

La lex lecta e il mutuum cum stipulatione nel pensiero di Paolo. Riflessioni tra le pagine di van Eck

I. Premessa

Nel leggere le pagine di van Eck dedicate alle cd. ‘leggi dannate delle Pandette’ nella recente opera di traduzione e commento di Riccardo Fercia¹, v’è una riflessione che, tra tutte, colpisce l’interprete in modo particolare. Si tratta della disamina relativa alla famosa *lex lecta*, attribuita al giurista Paolo e conservata in D. 12.1.40: una fonte così controversa da essere passata alla storia con l’epiteto di *lex lecta «sed non intellecta»*² e da essere considerata la «*precipua*» tra le *leges damnatae*³.

Cionondimeno, va altresì riconosciuto alla nostra *lex* un fascino fuori dal comune, in primo luogo perché rappresenta⁴ una delle rare testimonianze pervenute nel Digesto che consentono di calarsi a fondo nel mondo degli affari dell’età classica (che van Eck pare significativamente collegare a quello della sua epoca)⁵ e di percepire così la capacità del *mutuum cum stipulatione* di assumere contorni estremamente articolati, combinandosi con ulteriori *stipulationes* e *pacta*, al fine di adattarsi al meglio alle concrete esigenze delle parti.

Ma il fascino che la *lex lecta* ha continuato a sprigionare nei secoli risiede soprattutto nella questione giuridica che essa pone, vera e propria sfida per gli interpreti delle diverse epoche: tanto per i giuristi del *consilium principis* di Settimio Severo, che per primi furono chiamati a fornire una soluzione in

¹ C. van Eck, *Le sette leggi dannate delle Pandette. Ovvero, le croci dei giuristi*, R. Fercia (presentazione, traduzione critica e testo a c. di), Pisa 2020.

² van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 67, riferisce dell’uso di tale denominazione da parte di «quasi tutti i *doctores*», presumibilmente perché, essendo questa di uso corrente ai suoi tempi, si era ormai perso il ricordo di colui che la aveva coniata.

³ Come ricordato da Fercia, in van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 30, è di C. van Bynkerschoek, ad *L. Lecta XL. Dig. de Reb. credit. si cert. pet. liber singularis & Dissertatio de Pactis Juris stricti contractibus incontinenti adjectis*, Lugduni Batavorum 1699², 3.

⁴ Insieme a D. 45.1.126.2 (sul quale *infra* § IV.2).

⁵ Come posto in luce ancora da Fercia, in van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 31 s. e 75, il suddetto collegamento non solo appare evidente in occasione dell’esame di D. 12.1.40, laddove van Eck tenta di «rapportare aritmeticamente il valore del *denarius* romano a quello della moneta corrente nelle Province Unite del 1682», ma si ricava, in termini generali, dalla cernita delle *leges damnatae* da lui operata: esse paiono, infatti, tutte legate dal medesimo *fil rouge*, cioè il problema – particolarmente sentito al tempo del nostro studioso – dell’accesso al credito e della remunerazione del capitale.

ordine al modo in cui dovesse essere intesa la complessa fattispecie di mutuo sottoposta alla loro attenzione, quanto per gli interpreti medievali e moderni che con tale soluzione si sono confrontati, nel tentativo di comprenderne a pieno le implicazioni sostanziali e processuali.

Per avere miglior contezza di quanto appena affermato e riscoprire il valore (e per certi versi l'attualità) di alcuni degli spunti di riflessione offerti dal giovane van Eck, nel 1682, in occasione della redazione della sua tesi di laurea, non resta ora che ripercorrere la legge 'più dannata di tutte' e individuare i contorni della fattispecie che ne è oggetto e il nodo esegetico che la caratterizza.

II. *Le peculiarità del mutuum cum stipulatione sottoposto all'auditorium di Papiniano*

Prendiamo le mosse dalla prima parte di D. 12.1.40 (*Lecta est...eius*), nella quale è descritto il mutuo concluso dalle parti.

D. 12.1.40 (Paul. 3 *quaest.*): *Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio iuris consulti cautio huiusmodi: 'Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Publius Maevius, spondo ego Lucius Titius. si die supra scripta summa Publio Maevio eive ad quem ea res pertinebit data soluta satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, quo post solvam, poenae nomine in dies triginta inque denarios centenos denarios singulos dari stipulatus est Publius Maevius, spondo ego Lucius Titius. convenitque inter nos, uti pro Maevio ex summa supra scripta menstruos refundere debeam denarios trecentos ex omni summa ei heredive eius' [...].*

Paolo, sin dalle prime battute, sembra prendere per mano il lettore e condurlo ad assistere ai lavori dell'*auditorium* del prefetto al pretorio: ci permette così di capire, almeno a grandi linee, le modalità mediante le quali la questione venne affrontata, a partire dalla lettura del documento di rilievo, passando per i momenti salienti del dibattito da esso scaturito, fino a giungere all'individuazione della soluzione più convincente. La *quaestio* presa in considerazione dal giurista muove, infatti, con tutta verosimiglianza, da un caso realmente sottoposto all'ufficio dell'insigne prefetto Papiniano⁶, all'in-

⁶ A riprova dell'insediamento di Papiniano nella carica di *praefectus praetorio*, van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 68, cita un'epigrafe apocritica, edita in *CIL*. VI.5 11*, che risulta approfondita più di recente da M. Petoletti, *Nuove testimonianze sulla fortuna di epigrafi*

terno del quale Paolo rivestiva probabilmente il ruolo di *adsertor*⁷.

Il frammento riporta i *verba* della *cautio* (evidentemente un chirografo)⁸ letta nell'*auditorium*, la quale si apre con la dichiarazione del debitore, Lucio Tizio,

classiche latine all'inizio dell'Umanesimo (con una nota sul giurista Papiniano e CIL, VI/5, n. 11)*, in *Italia Medievale e Umanistica* 44, 2003, 1 ss., in part. 20 ss. In tale studio, Petoletti confronta i testimoni della tradizione manoscritta che, a partire dal codice *Par. lat.* 6366, dell'inizio del Trecento, determinarono la circolazione e la diversa ricostruzione testuale dell'epigrafe e portano oggi a ritenere che essa sia stata, almeno in parte, falsificata. Ad ogni modo, se si collega l'epigrafe con l'altra, più affidabile, edita in *CIL*. VI.1 228, risalente al 205 d.C., nella quale è parimenti indicato che l'illustre giurista ricopriva la carica di *praefectus praetorio*, appare verosimile che, nel medesimo torno di tempo (fino al 211 d.C., anno in cui, come è noto, muore Settimio Severo), ebbe luogo la discussione descritta nel nostro frammento. Che tale discussione abbia preso le mosse da un caso reale sembra confermato anche dalle recenti considerazioni di D. Dursi, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma 2019, 7 s., il quale ha evidenziato, sulla base di un confronto con altri luoghi del Digesto che, nel nostro frammento, il lemma *auditorium* pare assumere il significato di «aula giudiziaria in cui operava Emilio Papiniano», e D. Mantovani, *Giuristi romani e storia dell'economia antica. Elementi per una dialettica*, in C. Buzzacchi, I. Farnoli (a c. di), *Il diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche come documento della società antica*, Milano 2021, 141 ss., in part. 154 e nt. 36, che ha altresì posto in luce che i nomi delle parti riportati in D. 12.1.40 sarebbero fittizi, in quanto sostituiti da Paolo a quelli dei reali protagonisti della vicenda, sulla base di un *modus operandi* già attestato presso il suo maestro Scevola.

⁷ Cfr., per tutti, l'accurata ricostruzione della vita di Paolo condotta da I. Pontoriero, *Una biografia 'enigmatica'*, in G. Luchetti, A.L. de Petris, F. Mattioli, I. Pontoriero, *Iulius Paulus. Ad edictum libri I-III*, Roma 2018, 3 ss., in part. 5, nt. 14, in cui ulteriori fonti e ampi ragguagli bibliografici, e l'importante approfondimento, dedicato al pensiero e al lascito scientifico del medesimo giurista, di M. Brutti, *Iulius Paulus. Decretorum libri tres. Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri sex*, Roma 2020, 3 ss.

⁸ Sul punto le osservazioni di van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 69, per cui «la *cautio*, detta anche *epistula*, nient'altro identifica se non una determinata *formula* e *conceptio verborum* oppure una ricevuta», vanno infatti coordinate con quelle della dottrina a noi più vicina che classifica il documento come chirografo, anche alla luce dell'ampia diffusione, nel corso dell'epoca classica, della prassi di redigere *chirographa* attestanti *mutua cum stipulationibus*. Sul punto, tra i molti, D. Simon, *Studien zur Praxis der Stipulationsklausel*, München 1964, 17 ss.; G. Camodeca, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.)*. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii 1, Roma 1999, 133 ss.; P. Gröschler, *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herculanensischen Urkundenfunden*, Berlin 1997, cit., 147 ss.; Id., *Die Konzeption des mutuum cum stipulatione*, in *TR*. 74, 2006, 261 ss.; M.V. Bramante, *Il formulario dei contratti di mutuo nei documenti della prassi*, in C. Cascione, C. Masi Doria (a c. di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna* 1, Napoli 2007, 465 ss.; E. Jakab, *Chirographum in Theorie und Praxis*, in K. Muscheler (Hrsg.), *Römische Jurisprudenz-Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für D. Liebs zum 75. Geburtstag*, Berlin 2011, 275 ss.; A. Cherchi, *Ricerche sulle «usurae» nel diritto romano classico*, Napoli 2012, 14 ss., cui mi permetto di rimandare per ulteriori ragguagli bibliografici.

di avere ricevuto un mutuo di quindici (mila)⁹ dalla cassa¹⁰ di Publio Mevio e di essersi obbligato con *stipulatio* (*stipulatus est Publius Maevius, sponpondi ego Lucius Titius*) a restituire a quest'ultimo la suddetta somma, entro le calende future, *proba recte*¹¹. Lucio Tizio dichiara poi di essersi obbligato, sempre con *stipulatio*, a versare al medesimo Mevio le *usurae, poenae nomine*, nella misura dell'1% al mese (*in dies triginta inque denarios centenos denarios singulos*), qualora non avesse restituito il capitale – o non ne avesse garantito la restituzione – al creditore o ai suoi aventi causa (*si die supra scripta summa Publio Maevio eive ad quem ea res pertinebit data soluta satisve eo nomine factum non erit*). Infine, Tizio riferisce di essersi ulteriormente accordato con Mevio (*convenitque inter nos...*) nel senso di restituire la somma indicata in precedenza, a lui o al suo erede, in rate di trecento denari al mese.

Per quanto il contenuto del chirografo qui ripercorso consenta di cogliere i tratti principali dello *Stipulationsdarlehen* concluso dalle parti, vi sono in esso alcuni profili specifici che, ad una prima lettura, non paiono del tutto chiari. Difatti, la somma capitale oggetto del mutuo risulta indicata, in apertura, in maniera generica (*quindecim*), senza che venga precisata l'unità monetaria di riferimento. Tuttavia, tale incertezza viene opportunamente risolta da van Eck¹², in favore dell'ipotesi che si trattasse di una somma di quindicimila denari, tanto in virtù delle successive indicazioni conservate nel frammento (*denarios cen-*

⁹ Che il testo facesse implicitamente riferimento ad una somma di quindicimila è ammesso da van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 69, sulla base di D. 31.88.10 (Scaev. 3 *resp.*), dal quale risulta l'uso dell'espressione *denaria tria* in riferimento a una somma di tremila denari. Così, infatti, O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* 2, Lipsiae 1889, Scaev. 258, come rammentato da A. Spina, *Ricerche sulla successione testamentaria nei responsa di Cervidio Scevola*, Milano 2012, 227 e nt. 179 (ove ulteriore letteratura). Una simile conclusione appare inoltre corroborata dal recente studio di G. Maragno, *I numeri nelle fonti giurisprudenziali*, in E. Lo Cascio, D. Mantovani (a c. di), *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, Pavia 2018, 255 ss., in part. 266 ss., che pone in risalto, con un'interessante analisi statistica, come nel Digesto si attestò sovente la presenza di numeri 'nudi' (cioè non accompagnati dalla moneta di riferimento) che sarebbero da riferirsi a multipli di mille.

¹⁰ Così van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 70, il quale sottolinea, sulla base di Sen. *Ep.* 3.26.8, l'equivalenza tra l'indicazione *de domo* e quella *ex arca* presente in D. 13.5.26 (Scaev. 1 *resp.*). Si tratta, anche in questo caso, di un'indicazione ampiamente attestata dai documenti della prassi creditizia (in part. TPSulp. 50-59), come evidenziato da Gröschler, *Die tabellae-Urkunden* cit. 298 ss. e 307 ss. e G. Camodeca, *Tabulae* 1 cit. 133.

¹¹ Anche l'espressione *proba recte*, relativa alla somma di denaro da restituire, trova ampio riscontro nei documenti della prassi, tanto che già van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 71, osserva che «i debitori erano soliti promettere generalmente monete 'di buona lega'». Si tratta, pertanto, di un ulteriore aspetto che conferma che la riflessione di Paolo conservata in D. 12.1.40 si riferiva probabilmente a un caso reale (*supra* nt. 6).

¹² van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 69 s.

tenos denarios singulos, denarios trecenos), quanto sulla base delle indicazioni relative a somme in denari conservate in altri passi¹³.

Sciolto questo dubbio, vi sono altri aspetti della nostra fattispecie sui quali vale ora la pena di soffermare brevemente l'attenzione: anzitutto il fatto che l'indicazione delle *kalendae futurae*, come termine per la restituzione del capitale (a partire dal quale sarebbero decorse le *usurae poenae nomine*), rappresenti, all'interno del Digesto, un *hapax legomenon*, e in secondo luogo la possibilità che il debitore si fosse obbligato con una o due *stipulationes*.

Se la prima questione è risolta da van Eck alla luce della sostanziale equivalenza tra il riferimento alle *kalendae futurae* presente in D. 12.1.40 e quello alle *kalendae proximae* presente in altri luoghi del Digesto¹⁴, il secondo profilo non pare avere attirato la sua attenzione in maniera particolare, presumibilmente perché non sembra rivestire specifico rilievo ai fini del ragionamento che egli intraprende, poco oltre, quale chiave di lettura della soluzione prospettata da Paolo¹⁵. Ad ogni modo, giova qui segnalare che la dottrina più recente¹⁶ è sostanzialmente concorde nel sostenere che Tizio si fosse obbligato verso Mevio tramite due *stipulationes* concluse contestualmente e collegate tra loro: con la prima avrebbe promesso di restituire il capitale entro le calende future e con la

¹³ D. 16.3.26.1 (Paul. 4 resp.), D. 31.88.10 (Scaev. 3 resp.), D. 45.1.29 (Ulp. 46 ad Sab.), D. 45.1.126.2 (Paul. 3 quaest.), D. 46.4.8.4 (Ulp. 48 ad Sab.).

¹⁴ van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 71, cita infatti D. 45.1.41 (Ulp. 50 ad Sab.), cui adde, D. 45.1.13 (Ulp. 19 ad Sab.) e D. 45.1.56.5 (Iul. 52 dig.) e D. 45.1.126.2 (Paul. 3 quaest.).

¹⁵ van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 75 ss. sembra però propendere per la conclusione di un'unica *stipulatio*, così come, più di recente, P. Voci, *Le obbligazioni romane (Corso di pandette). Il contenuto dell'obbligatio* 1.1, Milano 1969, 107 ss. Come vedremo *infra* nt. 78, un siffatto orientamento non sembra però compromettere le successive considerazioni, relative ai profili processuali, sviluppate dal giurista olandese.

¹⁶ Cfr., *ex multis*, S. Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, in ZSS. 43, 1922, 345 ss.; P. Viard, *Le pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Paris 1929, 21 ss.; B. Biondi, *Contratto e stipulatio. Corso di lezioni*, Milano 1953, 167 ss.; R. Knütel, *Stipulatio und pacta*, in D. Medicus, H.H. Seiler (Hrsgg.), *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 201 ss., d'ora in poi citato come *Stipulatio*; Id., *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien 1976, 286 ss.; d'ora in poi citato come *Stipulatio poenae*; M. Talamanca, *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*, in H. Kupiszewski, W. Wołodkiewicz (ed. par), *Le droit romain et sa reception in Europe (Actes Colloque Varsovie 8-10 octobre 1973)*, Varsovie 1978, in part. 262 ss., d'ora in poi citato come *Conventio*; G. Sacconi, *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli 1989, 164 ss.; Cherchi, *Ricerche* cit. 41 ss., ove ulteriori indicazioni bibliografiche; A.M. Giomaro, *La presenza di Papiniano e Paolo nella formazione giuridica offerta dalle scuole tardo antiche e giustinianee*, in *St. Urb.* 67.1-2, 2016, 63 ss., la quale prospetta però la possibilità che il duplice riferimento ai *verba stipulationis* sia frutto di un rimaneggiamento dovuto all'uso scolastico del frammento in epoca postclassica; M. Scognamiglio, *Ricerche sulla stipulatio poenae*, Torino 2018, 182 ss., in part. 186.

seconda si sarebbe obbligato a versare – sulla *summa supra scripta* – gli interessi a titolo di penale, qualora, entro il breve termine indicato in precedenza, non avesse adempiuto all’obbligazione nata dalla prima *stipulatio*. In effetti, la circostanza che la frase *dari stipulatus est Publius Maevius, spondi ego Lucius Titius* venga ripetuta due volte, sia con riguardo alla restituzione del capitale, sia in ordine al versamento delle *usurae poenae nomine*, induce a credere che il debitore si fosse obbligato con due distinte promesse solenni, anche perché, a conforto di una simile soluzione, paiono deporre tanto un chirografo del 162 d.C. edito nei *FIRA*¹⁷, quanto l’altro frammento paolino conservato in D. 45.1.126.2¹⁸, che attestano *mutua cum stipulationibus* di contenuto in larga misura analogo.

Nel proseguire la ricognizione della nostra fattispecie, emerge altresì che a tali *stipulationes* si era accompagnato un *pactum – adiectum in continenti*, come lo stesso Paolo evidenzia in seguito¹⁹ –, mediante il quale le parti avevano concordato che il capitale, dopo la scadenza delle *kalendae futurae*, venisse restituito in rate mensili di trecento denari. Di conseguenza, se guardata nel suo insieme, la fisionomia della combinazione negoziale fin qui descritta sembra configurare un finanziamento concepito, sin dall’inizio, in maniera flessibile, in quanto avrebbe assunto durata e condizioni diverse a seconda della scelta operata in concreto dal debitore.

Infatti, sembrerebbe potersi evincere, almeno *prima facie*, che qualora Tizio avesse restituito il capitale nel breve termine indicato nella *stipulatio sortis*, il mutuo sarebbe stato gratuito²⁰, dal momento che, in base alla *stipulatio usura-*

¹⁷ *FIRA*.² III, n. 122, tab. I.2 e tab. II.3, sul quale mi permetto di rinviare a Cherchi, *Ricerche* cit. 27 ss.

¹⁸ Sul quale *infra* § IV.2.

¹⁹ Tramite l’affermazione *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*, sulla quale ci soffermeremo tra poco (*infra* § III.1).

²⁰ A ben guardare, però, dato che dal frammento non emerge quale fosse l’esatto ammontare della somma consegnata a titolo di capitale, come osservato da Bartholus de Saxoferrato, *Super Secunda ff. veteris Comm., l. lecta, ff. de rebus creditis, si certum petetur, et de conditione* (D. 12.1.40) 2, in G. Polara (a c. di), Roma 1996, 19r. si potrebbe dubitare di tale gratuità, poiché non si può escludere che la cifra promessa a titolo di capitale contenesse, a sua volta, *usurae*. A favore di tale ipotesi, giocherebbe una prassi, diffusa anche nel periodo al quale risale il caso sottoposto all’*auditorium*, volta a eludere i divieti relativi agli interessi ‘celandoli’ all’interno del capitale indicato nella *stipulatio*. Secondo l’interpretazione di Gröschler, *Die tabellae-Urkunden* cit. 159, sembrerebbe deporre in questo senso, già per l’epoca antoniniana, D. 45.1.122 pr. (*Scaev. 28 dig.*) (*Qui Romae mutuam pecuniam acceperat solvendam in longinqua provincia per menses tres eamque ibi dari stipulanti spondisset, post paucos dies Romae testato creditori dixit paratum se esse Romae eam numerare detracta ea summa, quam creditori suo usurarum nomine dederat* [...]). Il frammento, infatti, si riferisce al caso di un debitore che, dopo avere promesso con

rum, gli interessi sarebbero stati dovuti, a titolo di penale, soltanto laddove il termine delle *futuræ kalendæ* fosse spirato invano. In tale ipotesi, il debitore sarebbe stato obbligato a versare gli interessi all'1% al mese (cioè al tasso massimo probabilmente vigente in quel periodo). Inoltre, in virtù del *pactum adiectum*, una volta decorse le *futuræ kalendæ*, il debitore avrebbe versato il capitale ratealmente, prolungando così il prestito per un periodo di oltre quattro anni²¹. Nella sostanza, ricorrendo alla restituzione rateale, il debitore avrebbe usufruito «di un vero e proprio piano di ammortamento»²², attraverso il quale avrebbe progressivamente restituito il capitale dovuto: una siffatta modalità di restituzione dovette risultare di particolare interesse per van Eck – dal momento che il problema del credito rivestiva ai suoi tempi importanza nevralgica – e potrebbe perciò essere alla base della scelta, da parte sua, di inserire la *lex lecta* tra i frammenti oggetto della sua trattazione²³. Come si vede, però, in quest'ultimo caso, il *pactum*, che avrebbe determinato una variazione di tutto rilievo nell'assetto contrattuale inizialmente configurato, nulla prevedeva in ordine agli interessi.

stipulatio di restituire, nell'arco di tre mesi e in una provincia lontana, una determinata somma ottenuta a Roma, si dichiarava pronto, dopo pochi giorni, a restituirla a Roma ridotta di quanto già versato a titolo di *usurae*. Appare perciò verosimile che, nella somma dedotta in *stipulatio* a titolo di capitale, vi fossero anche interessi e che essi, in virtù di accordi informali intercorsi tra le parti, fossero stati versati (integralmente o parzialmente) al momento della conclusione della promessa solenne. A sostegno di quanto qui ipotizzato giova altresì rammentare che, negli anni a ridosso dalla discussione descritta in D. 12.1.40, furono emesse dalla cancelleria imperiale di Caracalla due importanti costituzioni (C. 4.30.2 e 3, rispettivamente del 213 e 215 d.C.), volte a evitare che il debitore fosse condannato a versare una somma dedotta in *stipulatio* che non gli fosse stata versata *in toto* dal creditore (in quanto comprensiva degli interessi), in modo che quest'ultimo non potesse pretendere le *usurae* capitalizzate. Per l'esame delle fonti citate e della letteratura sulle medesime, mi permetto di rimandare ancora a Cherchi, *Ricerche* cit. 29 ss.; 51 ss. e 210 ss.

²¹ Dalla divisione della somma complessivamente promessa (quindicimila) per l'importo delle singole rate (trecento) risulta infatti che essa sarebbe stata restituita in cinquanta rate mensili, quindi in un periodo di tempo superiore ai quattro anni (4.17 circa). Di conseguenza, il *pactum adiectum in continentis* descritto nel frammento si mostra a esclusivo vantaggio del debitore: quest'ultimo, avvalendosi delle modalità di restituzione previste dall'accordo informale, avrebbe ottenuto un prestito molto più lungo di quello brevissimo inizialmente previsto e avrebbe restituito le *usurae* soltanto sulle rate scadute. A ben riflettere, anche queste considerazioni sembrano deporre a favore dell'ipotesi descritta alla nt. precedente (cioè che, nella cifra promessa a titolo di capitale, vi potessero essere anche *usurae*), dato che, in tal modo, il creditore si sarebbe già assicurato una parte degli interessi al momento dell'inizio del prestito, anche qualora avesse dovuto rinunciare al capitale per un lungo periodo in ragione di quanto stabilito dal *pactum*.

²² Così Fercia, in van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 75.

²³ Come notato ancora da Fercia, in van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 30 s.

III. Il nodo esegetico all'origine della 'damnatio' di D. 12.1.40 e la soluzione di van Eck

Il nostro frammento, nella lunga parte di testo che van Eck individua come «gli specifici *verba* che hanno ascritto la legge in esame nel novero di quelle dannate ed hanno messo in croce gli studiosi»²⁴, prosegue infatti concentrando l'attenzione sull'*obligatio usurarum*:

D. 12.1.40: [...] *quaesitum est de obligatione usurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competeat, transierat. dicebam, quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur; perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quoad tardius soluta esset, usuras adiecisset: igitur finito primo mense primae pensionis usuras currere et similiter post secundum et tertium tractum usuras non solutae pecuniae pensionis crescere nec ante sortis non solutae usuras peti posse quam ipsa sors peti potuerat. pactum autem quod subiectum est quidam dicebant ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum, quae priore parte simpliciter in stipulationem venissent, pactumque id tantum ad exceptionem prodesset et ideo non soluta pecunia statutis pensionibus ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usurae ex eo tempore, quo moram fecit, accedant, et si, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum (quamvis sententia diversa optinuerit), tamen usurarum obligatio ipso iure non committetur: non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. <...> sed quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulamur; cum condicio exstiterit, sicut est in fructibus: idem et in usuris potest exprimi, ut ad diem non soluta pecunia quo competit usurarum nomine ex die interpositae stipulationis praestetur.*

Ecco dunque la *quaestio*: trascorso il numero di mesi previsto per restituire il capitale (*quoniam...transierat*), risultava incerto da quale momento fosse sorta l'*obligatio usurarum* (*quaesitum est de obligatione usurarum*). Al riguardo, Paolo riporta inizialmente l'idea da lui caldeggiata (*dicebam...*), per poi passare a illustrare quella sostenuta da 'altri' non meglio identificati – prima indicati al plurale e poi al singolare (*quidam dicebant...; et si, ut ille putabat...*)²⁵ –. Di conseguenza, anche le riflessioni di van Eck si articolano fondamentalmente in tre passaggi, che cercheremo ora di ripercorrere nei loro punti salienti.

1. La soluzione di Paolo (*pacta in continenti facta stipulationi inesse*).

La soluzione proposta da Paolo (*dicebam...potuerat*) considera i *pacta in continenti* 'inerenti' alla *stipulatio* (*quia pacta in continenti facta stipulationi*

²⁴ van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 76.

²⁵ Sul punto, cfr. *infra* § III.2 e nt. 36.

inesse creduntur): pertanto, secondo il giurista, il *mutuum cum stipulatione* sottoposto all'*auditorium* avrebbe dovuto interpretarsi come se il debitore avesse promesso di versare ogni mese una frazione del capitale (*perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus*) e, nel caso di mancato versamento della stessa, anche le *usurae* (*quoad tardius soluta esset, usuras adiecisset*).

Per scongiurare ogni dubbio su quanto affermato, il giureconsulto chiarisce ulteriormente che, trascorso il primo mese senza che fosse stato versato il capitale, il debitore sarebbe stato tenuto a versare le *usurae* sulla prima rata (*igitur finito primo mense primae pensionis usuras currere*) e via di seguito (*et similiter post secundum et tertium tractum usuras non solutae pecuniae pensionis crescere*). Al riguardo, precisa ancora Paolo che gli interessi sarebbero stati dovuti soltanto dopo il decorso dei termini per le singole rate, perché non sarebbe stato possibile agire in giudizio per le *usurae* prima che fosse possibile agire per il capitale non versato (*nec ante sortis non solutae usuras peti posse quam ipsa sors peti potuerat*).

Ad avviso di van Eck, il giurista severiano avrebbe riconosciuto all'accordo informale la capacità di integrare il contenuto della promessa solenne, nonostante una simile conclusione ben si attagli ai contratti di buona fede, piuttosto che a quelli *stricti iuris*, i quali, come è noto, avrebbero dato origine a un giudizio in cui il *pactum* avrebbe assunto rilievo *ope exceptionis* – e dunque soltanto ‘in negativo’ –, senza incidere in via diretta sull'*obligatio* del debitore (né, di conseguenza, sull'*actio* del creditore volta a conseguire la condanna all'adempimento della medesima)²⁶. A tale consapevolezza potrebbe collegarsi la circostanza che il giureconsulto formuli la frase utilizzando il verbo *creduntur*, che indurrebbe a pensare che egli volesse riferirsi a una soluzione che si stava forse facendo strada in via interpretativa, ma non era certo cristallizzata²⁷.

Cionondimeno, il *doctor iuris* olandese non sembra nutrire particolari riserve nell'ammettere che Paolo stesse proponendo una soluzione ben fondata, anche relativamente ai negozi di stretto diritto. Dopo avere rammentato che i *pacta adiecta*

²⁶ In virtù dei noti principi conservati in D. 2.14.7.4 (Ulp. 4 ad ed.) (*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*) e in Paul. Sent. 2.14.1 (*Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti: ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur*). Sul punto, ex multis, Riccobono, *Stipulatio* cit. 346 s.; Viard, *Le pactes* cit. 25; Voci, *Le obbligazioni* cit. 110; G. Grosso, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, in *St. Urb.* 1-2, Urbino 1927-1928, 29 ss.; 1 ss. [= *Scritti storico giuridici* 3, Torino, 2001, 1 ss.]; R. Knütel, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, in *ZSS.* 84, 1967, 133 ss.; M. Talamanca, v. *Contratto e patto nel diritto romano*, in *DDP. (sez. civ.)* 4, Torino 1989, 58 ss., in part. 72 s. [= in A. Burdese (a c. di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006, 37 ss., in part. 60 e 64 ss.].

²⁷ L'uso del verbo *creduntur* testimonierebbe, ad avviso di Knütel, *Stipulatio poenae* cit. 287, la volontà del giureconsulto di superare il rilievo meramente negativo del *pactum* attraverso una finzione.

in continenti, tanto *ex parte rei*, quanto *ex parte actoris*, sarebbero stati considerati parte integrante dei contratti di buona fede, «così da plasmare l'*actio* da essi sorta», van Eck considera ammissibile che le suddette pattuizioni integrassero allo stesso modo anche la *stipulatio*²⁸. A sostegno di tale conclusione, il giurista olandese non solo ricorda l'interpretazione della *schola doctorum* riferita a D. 2.14.7.5 (Ulp. 4 *ad ed.*)²⁹, secondo la quale Ulpiano avrebbe prospettato l'inerenza dei *pacta adiecta in continenti* ai contratti di buona fede soltanto a titolo di esempio – e dunque senza escluderla con riguardo ai contratti di stretto diritto³⁰ –, ma si spinge oltre, soprattutto sulla base delle 'controdeduzioni' con le quali Paolo prosegue la sua trattazione allo scopo di individuare i punti deboli della soluzione avversa.

Prima di soffermarci su di esse, dobbiamo però tenere conto delle ipotesi interpretative maturate in seno alla dottrina successiva a van Eck e, in particolare, negli studi apparsi nel corso del Novecento fino agli anni più recenti. Infatti, nel corso dell'ultimo secolo, non sono certo mancate opinioni che hanno ricondotto l'inciso *pacta in continenti facta stipulationi inesse* a un intervento compilatorio³¹, dal momento che si tratterebbe di un'affermazione troppo risoluta per provenire direttamente dal giurista classico, che avrebbe invece dovuto fare riferimento al regime che attribuiva al *pactum adiectum in continenti* un rilievo esclusivamente negativo rispetto ai contratti *stricti iuris*.

Tuttavia, altra dottrina è giunta ad ammettere la sostanziale genuinità dell'affermazione³², poiché l'asserita risolutezza sarebbe smentita non solo dal ver-

²⁸ van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 77.

²⁹ D. 2.14.7.5 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsequuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur [...].*

³⁰ Va però rilevato che la dottrina più recente circoscrive opportunamente il rilievo diretto dei *pacta adiecta* ai contratti di buona fede; che poi un simile rilievo fosse limitato ai *pacta* conclusi *in continenti*, pare emergere anche dalla parte conclusiva di D. 2.14.7.5 che fa menzione del parere di Papiniano (*idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur [...]*) conservato in D. 18.1.72 pr. (Pap. 10 *quaest.*): *Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adiciunt, credimus non inesse [...].* Sul punto, cfr. Talamanca, v. *Contratto e patto* cit. 66 s., nonché l'ulteriore letteratura citata *supra* nt. 26.

³¹ Alle ipotesi 'demolitorie' prospettate sul nostro testo dagli studi caratterizzati dal metodo interpolazionistico (quali, ad esempio, quelli di Riccobono, *Stipulatio* cit. 346), si sono infatti affiancate ipotesi più caute che, però, hanno comunque ritenuto interpolato l'inciso *pacta...creduntur*: Viard, *Le pactes* cit. 25; Voci, *Le obbligazioni* cit. 110; Sacconi, *Ricerche* cit. 165 s.

³² Sebbene non abbiano escluso *in toto* la possibilità che il frammento sia stato rimaneggiato in alcuni punti – si pensi alla frase *uti pro Maevio ex summa supra scripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei heredive eius*, ove il doppio riferimento alla somma comples-

bo *creduntur* che regge la frase, ma anche dalla successiva argomentazione del giureconsulto, che appare volta, nel complesso, a convincere l'*auditorium* della bontà della soluzione proposta. Tale dottrina ha quindi concluso, dando in sostanza ragione a van Eck (ma prospettando altresì la necessità di alcune non trascurabili precisazioni)³³, che la soluzione sia riferibile a Paolo, il quale avrebbe riconosciuto al *pactum adiectum in continenti*, se concluso *minuendae obligationis causa*, la capacità di integrare i *verba stipulationis* sulla base della *conventio* o, meglio, in virtù di una valutazione d'insieme dell'assetto di interessi nascente dall'accordo delle parti, sebbene non si possa del tutto escludere, *prima facie*, che una siffatta valutazione sia stata altresì influenzata dalla circostanza che il contenuto della pattuizione fosse stato riversato, insieme alle clausole stipulatorie, in un chirografo³⁴.

2. L'opinione avversa e le controdeduzioni di Paolo

A questo punto, possiamo ripercorrere le ulteriori considerazioni di Paolo (e di van Eck) che si sviluppano in occasione della disamina dell'opinione contraria.

Il giureconsulto rammenta che 'taluni' avevano circoscritto il rilievo del *pactum* a quanto stipulato in ordine al capitale (*pactum autem quod subiectum est quidam dicebant ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarium, quae priore parte simpliciter in stipulationem venissent*). Costoro considerando il patto rilevante soltanto quale fondamento di un'eccezione (*pactumque id tantum ad exceptionem prodesse*), avevano concluso che le *usurae*, laddove le singole rate non fossero state tempestivamente corrisposte, sarebbero comunque decorse dal termine dedotto in *stipulatio* (cioè le *futuræ kalendæ*), come se ciò fosse stato espressamente previsto (*et ideo non soluta pecunia statutis pensionibus ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum*)³⁵.

siva appare ridondante, o al 'repentino' passaggio alla diversa fattispecie che caratterizza la parte finale del passo (da *sed quantitatem...*), su cui *infra* § III.3) –, si sono così orientati Biondi, *Contratto* cit. 167 ss.; Knütel, *Stipulatio* cit. 224 s.; Id., *Stipulatio poenae* cit. 289 s.; Talamanca, *Conventio* cit. 262; Id., *Conventio e stipulatio*, in N. Bellocci (a c. di), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di Diritto romano. Siena 14-15 aprile 1989*, Napoli 1991, 207 s. (d'ora in poi indicato come *Conventio e stipulatio*), il quale ha però mostrato estrema cautela; Cherchi, *Ricerche* cit. 47 ss.; Giomaro, *La presenza* cit. 63 ss.; Scognamiglio, *Ricerche* cit. 185 ss. Come vedremo (*infra* § IV.1-2), a sostegno di una simile conclusione sembra deporre il fatto che Paolo paia ragionare in altre sedi in maniera sostanzialmente analoga.

³³ Che verranno approfondite *infra* § IV.

³⁴ Talamanca, *Conventio* cit. 263.

³⁵ Appare verosimile, come posto in luce da Scognamiglio, *Ricerche* cit. 104 ss. e 185 ss., che questa fosse la soluzione tradizionale, dal momento che sembra in buona misura ricalcare la *ratio* di quella già proposta da Proculus in D. 45.1.113 pr. (Proc. 2 *epist.*): [...] *Proculus respondit:*

Tuttavia, Paolo – in una parte di testo (*sed...potest*) che non pare perfettamente coordinata con quanto detto in precedenza³⁶ – osserva che una conclusione del genere non sarebbe stata ammissibile proprio alla luce della motivazione addotta dai suoi sostenitori. Se la possibilità di richiedere il capitale risultava differita alla scadenza delle singole rate in ragione dell'operatività dell'*exceptio pacti*, anche gli interessi sarebbero stati dovuti soltanto dal momento in cui il debitore fosse effettivamente risultato in mora per il capitale (*sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usurae ex eo tempore, quo moram fecit, accedant*). L'*obligatio usurarum* non si sarebbe infatti prodotta *ipso iure*, in quanto era necessaria la mora del debitore, che, anche a seguire l'opinione contraria³⁷, non sarebbe stata comunque ravvisabile poiché il debitore non avrebbe potuto essere condannato a restituire il capitale in virtù dell'*exceptio (...tamen usurarum obligatio ipso iure non committetur: non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest)*.

Quanto affermato da Paolo in questa parte del frammento porta van Eck a

non sine causa distinguendum est interesse, utrum per promissorem mora non fuisset, quo minus opus ante kalendas Iunias ita, uti stipulatione comprehensum erat, perficeretur; an, cum iam opus effici non posset ante kalendas Iunias, stipulator diem in kalendis Augustis protulisset. nam si tum diem stipulator protulit, cum iam opus ante kalendas Iunias effici non poterat, puto poenam esse commissam nec ad rem pertinere, quod aliquod tempus ante kalendas Iunias fuit, quo stipulator non desideravit id ante kalendas Iunias effici, id est quo non est arbitratus ut fieret quod fieri non poterat [...]. In essa il giurista pare ammettere che la proroga alle *kalendae* di agosto del termine dedotto in *stipulatio* per la consegna di un *opus* (le *kalendae* di giugno), a partire dal quale sarebbe sorta a carico del debitore la *poena*, non avrebbe evitato il prodursi a suo carico dell'*obligatio poenae*, poiché la mora sarebbe stata comunque *commissa* (in particolare perché risultava certo che il debitore non avrebbe rispettato il termine inizialmente previsto per la consegna). Come osservato ancora da Scognamiglio (187), Paolo avrebbe quindi proposto di superare l'opinione tradizionale «in una prospettiva più innovativa e in ciò condizionata e agevolata dalle incertezze circa l'efficacia del *pactum in continenti* sull'intera operazione negoziale».

³⁶ Basti notare che il testo, in questa parte, attribuisce l'opinione illustrata a un solo soggetto (*ut ille putabat*), mentre prima la aveva riferita a più membri dell'*auditorium* (*quidam dicebant...*): tale anomalia, che per Riccobono, *Stipulatio* cit. 347, sarebbe da ascrivere alla mano dei Compilatori giustiniani, può forse spiegarsi immaginando l'avvicinarsi degli interventi all'interno dell'*auditorium*. Non pare infatti potersi escludere che le argomentazioni a sostegno dell'opinione contraria a quella di Paolo, cui aveva aderito un gruppo degli appartenenti all'*auditorium*, fossero state poi esposte da uno solo. Secondo van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 79 (come d'altronde, prima di lui, J. Cujacii in *libros Pauli ad edictum commentarii seu recitationes solemnes*, in *Lib. III quaest. Pauli, ad L. XL. si certum petatur*, in *Opera ad Parisiensem Fabrotianam Editionem* 5, Prati 1838, 1489) si sarebbe trattato di Ulpiano, mentre la dottrina recente, come emerge anche dalla traduzione del passo proposta in S. Schipani (a c. di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione* 3, Milano 2007, 19 ss., tende ad ammettere che fosse lo stesso Papiniano.

³⁷ Che, alla luce delle parole *quamvis sententia diversa optinuerit*, risultò probabilmente minoritaria in seno all'*auditorium*.

discostarsi, quasi immedesimandosi con il giureconsulto classico, dalle conclusioni di Cuiacio³⁸ e Donello³⁹ per abbracciare una diversa conclusione, da lui chiamata *media sententia*⁴⁰, che lo induce a precisare anche l'opinione prospettata dalla già menzionata *schola doctorum*.

Il giurista olandese pare evidenziare, da un lato, come l'opinione di Cuiacio e Donello fosse eccessivamente circoscritta, in quanto, al pari di quella degli oppositori di Paolo, non coglieva a pieno le conseguenze legate al rilievo del *pactum* sulla *stipulatio usurarum*. I due illustri Maestri avevano affermato che «i *pacta* integrano la *stipulatio*, ma solamente *ex parte rei*, nel senso che incidono esclusivamente ai fini dell'opponibilità di un'*exceptio*»⁴¹, senza comprendere, a suo avviso, che l'accordo informale, tanto *ex parte rei* quanto *ex parte actoris*, avrebbe esplicato i suoi effetti anche sull'*actio* del creditore. Dall'altro lato, van Eck, seguendo la *media sententia*, pone in luce che l'opinione della *schola doctorum* tendeva invece a un'eccessiva generalizzazione, poiché i *pacta in continenti* non avrebbero inerito allo stesso modo (*ex parte rei* ed *ex parte actoris*) a tutte le fattispecie di stretto diritto. Una simile conseguenza si sarebbe verificata, a suo modo di vedere, non già per «i contratti di stretto diritto che si perfezionano con la consegna della cosa, come il mutuo»⁴² – in relazione al quale il *pactum* avrebbe rilevato soltanto se favorevole al debitore –, ma per la *stipulatio*, in ragione dell'«estrema affinità che correla la *stipulatio* ai *pacta*, al punto che può sembrarti dubbio se si dia vita a una *stipulatio* o a un *pactum*»⁴³.

Se, alla luce di quest'ultima osservazione, volgiamo di nuovo lo sguardo alla fattispecie descritta nella *lex lecta*, possiamo percepire, ancora una volta, che proprio l'intimo legame tra il *pactum in continenti* e quanto stabilito nelle *stipulationes* pare avere indotto Paolo ad affermare che l'accordo informale incidesse non solo sulla *stipulatio sortis*, alla quale era direttamente riferito, ma anche

³⁸ Cujacii *in libros Pauli* cit. 1486 ss.

³⁹ H. Donelli *Commentarii ad tit. Dig. de reb. credit. si cert. pet., ad L. Lecta. 40*, in *Opera Omnia* 10, Florentiae 1847, 491 ss.

⁴⁰ Riferibile a Bachovius (R. Bachovii ab Echt *Commentarii in primam partem Pandectarum, Sumptibus Johannis Berneri Bibliopolae Moeno-Francofurtensis*, Spira Nemetum 1630, *De pactis adiectis*, n. 4, 583) e Böckelmann (consultabile, in un'edizione postuma, in J.F. Böckelmanni *Exercitationes de actionibus*, Lugduni Batavorum 1687, 134). Come evidenziato da Fercia, in van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 42, vista la data dell'edizione postuma, si può pensare, alla luce dell'influenza dell'opinione di Böckelmann su quella di van Eck, così come della circostanza che quest'ultimo si fosse formato sotto la guida di Böckelmann, oltre che di Voet, durante gli studi giuridici, che il *doctor iuris* olandese avesse avuto la possibilità di giovare di un'edizione ad uso didattico delle *Exercitationes* del maestro (o che comunque ne conoscesse bene le idee).

⁴¹ Così van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 79.

⁴² van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 81.

⁴³ van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 82 ss.

sulla promessa solenne relativa alle *usurae*. E tale idea, sebbene non formulata in questi termini dal giurista olandese, sembra comunque attagliarsi a quanto da lui osservato nel prosieguo della trattazione in ordine alla soluzione avversata da Paolo. Van Eck afferma infatti che essa avrebbe portato ad ammettere che l'*obligatio usurarum* (*poenae nomine*) sorgesse prima che il debitore fosse in mora per il capitale (cioè per le singole rate attraverso le quali esso doveva essere restituito in base al *pactum*)⁴⁴, con l'iniqua conseguenza per cui si sarebbero potute domandare le *usurae* prima del capitale⁴⁵.

3. *L'ultima parte del frammento*

Sofferamoci ora brevemente sull'ultimo segmento del passo:

...sed quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulamur, cum condicio exstiterit, sicut est in fructibus: idem et in usuris potest exprimi, ut ad diem non soluta pecunia quo competit usurarum nomine ex die interpositae stipulationis praestetur.

Il giureconsulto sembra spostare il *focus* su un'ipotesi collegata ma diversa da quella oggetto di discussione, cioè una *stipulatio* avente a oggetto la corresponsione di beni, quali i frutti, da calcolarsi *medio tempore* fino all'avverarsi di una determinata condizione (*sed quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulamur, cum condicio exstiterit...*). Egli pare inoltre ammettere (*idem et in usuris...*) che gli effetti di una *stipulatio* del genere sarebbero stati analoghi anche nel caso in cui fossero state promesse *usurae*: esse, pertanto, sarebbero state calcolate a partire dal giorno della conclusione della *stipulatio* (*ex die interpositae stipulationis praestetur*) e fino all'effettivo verificarsi dell'inadempimento del capitale (*ad diem non soluta pecunia*), anche se l'*obligatio usurarum* sarebbe sorta in seguito al suddetto inadempimento (ossia in seguito all'avverarsi della condizione indicata nella *stipulatio*)⁴⁶.

⁴⁴ Dato che, come rammenta Paolo, prima di tale momento il creditore non avrebbe potuto agire ultimamente per il capitale in virtù dell'operatività dell'*exceptio pacti*.

⁴⁵ van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 84 s., così come, più di recente Voci, *Le obbligazioni* cit. 110, ad avviso del quale la soluzione avversata da Paolo avrebbe portato con sé l'«asimmetria tra la restituzione del capitale e il pagamento degli interessi», dal momento che il capitale si sarebbe restituito ratealmente, «ma gli interessi, in caso di mora, gravano sull'intera somma e da un giorno anteriore alla mora». Un'analogia asimmetria tra prestazione principale o *obligatio poenae*, tuttavia, come già rilevato *supra* nt. 35, non pare avere creato particolari problemi a Proculo.

⁴⁶ Una simile conclusione pare emergere se si interpreta la frase *stipulamur, cum condicio exstiterit* (relativa ai frutti o a beni simili) in collegamento con l'inciso finale *ut ad diem non soluta pecunia quo competit usurarum nomine ex die interpositae stipulationis praestetur*, riferito alle *usurae*. Oltre che da quanto osservato da van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 84, e prima di lui in Donelli *Commentarii* cit. 518 s., una siffatta interpretazione del testo si vince in Schipani (a c.

Come si vede, tale soluzione si allontana in una certa misura da quella prospettata da Paolo in relazione al caso sottoposto all'*auditorium*⁴⁷: nella fattispecie presa in esame da ultima, infatti, non assume diretto rilievo il problema degli eventuali effetti del *pactum* rispetto alla *stipulatio poenae* relativa alle *usurae*, laddove il termine per l'adempimento del capitale dedotto nella *stipulatio sortis* risultasse differito dall'accordo informale (come nella fattispecie sottoposta all'*auditorium*), bensì la circostanza che, sebbene l'*obligatio usurarum* nascesse in seguito al verificarsi dell'inadempimento, le *usurae poenae nomine*, in ragione delle peculiarità della *conceptio verborum* della *stipulatio*, si sarebbero dovute calcolare con riferimento al periodo a esso precedente.

Van Eck sembra interpretare questa parte del passo senza riscontrare particolari problemi, malgrado essa sia stata in seguito ritenuta interpolata⁴⁸, proprio in ragione delle differenze rispetto alla fattispecie esaminata in via principale dall'*auditorium*. Per il giurista olandese, infatti, Paolo avrebbe prospettato il caso dei frutti maturati *medio tempore* sulla base della sovrapposibilità tra il regime delle *usurae*, quali frutti civili, e quello dei frutti naturali⁴⁹. Questa conclusione, seppur eccessiva⁵⁰, induce però a considerare l'ultima parte di testo non del tutto avulsa dal ragionamento sviluppato in precedenza

dì), *Iustiniani Augusti Digesta* cit. 19 ss., ove il nostro segmento di testo risulta tradotto in «ma, così come ci facciamo promettere con stipulazione una quantità che può essere raccolta in un certo tempo, fin quando la condizione non si avvererà, come avviene per i frutti, allo stesso modo ci si può pronunciare anche per quanto riguarda gli interessi, così che, nel momento in cui il denaro non venga pagato alla scadenza, si presti ciò che compete a titolo di interessi a partire dal giorno in cui la stipulazione era stata conclusa».

⁴⁷ Naturalmente, non può disconoscersi che due fattispecie presentino anche un profilo comune, visto che si trattava in entrambi i casi di *stipulationes poenae cum die*, nelle quali l'inadempimento della prestazione principale rappresentava la condizione per la nascita dell'*obligatio usurarum*. Su tale aspetto, cfr. ancora Scognamiglio, *Ricerche* cit. 187.

⁴⁸ O. Lenel, *Palingenesia* 2 cit. Paul. 1295, ha perciò proposto di integrare le parole *sed quantitatem* in *sed quemadmodum quantitatem* e di far seguire a *fructibus* l'inciso *cum pro praede litis et vindictiarum stipulemur*.

⁴⁹ van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 84.

⁵⁰ Poiché l'asserita sovrapposibilità del regime delle *usurae* a quello dei frutti non viene oggi ammessa in termini generali nel periodo classico (per tutti, cfr. R. Cardilli, *Fenus, usurae e interessi pecuniari come frutti civili*, in P. Catalano, A. Sid Ahmed (sous la dir. de), *La dette contre le développement: quelle stratégie pour les peuples méditerranéens?*, Paris 2002, 15 ss.; Id., *Usura in fructu non est. Contro l'astrazione dei moderni*, in *Diritto@Storia* 16, 2016, <https://www.dirittoestoria.it/17/memorie/usurocrazia/Cardilli-Usura-in-fructu-non-est-contro-astrazione-moderni.htm>). Pertanto, appare maggiormente verosimile che Paolo, più che presupporre una completa analogia tra i suddetti regimi, come vorrebbe van Eck, avesse accomunato le due ipotesi in ragione del fatto che entrambi i tipi di beni sarebbero potuti essere oggetto della particolare previsione dedotta nella *stipulatio poenae*.

dal giureconsulto, in quanto essa appare comunque espressione della volontà di Paolo di chiarire, una volta per tutte, che una soluzione in larga misura analoga a quella caldeggiata dai suoi oppositori⁵¹ sarebbe stata più facilmente ammissibile nel caso di *usurae poenae nomine* promesse *medio tempore*, ma non nella diversa ipotesi esaminata in via principale dall'*auditorium*.

Si potrebbe dunque pensare, in fin dei conti, che le anomalie dell'ultima parte del frammento sin qui evidenziate derivino da ulteriori spunti emersi nel corso del dibattito sviluppatosi in udienza, di cui non ci è giunta notizia nel testo del frammento, probabilmente in ragione di un intervento di sintesi ascrivibile ai Compilatori giustiniani (o a una mano anteriore)⁵².

IV. Conferme e possibili sviluppi della soluzione di van Eck

1. Una prima conferma (D. 2.14.4.3)

È giunto ora il momento di vagliare più attentamente gli spunti offerti da van Eck in ordine alla complessa soluzione conservata nella *lex lecta*, dato che essi, come abbiamo visto, sebbene risentano dei limiti delle conoscenze storico-giuridiche e dell'approccio metodologico propri del periodo in cui egli operò⁵³,

⁵¹ A ben guardare, mentre nella soluzione prospettata da ultima le *usurae* sarebbero state calcolate dal giorno della conclusione della *stipulatio*, la soluzione opposta a quella di Paolo ammetteva che queste si producessero dal giorno dedotto in *stipulatio* quale termine per l'adempimento.

⁵² Dal momento che, come rammentato *supra* nt. 16, il testo potrebbe essere stato oggetto di rimaneggiamenti anche in virtù di un suo uso scolastico in epoca tardoantica.

⁵³ Van Eck, infatti, in tutta la disamina dedicata alla seconda parte del frammento, pare presupporre che la soluzione prospettata da Paolo si sarebbe applicata in sede di processo formulare, senza tenere conto della possibilità che si trattasse invece di una *cognitio extra ordinem*. Si tratta però di un problema di difficile soluzione: per quanto appaia plausibile, come evidenziato da S. Tafaro, *Rec. a A. Cherchi, Ricerche sulle «usurae» nel diritto romano classico, Napoli 2012*, in *SDHI*, 82, 2016, 625 ss., in part. 628, che la *quaestio* sia stata presa in esame dall'*auditorium* di Papiniano al fine di pervenire a una sentenza (di primo grado o di appello, laddove il prefetto avesse esercitato le sue funzioni *vice sacra*) in un giudizio *extra ordinem*, non si può del tutto escludere che l'ufficio fosse stato consultato al fine di elaborare un *rescriptum* o un'*epistula* collegati a un quesito emerso in un processo formulare. Sotto altro aspetto, va inoltre rilevato che van Eck neanche poteva avere una conoscenza profonda del problema del rapporto tra *stipulatio* e documento e, in particolare, della circostanza che il documento (che faceva espresso riferimento al *pactum*) potesse essere in sé considerato quale titolo costitutivo del rapporto obbligatorio in base ai principi dei diritti ellenistici (sebbene una simile ipotesi, come vedremo *infra* § IV.2, appaia poco verosimile alla luce del modo di ragionare del giureconsulto). Strettamente connesso a quanto sin qui posto in evidenza appare anche l'approccio adottato da van Eck in relazione alla critica del testo, che ovviamente risentiva altresì della circostanza egli non potesse giovare di un numero di manoscritti paragonabile a quello su cui si fondano le moderne edizioni del Digesto. Come abbiamo in parte visto, il giurista olandese tende quasi sempre ad ammettere la genuinità del frammento: basti

presentano numerosi profili di interesse. Di conseguenza, tenteremo in questa sede di riscontrare se le conclusioni del *doctor iuris* olandese possano essere corroborate e sviluppate sulla base di altre fonti, così come degli avanzamenti apportati dagli studi successivi. A tal fine, giova anzitutto verificare se Paolo risolvesse anche in altre sedi i problemi posti da fattispecie di *mutua cum stipulationibus* di una certa complessità in maniera analoga a quella proposta da van Eck con riguardo alla *lex lecta*.

A tal fine, un primo frammento risulta individuato dallo stesso giurista olandese⁵⁴:

D. 2.14.4.3 (Paul. 3 ad ed.): *Ex facto etiam consultus, cum convenisset, ut donec usurae solverentur sors non peteretur, et stipulatio pure concepta fuisset, condicionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset.*

Il passo, tratto dal commentario paolino *ad edictum*, si riferisce al caso, probabilmente già sottoposto a Giuliano (*ex facto etiam consultus*)⁵⁵, nel quale le parti avevano convenuto che, finché fossero stati versati gli interessi, il creditore non avrebbe chiesto il capitale (*cum convenisset, ut donec usurae solverentur sors non peteretur*). Al proposito, il giureconsulto osserva, verosimilmente sulla scorta di Giuliano, che, sebbene la *stipulatio* fosse stata conclusa *pure* (ossia senza la condizione che subordinava la richiesta del capitale alla mancata corresponsione delle *usurae*), la suddetta *condicio* avrebbe dovuto considerarsi parte integrante della *stipulatio* (*condicionem inesse stipulationi*), come se il suo contenuto fosse stato espressamente riversato nella medesima (*atque si hoc expressum fuisset*)⁵⁶.

Ora, al di là delle evidenti differenze tra la fattispecie del *mutuum cum stipulatione* oggetto dell'attenzione di Paolo (e prima di lui di Giuliano) in D. 2.14.4.3 e quella descritta in D. 12.1.40⁵⁷, non può negarsi che la soluzione da questi proposta presenti, sin da una prima lettura, una spiccata affinità con quella della *lex lecta*. Infatti, l'affermazione *condicionem inesse stipulationi* sembra pienamente collimare – se

pensare che, in risposta all'«*Antitribonianus*» Hotman, egli si preoccupa esplicitare i presupposti metodologici della sua analisi in questi termini (van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 71 s.): «considero un *piaculum* profanare, tagliare, bruciare i testi con correzioni non sicure, specialmente quando nessuna ragionevole congettura, né l'autorità dei codici manoscritti, ci porta in questa direzione».

⁵⁴ van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 79.

⁵⁵ Infatti, lo stesso Giuliano risulta espressamente menzionato nella precedente trattazione di Paolo (D. 2.14.4.2: *...idem Iuliano placet*).

⁵⁶ Il frammento viene interpretato in questi termini dalla dottrina maggioritaria a noi più vicina, che ha inoltre superato le ipotesi interpolatorie avanzate in precedenza, in particolare da Riccobono, *Stipulatio* cit. 350, il quale aveva ricondotto alla mano dei Compilatori giustiniani l'intero segmento *finale et...fuisset*. Così, Voci, *Le obbligazioni* cit. 108; Talamanca, *Conventio* cit. 263; Id., *Conventio e stipulatio* cit. 208 ss.; Knütel, *Stipulatio* cit. 219; Id., *Stipulatio poenae* cit. 286 e nt. 20; Sacconi, *Ricerche* cit. 167 s.; Gröschler, *Die tabellae-Urkunden* cit. 155.

⁵⁷ Sul punto, mi permetto di rimandare a Cherchi, *Ricerche* cit. 58 s. e bibliografia ivi citata.

non si perde di vista la circostanza che il giureconsulto si riferiva probabilmente a una *condicio* contenuta in un *pactum* contestuale alla *stipulatio* – con quanto affermato nella *lex lecta* (*pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*)⁵⁸.

Di conseguenza, van Eck pare avere correttamente individuato D. 2.14.4.3 a conforto dell'ipotesi che, anche in D. 12.1.40, Paolo avesse voluto affermare che i *pacta* potessero rilevare quali parti integranti della *stipulatio*. Come già anticipato, però, ad avviso del giurista olandese⁵⁹, le due fonti attesterebbero una siffatta rilevanza tanto per i *pacta ex parte rei* quanto per quelli *ex parte actoris*. Tuttavia, una simile deduzione non sembra trovare adeguato riscontro neanche in D. 2.14.4.3⁶⁰, dato che tale soluzione parrebbe presupporre che la *stipulatio* conclusa *pure* non indicasse il termine per la restituzione della *sors* e che, pertanto, il debitore fosse tenuto a restituire il capitale quando il creditore glielo avesse richiesto. Di conseguenza, a ben riflettere, l'accordo informale avrebbe consentito al debitore di ottenere un vantaggio considerevole, poiché, mediante il versamento periodico delle *usurae* da esso previsto, egli si sarebbe assicurato la possibilità di continuare a godere del capitale, mentre un analogo vantaggio non pare potersi riscontrare per il creditore.

Quanto appena osservato induce quindi a concludere, più cautamente rispetto a van Eck⁶¹, che il giureconsulto in D. 2.14.4.3, così come in D. 12.1.40, avesse ammesso l'inerenza dei *pacta* alla *stipulatio* soltanto laddove questi fossero *ex parte rei*, in ragione dell'intimo legame che intercorreva in concreto tra l'accordo informale e la promessa solenne alla luce dell'assetto di interessi voluto dalle parti⁶².

2. Ulteriori conferme (D. 45.1.126.2 e D. 45.1.134.1)

A questo punto appare opportuno prendere in considerazione un'altra nota soluzione di Paolo, escerpita, come quella conservata in D. 12.1.40, dal terzo libro delle *quaestiones*. Si tratta del frammento contenuto in D. 45.1.126.2, citato da van Eck in via soltanto incidentale, per precisare il senso del riferimento alle *future kalendae*⁶³, ma oggi comunemente associato a D. 12.1.40, soprattutto per

⁵⁸ Anzi, la soluzione conservata in D. 2.14.4.3 si mostra ancora più assertiva rispetto a quella di D. 12.1.40 (la quale, come già osservato *supra* § III.1 e nt. 27 pare mitigata da *creduntur*).

⁵⁹ van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 79 e 84.

⁶⁰ Per quanto attiene alla valutazione di tale profilo con riferimento alla soluzione conservata in D. 12.1.40, cfr. *supra* § III.1.

⁶¹ van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 79 e 84.

⁶² Si orienta in questo senso la dottrina maggioritaria (cfr. *supra* nt. 56), che però riconosce, anche in D. 2.14.4.3, lo sforzo ermeneutico di Paolo, non riscontrabile con pari intensità nei giuristi precedenti, di superare il rilievo meramente negativo dei *pacta in continenti ex parte rei*.

⁶³ Sul punto, cfr. *supra* § II e nt. 14.

l'affinità tra le due articolate fattispecie analizzate dal giureconsulto severiano⁶⁴.

D. 45.1.126.2 (Paul. 3 *quaest.*): *'Chrysogonus Flavii Candidi servus actor scripsit, coram subscribente et adsignante domino meo, accepisse eum a Iulio Zosa, rem agente Iulii Quintilliani absentis, mutua denaria mille. quae dari Quintilliano heredive eius, ad quem ea res pertinebit, kalendis Novembribus, quae proximae sunt futurae, stipulatus est Zosas libertus et rem agens Quintilliani, spondit Candidus dominus meus. sub die supra scripta si satis eo nomine factum non erit, tunc quo post solvetur, usurarum nomine denarios octo praestari stipulatus est Iulius Zosas, spondit Flavius Candidus dominus meus'. subscripsit dominus. respondi: per liberam personam, quae neque iuri nostro subiecta est neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus. plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur: sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est, ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio quaerebatur. superest quaeramus, an ex numeratione ipse qui contraxit pecuniam creditam petere possit: nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione. sequens stipulatio, in qua sine adiectione nominis usuras stipulatus est, non eodem vitio laborat (neque enim maligne accipiendum est eidem stipulatum usuras, cui et sortem, videri), ideoque in liberti persona valet stipulatio usurarum et cogitur eam patrono cedere. plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel condicionem ex eo, quod agi apparebit, intellegendum est: numquam personam, nisi expressa sit.*

Un certo *Chrysogonus*, *servus actor* di Flavio Candido, riferisce in un chirografo che il suo *dominus* aveva ricevuto un mutuo di mille denari dal liberto Giulio Zosa, *rem agens* di Giulio Quintilliano, il quale tuttavia risultava assente. Crisogono scrive inoltre (*'quae dari...spondit Candidus dominus meus'*) che il suo padrone Candido si era impegnato, attraverso una *stipulatio* conclusa con Zosa, *rem agens Quintilliani*, a restituire il denaro a Quintilliano o al suo erede alle prossime calende di novembre. Se poi il capitale non fosse stato versato entro tale data, Candido si era altresì obbligato, con un'ulteriore *stipulatio* conclusa con Zosa, senza la menzione di Quintilliano, a versare interessi pari a otto denari. Il documento era stato inoltre sottoscritto dal medesimo Candido (*subscripsit dominus*)⁶⁵.

⁶⁴ Così, *ex multis*, Knütel, *Stipulatio poenae* cit. 71 nt. 27; Gröschler, *Die tabellae-Urkunden* cit. 151 ss.; Id., *Die Konzeption* cit. 263 s.; G. Camodeca, *Tabulae* 1 cit. 133; Bramante, *Il formulario* 466 nt. 2; Cherchi, *Ricerche* cit. 45 nt. 3; Scognamiglio, *Ricerche* cit. 183 s. nt. 97.

⁶⁵ La fattispecie viene ricostruita in questi termini da Knütel, *Stipulatio* 225 ss.; Sacconi, *Ricerche* cit. 39 ss.; Gröschler, *Die tabellae-Urkunden* cit. 151 s.; Id., *Die Konzeption* cit. 264;

Come si vede, il caso esaminato in D. 45.1.126.2 riguarda, come la *lex lecta*, un chirografo attestante probabilmente due *stipulationes*, una relativa al capitale e l'altra alle *usurae poenae nomine*. Tuttavia, tra le due fattispecie intercorrono anche sensibili differenze che si riverberano inevitabilmente sulla *quaestio* esaminata dal giureconsulto: nel frammento che stiamo ora analizzando, infatti, la *quaestio* verte sulla circostanza che la *stipulatio* relativa al capitale fosse stata conclusa dal liberto Zosa in favore di un *patronus* assente menzionato dai *verba stipulationis*. Di conseguenza, osserva Paolo, una siffatta promessa solenne sarebbe stata da considerare invalida (*per liberam personam, quae neque iuri nostro subiecta est neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus*).

Le successive argomentazioni del giureconsulto evidenziano dapprima che, qualora un uomo libero avesse dato a mutuo il denaro proveniente dal suo patrimonio o da quello di un terzo, indicato dal giureconsulto come 'nostro' (*pecuniam daret vel suam vel nostram*), accordandosi con il debitore nel senso che questi dovesse restituire la *pecunia* al terzo (*ut nobis solveretur*), il credito sarebbe sorto in capo a quest'ultimo (*obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur*). Ma, nel diverso caso – corrispondente alla fattispecie descritta nel frammento – in cui l'obbligazione di restituire il capitale fosse sorta da una *stipulatio* conclusa da un liberto in nome di un *patronus* assente, la soluzione sarebbe stata opposta. Paolo afferma, infatti, che l'*adiectio* del nome del *patronus* nella *conceptio verborum* della *stipulatio* avrebbe determinato non già la nascita del diritto di credito in capo a quest'ultimo, ma l'invalidità della *stipulatio*, in virtù del noto principio *alteri stipulari nemo potest* (*sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est, ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio quaerebatur*)⁶⁶.

Nel caso di specie, però, non risultava chiaro se il credito per il capitale potesse considerarsi comunque sorto in capo al patrono Quintilliano in ragione dell'avvenuta *numeratio* (*superest quaeramus, an ex numeratione ipse qui contraxit pecuniam creditam petere possit*). La risposta del giureconsulto è positiva: a suo avviso, sebbene dalla *stipulatio* per l'*eadem pecunia* già oggetto della *numeratio* nascesse una sola *obligatio verbis*, una volta riscontrata l'invalidità della promessa solenne, la *numeratio* avrebbe assunto autonoma rilevanza

Talamanca, *Una verborum obligatio e obligatio re et verbis contracta*, in *Iura* 50, 1999, 16 ss.; U. Babusiaux, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München 2006, 82 ss.; Cherchi, *Ricerche cit.* 70 ss.; Scognamiglio, *Ricerche cit.* 183 s. nt. 97; R. Fercia, *Notae sulla classificazione delle obligationes nei Libri regularum di Modestino*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari* 62, 2009-2020, Napoli 2020, 117 ss., in part. 130 ss., da cui si cita [= in L. Garofalo. L. Vacca (a c. di), *Studi in ricordo di C.A. Cannata*, Napoli 2021, 271 ss.]; A. Saccoccio, *Il mutuo nel sistema giuridico romano. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino 2020, 124 ss.

⁶⁶ Su questa interpretazione la dottrina (indicata alla nt. precedente) è infatti concorde.

(*non est dicendum recessum a naturali obligatione*), determinando, in capo a Quintiliano, il diritto di agire per conseguire la restituzione⁶⁷. Quindi, dopo avere appurato che sarebbe comunque sorto il diritto di credito per il capitale, Paolo afferma che la *sequens stipulatio usurarum*, la cui *conceptio verborum* era diversa da quella della *stipulatio sortis* perché non conteneva il nome di Quintiliano, ma solo quello di Zosa, sarebbe stata valida e avrebbe perciò fatto sorgere in capo al liberto, verosimilmente in ragione dell'incarico in precedenza ricevuto dal *patronus*, l'obbligo di trasferire a quest'ultimo il credito per gli interessi nascente dalla promessa solenne relativa agli interessi (*ideoque in liberti persona valet stipulatio usurarum et cogitur eam patrono cedere*).

Inoltre – e qui giungiamo al punto della soluzione paolina che maggiormente ci interessa –, il giureconsulto evidenzia che si doveva fare riferimento ai *verba* della *stipulatio* da cui nasceva l'obbligazione. Questi, in taluni rari casi, avrebbero potuto considerarsi integrati da ulteriori accordi relativi ai tempi dell'adempimento (*tempus*) o da una condizione, in ragione del *quod agi apparebit*, ma mai dal nome di una determinata persona (*plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel condicionem ex eo, quod agi apparebit, intellegendum est: numquam personam, nisi expressa sit*).

⁶⁷ Va tuttavia segnalato che il segmento di testo qui commentato (*plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione*) ha dato luogo a numerosi problemi interpretativi, in particolare perché, come rilevato di recente da Saccoccio, *Il mutuo* cit. 127 ss., ove ulteriore letteratura, il giureconsulto, pur avendo in precedenza affermato che dalla combinazione negoziale di *numeratio* e *stipulatio* nascesse soltanto una *verborum obligatio*, «avrebbe qui riconosciuto la validità del mutuo sorto *ex numeratione*». Alla luce di questa apparente anomalia e delle risultanze di altre fonti, la dottrina ha pertanto classificato il rapporto tra *numeratio* e *stipulatio*, in diversi modi (che possono essere sintenticamente identificati nell'ipotesi novatoria, per cui la *stipulatio*, intervenuta *ex intervallo*, avrebbe novato l'obbligazione nata *re* dalla *numeratio*, e nell'ipotesi dell'assorbimento, per la quale la *stipulatio*, conclusa *in continenti*, avrebbe assorbito l'*obligatio re*). Sul punto, solo per far riferimento alle principali ipotesi sviluppate negli ultimi decenni, Talamanca, *Una verborum obligatio* cit. 53 ss.; Gröschler, *Die Konzeption* cit. 263 ss.; Saccoccio *Il mutuo* cit. 127 ss.; Fercia, *Notae* cit. 131 ss.; F. Lombardo, *Studi su «stipulatio» e azioni stipulatorie nel diritto giustiniano*, Milano 2020, 72 ss. Alcuni di tali Autori si sono orientati diversamente anche con riguardo all'*actio* attraverso la quale il creditore avrebbe potuto agire per ottenere la restituzione della *pecunia numerata* oggetto della *stipulatio* invalida: mentre Talamanca pensa alla *condictio sine causa* od *ob rem dati re non secuta*, trovando seguito (con riferimento alla *condictio* indicata da ultima) in Saccoccio, Fercia ritiene ammissibile che questa potesse essere anche la *condictio certae creditae pecuniae*, in virtù dell'operatività del principio di utilizzazione del negozio che avrebbe verosimilmente consentito, alla luce dell'*id quod actum est*, di conservare la fattispecie meno ampia (cioè la *mutui datio*). Per quanto attiene poi alle soluzioni prospettate in dottrina sul motivo (che esula dalla presente trattazione), per cui, nel frammento, l'*obligatio re* venga indicata come *naturalis obligatio*, mi permetto di rimandare a Cherchi, *Ricerche* cit. 70 s. nt. 65, ove ulteriore letteratura.

Quanto precisato da Paolo nell'ultima parte di D. 45.1.126.2 (*raro inesse tempus vel condicionem*) oltre che confermare, in buona misura, l'interpretazione dell'inciso *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur* data da van Eck in occasione dell'esame di D. 12.1.40⁶⁸, nel senso che i *pacta* – laddove riferiti al *tempus* o a particolari condizioni – potessero considerarsi parte integrante della *stipulatio*, afferma espressamente che una tale soluzione si sarebbe fondata sulla valutazione dell'*id quod actum est* (*ex eo, quod agi apparebit, intellegendum est*), ossia sul complessivo assetto di interessi voluto dalle parti. Tuttavia, la parte conclusiva di D. 45.1.126.2 pone in luce, in maniera forse ancor più chiara rispetto a D. 12.1.40, che il nostro giurista nutrì anche una certa cautela nel proporre una soluzione del genere. In questa sede, il verbo *inesse* risulta preceduto dall'avverbio *raro*, che, se letto alla luce di quanto affermato poco prima (*plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt*), ci fa capire che Paolo era consapevole non soltanto della necessità di vagliare, caso per caso, se l'*id quod actum est* consentisse di integrare il contenuto della *stipulatio*, ma anche che una siffatta valutazione fosse caratterizzata da alcuni limiti. Infatti, il nostro giureconsulto non esita ad affermare che l'*id quod actum est* avrebbe potuto eventualmente indurre a considerare la *stipulatio* integrata da termini o condizioni, ma *numquam* dal nome di un assente, tanto che un'integrazione di quest'ultimo tipo, come egli aveva evidenziato in precedenza, sarebbe stata frutto di un'interpretazione 'maligna' (*neque enim maligne accipiendum est eidem stipulatum usuras, cui et sortem, videri*)⁶⁹.

Un'ultima notazione riguarda poi la possibilità, cui abbiamo fatto cenno in precedenza, che la soluzione prospettata da Paolo in D. 12.1.40 sia stata influenzata anche dalla circostanza che il contenuto del *pactum* risultasse riprodotto, insieme a quello delle promesse solenni, nel chirografo redatto da Lucio Tizio.

⁶⁸ Suffragata, come abbiamo visto *supra* § IV.2, anche da D. 2.14.4.3.

⁶⁹ Che sia ben individuabile, nel pensiero del nostro giureconsulto, un modo di ragionare omogeneo nel senso di ammettere l'inerenza dei *pacta in continenti* alla *stipulatio*, seppur con le cautele che abbiamo visto, è infatti evidenziato da Talamanca, *Conventio e stipulatio* cit. 208 nt. 161. Come sottolineato da Babusiaux, *Id quod actum est* cit. 82 ss., in part. 84 e 90; Ead., *The editio stipulationis. An interpretation of D. 2,13,1,4 (Ulp. 4 ad ed.)*, in *TR* 77.1-2, 2009, 23 ss., in part. 26 ss., un analogo modo di ragionare sarebbe riscontrabile anche in altre trattazioni di Paolo nelle quali vengono risolte questioni in parte diverse, sia con riguardo al valore dei *pacta*, sia in ordine all'*ambiguitas* dei *verba* della *stipulatio* (per esempio in D. 2.14.27.2 (Paul. 3 *ad ed.*): *Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio elidetur [...]*, e in D. 34.5.21 pr. (Paul. 14 *ad Plaut.*): *Ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est, veluti cum Stichum stipuler et sint plures Stichii, vel hominem, vel Carthagini, cum sint duae Carthagines*).

Si tratta, come già detto, di un aspetto che esula dalle argomentazioni di van Eck, dato che egli, ovviamente, non era del tutto conscio che, in relazione agli effetti del documento, il processo di commistione tra i principi dei diritti ellenistici e quelli del diritto romano (processo che avrebbe condotto a modificare notevolmente il regime della *stipulatio* in epoca tardoantica e giustiniana), fosse forse già in atto, almeno nella prassi provinciale, nel periodo in cui operò il nostro giureconsulto⁷⁰.

Al riguardo, giova tenere conto della soluzione offerta dallo stesso Paolo in

D. 45.1.134.1 (Paul. 15 resp.): *Idem respondit: plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur, sic tamen, ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio.*

Nel frammento, tratto dal quindicesimo libro dei *responsa*, si legge che il contenuto delle *stipulationes* avrebbe dovuto considerarsi integrato da quanto convenuto nelle *praefationes* – cioè da accordi, verosimilmente presi per iscritto, durante le trattative negoziali⁷¹ –, che le parti erano convinte di avere riprodotto nelle promesse solenni, a condizione che si trattasse di clausole che non rendessero *inutilis* la *stipulatio*.

Tuttavia, dalla motivazione addotta dal giureconsulto (*plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur*) non pare necessariamente emergere che egli avesse attribuito al documento un valore costitutivo alle *praefationes*⁷²: al contrario, anche in questa sede, come già in D. 12.1.40 e D. 45.1.126.2, Paolo sembra fondare le sue conclusioni sull'*id quod actum est*, dal momento che specifica che risultava chiaro che le parti avrebbero voluto inserire nella *stipulatio* quanto stabilito nelle *prae-*

⁷⁰ Come è noto, per quanto la dottrina tenda comunemente a individuare nel periodo tardoantico e giustiniano una sorta di 'degenerazione' del regime classico della *stipulatio* (in ragione delle importanti modifiche introdotte prima dalla costituzione di Leone (C. 8.37.10 del 472 d.C.) e poi da quella di Giustiniano (C. 8.37.14 del 531 d.C.), che avrebbe definitivamente riconosciuto valore costitutivo al documento), si ammette ormai che la suddetta degenerazione sia ricollegabile a esigenze emerse già nella prassi provinciale dell'epoca classica. Sul punto, possiamo qui limitarci a menzionare, oltre alle fondamentali considerazioni di Talamanca, v. *Contratto e patto* cit. 65; Id., *Conventio e stipulatio* cit. 204 ss., e ulteriore letteratura ivi citata, e il recente lavoro di Lombardo, *Studi* cit. 11 ss. (ove, ancora, ampi ragguagli bibliografici).

⁷¹ Sacconi, *Ricerche* cit. 155.

⁷² Anche perché un siffatto valore risulta rigettato da Settimio Severo grossomodo nel medesimo periodo in cui Paolo operava nel suo *consilium principis* (C. 8.37.1 [*Impp. Severus et Antoninus AA. Secundo*]: *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*. Accepta XVII k. Mai. Severo III et Victorino cons. [a. 200]).

*fationes*⁷³. Cionondimeno, appare verosimile che il nostro giureconsulto, in D. 45.1.134.1, così come in D. 12.1.40 (e D. 45.1.126.2), pur attribuendo ai documenti valore meramente probatorio, li avesse comunque considerati di estremo rilievo in quanto utili a individuare l'assetto negoziale voluto dalle parti.

Il breve frammento appena ripercorso mostra altresì di confermare che il nostro giureconsulto fosse ben consapevole che la possibilità di integrare il contenuto della *stipulatio* sulla base dell'*id quod actum est* incontrasse anche un limite invalicabile⁷⁴: infatti, l'inciso *ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio* consente di comprendere che una simile integrazione non sarebbe stata ammissibile laddove avesse reso invalida la promessa solenne. A ben riflettere, quest'ultimo rilievo permette di scorgere in maniera ancora più chiara la *ratio* delle affermazioni *neque enim maligne accipiendum est... e numquam personam, nisi expressa sit* contenute in D. 45.1.126.2, dal momento che, come abbiamo visto, la possibilità di integrare il contenuto della *stipulatio usurarum* con il nome di terzo avrebbe determinato l'invalidità della promessa solenne in base al noto principio *alteri stipulari nemo potest*.

Se, alla luce del complessivo approfondimento fin qui svolto, torniamo ora alle conclusioni cui approdò il giovane van Eck, ci rendiamo conto che queste, anche se eccessive in alcuni punti, non paiono intaccate – bensì in larga misura confermate – nella loro plausibilità di massima, tanto che non solo contribuirono notevolmente a superare le ipotesi esegetiche a lui precedenti, ma furono altresì antesignane, almeno nelle loro linee essenziali, della soluzione oggi comunemente accettata⁷⁵.

3. Possibili sviluppi

Resta ora da evidenziare come i risultati di van Eck possano giovare di ulteriori sviluppi alla luce degli importanti avanzamenti degli studi a noi più vicini. In particolare, appare di un certo interesse sottoporre a una prima verifica la conclusione – all'apparenza non facilmente dimostrabile – cui egli perviene in relazione alla possibilità, che si evincerebbe dalla soluzione paolina conservata

⁷³ Si orientano infatti in questa direzione gli studi a noi più vicini (che superano le ipotesi interpolatorie avanzate da Riccobono, *Stipulatio* cit. 351, relative all'inserzione del segmento *creduntur...stipulatio* da parte dei Commissari giustiniani in ragione del regime tardoantico e giustiniano della *stipulatio*): Talamanca, *Conventio* cit. 262; Id., *Conventio e stipulatio* cit. 209; Knütel, *Stipulatio* cit. 218; Id., *Stipulatio poenae* cit. 283; Sacconi, *Ricerche* cit. 155.

⁷⁴ Si noti inoltre che, al pari che in D. 45.1.126.2, Paolo si serve del *plerumque*, come se la soluzione che proponeva si stesse progressivamente facendo strada in via interpretativa.

⁷⁵ Knütel, *Stipulatio* cit. 224 s.; Id., *Stipulatio poenae* cit. 289 s.; Talamanca, *Conventio* cit. 262; Id., *Conventio e stipulatio* cit. 207 s.; Cherchi, *Ricerche* cit. 47 ss.; Scognamiglio, *Ricerche* cit. 185 ss.

nella *lex lecta*, che i *pacta in continenti*, essendo capaci di integrare la *stipulatio*, ‘plasmassero’ l’*actio* del creditore («*actionem etiam formant*»)⁷⁶.

Dal complessivo ragionamento del giurista olandese, sembra potersi evincere, malgrado sul punto sia necessaria una particolare cautela⁷⁷, che una simile conseguenza avrebbe trovato applicazione in sede di processo formulare (o *rectius* all’interno del *iudicium stricti iuris* cui avrebbe dato origine l’*actio ex stipulatu* del creditore). Tuttavia, van Eck non si spinge oltre: pur presupponendo che il creditore avrebbe agito con un’*actio ex stipulatu* per conseguire le *usurae*, non precisa quale contenuto avrebbe potuto assumere la formula del giudizio (anche perché, a differenza nostra, non poteva giovare delle preziose informazioni fornite al riguardo dal Gaio Veronese).

Se colleghiamo la conclusione appena ripercorsa con gli avanzamenti che hanno caratterizzato i nostri studi dopo la scoperta del fondamentale palinsesto, ci troviamo di fronte all’esigenza di precisare se l’*actio* per richiedere le *usurae* cui si riferisce van Eck fosse *certi* o *incerti*. Partiamo col rammentare, al proposito, che le soluzioni conservate in D. 45.1.75.9 e in D. 45.1.90⁷⁸, in ordine ai risvolti processuali dei *mutua cum stipulationibus* che seguivano lo schema della promessa di restituzione del capitale cui si accompagnava quella delle *usurae* (eventualmente *poenae nomine*), sembrerebbero attestare l’utilizzo dell’*actio incerti*.

⁷⁶ Così van Eck, *Le sette leggi dannate* cit. 192.

⁷⁷ Cfr. *supra* nt. 53.

⁷⁸ Il primo frammento (D. 45.1.75.9 [Ulp. 22 *ad ed.*]: *Qui sortem stipulatur et usuras quascumque, certum et incertum stipulatus videtur et tot stipulationes sunt, quot res sunt*) ci informa infatti che, qualora fosse stata promessa con *stipulatio* la restituzione del capitale e il versamento delle *usurae* sul medesimo, si sarebbero considerate sorte due *stipulationes* una per un *certum* (il capitale) e una per un *incertum* (le *usurae*), dato che la *stipulatio* avrebbe avuto due oggetti distinti. In virtù di questa testimonianza, risulta altresì superabile il problema che abbiamo riscontrato *supra* § II.1 sulla possibilità che la *lex lecta* testimoni la conclusione di una *stipulatio* (come vorrebbe van Eck) o due *stipulationes* (come ammette la dottrina più recente). La seconda fonte (D. 45.1.90 [Pomp. 3 *ex Plaut.*]: *Cum stipulati sumus pro usuris legitimis poenam in singulos menses, si sors soluta non sit, etiamsi sortis obligatio in iudicium sit deducta, adhuc tamen poena crescit, quia verum est solutam pecuniam non esse*), ci permette inoltre di capire che, se fossero state promesse, a titolo di pena, *usurae* al tasso legale, con cadenza mensile, nel caso di inadempimento del capitale, le *usurae poenae nomine* avrebbero continuato a crescere, anche laddove si fosse agito in giudizio per ottenere la condanna del debitore al capitale, poiché il capitale non risultava ancora pagato. In buona sostanza, il secondo frammento parrebbe presupporre che l’effetto estintivo della *litis contestatio* rispetto all’*obligatio sortis* dedotta in giudizio non si sarebbe esteso alla diversa – ma collegata – *obligatio usurarum*. Più in generale, per ampi ragguagli sulle *stipulationes in singulos annos* o *in singulos menses* e sulle azioni (*certi* o *incerti*) che da queste avrebbero potuto trarre origine a seconda delle peculiarità della *conceptio verborum* della *stipulatio*, cfr. L. Pellicchi, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova 2003, 70 ss..

Una simile opzione va però valutata, ancora una volta, alla luce delle peculiarità della soluzione prospettata nella *lex lecta*: in tale ipotesi, come abbiamo visto, una volta che fossero decorse le *futurae kalendae* senza che il debitore avesse restituito il capitale, quest'ultimo si sarebbe avvalso del piano di ammortamento previsto dal *pactum*. Laddove, poi, egli non avesse versato alcune delle rate (come parrebbe suggerire l'indicazione *quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat* conservata in D. 12.1.40), le *usurae* a suo carico sarebbero decorse sulle frazioni di capitale non versato (e per intervalli di tempo determinati)⁷⁹.

Ciononostante, appare plausibile che, anche in questo caso, per il creditore potesse risultare più vantaggioso agire con l'*actio incerti ex stipulatu*, dal momento che, da un lato, avrebbe così evitato di incorrere in errori di calcolo (in eccesso) delle *usurae* e, dall'altro lato, avrebbe potuto ottenere anche gli interessi che sarebbero maturati nelle more del giudizio (quantomeno fino alla *litis contestatio*)⁸⁰. Di norma, in ipotesi del genere, la formula sarebbe stata munita di una *praescriptio pro actore*, in modo da limitare il *petitum*, attraverso l'inciso *ea res agatur, cuius rei dies fuit*, alle somme scadute (o che sarebbero scadute fino alla *litis contestatio*), in virtù del termine indicato nella *stipulatio*⁸¹. Risulta però

⁷⁹ Con tutta verosimiglianza, in tale ipotesi si sarebbero aperte per il creditore due diverse strade in merito all'azione da intraprendere, sia con riferimento al capitale che alle *usurae*. Possiamo pensare che il creditore potesse scegliere di agire per ottenere la condanna del debitore alla somma complessiva delle rate non versate o a quella corrispondente alle singole rate di capitale. In tali casi, il creditore avrebbe presumibilmente agito per un *certum* relativo alle singole frazioni di capitale non versate o all'intero ammontare delle medesime, così come per le *usurae*: non va infatti perso di vista il fatto che la discussione riportata in D. 12.1.40 vertesse, in via principale, sul contenuto della rubrica *Si certum petetur: de conditione*. La concreta scelta del creditore sarebbe probabilmente dipesa dal numero di rate scadute e, di conseguenza, dall'ammontare complessivo del credito nel frattempo maturato. Su tali aspetti, cfr. ancora Pellicchi, *La praescriptio* cit. 77 nt. 19 e 223 nt. 14.

⁸⁰ Come pare evincersi da una costituzione, emessa grossomodo nel periodo in cui fu discussa la *lex lecta*, da Settimio Severo (C. 3.1.1 [*Imp. Severus et Antoninus AA. Clementi*]: *Iudicium coepto usurarum stipulatio non est perempta. superest, ut debitorem eius temporis, quod non est in iudicium deductum, convenire possis*. PP. k. April. Antonino A. II et Geta II cons. [a. 205]), la quale, ad avviso di Pellicchi, *La praescriptio* cit. 277 nt. 13, potrebbe avere implicato che l'ammontare delle *usurae* oggetto della condanna potesse estendersi anche a quelle maturate fino alla sentenza.

⁸¹ Come è noto, sulla formula dell'*actio incerti ex stipulatu* (D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova 1999², 50 s. n. 25) Gaio fornisce le preziose indicazioni conservate in Gai 4.131([...] *velut cum in singulos annos vel menses certam pecuniam stipulati fuerimus [...] si ergo velimus id quidem, quod praestari oportet, petere et in iudicium deducere, futuram vero obligationis praestationem in integro relinquere, necesse est, ut cum hac praescriptione agamus: EA RES AGATUR, CUIUS REI DIES*

problematico, con riguardo alla fattispecie della *lex lecta*, pensare a un rinvio al termine dedotto in *stipulatio* così come ‘modificato’ dal *pactum*, come parrebbe suggerire la conclusione di van Eck.

Al proposito, possono essere forse d’aiuto i risultati delle indagini pubblicate, nel 2006 e nel 2009, da Babusiaux⁸², la quale ha tentato di individuare il rilievo, in sede processuale, dell’*id quod actum est* anche rispetto alle obbligazioni nascenti da *stipulatio*. La Studiosa, attraverso l’analisi di numerose fonti, è giunta infatti a prospettare la possibilità che il celebre frammento di Ulpiano conservato in D. 2.13.1.4 (Ulp. 4 *ad ed.*: *Edere non videtur qui stipulationem totam non edidit*) testimoni l’esistenza, in capo all’attore, dell’onere di esibire, al momento dell’*editio actionis*, non solo l’intero contenuto della *stipulatio*, come si ritiene comunemente, ma anche gli altri elementi utili a interpretare i *verba stipulationis* sulla base dell’*id quod actum est*. Tale finalità, ad avviso dell’Autrice, si sarebbe potuta realizzare proprio grazie al ricorso alla *praescriptio*⁸³, la quale avrebbe dunque rinvio sia al testo della *stipulatio* e sia agli altri elementi utili a far emergere, nel *Prozessprogramm*, il complessivo assetto negoziale voluto dalle parti.

Di conseguenza, la strada aperta dall’Autrice svizzera, seppur non scevra di

FUIT. alioquin si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula, qua incertum petimus, cuius intentio his verbis concepta est: QUIDQUID PARET N.N. A.A. DARE FACERE OPORTERE, totam obligationem, id est etiam futuram, in hoc iudicium deducimus, et quae ante tempus obligati) e Gai 4.136 (*Item admonendi sumus, si cum ipso agamus, qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo: IUDEX ESTO. QUOD A.A. DE N.N. INCERTUM STIPULATVS EST, CUIUS REI DIES FUIT, QUIDQUID OB EAM REM N.N. A.A. DARE FACERE OPORTET et reliqua*), che permettono di capire come operasse la *praescriptio*. Mentre alla *praescriptio* indicata nella formula riportata in Gai 4.131, inserita prima della nomina del giudice e di un’*intentio* genericamente riferita al *quidquid paret N.N. A.A. dare facere oportere*, si attribuisce comunemente una funzione limitativa della richiesta dell’attore, dal momento che le parole *ea res agatur, cuius rei dies fuit* avrebbero limitato il *petitum* alle sole prestazioni scadute, precludendo così il prodursi dell’effetto estintivo della *litis contestatio* con riferimento alle prestazioni future (cioè le rate non ancora scadute), la funzione della seconda – la *praescriptio loco demonstrationis* – è stata oggetto di dibattito (del quale riportiamo qui di seguito solo le coordinate essenziali). Infatti, la *praescriptio loco demonstrationis* risultava posizionata dopo la nomina del giudice – e ciò farebbe pensare che, diversamente dalla prima, fosse sempre presente e non rimessa all’iniziativa dell’attore – e prima di un’*intentio* che faceva espresso riferimento al *quod incertum stipulatus est*, limitandolo, anche in questo caso, al *cuius rei dies fuit*. Accanto allo scopo di circoscrivere il *petitum*, cui si limiterebbe anche tale *praescriptio* (seppur con le differenze rispetto a quella *ea res agatur, cuius rei dies fuit* qui brevemente poste in luce) ad avviso di Pellicchi, *La praescriptio* cit. 75 ss. e 273 ss. (ove ampi ragguagli bibliografici), è stata ad essa riconosciuta da M. Varvaro, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 124 ss. una funzione più ampiamente determinativa della *res qua de agitur*.

⁸² Babusiaux, *Id quod actum est* cit. 32 ss., in part. 70 ss.; Ead., *The editio* cit. 23 ss.

⁸³ Babusiaux, *Id quod actum est* cit. 32 ss., 72 ss., sembra pensare alla *praescriptio loco demonstrationis* descritta in Gai 4.136.

profili di incertezza⁸⁴, sembrerebbe consentire di leggere la soluzione di Paolo *pacta in continenti facta stipulationi inesse* nella direzione indicata da van Eck in ordine alla possibilità che il *pactum in continenti* potesse modellare l'*actio* con cui il creditore avrebbe agito per le *usurae*. E una tale ipotesi potrebbe essere avvalorata dalla circostanza che, come abbiamo visto, il nostro giureconsulto ammetta in altre sedi che i *verba stipulationis* potessero considerarsi integrati dagli accordi informali in ragione del rilievo dell'*id quod actum est*⁸⁵. Non possiamo però negare che l'ipotesi appena prospettata avrebbe bisogno di ulteriori conferme, anche perché sarebbe da vagliare a fondo la possibilità, parimenti verosimile⁸⁶, che Paolo avesse presupposto che la soluzione da lui sostenuta avrebbe trovato applicazione in sede di *cognitio extra ordinem*.

Tuttavia, in virtù delle considerazioni appena svolte, non può non rilevarsi che le conclusioni offerte dal giovane van Eck sulla complessa soluzione conservata in D. 12.1.40, oltre che risultare a tutt'oggi in buona misura plausibili, appaiano ancora dotate di vitalità e perciò capaci di dare nuova linfa alla secolare riflessione sulla nostra fonte. Non resta dunque che riscoprirle e approfondirle ulteriormente grazie alla recente opera di traduzione e commento dalla quale abbiamo preso le mosse.

Alice Cherchi
Università di Cagliari
alicecherchi@unica.it

⁸⁴ Posti in luce, in particolare, da D. Mantovani, *Rec. a U. Babusiaux, Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß, München 2006*, in ZSS. 126, 2009, 563 ss., spec. 570 ss., il quale, dopo rilevato alcune difficoltà nell'ammettere che l'*edere totam stipulationem* di D. 2.13.1.4 implicasse l'*editio* anche della sottostante *conventio* (anche laddove il testo della *stipulatio* fosse riprodotto nella *praescriptio* dell'*actio incerti ex stipulatu*), ha comunque ritenuto plausibile che l'intenzione comune delle parti potesse assumere rilievo *apud iudicem*, in seguito all'*editio instrumentorum* effettuata dall'attore, ovvero la selezione dei mezzi di prova da produrre in giudizio che doveva probabilmente accompagnarsi all'*edictio actionis*.

⁸⁵ Cfr. *supra* IV.1-2.

⁸⁶ Cfr. *supra* nt. 53.