Quaestiones*', e cioè da una raccolta di decisioni date ad istanza o ad uso dei discepoli sopra fattispecie fittizie, scelte fra le più adatte a saggiare la portata dei principii¹¹⁵.

Difatti, come la *poena traiecticiae pecuniae* sanziona l'obbligo del debitore di attenersi alle condizioni pattuite, così la *poena compromissi* reciprocamente stipulata sanziona l'obbligo dei due compromittenti di sottostare alla decisione dell'arbitro, e la *lex commissoria*, quale clausola aggiuntiva di un contratto, da cui nascono azioni di buona fede, garantisce a sua volta la risoluzione della compravendita, sanzionando l'obbligo del compratore di restituire la cosa a

¹¹³) La decisione è quasi certamente giulianea: cfr. BUHL, *Africans Quaestiones*, in «ZSS.», II (1881), p. 180 e sgg.; JOERS, in PAULY-WISSOWA, RE., III, 1, 1192 (*Caecilius*, n. 29); KALB, *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig 1890, p. 66 e sgg.; COSTA, *Storia delle fonti*, Torino 1909, pp. 89 e sg., 93 e sg.; KRUEGER, *Geschichte der Quellen*², Leipzig 1912, p. 194; KIPP, *Geschichte der Quellen*⁴, Leipzig 1919, p. 112; KUEBLER, *Geschichte des röm. Rechts*, Leipzig 1925, p. 268; BONFANTE, *Storia del dir. romano*⁴, Roma 1934, p. 387 nota 1; DE FRANCISCI, *Storia del dir. romano*, II, 12, Milano 1938, p. 492; ARANGIO RUIZ, *Storia*³, p. 280.

¹¹⁴) Ulpianus, l. 13 ad edictum. «Celsus ait, si arbiter intra kalendas Septembres dari iusserit nec datum erit, licet postea offeratur, attamen semel commissam poenam compromissi non evanescere, quoniam semper verum est intra kalendas datum non esse: [sin autem oblatum accepit, poenam potest non potest doli exceptione removendus]». La interpolazione, supposta dall'ALBERTARIO (*Contributi alla critica del Digesto*, Pavia 1911, p. 14) in proporzioni assai più vaste («*licet – removendus*») e, sulle orme dello studioso italiano, segnalata anche dal KRUEGER (*Dig. ad h.l.*, Suppl. adn.), è stata, a parer mio, giustamente circoscritta dai GUARNERI CITATI (*Studi sulle obbl. indivisibili*, negli «Annali Palermo», IX [1921], p. 233 note 1 e 5; «BIDR.», XXXII [1922], pp. 244, 248 e sg., 269; e *Contributi cit.*, in «Annali Palermo», XI [1923], p. 233 nota 4) all'ultima parte del brano surriferito («*sin et rell.*»), e ciò pure in conformità della opinione espressa dal FERRINI («BIDR.», XIV [1902], p. 218) e dal BERGER (*op. cit.*, p. 213 nota 6). Per il problema della classicità o meno dell'uso di '*attamen*' cfr. tuttavia, oltre allo stesso FERRINI (*loc. ult. cit.*), i richiami contenuti nell'*Indice* guarneriano, s.h.v.: ma, quando pur si ritenga che quella congiunzione sia sicuro allarme di alterazione del testo originario, sarà sempre possibile concludere – guardando alla sostanza più che alle parole – con una frase adoperata molto spesso nell'*Index interpolationum*: «*sententia genuina verba mutata*»!

¹¹⁵) ARANGIO RUIZ, *Storia*³, p. 267.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

chi l'ha venduta, se il prezzo non sia pagato entro un certo termine¹¹⁶. Tutti e tre codesti obblighi specificati non sarebbero altrimenti coercibili: ed è quindi ovviamente comprensibile che tanto la *commissio stipulationis* nei primi due casi, quanto la *commissio legis* nel terzo abbiano luogo al verificarsi della rispettiva condizione, indipendentemente dalla circostanza che l'inadempnienza di quella sia imputabile o meno al debitore, eccettuandosi soltanto che la condizione si abbia per avverata qualora l'evento positivo, da cui essa avrebbe potuto manifestamente venir esclusa, sia stato impedito dalla volontà della controparte. Nella esemplificazione del compromesso, la invocata opinione di Servio si riferiva probabilmente a questa ipotesi, contemplata pure in D. 4, 8, 40 con esplicito richiamo alla sua autorità («*quemadmodum Servius ait, si per stipulatorem stet, quo minus accipiat, non committi poenam*»), tanto più che il medesimo giureconsulto aveva espresso un conforme avviso nel dedicare la sua attenzione alla *commissio poenae traiecticiae pecuniae gratia* (D. 22, 2, 8 cit.).

Diverso è il caso, in cui sia stata pattuita una *poena* per il ritardato pagamento del prezzo nella compravendita, come ci appare da un confronto tra D. 18, 3, 8 e D. 19, 1, 51 § 1.

Nel primo passo¹¹⁷ la fattispecie è questa: Tizia vende alcuni fondi, ri-

¹¹⁶ Su questa clausola speciale della compravendita, v. fra gli altri WIEACKER, *Lex commissoria. Erfüllungszwang und Widerruf im röm. Kaufrecht*, Berlin 1932, e BISCARDI, *La 'lex commissoria' nel sistema delle garanzie reali*, in «Studi Betti», Milano 1962, II, p. 575 e sgg.

¹¹⁷ Scaevola, l. 7 *digestorum*: «Mulier fundos Gaio Seio vendidit et acceptis arrae nomine certis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae: quibus si non parisset emptor, pactus est ut arram perderet et inemptae villae essent. die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere (et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit), defuisse autem venditricem, posteriore autem die nomine fisci testato conventum emptorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, (quam fisco satisfaceret. quaesitum est, an [fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventionem venditoris] (?) <lege commissoria mulier ex vendito agere possit> (?). respondit secundum ea quae proponerentur non commisisse in legem venditionis emptorem». O il testo presuppone che la proprietà dei fondi non sia passata al compratore – il che potrebbe essere avvenuto, trattandosi di *res mancipi*, o perché il venditore ne avesse fatta la semplice tradizione e fosse stato invece omesso l'atto solenne di trasferimento (*mancipatio*, in *iure cessio*), idoneo al passaggio della proprietà (ma è strano che il giurista non ne parli), oppure perché non ne fosse stato ancora pagato il prezzo, senza che d'altro lato il compratore avesse offerto garanzie sufficienti a tale scopo, se, anche respingendo la vecchia dottrina, ultimamente difesa per vie diverse dall'APPLETON (in «Rev. hist. du droit fr. et étr.», serie 4^a, VII, [1928], pp. 11 e sgg., 173 e sgg.) e dallo SCHOENBAUER (in «ZSS.», LII [1932], p. 195 e sgg., LIV [1934], p. 335 e sgg.), sulla classicità del principio affermato in I. 2, 1 § 41 per ogni specie di cose, può ritenersi, quanto meno, esatta la tesi accennata dal PEROZZI (*Istit.*², II, pp. 643 nota 2, 675 nota 2) e strenuamente difesa dall'ALBERTARIO (*Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, in «Riv. di dir. comm.», XXVII [1929], p. 233 e sgg. = *Studi di dir. romano*, III, Milano 1936, p. 425

Actio pecuniae traiecticiae

cevedo una caparra e pattuendo la risoluzione del contratto, se il prezzo non sarà interamente pagato entro un certo termine. Sopravvenuto il giorno della scadenza, la venditrice si sottrae al pagamento, sebbene il compratore sia pronto a versare la somma dovuta e questa venga suggellata in una borsa con i sigilli dei testimoni presenti all'atto. Successivamente il compratore viene diffidato dal fisco di non pagare il suo debito a Tizia, se prima egli non abbia soddisfatto ai suoi obblighi fiscali. Si domanda se Tizia possa agire in base alla *lex commissoria* per il mancato pagamento, ed ottenere la risoluzione del contratto: la risposta è negativa.

Secondo la fattispecie, raffigurata invece nell'altro testo¹¹⁸, Caio ha venduto a Sempronio un fondo, con la clausola che il prezzo sia pagato alle calende di luglio, pattuendo una penale per la eventualità di un ritardo nel pagamento. Se il venditore impedisce che il pagamento del prezzo abbia luogo alla scadenza, e più tardi Sempronio non sia in grado, per sua colpa, di far fronte all'obbligazione, può il venditore pretendere la penale? La risposta è, in questo caso, affermativa.

Ora, la spiegazione della differenza tra le due risposte non è, come a prima vista potrebbe sembrare, che, mentre nell'ipotesi della *lex commissoria* il compratore ha un motivo legittimo di scusa per non eseguire il pagamento, dopo che la venditrice gli ha impedito di farlo puntualmente, nel caso invece della *conventio poenae* la mora del venditore *in accipiendo pretio* è cancellata dalla

e sgg.) e dall'ARCHI (*Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova 1934, e *In tema di trasferimento della proprietà per compravendita*, negli «SDHI.», I [1935], p. 115 e sgg.) che il pagamento del prezzo o comunque la *satisfactio* del venditore siano sempre requisito necessario per l'acquisto della proprietà di una *res Mancipi* (ma v. contro: PRINGSHEIM, *Kauf mit fremdem Geld*, Leipzig 1916, e le repliche ai suoi critici in «ZSS.», L [1930], p. 333 e sgg., LIII [1933], p. 491 e sgg.; MEYLAN, *Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue en dr. rom. class.*, negli «Studi Bonfante», I, p. 441 e sgg.; SILVIO ROMANO, *Pagamento del prezzo e trasferimento della proprietà nella compravendita romana: note esegetiche*, in «Annali Perugia», XXXIV [1934], e *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita*, Padova 1937; BESELER, *Eigentumsübergang und Kaufpreiszahlung*, in «Acta Congressus iuridici internationalis», I, Roma 1935, p. 333 e sgg.; ARANGIO RUIZ, *Istit.*⁹, p. 341) – o altrimenti la frase «*fundi – venditoris*» è interpolata, implicando l'efficacia reale della risoluzione, principio questo che corrisponde ad una tendenza tipicamente giustinianea: cfr. del resto BONFANTE, *Istit.*¹⁰, p. 471 nota 1.

¹¹⁸) Labeo, *l. 5 posteriorum a Iavoleno epitomatorum*: «Quod si fundum emisti ea lege, uti des pecuniam kalendis Iulius, et si ipsis kalendis per venditorem esset factum, quo minus pecunia ei solveretur, deinde per te staret quo minus solveres, uti posse adversus te lege sua venditorem dixi, quia in vendendo hoc ageretur ut, quandoque per emptorem factum sit, quo minus pecuniam solvat, legis poenam patiat. hoc [ita] verum puto, [nisi si quid in ea re venditor dolo fecit]». Per le interpolazioni segnalate si riscontrino: BREMER, *Inrisprudentiae antehadrianæ quæ supersunt*, II, 2, Lipsiae 1901, p. 427; KRUEGER, *Dig. ad h. l.*; BESELER, *Beiträge*, IV, p. 69; «VJR.», IV, 1, 158²⁵ e V, 2, 441⁴¹.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

successiva mora *in solvendo* del compratore. Il fatto è che, nella prima ipotesi, l'unica circostanza di rilievo è la *mora accipiendi* della venditrice, e che il mancato adempimento successivo sarebbe giuridicamente irrilevante, anche se il compratore fosse in colpa. Della qual cosa non è poi tanto difficile convincersi, per chi risalga alla diversa finalità delle due clausole contrattuali – *lex commissoria* e *poena* – nella compravendita.

La *lex commissoria* è una clausola, con la quale – pur essendo rigorosamente esatto l'insegnamento della giurisprudenza classica, racchiuso nelle parole «*magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur*» (D. 18, 3, 1) – il venditore vuole in sostanza condizionata la efficacia della vendita al pagamento puntuale del prezzo, nel senso che la vendita si avrà per non fatta se il compratore non paghi il prezzo entro il termine stabilito, ancorché – almeno classicamente – questo fine si realizzi attraverso la risoluzione, senza effetto retroattivo, di un negozio inteso come puro ma collegato ad un patto contrario sottoposto a condizione sospensiva, ed ancorché la risoluzione stessa abbia efficacia obbligatoria e non reale. Il che non è affatto contraddittorio, in quanto la volontà contrattuale delle parti, che si perfeziona mediante il consenso su tutte le clausole della compravendita non è già la mera congiunzione di due momenti volitivi opposti, ma è una volontà sola, specialmente conformata, nel cui processo perfezionativo la determinazione accessoria forma un tutto inscindibile con la principale¹¹⁹.

Viceversa, la penale pattuita fra venditore e compratore «*si ad diem pecunia soluta non sit*» è una garanzia secondaria, e quindi un rafforzamento dell'obbligo che il compratore ha di pagare il prezzo alla scadenza fissata, senza che le parti si propongano la risoluzione del contratto, anche se quell'obbligo non sarà puntualmente adempiuto, e senza che quella risoluzione possa avvenire per volontà del venditore di fronte all'inadempienza della controparte, essendo ignota al diritto romano – come tutti sanno – la c.d. condizione risolutiva tacita dell'art. 1453 cod. civ., a noi derivata dal diritto consuetudinario francese, per il tramite della codificazione napoleonica¹²⁰.

Ciò premesso, s'intende come, ogni qual volta i contraenti abbiano inserito nella compravendita il patto commissorio, lo scioglimento del rapporto contrattuale possa essere sempre domandato quando il pagamento del prez-

¹¹⁹) Intorno a questo delicato problema cfr. in particolar modo WINDSCHEID, *Pand.* (trad. it. FADDA e BENSA, Torino 1881 e sgg.), I, 86, nota 3 a; WIEACKER, *loc. cit.*; e LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des röm. Kaufs*, nelle «*Symbolae friburgenses in honorem Ottonis Leneb*», Leipzig 1935, p. 108 e sgg.

¹²⁰) DE RUGGIERO, *Istit. di dir. civile*⁵, II, Messina 1930, p. 285.

Actio pecuniae traiecticiae

zo non abbia luogo alla scadenza, qualunque sia la causa di questo evento, salvo il caso che esso non dipenda dal verificarsi della *mora accipiendi*. Tale è, secondo me, il motivo della decisione accolta in D. 18, 3, 8 – come volevasi dimostrare: decisione, dunque, ispirata al principio, di cui abbiamo ritrovato la prima traccia nel testo di Africano. E' evidente infatti che, qualora la risoluzione della compravendita potesse avvenire soltanto se l'inadempimento fosse imputabile al compratore, l'interesse del venditore ad ottenere la restituzione della cosa, nell'ipotesi che egli non abbia ricevuto il prezzo entro un certo termine, sarebbe frustrato irrimediabilmente, malgrado la clausola liberamente accettata dal compratore a tutela di quell'interesse della controparte, non potendosi agire con l'*a. venditi* per la restituzione della cosa se non nel caso che il compratore incorra nella *commissio legis*.

Ed è altrettanto plausibile, invece, che, se la clausola accessoria sia quella di una penale, pattuita a garanzia dell'obbligo che il compratore ha di pagare il prezzo entro il termine stabilito, poiché quell'obbligo è in ogni caso direttamente coercibile con l'azione nascente dal contratto a favore del venditore (*a. venditi*), la *commissio poenae* sia da mettere in relazione con la colpa del compratore, di guisa che la penale stessa, la quale ha carattere sanzionatorio rispetto all'inadempimento, sia esigibile soltanto se l'inadempiente è in qualche modo colpevole (D. 19, 1, 51 § 1).

Riassumendo, credo di poter concludere, pur senza esimermi dall'affacciare ogni più cauta riserva sotto l'aspetto formale, che il testo di Africano – riprodotto con gravissime alterazioni in D. 44, 7, 23 – può venir forse, a un dipresso, ricostruito dimostrativamente come segue:

Traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena (uti adsolet) <et> ob operas eius qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta. [-] <die statuto debitor partem solvit. quaerebatur> an, quamvis <reliquam> pecuniam postea offerat, nihilo minus poena committatur. [-] consultus respondit [-] poenam peti posse: [-] nec aliter non committi stipulationem, quam si per [debitorem non] <creditorem> stetisset, quo minus [solveret] <ei solveretur>. [-] nam et si arbiter ex compromisso pecuniam certo die dare iusserit neque per eum, [qui] <cui> dare [iussus] <iussum> sit, steterit, <quo minus daretur>, [non] committi poenam respondit: [adeo] ut et [illud] Servius rectissime [existimaverit] <existimavit> [-]. hoc idem dicendum et cum quid ea lege venierit, ut, nisi ad diem pretium solutum fuerit, inempta res fiat.

Nelle fonti bizantine si ha un esplicito ritorno alla fattispecie classica della *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa*, ripudiata dai compilatori.

Bas. 52, 1, 22 (= Heimb. V, 106-107): Ἐάν τις δανεισάμενος διαπόντιον ὁμολογήσῃ,

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

ὥς, εἰ μὴ ἐμπροθέσμως καταβάλλῃ, δίδωσι ποινήν· εἰ καὶ μὴ ὀχληθεῖς μέρος μόνον τοῦ δανείου ἐμπροθέσμως καταβάλλῃ, δίδωσι μετὰ τὴν προθεσίαν ὀλόκληρον τὴν ποινήν κτέ. [Si quis mutua pecunia sumpta traiecticia promiserit, nisi intra certum diem solverit, poenam se daturum: etiamsi non interpellatus partem tantum mutui statuto tempore solverit, post illud tempus integram poenam praestat et rell.]

Sch. Anon. ad Bas. 23, 1, 21 (= Heimb. II, 619): Εἴρηται γὰρ βιβ. μδ' tit. ζ' διγ. κγ' ἦτοι βθ' tit. α' ὅτι ἐάν τις δανεισάμενος διαποντίως ὁμολογήσῃ ποινήν ἐκ τοῦ μὴ καταβαλεῖν ἐμπροθέσμως, καὶ μέρος καταβάλλῃ, δίδωσι μετὰ τὴν προθεσίαν ὀλόκληρον τὴν ποινήν κτέ. [Lib. enim 44 tit. 7 dig. 23 seu lib. 52 tit. 1 dicitur: si quis contracto foenore nautico poenam promiserit, si ad diem pecunia soluta non esset, et partem solverit, post diem solidam poenam praestat et rell.]

Come si è giunti a questo ritorno? Una sommaria indagine in proposito sarà sufficiente ad offrirci il concorso di una seconda serie di prove in addizione a quelle finora enucleate, analizzando criticamente la redazione conservataci del testo di Africano, per giustificare, come ci eravamo proposti, la nostra tesi che l'originale contemplasse la solita *poena traiecticiae pecuniae*, sia pure inclusiva di una penalità riguardante le *operae* del *κερμακόλουθος*; e ci permetterà al tempo stesso di approfondire le nozioni correnti sulle ulteriori vicende della *pecunia traiecticia* nella prassi e nella giurisprudenza bizantina, posteriormente alla compilazione delle Pandette.

7. Si è visto già quali fossero i motivi, per cui nel diritto giustiniano la *poena traiecticiae pecuniae* in senso classico ha praticamente cessato di esistere.

La improvvida costituzione di Giustiniano del 528¹²¹, in base alla quale (C. 4, 32, 26 § 2) il tasso degli interessi nautici viene fissato nella misura massima del 12 %, e perciò anche la *poena traiecticiae pecuniae* non può oltrepassare quella misura in aumento del capitale, a norma della disposizione vigente sui rapporti fra *poena* ed *usurae* (D. 22, 1, 44), sortì l'effetto di provocare un rista-

¹²¹) Tale è il giudizio unanime degli storici su di essa, in relazione al credito navale: CUIACIO, *Tract. in Afr.*, VII, 439 = *Opera omnia*, I, 1408 («est haec minor aequo ac propterea nunquam obtinuit»); SALMASIUS, *De modo usurarum*, Leiden 1639, cap. IX, p. 378; HERALDUS, *Observationes ad jus Atticum et Romanum*, Parisiis 1650, II, p. 155; HUDTWALCKER, *op. cit.*, p. 30; SIEVEKING, *op. cit.*, p. 46 («Die Beschränkung Justinians wird ... mit Grund allseitig als verkehrt und ungerecht anerkannt»); BILLETER, *op. cit.*, p. 239; PAOLI, *Studi cit.*, p. 71. L'ultimo scritto concernente l'applicazione di questa legge e le questioni in proposito dibattute fra gli studiosi è quello del CASSIMATIS, *Les intérêts dans la législation de Justinien et dans le droit byzantin*, Paris 1931.

gno immediato nelle contrattazioni di prestito marittimo e di compromettere l'esercizio del credito, suscitando un grave turbamento nella vita economica dell'Impero. L'alto rischio corrispondente ai pericoli della navigazione antica¹²² non poteva essere compensato da un interesse del 12 %, e la limitazione dell'usura in questo campo, sebbene ispirata ad un generico *favor debitoris*, diventava nei suoi effetti una male intesa benevolenza, risolvendosi in un danno degli stessi commercianti sprovvisti di capitali. Difatti questi non trovavano più sovventori disposti ad assumersi il rischio dell'affare per un interesse così scarsamente remunerativo e rimanevano quindi senza mezzi per esplicare la propria attività, mentre sarebbero stati ben lieti di pagare alti interessi per procurarsi quei capitali, essendo altissimo il profitto che le operazioni di scambio avrebbero permesso loro di realizzare. In tal modo i capitali restavano immobilizzati, il commercio languiva e la rapida circolazione della ricchezza era ostacolata con incalcolabile pregiudizio della prosperità generale: di guisa che non può affatto stupire che un malcontento vivissimo si diffondesse presto in tutto il ceto mercantile e bancario.

Di questo malcontento è espressione l'iniziativa presa da due capitalisti δανεισταί, i quali – facendo presente che la loro classe ha proprio nell'esercizio del credito marittimo le sue risorse di vita – indirizzano un esposto alla cancelleria imperiale per ottenere il riconoscimento legislativo delle consuetudini vigenti (ἀρχαίων ἔθος) in materia di *pecunia traiecticia*. Tale iniziativa indusse Giustiniano – previo accertamento dell'ἀρχαίων ἔθος in conformità delle attestazioni giurate di alcuni rappresentanti della classe commerciale interessata (ναύκληροί, ἔμποροι), all'uopo convocati – ad emanare il 13 settembre 540 la Nov. 106, con la quale si lasciava la più ampia libertà alle due opposte classi dei capitalisti e dei commercianti di regolare le loro contrattazioni di prestito marittimo, così utili agli uni ed agli altri, secondo le usanze collaudate dalla pratica di una secolare esperienza, fra cui quella di pattuire, *usurarum nomine*, la

¹²²) Sulle condizioni in cui si svolgeva il traffico mercantile transmarino durante i secoli dell'età greco-romana, sono di utile consultazione le seguenti opere: ASSMANN, *Seewesen*, in BAUMEISTER, *Denkmäler des klass. Altertums*, München 1888, III, p. 1593 e sgg.; SIEVEKING, *op. cit.*, pp. 45-46; TORR, *Ancient ships*, Cambridge 1895; e art. *Navis*, in DAREMBERG-SAGLIO, *Dict. des antiquités grecques et romaines*, s.h.v.; SPECK, *Handelsgeschichte des Altertums*, Leipzig 1900-1906, I-III, *passim*; MILTNER, in PAULY-WISSOWA, *RE.*, Suppl. V, 906 e sgg., s.v. *Seewesen*; KROLL, *ibid.*, II, A, 1, 408 e sgg., s.v. *Schiffahrt*; FRIEDLAENDER, *Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms*, I¹⁰, Leipzig 1922, pp. 318-19; KOESTER, *Das antike Seewesen*, Berlin 1923; FRANK, *Storia economica di Roma*, trad. it. LAVAGNINI, Firenze 1924, p. 219 e sg. (v. anche la seconda edizione americana, Baltimora 1927); HENNIG, *Abhandlungen zur Geschichte der Schiffahrt*, Jena 1927; ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell'impero romano*, trad. it. SANNA, prima ristampa, Firenze 1946, pp. 4, 66, 75, 107 e sgg., 190, 199, 202, 273.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

corresponsione di una certa quantità delle merci imbarcate (ad esempio un moggio di grano o d'orzo, franco di dazio, per ogni *solidus* prestato al debitore), oltre all'interesse del 10 % in denaro, ovvero la corresponsione di 1/8 del capitale (12,5 %), e tutto ciò non «*ad certum quoddam tempus*» («οὐκ εἰς χρόνον τινὰ ῥητόν»), ma «*donec navis salva redierit*» («ἀλλ' ἕως ἂν ἡ ναὺς ἐπανέλθοι σεσωσμένη»), qualunque sia la durata del viaggio, e quindi anche nell'ipotesi che il ritorno della nave abbia luogo entro lo spazio di un mese o due. Se non che, appena Giustiniano si accorse che il riconoscimento dell'*ἄρχαιον ἔθος* minacciava di render vano il divieto delle usure nautiche al di sopra della *centesima* (12 %), contrariamente a quanto egli aveva creduto e altresì dichiarato (Nov. 106, 1: «*Nos igitur id, quod actum est, legentes, et de re ipsa edocti sancimus ut secundum id, quod coram excellentia tua testes edixerunt, illa nunc et in omne futurum tempus obtineant, quia cum legibus iam latis non pugnant*»)¹²³, fece subito macchina indietro, abrogando sette mesi dopo (23 aprile 541), con efficacia retroattiva, la disposizione in parola con la Nov. 110.

Si era così di nuovo al punto di partenza. Ed allora la prassi negoziale, sorretta dalla giurisprudenza bizantina, cercò di eludere almeno in parte il divieto della c. 26 C. 4, 32 attraverso un accorgimento interpretativo, di cui abbiamo testimonianza nell'*Indice* di Stefano, che fu certamente professore a Costantinopoli¹²⁴ od a Berito¹²⁵, e che elaborò dopo il 552 un'ampia opera, nota con questo titolo, intorno ai primi trentasei libri del Digesto, e cioè proprio intorno a quei libri, che venivano studiati e commentati nelle scuole¹²⁶. Poiché la legge stabiliva che la pena convenzionale, analogamente all'interesse della *pecunia*, non può mai superare una certa misura, che è il *licitus modus* (D. 22, 1, 44: «*Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest*»), fu abbastanza facile ammettere, facendosi leva sulla lettera del testo e sulla normale identificazione delle *usurae licitae* (λεγιτίμος τόκος) con le *usurae semisses* (ἡμικατοστιαῖος τόκος), che una *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine* in misura più alta della *centesima* si potesse salvare integralmente, e ciò in quanto la *centesima usura* (ἐκατοστιαῖος τόκος), consentita per i prestiti marittimi e per quelli di derrate, è un'*usura* eccezionale *ultra licitum* (ὑπὲρ τὸ νόμιμον), di guisa che la limitazione contenuta nella legge, che disciplina il massimo

¹²³) Cfr. il testo greco della legge: «Ἡμεῖς τοίνυν καὶ ἀντοῖς ἐντυχόντες τοῖς πεπραγμένοις καὶ τὸ πρᾶγμα διδραχθέντες θεσπίζομεν, κατὰ τὸ μεμαρτυρημένον ἐπὶ τῆς σῆς ὑπεροχῆς, οὕτω νῦν τε καὶ εἰς τὸν ἐξῆς ἅπαντα χρόνον τὰ τοιαῦτα κρατεῖν, διότι μηδὲ τοῖς ἤδη τεθειμένοις μάχεται νόμοις».

¹²⁴) Così secondo l'HEIMBACH, «Zeitschr. für Rechtsgeschichte», III (1863), p. 325.

¹²⁵) Così secondo lo ZACHARIAE VON LINGENTHAL, «ZSS», X (1889), p. 270 e sgg.

¹²⁶) KUEBLER, *Geschichte*, p. 437; DE FRANCISCI, *Storia*, III, 1, Milano 1936, p. 317. Cfr. la c. *Omnem*, §§ 2-5.

Actio pecuniae traiecticiae

della *poena* in relazione al tasso delle *usurae*, non è applicabile alla *poena traiecticiae pecuniae*. Scrive infatti il maestro bizantino, commentando la l. 44 D. 22, 1 (Steph. sch. ad Bas. 23, 3, 44 = Heimb. II, 718):

Οὐδεὶς δύναται πρόστιμον ἐπερωτᾶν ὑπερβαῖνον τὸν λεγίτιμον τόκον, λέγω δὴ τὴν ἡμικατοστήν¹²⁷. τοῦτο δὲ νόησον, ὅταν βουλόμενος περιγρᾶψαι τὴν διάταξιν ἀντὶ τόκων πρόστιμον ἐπερώτησεν. [Nemo poenam stipulari potest, quae usuras legitimas excedat, semisses scilicet. hoc autem accipe, cum quis constitutionem circumvenire volens pro usuris poenam stipulatur.]

Οὐ μόνον ἀντὶ τόκων ποινὴν, ἀλλ'οὐδὲ τόκον ὑπὲρ τὸ νόμιμον, εἰ μὴ ἐπί τινων θεμάτων [Non modo pro usuris poenam, sed neque usuras supra licitum modum, exceptis quibusdam casibus.]

Né vi è alcun dubbio che fra i casi (θέματα) qui eccettuati – ed ai quali non si applica la norma contenuta in D. 22, 1, 44 – sia da includere proprio quello della *pecunia traiecticia*, come appare dai richiami degli scolasti¹²⁸, che adattarono ai Basilici la ricca produzione letteraria bizantina, direttamente elaborata sui testi della compilazione giustiniana¹²⁹; mentre il rapporto di causalità intercorrente fra l'audace interpretazione della l. 44 e il principio dell'assoluta libertà contrattuale riconosciuta alle parti nella determinazione di una penale a garanzia del prestito marittimo è chiaramente sottolineato da Stefano medesimo in uno scolio, che serve da anello di congiunzione logica fra l'una e l'altro (sch. ad Bas. 17, 1, 13 = Heimb. II, 211):

... θὲς γὰρ, ὅτι δανεισάμενος κατὰ τινὰ τόπον ὁ τελευτήσας διαπόντιον δάνειον, ἐφ' ᾧ καὶ ἑκατοστήν (=τόκον ὑπὲρ τὸ νόμιμον) ἔξεστιν ἐπερωτᾶν, ἄχρις ἂν ἡ αὐτὸς ἐπανάλθῃ, ποινὴν ἐπερωτηθῇ, εἰ μὴ μετὰ τὴν ἐπάνοδον τῆς νηὸς

¹²⁷) Cfr. anche Bas. Suppl. II (HEIMBACH-FERRINI VII), 185 = Bas. 53, 5, 12 [?] (versione latina di un originale greco mancante): «Foenus nauticae pecuniae crescit super legitimum modum quamdiu in periculo est. quodsi navis in tuto sit, cessant usurae maiores legitimis».

¹²⁸) Sch. ad Bas. 23, 3, 44 i. f. = HEIMB. II, 718 (che rinvia al cap. 74 eod. tit.) e sch. ad Bas. 23, 3, 74 = HEIMB. II, 731 (che rinvia al l. 53 tit. 5 περὶ ναυτικοῦ δανείου).

¹²⁹) Per il processo formativo dei Basilici e del loro apparato di scolii, vedi HEIMBACH, *Basilicorum libri LX*, vol. VI (Prolegomena), Lipsiae 1870, p. 121 e sgg.; ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*³, Berlin 1892, pp. 22 e sg., 26; MORTREUIL, *Histoire du droit byzantin ou du droit romain dans l'empire d'Orient*, II, Paris 1844, pp. 76 e sgg., 123 e sgg.; PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, in «Berichte der sächs. Gesellschaft der Wiss.», LXV (1913), p. 3 e sgg.; VON WITTKEN, *Die Entwicklung des Rechts nach Justinian in Byzanz*, Halle 1928, p. 65 e sgg.; nonché gli accenni, più o meno ampi, contenuti nei manuali di storia delle fonti e di storia del diritto romano in genere.

Actio pecuniae traiecticae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

ἐντὸς τῆς συνειθισμένης προθεσμίας, τουτέστιν ἐντὸς κ' ἡμερῶν μετὰ τὴν ἐπάνοδον¹³⁰ καταβληθῇ τὸ διαπόντιον δάνειον. ἐπὶ γὰρ τούτου καὶ ποινὴν ἔξεστιν ἐπερωτᾶν κτλ. [... pone enim defunctum traiecticia pecunia sumpta aliquo loco, in qua centesima (=ultra licitum) usura promitti potest, donec navis redierit, poenam promississe, si post navis reditum intra spatium solitum, id est intra XX dies post reditum, pecunia traiecticia non solveretur. nam eius nomine et poenam stipulari licet et rell.]

Ed ecco in qual modo rispunta nella *summa* greca del fr. 23 D. 44, 7¹³¹ la vera e propria *stipulatio poenae traiecticae pecuniae causa*, che assicura al creditore un'adeguata soddisfazione del suo interesse nella misura liberamente concordata per sanzionare la eventuale inadempienza del debitore, in luogo della ristretta e scolorita *stipulatio poenae ob operas eius, qui traiecticiam pecuniam peteret*.

Dal canto suo la *lex Rhodia* (νόμος Ῥοδίων ναυτικός) ci presenta il ricorso ad un altro espediente per aggirare la limitazione delle *usuræ nauticae*, riconoscendo, accanto alla *pecunia traiectica*, una nuova figura di prestito-associazione con comunanza di profitti e perdite (*lucri et damni societas*, κοινωνία τοῦ κέρδους καὶ τῆς ζημίας) fra creditore e debitore¹³²: forma questa di cooperazione del capitale con l'attività e con l'iniziativa mercantile, che, assai più della *pecunia traiectica*, si riavvicina all'istituto della commenda, così diffuso nel Medio Evo¹³³.

¹³⁰) Cfr. Nov. 106 pr.: «si tamen post reditum, salva nave et propter tempus non amplius navigare valente, redeant, viginti tantum dierum terminum debitoribus a creditoribus dari (εἴκοσι καὶ μόνων ἡμερῶν προθεσμίαν διδοσθαι παρὰ τῶν δανεισάντων τοῖς δανεισμένοις), et nihil usuræ nomine pro debitis exigi, donec onus vendatur». Il termine di venti giorni concesso al debitore per il pagamento della *pecunia*, dopo l'arrivo della nave in porto, corrisponde ad un'antichissima consuetudine, di cui abbiamo testimonianza nelle orazioni attiche del IV secolo a.C.: [Demosth.], *C. Lacr.*, § 11 (p. 926 REISKE) e § 24 (p. 931).

¹³¹) Riprodotta alla fine del paragrafo precedente.

¹³²) Bas. Suppl. II (HEIMBACH-FERRINI VII), 110 e 114 = *Capita legis Rhodiorum*, 2, 17 e 3, 17. Sarà forse troppo arrischiato scorgere un lontano precedente della *χρεοκοινωνία* in quel negozio che ci è descritto in BGU. 5883 + 5853 (II secolo a. C.), ove si ammetta, col WILCKEN («Zeitschr. für ägypt. Sprache u. Altertumskunde», LX [1925], p. 86 e sgg., cfr. MEYER, in «ZSS», XLVI [1926], p. 330) e con l'ARANGIO RUIZ (*Lineamenti del sistema contrattuale nel dir. dei papiri*, Milano 1928, p. 82 e sgg.), che nella fattispecie del papiro alessandrino il sovventore, mentre rinuncia agl'interessi, partecipa in qualche modo agli utili dell'impresa?

¹³³) Cfr. SIEVEKING, *op. cit.*, pp. 46-47. Sulla genesi e sulla disputata nozione della commenda, successivamente alle diligentissime ricerche dell'ASTUTI (*Origini e svolgimento storico della commenda fino al sec. XIII*, Torino 1933; *Ancora su le origini e la natura giuridica del contratto di commenda marittima*, negli «Atti del Convegno di Amalfi», 1934, pp. 1-28; *Rendiconti mercantili inediti del cartolare di G. Scriba*, Torino 1933; *Recensione* a SILBERSCHMIDT, *Le droit commercial avant et après L. Goldschmidt*, in «Riv. di storia del dir. italiano», VIII [1935], p. 506; *Note sulla collegantia veneta*, in «Riv. del dir. della navigazione», VII [1941], p. 71 e

8. Si ha dunque, nel diritto bizantino posteriore a Giustiniano, il ritorno ad una certa libertà di contrattazione per quanto riguarda la disciplina dei rapporti commerciali marittimi. Non si torna, invece, indietro per quanto si riferisce alla interpretazione, divenuta ormai tradizionale, di alcuni testi classici, relativi alla *poena traiecticae pecuniae*, e che per effetto della loro inserzione nel *Corpus iuris* avevano dovuto essere armonizzati con quel divieto di *usurae ultracentesimae*, che – a norma della l. 44 D. 22, 1 – si estendeva all'importo della penale, rendendo inutile la stipulazione di questa.

Infatti, alla emblematica sostituzione di una clausola penale circoscritta alle *operae* del *κερμακόλουθος* in luogo dell'autentica *stipulatio poenae traiecticae pecuniae gratia et ob operas eius qui eam pecuniam peteret* nel fr. 23 D. 44, 7 corrispondeva, entro il sistema della compilazione giustiniana, l'aggiornamento interpretativo della voce '*poena*' nel senso di '*usura*' in D. *de nautico foenore* (22, 2) ed altrove.

Questa è appunto la interpretazione legislativa dei frammenti 8 e 9 h. t., in cui ricorre la voce '*poena*' – come i glossatori della scuola bolognese, d'altronde, ci confermano¹³⁴ – mentre quella del fr. 2, in cui la *stipulatio poenae* doveva classicamente considerarsi presupposta, prescinde affatto da un qualsivoglia riferimento ad essa.

Non meno significativa è una interpolazione della l. 12 [13] D. 3, 5 – determinata proprio dalla necessità di aggiornamento della espressione '*poena*' come sinonimo di '*usura*'.

Paulus, *l. 9 ad edictum*. Debitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, decessit: huius hereditatis curationem suscepi et impendi decem: deinde redacta ex venditione rei hereditariae centum in arca reposui: haec sine culpa mea perierunt. quaesitum est, an ab herede, qui quandoque extitisset, vel creditam pecuniam quinquaginta petere possim vel decem quae impendi. Iulianus scribit in eo verti quaestionem, ut animadvertamus, an iustam causam habuerim seponendorum centum: nam si debuerim et mihi et ceteris hereditariis creditoribus solvere, periculum non solum sexaginta, sed et reliquorum quadraginta me praestaturum [decem tamen quae impenderim retenturum, id est sola nonaginta restituenda]. si vero iusta causa fuerit, propter quam integra centum

sgg.), nonché all'ottima esposizione del LATTES (*Il dir. marittimo privato nelle carte liguri dei sec. XII e XIII*, Roma 1939, cap. VIII [Contratti sociali], p. 53 e sgg.), v. da ultimo A. SCIALOJA, *La commenda nel dir. comune del Mediterraneo*, I (Natura economica e giuridica della commenda), Roma 1945.

¹³⁴) Glossa ad l. *Servius*: «*poenam, id est usuram centesimam*».

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

custodirentur, veluti si periculum erat, ne praedia in publicum committerentur, ne poena traiecticiae pecuniae [augeretur] aut ex compromisso committeretur: non solum decem, quae in hereditaria negotia impenderim, sed etiam quinquaginta quae mihi debita sunt ab herede me consequi posse.

Il caso è questo: alla morte di Caio, Tizio assume la gestione dell'eredità giacente di costui, che era suo debitore per 50, e spende 10 per l'amministrazione di essa; poi ricava 100 dalla vendita di una cosa ereditaria e mette da parte questa somma in un forziere, il contenuto del quale va distrutto senza colpa dal *negotiorum gestor*. Nasce la questione se Tizio possa pretendere dall'erede di Caio, allorché questi abbia accettato l'eredità, sia i 50 di cui era creditore già prima che la gestione fosse incominciata, sia i 10 da lui spesi negli atti di gestione.

Sulla scorta di Giuliano, l'autore del frammento scrive che, per risolvere tale problema, è necessario distinguere se il *negotiorum gestor* avesse o no un plausibile motivo (*iusta causa*) per comportarsi come si era comportato, riponendo i 100 nella cassaforte¹³⁵. E la successiva argomentazione del giureconsulto guadagnerà in efficacia se noi esamineremo prima, seguendo appunto codesta impostazione, l'ipotesi affermativa e poi quella contraria, anziché invertire l'ordine delle ipotesi di cui si tratta, come il testo fa esponendole singolarmente.

Nella prima ipotesi, il *negotiorum gestor* non sopporterà la perdita dei 100; nella seconda, il caso fortuito farà carico integralmente su di lui. Questo è il fondamento delle due diverse decisioni. Se vi è un motivo, per cui possa dirsi

¹³⁵) Intorno al requisito dell'*utiliter coeptum*, offrono più o meno interessanti considerazioni tutti coloro che si sono dedicati *ex professo* allo studio della *negotiorum gestio*, fra i quali: WLASSAK, *Zur Geschichte der n.g.*, Jena 1879; PARTSCH, *Studien zur n.g.*, 1, Heidelberg 1913; II, Berlin 1931; RICCOBONO, *Dal dir. romano classico al diritto moderno*, in «Annali Palermo», IV-V (1917), p. 170 e sgg.; BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, ibid., VII (1918), p. 73 e sgg.; LENEL, *EP.3*, § 35, p. 101 e sgg.; PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui*, Padova 1935; HAYMANN, *Die Haftung des negotiorum gestor wegen Verschuldens im klass. und just. Recht*, negli «Atti del Congr. internaz. di dir. romano», 1933, Roma, II, p. 451 e sgg.; MORELLI, *Die Geschäftsführung im klass. röm. Recht*, Berlin-Leipzig 1935; EHRHARDT, *Römanistische Studien*, Freiburg 1935, p. 1 e sgg.; SCHILLER, *The business relations of patron and freedman in class. rom. law*, nei «Legal Essays in tribute to Orrin Kip Mc Murray», 1935, p. 632 e sgg.; SACHERS, *Die Haftung des auftragslosen Geschäftsführers*, in «SDHL.», IV (1938), p. 309 e sgg.; KRELLER, *Das Edikt de negotiis gestis in der Geschichte der Geschäftsbesorgung*, in «Festschr. P. Koschaker», II, p. 193 e sgg., *Das Edikt de negotiis gestis in der klass. Praxis*, nella «ZSS.», LIX (1939), p. 390 e sgg., *Negotiorum gestio*, in PAULY-WISSOWA, RE., s.h.v. Poca importanza avrebbe che, nella specie, fosse da ritenere spurio il tratto racchiuso fra la parola «*scribit*» e la successiva frase condizionale «*Si debuerim*» («*in eo – nam*»: DONATUTI, «Annali Perugia», XXXIII [1921], p. 420), giacché il valore della questione in sé non cambierebbe.

Actio pecuniae traiecticiae

che il gestore ha compiuto un atto di utilità obbiettiva riponendo i 100, Tizio potrà, nonostante il caso di forza maggiore che ha provocato la distruzione dei 100, non solo sperimentar l'*a. negotiorum gestorum* contro l'erede per il rimborso dei 10, «*quae in hereditaria negotia impenderit*», ma altresì agire *ex contractu*, reclamando dall'erede stesso la restituzione della *pecunia credita*, e cioè della restante somma di 50, che già il defunto gli avrebbe dovuto pagare. Se invece l'atto di gestione, intorno al quale si discute, non risponde a uno scopo utile secondo quello che è il comune apprezzamento, il *negotiorum gestor* perderà i 60, che a lui erano in totale dovuti (50 + 10), e dovrà quindi render conto al successore di Caio della differenza tra la somma perduta e il totale del suo credito, vale a dire di 40 (100 - 60).

Ma, in questa seconda ipotesi, come poteva praticamente attuarsi la soluzione accennata? Codesto è un quesito, che il giurista non si pone. Perciò ha tutto il sapore di un'aggiunta scolastica la frase «*decem – restituenda*». Certi indizii formali basterebbero da soli a farci sospettare il glossema postclassico: così la inelegante sequela di due forme perifrastiche, una attiva («*retenturum*»), e l'altra passiva («*restituenda*»), coordinate con il precedente correttissimo «*prae-staturum*»; così l'uso, frequentemente insitico, della stereotipata locuzione «*id est*»¹³⁶. Ma, più assai degl'indizii formali, conta il fatto che quella frase dovrebbe avere la funzione di rispondere a un interrogativo, di cui non esiste traccia, quantunque essa in realtà non esaurisca il tema sottinteso, poiché dal suo contesto non si desume affatto che il gestore avrà comunque diritto di agire in separata sede per la restituzione della *pecunia credita*, di modo che, se egli è condannato a pagare 90, attraverso il giuoco della compensazione processuale (100 - 10) nel giudizio di buona fede relativo alla *negotiorum gestio*, potrà a sua volta pretendere 50 *ex contractu*, e quindi, in definitiva, dovrà sborsare 40. Né si trascuri d'altro lato di osservare come la frase stessa rappresenti, per diritto giustiniano, una sottigliezza anacronistica, essendo inverosimile che il *negotiorum gestor* convenuto dall'erede rinunci a sollevare la *exceptio doli* – come è costretta ad ammettere la Glossa, e sia pure con una riserva oltremodo eloquente¹³⁷ – per contrapporre quella ragione creditoria autonoma di 50, che ormai si può far valere, almeno *ope exceptionis*, in qualsivoglia giudizio¹³⁸, ac-

¹³⁶) GUARNERI CITATI, *Indice*, s.v. *is*.

¹³⁷) Leggasi l'annotazione di ACCURSIO, ad h.l.: «Retenturum, scilicet me iure compensationis: quae ipso iure habebat locum cum ex officio vel iudicio bonae fidei mihi debebantur, scilicet negotiorum gestorum. sed in aliis quinquaginta non nisi opposita doli mali exceptione. unde, si non fuit hic opposita, remanet actio in quinquaginta. sed hodie ubicumque fit ipso iure compensatio: ut Inst. de act. § in bonae fidei».

¹³⁸) BRUGI, *op. cit.*, p. 450 e sg.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

contentandosi della compensazione *officio iudicis* ($100 - 10 = 90$), e conservando il credito iniziale, a meno che non si voglia supporre che egli abbia già preventivamente esperito l'azione *stricti iuris* a lui spettante per la soddisfazione dei 50: e ciò allora andava detto. Mi pare insomma che questa spiegazione critica della frase incriminata, che ne risolve la incongruenza affacciando la probabilità del glossema, sia di gran lunga preferibile all'opinione, che ritiene invece corrotto il testo giustiniano¹³⁹: ad ogni modo non è da sottovalutare la circostanza che già un maestro della Scuola Culta, e precisamente il più strenuo ed acuto fra gli antesignani della ricerca interpolazionistica, Antonio Fabro, espungeva dal frammento di Paolo la digressione «*decem restituenta*», come un inciso estraneo al testo originale¹⁴⁰.

Orbene, laddove in mancanza di una *iusta causa*, per la quale il *negotiorum gestor* fosse tenuto a mettere da parte («*seponere*») la somma ricavata dalla vendita di un oggetto dell'eredità, egli avrebbe dovuto pagare i creditori ereditari e quindi anche sé stesso¹⁴¹, rimborsandosi inoltre delle spese incontrate nell'amministrazione di quella, gli esempi offerti dal frammento per la configurazione di una *iusta causa seponendi*, atta ad esonerare il *negotiorum gestor* da ogni responsabilità per la perdita incolpevole della somma riposta nel forziere, sono, specificando, i tre seguenti:

- 1) che fosse prossima la scadenza del canone annuo dovuto per gli *agri vectigales*, compresi nell'eredità;
- 2) che il defunto avesse contratto una *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa*;
- 3) che si attendesse la pronuncia di una decisione arbitrale su controversia, la quale avesse formato oggetto di compromesso.

In ciascuno di questi casi, se non vi fosse stato denaro sufficiente a fronteggiare gli impegni, e pertanto se il gestore non avesse avuto la previdenza di procurarsi una somma liquida, riponendola in cassaforte, le conseguenze sarebbero

¹³⁹) Cfr. la emendazione proposta da J. B. KOEHLER (*Interpretationum et emendationum iuris romani libri duo*, Lipsiae 1792, II, 10 § 5, 117) e riprodotta in nota al Digesto nella edizione MOMMSEN-KRUEGER (ad h.l.): «*periculum non solum quinquaginta, sed et reliquorum quadraginta me praestaturum, decem tamen quae impenderim retenturum [id est sola nonaginta restituenda]*». Quest'ultimo inciso viene altresì eliminato come interpolazione dall'EISELE, «ZSS», XI (1890), p. 14, e come glossema dal LENEL, *Pal.*, I, 981: Paul. 188.

¹⁴⁰) Cfr. KRUEGER, *Dig.* ad h. l., Suppl. adn. Nello stesso senso DONATUTI, *loc. ult. cit.*

¹⁴¹) Una regola come questa vige, analogamente, in materia di gestione tutelare (Ulp. D. 26, 7, 9 § 5): «*Sicut autem solvere tutor quod debet, ita et exigere quod sibi debetur potest, si creditor fuit patris pupilli: nam et sibi solvere potest, si modo fuit pecunia unde solvat ... sicut aliis quoque solvere et potuit et debuisset*».

Actio pecuniae traiecticiae

state assai gravi per il patrimonio amministrato. Nell'ipotesi prospettata dal primo esempio, non si sarebbe potuto evitare che la concessione degli *agri vectigales* fosse revocata dal pubblico ente, creditore del *vectigal*¹⁴²: onde il fatto di aver messo da parte i 100 era ben giustificato, servendo proprio a scongiurare il pericolo di perdere la concessione, e con essa ogni diritto sulle terre possedute dal *de cuius* («*ne praedia in publicum committerentur*»)¹⁴³. Nel terzo caso, qualora il *negotiorum gestor* non avesse potuto eseguire la *sententia* dell'*arbiter*, essendo privo di contanti, si sarebbe corso il rischio di dover pagare la penale compromessa, mentre appunto la *sepositio* dei *nummi* ha lo scopo di sottrarre l'asse ereditario a codesta eventualità («*ne poena ... ex compromisso committeretur*»).

Il secondo esempio è quello che ci interessa più da vicino, e che merita in ogni caso un discorso più lungo, giacché il testo ha qui subito una manifesta interpolazione. Difatti, non vi ha dubbio che, intendendo '*poena*' nel senso di '*usura*', allorché quella parola viene adoperata in riferimento alla *pecunia traiecticia* – e ciò consegue, come si è visto¹⁴⁴, ad una nuova esigenza giustiniana, che si può escludere solo eccezionalmente¹⁴⁵ – sia ragionevole parlare di *auctio poenae*, inquantoché, non pagando il debitore alla scadenza, cominceranno a decorrere quegli interessi di mora, che siano stati stipulati in aggiunta a quelli pattuiti per il viaggio. Ma, classicamente, *poena* non era certo sinonimo di '*usura*': ed è allora evidentissimo che il verbo «*angeretur*» non rappresenta che una intrusione compilatoria. Già il Mommsen si era accorto, a quanto sembra, che il discorso è inceppato da quel verbo, mentre vengono ad essere riunite, dall'unico soggetto «*poena*», che il lettore deve necessariamente interpretare in maniera diversa per ognuna delle forme verbali («*angeretur*», «*committeretur*») che vi si appoggiano, due ipotesi, le quali hanno nulla a che fare l'una con l'altra: tanto è vero che il Mommsen medesimo suggeriva di leggere, correggendo il testo, «*ne fenus traiecticiae pecuniae angeretur*

¹⁴²) Molti punti oscuri relativi al problema degli *agri vectigales* – come incidentalmente quello dei rapporti fra ente pubblico e concessionario – sono stati ora chiariti per merito del LANFRANCHI, nei suoi *Studi sull'ager vectigalis* (I. *La classicità dell'actio in rem vectigalis*, Faenza 1938; II. *Il problema della usucapibilità degli agri vectigales*, negli «Annali Camerino», XIII, 1939, p. 163 e sgg.; III. *La trasmissibilità a titolo singolare del ius in agro vectigali*, negli «Annali triestini», XI [1940], fasc. 1-2).

¹⁴³) Il presupposto della temuta revoca, sottinteso nelle Pandette, è enunciato espressamente nelle fonti bizantine e medioevali. Cfr. sch. ad Bas. 17, 1, 13 (Steph. ind.) = HEIMB. II, 211: «*διὰ δημόσια ὀφλήματα*; gl. in *publicum* ad h.l.: «*non soluto vectigali*» (Accursio).

¹⁴⁴) §§ 6-7.

¹⁴⁵) Come nel caso della *stipulatio poenae* relativa alle opere del *κερμακόλουθος* (D. 44, 7, 23).

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

*aut poena ex compromisso committeretur*¹⁴⁶. Se non che, mentre questa correzione, oltre ad urtare contro i canoni della filologia più recente, non risolve affatto il problema storico, che il testo suscita per lo studioso, quando si sa che in diritto classico una *stipulatio poenae* accompagnava normalmente la *pecunia traiecticia*, e non è quindi per nulla inverosimile che di *poena traiecticiae pecuniae* si parlasse nel testo genuino, una radicale critica del frammento, con la soppressione di «*augetur*», ci permette di restituire ad esso l'originale suo significato, giustificando come l'ipotesi del *compromissum* sia una volta di più riavvicinata a quella della *pecunia traiecticia*: e ciò perché, nell'un caso e nell'altro, la sanzione del rapporto si ha pur sempre in una semplice o reciproca stipulazione di clausole penali.

Ne discende che il secondo esempio formulato dal giureconsulto per la configurazione di una *iusta causa seponendi* («*propter quam integra centum custodierentur*») è facilmente spiegabile sulla falsariga del terzo. Come nel caso del *compromissum* la disponibilità di una somma sufficiente ad eseguire la decisione arbitrale consente al *negotiorum gestor* di scansare il rischio della *commissio poenae*, allo stesso modo la disponibilità del contante richiesto per la puntuale soddisfazione del *creditor pecuniae traiecticiae* consentirà al medesimo di evitare il verificarsi della condizione («*si ad diem pecunia soluta non sit*»), da cui dipende l'efficacia della *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa*: «*veluti si periculum erat ... ne poena traiecticiae pecuniae [-] aut ex compromisso committeretur*».

Pienamente conformi alla interpretazione giustiniana sono i riassunti delle leggi 2^a ed 8^a (D. 22, 2), che ci è dato incontrare nelle fonti bizantine, grazie alla conservazione di una parafrasi latina dei relativi passi mancanti nel manoscritto dei Basilici (53, 5)¹⁴⁷.

Heimbach-Ferrini VII (Bas. Suppl. II), 184 (= D. 22, 2, 2): Si non adsit qui de traiecticia interpellari debet, testatio de eo fit proque petitione est.

Ibid., 185 (= D. 22, 2, 8): Creditor si per eum stabit quominus praestituto tempore traiecticiam accipiat, non habet usurae petitionem.

Manca invece del tutto il corrispondente della l. 9 D. h. t. Quanto al fr. 12

¹⁴⁶) *Editio maior*, vol. I, ad. h.l.: cfr. altresì la edizione MOMMSEN-KRUEGER, di normale consultazione.

¹⁴⁷) Trattasi della versione, dovuta a Francesco Venturi, di un manoscritto greco, ora perduto: essa è contenuta nel *Cod. miscell. 211* della biblioteca Riccardiana (Firenze), e fa pubblicata per la prima volta dallo ZACHARIAE VON LINGENTHAL negli «Atti» dell'Accademia delle Scienze di Berlino; la seconda edizione, arricchita di varie note, è stata opera del FERRINI ed è quella, appunto, da cui vengono fatte le citazioni.

Actio pecuniae traiecticiae

[13] D. 3, 5 – noi ne possediamo soltanto una *summa* parziale, che peraltro riproduce in termini fedelissimi alla redazione legislativa l'esempio concernente la *poena traiecticiae pecuniae* (sch. ad Bas. 17, 1, 13 = Heimb. II, 211):

Οἷον, δέος ἦν, μὴ διὰ δημόσια ὀφλήματα βεβαιωθῇ εἰς τὸ δημόσιον τὰ κτήματα τοῦ πρωτοτύπου, ἢ ποινὴ ἀπὸ δανείου διαποντίου ἀυξηθῇ [Verbi gratia, verendum erat ne propter publica tributa non soluta domini praedia in publicum committerentur, vel poena traiecticiae pecuniae augeretur.]

Com'è evidente, pertanto, l'interpretazione di '*poena*' nel senso di '*usura*' è diventata in questi passi della compilazione – già lo avevamo preavvertito ¹⁴⁸ – una interpretazione tralaticia.

Tuttavia Stefano, che è l'autore della *summa* per ultima citata, mostra di avere piena coscienza dell'originario valore di quella espressione sia in D. 3, 5, 12 [13], sia in taluno degli altri passi testé richiamati («ὥς ἔστι μαθεῖν ἐν τῷ κβ' βιβ. τίτ. β' διγ. ἡ καὶ θ'» = «ut scire licet ex lib. 22 tit. 2 dig. 8 et 9»), come risulta ostensibilmente dal fatto che egli cerca, in pratica, di rievocarne proprio in questa sede l'antico significato, rimettendo in vigore – come già si è visto ¹⁴⁹ – la vera e propria *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa*.

9. Un'altra questione che incide, sia pure negativamente, sul problema della *stipulatio poenae* a garanzia del prestito marittimo è quella occasionata dal fr. 122 § 1 D. 45, 1.

Scaevola, l. 28 *digestorum*. Callimachus mutuam pecuniam nauticam accepit a Sticho servo Seii in provincia Syria civitate Beryto usque Breesiesium: idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos, sub pignoribus et hypothecis mercibus *a* Beryto comparatis et Breesiesium perferendis [et quas Breesiesio empturus esset et per navem Beryto invecturus]: convenitque inter eos, uti, cum Callimachus Breesiesium pervenisset, inde intra idus Septembres, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emptis et in navem *mercis* <impositis> ipse in Syriam per navigium proficiscatur, aut, si intra diem supra scriptam non reparasset merces nec enavigasset de ea civitate, redderet universam continuo pecuniam quasi perfecto navigio et praestaret sumptus omnes prosequentibus eam pecuniam, ut in urbem Romam eam deportarent: eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho servo *Lucii Titii* <Seii> promisit Callimachus. et cum, ante idus supra scriptas secundum conventionem mercibus in navem impositis cum Erote conservo Stichi quasi in provinciam Syriam per-

¹⁴⁸) Vedi sopra, all'inizio di questo stesso paragrafo.

¹⁴⁹) *Ibid.*, in relazione alla fine del paragrafo precedente.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

venturus enavigavit: quaesitum est nave submersa, cum secundum cautionem Callimachus *merces debito perferendas in nave mansisset* < ? > eo tempore, quo iam pecuniam Brentesio reddere *Romae* < Romae > perferendam deberet, an nihil prosit Erotis consensus, qui cum eo missus erat, cuique nihil amplius de pecunia supra scripta post diem conventionis permissum [vel mandatum] (?) erat, quam ut eam receptam Romam perferret, et nihilo minus actione ex stipulatu Callimachus de pecunia domino Stichi teneatur. respondit secundum ea quae proponerentur teneri. item quaero, si Callimacho post diem supra scriptam naviganti Eros supra scriptus servus consenserit, an actionem domino suo semel adquisitam adimere potuerit, *si servo arbitrium datum esset eam pecuniam quocumque tempore in quemvis locum reddi*. respondit non potuisse [sed fore exceptioni locum] (?) ¹⁵⁰.

Di questo testo, assai sconcertante, io ebbi già ad occuparmi in un mio precedente scritto ¹⁵¹, suscitando la reazione del De Martino ¹⁵², sebbene io non avessi inteso affatto – come del resto espressamente dichiaravo – di erigermi a difensore della classicità di un simile guazzabuglio. Concedo che, sollecitato dal desiderio di ridare al testo un significato plausibile almeno di fronte al diritto positivo della compilazione, per valutare poi se la decisione ivi prospettata potesse o no, in sostanza, considerarsi classica, io commisi allora l'imprudenza di accettare la restituzione mommseniana per il tratto «*et cum – teneatur*» ¹⁵³: restituzione censurabile, in quanto – lo riconosco oggi senza riserve – essa ci appare ispirata a criterii di accomodamento testuale, ormai superati. Ma, fatta questa concessione, non ho motivo di contestare che, ad onta del deplorabile stato, in

¹⁵⁰) Nella riproduzione dell'estratto mi è sembrato opportuno adottare i seguenti criterii: 1) ho delimitato con asterischi le parole che non danno senso e le più evidenti sgrammaticature o sviste, correggendo laddove era possibile; 2) ho eliminato la frase «*et quas – invecturus*», inutile anticipazione di quanto è specificato nel successivo periodo («*convenitque – proficiscatur*»); 3) ho escluso quegli elementi, la intrusione dei quali può essere diagnosticata indipendentemente da una critica integrale del testo, come la variante del mandato circa i poteri dello schiavo Erote (DE MARTINO, «Riv. del dir. della navigazione», I, p. 243), o come la strana *exceptio* concessa al debitore nella seconda fattispecie (SOLAZZI, «La cultura», XXI [1902], p. 107; HUVELIN, *op. cit.*, p. 203); 4) ho accolto come probabile lo spostamento di alcune parole alla fine dello squarcio, per una spiegabilissima distrazione del copista (AMANN, *Kritische Studien zum Pandektenrecht*, Freiburg i.Br. 1873, p. 78: cfr. KRUEGER, *Dig. ad h.l.*), ed ho indicato tale spostamento con l'uso del corsivo; 5) ho rinunciato infine a segnalare, per i motivi addotti nelle pagine successive, tutte le altre formalmente incontestabili alterazioni dell'originale, ovverosia tutte quelle tracce di rielaborazione posteriore, la cui valutazione investe il problema critico dell'estratto nella sua integrità.

¹⁵¹) *Str. class. del f.n.*, p. 359 e sgg.

¹⁵²) *Ancora sul f.n.*, nella «Riv.», cit., pp. 442-43.

¹⁵³) *Editio maior*, vol. II, ad h.l.: v. anche MOMMSEN-KRUEGER, nella edizione corrente.

cui il passo ci è pervenuto, e nonostante la incongruenza apparente fra soluzione e fattispecie, la *ratio dubitandi* sia proprio quella determinata dalla circostanza che la partenza della nave, da Brindisi per il viaggio di ritorno, abbia avuto luogo posteriormente alla data prestabilita, ossia dopo il 13 settembre, ma con il consenso dello schiavo Erote, che accompagnava il carico: donde la discussione se tale consenso sia valido e la risoluzione in senso negativo, fondata sull'evidente argomentazione che lo schiavo ha ecceduto i termini dell'incarico affidatogli, autorizzando Callimaco a partire da Brindisi anziché esigere, come avrebbe dovuto, il pagamento della *pecunia*, una volta che la scadenza prevista per la riscossione in quel porto era ormai sopraggiunta. Dalla Glossa ai giorni nostri – ed è un vero peccato che qui ci manchino i Basilici¹⁵⁴ per non poter risalire più indietro! – tutti gli interpreti del frammento, eccettuato il De Martino¹⁵⁵, sono concordi almeno su questo punto¹⁵⁶: e non fanno certo difetto, tra essi, moderni critici severi e intransigenti.

Riprendendo ora in esame questo passo, non ho davvero il proposito di addentrarmi nella critica formale della sua scabrosissima redazione, anche perché sono convinto che qualsivoglia tentativo di restituire al testo il suo dettato originario sia impresa disperata: ed è perciò che, non essendo ragionevole supporre che i commissari giustinianeî, i quali sanno di solito esprimersi correttamente in latino e manipolare con una certa abilità i testi classici, sia pur lasciando, più o meno visibilmente, le tracce del loro stile alquanto ampolloso e cancelleresco, o dei loro costrutti grammaticali inconsueti nella lingua dell'età aurea ed argentea, o dei loro non infrequenti grecismi, abbiano potuto ridurre un estratto genuino di Scevola in condizioni di tale scorrettezza formale quali sono quelle in cui esso ci si presenta, mentre non è inverosimile che essi abbiano potuto riprodurre un testo scorretto senza preoccuparsi di migliorarlo (ma qualcuna almeno delle sue molteplici inesattezze non

¹⁵⁴) Non esiste, infatti, nei Basilici (cfr. HEIMB. VI: *Manuale Basilicorum*, ad h.l.) la *summa* greca corrispondente al nostro passo.

¹⁵⁵) *Sul f.n.*, p. 243 e sg., *Ancora sul f.n.*, p. 442.

¹⁵⁶) Ecco una larga scelta di autori dei varî secoli: ACCURSIO, *Glossa* ad h.l.; BARTOLO, *Comm. in Dig. de V.O.*, l. *qui Romae pecuniam*, § *Callimachus*; ALCIATO, *Lucubrationes*, VI, Basileae 1571, 804-808; DUARENO, *Comm. in tit. de V. O.*, ad h.l. (= *Opera omnia*, Aureliae Allobrogorum 1608, 909); GLUECK, *Pand.*, XXII, trad. it. cit., p. 154 e sgg. (ivi, ulteriore letteratura); GOLDSCHMIDT, *Untersuchungen* cit.; MOMMSEN, *loc. ult. cit.*; SCHIRMER, in «ZSS.», XI (1890), p. 102 e sg.; STELLA MARANCA, *Intorno al fr. 122 § 1 de verb. obl.*, Lanciano 1901; SOLAZZI, *loc. ult. cit.*; MANCALEONI, *Note* al GLUECK, *Pand.*, XXII, p. 153 nota d, p. 164 nota e (con una serie di nuovi cenni bibliografici); SAMTER, in «ZSS.», XXVII (1906), p. 164 e sg.; FEHR, *Beiträge zur Lehre vom röm. Pfandrecht in der klass. Zeit*, Uppsala 1910, p. 61; PRINGSHEIM, *op. cit.*, p. 144; HUVELIN, *op. cit.*, p. 199 e sgg.; DE VILLA, *Le usurae ex pacto*, Roma 1937, p. 99.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

può tuttavia non dipendere da errore di amanuense), io resto pur sempre fedele alla congettura del Samter¹⁵⁷ che il testo sia dovuto ad un ignoto raccoglitore dei 'Digesta' di Scevola, poiché questa supposizione mi sembra preferibile ad ogni altra, postulando l'intervento di raffazzonatori postclassici, ai quali soltanto può essere attribuita la improntitudine di una redazione così infelice, come quella che abbiamo sott'occhio, senza nondimeno escludere un ritocco legislativo nella sua ultima parte¹⁵⁸.

Ciò premesso, e ritenuto che, in linea di massima, la sostanza del testo classico non sia interamente smarrita, ma che, nonostante l'aspetto esteriore del frammento, una gran parte del suo contenuto iniziale sopravviva in mezzo a tutto questo desolante guazzabuglio, alla superficie del quale galleggiano d'altronde alcune frasi che indubbiamente sono del testo genuino¹⁵⁹, desidero soltanto limitarmi a sottolineare alcune caratteristiche del negozio ivi prospettato, allo scopo di risolvere un quesito, che il frammento stesso, con la sua fattispecie, irresistibilmente pone allo studioso, dopo quanto si è accertato fin qui: come mai la convenzione di prestito marittimo è, in questo caso, riversata nella forma contrattuale della *stipulatio*, e questa non è la solita *stipulatio poenae*?

Affinché noi possiamo risolvere tale quesito, è necessario anzitutto specificare gli argomenti in base ai quali ci sembra lecito sostenere, in opposizione al De Martino¹⁶⁰, che l'ipotesi degli ἀμφοτερόπλοα, ossia della *pecunia* prestata ἀμφοτερόπλοον¹⁶¹, doveva essere già prevista nel testo classico di Scevola. Gli argomenti sono quelli che seguono:

1) la durata del viaggio, calcolata in 200 giorni, corrisponde per l'appunto, secondo i dati che noi abbiamo sulla navigazione antica¹⁶², ad un periodo di

¹⁵⁷) *Loc. cit.*

¹⁵⁸) Cfr. SOLAZZI e HUELIN, *ll. cc.*

¹⁵⁹) Così ad esempio le seguenti: «*aeque sic recte dari fieri fide roganti Stichus servo [-] <Seii> promisit (o <fide> promisit: LEVY, Sponsio, fidepromissio, fideiussio, Berlin 1907, p. 10; SECKEL, in HEUMANN-SECKEL's. Handl.⁹, s.v. promittere) Callimachus*», «*et nihilo minus actione ex stipulatu Callimachus de pecunia domino Stichus teneatur. respondit secundum ea quae proponerentur teneri*». Cfr. anche DE MARTINO, «Riv. del dir. della navigazione», I, p. 242 e sg., II, p. 442.

¹⁶⁰) *Ibid.*, I, pp. 243-44, II, *loc. ult. cit.*

¹⁶¹) Avverto qui una volta per tutte che, nell'usare soltanto con valore predicativo le espressioni ἀμφοτερόπλοον ed ἐτερόπλοον riservando il neutro plurale (τὰ ἀμφοτερόπλοα, τὰ ἐτερόπλοα) agli altri casi, mi sono attenuto scrupolosamente ai rilievi del PAOLI, *Studi cit.*, p. 25 nota 2 (cfr. «Nuovo Dig. ital.», s.v. *prestito a cambio marittimo: diritto greco*) sul corretto uso di questa terminologia nelle fonti attiche.

¹⁶²) Si aggiungano, in proposito, alle opere citate già nel § 7 relativamente alle condizioni generali del commercio transmarino, il classico libro del MILLER, *Itineraria romana*, Stuttgart 1916 (su cui v. però le critiche del KUBITSCHKEK nelle «Gött. gel. Anz.», CLXXIX

tempo comprensivo del viaggio di andata e ritorno Berito-Brindisi, oltre alle soste necessarie nei due scali per le operazioni di carico e scarico delle merci. Com'è noto, negli usi greco-romani, l'anno di navigazione era più breve dell'anno astronomico, dovendosi escludere i mesi invernali, ed abbracciava teoricamente 245 giorni¹⁶³; ma in pratica non può meravigliare se, per ragioni di prudenza, i naviganti cercavano di ridurre le loro spedizioni entro più angusti limiti di tempo¹⁶⁴, e se, soprattutto, i capitalisti sovventori, temendo i rischi delle procelle autunnali, si cautelavano o mediante un inasprimento degli interessi per il periodo successivo al sorgere della costellazione di Arturo («μετ' Ἀρκτοῦρον» – «post Idus Septembres»)¹⁶⁵, o diffidando il debitore dall'intraprendere il viaggio di ritorno posteriormente a tale data, come risulta proprio dal documento (*cautio*) della contrattazione di Callimaco. La clausola «*in omnes navigii dies ducentos*» prevede quindi la durata del prestito per un anno utile di viaggio: ed anche a tener conto della circostanza che l'itinerario marittimo Berito-Brindisi non coincideva allora col percorso in linea retta, ma seguiva invece sicuramente le coste della Siria e dell'Asia Minore, con scali a Seleucia di Pieria ed a Rodi, per poi raggiungere l'Acaia attraverso l'Egeo lungo la linea delle Cicladi e proseguire costeggiando il Peloponneso e l'Acarnania fino a Nicopoli, donde, oltrepassato il canale di Corcyra, le navi lasciavano il mar Ionio per veleggiare alla volta di Apollonia e, dopo quest'ultimo approdo, facevano rotta nel basso Adriatico puntando infine direttamente su Brindisi¹⁶⁶, non vi ha dubbio che due mesi di viaggio erano più che sufficienti nella normalità dei casi e, calcolandone altrettanti per il ritorno, restavano pur sempre circa 80 giorni di margine prima delle Idi di settembre, se il prestito era stato concluso, ad esempio, nel mese di aprile. Mi stupisco pertanto che il De Martino abbia omesso di

[1917], p. 1 e sgg.), e l'accurata monografia dello STEVENSON, *Communications and commerce*, in «The legacy of Rome» (Essays ed. by CH. BAILEY), Oxford 1923, p. 141 e sgg. Anche l'opera del CHARLESWORTH, *Trade-routes and commerce of the roman empire*², Cambridge 1926, potrà essere opportunamente consultata.

¹⁶³) Veget., *Epit. rei milit.* 4, 39: «Ex die igitur tertio idus Novembres usque in diem sextum idus Martias maria clauduntur».

¹⁶⁴) Cfr. Veget., *ibid.*: «quidam menses aptissimi, quidam dubii, reliqui classibus intractabiles sunt lege naturae. Pachone decurso, id est post ortum Pliadum, a die sexto kal. Iunias usque in Arcturi ortum, id est in diem octavum decimum kal. Octobres, secura navigatio creditur, quia aetatis beneficio ventorum acerbitas mitigatur; post hoc tempus usque in tertium idus Novembres incerta navigatio est et discrimini propior, propterea quia post idus Septembres oritur Arcturus, vehementissimum sidus».

¹⁶⁵) [Demosth.], *c. Laer.*, § 10 (p. 926 REISKE): «ἐπὶ διακοσίαις εἴκοσι πέντε τὰς χιλίας, εἰς δὲ μετ' Ἀρκτοῦρον ἐκπλεύουσιν ... ἐπὶ τριακοσίαις τὰς χιλίας». Cfr. PAOLI, *Studi cit.*, pp. 32, 60.

¹⁶⁶) HUVELIN, *op. cit.*, p. 200 e sg.

fare questi calcoli prima di sostenere che il prestito di Callimaco doveva essere classicamente un caso di prestito marittimo concesso per un solo viaggio da Berito a Brindisi (ἐτερόπλου), anziché per un viaggio completo di andata e ritorno, o che, avendoli fatti, non abbia sentito il bisogno di espungere, col resto, la compromettente clausola dei 200 giorni;

2) L'ἀρχαῖον ἔθος, ricordato da Giustiniano nella Nov. 106, contemplava fra l'altro – come si è visto¹⁶⁷ – la eventualità che il prestito fosse concluso finché la nave non facesse ritorno al porto da cui era salpata: e parrebbe strano che questa non fosse un'antica usanza del commercio mediterraneo, identificabile con quella attestata già nelle fonti attiche¹⁶⁸, e sopravvissuta attraverso il periodo ellenistico, sì da influenzare il *ius gentium* romano e da poter trovare applicazione in un contratto concluso in Siria, nel porto di Berito, fra un commerciante (ἐμπορος) o capitano di nave (ναύκληρος), Callimaco, di origine orientale, e l'agente di un capitalista, che è probabilmente un banchiere romano (*argentarius*);

3) se è vero che gli ἐτερόπλου romani (cfr. C. 4, 33, 4 [3]) hanno la stessa funzione economica degli ἀμφοτερόπλου in età attica, nel senso che anche in quella forma di prestito il sovventore – che è un capitalista e non un commerciante egli stesso, come di solito il creditore degli ἐτερόπλου nel mutuo attico – non si mette in mare, ma si limita a far sorvegliare la nave da un «so-praccarico», che ha altresì il compito di riscuotere la *pecunia*, con l'unica differenza che il viaggio è semplice anziché doppio¹⁶⁹, non vi può essere difficoltà ad ammettere che i classici riconoscessero già l'uso ἀμφοτερόπλου della *pecunia traiecticia*, accanto a quello, fuori discussione, del prestito valevole per un solo viaggio di andata o di ritorno (ἐτερόπλου), e che lo schema negoziale adoperato fosse, di regola, il medesimo.

Tuttavia è manifesto che, nell'ipotesi configurata in D. 45, 1, 122 § 1, il romanista si trova di fronte ad una incarnazione *sui generis* di ἀμφοτερόπλου, che non può essere presa come modello. Difatti il prestito di Callimaco è sì un prestito concesso per due viaggi, ma subordinatamente al verificarsi della condizione '*si intra idus Septembres, quae tunc proximae futurae sint, aliis mercibus emptis et in navem impositis, ipse Brentesio in Syriam proficiscatur*', di modo che l'uso del denaro si limiterà ad un solo viaggio, qualora il debitore si sia lasciato sorprendere dalle Idi di settembre nel porto di Brindisi senza avere effettuato

¹⁶⁷) Cfr., in precedenza, § 7.

¹⁶⁸) Un esempio è stato ricordato, in nota, al § 2: [Demosth.], c. *Dionysod.*, § 5 (REISKE 1283-84).

¹⁶⁹) PAOLI, *Studi cit.*, pp. 26-30.

Actio pecuniae traiecticiae

il carico per il viaggio di ritorno, e senza avere levato l'ancora entro quel termine: in tal caso Callimaco dovrà pagare l'intera somma che avrebbe dovuto corrispondere al suo ritorno, come se i giorni di navigazione fossero stati 200, e sopportando le spese occorrenti per la spedizione di quella somma da Brindisi a Roma. Si tratta dunque di un prestito concluso ἀμφοτερόπλουv, ma che, per una clausola di conversione, si può ridurre alla forma ἑτερόπλουv.

Fatte queste constatazioni generiche, non bisogna dimenticare che non era possibile, in diritto romano classico, e tanto meno in diritto giustiniano, pattuire gl'interessi della *pecunia traiecticia* in relazione al viaggio anziché ad un tasso mensile, sia pure considerando la presumibile durata di quello sulla base dell'itinerario da percorrere e delle altre condizioni fissate, giacché altrimenti – come abbiamo precedentemente osservato in una delle prime pagine di questa monografia¹⁷⁰ – sarebbe stato facile eludere il divieto di oltrepassare il tasso legale per il periodo anteriore e successivo al tempo della effettiva navigazione, mentre tutte le testimonianze delle fonti giuridiche romane (D. 22, 2, 3; D. eod. 4 pr.; C. 4, 33, 2 [1]; C. eod. 5 [4]; Paul. Sent. 2, 14, 3) sono categoriche nel senso di escludere il *periculum creditoris* quando la nave non sia in crociera o la partenza abbia avuto luogo prima del termine fissato, e conseguentemente di limitare alla effettiva durata del rischio la corresponsione delle *usurae* al disopra del tasso legale.

Anche qui noi dobbiamo supporre pertanto che Callimaco e Stico abbiano concordato un tasso mensile d'interessi per il viaggio di andata e ritorno (ἀμφοτερόπλουv); ma la clausola condizionale, che impone l'obbligo al debitore di pagare una certa somma d'interessi, corrispondente alla durata massima del viaggio («*quasi perfectio navigio*»), e cioè calcolata sulla base di 200 giorni («*in omnes navigii dies ducentos*») all'atto stesso della contrattazione, qualora la nave non abbia ripreso il mare da Brindisi entro il termine stabilito, non costituisce affatto una modalità illecita: della qual cosa ognuno potrà essere persuaso richiamandosi alla circostanza che, in quell'ipotesi, la prestazione dell'*universa pecunia* (capitale più interessi) non rappresenta se non una *poena* per il mancato adempimento dell'obbligazione principale¹⁷¹ e riflettendo che, se in generale l'oggetto della *poena* è quasi sempre un *certum*¹⁷², il suo ammontare

¹⁷⁰) E, per essere più precisi, allorché si è passata in rassegna la tesi, da me altrove sostenuta («Studi Albertoni», p. 367 e sg.), che una *condictio certae pecuniae* potesse garantire la integrale soddisfazione del capitalista, purché l'accipiente si fosse riconosciuto debitore di una somma preventivamente determinata con semplice patto (x capitale + y interessi): § 2.

¹⁷¹) Notisi che di *stipulatio poenae* si parla *ex professo* nei §§ 2, 3, 6 dello stesso frammento: è evidente, dunque, la connessione di causa nel pensiero dell'autore.

¹⁷²) Così nella seguente documentazione: D. 4, 8, 11 § 5; D. 12, 1, 40; D. 34, 5, 13 [14] §§ 2, 5; D. 44, 7, 44 §§ 5, 6; D. 45, 1, 4 § 1; D. eod. 115; D. eod. 122 §§ 2, 3; D. eod.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

non è vincolato classicamente ad alcuna limitazione, allorché la penalità si riferisce a un prestito marittimo¹⁷³. In ogni modo è altrettanto chiaro che il contratto, documentato nella specie dalla solennità verbale della frase «*eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho servo <Sei> promisit Callimachus*», non è la solita *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa*, ma una stipulazione che traduce in termini obbligatori le varie clausole della sottostante *conventio*, fra cui quella della penale sottoposta alla condizione «*si intra diem supra scriptam non reparasset merces nec enavigasset de ea civitate*». La consueta *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa*, sottoposta invece alla condizione di rito «*si ad diem pecunia soluta non sit*», con la sua sola efficacia di mezzo coattivo indiretto, non avrebbe potuto assicurare il pagamento della *universa pecunia* dopo un solo viaggio, allorché il prestito fosse stato pattuito nella forma degli ἀμφοτερόπλοα. Ci voleva quindi una *stipulatio*, che servisse a realizzare in via diretta la tutela del complesso rapporto obbligatorio. Una volta riconosciuta la necessità di questa soluzione, si comprende agevolmente come accada che un'apposita *stipulatio poenae* a garanzia del pagamento, qualora il viaggio venga effettuato per intero alle condizioni stabilite, non ha più la sua ragione di essere, come strumento di tutela giudiziaria, in quanto il creditore è sufficientemente difeso dall'azione contrattuale, cui dà vita la stipulazione complessiva; né d'altra parte va trascurato il fatto che l'obbligazione stessa è rafforzata da garanzie pignoratizie, che altrove pure prendono il posto della *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa*¹⁷⁴.

Questi sono i motivi essenziali, prevalenti su ogni altro, per cui si spiega che, nella specie, non s'incontri la consueta *stipulatio poenae*, senza che la sua mancanza possa costituire un argomento per considerarne, sia pure in parte, svalutata la funzione, che le è propria, in relazione al prestito marittimo.

10. E veniamo infine ad un ultimo passo, notoriamente oggetto di gravi dispute¹⁷⁵, ma che può essere forse illuminato dal richiamo della *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa*, quantunque non mi nasconda come, accingendosi ad affrontare su nuove basi la critica di esso, l'interprete si trovi nella medesima e non invidia-

126 § 2; D. 46, 5, 11; I. 3, 15 § 7; Theoph. 2, 3 § 4, ARANGIO RUIZ, *Negotia*, nn. 94 (p. 300), 133 (p. 430), 138 (p. 442), 139 (p. 445), 182 (p. 574). Assai più rara doveva essere la fattispecie inversa: cfr. D. 4, 8, 28 ed un caso concreto in ARANGIO RUIZ, *Negotia*, n. 136 (p. 437).

¹⁷³) Come sappiamo, infatti (v. sopra, § 4), il *modus* della *poena* corrisponde a quello degli interessi (D. 22, 1, 44 cit.): ma poiché le *usurae* della *pecunia traiecticia* sono *infinutae* (Paul. Sent. 2, 14, 3), non vi è limite che si possa applicare alla *poena*.

¹⁷⁴) Cfr., in seguito, § 12.

¹⁷⁵) Proverbialmente il testo è incluso nel novero delle c.d. «*leges damnatae*» o «*cruces iurisconsultorum*»: GLUECK, *op. e vol. cit.*, p. 135.

Actio pecuniae traiecticiae

bile situazione di chi osa procedere attraverso una zona cosparsa di mine!

D. 22, 2, 5 (Scaevola, *l. 2 quaestionum* ?) ¹⁷⁶: Periculi pretium est et si condicione quamvis poenali non existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid [praeter pecuniam], si modo in aleae speciem non cadat: veluti [ea, ex quibus conditiones nasci solent, ut 'si non manumittas', 'si non illud facias', 'si non convaluero' et cetera. nec dubitabis,] si piscatori erogaturo in apparatus [plurimum pecuniae dederim,] <viginti dederis ac stipulando egeris> (?) ut, si cepisset, <triginta tibi> (?) redderet [et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet. In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest].

Sul significato positivo del frammento nel sistema della compilazione giustiniana, ritengo che una parola definitiva sia stata detta ormai dal nostro Riccobono ¹⁷⁷, e che pertanto, con l'appoggio dello scolio di Doroteo riesumato in uno scritto del Cuiacio ¹⁷⁸, se ne possa ricavare la seguente norma di legge: nei contratti innominati («*ex quibus conditiones nasci solent*») ed in quelli aleatorii è ammessa la pattuizione che la prestazione sotto condizione sia restituita, mancata la condizione, con un di più, prezzo del pericolo (*pactum ad augendam obligationem*). E' altresì evidente che, in questi casi, sono ammesse le *usurae centesimae*, essendo il testo collocato nel titolo '*de nautico foenore*', ancorché la liceità degli interessi fino al doppio dell'*usura licita* (*dimidia centesimae*) non sia prevista per questi casi dalla costituzione del 528 (C. 4, 32, 26 § 2), la quale si limita a riconoscerla per il prestito marittimo («*contractus traiecticii*») e per il mutuo di derrate («*specierum fenori dationes*»), escludendola *ex professo* in ogni

¹⁷⁶) Ritengo anch'io preferibile – sia pure dubitativamente, dopo tutte le interessanti constatazioni che lo SCHULZ ha potuto fare sulla tradizione dei '*Responsa*' di Scevola in una sua finissima indagine (*Überlieferungsgeschichte der Responsa des C. Scaevola*, nelle «*Symbolae friburgenses in honorem Ottonis Lenel*», p. 178 e sgg.) – l'attribuzione del frammento alle '*Quaestiones*', anziché ai '*libri responsorum*' in conformità della *inscriptio*, sia per l'argomento trattato (JOERS, in PAULY-WISSOWA, *RE.*, III, 2, 1990; KRUEGER, *Dig. ad h.l.*), sia per il modo in cui esso era forse trattato (v. più oltre nel testo di questo stesso paragrafo): non dobbiamo infatti dimenticare che, mentre i *responsa* erano collezioni di carattere pratico, le *quaestiones* avevano carattere piuttosto teorico ed erano frutto di attività didattica (KRUEGER, *Quellen*², p. 144 e sg.; BONFANTE, *Storia*⁴, p. 396; DE FRANCISCI, *Storia*, II, 1², p. 472).

¹⁷⁷) «ZSS.», XLIII (1922), p. 358; «Annali Palermo», XII (1928), p. 624 nota 1; *Stipulationes contractus pacta*, p. 411 e sgg. Si veggano, per l'addietro, le contrastanti interpretazioni del PARDESSUS (*Collection des lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle*, Paris 1828, I, p. 115 nota 1) e del MATTHIAS (*op. cit.*, p. 24: cfr. CUQ, *Nauticum foenus*, in DAREMBERG-SAGLIO, *Dict.*, s.h.v.).

¹⁷⁸) *Observationes et emendationes*, IX, cap. 28 = *Opera omnia*, III, 238-239. Lo scolio è riprodotto in HEIMB. V, 117.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

altra ipotesi («*ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum posse stipulari et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem usurae exigere solent*»): ed infatti questa è la interpretazione comune di chi vuole giustamente eliminare quel contrasto nel valutare il diritto giustiniano, partendo dal principio che – per volontà espressa del legislatore – le prime tre parti del *Corpus iuris* debbono essere considerate organicamente come una legge unica ed inscindibile, quasi che tutta la compilazione fosse stata emanata e fosse entrata in vigore nello stesso giorno¹⁷⁹. Ed è proprio per questi due motivi – efficacia obbligatoria del *pactum usurarum*, raddoppiamento degli interessi in corrispettivo del rischio – che gli interpreti hanno poi raccolto sotto la nuova denominazione di *fenus quasi nauticum* le varie ipotesi contemplate nel frammento di cui si tratta, ed assimilate in esso al prestito marittimo (*fenus nauticum*), quale ci appare disciplinato nella compilazione giustiniana.

Non starò qui ad esaminare criticamente i singoli tentativi di ricostruzione del testo classico, finora proposti dagli studiosi¹⁸⁰: ma ciò non deve assolutamente far supporre che io creda di poter sostituire a quei tentativi una mia precisa ed inattaccabile restituzione, rinunciando presuntuosamente a discuterli (il che sarebbe comunque riprovevole). Riconosco invece che tutte quante le opinioni formulate, se pur contrastanti, hanno ciascuna dalla loro parte qualche serio argomento, di cui bisogna far tesoro. Tuttavia, mentre nessuna di tali opinioni può, appunto per l'incertezza che suscita quando sia messa a confronto con le altre, ritenersi fino ad oggi decisiva, non mi sembra che tutte le vie aperte alla critica del frammento siano state ancora percorse dai romanisti: e non escluderei che, se ci proviamo ad indagare questo passo, tenendo presente la funzione classica della *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa*, possa almeno venirne fuori un'ipotesi non indegna di essere sottoposta all'attenzione degli studiosi, affinché questi la discutano insieme ed accanto alle altre.

Qualora si pensi alla eventualità che Scevola, discorrendo della *pecunia traiecticia* e della relativa *stipulatio poenae*, con cui di solito la convenzione acquistava indirettamente una difesa processuale, introducesse nel libro, al quale

¹⁷⁹) Cfr. ALBERTARIO, *Introduzione storica*, p. 36; LONGO-SCHERILLO, *Storia del dir. romano*², Milano 1940 (e successive ristampe), p. 375.

¹⁸⁰) Salvo alcuni degli scritti più recenti, che verranno citati via via che se ne presenterà l'occasione, la letteratura in proposito è quella dell'*Index interpol.*, ad h.l. (II, 37). Che il testo sia gravemente alterato, pur senza cimentarsi ad affacciare nessuna nuova ricostruzione di esso, sostengono pure il CHECCHINI (*I precedenti e lo sviluppo storico del contratto di assicurazione*, Roma 1931, pp. 9-10) e il DE MARTINO (*Sul f.n.*, nella «Riv.» cit., I, p. 234). Quanto a me, non è da oggi che io mi trovo d'accordo sulla necessità di una critica radicale del frammento: cfr. la mia *Str. class. del f.n.*, p. 363 nota 43.

Actio pecuniae traiecticiae

appartiene l'estratto utilizzato e rimaneggiato dai compilatori, l'osservazione che le *usurae infinitae*, nel caso dato, sono ammissibili in quanto esse costituiscono il *pretium periculi* (cfr. Pauli Sent. 2, 14, 3: «*Traiecticia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest*»), non è affatto irragionevole supporre che il giurista si proponesse il quesito se vi siano altri casi, in cui le *usurae* vadano messe in rapporto col rischio e possano quindi oltrepassare il tasso legale.

Nulla vieta pertanto che il discorso di Scevola continuasse in questi termini (cfr. D. 22, 2, 5 pr.): le *usurae* si possono altresì considerare in funzione di *pretium periculi* tutte le volte che («*periculi pretium est et si*») – a prescindere dall'ipotesi del verificarsi di una *condicio poenalis*, ossia della condizione dedotta in una clausola penale, che ne tuteli sia pure indirettamente la esigibilità, qual'è proprio la *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa* («*condizione quamvis poenali non exsistente*») – il contratto (e s'intende che questo non può essere classicamente altro se non una *stipulatio sortis et usurarum* condizionata) preveda la restituzione del capitale ed il pagamento degli interessi («*recepturus sis quod dederis et insuper aliquid*») nel solo caso, in cui non si abbia realizzazione del rischio («*si modo in aleae speciem non cadat*»).

Anche l'Arangio Ruiz¹⁸¹ ha ritenuto genuina questa prima parte del testo, sebbene la sua interpretazione sia alquanto diversa, ed egli sia stato indotto ad espungere le parole «*quamvis – poenali*», mentre – come si è visto – esse non sono affatto inintelligibili, se noi le riferiamo alla *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa*. La diversità dell'interpretazione consiste in ciò, che l'insigne romanista, pur essendo convinto che Scevola trattasse qui del prestito marittimo e pur discostandosi pertanto dal Riccobono¹⁸² e da altri¹⁸³, che lo escludono o comunque ne dubitano, ha creduto di scorgere nel frammento, sulla base di uno spunto papirologico¹⁸⁴, la tendenza a considerare come equivalente alle vere e proprie *usurae* qualsiasi altra utilità promessa al *creditor pecuniae traiecticiae* in funzione di premio. Ad ogni modo è significativa la circostanza che lo stesso Arangio Ruiz non riscontri nell'intero periodo introduttivo del passo indizii sufficienti di alterazione per contestarne la classicità. E, infatti, l'uso di «*insuper*» nel senso di «*praeterea*» ci è attestato in fonti letterarie classiche¹⁸⁵ e s'incontra in passi non sospetti dello stesso Scevola

¹⁸¹) *Lineamenti* cit., p. 85.

¹⁸²) *LL. cc.*

¹⁸³) DE MARTINO, *loc. ult. cit.*; DE VILLA, *Usurae*, p. 110 e sg.

¹⁸⁴) BGU. 5883 + 5853, già ricordato in nota al § 7.

¹⁸⁵) Così ad esempio nei comici, in qualche passo della *Rhetorica ad Herennium* (Cornificio?) e in Tito Livio: cfr. FORCELLINI, *Lexicon*, s.h.v.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

(D. 33, 7, 20 pr.)¹⁸⁶, di guisa che l'autorità del Kalb¹⁸⁷ non può essere invocata senza riserve; *'cadere in'* non è di per sé una espressione impropria nel suo significato metaforico più generale¹⁸⁸, e neppure in quello più ristretto dell'accezione *'cadere in speciem'*¹⁸⁹, anche se qualcuno dei testi, in cui siffatta accezione ricorre, è per altri motivi oggetto di critica¹⁹⁰; né si può dire che il termine *'species'* abbia qui un significato grecizzante (ἰδέα, εἶδος), come avrebbe in realtà se l'espressione *'aleae species'* fosse da intendere nel senso, per me inaccettabile, di «concetto o nozione di giuoco d'azzardo»¹⁹¹, mentre l'uso di *'species'* quale sinonimo di *'casus'* (onde *'in speciem cadere'* = *'in casum incidere'*), non è per nulla ignoto al linguaggio dei classici, secondo gli esempi offerti da giuristi¹⁹² e non giuristi¹⁹³; laddove *'alea'* nel senso di «rischio», di «incerto successo» e quindi, per metonimia, di «risultato sfavorevole» non è raro in Cicerone ed in Livio¹⁹⁴, e perciò nel parlare comune, tanto è vero che proprio a quest'uso si riconnette la terminologia della compravendita aleatoria (*'aleam emere'*)¹⁹⁵; quanto infine al soggetto grammaticale di *'cadat'*, non è chi non veda come questo non sia affatto *'periculi pretium'*¹⁹⁶, ma il successivo *'quod dederis'*, la cui ripetizione è sottintesa. Ho piuttosto fortissimi dubbi che l'inciso *'praeter pecuniam'* sia un glossema scivolato nel testo, e ciò non soltanto perché la locuzione ha un valore pleonastico (*'recepturus sis quod dederis et insuper aliquid [praeter pecuniam]'*), ma perché *'pecunia'* nel senso di *'sors'*

¹⁸⁶ Riscontra l'*Index interpol.*, II, 286.

¹⁸⁷ *Op. cit.*, p. 114.

¹⁸⁸ Contra: BESELER, *Beiträge*, II, p. 89, III (Tübingen 1913), p. 43; ALBERTARIO, «Studi Pavia», V (1919), p. 88, e «Arch. giur.», LXXXIX (1919), p. 261 nota 1 (cfr. GUARNERI CITATI, *Indice*, s.v. *cadere*). Ma una ricerca terminologica sulla scorta dei dizionari di tutte le fonti, «Thesaurus I. L.», FORCELLINI, «VJR.», HEUMANN-SECKEL, *Vocabularium Codicis, Ergänzungsindex*, etc.) ci persuade senz'altro che quella *forma loquendi* non può essere di per sé un contrassegno emblematico: nello stesso senso, v. ora le conclusioni del LANFRANCHI, *Il dir. nei retori rom.*, p. 171 nota 3, p. 583 e sg., nonché la registrazione di esse in GUARNERI CITATI, *Suppl. II all'Indice*, in «Festschrift P. Koschaker», I, p. 123.

¹⁸⁹ L'uso di essa non è infrequente nello stile dei giureconsulti: «VJR.», s.h.v.

¹⁹⁰ D. 24, 1, 13 § 2 (Nerazio - Ulpiano); D. 33, 10, 7 § 1 (Tuberone - Celso): cfr. *Index interpol.*, ad hh.ll.

¹⁹¹ BERTOLINI, *Appunti didattici di dir. romano: le obbligazioni*, I-IV, Torino 1905-1914, p. 207; HUVELIN, *op. cit.*, p. 106 (cfr. «Rev. hist. de droit fr. et étr.», XLII [1918], p. 80); DE VILLA, *op. ult. cit.*, p. 110.

¹⁹² Africanus: D. 16, 1, 19 § 2; Scaevola: D. 25, 4, 4; Tryphoninus: D. 23, 4, 30; Paulus: D. 3, 5, 33; D. 28, 5, 82 pr.; D. 31, 83; D. eod. 87 § 4; Ulpianus: D. 9, 2, 5 § 3.

¹⁹³ Plin., *Epist.* 10, 64: «haec species incidit».

¹⁹⁴ Per l'uno e per l'altro, cfr. i saggi che si desumono dai passi riportati nel FORCELLINI e nel «Thesaurus», s.h.v.

¹⁹⁵ D. 18, 1, 8 § 1 (Pomponio); D. 18, 4, 7 (Paolo).

¹⁹⁶ Come, grammaticalmente, sembra indotto a ritenere l'HUVELIN, *loc. cit.*

Actio pecuniae traiecticiae

(«capitale») è classicamente inusitato¹⁹⁷: né può stupire che l'Arangio Ruiz non abbia espresso un simile sospetto, ed è anzi perfettamente naturale il contrario, inquantoché, secondo l'interpretazione da lui proposta, il giureconsulto avrebbe fatto qui allusione – come si è detto – a qualsiasi utilità diversa dal denaro, e conseguentemente il vocabolo '*pecunia*' sarebbe da intendere nel suo significato normale.

Dopo di che, rivolgendo la nostra attenzione agli esempi, si vede subito che i primi tre sono incongruenti rispetto al modo, in cui ci è parso che possa essere interpretata la prima parte del testo.

Anzitutto mi sembra che – a prescindere dai motivi estrinseci¹⁹⁸, per i quali la interpolazione dell'intero § 1 (*«In his autem – prodest»*) potrebbe considerarsi già sufficientemente documentata, dacché il Rotondi¹⁹⁹ vi posò lo sguardo e il Riccobono²⁰⁰ vi ritornò sopra, seguito dal De Villa²⁰¹ – la inidoneità classica della *condictio* a comprendere più della quantità prestata e la correlativa inefficacia del *pactum ad augendam obligationem* nelle *obligationes re contractae* non abbiano bisogno di alcuna dimostrazione, se – come ormai risulta da quanto abbiamo potuto accertare, e cioè che il *creditor pecuniae traiecticiae* era solo indirettamente difeso dalla stipulazione penale, con cui si fosse cautelato per non restare privo di una specifica protezione giudiziaria – la efficacia obbligatoria immediata del *pactum usurarum* è da escludere perfino in relazione al *nauticum fenus*.

Ma la incongruenza dei primi tre esempi, dipende invero da ulteriori circostanze. Difatti il primo ed il secondo esempio non sono contratti aleatorii, in quanto l'adempimento della prestazione è subordinato a condizioni potestative (*«si non manumittas»*, *«si non illud facias»*); e il terzo, pur essendo sottoposto a condizione casuale (*«si non convaluerò»*) o mista (se avesse ragione il Cuiacio nell'immaginare gratuitamente la specificazione *«cura et auxilio tuo»*, quasi che il debitore fosse un medico, alla cui terapia l'ammalato avesse affidato la propria salute, ricevendone assicurazioni impegnative di certa guarigione!)²⁰², configura l'ipotesi di una prestazione a favore di una terza persona, e

¹⁹⁷ Su questo punto sono d'accordo con l'HUVELIN, *ibid.*: non ho infatti riscontrato neppure io un solo esempio di tale accezione in testi classici, per quanto mi è stato possibile indagare con l'aiuto dei soliti strumenti lessicali.

¹⁹⁸ Infelice collegamento con il discorso che precede, *«augere»* riferito ad *«obligatio»*; *«prodest»* improprio.

¹⁹⁹ *Scritti giuridici*, II, p. 216.

²⁰⁰ *L.I. cc.*

²⁰¹ *Op. ult. cit.*, p. 109 e sgg. Cfr. altresì C. LONGO, *Il mutuo* (corso di dir. romano), Milano 1933, p. 66; nonché ARANGIO RUIZ, *Lineamenti cit.*, p. 85 nota 2.

²⁰² La specificazione è espressa in *loc. ult. cit.*

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

sia pure dell'erede, mentre ciò non era classicamente ammissibile²⁰³. Con questo non intendo contrastare al Riccobono²⁰⁴ che le tre clausole condizionali, singolarmente prese, non possano costituire altrettanti esempi desunti dall'opera genuina di Scevola: ma, evidentemente, si tratta di esempi citati a tutt'altro proposito, e che con la prima parte del testo non hanno nulla a che fare. Così è probabile che i primi due fossero esempi di *stipulatio poenae*, e che il terzo rappresentasse un modulo di *stipulatio 'cum moriar'*, ossia di quella stipulazione con cui si cercava di eludere la massima «*ab heredis persona obligatio incipere non potest*», reputandosi in tal caso che l'obbligazione nascesse non più dopo la morte, bensì nell'ultimo istante della vita (Gai. III, 100: «*id est ut in novissimum vitae tempus stipulatoris ... obligatio conferatur*»).

Circa gli ultimi due esempi, ove la condizione è mista («*si cepisset*», «*si vicisset*») ed il rischio viene assunto dal creditore, non si può certo sostenere che, in astratto, l'uno e l'altro non siano del pari calzanti (salvo forse la maggiore analogia del quarto al paradigma della *pecunia traiecticia*)²⁰⁵: se non che, per ragioni formali (contrazione della protasi, ricalco letterale di un costrutto precedente), sono indotto a ritenere con l'Albertario²⁰⁶ che il quinto esempio sia da espungere, o perché si debba pensare a un esempio scolastico introdotto da qualche commentatore postclassico di Scevola, o perché la infelice formulazione può essere l'effetto di un'abbreviatura triboniana dell'originale. Quello che forse si salva è perciò il quarto esempio, eliminando la tipica frase bizantina di allacciamento «*nec dubitabis*»²⁰⁷ e procedendo ad alcune indispensabili correzioni, per cancellare in esso le lievi tracce d'interpolazione, che ne hanno un poco alterata la primitiva fisionomia. Come l'uso della prima persona singolare «*dederim*» in luogo della seconda che ci aspetteremmo (cfr. sopra «*recepturus sis quod dederis*»), è alquanto strano, così non mi sembra neppure verosimile che oggetto di quel verbo potesse essere in origine la inesplicabile locuzione «*plurimum pecuniae*» («moltissimo denaro», «la maggior quantità possibile di denaro»: e perché poi?), come del resto il vecchio Hotman ebbe già occasione di rilevare nei suoi

²⁰³ Gai. III, 100, 117, 158 in antitesi alle innovazioni giustiniane (C. 8, 37 [38], 11; C. 4, 11, 1; I. 3, 19 § 13).

²⁰⁴ *LL. cc.*

²⁰⁵ L'osservazione mi è suggerita dall'HUVELIN, *op. cit.*, p. 108: «Du *nauticum foenus* consenti à un patron de navire pour entreprendre un voyage commercial, au *quasi nauticum foenus* consenti au patron d'une barque de pêche pour exercer son industrie, il n'y a qu'un pas».

²⁰⁶ «Rend. Ist. Lomb.», XLVI (1913), p. 858.

²⁰⁷ BESELER, *Beiträge*, II, p. 37; HUVELIN, *op. cit.*, p. 106; RICCOBONO, «Arch. giur.», LXXVI (1906), p. 468, e *ll. cc.*; DE VILLA, *op. ult. cit.*, p. 109 (cfr. anche GUARNERI CITATI, *Suppl. II all'Indice*, s.v. *dubitare*).

Actio pecuniae traiecticiae

scritti²⁰⁸, affacciando il sospetto di un glossema. Io suppongo invece che il «*plurimum pecuniae*» sia una formula evasiva dei commissari giustinianeî per sostituire la indicazione numerica della quantità di denaro prestata, cui doveva far necessariamente riscontro una cifra sensibilmente maggiore, comprensiva del *pretium periculi*, calcolato senza limite di *usurae*, quale oggetto della restituzione prevista, se il debitore avesse fatto buona pesca. Nell'approssimativa ricostruzione del testo classico, ho attribuito rispettivamente – come ipotesi paradigmatica il valore di 20 e di 30 alla *pecunia credita* ed alla *pecunia reddenda*²⁰⁹, computando quest'ultima sulla base dell'ἡμιόλιον, assai frequente nella prassi²¹⁰; mentre è ovvio che i compilatori abbiano dovuto sopprimere ogni accenno numerico in contrasto con la regola per la quale il *pretium periculi* non può eccedere la *centesima*. Alla interpolazione del successivo § 1 va d'altronde ricollegata la probabile omissione di quel richiamo alla *stipulatio*, che nell'originale classico noi non possiamo fare a meno di considerare necessario.

Ed ho finito. Come ho tenuto ad avvertire preventivamente, la mia non è che un'ipotesi, su cui debbo e desidero fare ogni più cauta riserva. Ma, se la redazione genuina del frammento corrispondesse a quella che noi abbiamo criticamente ricostruita, non vi ha dubbio che la giurisprudenza classica, elaborando l'istituto della *pecunia traiecticia*, avrebbe fatto una notevole conquista, enucleandone il concetto del *pretium periculi*, che, se non è ancora quello dell'assicurazione a premio, sia perché l'assunzione del rischio si riconnette ad un prestito e non è quindi l'oggetto ma semplicemente una modalità del contratto, sia perché al principio giuridico dell'assicurazione ripugna la preesistenza di un interesse personale dell'assicuratore, tuttavia ne costituisce storicamente il più antico dei germi fecondi²¹¹.

²⁰⁸) *Observationum in ius civile libri IX*, Lugduni 1589, III, 5 (= *Opera*, I, 2, 77). Eliminando la frase «*plurimum pecuniae dederim*», il giurista di Basilea proponeva la restituzione «*erogavero*» in luogo di «*erogaturus*».

²⁰⁹) Per il corretto uso di «*reddere*» anche nel caso che non vi sia una perfetta corrispondenza fra la *summa debita* e quella *accepta*, cfr. D. 50, 16, 94 = D. 31, 21 i.f. (Celsus, *l. 20 digestorum*. «*Verbum 'reddendi' quamquam significatum habet retro dandi, recipit tamen et per se dandi significationem*»). Sulle applicazioni in tal senso nelle fonti giuridiche romane, si rinvia senz'altro alla consultazione dei lessici relativi. La genuinità del testo qui richiamato viene difesa da H. KRUEGER («*Grünhut's Zeitschr.*», XLI [1915], p. 307) e dal GROSSO («*Studi Bonfante*», II, p. 211 nota 56) contro il BESELER (*Beiträge*, III, p. 17) e lo SCHULZ (*Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916, p. 49: cfr. STELLA MARANCA, *Intorno ai frammenti di Celso*, Roma 1915, p. 121).

²¹⁰) BILLETTER, *op. cit.*, p. 260 e sgg.; MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des röm. Kaiserreichs*, Leipzig 1891 (ristampa 1935), p. 510 e sgg.; BERGER, *op. cit.*, pp. 14 e sgg., 115 e sgg.

²¹¹) Affermando ciò, io mi distacco dall'Huvelin, il quale parla addirittura di «*traces*

11. Notevolissima è la conferma che al nostro punto di vista, per quanto riguarda la esclusiva tutela processuale specifica del prestito marittimo attraverso il meccanismo della *stipulatio poenae* e dell'*actio* da questa nascente – cosa di cui crediamo aver dato un'esauriente dimostrazione sul terreno storico ed esegetico, sotto il duplice profilo della ricostruzione dogmatica e dell'analisi testuale – scaturisce da un noto frammento, al quale peraltro non si è mai attribuita finora una grande importanza in materia di *pecunia traiecticia*.

D. 13, 4, 2 § 8 (Ulpianus, *l. 27 ad edictum*): Nunc de [officio iudicis huius actionis] <condemnatione huius formulae> loquendum est [, utrum quantitatis contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat,] <. et utriusque utilitatem continet, tam actoris quam rei: quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est, aut si actoris, maioris. at contra condemnatio eius formulae, quae fuit ante divum Hadrianum, rei tantum utilitatem continebat> (?), ut, si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus <vero> Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere [: itaque utilitas quoque actoris veniet]. quid [enim] <autem> si traiecticiam pecuniam dederit Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa <est> [mora tua]? [vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est? in hanc arbitriam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum.] quid si merces solebat comparare [: an et lucri ratio habeatur, non solius damni] ? [puto et lucri habendam rationem.] <– ? –>²¹².

Il testo è indiscutibilmente rimaneggiato, come lo sono – in più o meno larga misura – quasi tutti gli altri di questo titolo, compresa la maggior parte dei paragrafi di questo stesso frammento²¹³.

Nonostante le molteplici divergenze suscitate fra i romanisti dallo studio della c.d. *actio de eo quod certo loco dari oportet*²¹⁴, si può tuttavia ritenere abbastan-

peu douteuses de l'existence à Rome de conventions principales pour lesquelles un contractant assume certains risques moyennant un *pretium periculi*» (*op. cit.*, p. 97), e mi avvicino piuttosto al VALERI, *Il periculi pretium e i precedenti romani dell'assicurazione*, in «Studi Riccobono», IV, p. 239 e sg.

²¹²) La segnalazione di quegli emblemi e così pure quelle restituzioni, che non hanno corrispondenza nell'*Index interpolationum* (ad h.l.), sono dovute allo scrivente e saranno giustificate nel corso della nostra esegesi.

²¹³) Cfr. l'*Index interpol.*, I, 195-201.

²¹⁴) Bibliografia moderna sull'argomento: VOIGT, *Das ius naturale aequum et bonum und ius gentium der Römer*, Leipzig 1856-1876, III, p. 485; CONRAT (COHN), *Die sogenannte a.*

Actio pecuniae traiecticiae

za probabile che essa rappresentasse, nella procedura civile classica, l'adattamento di una qualsiasi formula *in personam* con *intentio certa*, come l'*actio certae creditae pecuniae* o la *condictio certae rei*, o l'*actio certi ex testamento* o l'*actio certi ex stipulatu*, ogni qual volta la prestazione fosse da eseguire in un luogo determinato ed il processo non potesse svolgersi che altrove. Sembra infatti che in questi casi, onde evitare che il creditore, costretto ad agire in luogo diverso dal *forum solutionis*²¹⁵, commettesse una *plus petitio loco*, domandando puramente e semplicemente la consegna della cosa o della somma dovutagli, e venisse perciò a perdere la lite (*causa cadere*), il pretore abbia ammesso che la *intentio* fosse modificata con la indicazione del luogo in cui il pagamento avrebbe dovuto eseguirsi (*adiecto loco agere*: cfr. Gai. IV, 53 c), di guisa che il giudice potesse tener conto, nella *condemnatio*, dell'eventuale differenza di valore che la prestazione subisse per il mutamento di luogo. In tal modo, senza che si giungesse per questo a creare una nuova formula-tipo, non può stupire che ellitticamente fosse attribuita la denominazione di *a. de eo quod certo loco* ad una qualunque delle formule così adattate, sottintendendo sempre il nome dell'azione che formava oggetto di adattamento, alla stessa stregua per cui, quando si parla di un'*a. de peculio*, o di un'*a. quod inssu*, o di un'*a. institoria*, o di un'altra qualsiasi delle *aa. adiecticiae qualitatibus*, deve sempre considerarsi sottinteso il nome dell'azione tipica negoziale, che volta per volta ne costituisce l'ossatura.

de eo quod certo loco, Berlin 1877; LEONI, *Note al GLUECK, Pand.* (trad. it. cit.), XIII, Milano 1893; NABER, in «Mnemosyne», XXX (1902), p. 320 e sg.; GRADENWITZ, nella «ZSS.», XXIV (1903), p. 238 e sgg.; BESELER, *Das edictum de eo q.c.l.* (cit.), *Beiträge*, I, Tübingen 1910, p. 65; II, p. 142; RICCOBONO, in «BIDR.», XX (1908), p. 102; ARANGIO RUIZ, *Studi formulari (I)*, in «BIDR.», XXV (1912), p. 130 e sgg. (cfr. *Istit.*⁹, p. 389 nota 2); BETTI, nella «Riv. it. sc. giur.», LVI (1915), p. 88, nonché in «Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino», LI (1915-16), p. 1024; BIONDI, *Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, in «Annali Palermo», I (1911), p. 35 e sgg. (ivi, letteratura ulteriore), *Di nuovo sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, in «BIDR.», XXVI (1914), p. 5 e sgg.; DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα* cit., II, p. 424; LENEL, in «ZSS.», XXXVII (1916), p. 121 e sgg., *EP.*³, § 96, p. 240 e sgg.; SOHM-MITTEIS-WENGER, *Instit.*¹⁷, p. 695 e sgg.; GUARNERI CITATI, *Miscellanea esegetica*, in «Annali Perugia», XXXVII (1924), p. 68 e sgg.; GIRARD-SENN, *Manuel*⁸, p. 1086 nota 2, p. 1103 nota 2; HUWARDAS, *Beiträge zur Lehre von den actiones arbitrarie, insbesondere von der actio de eo q.c.l. dari oportet im klass. Recht*, Leipzig 1932; WENGER, *Istit. di proc. civ. romana*, trad. it. ORESTANO, Milano 1938, p. 144 (testo e nota 36).

²¹⁵) Ossia: verificandosi l'ipotesi che il debitore inadempiente non si trovasse nella località prevista per il pagamento, data la inammissibilità del processo in contumacia. Cfr. Gai. 9 ad ed. prov. (D. 13, 4, 1): «si promissor ad eum locum, in quem daturum se promississet, nunquam accederet» (le successive esemplificazioni «*quod vel data opera faceret vel quia aliis locis necessario distringeretur*» sono quasi certamente compilatorie: BESELER, *Das edictum de eo q. c. l.*, p. 56 e sgg.; ARANGIO RUIZ, «BIDR.», XXV, p. 138 e sgg.; *contra* BIONDI, *op. ult. cit.*, pp. 54, 61).

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

Qui si trattava, come pare, la questione se, oltre alla possibilità di ridurre la condanna in considerazione di un interesse del convenuto ad eseguire il pagamento nel luogo stabilito – questa era forse l'ipotesi originaria²¹⁶ – non si potesse tener conto di un *interesse loci* dell'attore, aumentando invece la condanna stessa, qualora la prestazione diminuisse di valore per il fatto di essere eseguita al domicilio del convenuto od in qualunque altra sede imposta dalle norme sulla competenza territoriale. Ed è, a mio avviso, estremamente verosimile che, in conformità di quanto alcuni studiosi hanno sostenuto²¹⁷ e pur accogliendo – come io accolgo – ad uno scopo meramente indicativo la ricostruzione proposta dal Beseler²¹⁸ in luogo del secondo brano interpolato nel primo periodo («*utrum – quantitatem debeat*»), il ricordo di Labeone e Giuliano stia proprio a significare che soltanto con la redazione giuliana dell'editto, e per ispirazione della *opinio Labeonis*, la *condemnatio* nella formula *de eo quod certo loco* sarebbe stata modellata in termini tali da riassumere l'interesse dell'attore accanto a quello del convenuto²¹⁹.

A un certo punto, e quasi di rincalzo ad una frase conclusiva manifestamente insiticia («*itaque utilitas quoque actoris veniet*») ²²⁰, la formulazione attuale del testo ci presenta questo interrogativo: può l'*a. pecuniae traiecticiae* essere fatta valere come *a. de eo quod certo loco*, se si considera che la designazione del luogo di pagamento è una clausola di rito nelle contrattazioni di prestito marittimo, e che tale designazione viene fatta per lo più nell'interesse del creditore? Ora, è di tutta evidenza che il Beseler, muovendo dal presupposto che l'azione a difesa del *creditor pecuniae traiecticiae* potesse essere un'*actio incerti* – come si è visto²²¹, egli accede a una soluzione eclettica per ciò che riguarda la tutela processuale del negozio – non aveva torto ad espungere, dal canto suo, la seconda sezione dell'estratto, eccettuando in un primo tempo le parole «*in hanc [arbitrariam] <formulam> quod interfuit veniet*»²²² e più tardi senza

²¹⁶ La diversa opinione dell'ARANGIO RUIZ (*ll. cc.*) non mi sembra molto persuasiva.

²¹⁷ GRANDENWITZ, *loc. ult. cit.*; BESELER, *op. ult. cit.*, p. 114 e sgg.; LENEL, «ZSS.», XXXVII, p. 123 e sgg. (cfr. *EP.*³, p. 243). Esagera il BIONDI (*loc. ult. cit.*) nell'attribuire soltanto a Giustiniano la possibilità di aumentare la condanna in considerazione di un eventuale *interesse loci* del creditore.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ LENEL, *EP.*³, p. 246: «*N^m N^m A^o A^o decem aut si quid alterutrius interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solvi, tanto pluris minorisve condemnato*».

²²⁰ Essa non è infatti che una superflua ripetizione di quanto precede: cfr. KRUEGER, ARANGIO RUIZ, BETTI e BESELER, nelle locazioni rispettivamente indicate dall'*Index interpol.*, ad h.l.

²²¹ § 1 i.f.

²²² *Das edictum de eo q.c.l.*, pp. 76, 81.

Actio pecuniae traiecticiae

riserve²²³, ancorché sia oltremodo eloquente che egli stesso, nonostante la sua rigorosa intransigenza nella critica delle fonti, non reputasse giustiniano l'intero squarcio eliminato, bensì affacciasse esclusivamente la congettura che almeno una gran parte degli elementi costitutivi di quell'aggiunta fossero stati ricavati da un altro scritto della giurisprudenza classica, e forse da un altro titolo della medesima opera ulpiana. Ma in realtà quella espunzione dà per dimostrato ciò che assolutamente non è, ossia che la tutela giudiziaria della *pecunia traiecticia* possa essere affidata, se del caso, a un'*actio incerti*. Qualora invece noi supponiamo per ipotesi che l'*a. pecuniae traiecticiae* sia un'*actio certi*, il dubbio è comprensibile senza bisogno di sospettare l'alterazione di tutta la seconda parte dell'estratto, e costituisce anzi una riprova delle conclusioni, a cui siamo già pervenuti. Che altro, infatti, può essere un'*a. certi traiecticiae pecuniae* se non un'*actio ex poena*, la cui *intentio* ha per oggetto un *certum*, e precisamente l'importo della penale, che il debitore ha promesso allo *stipulator*, '*si ad diem pecunia (= sors + usurae) soluta non sit*'?

Ciò ritenuto, non voglio dire che la decisione offertaci dal testo sia quella classica, e nemmeno lasciar credere che la enunciazione del quesito non sia stata ritoccata con glossemi ed interpolazioni. Anzi è logico supporre, in primo luogo, che la decisione di Ulpiano fosse negativa: il giureconsulto non avrà certo mancato di far notare che la *poena traiecticiae pecuniae* aveva già una funzione di risarcimento, determinando in anticipo la misura esatta della responsabilità per il debitore inadempiente, in modo da evitare ogni contestazione all'atto del giudizio²²⁴, mentre solo la *pecunia traiecticia* (prestazione condizionale), e non la *poena* (oggetto della stipulazione), doveva essere soddisfatta nella località indicata dalle parti, e pertanto si sarà pronunciato in senso contrario all'ammissibilità di una condanna in quantità superiore a quella dovuta. Ma questo non significa affatto che il dubbio esternato non fosse, in sé e per sé, ragionevole. D'altro lato non mi sembra che, se alcuni motivi addotti per giustificare un *interesse loci* del creditore possono essere considerati genuini, ogni intervento estraneo possa escludersi in qualche altro esempio ed in qualche dettaglio. Sono, secondo me, sicuramente classiche le fattispecie del creditore interessato a ricevere il pagamento ad Efeso, dove a sua volta era debitore «*sub poena ... vel sub pignoribus*», mentre il mancato adempimento della prestazione lo aveva esposto alla *missio poenae* od alla vendita delle cose pignorate, e forse anche la fattispecie del creditore commerciante, il quale ad Efeso avrebbe potuto fare acquisti vantaggiosi se avesse avuto, riscuotendo,

²²³) *Beiträge*, I, p. 65.

²²⁴) Vedi sopra, § 4.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

la disponibilità del contante (*«quid si merces solebat comparare?»*); ma non lo è, per evidenti ragioni di forma (artificioso collegamento grammaticale e stilistico, *«debebat»* di fronte al precedente *«debebat»*)²²⁵, la fattispecie del creditore insoddisfatto del suo credito e quindi costretto a subire la esecuzione sul patrimonio per non aver potuto pagare in tempo i suoi debiti fiscali (*«vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est?»*), fattispecie questa che fa pensare ad una variante scolastica di annotatore postclassico. L'«*enim*» in luogo di «*autem*» è reso necessario dal successivo capovolgimento giustiniano della decisione; così pure il «*mora tua*» non può essere genuino, poiché, mentre non è detto che la inadempienza coincida sempre con la mora, noi dobbiamo altresì considerare che in diritto classico, tenuto conto della funzione e della presumibile struttura formulare di quell'azione che era proposta nell'editto sotto la rubrica «*de eo quod certo loco dari oportet*»²²⁶, la valutazione dell'*id quod interest actoris* aveva certo il suo fondamento in circostanze obiettive e non poteva perciò dipendere soltanto dall'esistenza di una colpa del convenuto²²⁷.

Diversamente si presenta la soluzione del dubbio nel diritto giustiniano. Qui l'azione che protegge il prestito marittimo non è più un'*a. certi ex stipulatu*, come l'*a. ex poena traiecticiae pecuniae*, ma, a quanto pare più probabile²²⁸, una *condictio ex lege*. Tuttavia è chiaro che il limite massimo imposto agli interessi di mora, e cioè la *dimidia centesimae* (6 %) non può essere sufficiente a risarcire il creditore dell'eventuale pregiudizio, che egli abbia sofferto, oltre che per il ritardo nell'adempimento, per il fatto che la esecuzione abbia luogo in località diversa da quella fissata. Non è pertanto strano che i compilatori abbiano concesso anche in questo caso l'*a. de eo quod certo loco* – a cui essi forse attribuiscono per la prima volta l'appellativo di *arbitraria*, in un senso così differente da quello già usato dai classici in relazione alle formule con clausola arbitraria di restituzione o di esibizione²²⁹ – sottolineando che la valutazione dell'interesse può esser fatta senza riguardo al tasso delle *usurae* (*«et quidem ultra legitimum modum usurarum»*) e che il giudice, in forza dei suoi poteri, potrà sempre calcolare il pregiudizio subito dal creditore, sia per danno emergente, sia per lucro cessante (*«an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem»*). Né può far meraviglia che Giustiniano, alla cui mentalità

²²⁵) Cfr. altresì DE MARTINO, *Ancora sul f.n.*, nella «Riv.» cit., p. 441 nota 3.

²²⁶) LENEL, *EP.*³, p. 245 e sg.

²²⁷) Cfr. ARANGIO RUIZ, «BIDR.», XXV, p. 154 e sgg.

²²⁸) Vedi oltre, § 15.

²²⁹) Ma la questione è ancora aperta e vivamente dibattuta: si riscontri da ultimo HUWARDAS, *op. cit.*, p. 12 e sgg. (letteratura, ivi).

Actio pecuniae traiecticiae

non ripugna il concetto, classicamente mostruoso, di una *condictio incerti*²³⁰, qual'è appunto, come vedremo²³¹, il nuovo mezzo giudiziario a difesa del *creditor pecuniae traiecticiae*, non abbia avuto scrupolo a staccare la nuova nozione di *a. de eo quod certo loco* dal presupposto di un'*a. certi*.

Ed ecco in qual modo l'accenno finora incomprensibile alla *pecunia traiecticia* nel fr. 2 § 8 D. 13, 4 può essere spiegato senza la solita scappatoia dell'interpolazione assorbente, esclusa la quale esso diviene anzi una conferma preziosa della esattezza di quella tesi, che ha fornito lo spunto alla composizione di queste pagine.

12. Quando manchi la *stipulatio poenae* – e noi abbiamo ragione di ritenere, sia per le attestazioni esplicite della giurisprudenza, sia per la casistica prevalente, sia per il nome stesso di *a. pecuniae traiecticiae* con cui veniva designata l'*a. ex poena traiecticiae pecuniae*, che il caso fosse abbastanza raro – non per questo il capitalista, che abbia fatto un prestito marittimo, sarà privo di ogni mezzo per difendersi. In altre parole non vi ha dubbio che l'ordinamento giuridico, pur non riconoscendo la *conventio traiecticiae pecuniae* come un negozio produttivo di obbligazione in quanto tale, non abbandonerà del tutto il sovventore a sé stesso o, per meglio dire, all'arbitrio del commerciante, che ha ricevuto il prestito.

Mi sembra infatti che, analizzando il negozio nei suoi elementi costitutivi, non si possa escludere quanto segue:

1) che la *numeratio pecuniae* con la clausola di restituzione '*salva nave*'²³² è idonea civilmente a generare una *obligatio re* per il *tantundem*, e cioè un mutuo condizionato (D. 12, 1, 7; D. 12, 1, 8 pr.);

2) che la pattuizione delle *usurae* in corrispettivo del rischio (*pretium periculi*), se è invalida *iure civili*, come qualunque altra convenzione d'interessi, che non sia riversata in una *stipulatio* (Paul. Sent. 2, 14, 1; D. 19, 5, 24), non pertanto fa nascere una obbligazione di fatto, che innegabilmente si ricollega al concetto di '*fides*' nel suo significato etico-sociale («fedeltà alla parola data», «impegno d'onore»)²³³ soprattutto vivo nella prassi delle relazioni commer-

²³⁰) Cfr. WENGER, *Istit. cit.*, p. 160 e sg.

²³¹) E precisamente nel successivo § 15, testé richiamato.

²³²) Circa il valore di codesta clausola, propendo sempre per la opinione espressa negli «Studi Albertoni», II, p. 352 nota 18: ma il punto meriterebbe di essere approfondito.

²³³) Che questo sia il significato pregiuridico della parola «*fides*» è la tesi più accreditata fra gli studiosi di filologia e di storia del diritto antico: FRAENKEL, «Thesaurus l. L.», VI, 661

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

ciali²³⁴ fra popoli diversi, e che rispetto ad essa va posto il problema se il pretore non possa tutelarla per lo meno in via d'eccezione attraverso la clausola editale *'pacta conventa ... servabo'*²³⁵.

Da ciò derivano alcune importanti conseguenze, raffigurabili nell'ipotesi che la nave sia giunta felicemente a destinazione.

Qualora il debitore non paghi di sua spontanea iniziativa e deluda così la fiducia che il creditore abbia in lui riposto per imprudenza, omettendo di cautelarsi adeguatamente, al creditore stesso non resterà che agire *ex mutuo* per la restituzione del *tantundem*; il che vuol dire, d'altra parte, che egli dovrà rinunciare alla riscossione delle *usurae* pattuite, non risultando che neppure in materia di prestito marittimo – come lo studio della *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine* ha finito per convincermi²³⁶ – il pretore sia mai intervenuto, *iuris civilis corrigendi gratia*, allo scopo di rendere azionabile il nudo patto degli interessi, escludendo la necessità del contratto verbale.

Si realizza dunque in tal caso una specie di conversione del negozio, che, non potendo valere integralmente come le parti lo hanno voluto per mancanza della forma idonea a produrre azione per il pagamento dell'intero credito alle condizioni stabilite (capitale più interessi nautici in corrispettivo del rischio), è tutelato con minori effetti in qualità di mutuo condizionato, del quale esistono i requisiti (*numeratio pecuniae*, intenzione comune delle parti diretta all'uso ed

e sgg., s.h.v., «Rhein. Museum», N.F. LXXI (1916), p. 187 e sgg.; HEINZE, in «Hermes», LXIV (1929), p. 148 e sgg.; SEGRÈ, In *materia di garanzie personali*, nel «BIDR.», XLI (1934), p. 505; KUNKEL, *Die fides als schöpferisches Element in röm. Schuldrecht*, nella «Festschrift P. Koschaker», II, p. 10; DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I, Roma 1940, pp. 24-29; SCHULZ, *I principii del dir. romano* (trad. it. ARANGIO RUIZ), Firenze 1946, p. 193 e sgg. Di parer contrario è il BESELER (*Beiträge*, IV, p. 106; «ZSS.», XLV [1925], p. 426, XLIX [1929], p. 416; «Atti del Congr. internaz. di dir. rom.», 1933, Roma, I, p. 135 e sgg.), secondo cui la nozione etica rappresenterebbe l'ultimo stadio evolutivo della parola, e sarebbe un prodotto della elaborazione giuridica. Punti di vista in parte analoghi sono quelli professati dal MERINGER («Wörter und Sachen», VII [1921], p. 1 e sgg.) e dal LAURIA («Festschrift P. Koschaker», I, p. 265). Prescinde invece dalla portata originaria di questo termine la dottrina del FLUME (*Studien zur Akzessorietät der röm. Bürgschaftsstipulationen*, Weimar 1932, p. 53 e sgg.), il quale reputa che nei tempi storici la espressione «*fides*» abbia solo il significato di legame in senso giuridico, e non già in senso etico.

²³⁴) Ma non solo commerciali: cfr. FREZZA (*Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico dir. romano*, in «SDHI.», IV [1938], p. 414 nota 91, V [1939], p. 177) e PARADISI (*Deditio in fidem*, negli «Studi Solmi», I, Milano 1941, p. 290 e sg.; *L'amicitia internazionale nell'alto M.E.*, in «Studi Senesi», LVIII [1944], p. 184) per quanto si riferisce al concetto di «*fides*» nelle relazioni politiche.

²³⁵) LENEL, *EP.*³, § 10, pp. 64-65.

²³⁶) Diversamente opinavo qualche anno fa: *Str. class. del f.n.*, p. 358 e sgg.

Actio pecuniae traiecticiae

alla restituzione della *pecunia numerata*, condizione ‘*salva nave*’) ²³⁷.

Se invece il debitore pagherà spontaneamente, attenendosi alle clausole della *conventio pecuniae traiecticiae*, non potrà in seguito invocare la inefficacia di questa a produrre obbligazione per ottenere la restituzione di quanto abbia dato.

Infatti è manifesto che, se il solvente promuoverà la *condictio indebiti* per l'intero (*sors + usurae*), mentre il *dare oportere* del convenuto non si riferisce sicuramente a quello che egli ha ricevuto in esecuzione di una *obligatio ex mutuo*, ma semplicemente alle *usurae indebitae* per mancanza di un'apposita *stipulatio*, ci troveremo allora di fronte ad un caso tipico di *pluris petitio re* (Gai. IV, 53 a), e questa determinerà senz'altro la soccombenza dell'attore (cfr. Gai. IV, 53: «*Si quis intentione plus complexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit*»).

Ma è altrettanto manifesto che, quand'anche il debitore intenti azione per ottenere unicamente la restituzione delle *usurae* corrisposte *citra vinculum stipulationis* ²³⁸, il convenuto potrà opporgli, e sia pure soltanto dall'epoca dei Severi (C. 4, 32, 3), sulle orme di una soluzione già propugnata da Scevola qualche tempo prima (D. 46, 3, 102 § 1), la relativa *exceptio pacti conventi*, che gli garantirà la *soluti retentio* ²³⁹.

Ciò rappresenta probabilmente il frutto di una interpretazione estensiva della clausola edittale ‘*pacta conventa ... servabo*’, la quale per lungo tempo dev'essere stata intesa nel senso di una promessa d'*exceptio* a favore del convenuto, con efficacia limitata agli accordi intervenuti fra creditore e debitore, affinché il primo non esiga l'adempimento dell'*obligatio* e non intenti contro il secondo l'azione che gli spetterebbe (*pacta de non petendo*). La interpretazione estensiva di questa clausola edittale, fino al punto da considerarvi sancita la *soluti retentio* delle *usurae ex pacto*, non è d'altronde in contrasto col principio (Paul. Sent. 2, 14, 1) che il patto delle usure non sia valido: poiché la frase

²³⁷) Qualcosa di simile accadeva nel nostro diritto positivo, anteriormente alla scomparsa del prestito navale, allorché un negozio di questo genere fosse stato concluso tralasciando la formalità della scrittura. Cfr. cod. comm. 1883, art. 590¹: «Il contratto di prestito a cambio marittimo dev'essere fatto per iscritto, altrimenti si risolve in mutuo semplice e non produce che gli interessi legali». Sulla teoria della conversione si veggano: SATTA, *La conversione dei negozi giuridici*, Milano 1903; FISCHER, *Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte*, in «Festschrift für Wach», I, Leipzig 1913, p. 179 e sgg.; FADDA e BENSA, *Note al WINDSCHEID, Pand.*, I, p. 930; V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, terza ristampa, Roma 1933, p. 240; DE RUGGIERO, *Istit.*⁵ cit., I, p. 297; BETTI, *Dir. romano*, I, § 67, pp. 339-344, ed ora anche *Teoria generale del negozio giuridico* (in *Trattato di dir. civ. it.* diretto da F. VASSALLI, XV, 2), Torino 1943, p. 317 e sgg.

²³⁸) L'espressione non è classica (BESELER, *Beiträge*, II, p. 33; SIBER, *Nat. obl.*, p. 85 nota 3; GUARNERI CITATI, *Indice*, s.v. *citra*; DE VILLA, *Usurae*, p. 43), ma può essere usata con vantaggio ad esprimere un concetto classico.

²³⁹) DE VILLA, *op. ult. cit.*, pp. 42 e sg., 46-48, 62.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

«nullius est momenti», riferita ad esso, non vuol dir altro se non che il patto delle usure non ha efficacia *iure civili* e che può essere fatto valere soltanto in via d'eccezione («ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur»), mentre «nullius momenti» in modo assoluto, e perciò anche di fronte al sistema del *ius honorarium*, sono esclusivamente i patti contrari alle leggi ed al buon costume (Cons. 4, 8). Che se poi, nonostante l'effetto saliente della *soluti retentio*, non è comunque il caso di raffigurarci classicamente le *usurae ex pacto* come un esempio di obbligazione naturale, a differenza della *obligatio servi* e delle obbligazioni fra coloro che fanno parte di uno stesso gruppo familiare, ciò non dipende, a mio avviso, da una presunta ripugnanza della mentalità dei classici per il concetto che l'obbligo tutelato in via d'eccezione possa fondarsi sulla *natura* o *naturalis ratio* (cfr. Gai. I, 1)²⁴⁰, bensì dal fatto storicamente accertabile che la estensione teorica della nozione di *obligatio naturalis* a tutti i rapporti che già prima conducevano all'identico risultato pratico della *soluti retentio* è innovazione bizantina²⁴¹. Né all'applicazione della *exceptio pacti conventi* per assicurare al convenuto la ritenzione delle *usurae* corrispostegli in esecuzione della *conventio pecuniae traiecticiae* poteva essere di ostacolo, nella specie, in base alla norma di legge che il tasso degli interessi non doveva eccedere il 12 % (*usura centesima*)²⁴², la restrizione della clausola edittale «*quae neque dolo malo neque adversus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt*», essendo ammesso, in deroga a quella norma, un

²⁴⁰) Cade qui acconcio il rinvio alle considerazioni svolte nel § 3 in merito alla capacità patrimoniale di fatto dello schiavo.

²⁴¹) E ciò in conformità della nuova dottrina giusnaturalistica bizantina, elaborata in Oriente ed accolta nella compilazione giustiniana (cfr. BISCARDI, *Manumissio per mensam e affrancazioni pretorie*, Firenze 1939, p. 40 e sgg.: letteratura, ivi); sul che si trovano almeno d'accordo, in linea di massima, nonostante le profonde divergenze che tuttavia li separano per la ricostruzione del concetto classico di obbligazione naturale, i non pochi e valenti studiosi dell'argomento GRADENWITZ, *Natur und Sklave bei der n.o. der Römer*, Königsberg 1900; KLINGMUELLER, *Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten*, 1905; BONFANTE, *Scr. giur.*, III, Torino 1926, pp. 1 e sgg., 30 e sgg., 41 e sgg.; SIBER, *Nat. obl.*, p. 1 e sgg. (cfr. *Röm. Privatrecht*, p. 165 e sgg.); PRINGSHEIM, nella «ZSS», XLVI (1926), p. 350 e sgg.; LAURIA, in «Riv. ital. sc. giur.», N.S. I (1926), p. 149 e sgg.; BESELER, nella «Tijdschr. voor Rechtsgeschiedenis», VIII (1928), p. 318 e sgg.; VÁŽNÝ, *Naturalis obligatio*, in «Studi Bonfante», IV, p. 131 e sgg.; ALBERTARIO, *A proposito di obligatio naturalis*, in *Studi cit.*, III, pp. 55-69, *Obbligazioni*, III (corso di dir. romano), Milano 1938, p. 87 e sgg.; PEROZZI, *Istit.*², II, p. 33 e sgg.; DE VILLA, *Studi cit.*; DI MARZO, *In tema di naturalis obligatio*, negli «Studi Calisse», I, Milano 1939, p. 77 e sgg. (cfr. *Istit.*⁴, p. 350); BIONDI, *Istit.*, p. 298 e sgg. ARANGIO RUIZ, *Istit.*⁹, pp. 411-413; RABEL, *Grundzüge*, p. 454; SOHM-MITTEIS-WENGER, *Instit.*¹⁷, p. 384 e sgg.; JOERS-KUNKEL, *Röm. Privatrecht*, p. 167; MONIER, *Manuel*, II, Paris 1936, p. 308 e sgg.; GIRARD-SENN, *Manuel*⁸, p. 679 e sgg.; BUCKLAND, *Text-book*², p. 552 e sgg.

²⁴²) Cic., *ad Att.* 1, 12, 5 e 21; Paul. Sent. 2, 14, 2: cfr. BILLETTER, *op. cit.*, p. 194 e sgg.

Actio pecuniae traiecticiae

principio di diritto singolare, che noi ben conosciamo e del quale ci resta una esplicita formulazione, altrove ricordata: «*Traiecticia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinita usuras recipere potest*» (Paul. Sent. 2, 14, 3). E forse non è da escludere che proprio a tale questione alludesse la parte sostanzialmente originale del fr. 7 D. 22, 2 («*nam si dedero decem traiecticia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est posse me sortem cum usuris recipere*») ²⁴³, tenendo conto che il passo risulta escerpito dal libro terzo di Paolo *ad edictum*, dove il giurista commentava appunto la clausola «*de pactis*» ²⁴⁴.

Quid iuris nella eventualità che il *creditor pecuniae traiecticiae* abbia provveduto a cautelarsi mediante garanzie pignoratorie?

Lasciando impregiudicata la questione generale se il pegno costituito a garanzia delle *usurae ex pacto* sia valido secondo il diritto classico ²⁴⁵, noi possiamo comunque affermare, e ciò in base ad argomenti testuali, che il *creditor pecuniae traiecticiae* potrà soddisfarsi dell'intero suo credito sugli oggetti pignorati, o esercitando senz'altro la *distractio pignoris*, nel caso che il rapporto pignoratizio sia sorto in forma possessoria (*pignus datum*), e trattenendo sul ricavato della vendita una somma corrispondente al capitale ed agl'interessi, di guisa che il debitore non potrà agire con l'*a. pigneraticia* se non per la restituzione della differenza, ovvero intentando l'*a. quasi Serviana* ²⁴⁶ per conseguire il possesso della *res obligata*, nel caso che il rapporto pignoratizio sia sorto in forma ipotecaria (*pignus conventum*), e comportandosi poi come sopra.

Difatti, se in D. 22, 2, 4 pr. (Papinianus, *l. 3 responsorum*) è ammissibile discutere quale sia la misura dell'interesse, per cui il creditore, dopo l'arrivo della nave in porto e la scadenza del termine fissato, può rivalersi, per ogni giorno di ritardo nel pagamento, sulle cose pignorate, ciò significa evidente-

²⁴³ Sulla interpolazione del primo periodo («*in quibusdam – stipulationem*»), che non è qui riferito, si riscontrino già RICCOBONO, in «ZSS.», XLIII (1922), p. 359; DE MARTINO, in «Riv. del dir. della navigazione», I, p. 233; e BISCARDI, negli «Studi Albertoni», II, p. 363 nota 42. Anche l'apodosi del secondo periodo («*dicendum est rell.*») non è forse immune da sospetti (cfr. GUARNERI CITATI, *Indice*, s.v. *dicere*): ma in realtà essa non può rappresentare, a mio avviso, che una decisione abbreviata rispetto al testo genuino.

²⁴⁴ LENEL, *Pal.*, I, 971: Paul. 124.

²⁴⁵ La questione, a cui si accenna, forma oggetto di ricerche dettagliate: RICCOBONO, «ZSS.», XLIII (1923), p. 359; PACCHIONI, «Riv. di dir. civile», XVIII (1926), pp. 49, 60; SIBER, *Nat. obl.*, pp. 11, 63-64; DE VILLA, *Usurae*, p. 49 e sgg.

²⁴⁶ O più semplicemente *Serviana*, o più genericamente *hypothecaria*, o addirittura *pigneraticia in rem*, secondo la opinione che si ritenga preferibile circa la storia della difesa processuale accordata in età classica per la tutela di una *conventio pignoris*: cfr. LENEL, *EP.*³, § 267, p. 493-495, e i successivi scritti del LA PIRA, *La struttura classica del pignus*, in «Studi Cammeo», Padova 1933, II, p. 1 e sgg., *La struttura classica della conventio pignoris*, in «Studi Senesi», XLVII (1933), p. 61 e sgg. (nonché in «Studi Ratti», Milano 1934, p. 227 e sgg.).

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

mente che la *retentio pignorum* si estende, secondo il regime classico, alle *usurae* del capitale concesso a prestito marittimo. E se in D. 22, 2, 6 (Paulus, *l. 25 quaestionum*) l'autore nega che, in caso di naufragio della nave su cui viaggiava la *pecunia traiecticia*, il *faenerator* possa agire con l'*a. hypothecaria* o *quasi Serviana* per impossessarsi delle merci imbarcate su altre navi e ricevute in pegno sussidiario a garanzia del prestito eseguito²⁴⁷, da ciò si desume che, in quanto la motivazione è espressa nelle parole «*ipsius crediti obligatio non exsistente condicione defecisse videtur*», l'*a. quasi Serviana* sarebbe stata senz'alcuna riserva esperibile qualora la nave, alla cui salvezza era subordinata l'obbligazione di restituire il capitale, non fosse invece colata a picco.

Né d'altra parte è lecito supporre che l'una o l'altra delle decisioni testuali, di cui si tratta, sia condizionata all'esistenza di una *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae gratia*, nel qual caso esse perderebbero ogni valore ai fini della dimostrazione propostaci. Al contrario non vi è nessuna ragione per dubitare che nel fr. 4 pr. la stipulazione penale sia da escludere, giacché altrimenti la *commisio poenae* riassorbirebbe gl'interessi moratorii né avrebbe senso formulare il quesito «*an pignora titulo centesimae maiorisve usurae teneantur*»²⁴⁸. Per quanto poi si riferisce all'altro passo, nell'ipotesi che il negozio fosse stato suggellato da una clausola penale, il giuriconsulto non avrebbe potuto dire «*sed cum traiecticia pecunia ita datur, ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit*», ma avrebbe dovuto usare una locuzione di questo genere: «*sed cum traiecticia pecunia ita datur, ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salva nave ad diem pecunia soluta non sit*»²⁴⁹. Se non l'ha fatto, ne possiamo dunque inferire che la *obligatio crediti*, «*quae non exsistente condicione defecisse videtur*» (cfr. D. 12, 1, 7-8) ha in quella fattispecie la sua fonte nella effettiva *numeratio* e in essa sola: e, mentre tale obbligazione ha per oggetto la semplice restituzione del capitale, il patto inseparabile delle *usurae* può essere nondimeno fatto valere attraverso la garanzia pignoratizia, che tutela il negozio qual'è nella sua integrale fisionomia («*pecunia usuris maritimis mutuo data*») ²⁵⁰.

²⁴⁷ Cfr. BISCARDI, *Il dogma della collisione alla luce del dir. romano*, Città di Castello 1935, p. 79 nota 3. Simile è il caso che ha provocato il rescritto, del quale abbiamo traccia in Bas. Suppl. II (HEIMBACH-FERRINI VII), 103 = C. 4, 33, 1 (?).

²⁴⁸ Desumo il quesito dalla risposta: «*nec pignora ... titulo maioris (centesima scil.) usurae tenebuntur*».

²⁴⁹ Vedi sopra, § 5.

²⁵⁰ Dice appunto il testo, di cui si tratta: «*Faenerator pecuniam usuris maritimis mutuam dando quasdam merces in nave pignori accepit, ex quibus si non potuisset totum debitum exsolvi, aliarum mercium aliis navibus impositarum propriisque faeneratoribus obligatarum si quid superfuisset, pignori accepit*. «*Totum debitum*» equivale manifestamente a *sors* + *usurae*. Né l'uso della espressione «*debitum*» può far meraviglia in quanto

Actio pecuniae traiecticiae

13. Esistono pertanto, in diritto romano classico, una *pecunia traiecticia cum poena* ed una *pecunia traiecticia sine poena*: la prima è difesa, sia pure indirettamente, con un mezzo specifico che è l'*a. pecuniae traiecticiae*, da noi identificata con l'azione, a cui dà luogo la *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa*; la seconda manca invece di uno strumento processuale che costringa il debitore ad adempiere la prestazione, ma è in parte protetta, a seconda dei casi, o mediante l'applicazione della *soluti retentio*, od attraverso la concessione dell'*a. certae creditae pecuniae* limitatamente alla restituzione del capitale, o, quando vi sia stata una costituzione di pegno, mediante la *retentio pignoris* per l'intera somma convenuta.

Tutto questo spiega l'oscillare della terminologia e delle discussioni relative alla *pecunia traiecticia* fra i due poli, apparentemente inavvicinabili, della stipulazione e del mutuo²⁵¹: poiché la fonte dell'*obligatio* civilmente valida è nell'un caso la stipulazione (*pecunia traiecticia cum poena*), e nell'altro la *numeratio* (*pecunia traiecticia sine poena*).

Ma il denominatore comune delle varie ipotesi contemplate nella sequela dei testi è rappresentato dalla volontà di tradurre nel miglior modo in termini giuridici quelli che sono i presupposti e gli effetti dell'operazione di prestito marittimo, in conformità della consuetudine mercantile. Non vi è infatti questione dibattuta dai classici sul terreno della *pecunia traiecticia*, che non abbia riferimento a quello scopo, come risulta da una concisa rassegna delle fonti.

D. 22, 2, 1 (Modestinus, *l. 10 pandectarum*)²⁵²: il denaro prestato a cambio ma-

comprendivo delle *usurae* semplicemente pattuite, se si tien conto di quel che scrivono i giuristi classici a proposito della *obligatio naturalis* dello schiavo, e cioè di un rapporto che, pur senza essere munito di azione, ha fra l'altro l'effetto della *soluti retentio* ed è presupposto idoneo alla validità della fideiussione e del pegno, in alcuni testi che, nonostante tutto, resistono alla critica più battagliera nella sostanza del loro contenuto (cfr. l'*Index interpolationum* in relazione ai frammenti che seguono, e la controffensiva in esso rispecchiata). Ed ecco ciò che i giureconsulti romani c'insegnano: «dicet minus proprie debere dicantur [-] <servi>, per abusionem intellegi possunt debitores et qui ab his pecuniam recipiunt debitum sibi recepisse» (Iulianus D. 46, 1, 16 § 4); «nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam [-] ius [-]» (Ulpianus D. 15, 1, 41).

²⁵¹) L'oscillazione era già stata rilevata dagli studiosi: ARANGIO RUIZ, «BIDR.», XXV, p. 183 nota 2; DE MARTINO, «Riv. del dir. della navigazione», I, pp. 231 e 246, II, p. 443; BISCARDI, «Studi Albertoni», II, p. 371 (cfr. pp. 358 e sgg., 366 e sgg.).

²⁵²) Conviene qui riprodurre il testo nella sua presumibile redazione originaria: «Traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur: ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiecticia. [sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur?] et interest, utrum [etiam ipsae] <ipsa> periculo creditoris [navigent] <naviget>: tunc enim traiec-

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

rititto giustifica le *usurae infinitae*, se il viaggio non ha luogo?

Paul. Sent. 2, 14, 3: perché le *usurae infinitae* sono applicabili esclusivamente durante la navigazione?

C. 4, 33, 3 [2] (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Aureliae Cosmianae, a. 286): il denaro dato a mutuo giustifica la richiesta di *usurae infinitae*, se esso viene impiegato in operazioni di commercio marittimo?

C. 4, 33, 5 [4] (Idem AA. et CC. Pullio Iuliano Eucharisto, a. 294)²⁵³: il debitore può invocare la destinazione del denaro mutuato agli ad operazioni di commercio marittimo per non restituire la somma in caso di naufragio, se la *conventio traiecticiae pecuniae* non sia stata esplicitamente pattuita?

D. 22, 2, 3 (Modestinus, l. 4 *regularum*): se la partenza ha luogo prima del previsto, il rischio fa carico al creditore?

ticia pecunia fit». Come il lettore potrà constatare da un confronto con la mia *Str. class. del f.n.* (pp. 346-50, 353), il mio punto di vista odierno è alquanto diverso dalla interpretazione ivi sostenuta del celebre passo di Modestino. Si tratta ora di giustificare in breve la modificazione del mio pensiero. I *libri pandectarum* costituiscono probabilmente un'opera ad intelaiatura sistematica, ma di contenuto casistico predominante, come risulta, più che da un paragone con gli omonimi libri di Ulpiano (πανδέκτου βιβλία δέκα), dei quali abbiamo due soli *excerpta* nel Digesto sotto il titolo di *liber singularis pandectarum* (D. 12, 1, 24; D. 40, 12, 34: LENEL, *Pal.*, II, 1013), da un'attenta rassegna dei 60 frammenti dell'opera di Modestino (LENEL, *Pal.*, I, 721-728), nonché dalla equazione giustiniana *'digesta' = 'pandectae'*, che non può non avere una base nella tradizione scolastica. Ciò premesso, la questione pratica esaminata dal giureconsulto ha evidentemente il suo centro logico nella frase «*ceterum – traiecticia*», che può essere benissimo difesa contro la obiezione di un'asserita sconcordanza grammaticale (DE MARTINO, *Sul f.n.*, nella «Riv.» cit., I, p. 228), in quanto «*eodem loci*» è anzi locuzione elegantemente ricercata del latino classico (Tac., *Ann.* 4, 4; Val. Max. 4, 4, 8; Plin., *Paneg.* 1; Suet., *Aug.* 65, *Calig.* 53: si confrontino altresì le espressioni «*eo loci*», «*ad id loci*», «*ibidem loci*» negli scritti di Plauto, Terenzio, Sallustio, Cicerone e Tacito, ricordati dal FORCELLINI, s.vv. *eo, is, ibidem*). Invece è senz'altro da espungere come glossema l'inciso «*sed videndum – habentur?*», sia perché oziosa digressione che turba la continuità del discorso, sia perché proprio in esso cadono le sole imperfezioni stilistiche rilevabili («*an ... habentur*», «*in ea causa*»: cfr. DE MARTINO, *ibid.* e *Ancora sul f.n.*, nella «Riv.» cit., II, p. 437), sia per il modo d'interloquire tipicamente didattico («*sed videndum*»: cfr. GUARNERI CITATI, *Indice e Suppl. I-II*, s.v. *videre*). Così il testo riacquista la sua coesione: basta infatti sopprimere l'«*etiam*» e restituire il singolare al posto del plurale nel penultimo periodo, affinché questo si riattacchi logicamente al secondo («*ceterum – traiecticia*»). Quanto all'uso di «*et interest utrum*» senza un termine di raffronto (DE MARTINO, *Il α.*), e cioè nel significato di «ha importanza il fatto che ...», in luogo di «vi ha differenza secondo che ... oppure ...», se ne hanno esempi perfino in Cicerone (MERGUET's *Handlexicon zu Cicero*, Leipzig 1905-1906, s.v. *intersum*).

²⁵³) Anche qui sono indotto ad abbandonare la mia prima esegesi (*Str. class. del f.n.*, p. 356 e sg.), valorizzando il «*quidem*» – a cui né io né il DE MARTINO («Riv.» cit., I, p. 227 nota 1) avevamo dato importanza – come richiamo alla contrapposizione fra il mutuo e la *pecunia traiecticia*: la ragione essenziale della mia nuova interpretazione sarà chiarita implicitamente nel successivo paragrafo.

Actio pecuniae traiecticiae

C. 4, 33, 2 [1] (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Scribonio Honorato, a. 286): fino a quando continuano a decorrere le *usurae infinitae* della *pecunia traiecticia*? O forse, più specificatamente: se la nave giunge in porto prima del termine stabilito per la *solutio*, può il debitore pretendere una riduzione delle *usurae* nei limiti del tasso legale fra l'arrivo della nave e la scadenza?

D. 22, 2, 4 pr. (Papinianus, *l. 3 responsorum*)²⁵⁴: dopo l'arrivo della nave in porto e la scadenza del termine pattuito, continuano ad essere esigibili le *usurae infinitae* anche per la durata della mora, ovvero esse si riducono alla *centesima*?

D. 45, 1, 122 § 1 (Scaevola, *l. 28 digestorum*)²⁵⁵: in caso di denaro prestato ἀμφοτερόπλουον, se il viaggio di ritorno abbia inizio posteriormente al termine stabilito, la inversione del rischio perdura?

C. 4, 33, 4 [3] (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Aureliae Iulianae, a. 286?): la perdita del carico esonera il debitore dalla prestazione, allorché sia avvenuta per motivi di forza maggiore («*marinae tempestatis discrimina*»), ma al di fuori dell'itinerario prestabilito, o nel caso che le merci siano state confiscate per contrabbando, senza che il creditore ne sia partecipe?

D. 22, 2, 6 (Paulus, *l. 25 quaestionum*): entro qual termine il naufragio libera il debitore dalla sua responsabilità per il pagamento della *pecunia traiecticia*?

D. 22, 2, 4 § 1 (Papinianus, *l. 3 responsorum*)²⁵⁶: la indennità promessa in una *stipulatio* per le *operae* del κερμακόλουθος è commisurabile alla stregua delle *usurae maritimae* in relazione alla durata del rischio?

D. 22, 2, 5 pr. (Scaevola, *l. 2 quaestionum*?)²⁵⁷: se le *usurae infinitae* costituiscono il *pretium periculi*, sono ammissibili esse in altri casi all'infuori della *pecunia traiecticia*?

D. 22, 2, 8 (Servius *apud* Ulpianum, *l. 77 ad edictum*): la *missio poenae* ha luogo se il creditore ostacola il pagamento della *pecunia traiecticia*?

D. 22, 2, 9 (Labeo, *l. 5 pithanon a Paulo epitomatorum*), cfr. D. 22, 2, 2 (Pomponius, *l. 3 ex Plautio*)²⁵⁸: la *missio poenae* ha luogo se il ritardo nel pagamento non dipenda né dalla volontà del debitore (*mora in solvendo*), né da quella del creditore (*mora in accipiendo*)?

D. 44, 7, 23 (Africanus, *l. 7 quaestionum*)²⁵⁹: un pagamento parziale, seguito dall'offerta del residuo posteriormente alla scadenza, toglie al creditore la possibilità di agire *ex stipulatu* (*a. pecuniae traiecticiae*) per la corresponsione della *poena*?

²⁵⁴) Per la critica del testo, v. ancora il paragrafo suddetto.

²⁵⁵) Cfr. in precedenza, § 9.

²⁵⁶) Il passo è già stato sottoposto a critica in una nota del § 6.

²⁵⁷) Cfr. in precedenza, § 10.

²⁵⁸) Anche per la critica di quest'ultimo frammento, si rinvia al precedente § 5 (nota).

²⁵⁹) La esegesi di questo passo forma oggetto del § 6.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

D. 13, 4, 2 § 8 (Ulpianus, *l. 27 ad edictum*)²⁶⁰: può l'*actio pecuniae traiecticiae* esser fatta valere in luogo diverso da quello fissato per il pagamento, come *a. de eo quod certo loco*?

D. 22, 2, 7 (Paulus, *l. 3 ad edictum*)²⁶¹: il pagamento delle *usurae nauticae* è un *indebitum*, quando manchi la *stipulatio poenae*?

Nella maggioranza dei casi, le liti si localizzano intorno alle azioni esercitate dal creditore, come l'*a. pecuniae traiecticiae* per il conseguimento della *poena* (D. 22, 2, 8; D. eod. 9; D. eod. 2; D. 44, 7, 23; D. 13, 4, 2 § 8), come la *condictio ex mutuo* per il *tantundem* (C. 4, 33, 5 [4]), come l'*a. quasi Serviana* per ottenere il possesso delle cose ipotecate (D. 22, 2, 6); ma non mancano esempi di controversie che hanno il loro svolgimento nei processi intentati dal debitore, sia per la restituzione dei pegni o dell'*hyperocha* (*a. pigneraticia*: D. 22, 2, 4 pr.), sia per l'eventuale rimborso delle somme, che egli creda di avere indebitamente pagate (*condictio indebiti*: D. 22, 2, 7?). Talvolta accade pure che la questione in tema di *traiecticia pecunia* si compenetri con questioni suscitate dall'attuazione di negozi direttamente connessi o quanto meno assimilabili all'operazione commerciale di un prestito marittimo (*stipulatio operarum*: D. 22, 2, 4 § 1; stipulazione di ἀμφοτερόπλοα condizionali: D. 45, 1, 122 § 1; stipulazioni aleatorie: D. 22, 2, 5 pr.). In altri casi, finalmente, non è possibile identificare la esatta localizzazione della lite, ma è lecito supporre che si ricada per lo più in qualcuna delle localizzazioni consuete.

Se non che, tanto nell'ipotesi che la lite abbia luogo in funzione della *commissio poenae* – per stabilire cioè se il debitore sia incorso nella *poena*, non avendo effettuato il pagamento od avendolo effettuato in una certa misura, oggetto di contestazione, o eventualmente per decidere se il creditore abbia diritto ad un aumento della condanna, qualora la prestazione debba essere domandata in luogo diverso da quello previsto per il pagamento della *pecunia traiecticia* – quanto nelle ipotesi che la discussione verta sulla ripetibilità o irripetibilità del *solutum*, o sulla efficacia delle garanzie pignoratorie ad assicurare la soddisfazione del credito, o sulla possibilità di conversione del mutuo ordinario in prestito marittimo e viceversa, si tratta sempre di questioni relative alla realizzazione pratica di quella operazione creditizia, che rappresentava economicamente il fulcro del commercio internazionale mediterraneo.

Da quelle discussioni emergono il contenuto ed i limiti della *pecunia traie-*

²⁶⁰) Cfr. in precedenza, § 11.

²⁶¹) Per la critica del testo, v. sopra § 12 e successivamente § 15.

Actio pecuniae traiecticiae

*ticia*²⁶² nella sua concreta realtà di prestito ad alto interesse con assunzione di rischio da parte del creditore, di guisa che il negozio, che la traduce in atto, viene a differenziarsi costantemente dalle altre forme di prestito fruttifero. Ed ecco per quale ragione non vi può essere riluttanza a parlare della *pecunia traiecticia* come di un istituto a sé stante, e come tale non identificabile né con la *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa* né con il mutuo sottoposto alla condizione ‘*salva nave*’ e collegato ad una clausola convenzionale di *usurae infinitae*. Allo stesso modo la transazione è un atto che si può realizzare in forme svariate (stipulazioni, *acceptilationes*, *pacta*), ma che, avendo sempre lo scopo di metter fine ad una controversia presente o futura, viene appunto configurato dalla giurisprudenza come un istituto in sé e per sé²⁶³. Altrettanto dicasi della donazione, la quale non costituisce, presso i Romani, l’oggetto di un particolare negozio, dotato di proprie forme ed effetti, ma è l’indicazione di un fine pratico, a cui possono servire negozi di vario genere: ciò nonostante, fino dai tempi della repubblica si cominciò a stabilire una serie di norme, intese a disciplinare quello scopo, ed i giureconsulti classici elaborarono, sotto il concetto di donazione, una dottrina esauriente per tutti gli atti di liberalità²⁶⁴. In ciascuno di questi casi, poco importa se gli strumenti tecnici, con cui il fine si attua, sono vari: quello che conta è l’unità dello scopo. Cosa anche nell’ipotesi della *pecunia traiecticia*, la varietà dei mezzi non incide sulle linee essenziali del rapporto, che, se giuridicamente s’incarna in forme diverse, risponde sempre ad una medesima funzione.

La coesistenza delle due forme di *pecunia traiecticia*, *cum poena* e *sine poena*, non può d’altronde meravigliare sul piano storico.

Sembra infatti molto probabile che, allorquando i Romani si dettero al commercio d’oltremare²⁶⁵ e si trovarono quindi nella necessità di accogliere l’istituto del prestito marittimo, già diffuso largamente nel traffico mediterraneo, non abbiano escogitato in un primo tempo, allo scopo di rendere obbligatoria la *conventio pecuniae traiecticiae* secondo i principii del loro diritto, nessun’altra soluzione salvo quella di suggellare con una *stipulatio poenae* la convenzione stessa, applicando in tal modo un espediente adottato pure in altri casi, come abbiamo visto²⁶⁶, per sancire indirettamente la efficacia di rap-

²⁶²) E’ proprio l’arte di separare uno dei compiti nei quali emerge la scienza giuridica romana: cfr. SCHULZ, *Principii*, p. 16 e sgg.

²⁶³) ARANGIO RUIZ, *Istit.*⁹, p. 400 e sgg.; bibliografia speciale in nota al § 4.

²⁶⁴) ARANGIO RUIZ, *Istit.*⁹, pp. 578-580; DI MARZO, *Istit.*⁴, p. 429 e sgg.; per la bibliografia speciale, v. ora BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, vol. X del *Trattato di dir. romano* diretto da E. ALBERTARIO, Milano 1943, p. 631 e sgg.

²⁶⁵) Cfr. SPECK, *op. cit.*, III, 2 (*Die Römer von 265 bis 30 v. Chr.*), p. 1 e sgg.

²⁶⁶) § 4, testo e note.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

porti che l'ordinamento giuridico non ammetteva in quanto tali o riconosceva solo in maniera imperfetta, e generalizzando l'uso delle penalità che, in relazione al prestito marittimo, nel mondo greco erano solo accidentali²⁶⁷. Non per nulla già al tempo di Servio noi abbiamo traccia di questioni concernenti la *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa* (D. 22, 2, 8); e sono due giuristi fra i meno recenti, Labeone (D. 22, 2, 9) ed Africano (D. 44, 7, 23), uno dell'età di Augusto e l'altro contemporaneo degli Antonini, che ci presentano quella stipulazione come la forma consueta, in cui si contraeva la *pecunia traiecticia*. In mancanza di tale stipulazione, e purché il rischio non si fosse verificato, il creditore avrà avuto semplicemente diritto alla restituzione del *tantundem*, sulla base dell'avvenuta *numeratio*; ma nemmeno se vi fossero stati pegni o il debitore avesse spontaneamente pagato, si sarebbe potuto tener conto, in via d'*exceptio*, del *pactum usurarum*.

E' soltanto successivamente, a quanto pare – forse per merito dei giureconsulti fioriti sotto la dinastia dei Severi (Papiniano: D. 22, 2, 4 pr.; Paolo: D. 22, 2, 6 e D. eod. 7) – che, nell'intento di salvare il fine pratico che le parti si proponevano, anche quando la forma era inefficace, la giurisprudenza pervenne ad ammettere – allargando fino al limite massimo consentito dal rigore del sistema contrattuale romano i criterii che ispiravano la protezione pretoria dei *pacta*²⁶⁸, e ciò in conformità a una tendenza che si manifestava pure in altri campi²⁶⁹ – che, sia nel caso di azione esercitata dal debitore per ottenere il rimborso delle *usurae* pattuite e non stipulate (*condictio indebiti*), sia nel caso di azione intentata dal debitore stesso per conseguire la restituzione dell'*hyperocha* (a. *pigneraticia*), il *pactum usurarum* potesse essere fatto valere *ope exceptionis* (*retentio soluti*, *retentio pignorum*, in considerazione delle *usurae* dovute *ex pacto*). Così, accanto alla forma più corrente e perfezionata della *pecunia traiecticia cum poena* (che rimaneva pur sempre il paradigma negoziale del prestito marittimo romano), veniva ad essere riconosciuta, entro certi limiti, la efficacia di una *pecunia traiecticia sine poena*. Il che avrà consentito, al tempo stesso, di adeguare sempre meglio il profilo romano dell'istituto al suo profilo consuetudinario internazionale, considerando che nell'opera di elaborazione del *ius gentium* i giureconsulti classici procedono bensì con mezzi proprii (dove la incontestabile romanità delle norme da essi elaborate)²⁷⁰, ma senza perdere mai di

²⁶⁷) PAOLI, *Studi cit.*, pp. 59, 136 e sg.

²⁶⁸) Vedi sopra, § 12.

²⁶⁹) DE VILLA, *Usurae*, p. 42 e sgg.

²⁷⁰) Cfr. PEROZZI, *Istit.*², I, p. 92 e sgg.; SCHOENBAUER, *Studien zum Personalitätsprinzip im antiken Rechte*, nella «ZSS», XLIX (1929), p. 383 e sgg.; WEISS, *Ius gentium*, in PAULY-WISSOWA, *RE.*, s.h.v.; LAURIA, *Ius gentium*, in «Festschrift P. Koschaker», I, p. 258

Actio pecuniae traiecticiae

vista quelle esigenze di carattere internazionale, a cui i vari istituti di quel sistema debbono, quanto più è possibile, corrispondere.

Se infine ci domandiamo come si spieghi che i Romani non abbiano fin da principio introdotto un'*a. in factum traiecticiae pecuniae*, che avrebbe assicurato la più completa protezione, diretta ed immediata, del rapporto in quanto tale, né a questo risultato siano giunti almeno quando la giurisprudenza mostrò di voler fare tutti i suoi sforzi per tutelare il creditore anche nel caso in cui la *conventio* non fosse stata suggellata da un'apposita *stipulatio poenae*, il tentativo di offrire una risposta al quesito stesso ci permetterà di formulare una serie d'interessanti osservazioni.

In primo luogo, è nota la predilezione dei Romani per la difesa indiretta dei rapporti giuridici, secondo un criterio costante in tutta la tradizione, e che è precisamente quello dell'economia dei mezzi processuali²⁷¹: ed è pertanto da ritenersi del tutto conforme alla mentalità romana, classica e preclassica, che, in quello stesso modo in cui nella *legis actio sacramenti* la lite non s'impernia direttamente sulle pretese delle parti, ma il giudice decide implicitamente la questione principale controversa pronunciandosi in merito alla scommessa che le parti hanno concluso, o le *stipulationes praetoriae* perseguono lo scopo di creare un'obbligazione nuova a difesa di un interesse non altrimenti tutelato senza introdurre una nuova azione, o la medesima *stipulatio poenae* ha in molti casi la funzione di rendere obbligatorie prestazioni, diversamente incoercibili, subordinando al loro inadempimento la esigibilità di una penale, così nel caso nostro la giurisprudenza e il pretore in ogni tempo abbiano preferito, piuttosto che accordare una nuova formula-tipo, di raccomandare l'uso della clausola penale e di applicare l'*a. ex stipulatu* come *a. ex poena traiecticiae pecuniae*.

In secondo luogo, non si può escludere una certa riluttanza, che si dev'essere mantenuta indubbiamente per tutta l'epoca classica, di fronte all'azionabilità delle convenzioni e dei patti: giacché la tendenza innegabile verso il progressivo riconoscimento della nozione di *conventio* come punto d'appoggio di tutto il sistema contrattuale²⁷² si trova sempre a lottare con il conservatorismo proprio del diritto romano²⁷³, e quindi non può attuarsi che con la massima lentezza, tanto è vero che gli esempi sicuramente classici di convenzio-

e sgg.; DE MARTINO, *Lex Rhodia*, in «Riv. del dir. della navigazione», III (1937), p. 335 e sgg., IV (1938), p. 180 e sgg., nonché *Variazioni postclassiche del concetto romano di ius gentium*, in «Annali Bari», N.S. VI (1945), p. 110; LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, Milano 1941, e *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano 1946.

²⁷¹) Esso ha riscontro in quella semplicità che domina le architetture di tutto il sistema giuridico: SCHULZ, *Principii*, p. 59 e sgg.

²⁷²) RICCOBONO, *Stipulationes contractus pacta*, pp. 355-387.

²⁷³) SCHULZ, *Principii*, p. 74 e sgg.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

ni munite d'azione (i cosiddetti patti pretorii) si riducono a ben pochi²⁷⁴.

Da ultimo bisogna rilevare che l'*a. ex poena traiecticiae pecuniae* poteva forse presentare un vantaggio, che l'*a. in factum* non avrebbe mai presentato. Difatti, mentre un'azione rivolta a conseguire immediatamente la prestazione della *pecunia traiecticia*, e di questa sola, avrebbe lasciato esposto il creditore alla litigiosità della controparte, poiché questa avrebbe potuto avere sempre convenienza a non pagare e lasciarsi chiamare in giudizio prendendo a pretesto qualsiasi cavillo nella speranza, se non altro, di ottenere così una dilazione al pagamento, l'*a. ex poena traiecticiae pecuniae* avrà presumibilmente contribuito a limitare il più possibile le controversie giudiziarie con lo spauracchio della *poena*: giacché il debitore, di fronte alla prospettiva di una eventuale soccombenza, avrà generalmente ritenuto preferibile pagare, ogni qual volta non abbia avuto buone ragioni da opporre alle pretese creditorie, piuttosto che affrontare, non pagando, il grave rischio di venir poi condannato in una somma assai superiore!

E non è forse questo uno degli scopi, in ogni tempo perseguiti, dalle norme del diritto commerciale? Quello, cioè, di evitare o di ridurre al massimo l'occasione delle liti, e ciò appunto per garantire la maggiore speditezza nell'adempimento delle obbligazioni commerciali?

Non diversamente, nel diritto commerciale attico, la *συγγραφή* del prestito marittimo è un titolo esecutivo²⁷⁵. In base ad esso, il creditore può dunque, secondo le norme vigenti ad Atene in materia esecutiva²⁷⁶, procedere direttamente mediante esecuzione privata sui beni del debitore: il che non toglie che il debitore esecutato possa ricorrere agli organi giurisdizionali affinché questi decidano con sentenza sulla legittimità della esecuzione, tutte le volte che egli si ritenga lesa dall'esercizio dell'esecuzione stessa²⁷⁷. Ma è evidente che il debitore non sarà indotto ad agire se non quando egli creda di poter dimostrare la fondatezza di questa o di quella circostanza in suo favore: e così il processo sarà in molti casi evitato, mentre ciò non sarebbe avvenuto se il creditore, per procedere in via esecutiva, avesse dovuto procurarsi prima una sentenza di condanna.

Non diversamente, nel diritto commerciale dell'età intermedia e moderna, il possessore della cambiale è autorizzato a valersi della cambiale stessa

²⁷⁴) E cioè: il *constitutum*, il giuramento volontario e le diverse forme di *receptum* (*argentarii, arbitrii, nautarum cauponum stabulariorum*). Per le corrispondenti *actiones in factum*, cfr. LENEL, *EP.*³, §§ 48-50, p. 130 e sgg., § 54, p. 149 e sgg., § 97, p. 247 e sgg.

²⁷⁵) PAOLI, *Studi* cit., p. 125 e sgg.

²⁷⁶) PAOLI, *ibid.*

²⁷⁷) PAOLI, *ibid.*

Actio pecuniae traiecticiae

come se fosse un titolo esecutivo²⁷⁸, iniziando la relativa procedura e costringendo il debitore a pagare o a dare cauzione senza discutere il debito se non dopo aver fatto ciò: e questo serve a troncare, prima che nascano, tutte quelle eccezioni dilatorie, a cui ricorrerebbero facilmente i debitori di cattiva volontà se fossero citati in giudizio per la dichiarazione del credito²⁷⁹.

14. Le conclusioni che precedono suggerirebbero la revisione di un altro problema, sul quale io stesso non ho mancato di esprimere già un'opinione in altra sede²⁸⁰: se, cioè, il *periculum creditoris* costituisca o non costituisca un elemento essenziale della *pecunia traiecticia*.

Fra le due tesi opposte, in conformità delle quali si affermava, da una parte, che il *periculum creditoris* doveva essere considerato come un elemento essenziale del negozio²⁸¹ e si obiettava, dall'altra, che in esso non ricorrevano se non gli estremi di un elemento accidentale²⁸², la mia opinione era quella che ci si dovesse orientare piuttosto verso una terza soluzione, configurando il rischio del creditore come un elemento naturale del prestito marittimo, e come tale inerente al negozio, purché non ne fosse escluso dalla concordante volontà dei contraenti. Questo io sostenevo soprattutto basandomi sul fatto che tale soluzione offriva la possibilità di conciliare le numerose testimonianze, relative all'assunzione del rischio come ad una circostanza ordinaria del prestito marittimo, con il ricordo, conservatoci in due testi (D. 22, 2, 4 pr.; Bas. Suppl. II, 103 = C. 4, 33, 1 §), di una *pecunia traiecticia sine periculo creditoris*²⁸³; e mi pareva d'altronde che la degradazione del *periculum creditoris* da elemento essenziale – qual'era stato indubbiamente nel diritto greco e nella prassi mediterranea, da cui i Romani lo avevano recepito²⁸⁴ – in elemento naturale del negozio fosse un pretesto che permetteva alla giurisprudenza di escludere anche nel caso di non assunzione del rischio da parte del creditore la necessità di una *stipulatio*, estendendo il campo d'applicazione di quello che io

²⁷⁸) Per il diritto italiano vigente, cfr. gli art. 474 n. 2 cod. proc. civ. e 63 R.D. 14 dicembre 1933 n. 1669 (legge cambiaria).

²⁷⁹) VIVANTE, *Trattato di dir. commerciale*⁵, seconda ristampa, Milano 1929, III, § 100, p. 415 e sgg.

²⁸⁰) «Studi Albertoni», II, p. 350 e sgg.

²⁸¹) Bibliografia ivi, p. 352 nota 16.

²⁸²) DE MARTINO, *Sul f.n.*, nella «Riv.» cit., I, p. 226 e sgg. La convinzione è ribadita nel successivo studio pubblicato in risposta alle mie critiche: «Riv.» cit., II, p. 435 e sgg. Analogamente DE VILLA, *Usurae*, pp. 104-106.

²⁸³) Cfr. specialmente pp. 351, 352 e 355.

²⁸⁴) PAOLI, *Studi* cit., pp. 59, 77 e «Nuovo Dig. it.», X, 315 e sgg.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

allora consideravo un negozio non formale produttivo di obbligazione²⁸⁵.

Ma se, come ormai possiamo ritenere accertato, la *pecunia traiecticia* non è un negozio in sé e per sé produttivo di obbligazione per capitale e interessi – poiché l'*a. pecuniae traiecticiae* presuppone la *stipulatio poenae* e, se questa manca, il patto delle *usurae* non può essere fatto valere se non in via d'eccezione – a quale scopo la giurisprudenza romana si sarebbe allontanata dalla consuetudine internazionale?

Di fronte a questa domanda, ed alla impossibilità di trovare ad essa una risposta soddisfacente, saremmo indotti a supporre la interpolazione dei due testi, nei quali ci viene prospettata la fattispecie di una *pecunia traiecticia sine periculo creditoris*, ed a riaffermare conseguentemente, per diritto classico, la essenzialità del rischio, secondo l'opinione tradizionale. Se non che la questione esorbita dai compiti, che noi ci siamo proposti con il presente studio. Per ora basti di aver segnalato e di illustrare qui sobriamente il motivo fondamentale, che si ricava dalle conclusioni di tutta la nostra indagine sulla difesa processuale del *creditor pecuniae traiecticiae*, contro la classicità dei testi menzionati ed a favore di una ricostruzione dell'uno e dell'altro in maniera coerente alla presumibile configurazione classica del *periculum creditoris* come requisito essenziale del negozio (cfr. D. 22, 2, 1: «et interest utrum [-] <ipsa> – scil. *pecunia* – *periculum creditoris* [-] <naviget>: tunc enim traiecticia pecunia fit») ²⁸⁶.

Ed ecco i due testi, di cui si tratta, nella loro emendazione critica.

D. 22, 2, 4 pr. (Papinianus, *l. 3 responsorum*): [Nihil interest traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta sit an] <Si> post diem praestitutum et conditionem impletam periculum esse creditoris desierit [. utrobique igitur] maius [legitima] <centesima> usura faenus non debetur [, sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo]: nec pignora [vel hypothecae] titulo maioris usurae tenebuntur ²⁸⁷.

²⁸⁵) *Str. class. del f. n.*, p. 365 e sg.

²⁸⁶) La espressione «*qua e periculum creditoris datur*», che noi troviamo riferita per due volte alla *pecunia traiecticia* (C. 4, 33, 2 [1] e C. 4, 33, 5 [4]), quantunque sia ripetutamente invocata dal DE MARTINO («Riv.» cit., I, p. 227, II, p. 435 e sg.) a sostegno della sua tesi, ha sempre valore *causale* (e non esplicativo!) in relazione all'ammissibilità di *usurae infinitae*: cfr. Paul. Sent. 2, 14, 3 «*propter periculum creditoris*». Anche il «*cum*» del fr. 6 D. 22, 2 («*sed cum traiecticia pecunia ita datur, ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit*») ha lo stesso valore *causale* (e non temporale!).

²⁸⁷) Come il frammento sia stato ampiamente manipolato dai commissarii giustiniani abbiamo già visto criticando (§ 6, in nota) la successiva parte del testo, che non è qui riprodotta. Se questa è una constatazione che avvalora il motivo contenutistico, per il quale siamo stati indotti a criticare e ricostruire la prima parte nel senso indicato, e prescindendo dalla solita interpolazione di «*legitima*» in luogo di «*centesima*» (MOMMSEN, *Ges. Schr.*, III, p. 358; KRUEGER, *Dig. ad h.l.*), nonché dalla probabile aggiunta di «*vel hypothecae*»

Actio pecuniae traiecticiae

Bas. Suppl. II (Heimbach-Ferrini VII), 103 = C. 4, 33, 1 (?): Οἱ δανείσαντες δάνειον ναυτικὸν [καὶ συμφωνήσαντες αὐτὸ κινδυνεύειν], λάβοντες δὲ καὶ ὑποθήκας, ἐὰν τῶν ἐγγείων πραγμάτων ὧσιν αἱ ὑποθήκαι, ἀπωλείας γενομένης, οὐ δύνανται αὐταῖς κεχρησθαι, μηδεμιάς οὔσης διαφορᾶς, εἴτε αὐτοὶ ἐπλευσαν, εἴτε τὸν λεγόμενον κερμακόλουθον εἶχον ἐν τῷ πλοίῳ. [τότε γὰρ μείζονα τόκον λαμβάνουσιν, ὅτε ἰδίῳ κινδύνῳ δανείσουσιν· ἐὰν γὰρ μὴ κινδυνεύσωσιν, οὐ δύνανται πλείονα τόκον λαβεῖν.] – Qui traiecticiam pecuniam feneraverunt [pactique sunt eam suo periculo esse] hypothecasque acceperunt, si terrestrium rerum sint hypothecae, damno eveniente, iis uti non possunt, cum nihil intersit utrum ipsi navigaverint, an eum qui κερμακόλουθος dicitur in navi habuerint. [tunc enim maiores usuras accipiunt, cum suo periculo feneraverint: nam si nullum patiuntur periculum, maiores usuras capere non possunt]²⁸⁸.

Se non è da escludere, infatti, che – sotto l'aspetto economico – una operazione di prestito senza incidenza del rischio sul capitalista possa corrispondere in qualsiasi tempo a certe esigenze del traffico navale, come ad esempio quella di lasciare al prenditore una certa libertà di scelta per la meta e l'itinerario del viaggio, e come ci attestano in concreto alcune carte medioevali del castello di Bonifacio²⁸⁹, le operazioni del genere sono state mantenute però sempre distinte, sotto l'aspetto giuridico, dal prestito marittimo vero e proprio, tranne che nel diritto giustiniano.

In diritto greco, ancorché non ne abbiamo esempi, il prestito di una somma destinata al commercio marittimo senza assunzione di rischio da parte

cae» (FEHR, *Beiträge* cit., p. 95; EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarezeption*, Leipzig 1917, p. 53; KRUEGER, *Dig.*, Suppl. ad h.l.: ma v. *contra* MANIGK in PAULY-WISSOWA, *RE.*, IX, 1, 378, s.v. *hypotheca*) – l'una e l'altra modificazione non inciderebbero affatto sulla doppia ipotesi – esistono anche indizi formali, più o meno gravi, di rielaborazione, già segnalati: «*nihil interest ... an*», locuzione illogica quando una differenza fra i due casi effettivamente sussiste («*sed* rel.»); mutamento di soggetto («*traiecticia pecunia*», «*periculum*») nelle due proposizioni dipendenti (DE MARTINO, «*Riv.*» cit., I, p. 241 nota 1); «*quidem ... vero*» = «*μέν ... δέ*»; «*sed*» nel senso di «per meglio dire» (ted. «*zwar*»); ablativo assoluto in fine del periodo: «*discusso periculo*» (EBRARD, *op. cit.*, p. 53 nota 29: ma non «*species*» = «*εἶδος*», bensì «*species*» = «*casus*», il che corrisponde, come si è in precedenza notato [§ 10], ad un'accezione classica della parola).

²⁸⁸) La traduzione latina è quella del FERRINI, salvo la correzione di un'evidente svista: «*εἴτε τὸν λεγόμενον κερμακόλουθον εἶχον ἐν τῷ πλοίῳ*» = «*an eum qui κερμακόλουθος dicitur in navi habuerint*» e non «*an pecuniam (?) in navi habuerint*».

²⁸⁹) Registro del notaio Bartolomeo (in *Documenti e Nuovi documenti sul Castello di Bonifacio nel sec. XIII*, pubblicati a cura del VITALE = «*Atti della Deputazione di storia patria per la Liguria*», 1936 e 1940), n. 150: prestito per un viaggio a Sassari «*ad fortunam meam de omni causa*» (è il prenditore che parla); nn. 56-58, 60, 61: prestito per un viaggio a Torre ovvero in Sardegna «*ad fortunam nostram et rerum in terra sicut alie res nostre et in mare*» (c.s.). Cfr. A. SCIALOJA, *Contratti tipici del Castello di Bonifacio*, I, Roma 1944, p. 25 e sg.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

del creditore non poteva essere per sua natura che un semplice mutuo ordinario ad interesse, formando in ogni caso la convenzione di mutuo e quella degli interessi un unico e solo contratto, che viene fatto valere con la medesima azione, ed essendo anzi la pattuizione delle usure un elemento naturale del mutuo stesso, come risulta dall'esistenza di un tasso normale d'interessi applicabile nel silenzio delle parti²⁹⁰.

Nel diritto romano classico, dove il patto degli interessi non genera mai obbligazione, sembra evidente che, in mancanza del *periculum creditoris* e del suo corrispettivo usurario al di sopra della *centesima*, la sovvenzione concessa al *nauta* od al commerciante per una operazione di scambio attraverso i mari non differisse in nulla da un prestito terrestre ad interesse: il che vuol dire che la sua forma sarà stata quella della *stipulatio sortis et usurarum*.

Quanto all'età postclassica, prima di Giustiniano, la indifferenza sempre più accentuata per la distinzione fra *pactum* e *stipulatio*, come avremo occasione di veder meglio nel successivo paragrafo, rappresenta già un argomento sufficiente per concludere che non vi poteva essere alcuno scopo di assimilare il negozio in questione alla *pecunia traiecticia* piuttosto che al mutuo con patto di *usurae*. Lo stesso dicasi per il diritto bizantino più tardo, allorquando venne codificata la *lex Rhodia*, che, raffigurando il *periculum creditoris* come un elemento essenziale del prestito marittimo da essa disciplinato (χρήματα ἐπιποντία ἐκδανεισθέντα)²⁹¹, comminava espressamente la nullità di ogni pattuizione in contrario²⁹².

Nel diritto intermedio ed in quello dei secoli più recenti, con il progressivo affermarsi del principio che ogni convenzione lecita è obbligatoria²⁹³, non può certo stupire il fatto che, ove manchi assunzione di rischio da parte del creditore, anche il prestito marittimo sia considerato alla stessa stregua di un prestito terrestre, e cioè come un mutuo ordinario produttivo d'interessi. Già i glossatori, che incominciarono ad elaborare la teoria dei *pacta vestita* per riconoscere nel maggior numero possibile di casi la efficacia delle convenzioni e, fra queste, del patto di usure, sostengono di pari passo che la *pecunia traiecticia sine periculo creditoris* «non est traiecticia»²⁹⁴. Inoltrandosi nel solco tracciato dalla Glos-

²⁹⁰) PAOLI, *Studi cit.*, pp. 69-76.

²⁹¹) Bas. Suppl. II (HEIMBACH-FERRINI VII), 110 = *Capita legis Rhodiorum*, 2, 16.

²⁹²) Bas. Suppl. II (HEIMBACH-FERRINI VII), 108 = *Capita legis Rhodiorum*, 1, 16: «Ὁ νόμος κελεύει: τὰ ἐν τῇ θαλάσῃ δεδανεισμένα ἔγγεα καὶ ἀκίνδυνα μὴ γραφέτωσαν, εἰ δὲ καὶ ἐπιγράφουσιν, ἄκυρα ἔστω (cod. εἴτω) ἐπὶ τῶν Ῥοδίων νόμον». [«Lex iubet quae maritimo mutuo sunt data, fideiussoribus accedentibus et periculo remoto, in scripturam non referri: quod si referant, irrita esse iuxta Rhodiorum legem».]

²⁹³) RICCOBONO, *Stipulationes contractus pacta*, p. 418 e sgg.

²⁹⁴) Glossa ad l. *nihil* ff. de naut. foen. (casus).

sa in relazione alla validità dei patti, anche illustri rappresentanti della scuola che ne discende, quali Baldo e Bartolomeo da Saliceto, commentatori, sono concordi nell'insegnare che la mancata assunzione del rischio da parte del sovventore in una operazione di credito marittimo rende applicabili le norme del *ius commune*, e cioè del mutuo²⁹⁵. Com'è noto, i giureconsulti pratici dell'età posteriore, e specialmente lo Stryk²⁹⁶ ed il Leyser²⁹⁷, giunsero alle ultime conseguenze nella evoluzione del sistema contrattuale, nonostante le proteste della Scuola Culta, che si richiamava ad una interpretazione erudita e non costruttiva del *Corpus iuris*, mentre, dal canto loro, due studiosi della fama di uno Stracca²⁹⁸ e di un De Luca²⁹⁹ ponevano in chiaro come il nuovo principio della libertà di forma nella conclusione dei contratti avesse proprio il suo punto di partenza in *curia mercatorum*, ovverosia nel mondo commerciale. Ed è in piena coerenza con questo sviluppo che la essenzialità del rischio nel prestito navale³⁰⁰ e la conseguente necessità di respingere fuori dei confini di esso qualunque sovvenzione priva di tale requisito ci appaiono costantemente documentate nella legislazione dal Medioevo ai nostri giorni, che è quanto dire dal *Constitutum usus Pisanae civitatis* agli Statuti veneti e dalmati, dove il prestito a cambio marittimo riceve il nome, eloquentissimo, di «rilego de nave», dalle Tavole Amalfitane allo Statuto di Bari ed agli Ordinamenti di Trani, dallo Statuto di Marsiglia del 1253 al Consolato del Mare ed al nostro codice di commercio, abrogato nel 1942, insieme con l'istituto stesso del prestito marittimo, che figurava ancora in quello piuttosto come un relitto storico che come un istituto vigente, essendo ormai tramontato nell'uso e sostituito già vantaggiosamente dalle varie forme del contratto di assicurazione in materia navale.

Riepilogando, possiamo dire che in tutti gli ordinamenti, nei quali non è richiesta una forma particolare per la validità del patto d'interessi, o viceversa laddove – come nel diritto romano classico – anche la *pecunia traiecticia* non si sottrae alle regole comuni per quanto riguarda il modo di assicurare mediante azione la esigibilità degli'interessi convenuti, non vi è motivo per considerare come prestito navale una operazione di credito che, sebbene destinata al commercio marittimo, non presenta nessun carattere differenziale rispetto all'or-

²⁹⁵) Si leggano i rispettivi *Comm. in Cod.*, ad tit. *de nautico foenore*.

²⁹⁶) *Usus mod. Pand.*, in D. 2, 14 = *Opera omnia*, Florentiae 1837-1842, XIV, 155.

²⁹⁷) *Meditationes*, I, Lipsiae 1741, spec. 39, 5, pp. 400-402.

²⁹⁸) *Tract. de mercatura*, Lugduni 1558 (de contr. merc., 1), p. 130.

²⁹⁹) *Theatrum veritatis et iustitiae*, VIII (de credito et debito, de creditore et debitore), Romae 1671, disc. 74, pp. 274-276.

³⁰⁰) Sulle differenze fra questo e la commenda nella storia del diritto marittimo, si veda ora il preziosissimo contributo di A. SCIALOJA, *La commenda nel diritto comune del Mediterraneo*, cit., I, p. 32 e sgg.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

dinario prestito con interessi.

La costruzione del *periculum creditoris* come un elemento naturale del negozio nella *pecunia traiecticia* resta invece integralmente valida per diritto giustiniano. Qui, dove la *conventio traiecticiae pecuniae* è di per sé sufficiente a far nascere un rapporto obbligatorio³⁰¹, vi poteva essere e vi fu un'effettiva convenienza a raffigurare dogmaticamente il *periculum creditoris* come un elemento che poteva essere escluso dalla concorde volontà delle parti. In tal modo, allargandosi la sfera di applicazione del negozio, fino al punto da ricomprendervi ogni sovvenzione a scopo di commercio transmarino senza rischio del creditore, si veniva a creare un'altra eccezione al principio, tuttora formalmente in vigore, della necessità di una *stipulatio* per le *usurae* (D. 19, 5, 24: «*specuniae ... creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi*»), secondo quella irresistibile direttiva della legislazione giustiniana, per cui si cerca, in contraddizione flagrante col principio stesso, di riconoscere, almeno in qualche caso, la efficacia del semplice patto in materia di *usurae*³⁰². Il che spiega la supposta interpolazione dei due testi relativi alla *pecunia traiecticia sine periculo creditoris*.

Nè l'accento contenuto in C. 4, 33, 1 – o, per meglio dire, nel suo probabile compendio greco (Bas. Suppl. II, 103) – alla eventualità di un'apposita patuituzione concernente l'assunzione del rischio da parte del creditore («Οἱ δα-
νεισάντες δάνειον ναυτικὸν καὶ συμφωνήσαντες αὐτὸ κινδυνεύειν») ³⁰³ potrà invocarsi a favore della tesi che il *periculum creditoris* fosse piuttosto, nel sistema della compilazione giustiniana, un elemento accessorio del negozio, prima di tutto in quanto, con tale accenno, si alludeva probabilmente alla clausola che stabiliva, caso per caso, la misura dell'interesse *ultra licitum*, corrispettivo del rischio (e questa non poteva mancare), sia del resto perché, ad ogni modo, la eventualità di un *pactum periculi* non è esclusa dalla configurazione del rischio come un elemento naturale della *pecunia traiecticia*, quando, secondo l'unanime avviso dei pandettisti e civilisti, a cui spetta il merito di aver elaborato una dottrina del negozio giuridico, i *naturalia negotii* sono quegli elementi posti dal diritto obbiettivo e sottintesi anche nel caso che le parti non li abbiano inclusi o richiamati, ma che, non essendo indispensabili per l'esistenza o la validità del negozio, le parti stesse possono escludere o modificare³⁰⁴: nozione

³⁰¹) Per la documentazione testuale cfr. il successivo paragrafo.

³⁰²) Gli esempi saranno citati a suo luogo (§ 15).

³⁰³) Da escludere mi sembra invece, come ulteriore prova della esistenza di un *pactum periculi* nella casistica delle fonti, la c. 4 [3] C. h. t., che io adducevo in «Studi Albertoni», II, p. 355: e ciò perché riesaminando più attentamente quel rescritto, debbo ammettere che la frase «*te nauticum fenus e a condicione dedisse et rell.*» allude in realtà a tutte le clausole del negozio e non ad un *pactum periculi* in ispecie.

³⁰⁴) WINDSCHEID, *Pand.* (trad. it. cit.), I, 1, § 85, p. 344 nota 1; REGELSBERGER,

questa che corrisponde all'insegnamento delle medesime fonti romane (D. 13, 7, 4)³⁰⁵, le quali hanno addirittura una locuzione speciale per indicare la pattuizione pleonastica di un *naturale negotii*, ed è il nome di *pactum vulgare* (C. 4, 24, 4)³⁰⁶.

15. Giunti a questo punto, non ci resta se non da compiere il tentativo di scoprire in quali forme si sarà svolta la tutela giudiziaria del *creditor pecuniae traiecticiae* durante il corso dell'età postclassica e nel diritto giustiniano. Codesta indagine è strettamente collegata alla questione dei rapporti fra *stipulatio* e *pactum* da Costantino in poi. Ed occorre perciò distinguere, a mio avviso, il periodo che precede la grande compilazione dal periodo che segue, e che ha inizio con essa.

Nessuno ignora come la degenerazione della *stipulatio* in atto scritto (*instrumentum stipulationis*) per influenza delle consuetudini provinciali ellenistiche porti con sé la caduta delle forme solenni³⁰⁷: laddove infatti la clausola stipu-

Pand., I, Leipzig 1893, p. 601; DE RUGGIERO, *Istit.*⁵ cit., I, p. 235; MESSINEO, *Manuale di dir. civile e commerciale*⁷, Milano 1946-47, I, p. 212; BETTI, *Negozio giur.*, pp. 67 e sgg., 158 e sgg. (con ampia informazione bibliografica).

³⁰⁵ Vedasi quanto già io stesso scrivevo, in *loc. ult. cit.*

³⁰⁶ La terminologia romana non fa insomma che riconoscere, con tal nome, l'esistenza di un fenomeno che è un po' di tutti i tempi, ossia quello che il linguaggio contrattuale rappresenta in ogni campo un'antologia di pleonasmi (basti pensare al ridondante stile dei documenti notarili!).

³⁰⁷ Con questo non intendo escludere il concorso di altri fattori, né soprattutto obliterare quel processo spontaneo di semplificazione del diritto, che innegabilmente si deve essere accentuato, così in Oriente come in Occidente, durante il corso dell'età postclassica, per il trionfo della volontà su ogni formalismo. Certo è che la spiegazione del fenomeno resta uno dei problemi più appassionanti della evoluzione giuridica e che ogni ulteriore indagine, se vorrà essere feconda, non potrà non valutare serenamente le conquiste suscitate dalle più accese discussioni fra i sostenitori delle tesi opposte. Basti ricordare in vario senso gli scritti del MITTEIS (*Reichsrecht und Volksrecht*, p. 459 e sgg.), del BINDER (*Der justinianische Litteralkontrakt*, in «Studi Brug», Palermo 1910, p. 339 e sgg.), del COLLINET (*Études historiques sur le droit de Justinien*, I, Paris 1912, p. 59 e sgg.), del LEVY (*Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des röm. Rechts*, nella «ZSS.», XLIX [1929], p. 230 e sgg.), del RICCOBONO (*Stipulatio e instrumentum nel dir. giustiniano*, in «ZSS.», XXXV [1914], p. 214 e sgg., XLIII [1922], p. 262 e sgg.; *Fasi e fattori dell'evoluzione del dir. romano*, in «Mélanges Cornil», II, 1926, p. 235 e sgg.; *La prassi nel periodo postclassico*, in «Atti del Congr. internaz. di dir. romano», Roma, I, 1933, p. 338 e sgg.; *Formazione e sviluppo del dir. romano*, Milano 1934, *Stipulationes contractus pacta*, cit.; *L'importanza e il decadimento delle forme solenni nel mondo romano*, in «Miscellanea Vermeersch», II, p. 15 e sgg.) – seguito dal CHIAZZESE (*Confronti testuali*, in «Annali Palermo», XVI [1931], p. 383 e sgg., *Introduzione allo studio del dir. romano*, Milano, 1931, p. 215 e sgg.) – e dell'ALBERTARIO (*I fattori della evoluzione del dir. romano postclassico e la formazione del dir. romano giustiniano*, in *Studi* cit., V, Milano 1937, p. 147 e sgg.). Ma il problema non potrà avviarsi, secondo me, ad una soluzione definitiva, fintantoché non sia diffusa la con-

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

latoria («καὶ ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησα» = «*et stipulatus spondendi*») viene ad essere considerata, nella pratica forense, come una presunzione *iuris et de iure*³⁰⁸, ed appare altresì in documenti che non hanno nulla a che fare con la *stipulatio*³⁰⁹, è manifesto che la sua inserzione non corrisponde più necessariamente ad un effettivo espletamento delle formalità verbali, ma che essa è divenuta ormai semplicemente una clausola di stile nei formularii notarili. Né a ciò si limita il processo di trasformazione della *stipulatio* nel periodo anteriore alla compilazione giustiniana. Vi è un testo rimaneggiato nel IV o nel V secolo (Paul. Sent. 5, 7, 2: cfr. I. 3, 19 § 17), in cui si legge: «*Quod si scriptum fuerit instrumentum promississe aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit*»³¹⁰. Il che significa non solo che le formalità verbali possono essere sostituite dalla scrittura, ma che l'esistenza del rapporto obbligatorio è ricondotta sostanzialmente alla volontà delle parti senza nessun riguardo per la forma, scritta od orale, in cui la volontà di quelle si manifesta. Ed è ciò soprattutto che ha importanza per noi. Poiché da questo modo di concepire la nuova stipulazione ad ammettere che ogni *conventio* abbia il valore di una *stipulatio* e, in quanto tale, possa produrre obbligazione, il passo è breve, anzi brevissimo: tanto è vero che le scuole postclassiche non esitano per niente a identificare *pactum* e *stipulatio*, come ne abbiamo traccia in materia di *usurae* (sch. 5 ad Bas. 23, 1, 42). Onde la stessa costituzione leoniana del 472 (C. 8, 37 [38], 10), con la quale si riconosce che qualsivoglia stipulazione ha efficacia indipendentemente dall'osservanza delle antiche formalità³¹¹, purché vi sia il consenso dei contraenti, non fa che confermare legislativamente una prassi già invalsa e costante.

In relazione a quanto sopra, io non credo arrischiato supporre che, nel-

vinzione che il diritto postclassico e il diritto giustiniano debbono essere studiati come due sistemi profondamente distinti, e che non ci si deve lasciare ingannare dalle apparenti somiglianze fra l'uno e l'altro per la irresistibile suggestione esercitata dal fatto della loro successione cronologica: giacché il problema fondamentale è proprio quello di stabilire come il primo si sia risolto storicamente nel secondo.

³⁰⁸) RICCOBONO, *Stipulationes contractus pacta*, pp. 119 e sg., 266.

³⁰⁹) Per esempio in una compravendita (ARANGIO RUIZ, *Negotia*, n. 138, p. 442), o perfino al di fuori del campo dei rapporti obbligatori, come in un testamento (PREISIGKE, *Sammelbuch*, I, n. 5294 = WESSELY, *Textus Graeci*, I, n. 35).

³¹⁰) Com'è noto, le *Sententiae* pseudopaoline risalgono ad un periodo imprecisabile del IV o del V secolo, ed il materiale classico, sulla base del quale si procedette alla compilazione, fu largamente rielaborato fino da allora (bibliografia in ARANGIO RUIZ, *Storia*³, p. 294 nota 2). Così in particolare, per ciò che attiene al testo surriferito, si confrontino gli autori citati dal VOLTERRA, nell'*Indice delle glosse, delle interpolazioni e delle principali ricostruzioni segnalate dalla critica nelle fonti pregiustiniane occidentali*, Bologna 1935-36, ad h.l. Cfr. anche RICCOBONO, *op. ult. cit.*, pp. 108-110, ed ARANGIO RUIZ, *Istit.*², p. 331.

³¹¹) Compresa quella della «domanda» e della «risposta»: «*etiamsi non sollemnibus vel directis sed quibuscumque verbis compositae sint* (scil. *stipulationes*)».

Actio pecuniae traiecticiae

l'età del Basso Impero, facendosi leva sulla tendenza ad equiparare *pactum* e *stipulatio*, la difesa processuale del *creditor pecuniae traiecticiae* fosse affidata in ogni caso all'*a. ex stipulatu*, e ciò senza necessità di un'apposita *stipulatio poenae*, ma per il semplice motivo che la *conventio pecuniae traiecticiae* poteva essere di per sé identificata con una vera e propria stipulazione, anche a prescindere dall'uso di consacrarla in un documento (*cautio*, χειρόγραφον, συγγραφή)³¹².

Ne è forse indizio la univocità della terminologia postclassica, quando si tratta di designare la natura del negozio che è fonte di obbligazione, come anzitutto risulta da certi glossemi, dove, tanto nell'ipotesi che il testo originale presupponesse una *stipulatio poenae* (D. 13, 4, 2 § 8)³¹³, quanto nel caso che la medesima fosse da escludere classicamente (D. 22, 2, 6)³¹⁴, il glossatore parla sempre di *stipulatio* (D. 22, 2, 6 gl.: «*condicionem stipulationis*») e di *stipulator* (D. 13, 4, 2 § 8 gl.: «*res stipulatoris*»), alludendo alla convenzione di un prestito navale. Ma perfino Giustiniano, nella famosa costituzione del 528 sul tasso delle *usurae* (C. 4, 32, 26 § 2), e precisamente riferendosi ai «*traiecticii contractus*» ed alle «*specierum fenori dationes*» (mutui di derrate), ossia proprio a due categorie di negozi, che per il posteriore diritto codificato non sono certo, né l'uno né l'altro³¹⁵, esempi di stipulazione, ma si contrappongono ad essa, adopera tuttora il verbo *stipulari* per accennare alla pattuizione degli interessi («*in traiecticiis autem contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum*»)³¹⁶.

Le cose cambiano, invece, con l'attuarsi della compilazione giustiniana. Qui la figura classica della *stipulatio* «emerge ancora solenne e dominatrice, come un'antica statua di granito, per quanto in molte parti corrosa e spezzata dall'azione del tempo e degli uomini»³¹⁷. Qui si distingue ancora nettamente fra *stipulatio* e *pactum*: vi sono casi, in cui il semplice patto non è sufficiente a far nascere un credito, ma è richiesta la stipulazione, com'è appunto, di regola, nel caso della *conventio usurarum*³¹⁸; ve ne sono altri, e sia pure numerosissimi³¹⁹, nei quali il patto ha la stessa efficacia della *stipulatio*, ma non si tratta

³¹² Vedi sopra, § 5; e cfr. PAOLI, *Studi cit.*, pp. 59, 121 e sgg.

³¹³ Vedi sopra, § 11.

³¹⁴ Vedi sopra, § 12. Per il glossema «*si navis rell.*», riscontra l'*Index interpol.*, ad h.l., e ultimamente DE MARTINO, *Sul f.n.*, nella «Riv.» cit., I, p. 240.

³¹⁵ Come sarà precisato più sotto, mediante il richiamo della relativa documentazione testuale.

³¹⁶ Le espressioni di cui si tratta, divenute anacronistiche nel *Corpus iuris*, vi rappresentano storicamente un'imperfezione di tecnica legislativa.

³¹⁷ RICCOBONO, *op. ult. cit.*, p. 118.

³¹⁸ D. 19, 5, 24: cfr. il precedente § 14.

³¹⁹ Per questi casi è sufficiente il rinvio alle *Istit.*¹⁰ del BONFANTE (§ 169, pp. 493-

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

che di eccezioni alla massima «*nudum pactum non parit obligationem*»³²⁰.

Basterebbe ciò per desumerne che fra patto e stipulazione ci dev'essere una differenza: ed evidentemente una differenza formale. Se infatti, come è stato sostenuto³²¹, la differenza non fosse di tal natura e si riducesse all'*animus* delle parti (*animus stipulandi, animus paciscendi*), sarebbe stato impossibile che le fonti giustiniane ci presentassero, come fanno, la enumerazione dei casi nei quali il *pactum sine stipulatione* ha efficacia obbligatoria. Né, in alcun modo, l'assenza di elementi formali nell'atto di manifestazione del consenso avrebbe potuto essere presa a pretesto da una persona priva di scrupoli per sottrarsi all'adempimento delle clausole pattuite – come ci attesta, fra l'altro, la Nov. 136, 4 con espressioni molto eloquenti («ὥς μὴ ἐγγράφου γενομένου τοῦ δανείσματος, μηδὲ ἐπερωτήσεως παρεντεθείσης» = «*utpote mutuo sine scriptis contracto nec stipulatione interposita*») – ove l'unica differenza fra la stipulazione ed il *pactum* fosse stata quella della intenzione, o meno, di stipulare.

Qual'è, dunque, la differenza che qui viene in considerazione? Sono proprio le formalità superstiti della *stipulatio* quelle che ci autorizzano a distinguere ancora il patto dalla stipulazione in quanto tale. Se i testi sottolineano l'analogia dei due atti nella loro essenza³²² e nei loro presupposti³²³, essi mettono in luce al tempo stesso quali siano codeste formalità.

I. 3, 15 pr. = D. 44, 7, 1 § 3: Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulamur.

I. eod. § 1: In hac re olim talia verba tradita fuerunt: spondes? spondeo, promittis? promitto, fidepromittis? fidepromitto, fideiubes? fideiubeo, dabis? dabo, facies? faciam ... 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.

95) ed alla solita opera del RICCOBONO (*Stipulationes contractus pacta*, p. 388 e sgg.).

³²⁰) Riaffermata in D. 2, 14, 7 § 4.

³²¹) Questa è anzi la *communis opinio*: BONFANTE, *Istit.*¹⁰, p. 450, testo e nota 1; DI MARZO, *Istit.*⁴, p. 374 e sg. Intravede al contrario molta parte di verità il BRUGI, *Istit. di dir. priv. giustiniano*³, cit., p. 305 e sgg., pur senza riuscire a sottrarsi del tutto all'influenza della teoria dominante (cfr. p. 382). Anche l'ARANGIO RUIZ, con la sua fine sensibilità, osserva (*Istit.*⁹, p. 332 nota 1) che «le varie riduzioni apportate alla forma verbale non vanno intese alla lettera, cioè nel senso della validità di una stipulazione orale le cui parti si siano espresse con parole libere, bensì come pertinenti alle dichiarazioni che le parti fanno davanti al notaio ed alla riproduzione scritta ad opera del pubblico ufficiale».

³²²) Cfr. D. 2, 14, 7 § 16; D. eod. 59; D. 2, 15, 2 (BRUGI, *op. cit.*, p. 382).

³²³) Cfr. D. 2, 14, 7 § 7, 13, 14, 15; D. eod. 16; D. eod. 17 § 1; D. eod. 27 § 4; D. eod. 28 (BRUGI, *ibid.*).

Actio pecuniae traiecticiae

I. 3, 19 § 17: Si scriptum fuerit in instrumento promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit.

D. 45, 1, 134 § 2 itp.³²⁴: Idem respondit, cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Semproum depositae sint: si inter praesentes actum est, intellegendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis.

I. 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 (cfr. D. 45, 1, 30 itp.).

C. 8, 37 [38], 1 itp.³²⁵: Licet epistulae, quam libello inseruisti, additum non sit stipulatum esse eum cui cavebatur, tamen, si res inter praesentes gesta est, credendum est praecedente stipulatione vocem spondentis secutam.

C. eod. 14 §§ 1-2 (Iustinianus A. Iohanni pp., a. 531): ... 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. 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 ...

Insomma, il formalismo esterno della *stipulatio*, cadute ormai le solenni parole un tempo indispensabili per concludere questo contratto, può essere rappresentato:

a) o dalla *responsio* ad una precedente *interrogatio* (contratto verbale)³²⁶;

b) o dalla scrittura (*instrumentum*)³²⁷, con clausola stipulatoria³²⁸ od anche

³²⁴) Cfr. l'*Index interpol.*, ad h.l.

³²⁵) La interpolazione è stata dimostrata esaurientemente dal RICCOBONO, in «ZSS.», XXXV (1914), p. 277 e sgg., XLIII (1922), pp. 275 e 326: cfr. *Stipulationes contractus pacta*, pp. 88-89.

³²⁶) BRUGI, *op. cit.*, p. 305 e sg.: cfr. ARANGIO RUIZ, *loc. cit.* Altro che reminiscenza arcaica (RICCOBONO, *op. ult. cit.*, p. 122)!

³²⁷) BRUGI, *op. cit.*, p. 306 e sg.; ARANGIO RUIZ, *Istit.*⁹, p. 332; RICCOBONO, *op. ult. cit.*, p. 249 e sgg. (cfr. anche *Stipulatio e instrumentum*, nella «ZSS.», voll. e pp. cit.).

³²⁸) Esempi: D. 2, 14, 7 § 12; D. 45, 1, 126; *PLond.* V, 1727 (a. 583-84), in ARANGIO RUIZ, *Negotia*, n. 67, p. 198.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

senza ³²⁹ (contratto letterale).

Questo e non altro vogliono dire, in conformità delle concorrenti testimonianze, le espressioni contenute nella motivazione della norma sancita con la Nov. 136, capo quarto, e che sono state superiormente riprodotte per la loro significativa correlazione.

Inoltre è prescritto, sia pure con le attenuazioni concesse nella c. 14 h. t. – che è forse una delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*³³⁰ – il requisito della presenza delle parti (cfr. I. 3, 19 § 12).

Nelle convenzioni pure e semplici, al contrario, la manifestazione di volontà è completamente libera di forme, essendo qui regola generale ciò che ha valore, come eccezione, per i contratti consensuali³³¹; onde il patto si riduce a un accordo di volontà sullo stesso oggetto (*«duorum vel plurium in idem placitum et consensus»*: D. 2, 14, 1 § 2), ed acquista per lo più carattere dall'antitesi con le formalità della *stipulatio*.

Ma poiché la scrittura è un'usanza a cui non si sottraggono talvolta neppure i *pacta*, le difficoltà incominciano praticamente quando si tratta di accertare se un dato documento sia un patto o una stipulazione. Ed è appunto in questi casi, e in questi soli, che la indagine sull'intenzione delle parti può avere un senso e un'efficacia, poiché l'*animus* è l'unico elemento che permette di distinguere allora il patto dalla stipulazione: e ciò non solo nell'ipotesi che la scrittura sia senza clausola stipulatoria (C. 8, 37 [38], 1), ma altresì nella eventualità che la suddetta clausola vi sia (D. 2, 14, 7 § 12: *«rogavit Titius, spopondit Maevius»*), in quanto norma costante è quella che la stipulazione si presuma e che l'*animus paciscendi* sia da escludere, sembrando scopo del legislatore che il negozio possa essere tutelato sempre in via d'azione, a meno che non si possa dimostrare che l'atto sia stato concluso dalle parti *«non animo stipulantium ... sed tantum paciscentium»*. Con una ulteriore limitazione, a mio avviso, nell'ipotesi in cui la scrittura sia priva della clausola stipulatoria, e cioè che il negozio non sia già di per sé un patto qualificato, e come tale munito di azione: in tal caso la *praesumptio stipulationis* non è infatti necessaria a salvare la coercibilità del rapporto.

Da tutto questo discende che la nota legge di Leone (C. 8, 37 [38], 10) assume nel sistema della compilazione giustiniana e delle Novelle un significato notevolmente diverso da quello che essa aveva prima di venire inserita

³²⁹) Veggasi la fattispecie della c. 1 h.t., citata nel testo.

³³⁰) Cfr. H. KRUEGER, *Die Herstellung der Digesten Justinians und der Gang der Exzerption*, Münster 1922, p. 71 e sgg.

³³¹) BRUGI, *op. cit.*, p. 382.

Actio pecuniae traiecticiae

nel *Codex*, e forse addirittura nella sua seconda edizione³³²:

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

Nella *duplex interpretatio* impostaci dallo svolgimento storico dei rapporti fra *stipulatio* e *pactum*, la esegesi più conforme al nuovo diritto del *Corpus iuris* è indubbiamente quella che non soltanto ci fa reputare interpolatizio l'inciso «*legibus cognitae*»³³³ come allusione ai casi in cui la legge prescrive ancora la forma della *stipulatio* per la validità del contratto, ma che altresì restringe l'applicazione della *constitutio Leoniana* alla *stipulatio* documentale, intendendo ora per la prima volta (e non già in relazione al diritto precompilatorio)³³⁴ il verbo «*componere*» nel senso di «redigere in iscritto», con speciale riguardo alla forma che il notaio avrà dato alle dichiarazioni delle parti, mentre l'abolizione della *sollemnitatis verborum* nella stipulazione orale, in cui sopravvive nondimeno la formalità della domanda e della risposta, viene ricollegata – come si è visto³³⁵ – dalle Istituzioni ad una interpretazione della *constitutio Leoniana*, che non coincide né con la sua interpretazione storica, né con quella che la costituzione stessa deve avere nel sistema positivo della compilazione e delle Novelle.

Ma tutto ciò rivela, anche in questo campo, la decisa e cosciente volontà del grande legislatore bizantino di preservare, dal punto di vista dogmatico, pur senza chiudere gli occhi di fronte alle nuove esigenze del mondo in cammino, l'eredità della immortale tradizione romana, in contrasto all'indifferenza per questa della legislazione anteriore³³⁶.

Stando così le cose, non è possibile ammettere che nel periodo successivo alla compilazione giustiniana la difesa processuale del *creditor pecuniae traiectionis*

³³² Si pensi all'orientamento rivelatoci dal linguaggio della c. 26 C. 4, 32 («*in traiectionis autem contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari*»: v. sopra, in questo stesso paragrafo), la quale fu pubblicata allorquando (13 novembre 528) il primo Codice era stato già ordinato da nove mesi (c. *Haec quae necessario*: 13 febbraio 528).

³³³ Analogamente RICCOBONO, «ZSS.», XXXV (1914), p. 271, *Stipulationes contractus pacta*, p. 78 nota 48.

³³⁴ Come sostiene l'ARANGIO RUIZ, *Istit.*⁹, p. 331.

³³⁵ In una delle pagine che precedono (§ 15).

³³⁶ Cfr. i miei *Studi sulla legislazione del Basso Impero*, I (*Orientamenti e tendenze del legislatore postclassico nella disciplina dei rapporti reali*) e II (*La nuova proprietà*), in «Studi Senesi», LIV (1940), p. 276 e sgg., LVI (1942), p. 275 sgg., nonché – per significativa coincidenza di risultati – la posteriore indagine dell'ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, negli «Scritti di dir. romano in onore di C. Ferrini pubblicati dall'Università di Pavia», Milano 1943, p. 659 e sgg.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

ciae fosse affidata normalmente all'*a. ex stipulatu*, come è ragionevole supporre invece, ed abbiamo supposto perciò che avvenisse durante il corso dell'età postclassica, fino al momento in cui le nuove leggi non entrarono in vigore.

Secondo il pensiero dei compilatori, la *pecunia traiecticia* è un negozio produttivo di obbligazione, ma non è affatto una *stipulatio*. La compilazione giustiniana non potrebb'essere più categorica in proposito.

D. 22, 2, 7: [In quibusdam contractibus etiam usurae debentur quae ad modum per stipulationem.] nam si dederō decem traiecticia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, [dicendum est posse me sortem cum usuris recipere] <—>³³⁷.

Codesta massima è confermata dalla norma di nuovo conio, che si riferisce alle varie ipotesi del c.d. *fenus quasi nauticum*.

D. 22, 2, 5 § 1: [In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest].

Analogamente si esprimono i testi per quanto concerne la fonte della *obligatio usurarum* nei mutui di derrate (C. 4, 32, 11 [12] itp.)³³⁸ e nei *contractus argenteorum* (Nov. 136, 4: a. 541).

Ma se la *pecunia traiecticia* non è una *stipulatio*, a quale categoria di contratti appartiene?

Teoricamente si potrebbe pensare che la *pecunia traiecticia* fosse un contratto innominato, e che quindi il creditore potesse agire con l'*a. praescriptis verbis* per ottenere il pagamento del capitale e delle *usurae*, ma occorrerebbe che, sul terreno positivo, le fonti ci offrissero qualche appiglio per ricollegare la validità del contratto al principio generale che, quando due persone si siano messe d'accordo sopra una prestazione ed una controprestazione lecite ed una delle due abbia per sua parte osservato il comportamento che si era assunto, sorge per l'altra l'obbligo di adempiere alla controprestazione³³⁹. Se non che il legislatore non solo tace completamente, in questo caso, del criterio sinallagmatico (*ultra citroque obligatio*), prescindendo dal rilevare in qualsiasi modo che la facoltà del *creditor pecuniae traiecticiae* di pretendere la restituzione del capitale ed il pagamento degli interessi tragga origine, come dovrebbe, dall'unica circostanza

³³⁷) Le interpolazioni di questa legge (sostanziale la prima, formale la seconda) costituiscono l'oggetto di una nota del § 12.

³³⁸) Che il testo esprima una nozione giustiniana, essendo stato ritoccato dai compilatori, sostiene con buon fondamento il DE VILLA, *Usurae*, p. 89 e sg.

³³⁹) Cfr. ARANGIO RUIZ, *Istit.*⁹, p. 316.

Actio pecuniae traiecticiae

za che egli ha eseguito la *numeratio*, e ciò in vista di quello scopo, ma tiene invece a far notare che il sorgere dell'*obligatio usurarum* è qui, come in altri casi, una eccezione alla regola che, tranne la efficacia dei patti aggiunti ai contratti la cui protezione è affidata a giudizii di buona fede (*iudicia bonae fidei*), le *usurae* non sono esigibili se non quando sia stata fatta una stipulazione (D. 19, 5, 24).

Siamo dunque di fronte a un contratto speciale nuovo. Nella sua struttura il negozio non differisce da un patto nudo, e ciò in quanto non è prescritta alcuna forma per la manifestazione di volontà: la scrittura può esservi o non esservi, l'accordo orale può concludersi come si vuole, né è richiesta presumibilmente la presenza delle parti, affinché il loro consenso abbia effetti³⁴⁰. L'unica differenza fra la *pecunia traiecticia* e le altre convenzioni in quanto tali è rappresentata dal fatto che la legge riconosce alla convenzione di prestito marittimo una efficacia che altrimenti non avrebbe, e cioè quella di far nascere un'obbligazione: il che vuol dire che la *pecunia traiecticia* può essere collocata nel novero di quei patti che l'ordinamento giuridico munisce di azione quando ne ravvisi l'utilità – che nella specie è proprio quella di tutelare compiutamente il rapporto senza ricorrere alla *stipulatio* – e che ricevono il nome di patti qualificati o legittimi³⁴¹.

Con questo non si vuol negare che i compilatori – evidentemente sotto l'influsso della costruzione classica relativa alla *pecunia traiecticia sine poena* – indulgano talvolta alla tentazione di riavvicinare il negozio al mutuo, sia pure come mutuo anomalo, e cioè come la risultante di un mutuo e di un patto *ad augendam obligationem* connesso³⁴². Ma ciò non toglie che il negozio rimanga un contratto *sui generis*, che come tale non rientra nella categoria dei contratti reali.

Ed allora, esclusa l'*a. ex stipulatu* «per la contradizion che nol consente», esclusa l'*a. praescriptis verbis*, giacché questa presupporrebbe la configurazione della *pecunia traiecticia* come contratto innominato, mentre siffatta tesi non è storicamente suffragata in alcuna guisa dalle fonti giustinianee e bizantine, non vi è altro modo di risolvere il problema concernente la difesa giudiziaria del prestito marittimo nel diritto giustiniano della compilazione se non quello di accedere all'opinione, già sostenuta fra gli altri dal Fadda³⁴³, che il *creditor*

³⁴⁰) Questi sono, appunto, i caratteri generali di ogni patto nel sistema della compilazione: BRUGI, *op. cit.*, p. 380 e sgg.

³⁴¹) Cfr. D. 2, 14, 6: «Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur». Il testo serve a introdurre la nozione dei «patti qualificati» o «*legitimae conventiones*» (su cui v. ancora BRUGI, *op. cit.*, p. 378 e sgg.), ed è forse integralmente giustiniano (cfr. *Index interpol.*, tomo I e suppl. I, ad h.l.).

³⁴²) Basti ricollegare i frammenti «*de nautico foenore*» (D. e C. h. t.), nei quali si parla di mutuo, al § 1 itp. della l. 5 D. 22, 2.

³⁴³) «Riv. it. sc. giur.», II (1887), p. 367. Nello stesso senso DE VILLA, *Usurae*, p. 107 e sg.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

pecuniae traiecticiae potesse valersi della *condictio ex lege* per conseguire la soddisfazione del suo credito, in base alla norma generica formulata nell'unica legge, di pura marca giustiniana³⁴⁴, che noi troviamo inserita sotto la rubrica '*de condictione ex lege*' in D. 13, 2:

[Si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est].

Il che è tanto più verosimile, in quanto lo stesso mezzo processuale è attestato dai bizantini per far valere il credito alla restituzione del *tantundem* ed alla prestazione dei relativi interessi (*accessio, usurae, additamenta usurarum*)³⁴⁵ nei mutui di derrate (Bas. 23, 3, 59 = Heimb. II, 724), che il legislatore pone sullo stesso piano dei *traiecticii contractus* (C. 4, 32, 26 § 2).

Ma è necessario aggiungere peraltro che, se la *condictio ex lege* sarà stata il mezzo processuale ordinario a disposizione del sovventore per ottenere la restituzione del prestito e la corresponsione degli interessi nautici, questo regime non escludeva, e non poteva escludere, che in qualche caso fosse applicabile tuttora in difesa del creditore un'*a. ex stipulatu traiecticiae pecuniae nomine*, come ci sta a dimostrare il fr. 122 § 1 D. 45, 1: '*quaesitum est ... an nihil prosit Erotis consensus ... et nihilo minus actione ex stipulatu Callimachus de pecunia (scil. traiecticia) domino Stichis teneatur. respondit secundum ea quae proponerentur teneri*'. Se non che qui l'applicazione della diversa forma di tutela è giustificata dalla evidentissima circostanza che le parti avevano inteso concludere una *stipulatio*, riversando in essa la *conventio pecuniae traiecticiae* ('*aeque sic recte dari fieri fide roganti Stichis servo * Lucii Titii * <Sei> promisit Callimachus*'). Donde possiamo inferire che la difesa giudiziaria del prestito marittimo è normalmente attribuita, nel sistema della compilazione giustiniana, a quella nuova azione di portata generale, che è la *condictio ex lege*, con questa sola riserva, che mi vien fatto di esprimere utilizzando una frase gaiana, perfettamente adattabile al caso nostro: '*ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat*'³⁴⁶. Ciò vuol dire, con ogni probabilità, che di fronte ad una *cautio pecuniae traiecticiae* – come forse nelle altre ipotesi di patto qualificato, allorché la convenzione formi oggetto di una scrittura voluta dalle parti – si verificherà un capovolgimento della normale presunzione: poiché non solo non vi sarà motivo di presumere la *stipulatio*, ma, essendo anzi la tutela delle *conventiones legitimae* assicurata anche quando i contraenti non si trovassero nello stesso luogo alla data in cui il documento vi

³⁴⁴) Consulta l'*Index interpol.*, ad. h.l.

³⁴⁵) Per questa terminologia cfr.: C. 4, 32, 11 [12]; C.Th. 2, 33, 1; C. 4, 32, 23.

³⁴⁶) Gai. III, 134; ARANGIO RUIZ, *Istit.*⁹, p. 329.

Actio pecuniae traiecticiae

appaia redatto, è ragionevole supporre che la *stipulatio* sia di regola esclusa, a meno che non risulti che le parti abbiano inteso proprio dar vita ad essa e non al *pactum*, ossia che l'una e l'altra abbiano agito *stipulandi animo*.

Comunque sta di fatto che, seppure talvolta i contraenti di un prestito marittimo potranno aver preferito la *stipulatio* alla semplice convenzione, la vecchia *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine* aveva cessato praticamente di esistere nell'età giustiniana, fino dal tempo della legge sul tasso delle *usurae* (C. 4, 32, 26: a. 528), per i motivi che abbiamo a suo tempo enunciati³⁴⁷.

Nulla di strano, pertanto, se all'indomani della compilazione gli interpreti bizantini non sono più in grado di comprendere appieno un frammento, la cui redazione era proprio condizionata, nel suo tessuto logico-giuridico, alla natura dell'*a. traiecticiae pecuniae* classica, quale azione corrispondente alla *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa*. Il frammento, di cui si tratta, è la l. 3 § 8 D. 15, 1: che significa, ormai, per costoro l'espressivo riaccostamento dell'*a. pecuniae traiecticiae* all'*a. ex poena compromissi*, quando essi ignorano che la prima è un'*a. ex poena traiecticiae pecuniae*?

Sconcertati da questo enigma, i maestri bizantini del VI secolo si sforzano d'intendere la legge come potevano, sia pur dandone una interpretazione aberrante sotto il profilo storico. Tale interpretazione dovette avere una notevole fortuna, se sopravvisse anche quando la *poena traiecticiae pecuniae* fu abilmente risuscitata per eludere il divieto delle *usurae* al di sopra della *centesima*³⁴⁸. Ed ecco il testo di quella legge nella sua reincarnazione bizantina, tramandataci per l'appunto dalla più importante compilazione ufficiale dei secoli successivi (Bas. 18, 5, 3 § 8 = Heimb. II, 244)³⁴⁹:

Καὶ περὶ δούλου ἐλευθεριάζοντος καὶ δικαζομένου παρὰ αἰρετῷ δικαστῇ ἢ ἐμπράκτω, πῶς οὐχ ἀρμόζει ἢ περὶ πεκουλίου, ἀλλ' ἐπὶ μόνοις τοῖς διαποντίοις χρήμασιν. [Item si servus se liberum gerat et apud arbitrum vel iudicem ordinarium litiget, quomodo de peculio actio non competat, nisi pecuniae traiecticiae dumtaxat nomine.]

Com'è evidente, il frammento classico cristallizzato in D. 15, 1, 3 § 8 fa co-

³⁴⁷) Vedi sopra, § 7.

³⁴⁸) Il fenomeno è analogo a quello per cui la voce «*poena (traiecticiae pecuniae)*», in alcuni passi dei Basilici, continua ad essere intesa nel senso di «*usurae*», e cioè come la intendevano i commissarii giustiniani: v. sopra, § 8. Se non che in questo caso alla forza d'inerzia dovettero aggiungersi particolari motivi di utilità pratica.

³⁴⁹) Si sa infatti che i paragrafi (θέματα) corrispondenti alle varie leggi del Digesto e del Codice sono tratti dagli antichi indici del VI secolo: KUEBLER, *Geschichte*, p. 444; DE FRANCISCI, *Storia*, III, 1, p. 324; ARANGIO RUIZ, *Storia*³, p. 396.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

modo agli autori del suo compendio per introdurre una nuova norma di diritto singolare, e cioè quella, secondo la quale, derogandosi al *ius commune*, l'*a. indicati de peculio* e l'*a. de peculio ex compromisso* possono essere esercitate rispettivamente contro il *dominus* dello schiavo *condemnatus* o *compromissor*, qualora il giudizio od il compromesso arbitrale, di cui lo schiavo sia stato parte, vertesse intorno all'esecuzione delle clausole di un prestito marittimo, verosimilmente allo scopo di evitare la necessità di una nuova procedura per la dichiarazione del credito o di un ulteriore compromesso per la risoluzione arbitrale della controversia, e di assicurare perciò la massima speditezza nella esecuzione delle obbligazioni commerciali nascenti da un contratto di *pecunia traiecticia*, passando sopra all'assoluta incapacità giudiziaria e compromissoria del *servus*, ancorché questi *pro libero se gerat* (δοῦλος ἐλευθεριάζων). Tendenza questa, che non doveva essere poi troppo ripugnante alla mentalità ellenica, se corrisponde al vero l'ipotesi del Paoli³⁵⁰ che nelle cause di materia commerciale discusse innanzi ai tribunali della Grecia classica si richiedesse unicamente che le parti fossero commercianti, prescindendo dal loro stato giuridico.

Ma non potremo certo rimproverare a Giustiniano di non avere opportunamente modificato il testo originale con una semplice interpolazione omissiva («*sicuti traiecticiae pecuniae datur*»), e di avere quindi suscitato la peregrina interpretazione dei Basilici, se è stato proprio questo frammento, interpretato storicamente, che ci ha permesso d'impostare su nuove basi il problema della *pecunia traiecticia*, e di offrire incidentalmente un contributo – forse istruttivo per qualche aspetto – alla dottrina romana delle clausole penali.

³⁵⁰) *Studi* cit., p. 105 e sgg.

Indici

Si ringrazia la dottoressa Valentina Casella per la nuova redazione degli Indici delle Fonti e degli Autori.

Indice delle fonti

I. – FONTI PREGIUSTINIANEE

a) FONTI GIURIDICHE

CODEX THEODOSIANUS
 2, 33, 1 102 nt. 345.

CONSULTATIO
 VETERIS CUIUSDAM IURISCONSULTI
 4, 8 76.
 9, 17 21 nt. 55.

GAII INSTITUTIONES
 I, 1 76.
 II, 31 24 nt. 68.
 II, 150 25 nt. 75.
 III, 100 66; 66 nt. 203.
 III, 117 66 nt. 203.
 III, 134 102 nt. 346.
 III, 158 66 nt. 203.
 III, 176 17; 18 nt. 49.
 IV, 53 75.
 IV, 53a 75.
 IV, 53c 69.

PAULI SENTENTIAE
 2, 14, 1 73; 75.
 2, 14, 2 76 nt. 242.
 2, 14, 3 59; 60 nt. 173; 63; 77; 80;
 88 nt. 286.
 5, 5a, 1 21 nt. 55.
 5, 7, 2 94.

TITULI EX CORPORE ULPIANI
 28, 7 25 nt. 75.

VATICANA FRAGMENTA
 11 24 nt. 72.

b) FONTI LETTERARIE

CATO
de agri cult. 144, 2 23 nt. 64.
de agri cult. 146, 5 23 nt. 64.

CICERO
ad Att. 1, 12, 5 76 nt. 242.
ad Att. 1, 12, 21 76 nt. 242.
de leg. 1, 6, 18 18 nt. 51.
de leg. 2, 4, 8 18 nt. 51.
de off. 3, 17, 71-72 18 nt. 51.
pro Mil. 3, 10 18 nt. 51.
top. 2, 9 18 nt. 51.

[DEMOSTHENES]
c. Apat., §§ 25-26 35 nt. 107.
c. Dionysod., § 5 12 nt. 27; 58 nt.
 168.
c. Lacr., § 10 57 nt. 165.
c. Lacr., § 11 46 nt. 130.
c. Lacr., § 24 46 nt. 130.

LYSIAS
c. Theomn. I § 18 12 nt. 28.

PLAUTUS
Men. V, 4, 6 23 nt. 64.

PLINIUS
Epist. 10, 64 64 nt. 193.
Paneg. 1 79 nt. 252.

PLUTARCHUS
Cato maior 21 31 nt. 92.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

SUETONIUS	
<i>Aug.</i> 65	79 nt. 252.
<i>Calig.</i> 53	79 nt. 252.
TACITUS	
<i>Ann.</i> 4, 4	79 nt. 252.
VALERIUS MAXIMUS	
4, 4, 8	79 nt. 252.
VEGETIUS	
<i>Epit. rei milit.</i> 4, 39	57 nt. 163, 164.

II. - FONTI GIUSTINIANEE

a) INSTITUTIONES

2, 1 § 41	38 nt. 117.
3, 15 pr.	96.
3, 15 § 1	96.
3, 15 § 7	23; 59 nt. 172.
3, 19 § 12	98.
3, 19 § 13	66 nt. 203.
3, 19 § 17	94; 97.
3, 19 § 19	23 nt. 65.
3, 20 § 8	97.
3, 29 § 3	17.
b) DIGESTA	
2, 7, 3 pr.	14 nt. 35.
2, 11, 13	17 nt. 46, 48.
2, 14, 1 § 2	98.
2, 14, 6	101 nt. 341.
2, 14, 7 § 2	11 nt. 23.
2, 14, 7 § 4	30; 96 nt. 320.
2, 14, 7 § 7	96 nt. 323.
2, 14, 7 § 12	97 nt. 328; 99.
2, 14, 7 § 13	96 nt. 323.
2, 14, 7 § 14	96 nt. 323.
2, 14, 7 § 15	96 nt. 323.
2, 14, 7 § 16	96 nt. 322.
2, 14, 16	96 nt. 323.
2, 14, 17 § 1	96 nt. 323.
2, 14, 27 § 4	96 nt. 323.
2, 14, 28	96 nt. 323.
2, 14, 30 § 1	17; 17 nt. 48; 18 nt. 49.
2, 14, 59	96 nt. 322.
2, 15, 2	96 nt. 322.
2, 15, 15	24 nt. 67.

2, 15, 16	24 nt. 67.
5, 12 [13]	22 nt. 60; 47 ss.; 53.
3, 5, 33	64 nt. 192.
4, 8, 2	21 nt. 55.
4, 8, 3 pr.	21 nt. 55.
4, 8, 11 § 2	22 nt. 62.
4, 8, 14 § 5	59 nt. 172.
4, 8, 13 § 1	36 nt. 112.
4, 8, 21 § 9	36.
4, 8, 23 pr.	37 nt. 114.
4, 8, 23 § 3	36.
4, 8, 28	59 nt. 172.
4, 8, 32 § 8	15; 17; 18 nt. 49.
4, 8, 38	21 nt. 55.
4, 8, 40	36; 38.
4, 9, 1 § 7	22 nt. 60.
9, 2, 5 § 3	64 nt. 192.
9, 2, 11 § 6	15 nt. 40.
9, 2, 22	27.
12, 1, 7	73; 78.
12, 1, 8 pr.	73; 78.
12, 1, 24	79 nt. 252.
12, 1, 40	59 nt. 172.
12, 2, 22	18 nt. 49.
13, 2 rubr.	102.
13, 2, 1	8; 36 nt. 112; 102.
13, 4, 1	69 nt. 215.
13, 4, 2 § 8	7; 10; 22 nt. 60; 68 ss.; 82; 95.
13, 7, 4	93.
15, 1, 1	17.
15, 1, 1 § 3	32.
15, 1, 3	17.
15, 1, 3 § 5	17; 17 nt. 47; 18 nt. 49.
15, 1, 3 § 6	17; 17 nt. 48; 18 nt. 49.
15, 1, 3 § 8	13 ss.; 18 nt. 49.
15, 1, 3 § 9	16 nt. 44; 18 nt. 49.
15, 1, 3 § 10	18 nt. 49.
15, 1, 3 § 11	20 nt. 53.
15, 1, 5	17.
15, 1, 5 § 2	17; 18 nt. 49.
15, 1, 41	78 nt. 250.
15, 1, 47 § 1	17; 18 nt. 49.
16, 1, 19 § 2	64 nt. 192.
18, 1, 8 § 1	64 nt. 195.
18, 3, 1	40.
18, 3, 8	38 ss.
18, 4, 7	64 nt. 195.
19, 1, 13 § 26	24 nt. 72.

Indice delle fonti

19, 1, 51 § 1	38 ss.		30 ss.; 41; 46 s.; 51 nt.
19, 5, 24	73; 92; 95 nt. 318; 101.		145; 81; 82; 84.
22, 1, 9 pr.	24 nt. 72.	44, 7, 44 § 5	25 nt. 74; 28 nt. 80; 59 nt. 172.
22, 1, 44	24; 34 nt. 105; 42; 45; 60 nt. 173.	44, 7, 44 § 6	25 nt. 74; 59 nt. 172.
22, 2 rubr.	22 nt. 59.	45, 1, 2 § 6	24 nt. 68.
22, 2, 1	22 nt. 60; 79 ss.; 88.	45, 1, 4 § 1	59 nt. 172.
22, 2, 2	22 nt. 60; 25 nt. 75; 26 nt. 76; 47; 51; 81.	45, 1, 38 § 17	23 nt. 65.
22, 2, 3	22 nt. 60; 59; 80.	45, 1, 48	26 nt. 76.
22, 2, 4	22 nt. 60.	45, 1, 77	27.
22, 2, 4 pr.	24; 59; 77 s.; 81; 82; 84; 87; 88 s.	45, 1, 115	59 nt. 172.
22, 2, 4 § 1	31 nt. 90, 93; 81 s.	45, 1, 115 § 2	25 nt. 73; 28 nt. 81.
22, 2, 5	11; 61 ss.	45, 1, 122 § 1	7; 8; 9 nt. 8; 10 s.; 22 nt. 60; 29 s.; 53 ss.; 58; 81; 82; 102.
22, 2, 5 pr.	10; 63 ss.; 81; 82.	45, 1, 122 § 2	59 nt. 171, 172.
22, 2, 5 § 1	65 s.; 67; 100; 101 nt. 342.	45, 1, 122 § 3	59 nt. 171, 172.
22, 2, 6	10; 22 nt. 60; 78 s.; 81 s.; 84; 88 nt. 286; 95.	45, 1, 122 § 6	24 nt. 67; 59 nt. 171.
22, 2, 7	10 s.; 22 nt. 60; 77 ss.; 82; 84; 100.	45, 1, 126	97 nt. 328.
22, 2, 8	21 nt. 57; 22 nt. 60; 29; 36; 38; 47; 52 s.; 81; 82; 84.	45, 1, 126 § 2	59 nt. 172.
22, 2, 9	21 nt. 56; 22 nt. 60; 25 ss.; 36; 35 nt. 109; 47; 53; 81; 84.	45, 1, 134 § 2	97.
23, 4, 30	64 nt. 192.	46, 1, 16 § 4	78 nt. 250.
24, 1, 13 § 2	64 nt. 190.	46, 1, 19	17; 17 nt. 48.
25, 4, 4	64 nt. 192.	46, 1, 20	17.
26, 7, 9 § 5	50 nt. 141.	46, 3, 102 § 1	75.
28, 5, 82 pr.	64 nt. 192.	46, 5, 11	59 nt. 172.
31, 21	67 nt. 209.	46, 7, 19 § 1	32.
31, 83	64 nt. 192.	49, 14, 1 § 1	25 nt. 75.
31, 87 § 4	64 nt. 192.	50, 16, 94	67 nt. 209.
33, 7, 20 pr.	64.	50, 17, 107	14 nt. 35; 17 nt. 46.
33, 10, 7 § 1	64 nt. 190.	c) CODEX	
34, 5, 13 [14] § 2	59 nt. 172.	2, 3, 14	30.
34, 5, 13 [14] § 5	59 nt. 172.	2, 4, 17	24 nt. 67.
35, 2, 1 § 8	28 nt. 80.	2, 4, 37	24 nt. 67.
36, 2, 19 pr.	28 nt. 80, 81.	2, 55 [56], 4	36 nt. 111.
36, 2, 19 § 1	28 nt. 80.	2, 55 [56], 5	36 nt. 111.
36, 2, 24	28 nt. 80.	2, 55 [56], 5 pr.	36 nt. 112.
40, 12, 34	79 nt. 252.	4, 11, 1	66 nt. 203.
44, 4, 4 § 3	21 nt. 55.	4, 24, 4	93.
44, 7, 1 § 3	96.	4, 32, 3	75.
44, 7, 23	21 nt. 56; 22 nt. 60; 25; 26 nt. 76; 29; 29 nt. 85;	4, 32, 11 [12]	100; 102 nt. 345.
		4, 32, 15	24 nt. 72.
		4, 32, 23	102 nt. 345.
		4, 32, 26	31 nt. 93; 42 nt. 121; 44; 99 nt. 332; 103.
		4, 32, 26 § 2	34 nt. 104; 42; 61; 95; 102.
		4, 32, 27 § 1	31 nt. 93.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

III. - FONTI BIZANTINE

BASILICORUM LIBRI

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

BASILICORUM SUPPLEMENTA

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

LEX RHODIA

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

SCHOLIA BASILICORUM

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

Theophili Paraphrasis Graeca
 Institutionum

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

IV. - ISCRIZIONI E PAPIRI

ARANGIO RUIZ, *Negotia*

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

BRUNS-GRADENWITZ, *Fontes*⁷

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

CIL

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

PREISIGKE, *Sammelbuch*

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

WESSELY, *Textus Graeci*

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

BGU

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

PLond.

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

Indice delle fonti

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

Indice degli Autori

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

Indice degli autori

- KRUEGER H.: 67 nt. 209.
KRUEGER P.: 17 nt. 46; 25 nt. 75; 37 nt. 113, 114; 39 nt. 118; 50 nt. 139, 140; 52 nt. 146; 54 nt. 150; 54 nt. 153; 61 nt. 176; 70 nt. 220; 88 nt. 287.
KUBITSCHKE: 56 nt. 162.
KUEBLER: 37 nt. 113; 44 nt. 126; 103 nt. 349.
KUNKEL: 19 nt. 52; 35 nt. 106; 73 nt. 233; 76 nt. 241.

LANFRANCHI: 26 nt. 76; 51 nt. 142; 64 nt. 188.
LA PIRA: 14 nt. 33; 21 nt. 54; 24 nt. 66; 67; 36 nt. 112; 77 nt. 246.
LATTES: 46 nt. 133.
LAURIA: 73 nt. 233; 76 nt. 241; 84 nt. 270.
LAVAGNINI: 43 nt. 122.
LEMARIÉ: 19 nt. 52.
LENEL: 8 nt. 5; 11 nt. 21, 22; 14 nt. 34; 17 nt. 45, 46; 19 nt. 52; 25 nt. 75; 33; 33 nt. 103; 48 nt. 135; 50 nt. 139; 69 nt. 214; 70 nt. 217, 219; 72 nt. 226; 74 nt. 235; 77 nt. 244, 246; 79 nt. 252; 86 nt. 274.
LEONI: 68 nt. 214.
LEYSER: 91; 91 nt. 297.
LEVY: 40 nt. 119; 56 nt. 159; 93 nt. 307.
LINDSAY: 23 nt. 64.
LOMBARDI: 84 nt. 270.
LONGO C.: 19 nt. 52; 62 nt. 179; 65 nt. 201.

MANCALEONI: 22 nt. 60; 55 nt. 156.
MANDRY: 19 nt. 52.
MANIGK: 89 nt. 287.
MASCHI: 18 nt. 51.
MATTHIAS: 8 nt. 1; 61 nt. 177.
MERGUET: 80 nt. 252.
MERINGER: 73 nt. 233.
MESSINEO: 92 nt. 304.
MEYLAN: 38 nt. 117.
MICOLIER: 19 nt. 52.
MILLER: 56 nt. 162.
MILTNER: 43 nt. 122.
MITTEIS: 19 nt. 52; 35 nt. 106; 67 nt. 210; 68 nt. 214; 76 nt. 241; 93 nt. 307.
MOLINEO: 12 nt. 25.
MOMMSEN: 31 nt. 93; 33; 33 nt. 97; 50 nt. 139; 51; 52 nt. 146; 54; 54 nt. 153; 55 nt. 156; 88 nt. 287.
MONIER: 19 nt. 52; 35 nt. 106; 76 nt. 241.
MONTEL: 33 nt. 101; 35 nt. 106.
MORELLI: 48 nt. 135.
MORTREUIL: 45 nt. 129.

NABER: 8 nt. 5; 15; 15 nt. 38; 68 nt. 214.

ORESTANO: 68 nt. 214.

PACCHIONI: 19 nt. 52; 23 nt. 65; 48 nt. 135; 77 nt. 245.
PAOLI: 12 nt. 27, 28; 31 nt. 90; 42 nt. 121; 56 nt. 161; 57 nt. 165; 58 nt. 169; 84 nt. 267; 86 nt. 275-277; 87 nt. 284; 90 nt. 290; 95 nt. 312; 104; 104 nt. 350.
PARADISI: 74 nt. 234.
PARDESSUS: 61 nt. 177.
PARTSCH: 48 nt. 135.
PERGAMENT: 30 nt. 86.
PERNICE: 8 nt. 4, 5.
PEROZZI: 8 nt. 5; 9 nt. 9; 18 nt. 51; 19 nt. 52; 23 nt. 65; 24 nt. 71; 30 nt. 86; 35 nt. 106; 38 nt. 117; 76 nt. 241; 84 nt. 270.
PETERLONGO: 24 nt. 67.
PETERS: 45 nt. 129.
PETROPOULOS: 19 nt. 52.
PLATNER: 35 nt. 107.
PREISIGKE: 94 nt. 309.
PRINGSHEIM: 38 nt. 117; 55 nt. 156; 76 nt. 241.

RABEL: 19 nt. 52; 23 nt. 65; 76 nt. 241.
REGELSBERGER: 92 nt. 304.
REISKE: 12 nt. 27; 35 nt. 107; 46 nt. 130; 57 nt. 165; 58 nt. 168.
RICCOBONO: 9 nt. 9; 22 nt. 61; 30; 30 nt. 88; 48 nt. 135; 61; 63 ss.; 63 nt. 182; 65 nt. 200; 66 nt. 204, 207; 68 nt. 214; 77 nt. 243, 245; 85 nt. 272; 90 nt. 293; 93 nt. 307; 94 nt. 308, 310; 95 nt. 317, 319; 97 nt. 325, 326, 327; 99 nt. 333.
ROMANO: 38 nt. 117.
ROSTOVZEV: 43 nt. 122.
ROTONDI: 15 nt. 40; 36 nt. 112; 65; 65 nt. 199.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

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

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

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

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

Indice Sommario

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

Postilla

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

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

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

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

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

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

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

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

⁴ *Dir. priv. rom.*³, p. 785.

⁵ *Loc. cit.*

⁶ *Loc. cit.*

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

⁸ *Röm. Privatrecht*, p. 532 nt. 35.

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

¹⁰ *Istit.*⁴, p. 476: testo e nt. 60.

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

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

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

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

¹¹) V. *supra*, pp. 13, 20-22.

¹²) Di nuovo *supra*, pp. 14-20.

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

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

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

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

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

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

¹⁵ V. *supra*, p. 13 ss.

¹⁶ V. *supra*, p. 22 ss.

¹⁷ V. *supra*, p. 25 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁰) V. *supra*, p. 53 ss.

²¹) V. *supra*, p. 79 ss.

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

²³) *Sull'actio p.t.*, p. 37 s.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

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

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

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

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

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

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

3. Tutte le altre indagini monografiche sulla *pecunia traiecticia*, od a questa in-scindibilmente collegate, sono scritti recenti o recentissimi.

Nel 1969 il romanista ungherese Károly Visky ha pubblicato un contributo, che già nel titolo si riconnette alla *poena traiecticiae pecuniae*²⁹, e che mi sembra particolarmente degno di nota.

L'autore – dopo aver dichiarato di aderire all'opinione di quanti ravvisano, accanto all'operazione di credito marittimo, una funzione prevalentemente assicurativa nell'istituto romano della *pecunia traiecticia*³⁰ – incomincia col sostenere che l'efficacia del *nudum pactum usurarum* a favore del *creditor traiecticiae pecuniae* è una mera ipotesi, e che pertanto sembra doversi porre in prima linea, nella ricostruzione dell'istituto, la prassi così frequentemente attestataci (e da me adeguatamente valorizzata, com'egli non esita in alcun modo a riconoscere) di una clausola penale *traiecticiae pecuniae causa*. Del che non posso, in quanto suo battistrada, che compiacermi. Però l'autore stesso mi fraintende – e debbo subito rilevarlo, per dissipare equivoci – allorché dice (e non si stanca di ripetere) che, secondo me, una specifica *stipulatio poenae* non sarebbe stata necessaria, essendo la *poena* un elemento essenziale di quel contratto a sé stante, denominato *pecunia traiecticia*³¹. Io invece sono d'avviso – come il lettore sa bene – che la *stipulatio poenae* fosse una cautela normale, a cui il sovventore doveva immancabilmente ricorrere, se non voleva trovarsi allo scoperto, e cioè privo di un mezzo processuale idoneo (quale era, appunto, l'*actio ex poena traiecticiae pecuniae*) per la tutela integrale del suo credito³².

Ciò premesso, il Visky, proponendosi d'intraprendere una nuova esplorazione delle fonti per individuare «auf teilweise anderem Wege» la funzione della *poena traiecticiae pecuniae*, annette una grande importanza al fatto che que-

²⁹) *Das Seedarlehn und die damit verbundene Konventionalstrafe im römischen Recht*, in «RI-DA.», 3ª serie, XVI (1969), pp. 389-419.

³⁰) Una conforme presa di posizione al riguardo noi la incontriamo oggi nell'opera di un competente storico delle istituzioni economiche, il ROUGÉ, *Recherches sur l'organisation maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*, Paris 1966, p. 345: «en un temps où l'assurance maritime n'existe pas, où la technique des Lloyds est inconnue, l'usager de la mer trouve dans cette pratique une certaine garantie contre la fortune de mer».

³¹) *Op. cit.*, p. 398: «Laut Biscardi enthielt die in solchen Fällen ausbedungene Strafe keine gesonderte Stipulation, sondern war diese ein stätiges wesentliches Element des Hauptgeschäftes, also des Seedarlehns, als eine besondere Vertragsart». Ma v. anche pp. 402, 406 e 409. Contro tale arbitraria interpretazione del mio pensiero, basterà che il lettore sia rinviato, se non altro, alle pp. 21 s., 25, 79-87 di questo libro, immutate rispetto alla precedente edizione.

³²) V. anche *infra*, § 4.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

sta non fosse soltanto una sanzione per la mora nella restituzione del capitale e nel pagamento degli interessi ogni qual volta il viaggio fosse andato a buon fine, ma altresì ed assai di sovente una controprestazione prevista per la disponibilità del *servus* κερμακόλουθος (circa le *operae* in cui egli fosse stato impiegato dal debitore durante e dopo la navigazione), o quanto meno per la mancata utilizzazione dello schiavo stesso ad altri fini da parte del *dominus* creditore, in conseguenza del ritardato adempimento. Difatti, mentre in un primo tempo si sarebbe fatto uso della *stipulatio poenae* per poter oltrepassare il tasso legale degli interessi dopo l'arrivo della nave in porto, quando invece il regime delle clausole penali subì – come crede l'autore – un'alterazione profonda per effetto dell'equiparazione della *poena* alle *usurae* (il che si sarebbe verificato nel III secolo dell'impero, ossia non prima dell'ultima fase del diritto classico, in seguito alla progressiva svalutazione della moneta), ebbene allora, facendo leva sulla *stipulatio poenae ob operas servi*, si sarebbero potute eludere le restrizioni legali riguardanti la *poena* convenzionale sostitutiva delle *usurae*, sia pure con la limitazione al 24 % contemplata in D. 22, 2, 4, 1.

Se non che l'unico esempio, e – come abbiamo visto³³ – non autonomo, di *stipulatio poenae ob operas servi* è quello offertoci da Africano in D. 44, 7, 23 (gratuita essendo l'ipotesi che la *poena t. p.* in D. 3, 5, 12 [13] sia un caso di *poena ob operas servi*, stipulata *in singulos dies* e come tale soggetta ad *augeri*, ed altrettanto gratuita la congettura che la *stipulatio pro operis servi t.p. gratia secuti*, di cui ci parla Papiniano in D. 22, 2, 4, 1 itp., sia una *stipulatio poenae* e non una normale *stipulatio operarum*)³⁴. Né d'altronde risulta in alcuna guisa, sembrando anzi contraddetto dal suo tenore, che la norma di origine abbastanza remota (ancorché riferita in fonti non anteriori all'età dei Severi)³⁵ «*poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest*» fosse applicabile alle *usurae infinitae* (vale a dire: *ultra licitum*), tanto è vero che perfino i Bizantini – come sappiamo³⁶ – si arrampicheranno sugli specchi per sfuggire, attraverso un'audace interpretazione di essa, alla improvvida riforma giustiniana, limitatrice delle stesse *usurae nauticae* nei *traiecticii contractus*.

Cade, pertanto, l'ingegnoso ma troppo fragile tentativo del romanista ungherese di giustificare in una maniera diversa da quella che io continuo a

³³) Cfr. *supra*, p. 30 ss.

³⁴) In antitesi alle illazioni del VISKY, *op. cit.*, p. 410 ss. (cfr. p. 415), mi sia consentito di addurre le mie esegesi critiche dell'uno e dell'altro frammento: D. 3, 5, 12 [13] a p. 47 ss.; D. 22, 2, 4, 1 a p. 31 nt. 93.

³⁵) Vat. Fr. 11 (Pap. 3 *resp.*); D. 19, 1, 13, 26 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 22, 1, 44 (Mod. 10 *pand.*); C. 4, 32, 15 (Gord., a. 242).

³⁶) V. *supra*, p. 42 ss. E in ciò concorda con me il DE MARTINO, *Sull'actio p.l.*, pp. 30-32.

propugnare la funzione capitale della *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa* per la ricostruzione storico-giuridica del prestito marittimo romano.

Quanto poi all'osservazione, sulla quale l'autore indugia ed ama insistere³⁷, che – malgrado la testimonianza di Scevola in D. 22, 2, 5 pr. – la *pecunia traiecticia* non abbia proprio nulla a che fare con i contratti aleatori, con i quali presenterebbe solo una vaga rassomiglianza, mi par ch'egli sia forse reciso più del necessario. Vero è che nelle operazioni di credito navale – a differenza di ciò che avviene in altri casi di finanziamento, in cui la restituzione del capitale e la corresponsione di un premio sono pattuite subordinatamente all'avverarsi di una certa condizione – la contropartita del rischio può essere per lo più predeterminata nel calcolo degli interessi, tenendo conto di tutta una serie di elementi (epoca del viaggio, itinerario, condizioni meteorologiche previste, probabilità d'incontro con pirati, scali e soste nei porti), senza per altro verso trascurare che le *usuræ nauticæ* non sono ammesse quando la nave non viaggia e che gli eventi presi in considerazione per la copertura del rischio sono soltanto quelli strettamente inerenti alla navigazione (con esclusione, per esempio, dell'incendio o dei danni alla mercanzia per negligenza dell'equipaggio): ma ciò non toglie che la giurisprudenza classica, enucleando nella elaborazione della *pecunia traiecticia* e della relativa *poena* il concetto di *pretium periculi*, lo abbia analogamente applicato tutte le volte che – a prescindere dal verificarsi di una *condicio poenalis* («condizione *quamvis poenali non exsistente*») – il contratto (*stipulatio sortis et usurarum*) preveda la restituzione del capitale e il pagamento degli interessi («*recepturus sis quod dederis et insuper aliquid*») nel solo caso, in cui non si abbia realizzazione del rischio («*si modo in aleæ speciem non cadat*»)³⁸.

4. E' pure del 1969, anche se pubblicamente diffuso non prima del 1971 con il volume della raccolta di cui fa parte, un ampio ed acuto studio del nostro Voci sulla responsabilità del debitore da *stipulatio poenae*, un intero paragrafo del quale tratta *ex professo* della *poena traiecticiae pecuniae*³⁹.

Anche il Voci tiene a sottolineare l'importanza della clausola penale nella *pecunia traiecticia*, scrivendo che «il negozio è di solito rafforzato da una *stipulatio poenae*» (la spazieggiatura è mia), ma affrettandosi però a soggiungere

³⁷ *Op. cit.*, pp. 391 ss., nonché 407 s.

³⁸ V. ancora, in precedenza, p. 61 ss. (ma specialmente p. 63 ss.).

³⁹ *La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'*, in «Studi Volterra», Milano 1971-73, III [1971], pp. 319-358 [ma l'estratto apparve nel 1969]. La *pecunia traiecticia*, considerata in relazione alla sua clausola penale, forma oggetto del § 6, p. 341 ss.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

che «usanza non è legge»⁴⁰. Il che è vero, ma in un senso diverso da come l'intende il Voci.

Dirò anzitutto, per fatto personale, che l'autore pecca d'inesattezza laddove egli precisa, citando la prima edizione di questo mio lavoro: «pensare, col Biscardi, che la *stipulatio poenae* sia essenziale al negozio, non si può»⁴¹ (la spazieggiatura è ancora mia). Difatti, ho io forse mai sostenuto qualcosa di simile? La risposta negativa a tale domanda è in tutto il mio lavoro, e specialmente nelle pagine in cui parlo dell'eventualità – sia pure alquanto rara – di una *pecunia traiecticia sine poena*⁴² o giustifico l'eccezione di una *stipulatio t.p.* non identificabile con la solita *stipulatio poenae*⁴³.

Ciò posto, non sarò io a negare che l'*uti solet* (o *uti adsolet*) dei due testi richiamati dal Voci (D. 22, 2, 9; D. 44, 7, 23) non allude e non può alludere, effettivamente, ad una necessità giuridica inderogabile. Tuttavia, nel regolamento convenzionale della *pecunia traiecticia*, l'*id quod plerumque accidit*, ovvero sia la *stipulatio poenae*⁴⁴, corrisponde quanto meno ad un 'onere': se chi fa un prestito marittimo vuole poter disporre di un mezzo di coazione tale da assicurarli, nei confronti del debitore, una piena copertura del suo credito, dovrà farsi promettere, mediante *stipulatio poenae*, una somma superiore a quanto gli è dovuto, per il caso d'inadempienza della controparte. Non per nulla il verbo *solere* – come credo di aver messo in luce altre volte⁴⁵ – rappresenta, nel lin-

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 342, testo e nt. 79.

⁴¹ *Ibid.*, nt. 79 (cfr. p. 341 nt. 77).

⁴² *Actio pecuniae traiecticiae*¹, p. 107 ss. (in questa nuova edizione p. 79 ss.).

⁴³ *Actio pecuniae traiecticiae*¹, p. 70 ss. (in questa nuova edizione p. 53 ss.). Cfr. del resto quanto ho avuto occasione di ripetere poco più sopra, accennando di nuovo al 'prestito di Callimaco', nel § 2 di questa medesima 'postilla'.

⁴⁴ Ai due testi, nei quali ricorre l'espressione *uti solet* (o *uti adsolet*), fanno eco in realtà, com'è noto, altri esempi concreti di applicazione della *stipulatio* in parola: D. 22, 2, 8; D. 15, 1, 3, 8; D. 3, 5, 12[13]; D. 13, 4, 2, 8.

⁴⁵ Così a proposito della 'regola finale' che impone a chi voglia accendere un'altra ipoteca su cosa già ipotecata di denunciare alla controparte l'esistenza del precedente vincolo ipotecario (D. 20, 1, 15, 2: «*Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum quod solent pati qui saepius easdem res obligant* – vale a dire l'imputazione di *stellionatus* – *praedicere s o l e n t alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio, ut [-] res sit <scil. secundo creditori> obligata, cum primo debito liberata ... fuerit*»): cfr. BISCARDI, *Die mehrfache Verpfändung einer Sache vom attischen bis zum spätrömischen Recht*, in «ZSS», LXXXVI (1969), p. 167. Così anche in relazione alla diagnosi testuale della definizione trasmessaci da Festo, s.v. *contestari litem* (p. 50 THEWREWK-LINDSAY: «*Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere s o l e t: 'testes estote'*»), dove il nome della *litis contestatio* formulare, ossia l'accordo delle parti sulla *formula-iudicium*, la cui validità non dipende dalla presenza dei *testes advocati*, trova nondimeno la sua giustificazione etimologica nella 'regola finale', per cui le parti stesse debbono preconstituirsì una prova testimoniale dell'accordo, se intendono sottrarsi al rischio di ogni discussione sulla concorde volontà

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

guaggio della giurisprudenza classica, il verbo tipico delle cosiddette 'regole finali', e cioè l'espressione tecnica usata per alludere a quelle *regulae iuris*, che dettano un precetto, a cui il destinatario è tenuto ad uniformarsi non già in assoluto, ma solo in vista di un certo fine che a lui preme di raggiungere e che l'ordinamento giuridico protegge con la sanzione, se non le osserva, del mancato conseguimento di quel fine: il che sta a significare propriamente la corretta applicabilità, nell'indagine romanistica, della nozione moderna di 'onere'.

Ma veniamo al nocciolo di quella che è l'opinione dell'autore sulla natura della *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa*. Egli si propone di dimostrare che siffatta *stipulatio poenae* non avrebbe natura autonoma, in quanto «ad un contratto valido, come mutuo o come *stipulatio*, la *stipulatio poenae* non può aggiungersi che con carattere non autonomo»⁴⁶. E qui nasce subito un primo ostacolo per chi si accinga a seguirlo nelle sue deduzioni. Infatti, essendo ancora da accertare che la *pecunia traiecticia* sia un contratto valido in quanto tale, parrebbe già abbastanza facile obiettargli che la eventuale *numeratio pecuniae* precedente alla *stipulatio poenae* potrebbe essere benissimo considerata come un semplice presupposto di fatto dell'efficacia di questa⁴⁷, mentre il negozio sarebbe invece da identificare con un mutuo (per la inefficacia – se non in via d'*exceptio*, od attraverso il gioco delle garanzie reali – di ogni relativo patto d'interessi) nel solo caso in cui non si addivenga alla *stipulatio poenae*⁴⁸.

D'altronde, affinché la dimostrazione del Voci potesse riuscir persuasiva, occorrerebbe che il testo-chiave, e precisamente il famoso passo di Labeone – epitomato da Paolo e riprodotto in D. 22, 2, 9 – fosse da interpretare com'egli appunto lo interpreta⁴⁹, quando esclude che la *commissio poenae sine culpa debitoris*

manifestata di porre in essere il rapporto processuale sulla base dello schema di decisione contenuto nella formula-*iudicium*: cfr. le mie *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, pp. 50-53, 155 s., 425, nonché il mio articolo 'Testes estote'. *Contribution à l'étude du témoignage en droit romain*, in «RHD.», XLIX (1971), pp. 408-411.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 342. Anche il FREZZA, *La clausola penale*, in «Studi Mossa», Padova 1961, II, che pur distingue accuratamente fra clausola penale *propria* (od accessoria, o secondaria) e clausola penale *impropria* (pp. 271-273) – e ciò in quanto almeno la giurisprudenza romana più evoluta avrebbe avuto chiara coscienza della *poena* sia come obbligazione sussidiaria rafforzatrice di una preesistente obbligazione principale, sia come obbligazione autonoma generatrice della indiretta coercibilità di un certo comportamento (p. 292 s.) – pare che consideri la *pecunia traiecticia* come un negozio primario e la *stipulatio poenae t.p. causa* come avente funzione integrativa rispetto agli obblighi nascenti dalla *pecunia traiecticia* in quanto tale (p. 291 s.).

⁴⁷ Cfr. D. 46, 2, 6, 1 e, sulla questione di cui si tratta, KASER, *Mutuum und stipulatio*, in «Eranion Maridakis», Athenis 1963, I, p. 157 s.

⁴⁸ V. *supra*, pp. 73-75.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 343 s.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

possa venire intesa come estrinsecazione di responsabilità oggettiva, non avendo il creditore altro mezzo all'infuori dell'*actio ex poena traiecticiae pecuniae* per costringere il debitore al puntuale adempimento della sua prestazione. Secondo il Voci, al contrario, essendo il testo da riferire ad un problema di eredità giacente, l'obbligo dell'erede di pagare la *poena t.p.*, allorché il termine sia scaduto durante la giacenza dell'eredità, sarebbe la conseguenza di una *fictio* labeoniana di retroattività dell'*aditio*, che avrebbe permesso di considerare l'erede titolare dell'*hereditas* dal giorno della morte dell'ereditando: e questa soluzione di specie – prevalsa poi sulla teoria di Labeone la nuova dottrina di Giuliano, per cui l'*hereditas* veniva ad essere considerata *domina* e continuatrice della *persona defuncti* – sarebbe divenuta in seguito una regola di applicazione generale per qualunque ipotesi di *stipulatio poenae*, onde assicurare lo svolgersi continuativo dell'attività patrimoniale che faceva capo all'ereditando, tanto più che la *stipulatio poenae* è stabilita nell'interesse del creditore, e non a lui può essere addossato il rischio dell'inadempimento, sia pure non causato da colpa del debitore.

Se non che il frammento di Labeone (e il giurista sannita non era un isolato, se – a quanto pare – Plauzio, Pomponio e Paolo la pensavano come lui)⁵⁰ è da intendere in tutt'altro senso: esso non riguarda affatto l'eredità giacente – come già, prima del Voci, il Biondi e l'Arnò avevano anch'essi ritenuto⁵¹ – ma il caso di un debitore morto senza eredi, come la conforme terminologia citata dallo Scialoja⁵² a proposito della c.d. successione dello Stato nei *bona vacantia* e *caduca* eloquentemente ci attesta (al «*quamvis nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet*» del nostro frammento od al «*si nemo sit et rell.*» di D. h.t. 2 fa riscontro il «*si defuncto nemo heres vel bonorum possessor existat*» di Gai. 2, 150 od il «*si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit*» di Tit. ex corp. Ulp. 28, 7), mentre, allorché ci troviamo dinanzi ad un'eredità giacente, un erede c'è, quantunque non abbia ancora accettato nè rinunciato⁵³.

Perciò l'ipotesi del Voci resta, a mio avviso, una brillante elucubrazione accademica, distaccata dalla realtà dei dati testuali.

⁵⁰) V. *supra*, p. 26 nt. 76.

⁵¹) Cfr. le opere in precedenza ricordate: p. 25 nt. 75.

⁵²) *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma 1934 (ristampa a cura di A. GIANNINI), p. 267 s.

⁵³) Basti rileggere quanto avevo già scritto, ed è ripetuto in questa edizione (p. 25 ss.), interpretando D. 22, 2, 9. D'accordo con me il DE MARTINO, *Sull'actio p.t.*, p. 24. Anodino FREZZA, *op. cit.*, p. 279, il quale constata che nel passo di Labeone la clausola penale diventa esigibile (*committitur*) alla scadenza del termine, indipendentemente dalla esistenza del promittente, ed osserva (senza tuttavia spiegarne il motivo) che la preoccupazione del giurista è quella di assicurare al creditore l'esecuzione patrimoniale sui beni del *de cuius*, esista o non esista un erede.

Debbo infine aggiungere che, circa le questioni di mora contemplate in D. 44, 7, 23 (Afr. 7 *quaest.*) – per la cui esegesi critica non posso che riallacciarmi al tentativo di ricostruzione dell'originale, a suo tempo motivato con argomentazioni, alle quali rimango fedele⁵⁴ – la sottile analisi dell'autore mi lascia assai titubante, soprattutto in quanto egli ammette senza discutere (quasi che tale eventualità fosse da reputare incontroversa) che la *poena traiecticiae pecuniae* fosse stipulata e calcolata esclusivamente in relazione alle giornate lavorative del *servus* κερμακόλουθος, perdute dal *dominus* creditore della *p.t.* in conseguenza della *mora debitoris*.

5. Segue, in ordine di tempo, ai due recenti contributi del Visky e del Voci, un saggio breve, ma densissimo, del Kupiszewski, discepolo del Taubenschlag e professore a Varsavia⁵⁵.

Questo saggio, redatto dal suo autore polacco in un eccellente italiano, alterna luci ed ombre, che sorprendono il lettore. Nel darne conto – come mi propongo – in questa sede, procederò dalle zone d'ombra verso quelle inondate di luce.

Piuttosto singolare è, in verità, l'opinione del Kupiszewski che elemento essenziale del prestito marittimo romano fosse la prestazione di un interesse del capitale e non l'assunzione del rischio, che invece sarebbe stata una clausola meramente accidentale del negozio, preordinata a giustificare il pagamento di un interesse superiore al tasso legale⁵⁶. Ma, nel sostenere ciò, egli prende manifestamente un abbaglio laddove interpreta D. 22, 2, 6 capovolgendone il senso (difatti Paolo non dà una risposta affermativa, bensì negativa, al quesito se, affondata la nave, il sovventore possa rivalersi su altre merci imbarcate su

⁵⁴ Cfr. di nuovo *supra*, p. 30 ss. Del testo di Africano si occupa ora lo stesso FREZZA, *op. cit.*, p. 291 s., 300-303: ma il dissenso sulla diagnosi della *stipulatio poenae t.p. causa* (v. retro, nt. 46) m'impedisce di seguire l'autore in gran parte delle sue deduzioni esegetiche (d'altronde troppo, ed ingiustificatamente, conservative!), tra cui quella concernente l'applicazione della regola sabiniana «*nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret*» alla responsabilità del debitore nell'una come nell'altra figura di stipulazione penale (e quindi anche nel caso di *stipulatio poenae* impropria, qual è, a mio avviso, la *stipulatio* di cui si tratta).

⁵⁵ *Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: profili sostanziali e processuali*, nella nuova rassegna «Index» [Quaderni camerti di studi romanistici], III (1972), pp. 368-381.

⁵⁶ *Op. cit.*, pp. 370-373. Cfr. p. 378 nt. 30: «Secondo noi la differenza fra il prestito, per così dire, terrestre e quello marittimo è la seguente: nel primo si possono esigere le usure solo se pattuite, nel secondo sempre. E' l'entità delle *usuræ* che dipende dall'assunzione del rischio, in quanto il creditore che assume il rischio della navigazione ottiene *usuræ* molto elevate, non quelle legali».

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

altre navi, ed ipotecate per il *superfluum* rispetto a precedenti vincoli ipotecari: il che vuol dire che il rischio del naufragio faceva carico al creditore!⁵⁷, non capisce il valore assiomatico della *regula iuris*, attestataci in Paul. Sent. 2, 14, 3 («*traiecticia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest*»)⁵⁸, né si accorge neppure di quella che è la funzione causale del pronome relativo in C. 4, 33, 2 [1] («*t.p., quae periculo creditoris datur*»: cfr. C. eod. 5 [4], ove ricorre la medesima espressione)⁵⁹. Quanto a D. 22, 2, 4 pr. ed a Bas. Suppl. II, 103 (=C. 4, 33, 1) resta valida, secondo me, la dimostrazione che si tratta di testi interpolati⁶⁰.

Non meno strano mi sembra il fatto che l'autore del saggio, di cui ci stiamo occupando, non tanto ignori la mia replica alla replica del De Martino⁶¹, ma mi attribuisca addirittura come attuale una tesi che io professavo nel 1936⁶² e che ho poi ripudiata o, a dir meglio, rettificata fin dal 1947⁶³: e cioè che il *periculum creditoris* nel regime della *pecunia traiecticia* fosse solo un *naturale negotii* (il che non è vero altro che per diritto giustiniano!)⁶⁴.

A parte ciò, non si vede proprio in qual modo, nelle operazioni di credito commerciale marittimo, la *mutui datio* potesse essere di per sé sola sufficiente «ad obbligare il debitore a restituire il capitale ed a corrispondere l'interesse»⁶⁵, o come il semplice *pactum* fosse valido per l'accidentale assunzione del rischio (con usure maggiorate in proporzione alla sua durata) da parte del creditore⁶⁶. Infatti – sia pure contestando, come l'autore contesta⁶⁷, le interpolazioni di

⁵⁷ Ecco il preciso tenore della *quaestio*, enunciata e risolta dall'autore del frammento: «*quaesitum est, nave propria perempta, ex qua totum solvi potuit, an id damnum ad creditorem pertineat, intra praestitutos dies amissa nave, an ad ceterarum navium superfluum admitti possit. respondi: alias quidem pignoris deminutio ad damnum debitoris, non etiam ad creditoris pertinet: sed cum traiecticia pecunia ita datur (evidente il valore causale, e non temporale, del cum!), ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit, ipsius crediti obligatio non existente condicione defecisse videtur, et ideo pignorum quoque persecutio perempta est etiam eorum, quae non sunt amissa*». V. anche *supra*, p. 88 nt. 286.

⁵⁸ Cfr. la stessa *Interpretatio* ad h.l.: «*quia maris periculo committitur*».

⁵⁹ Mi sia lecito rinviare ancora alla nt. 286 di p. 88.

⁶⁰ V. *supra*, p. 88 ss. Né è credibile che la definizione di Modestino in D. 22, 2, 1 sia soltanto etimologica (*op. cit.*, p. 378 nt. 28): il ritenerlo significa solo non afferrare la questione pratica, a cui il giurista si riferisce, e che abbiamo cercato a suo tempo di sviscerare (p. 80, testo e nt. 252).

⁶¹ In «NNDI», XIII (1966), p. 752 s.: cfr. la precedente nt. 14 (al § 2 di questa 'postilla').

⁶² In «Studi Albertoni», II, pp. 350-357.

⁶³ *Actio pecuniae traiecticiae*¹, § 14 (qui riprodotto, p. 87 ss.).

⁶⁴ V. *supra*, p. 92 s.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 373.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 373 s.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 373, 374, 379 (note 41-44).

D. 22, 2, 5, 1 e di D. eod. 7 – non si supera in alcun modo l'ostacolo della inapplicabilità di una *condictio ad hoc*⁶⁸ o di un'*actio ex stipulatu* se la clausola stipulatoria non c'è⁶⁹. Del che l'autore stesso, a dir vero, sembra darsi per inteso (essendo d'altro lato innegabile che nel problema della tutela giudiziaria si risolve in genere quello della struttura negoziale), allorché – dopo aver aderito all'applicabilità della *condictio ex lege* in diritto giustiniano, con l'appoggio di uno scolio ai Basilici, tratto dall'indice del maestro bizantino Cirillo (Heimb. I, 563) – egli ripiega sull'ipotesi dell'*actio in factum*, già sostenuta dal Karlowa⁷⁰, senza tuttavia escludere che le pretese del *creditor pecuniae traiecticiae* fossero già classicamente fatte valere nell'ambito della *cognitio extra ordinem*⁷¹.

A proposito delle garanzie reali, suscettibili di essere costituite nell'interesse di chi fa un prestito marittimo, il Kupiszewski accoglie le conclusioni – su questo punto non divergenti – del De Martino⁷² e mie⁷³, in ordine alla loro mera accessorietà. Fa peraltro, in ogni caso, una certa meraviglia che, osservando come sia interessante rilevare che «le fonti non contemplano la nave come oggetto di pegno»⁷⁴, l'autore ignori la testimonianza di un papiro, ancorché poco noto, di cui taluni hanno pur dato cenno⁷⁵.

Prendo atto invece, con molta soddisfazione, che lo stesso Kupiszewski non trascura di soffermarsi sulla pena convenzionale e sulla sua efficacia coattiva – quantunque egli non ne colga integralmente l'energetico potenziale nella prassi del credito marittimo e nella tipicizzazione strutturale del rapporto giuridico nascente dal negozio denominato *pecunia traiecticia* – rinviando innanzitutto a quelle che sono da lui qualificate (ed io me ne sento onorato) come le «puntuali ricerche» di chi scrive⁷⁶.

Tra le osservazioni con cui l'autore polacco, ricapitolando gli aspetti più salienti della sua indagine, tende ad enucleare i risultati, merita una speciale attenzione il rilievo che il prestito marittimo era un'istituzione perfezionata, diffusa da secoli nel bacino mediterraneo, e che i Romani non potevano fare

⁶⁸ Cfr. D. 12, 1, 11 e D. 2, 14, 17 pr.

⁶⁹ Anche il discusso testo di Modestino (3 *resp.*), conservatosi in D. 22, 1, 41, 2 – su cui v. da ultimo PRINGSHEIM, *Stipulationsklausel*, in *Gesammelte Abhandlungen*, Heidelberg 1961, II, p. 255 s., e KASER, *Mutuum und stipulatio*, cit., p. 163 ss. – non parla, comunque, di legittimazione all'*a. ex stipulatu*.

⁷⁰ V. *supra*, p. 10.

⁷¹ *Op. cit.*, pp. 376 e 381 (note 69-72).

⁷² *Sul foenus nauticum*, in «Riv. del dir. della navigazione», I (1935), p. 239 ss.

⁷³ *La struttura classica del foenus nauticum*, in «Studi Albertoni», II (cit.), p. 368 ss.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 375

⁷⁵ V. più oltre, § 6 ed 'Appendice'.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 380 nt. 57 (cfr. p. 375).

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

a meno di adottarla, anche perché «il *fenus nauticum* aveva la funzione di un'assicurazione marittima allo stato embrionale»⁷⁷. D'altra parte, mentre si ripete un'affermazione abbastanza comune (e ciò non può troppo stupire, tenuto conto della circostanza che alcuni degli aspetti di questa indagine sono – come abbiamo visto – un po' anodini), allorquando si dice che nel sistema contrattuale romano la *pecunia traiecticia* «rimase fondamentalmente un istituto estraneo, come tutti gli altri provenienti dal diritto ellenistico» (fra cui, per esempio, la *lex Rhodia de iactu*)⁷⁸, ci si affretta comunque a soggiungere che il δάνειον ναυτικόν «non trovò una sistemazione puramente meccanica nel diritto romano», in quanto «la giurisprudenza classica lo inserì nella materia dei contratti reali e verbali e gli conferì, in tal modo, una qualche apparenza di romanità»⁷⁹.

Migliori ancora, e possiamo dire eccellenti, sono infine le osservazioni relative alla prassi del commercio internazionale mediterraneo negli ultimi secoli a.C. e nei primi dell'era volgare, nonché alla diffusa predilezione ellenistica per le scritture contrattuali, al cui influsso quotidiano i giuristi romani, come gli uomini d'affari, non potevano sottrarsi, e di cui anzi dovevano realisticamente acquistare coscienza⁸⁰. Né minore importanza hanno i rilievi, che l'autore – sulle orme di un Wróblewski⁸¹, di un Taubenschlag⁸², di un Wenger⁸³ – dedica alla cultura ed all'esperienza che Cervidio Scevola (cui appartiene – non dimentichiamolo! – il fr. 122, 1 D. 45, 1 concernente il famoso 'prestito di Callimaco') dimostra di avere, nelle sue opere di casistica, del mondo provinciale d'Oriente⁸⁴, o le considerazioni che l'autore stesso fa sul valore della clausola negoziale '*et interrogatus spopondi*'⁸⁵, o la digressione sui responsi tardo-classici come quello di Modestino (D. 22, 1, 41, 2) in materia di chirografi⁸⁶, che sollevano pungenti questioni sui rapporti fra diritto ufficiale dell'impero e diritto volgare.

6. Passata così in rassegna tutta la nuova letteratura sull'istituto del prestito

⁷⁷ *Ibid.*, p. 376 s.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 377 e 381 nt. 76.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 377 e 381 nt. 77 (ove sono richiamati promiscuamente, con i miei scritti, la monografia del PRINGSHEIM, *Kauf mit fremdem Geld*, Leipzig, 1916, p. 143 ss., ed un riferimento del KASER, *op. ult. cit.*, p. 160 nt. 18).

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 368 s., 374.

⁸¹ *Zarys wykładu prawa rzymskiego* [Corso di diritto romano], I, 1916, p. 128.

⁸² *Le droit local dans les Digesta et Responsa de Cervidius Scaevola*, in «Bull. Acad. Polonaise», 1919-20, p. 45 ss., ora in *Opera minora*, Warszawa 1959, I, p. 505 ss.

⁸³ *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, p. 511.

⁸⁴ *Op. cit.*, pp. 374 e 379 nt. 45.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 374 e 379 nt. 46.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 376 e 380 nt. 67.

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

marittimo romano, è venuto il momento di *recensere* me stesso, ovverosia di ricapitolare criticamente, e con intenti ricostruttivi, la problematica di attualità sugli aspetti sostanziali e processuali dell'istituto medesimo, filtrata attraverso la mia esperienza in proposito di ieri e di oggi, sfruttando altresì un documento papirologico pressoché inedito⁸⁷, e del quale è completamente sfuggita la eccezionale importanza (anche perché è il solo a noi pervenuto su questo tema)⁸⁸ all'unico specialista, che di seconda mano lo cita⁸⁹.

«Fassen wir zusammen», dunque – come direbbe uno studioso germanolinguista – senza con ciò escludere, nei limiti della «Zusammenfassung», qualche gradita sorpresa, che forse quel documento ci riserba.

Un dato definitivamente acquisito mi pare sia quello che il *nomen iuris* dell'istituto era, in diritto classico, *pecunia traiecticia* o *pecunia nautica*, e non già *fenus nauticum*. Decisivo in tal senso è, come abbiamo notato⁹⁰, il *nomen actionis*, essendo tecnicamente la formula, per i classici, lo strumento di identificazione del rapporto giuridico tutelabile per suo mezzo⁹¹: *actio pecuniae traiecticiae* od *actio ex poena traiecticiae pecuniae*⁹². In ciò concordano, sul piano almeno del diritto materiale, gli autori che più di recente hanno arrecato i loro contributi alla diagnosi del nostro istituto: il Voci, parlando sempre di *pecunia traiecticia* per alludere al negozio⁹³; il Visky, precisando che l'espressione *fenus nauticum*

⁸⁷ P. Vindob. Gr. Inv. 19.792 (su cui vedi, più oltre, le pagine che ne trattano in questo stesso paragrafo e l'Appendice).

⁸⁸ Tale non è infatti, come qualcuno crede (così da ultimo il CASSON, *New light on maritime loans*, in *Symbolae Taubenschlag*, II [= «Eos», XLVIII, suppl. 2], Wrocław-Warszawa 1957, p. 89, testo e nt. 2), il BGU. [anzi P. Berol., perché il papiro così inventariato è fuori collezione] 5883+5853, su cui v. *supra*, p. 46 nt. 132.

⁸⁹ VISKY, *op. cit.*, p. 396 nt. 21 (tanto è vero che la citazione è approssimativa e inesatta).

⁹⁰ V. *supra*, p. 22, confrontando il § 2 della presente 'postilla'.

⁹¹ Non per nulla fu proprio ad *Azione e rapporto giuridico nel sistema formulare classico* (tema sempre così affascinante!) che io dedicai la mia prolusione milanese del 1964: «Riv. di dir. processuale», XX, 1965, p. 325 ss. (ora anche in «Antologia giuridica romanistica ed antiquaria», I, Milano 1968, p. 135 ss.).

⁹² Sono oltremodo lusingato del merito che mi viene riconosciuto di aver posto l'accento su codesta azione: v. fra gli altri DE MARTINO, *Sull'actio p.t.*, p. 19 («Il punto più oscuro del regolamento del prestito ad interesse marittimo concerne l'azione e quindi, dato lo stretto rapporto fra azione e negozio, la stessa struttura del *fenus nauticum*. Il Biscardi ritiene ora di rischiarare l'oscurità, muovendo dalla testimonianza di un frammento, sinora sfuggito all'attenzione degli studiosi: D. 15, 1, 3, 8») e p. 20 (ove egli dichiara di «salutare con favore» la nuova testimonianza); KASER, *Röm. Privatrecht*, I², p. 532 nt. 35 («Aus Ulp. D. 15, 1, 3, 8 erschliesst Biscardi ... eine besondere *actio pecuniae traiecticiae* als Stipulationsklage, wenn Zinsen als Vertragsstrafe versprochen sind»); KUPISZEWSKI, *op. cit.*, p. 376 («Il Biscardi ... in base ad un passo di Ulpiano [D. 15, 1, 3, 8] di cui nessuno si era accorto, scopre un'*actio ex poena traiecticiae pecuniae* e la considera adatta a tutelare gli interessi del creditore»).

⁹³ *Op. ult. cit.*, p. 341 ss. (titolo del § 6 e costante terminologia).

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

designa propriamente il tasso d'interesse superiore al normale (*usurae infinitae*), considerato lecito nelle operazioni di prestito marittimo (*usurae infinitae* è sinonimo, infatti, di *usurae nauticae* o *maritimae*), come risulta del resto dalla successione dei titoli 'de usuris' e 'de nautico fenore', rispettivamente in D. 22, 1-22, 2 e in C. 4, 31-4, 32⁹⁴; ed il Kupiszewski, aggiungendo per parte sua che il termine *fenus nauticum* appare nelle fonti classiche una sola volta e relativamente tardi (C. 4, 33, 4 [3]: Diocl. et Max., a. 286?)⁹⁵.

Ma, con buona pace di chi ritiene tuttora il contrario⁹⁶, ho l'impressione che anche il problema del *periculum creditoris* come *essentiale negotii* possa considerarsi ormai risolto in senso affermativo. Se noi volessimo, alla maniera dei vecchi interpreti, sintetizzare in un brocardo efficace quella che è la funzione creditizio-assicurativa del prestito marittimo romano secondo l'assoluta maggioranza degli studiosi, potremmo dire infatti: «*traiecticia ea pecunia est, quae periculo creditoris datur: alioquin non erit traiecticia*»⁹⁷. Del resto, è mai possibile che, accogliendo dalla prassi mercantile dei traffici mediterranei dominati dal diritto comune greco della navigazione il negozio che ne costituiva la spina dorsale, i Romani ne cancellassero la caratteristica più saliente, cui corrispondeva la deroga alle norme limitatrici del tasso d'interesse?

E qui vengono subito, implacabilmente, alla superficie gli indeclinabili nessi – che non dovremmo perdere mai di vista – fra le esigenze della realtà socio-economica e la configurazione giuridica dei singoli istituti. Sono i nessi,

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 390. Non è invece da condividere, a mio giudizio, l'elogio (ivi, nt. 1: «eine treffende französische Übersetzung») tributato al ROUGÉ, *Recherches*, p. 351, per la sua traduzione di *pecunia traiecticia* = «l'argent qui voyage», non dovendosi dimenticare che *pecunia* indica altresì la 'merce' comprata con il denaro prestato (cfr. D. 50, 16, 178 pr.), in conformità della tradizione commerciale greca (PAOLI, *Studi di diritto attico*, Firenze 1930, pp. 41 ss., 49). L'equivoco di tale traduzione è reso palese dalle conseguenze che il ROUGÉ vorrebbe trarne (*ibid.*, p. 352 s.), riconducendo alla nozione di *pecunia traiecticia* casi che con il prestito marittimo vero e proprio non hanno niente a che fare: Flav. Ioseph., *Antiquit. Ind.* 18, 6, 3 e Synes., *Epist.* 129.

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 370.

⁹⁶ Così, come abbiamo visto (*supra*, § 5), KUPISZEWSKI, *op. cit.*, pp. 370-373. Quanto al DE MARTINO, che si era pronunciato per la tesi dell'assunzione del rischio da parte del creditore come un *accidentale negotii* (*Sul foenus nauticum*, cit., in «Riv. del dir. della navigazione», I [1935], p. 226 ss.; *Ancora sul f.n.*, *ibid.* [1936], p. 435 ss.), vi è da domandarsi se egli pure non abbia mutato opinione, come l'ho mutata io (v. in precedenza, note 62-64), dato che le sue ultime parole in argomento sono queste (*Sull'actio p.t.*, cit. [1949], p. 39, testo e nt. 1): «Sorvolo sulla questione se il *periculum creditoris* fosse elemento essenziale del negozio», rilevando però non a caso: «il Biscardi riconosce che, tolto il rischio, il negozio per diritto classico non presenterebbe alcuna particolarità rispetto al prestito ordinario».

⁹⁷ V. comunque in tal senso la glossa ad l. *nihil ff. de naut. foen.* ('casus'), cit. *supra* nella nt. 294 di p. 90.

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

a cui ci richiama una parte considerevole e consapevole della dottrina romanistica più recente nel quadro della cultura contemporanea, preoccupata *in apicibus* della problematica «diritto-società», e nel travaglio di una visione storica sempre più piena e più complessa e più libera dei molteplici aspetti che una elastica prospettazione degli istituti può offrirci⁹⁸, nonostante la deludente constatazione della esistenza di certi grossi interessi economici che per la loro entità sfuggivano – come sfuggono ai tempi nostri – ad una regolamentazione giuridica, il che vuol dire al controllo dei tribunali ed alla stessa riflessione dei giuristi⁹⁹.

Che, nella specie, l'assunzione del rischio fosse una *condicio sine qua non* della *pecunia traiecticia* risulta, se non altro per il diritto classico, dalle univoche testimonianze genuine, che s'incontrano *in sede materiae* e sulle quali abbiamo ripetutamente espresso il nostro pensiero¹⁰⁰. Ciò è conforme non solo alla tradizione del δάειον ναυτικόν, che ne rappresenta il modello¹⁰¹, ma anche alle applicazioni ordinarie del prestito marittimo sia nella bassa romanità¹⁰² e nel diritto bizantino più tardo¹⁰³, sia nel Medioevo¹⁰⁴ allorquando l'istituto stesso coesiste con la nuova figura della commenda¹⁰⁵, ed oltre, fino all'agonia della navigazione a vela, destinata ad essere sopraffatta dalla navigazione a vapore e a turbina, prima di giungere con questa al trionfo dell'energia nucleare: tanto

⁹⁸) Esemplare, in quest'ordine di idee, il corso accademico del nostro indimenticabile GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino 1970 (ove al prestito marittimo sono dedicate le pp. 366-371, con un richiamo a p. 375).

⁹⁹) Cfr., del GROSSO stesso, *La misura umana individuale nel diritto*, in «Conferenze romanistiche Trieste», II, Milano 1967, p. 83 ss., nonché *Riflessioni sugli schemi giuridici a misura d'uomo*, in «Studi Scherillo», Milano 1972, I, p. 1 ss.; del VOLTERRA, *La base economica nella elaborazione sistematica del diritto romano*, in «RISG.», XVII-XXI (1963-67), p. 239 ss.; del PUGLIESE, *Sui rapporti fra diritto e società in Roma*, nei cit. «Studi Scherillo», I, p. 19 ss.; e da ultimo, del CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interessi economici e attività dei giuristi romani*, in «Studio legale», II (1973), 11-12, pp. 2-3.

¹⁰⁰) V. *supra*, p. 87 ss., oltre alle osservazioni fatte in antitesi al KUPISZEWSKI, nel paragrafo precedente (testo e note 57-60).

¹⁰¹) PAOLI, *Studi di d.a.*, pp. 77-84. Cfr. PAOLI-BISCARDI, *Prestito a cambio marittimo (dir. greco)*, in «NNDI.» XIII, p. 751 s. Sul problema delle origini greche della *pecunia traiecticia*, v. anche, fra gli altri: HOOVER, in «Quarterly Journ. of Econ.», XL (1925-26), pp. 496-97, e CONDANARI MICHLER, nella «Festschrift Koschaker», Weimar 1939, pp. 356-358.

¹⁰²) Come appare da IP. 2, 14, 3 cit. (*supra*, nt. 58), da S. Agostino, *Serm.* 86, 11 i.f. = MIGNE, *Patr. lat.*, XXXVIII, 528 e da un brano del *Liber pontificalis Ecclesiae Ravennatensis* di Agnello vescovo (a proposito del suo predecessore S. Neone), in cui si parla di un prestito marittimo al tasso del 33 %. V. sui primi due testi LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, p. 160, e sul terzo il libro della RUGGINI, *Economia e società nell'Italia annonaria*, Milano 1961, p. 463 nt. 642.

¹⁰³) Cfr. *supra*, p. 90 note 291 e 292.

¹⁰⁴) Cfr. *supra*, p. 90 s.

¹⁰⁵) V. *supra*, p. 46 nt. 133 e p. 91 nt. 300.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

è vero che, come ben si sa, le ultime tracce del prestito a cambio marittimo noi le ritroviamo in Italia (quando già la espansione del regime di assicurazione e riassicurazione delle navi ne aveva atrofizzato la vitalità una volta per sempre) nell'abrogato Codice di commercio del 1882, i cui articoli 598-603 disciplinavano appunto il rischio del sovventore per il caso di perdita o deterioramento della nave o del carico.

In ogni modo, alle testimonianze in precedenza considerate un'altra se ne può aggiungere assai significativa, in quanto considera come pacifico presupposto di ciò che è dovuto *traiecticiae pecuniae nomine*, ovvero sia come *condicio debiti*, il non avverarsi del rischio assunto dal creditore.

D. 6, 1, 62 pr. (Papinianus, *l. 6 quaestionum*): Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area quae locari solent. quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non attingit, usuras praestare non cogitur: nam etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen¹⁰⁶ ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis faeneretur.

E' abbastanza evidente che qui Papiniano esemplifica in materia di responsabilità del convenuto nelle azioni reali, decidendo che il *malae fidei possessor* della nave, passivamente legittimato alla *rei vindictio* (od alla *petitio hereditatis*?) è responsabile del nolo, che è frutto civile della nave, né più né meno di colui che possedendo in mala fede la *taberna* o l'*area*, destinata all'affitto, non può non rispondere del relativo canone, dal momento che – a differenza del *possessor hereditatis*, che non risponde delle *usurae* della «*pecunia deposita (= reposita?)*, *quam heres non attingit*»¹⁰⁷, ma del cui rischio è responsabile – egli non sopporta il *periculum navis*, viaggiando sempre la nave a rischio e pericolo di chi finanzia ad alto interesse l'armatore od il *nauta*.

La situazione viene dunque contemplata, in questo frammento, sotto il particolare profilo della materiale disponibilità che il convenuto ha della cosa, la responsabilità per la quale si prende in esame, e al tempo stesso dell'esigenza di garantire all'attore la utilità che egli avrebbe ricavato dalla cosa di cui si tratta¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cfr. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand*², München 1968, pp. 11-12, 197; analogamente *Römisches Privatrecht*, II, ivi, 1959, p. 213 nt. 26.

¹⁰⁷ Cfr. di nuovo KASER, *Restituere*², p. 12. La fattispecie è forse da ricollegare a D. 5, 3, 20, 14 (Ulp. 15 ad ed.): «*Papinianus autem libro tertio quaestionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat, negat eum omnino in usuras conveniendum*». Conforme LENEL, *Pal.* (Leipzig 1889, rist. Graz 1960), I, col. 822: Pap. 123, cfr. 99.

¹⁰⁸ Cfr. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino 1971, p. 41 ss. Il testo è opportunamente segnalato, in tema di prestito marittimo, dal

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

Polarizziamo ora la nostra attenzione sulla *poena traiecticiae pecuniae*, che io persevero nel ritenere la chiave di volta per la ricostruzione del prestito marittimo romano, realisticamente identificato nel suo tipico regime consuetudinario. E la mia perseveranza non è frutto d'immobilismo, bensì coerenza con i risultati delle mie indagini, sottoposte alla verifica di nuove riflessioni, o più brevemente coerenza dinamica. Difatti, io mi vado sempre più convincendo che lo strumento di coazione *poena*, ingegnosamente generalizzato dalla prassi nelle contrattazioni di prestito marittimo – qualunque fosse l'ammontare della penale pattuita (ma esso era certamente piuttosto elevato, come ci sforzeremo di precisare tra poco) – era di tale efficacia che il debitore, per evitare il peggio (ossia il processo e la condanna in base all'*actio ex poena traiecticiae pecuniae*) doveva aver quasi più fretta lui di pagare che il creditore di *accipere*. E chissà che certe fattispecie, poste in rilievo nelle nostre fonti, come ad esempio quella di D. 22, 2, 8 («*Servius ait pecuniae traiecticiae poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quo minus eam intra certum tempus praestitutum accipiat*») non rispecchino qualche tentativo del creditore di frapporre indugi o creare difficoltà alla *solutio* per specularvi sopra, tanto è vero che la *regula iuris* attribuita a Servio per sanzionare la *mora accipiendi*, escludendo la *commissio poenae* (D. 4, 8, 40), sarebbe nata proprio sul terreno della *pecunia traiecticia*, palesemente connessa *ab antiquo* alla stipulazione di una clausola penale¹⁰⁹.

In ogni modo, prima di procedere oltre, mi si consenta una digressione sulla esegesi del testo ulpiano (D. 15, 1, 3, 8), che ha costituito la radice prima di tutto questo mio studio, offrendoci la documentazione giurisprudenziale unica di un'*actio (ex poena) traiecticiae pecuniae*, adattata con trasposizione di soggetti nello schema formulare di azione concessa *in dominum* allo scopo di sancire la sua responsabilità *de peculio* per un prestito marittimo contratto dal *servus*¹¹⁰.

Ebbene, io non sono più del tutto persuaso – restando intatta in ogni altra sua parte la mia interpretazione del frammento – che lo schiavo – *compro-*

D'ORS, *op. cit.*, p. 373 nt. 12.

¹⁰⁹ Non posso tacere qui un richiamo a WATSON, *The law of obligations in the later Roman Republic*, Oxford 1965, p. 2: «it is possible that the passage of Servius referred to in D. 4, 8, 40 is that referred to in D. 22, 2, 8 – and that Servius was speaking only of *pecunia traiecticia*, and that the general nature of the rule is later». Probabilmente la novità sancita da Servio consisteva – come ben rileva il FREZZA, *op. cit.*, p. 296 ss. – nel sostenere la decadenza *ipso iure* dello *stipulator* dall'*actio ex stipulatu* nell'ipotesi di *mora accipiendi* («*poenam peti non posse*», cfr. D. 4, 8, 40 e D. eod. 23, 3: «*poenam non committi*»), in contrasto con la opponibilità di un'*exceptio doli*, propugnata dai *veteres* indiscriminatamente, e forse ripresa da Celso per i soli ostacoli frapposti dal creditore, che non fossero identificabili con il rifiuto del pagamento.

¹¹⁰ V. *supra*, p. 13 ss., confrontando la nt. 35 di p. 14.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

missor o *nauta* od *exercitor* – di cui si parla fosse davvero uno schiavo, che si comportava da libero (*se pro libero gerens*, come il tenore del passo c'indurrebbe a qualificarlo), sì che il terzo che aveva stipulato con lui la *poena* del *compromissum* o della *pecunia traiecticia* avrebbe ignorato la deficienza di *status libertatis* del *promissor*. E non ne sono più persuaso da quando ho potuto accertare, svolgendo altre indagini¹¹¹, che l'incapacità processuale dello schiavo, presupposta in codesto frammento, è un dogma che probabilmente rappresenta il punto di arrivo dell'esperienza giuridica romana al riguardo, ma che rimane ancora da verificare nella sua storia. Aggiungerò che, per tale verifica, non ha tanto importanza il moltiplicarsi delle facoltà concesse allo schiavo da interventi imperiali '*in propria causa*' (e quindi delle eccezioni alla regola della incapacità, ormai consolidata), quanto il dubbio legittimato da una serie di testi, che lasciano presumere una risalente difformità di opinioni fra i giureconsulti circa la capacità dello schiavo di stare in giudizio (e non solo *extra ordinem*!) nell'interesse del suo padrone¹¹², allo stesso modo che egli poteva nell'interesse di costui *negotia gerere*: non per nulla quei testi enunciano una *ratio dubitandi*, od alludono all'ipotesi di fatto della *condemnatio servi*, o contengono richiami all'autorità di altri giuristi per dare maggior credito alla soluzione della incapacità, in contraddittorio prescelta (e s'intende che la condanna dello schiavo implicava per i sostenitori della sua capacità processuale l'esperibilità dell'*actio indicati* in via adietizia contro il *dominus*).

Ecco perché, nei casi ipotizzati dal nostro testo, il problema della responsabilità peculiare del *dominus* avrebbe potuto anche prescindere dal *se pro libero gerere* dello schiavo, se non altro fintantoché non divenne *ius receptum* che il servo è, in linea di principio, incapace di *litem contestari* e *compromittere*, tanto è vero che altrove (D. 4, 8, 32, 8), proprio nel caso del *compromissum*, di un *se*

¹¹¹ Sulla capacità processuale dello schiavo in diritto romano, di prossima pubblicazione in «Labeo», XX (1974). Ne ho anticipato le conclusioni in una comunicazione alla XXVIII Sessione della 'Société internationale Fernand De Visscher pour l'histoire des droits de l'Antiquité' (Atene, 12-15 settembre 1973), dal titolo *Un problème de capacité: l'esclave plaideur en droit romain?*

¹¹² D. 2, 7, 3 pr.; D. 2, 11, 13; D. 15, 1, 3, 8; D. 4, 8, 32, 8; D. 15, 1, 5, 2; D. 49, 1, 28 pr.; C. 3, 1, 6; C. eod. 7; C. 3, 41, 5. Come si vede, a questa serie appartiene il nostro stesso frammento. Non si trascuri, d'altronde, che la tesi, rimasta a Roma soccombente, di una capacità processuale del *servus* '*in causa domini*' potrebbe essere comparativamente riaccostata – *mutatis mutandis* – alla probabile capacità dello schiavo commerciante di stare in giudizio nei tribunali mercantili di Atene e delle altre città della Grecia: cfr. PAOLI, *Studi cit.*, p. 105 ss., e – *contra* WESTERMANN, in PAULY-WISSOWA, «RE.», Suppl. VI, col. 919 – la 'voce' *Emporos*, in «NNDI.», VI (1960), p. 518 nt. 3; v. anche *supra*, p. 104. Sulla capacità processuale dello schiavo commerciante in Grecia, si legga pure, da ultimo, COHEN, *Ancient Athenian Maritime Courts*, Princeton N.J. 1973, pp. 116 e 121.

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

pro libero gerere non si parla (onde non sarebbe forse nemmeno da escludere la possibilità che nella discussione della *quaestio*, non certo nuova, prospettata da Ulpiano in D. 15, 1, 3, 8 il *se pro libero gerere* dello schiavo fosse riconducibile ad una stratificazione testuale nel senso patrocinato dal Wieacker)¹¹³: bastava infatti, per giustificare istituzionalmente la responsabilità peculiare del *dominus*, che allo schiavo fosse stato concesso un *peculium*, e che soltanto perciò egli ne avesse la *libera administratio*, al punto che il *dominus* rispondeva sempre *de peculio* (se pur non invece *institoria actione*), ancorché avesse diffidato i terzi dal negoziare col *servus* (D. 15, 1, 29, 1 e D. eod. 47 pr.).

Ritornando alla funzione capitale della *poena traiecticiae pecuniae* nell'esercizio del credito marittimo, e considerando ormai superata – per i motivi già specificati¹¹⁴ – l'obiezione del De Martino circa il prestito di Callimaco (isolato esempio di applicazione alla *pecunia traiecticia* di una clausola stipulatoria complessiva e non penale: *'eaeque sic recte dari fieri fide roganti Stichus servo ... promisit Callimachus'*), tanto più che lo stesso De Martino mi concede che il testo originale del fr. 122, 1 D. 45, 1 si riferisse ad una fattispecie *sui generis* (prestito ἀμφοτερόπλουv e subordinatamente ἐτερόπλουv, con una serie di patteggiamenti complicate)¹¹⁵, mentre il Pringsheim ed il Kaser si sono allineati nella interpretazione del testo di Scevola sulla medesima posizione da me assunta¹¹⁶, affrontiamo senza indugio il problema di come si possa ricostruire nella sua abituale struttura (e cioè prescindendo dall'ipotesi, statisticamente meno frequente, di altre configurazioni alternative, in assenza della *stipulatio poenae*)¹¹⁷, il negozio che – nelle fonti di età repubblicana e classica – andava sotto il nome di *pecunia traiecticia*.

Ed anche qui occorre far tesoro di quella visuale sociologica, alla quale abbiamo dianzi accennato come ad una prospettiva illuminante, e che non è solo merito della storiografia marxista porre sempre in adeguata luce¹¹⁸. Es-

¹¹³ Alludo, com'è ovvio, alla sua famosa opera *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960.

¹¹⁴ V. *supra*, § 2.

¹¹⁵ *Sull'actio p.t.*, p. 32 s.

¹¹⁶ PRINGSHEIM, *Stipulationskelausel*, cit., p. 251; KASER, *Mutuum und stipulatio*, cit., p. 160 nt. 18.

¹¹⁷ V. *retro*, p. 73 ss.

¹¹⁸ Cfr. gli autori e gli scritti ricordati nelle note 98 e 99 di questo stesso paragrafo, aggiungendovi giuristi e non giuristi, fra i quali due dei più recenti studiosi della *pecunia traiecticia*: FALENCIAK, *Rodzaje umów o przewóz statkiem i ich prawne konstrukcje według świadectwa rzymskich prawników klasycznych* [Forms of contracts having for their object the carriage of goods in vessels and their legal conceptions in the light of the texts of Roman classical jurists], in «Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego» [Prawo II], Seria A, VI (1956), p. 55 ss.; CASSON, *op. cit.* (1957), p. 89 ss.; RUGGINI, *loc. cit.* (1961); ROUGÉ, *op. cit.* (1966),

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

sendo l'istituto diffusissimo nel commercio internazionale, allorché Roma estese i suoi traffici con l'espansione della sua potenza marittima al tempo delle guerre puniche (rammentiamo che era l'austero Catone il Vecchio a scrivere: «est interdum praestare mercaturis rem quaerere, nisi tam periculosum sit ... mercatorem autem strenuum studiosumque rei quaerendae existimo»); e che egli stesso non disdegnava di praticare il prestito navale, sia pure con qualche cautela!¹¹⁹, non è credibile che i capitalisti e i mercanti romani abbiano potuto sottrarsi ai modelli negoziali in atto, vale a dire ai modelli greci, ed alle esigenze dell'economia di scambio che quei modelli rispecchiavano, e che nei porti italici e in tutti i centri di affari dell'Occidente non dovevano essere meno influenti che sulle coste ioniche ed egee o sulle rive africane ed asiatiche del Mediterraneo orientale¹²⁰. Né è del pari credibile che, allorché i giuristi romani dell'ultimo secolo della repubblica, e poi del principato, si volsero ad elaborare i dati della prassi, alla luce della esperienza giurisdizionale maturatasi nei tribunali del pretore urbano e peregrino, abbiano potuto lasciarsi fuorviare da preoccupazioni teoriche incompatibili con la realtà concreta dei negozi che si concludevano praticamente in forme che non dovevano essere troppo dissimili, al Pireo come ad Ostia, a Rodi come ad Alessandria, a Brindisi come a Berito, ad Efeso come a Marsiglia od a Luni: soprattutto se si tiene conto di quella che è sempre stata la sensibilità della giurisprudenza, specie cautelare, di fronte alle necessità variabili del mondo degli affari¹²¹.

Ho supposto già in precedenza¹²² che la *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine* si profilasse abitualmente con la fisionomia di un contratto verbale unitario, legato alle clausole del prestito marittimo, senza bisogno che queste fossero riversate in una stipulazione preliminare. Bastava invece una semplice *conventio*, probabilmente affidata a un documento scritto (*cautio pecuniae traiecticiae*) e

p. 345 ss.; VISKY, *op. cit.* (1969), p. 389 ss.; KUPISZEWSKI, *op. cit.* (1972), p. 368 ss.; COHEN, *op. cit.* (1973), pp. 3-95.

¹¹⁹ Vedasi Cato, *de agri cult.*, praef. 1-3, confrontando Plut., *Cato M.*, 21. Di tali testimonianze si occupava *ex professo* F. M. HEICHELHEIM, in «Aegyptus», XIII (1933), p. 189 ss.

¹²⁰ Questa osmosi fra le esigenze economiche e le strutture negoziali del commercio marittimo è felicemente scolpita, meglio che altrove, in ROUGÉ, *loc. ult. cit.*, con particolare riguardo alla storia tecnologica del prestito navale nell'età antica. Sulla recezione dei modelli greci da parte dei *negotiatores* italici, v. in specie HATZFELD, *Les trafiquants italiens dans l'Orient hellénique*, Paris 1919, p. 193 ss.

¹²¹ Sulla vigile sensibilità dei giuristi romani per i bisogni della pratica in ogni campo, vorrei qui segnalare le pertinenti osservazioni che, in rapporto al dibattuto problema del c.d. *depositum irregulare*, ha testé formulato il GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana* (ed. provvisoria), Milano 1971, pp. 148-156.

¹²² V. *supra*, pp. 25, 29 s.

suggellata da una clausola penale riassuntiva del tipo ‘*si adversus ea factum erit* – o, più specificatamente, *si ad diem pecunia, ut inter eos convenit, soluta non erit* – *sestertium tot milia poenae nomine dari stipulatus est L. Titius, promisit C. Seius*’. Data questa struttura del negozio, poichè la *conventio* come *nuda pactio* non produceva obbligazione, l'unica azione a difesa del creditore era l'*actio* nascente dalla *stipulatio poenae*, ossia l'*actio pecuniae traiecticiae*, la quale ad altro non poteva servire che ad ottenere il pagamento della penale e non già l'adempimento delle prestazioni pattuite, in quanto la *stipulatio poenae* aggiunta ad un *pactum* non rendeva questo coercibile mediante l'*actio ex stipulatu*, essendo il principio opposto di origine giustiniana. Pertanto la *poena traiecticiae pecuniae* s'innestava nello schema negoziale con una ben individuata finalità, e cioè come deterrente rivolto a scongiurare le liti ed a costringere in via indiretta il debitore ad adempiere, sotto la comminatoria di un più grave danno patrimoniale, altrimenti non evitabile.

Ma, per misurare e valutare l'entità di questo danno – dovendo essere manifestamente, nella specie, la *stipulatio poenae* un mezzo efficacissimo, neppure lontanamente paragonabile, per la sua propria forza coattiva, ad una pura e semplice clausola stipulatoria non penale – vorrei adesso cercar di precisare, se possibile, l'importo della penalità prevista dai contraenti. E a tal fine, in mancanza di qualsiasi ragguaglio informativo nelle fonti romane, altro non ci resta che interrogare quelle greche, nella speranza che esse ci forniscano qualche dato utilizzabile per la *pecunia traiecticia*, la cui derivazione dal negozio chiamato δάνειον ναυτικόν ο χρήματα ναυτικά è da considerare – sul piano pratico se non dogmatico – del tutto fuori discussione.

Come il Paoli c'insegna¹²³, in diritto greco la clausola penale (ἐπιτίμιον)¹²⁴, a differenza della clausola di garanzia ipotecaria, non era un elemento essenziale del prestito marittimo. Il Paoli stesso nota¹²⁵ che, se effettivamente la clausola penale aveva lo scopo di assicurare al sovventore la soddisfazione del suo credito ogni qual volta, avendo avuto il viaggio buon esito, il debitore non fosse però tornato nel porto prestabilito o, tornatovi, non avesse trasportato con sé merce in tal quantità da costituire una sufficiente ὑποθήκη, la sua accidentalità si spiega considerando che, se il commerciante non ritornato, o ritornato a vuoto, era insolvente, a nulla sarebbe valsa la clausola penale, perché egli non sarebbe stato in grado di pagar neppure la somma prevista a titolo di penalità. Nondimeno, nei casi in cui la penale veniva pattuita,

¹²³ *Studi* cit., p. 136 s. Cfr. PAOLI-BISCARDI, s.v. cit., in «NNDI», XIII, p. 752.

¹²⁴ Sulla evoluzione semantica di questo termine dal diritto greco al diritto bizantino (anche in confronto all'uso di πρόστιμον), il lettore può essere rinviato ad ASHBURNER, *The Rhodian Sea-Law*, Oxford 1909, p. 99 s.

¹²⁵ *Loc. ult. cit.*

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

il suo ammontare sembra che fosse per lo più il doppio del capitale prestato (διπλάσια τὰ χρήματα: 100 %) ¹²⁶, anche se talvolta esso poteva raggiungere l'importo di due volte e mezzo (150 %) ¹²⁷ od eccezionalmente discendere, per indennità speciali, al livello della metà (ἡμιόλιον: 50 %) ¹²⁸.

E' quindi per lo meno probabile che, essendo la regola generale quella dei διπλάσια τὰ χρήματα, vigesse anche in diritto romano la *poena* consuetudinaria del *duplum* (o *alterum tantum*) ¹²⁹, per imitazione dell'uso greco.

E, dato che nel regime romano del prestito marittimo la garanzia ipotecaria non era essenziale ¹³⁰, vien fatto di pensare ad un rapporto quantitativamente invertito – rispetto al regime greco – fra clausola penale e garanzia ipotecaria nell'assoluta maggioranza dei casi: poiché, laddove gli ἐπιτίμια rappresentavano solo un *accidentale negotii* e l'ipoteca sulla nave o sulle merci era inseparabile da qualunque δάνειον ναυτικόν, invece la *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa* era l'*id quod plerumque accidit*, e la *conventio pignoris* una mera, anche se non rara, eventualità. Il che troverebbe la sua giustificazione storica nella idoneità della *stipulatio poenae* a scongiurare le liti, mentre a codesto scopo la garanzia reale non poteva avere la medesima efficacia. Tuttavia, com'è facile intendere, la preminenza dell'una o dell'altra clausola, rispettivamente in diritto greco e in diritto romano, non escludeva la sostanziale identità, sotto il profilo economico, dei due prestiti: e ciò in quanto la differenza tecnico-giuridica da altro non derivava che dalle esigenze di ambientazione ed acclimatazione del δάνειον ναυτικόν nel sistema contrattuale romano, identificabili da un lato negli ostacoli costituiti dalla gratuità del *mutuum* e dalla inettitudine del *pactum* a generare il vincolo obbligatorio, nonché, dall'altro, nell'intento di valorizzare la *stipulatio poenae* – specie in materia commerciale – allo scopo di ridurre al minimo l'occasione di ricorrere, *extrema ratio*, all'intervento degli organi giurisdizionali per risolvere i conflitti d'interesse fra i contraenti.

Se una conferma si volesse trarre *ex post*, circa l'importanza della *stipula-*

¹²⁶ Demosth., c. *Dionysod.* (LVI), 20; 38; 41; 45. Il § 38 riporta, fra l'altro, il testo della συγγραφὴ ναυτικὴ relativo agli ἐπιτίμια: Ἐὰν δὲ ... μὴ παρὰσχῶσι τὰ ὑποκείμενα ἐμφανῆ καὶ ἀνέπαφα, ἢ ποιήσωσιν τι παρὰ τὴν συγγραφὴν, ἀποδιδότωσαν διπλάσια τὰ χρήματα. Cfr. GERNET, *Démosthène. Plaidoyers civils*, III, Paris 1959, p. 132 s.

¹²⁷ Demosth., c. *Phorm.* (XXXIV), 6; 33. Cfr. GERNET, *op. cit.*, I, Paris 1954, p. 148.

¹²⁸ Demosth., c. *Phorm.* (XXXIV), 26. Cfr. GERNET, *op. cit.*, I, p. 148 s.

¹²⁹ Un motivo di analogia si potrebbe comunque desumere da D. 22, 1, 9 pr. (Pap. 11 *resp.*), che dichiara invalida (cfr. D. eod. 44) la clausola penale del doppio in relazione ad una *stipulatio usurarum*, soggetta al limite del 12 % (*usura licita* o *centesima*): «*Pecuniae faeneris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimae usurae respondendi non tenere: quare pro modo cuiuscumque temporis superfluo detracto stipulatio vires habebit*».

¹³⁰ V. *supra* p. 77 s., in collegamento a ciò che scrivevo in «Studi Albertoni», II, p. 369 s.

tio poenae in materia di contrattazioni marittime, dalla codificazione bizantina del Νόμος Ῥοδίων ναυτικός, credo che varrebbe la pena di invocare un articolo di essa (*Capita legis Rhodiorum*, 3, 20 = Bas. Suppl. II [Heimbach-Ferrini VII] 113), da cui risulta che nel contratto di noleggio, ove le parti non abbiano pattuito gli ἐπιτίμια, le penalità per l'inadempienza sono disciplinate *ipso iure*: il che vuol dire che la clausola penale è diventata legge, in difetto di una volontà negoziale dichiarata¹³¹.

Ciò posto, è comunque evidente che l'ipotesi da me propugnata di una generalmente diffusa applicazione della *stipulatio poenae* quale suggello della *conventio traiecticae pecuniae* avrebbe bisogno, per acquistare un ancor più elevato grado di attendibilità, della testuale dimostrazione che la *conventio* formava oggetto, nella generalità dei casi, di una scrittura. E, fin dalla prima edizione di questa mia opera¹³², io non avevo mancato di rifarmi a qualche appiglio documentario, come gli accenni alla *conventio* od alla *cautio*, che affiorano in D. 45, 1, 122, 1 ed in C. 4, 33, 5 [4].

Ora – lasciando pure in disparte il ricordo della *huiusmodi conventio* (a dir vero abbastanza tenue) nel rescritto diocleziano che chiude il titolo «*de nautico fenore*» nel C. I. (4, 33) – a me sembra che il c.d. prestito di Callimaco (D. 45, 1, 122, 1), nonostante la corruzione del testo¹³³ e la singolarità della clausola stipulatoria ivi adottata in luogo della solita *stipulatio poenae*¹³⁴, abbia molto maggior peso in proposito di quanto io non abbia creduto fin qui. Esso ha infatti un valore paradigmatico, perché ci attesta senza ombra di dubbio, anche in diritto romano, la persistente normalità della *syngrapha* nelle contrattazioni di prestito marittimo¹³⁵: basti porvi attenzione per accorgersi che il giurista

¹³¹ Cfr. ASHBURNER, *op. cit.*, pp. 23 s., 98: «Where a man hires a ship, the contract to be bending, must be in writing and subscribed by the parties, otherwise it is void. Let them also write penalties if they wish (γραφέτωσαν δὲ καὶ ἐπιτίμια, ἐὰν θέλωσιν). If they do not write penalties (ἐὰν δὲ μὴ συγγράφωνται), and there is a breach, either by the captain or by the hirer – if the hirer provides the goods ... let him give the half of the freight (ἡμισυ τοῦ ναύλου) to the captain. If the captain commits a breach, let him give the half-freight (τὸ ἡμισυ τοῦ ναύλου) to the merchant. If the merchant wishes to take out the cargo, he will give the whole freight (τὸ πᾶν ναῦλον) to the captain. These penalties shall be exacted as in cases where A brings a suit against B (ἡ δὲ πράξις ἔσται τοῦτων τῶν ἐπιτιμίων καθάπερ εἰ ἐκδικήσῃ τις τινά)».

¹³² *Actio pecuniae traiecticae*¹, p. 35 (in questa nuova edizione p. 29).

¹³³ V. *supra*, pp. 53-56. Anche il DE MARTINO, riedendosi, è divenuto d'avviso (*Sull'actio p.t.*, pp. 32-35) che il testo non sia tanto interpolato, quanto piuttosto frutto di una parafrasi potclassica o di un manoscritto classico infarcito di glossemi.

¹³⁴ V. *supra*, in questo stesso paragrafo, il richiamo alla fattispecie della *syngrapha* callimachea, nonché la nt. 114 e le precedenti pp. 56-60.

¹³⁵ Dico «persistente normalità della *syngrapha*», pensando agli esempi che ce ne ha conservati il *Corpus Demosthenicum* nelle orazioni c. *Phorm.* (XXXIV) 6, c. *Lacr.* (XXXV) 10-13,

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

Scevola riassume ostensibilmente il contenuto di una scrittura privata («*convenitque inter eos*», «*secundum conventionem*», «*secundum cautionem*»), riproducendone qua e là il tenore *ad litteram* e non dissimulando a chi legge che egli ha sott'occhio l'originale o la copia di un documento della prassi («*si intra diem supra scriptam*», «*cum ante idus supra scriptas*», «*de pecunia supra scripta*», «*post diem supra scriptam*», «*supra scriptus servus*») ¹³⁶.

Ed è pure assai verosimile che, essendo destinata a servire da suggello alle clausole – spesso varie, numerose e circostanziate – della *conventio traiecticiae pecuniae*, redatta in iscritto, la relativa *stipulatio poenae* fosse documentata nella *syngrapha*. Tant'è che la *syngrapha* callimachea – la quale forse dette luogo, in pratica e in teoria (come d'altronde si conveniva ad un *casus* reputato degno da Scevola di essere prescelto per i suoi *digesta*), a più di un quesito giuridico («*quaesitum est - respondit*», «*item quaero - respondit*») – depone proprio, sebbene solo per analogia, in questo senso.

Ma qui sorge un grosso problema, che trascende di molto l'oggetto particolare della mia indagine. Poteva in realtà bastare la menzione per iscritto della clausola stipulatoria a far nascere gli effetti della *stipulatio poenae*, anche se le formalità verbali non fossero state osservate? Certo, questo avvenne allorché il *rigor iuris* cedette per fare posto all'irrompere di tendenze centrifughe ed innovatrici: e noi tutti sappiamo quale sia stato il travaglio che ha cagionato il processo di degenerazione della *stipulatio* in età postclassica ¹³⁷. Peraltro già in quell'immenso crogiuolo di razze, di lingue e di tradizioni che è l'impero romano, anche solo a cominciare dal periodo della massima espansione traianea per arrestarci alle soglie del dominato, e senza voler con ciò sminuire l'importanza storica di quella pietra miliare che fu l'editto di Caracalla, lo schema di sviluppo della *stipulatio* era potenzialmente idoneo ad abbracciare sia in forma diretta, sia in forma di clausola penale, molte fra le più diverse operazioni del commercio internazionale. E, se noi non dimentichiamo che fin dall'epoca repubblicana si era affermato l'uso di accompagnare la *stipulatio*, essenzialmente orale, con la redazione di un documento scritto, che giuridicamente aveva solo valore probatorio, ma che coincideva con la consuetudine greca delle *syngraphae* come forme contrattuali astratte, specie usate in rapporto alla

e c. *Dyonisod.* (LVI) 36, 38: cfr. PAOLI, *Studi cit.*, pp. 121-137, e PAOLI-BISCARDI, *loc. ult. cit.* Com'è noto, la συγγραφὴ ναυτικὴ era fra l'altro *condicio sine qua non* per adire, in sede esecutiva, i tribunali commerciali: v. anche gli acuti rilievi del COHEN, *op. cit.*, pp. 101 s., 129-136, 138, 180 s.

¹³⁶ Del tutto isolata è, a quanto mi consta, l'opinione del ROUGÉ, *op. cit.*, p. 349, che il prestito di Callimaco sia un atto fittizio. V. da ultimo, in senso contrario, KUPISZEWSKI, *op. cit.*, p. 374.

¹³⁷ V. anche *supra*, p. 93 ss.

causa di mutuo¹³⁸, e se noi teniamo presente al tempo stesso che, secondo gli ammaestramenti della giurisprudenza classica, da un lato la *stipulatio*, come negozio *iuris gentium*, era aperta ai peregrini e, dall'altro, *syngraphae* e *chirographi*, come negozi dello *ius peregrinorum*, erano riconosciuti produttivi di effetti in base a quella che oggi si chiamerebbe una norma di diritto internazionale privato (Gai. 3, 134), non è neanche difficile comprendere il ricambio, dovunque in atto, fra esperienza giuridica romana e istituti della prassi provinciale, con la conseguenza di una funzione suppletiva del diritto romano nei confronti dei diversi ordinamenti vigenti nelle provincie, ossia ancor prima della *constitutio Antoniniana*. Ed è questa una materia, in cui il problema dei rapporti fra elaborazione dottrinale degli schemi tecnico-giuridici e realtà pratica od economica ci appare in tutta la complessità di sfumature che esso comporta¹³⁹. Né ci potrebbe pertanto fare alcuna meraviglia che in questo clima la clausola stipulatoria, destinata a diffondersi quale mera formalità nella prassi negoziale delle provincie dopo l'estensione della cittadinanza romana ai provinciali, potesse venire già interpretata con molta elasticità, sì da ritenere valido un documento in cui essa fosse inserita, senza indagare se i *verba* della dichiarazione scritta fossero stati effettivamente pronunciati¹⁴⁰.

Ma rivolgiamo infine lo sguardo al nuovo ed unico papiro concernente la *pecunia traiecticia*, sul quale ci siamo già ripromessi di esprimere un giudizio, ad integrazione delle più recenti deduzioni critico-ricostruttive, che hanno formato oggetto di questa lunga 'postilla'.

Si tratta di un papiro viennese, del quale non esiste ancora un'edizione ufficiale, ma appena qualche trascrizione provvisoria incompleta, che dà luogo a molte perplessità. E' il P. *Vindob. G.* 19.792, conservato nella raccolta di papiri dell'Arciduca Ranieri (*PER.* = *Papyri Erzherzog Rainer*) della Biblioteca Nazionale Austriaca [Oesterr. Nationalbibliothek]. Quantunque il documento (che proveniva dal Fayûm, ov'era stato scoperto nel 1886) fosse stato preso in considerazione in una tesi di dottorato del 1938¹⁴¹, ne dette per la prima volta

¹³⁸) V. per tutti la BIANCHINI, *Syngrapha (diritto greco e romano)*, in «NNDI.», XVIII (1971), p. 1008 ss. (con aggiornata bibliografia).

¹³⁹) Cfr. GROSSO, *Schemi giuridici e società*, cit., pp. 372-386.

¹⁴⁰) Tale è almeno la direzione in cui vediamo orientata una parte notevole della dottrina romanistica più recente: al PRINGSHEIM, *Stipulationsklause*, pp. 194-256, ed alla letteratura ivi cit., si aggiungano in relazione alla *pecunia traiecticia* (e con ogni riserva sulla diagnosi strutturale del negozio) D'ORS, *loc. ult. cit.* (confrontando p. 401, ov'è ricordata la monografia del SIMON, *Studien zur Praxis der Stipulationsklause*, München 1964) e KUPISZEWSKI, *op. cit.*, p. 374 (cfr. *supra*, § 5).

¹⁴¹) La tesi (dattiloscritta) è del SALOMON, e s'intitola *Papyrusurkunden aus der Kaiserzeit der Papyrussammlung Erzherzog Rainer der Nationalbibliothek zu Wien* (Wien, Mai 1938): al

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

pubblicamente notizia il Gerstinger, conservatore della raccolta, in una relazione postbellica intesa a tranquillizzare i papirologi sullo stato di conservazione della raccolta medesima, sfuggita a danni di guerra, tuttavia limitandosi ad annunciare che il papiro in questione riportava una comunicazione bancaria relativa ad un prestito marittimo dell'età di Antonino Pio¹⁴². Da allora, esso è stato studiato solo, ed assai approssimativamente – per l'incertezza del testo che nessuno aveva potuto controllare di persona – dal Casson, versato in storia della navigazione antica¹⁴³, nel 1957, nonché dal Bogaert e dal Rougé, che ne dipendono, alcuni anni dopo¹⁴⁴. Segnalato nel *Sammelbuch*¹⁴⁵ e nella «Chronique d'Égypte»¹⁴⁶, il nostro papiro è citato anche frettolosamente dal Taubenschlag¹⁴⁷, dal Seidl¹⁴⁸, dallo Youtie¹⁴⁹ e dal Visky¹⁵⁰. Tutto qui, se non vado errato.

Mi è parso quindi necessario accertare direttamente lo stato del papiro, procurandomene una fotocopia¹⁵¹, e tentare con l'aiuto di provetti papirologi¹⁵² di curarne una edizione critica responsabile, che il lettore troverà in 'appendice'.

papiro viennese in lingua greca, che porta il numero d'inventario 19.792, è dedicato il capitolo IV (*Bericht über die Uebersetzung eines Seedarlebens*), pp. 49-66. Debbo alla squisita cortesia dei colleghi prof. Bruno SCHMIDLIN e prof. Gehrard THÜR dell'«Institut für römisches Recht und antike Rechtsgeschichte» dell'Università di Vienna – ai quali esprimo la mia più viva gratitudine – se ho potuto disporre di una copia della inedita dissertazione accademica.

¹⁴² *Bericht über die Schicksale der Wiener Papyrussammlung in der Zeit von 1938-1948 und den Stand der Arbeiten an den PER*, in «L'antiquité classique», XX (1951), p. 415.

¹⁴³ *Op. cit.* (v. retro, nt. 88), in *Symbolae Taubenschlag*, II [= «Eos», XLVIII, suppl. 2], pp. 89-93. L'autore confessa di lavorare utilizzando una trascrizione del testo, fatta da un ex-allievo del prof. Hans Gerstinger («as read by a former student of his»).

¹⁴⁴ BOGAERT, *Banquiers, courtiers et prêts maritimes à Athènes et à Alexandrie*, in «Chron. d'Eg.», XL (1965), p. 154 s.; ROUGÉ, *op. cit.*, p. 348 s.

¹⁴⁵ SB. 9571 (vol. VI, 1 [1958]. ed. E. KIESSLING).

¹⁴⁶ Ivi, XXXII (1957), p. 358 (a cura della GORTSMAN).

¹⁴⁷ *The Law of Greco-Roman Egypt*², Warszawa 1955, p. 316 nt. 8.

¹⁴⁸ In «SDHI», XXIII (1957), p. 360 (*Recensione delle Symb. Taubenschlag*), e *ibid.*, XXIV (1958), p. 439 (*Juristische Papyruskunde*, 13. Bericht): interpretazione divergente, e alquanto peregrina (lo YOUTIE, cit. *infra*, nella nota che segue, la considera «more sophisticated»), del testo riprodotto dal CASSON (v. *supra*, nt. 143), con richiamo ad un'*actio exercitoria*, della cui applicabilità nella specie non riesco a veder traccia.

¹⁴⁹ In «Trans. Amer. Philol. Ass.», XCI (1960), p. 262 (= YOUTIE, *Scriptunculae*, I, Amsterdam 1973, p. 344).

¹⁵⁰ *Op. cit.*, p. 396 nt. 21.

¹⁵¹ Ringrazio qui pubblicamente la Direzione della «Papyrussammlung» della Biblioteca Nazionale Austriaca per il generoso appoggio, di cui mi è stata prodiga ai fini del mio lavoro.

¹⁵² Essi sono: la prof. Angela VANDONI, dell'«Istituto di papirologia» dell'Università Statale di Milano, ed il prof. Manfredo MANFREDI, dell'«Istituto papirologico G. Vitelli» dell'Università di Firenze. Giunga ad essi pure, ed in prima linea, l'espressione della mia cordialissima gratitudine.

Sulla falsariga della nostra lettura, e riservando all'«appendice» qualche altro dettaglio, ecco in sintesi gli estremi ed il contenuto del *P. Vindob. G. 19.792*, purtroppo mutilo della sua ultima parte.

La data del documento, finora ignota nella sua completezza, è – come pare – il 13 febbraio (19 Mechir) del dodicesimo anno di regno dell'imperatore Antonino Pio, e cioè del 149 d.C. Esso proviene quasi certamente dall'archivio di una banca di Teadelfia, come sembra risultare dal fatto che il mittente della comunicazione, che evidentemente ne ha conservato copia per tenerne conto nel suo libro mastro, è un pubblico banchiere (δημόσιος τραπεζίτης) di quella città.

Or è appunto codesto banchiere, Marcus Claudius Sabinus, cittadino romano residente a Teadelfia (nella zona occidentale dell'oasi di Fayûm), il quale informa due armatori di Ascalone (in Palestina), Zoilos figlio di Zoigas e Kallimedes figlio di Diogenes, che due capitalisti, romani o romanizzati, Caius Longinus Celer e Tiberius Claudius Chares (o Charesas), hanno concesso – probabilmente sotto forma di accreditamento bancario, e cioè con un ordinativo di pagamento spiccato a carico dello stesso banchiere – un prestito marittimo (δάνιον ναυτικόν), alle condizioni pattuite nella *syngrapha* relativa (κατὰ ναυτικὴν συγγραφὴν) in favore di essi e congiuntamente dei loro soci capitani marittimi (συνναύκληροι), Sostratos e Sosos, entrambi figli di Diopeithes, ed essi pure ascaloniti, che in quanto soci dei primi due sono altresì comproprietari della nave da carico denominata 'Antinoos Philosarapis Sozon'. Si precisa – com'è lecito arguire, in conformità delle clausole specificate nella *syngrapha*, un esemplare della quale (ossia quello destinato a rimanere a terra: ἡ ἐν γείῳ) è stato, secondo un'antica usanza¹⁵³, depositato presso il banchiere (παρ' ἐμοὶ τῷ τραπεζίτῃ) – che i quattro beneficiari del prestito saranno solidalmente responsabili dell'integrale pagamento di quanto da essi dovuto, e ciò secondo le regole della *mutua fideiussio* (ἀλληλένγνοι εἰς ἑκτεῖσιν), mentre il prestito è garantito dal vincolo ipotecario sulla nave, sulle attrezzature e sull'ultimo nolo (ἐπὶ τῷ) ... προγεγραμμένῳ πλοίῳ καὶ τοῖς τούτου σκεύεσιν [πᾶσι καὶ] ἐσχάτῳ ναύλῳ).

Più difficile è stabilire l'ammontare delle somme di denaro indicate nell'atto ed il rapporto fra esse. Si dichiara che il totale importo del prestito è di 7 talenti d'argento più 5160 dracme e che, a quanto pare, tutta la somma od una parte cospicua di essa (7 talenti più x dracme: di questa seconda cifra si leggono con sicurezza soltanto le decine od al più le centinaia, 60 o 160) è stata già consegnata ai beneficiari, in conto del totale (σὺν οἷς ἔχετε διὰ χειρός), mentre poi si parla di un resto o di una differenza in dracme (τὰς λοιπὰς ...): per cui non si capisce bene se in mano dei prenditori siano solo i 7 talenti

¹⁵³) Cfr. Demosth., *c. Phorm.* (XXXIV), 6 e *c. Dionysod.* (LVI), 15.

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

(come si potrebbe supporre se le somme totali indicate coincidessero), restando ancora da versare le 5160 dracme, ovvero se essi abbiano già ricevuto i 7 talenti ed una parte delle dracme (se la cifra in dracme fosse invece, la seconda volta, inferiore alla prima), nel qual caso rimarrebbe solo da versare la differenza per arrivare a 5160, e questa differenza sarebbe stata indicata dopo, nella parte mancante dell'atto¹⁵⁴.

Ad ogni modo, è per lo meno sicuro che, nelle ultime righe leggibili della parte di documento conservataci, si introduceva una riserva per un credito anteriore ad altro titolo di uno dei sovventori, Caius Longinus Celer, nei confronti di Kallimedes figlio di Diogenes (μη ἐλαττουμένου κτέ.), premendo al creditore di mettere in evidenza che il nuovo credito non doveva conglobare né pregiudicare in alcun modo il credito precedente, regolato a quanto sembra da un'altra scrittura (κατ' ἔνγραφον ἀσφάλειαν [?]). Anzi, non è forse nemmeno da respingere l'ipotesi che proprio a tale scopo il cliente Caius Longinus Celer avesse preteso dal suo banchiere l'invio di una esplicita comunicazione ai concessionari del prestito, residenti nella città di Ascalone, uno dei quali era già suo debitore ad altro titolo (περὶ ὧν ἄλλων ὀφείλει).

Altri particolari mancano: il chiaro accenno ad interessi dovuti (τόκ -), esattamente al principio della riga finale, ove ha inizio lo strappo del papiro, poteva riferirsi tanto al precedente credito di Caius Longinus Celer quanto alle *usuræ* del prestito marittimo concesso ai quattro ascaloniti.

Se noi ci domandiamo ora, a conclusione di tutto il nostro discorso, quali siano le illazioni che è oggettivamente possibile trarre dal nuovo papiro viennese per una migliore conoscenza della *pecunia traiecticia*, non dovremo troppo rimpiangere che il papiro stesso non sia addirittura il testo di una scrittura privata che ce ne riporti letteralmente le clausole, ma soltanto una comunicazione bancaria relativa alla concessione di un prestito marittimo. Vero è che in tal guisa, di fronte al caso concreto che il documento ci prospetta, noi non siamo in grado di stabilire né quale fosse l'itinerario del viaggio per cui il prestito era stato contratto, né la sua prevista durata, né la misura degli interessi pattuiti, e neppure se vi fossero limiti all'assunzione del rischio od alla responsabilità dei debitori, solidalmente e reciprocamente garanti della integrale *solutio*. Tuttavia anche così noi abbiamo finalmente a disposizione una testimonianza negoziale preziosa: e ciò non tanto perché – come è stato notato da qualcuno

¹⁵⁴ E' oltremodo improbabile, al contrario, che l'eventuale differenza – sia pure supposta di scarsa entità – rappresentasse (come dubitativamente mostra di ammettere il ROUGÉ, *op. cit.*, p. 349) l'importo di una provvigione bancaria, trattenuta dalla banca stessa (o, in altri termini, «la commission de la banque pour son rôle d'intermédiaire et pour l'établissement de l'acte»), poichè per lo più simili tangenti non venivano registrate negli atti.

dei pochi studiosi che ne hanno avuto sentore¹⁵⁵ – il nostro papiro ci attesta che la nave stessa ed il suo armamento ed il nolo potevano essere oggetto d'ipoteca, del che non si avevano esempi nelle fonti romane o comunque successive al IV secolo a.C.¹⁵⁶, quanto perché esso non ci lascia più alcun dubbio sulla persistente prassi della *συγγραφή ναυτική*, il che vuol dire sul perpetuarsi delle consuetudini greco-ellenistiche riassunte in essa, fra cui il deposito della *syngrapha* presso il banchiere, che normalmente fungeva da intermediario nelle trattative fra capitalisti, armatori e *navtae*.

Malgrado il suo valore paradigmatico, sul quale abbiamo posto l'accento¹⁵⁷, la *syngrapha* callimachea rappresentava un *unicum*, di cui ci ha trasmesso il ricordo un frammento, assai malconcio, della letteratura giurisprudenziale (D. 45, 1, 122, 1). Invece il nostro papiro – la cui data precede di poco gli anni, nei quali il fecondo giurista consulente Q. Cervidio Scevola, *praefectus vigilum* e membro del *consilium principis* al tempo di Marco Aurelio¹⁵⁸, dettava i suoi *digesta* – è un documento della prassi mercantile marittima, vale a dire uno degli infiniti documenti del genere emerso dall'oblio (chissà fra quante altre migliaia scomparse in ogni dove nel bacino mediterraneo!) grazie alle speciali condizioni di clima delle regioni desertiche ai margini della valle del Nilo, che ce lo hanno preservato in una località dell'interno, dove pure (in mezzo a tanti altri atti non riguardanti il commercio e la navigazione, che sono stati colà ritrovati) documenti di questo genere dovevano essere estremamente rari.

Se è presumibile, dunque, che la normalità della *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa* dovesse praticamente ricollegarsi al presupposto di una scrittura dettagliata con tutte le clausole del prestito accordato per semplificare al massimo, nella vita pulsante degli affari, la inserzione del suggello escogitato dalla fertile mentalità dei Romani onde accogliere nel loro sistema giuridico un istituto che non potevano rigettare¹⁵⁹, ecco finalmente, con la nuova attestazione concreta di una *συγγραφή ναυτική* nel II secolo d.C., un anello di congiunzione insostituibile, che fino ad oggi mancava agli studiosi del prestito marittimo romano.

¹⁵⁵ CASSON, *op. cit.*, p. 92 s.; GORTÉMAN, «Chron. d'Eg.», XXXII, p. 358.

¹⁵⁶ I precedenti esempi risalgono infatti alle orazioni private del *Corpus Demosthenicum*. c. *Zenoth.* (XXXII), 14; c. *Apat.* (XXXIII), 6; c. *Lacr.* (XXXV), 32; c. *Dionysod.* (LVI), 3 ss.

¹⁵⁷ V. sopra, in questo stesso paragrafo, su note 133-136.

¹⁵⁸ Cfr. per tutti SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. NOCERA, Firenze 1968, p. 193.

¹⁵⁹ V. *retro*, su note 120 ss.

Appendice

P. Vindob. G. 19.792

Theadelphia (?)

(cm. 25 X 17)

13. 2. 149P (?)

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

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

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

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

Actio pecuniae traiectionis. Contributo alla dottrina delle clausole penali

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

Ἀπὸ τῆς Μάρκου Κλαυδίου Καβεῖνου [δημοσί]ας τραπεζίης
 Ζωίλω Ζωιγ[ά]τος καὶ Καλλιμήδεις Διογ[έν]ου [Ἀσκα]λων^ε
 ἰβ αὐτοῦ καίσαρ^ο Τίτ^ο Αἰλί^ο Ἀδριαν^ο Ἀντων^ο ^{ε/β}σεβ^ος εὐσεβοῦς Μεχρίρ
 [ι]θ. Γάιος Λονγεῖνος Κέλερ καὶ Τιβέριος Κλαύδιος Χάρης ἃς ἐπέστειλαν
 5 ὑμῖν ἐν ᾠστράτῳ καὶ Κάσῳ ἀμφοτέροις Διοπαίθουσ Ἀσκαλων^ε
 συννακλήροις ὑμῶν πλοίου ἀκάτ^ο ᾧ ἐπιγραφ^η Ἀντίνο^ο Φιλοκάρα^α ᾠζων ἀλ-
 ληλεγγύοις εἰς ἐκτεῖνιν δάνιον ναυτικ^ο κατὰ ναυτικὴν συγγραφὴν ἧς ἡ ἐν-
 γειος παρ' ἑμοὶ τῷ τρα^π ἐπι(.)ω[.]κη(.)ω προγεγραμμένῳ πλοίῳ καὶ τοῖς τοῦτ^ο
 10 κκεύεσι ἐσχάτῳ ναύ[λ]ῳ ὥστε ἔχ^ε ὑμᾶς τοὺς τέσσαρας ἀργυρί^ο Ζ^ζ ἔρξ
 ἐν οἷς ἔχε[π]ε] διὰ χειρὸς Ζ^ζ ἰ[.]ρξ τὰς λοιπὰς μὴ ἐλαττουμένου τοῦ ἐνὸς αὐτῶν
 Γαίου Λονγεῖνο[υ] Κέλερος περὶ ὧν ἄλλων ὀφείλε[ι] αὐτῷ Καλλιμήδης
 Διογένους ... [.] .. [.] ... κατ' ἐν[γ]ραφον ἀσφάλειαν (?)
 τρκ[
 Ζ[
 15 .[

Sul *verso*, nel senso delle fibre:

ἔχι Γάιος Λ[ονγεῖ]νος πιττάκιον
 προαν^α .. κλ^ος των π^ο ων

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

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

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

pagiri. Le alternative sono offerte dai genitivi Ζηνᾶτος (ben attestato, ma meno riconoscibile nelle tracce), Ζεινᾶτος (mai attestato) e infine Ζοῖλᾶτος (che sarebbe certamente preferibile, se non facesse difetto la lettura del λ). — *Lege* [Ἀσκα]λωνε(ίταις); così pure al r. 5.

3. Dopo un accurato esame della fotografia e dell'originale, la lettura della cifra indicante l'anno di regno dell'imperatore Antonino Pio ci sembra superiore alle alternative ιγ ο κγ. — *Lege* αὐτοκρ(άτορος) καίσαρο(ς) Τίτο(υ) Αἰλίο(υ) Ἀδριανο(ῶ) Ἀντων[ε(ίνου)] σεβ(αστοῦ).

4. Data la limitatezza dello spazio disponibile, soltanto uno ι può aver preceduto il θ, ancora parzialmente leggibile. Alla lettura Χαρησᾶς (SALOMON, CASSON) sembra senz'altro preferibile Χάρης ᾧς (così anche TURNER, *apud* YOUTIE), sia perchè Χαρησᾶς non è mai attestato, sia perchè è invece ampiamente documentata la posizione prolettica del pronome relativo. La ripresa potrebbe essere rappresentata da τὰς λοιπὰς del r. 10.

5. E' forse degno di nota l'uso di σύν, tecnicamente allusivo ad un rapporto di associazione fra i debitori.

6. Συνναύκληρος non risulta attestato altrove: cfr. però σύμπλοος in PBerol. 5883+5853 (ed. WILCKEN, *ZÄS.*, LX, 1925, p. 86 ss.). Per ἀκάτο(υ), v. CASSON, p. 91. Quanto agli epiteti di Ἀντίνοο(ς), Φιλοσάραπ(ις) Σώζων, che appaiono indicati nel nome della nave, sembra che essi non figurino in altri testi: cfr. da ultimo G. RONCHI, *Lexicon Theonymon rerumque sacrarum et divinarum ad Aegyptum pertinentium*, Milano 1974, p. 135. — ὠναλ è corretto su ἀγικη.

6-7. Sull'ἀλληλεγγύη (εἰς ἔκτεισιν) v. *supra*, 'Postilla', § 6, con riferimento ad E. CANTARELLA, *La fideiussione reciproca*, Milano 1965.

7. ληλεν è su correzione. — Sia per il δάνειον ναυτικόν (*sic lege*) che per la ναυτική συγγραφή non ho che da rinviare a quanto è detto *supra*, nel cit. § 6 della 'Postilla', ove si chiarisce anche il significato del termine ἔγγειος e si fa cenno alla consuetudine di depositare copia della συγγραφή ναυτική presso il banchiere.

8. *Lege* τραπ(εζίτη). — Le incerte tracce superstiti fra ἐπί e προγεγραμμένω non sembrano concordare con la lettura [ὑπο]θήκη τῶ di SALOMON e CASSON, che implicherebbe un errore sintattico per l'uso del dativo al posto del genitivo nell'indicare i vari oggetti della garanzia ipotecaria (v. ancora 'Postilla', *l.c.*). E' più probabile infatti che

Actio pecuniae traiectionis. Contributo alla dottrina delle clausole penali

ἐπί reggia direttamente i nomi dei singoli oggetti: cfr. ad esempio Dem., *c. Lacr.* (XXXV), 32. Un'ipotesi da non scartare è che fra ἐπί e προγεγραμμένῳ trovasse posto un altro connotato relativo alla nave, tuttavia non identificabile con ἀκάτω: ἀνικήτω? (epiteto che appare attribuito a Sarapis, protettore della navigazione, a cui richiama il nome della nave [r. 6]: cfr. W. HORNBOSTEL, *Sarapis*, Leiden 1973, pp. 29, 250 nt. 8). – *Lege* τοῦτο(v).

9. Tra le due possibilità d'integrazione πᾶσι καὶ ο καὶ τῷ, proposte rispettivamente da SALOMON-CASSON ed in *SB.*, ci sembra che la prima corrisponda meglio sia ai segni che si intravedono nel papiro, sia alla sintassi generale della frase. – *Lege* ἔχε(ι)v, ἀργυρίο(v). – L'ammontare del prestito, di cui trattasi, è di 7 talenti e 5160 dracme: nel rigo successivo è indicata una somma, il cui importo in talenti è certamente identico, mentre rimane congetturale una parte della cifra che indica le dracme (v. ancora una volta 'Postilla', *l.c.*).

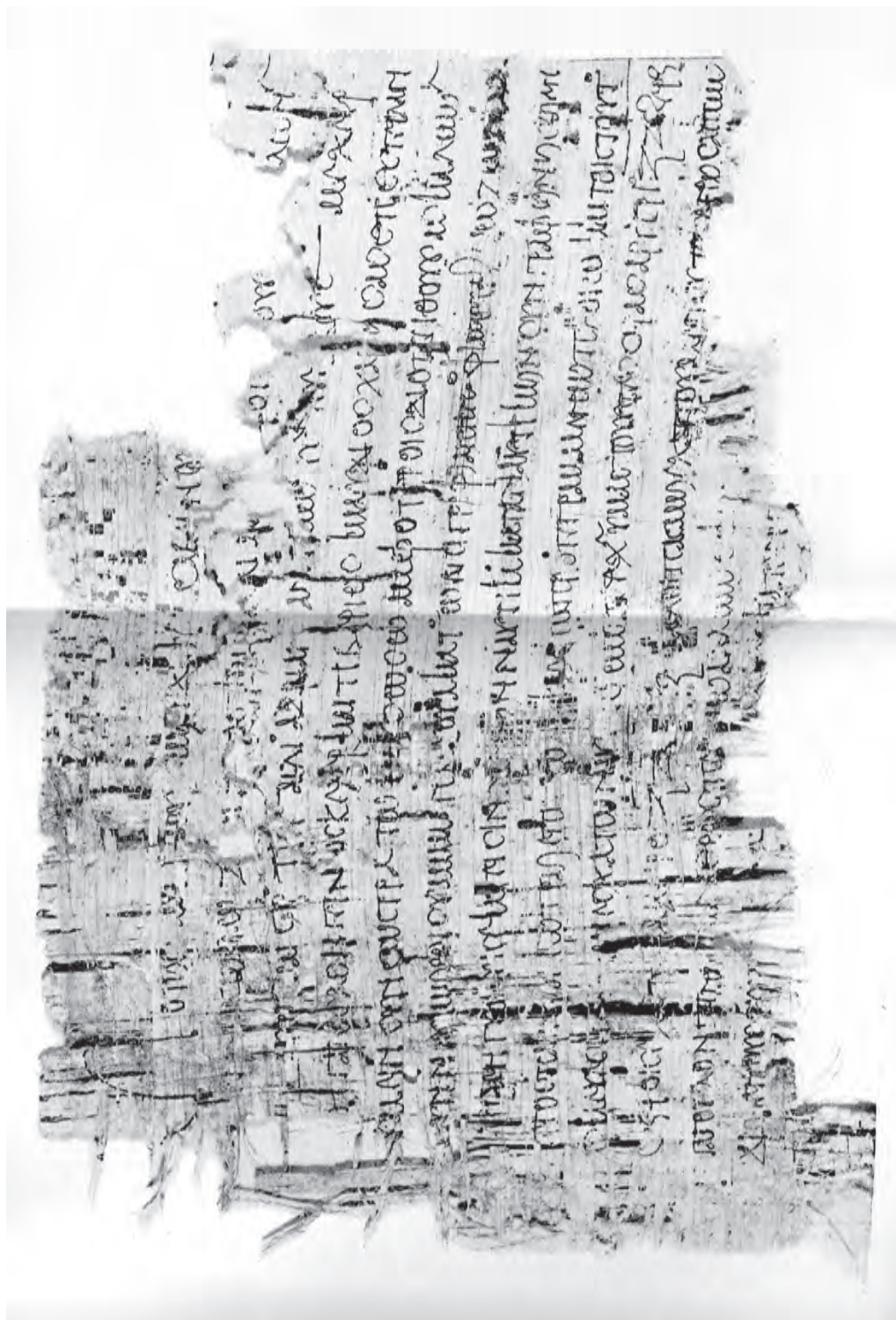
10. τὰς λοιπὰς riguarda sicuramente una somma espressa in dracme, che viene a completare l'importo complessivo del prestito.

10-11. Per la clausola μὴ ἐλαττωμένον κτέ. da ultimo G. HÄGE, *Die μὴ ἐλαττωμένον-Klausel in den griech. Papyri Ägyptens*, nei «Proceedings of the 12th International Congress of Papyrology», Toronto 1970, pp. 195-205.

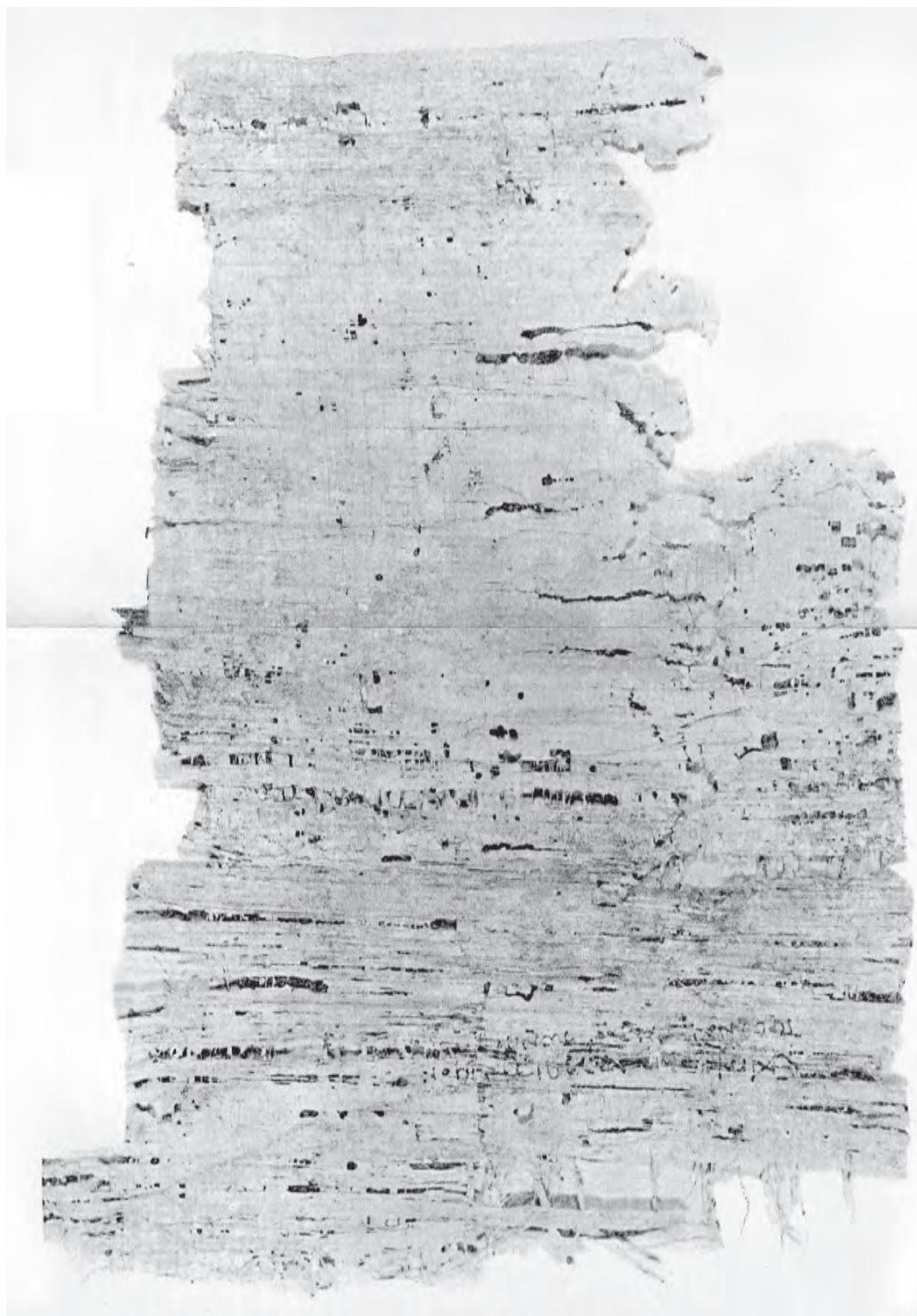
12. La lettura praticamente certa κατεγνί suggerisce con buona probabilità l'integrazione proposta, in riferimento all'atto, per cui si introduceva la riserva della non incidenza del credito ad altro titolo spettante a C. Longinus Celer nei confronti di Kallimedes (cfr. di nuovo 'Postilla', *l.c.*).

13. τοκί: verosimile l'allusione ad interessi, forse del secondo credito (v. *supra*, *ibid.*).

14-15. Alla nuova ispezione del papiro, risultano sussistere sicure tracce di altri due righi: il che può avere un certo peso nella valutazione ed interpretazione del documento.



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



p. Vindob. G. 19.792 (*Verso*)

Riepilogo

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

Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali

5. Ombre e luci nel saggio del Kupiszewski sui profili sostanziali e processuali del prestito marittimo in età classica p. 133
 Testi citati: D. 22, 2, 6; Paul. Sent. 2, 14, 3 e IP. ad h.l.; C. 4, 33, 2 [1]; C. eod. 5 [4]; D. 22, 2, 4 pr.; Bas. Suppl. II, 103 (= C. 4, 33, 1); D. 22, 2, 5, 1; D. eod. 7; Sch. Cyr. ad Bas., in Heimb. I, 563; P. Vindob. G. 19.792; D. 45, 1, 122, 1; D. 22, 1, 41, 2.

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

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

Ferdinando Zuccotti

Postfazione

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

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

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

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

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

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

Postfazione

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

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

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

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

³) Cfr. *supra*, p. 13.

⁴) Cfr. *supra*, p. 35.

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

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

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

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

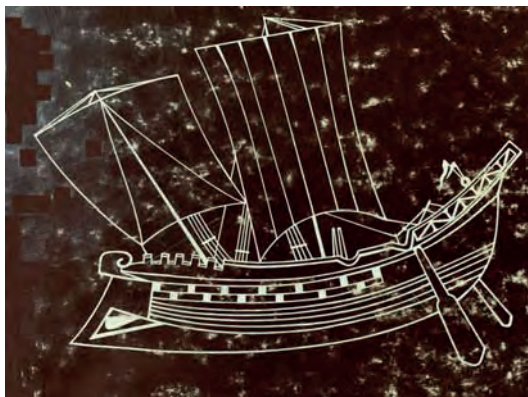
Ma, come ho già detto, non voglio qui esprimere giudizi definitivi o tendenzialmente tali, dato che ciò richiederebbe un approfondimento digressivo del tutto estraneo ai limitati fini di queste brevi note.

⁶) Cfr. *supra*, specie p. 21 s.

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

Postfazione

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



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

Collana della Rivista di Diritto Romano

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

DIRETTORE
Ferdinando Zuccotti

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

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