



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Paolo Costa

Constituta per litteras
**e riconoscimento del debito:
ipotesi esegetiche**

Numero XIV Anno 2021
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungio (Univ. Torino)

Redazione

M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso) P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

***Constituta per litteras* e riconoscimento del debito: ipotesi esegetiche**

SOMMARIO: 1. Il punto di partenza: Scaev. 1 *resp.* D. 13.5.26 nell'agone esegetico – 2. Luci preliminari dal contesto del Tit. 13.5 per l'interpretazione di Scaev. 1 *resp.* D. 13.5.26 – 3. L'*epistula Titii* in Marcel. I. *sing. resp.* D. 13.5.24: un'ipotesi di 'confessione stragiudiziale'? – 4. Scaev. D. 13.5.26 e le dichiarazioni di riconoscimento del debito: prospettive tardoantiche – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Il punto di partenza: Scaev. 1 resp. D. 13.5.26 nell'agone esegetico*

La recente monografia di Michele Pedone sul *receptum argentarii* affronta, fra le numerose questioni esaminate con puntualità e acume, l'esegesi di un frammento di Cervidio Scevola che da oltre un secolo affatica la dottrina romanistica *in primis* per i problemi palinogenetici che pone: Scaev. 1 *resp.* D. 13.5.26¹. L'ancor più recente e voluminosa opera di Thorsten Bolte sulla *pecunia constituta* tratta altresì di questo frammento², la cui interpretazione aveva nondimeno impegnato, quasi dieci anni or sono, Johannes Platschek nel suo contributo sempre sulla

* Ringrazio i Professori Mariagrazia Bianchini, James Caimi e Valerio Marotta per i loro consigli nella stesura di questo contributo, che dedico con gratitudine alla memoria del Prof. Carlo Augusto Cannata.

¹ Cfr. M. PEDONE, *'Per argentarium solvere'. Ricerche sul 'receptum argentarii'*, Torino, 2020, 3, 9, 60, 62, 75 ss., 114.

² Cfr. T. BOLTE, *'Pecunia constituta'. Erfüllungszusage und Konstitutsklage im römischen Recht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Köln, 2020, 170 ss.

*pecunia constituta*³. Le divergenze tra le prospettive ermeneutiche e la possibilità di un’ulteriore interpretazione, che valorizzi alcuni profili storici e sistematici meno considerati da questi studiosi, mi spingono a proporre di soffermarsi di nuovo su un frammento molto ‘frequentato’ in dottrina e su alcuni altri che mi paiono correlabili (anzitutto: Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.5.3; Marcel. *l. sing. resp.* D. 13.5.24; Scaev. 5 *dig.* D. 13.5.31 e Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.14.3), per suggerirne chiavi di lettura alternative. In questo contributo si prenderanno, pertanto, le mosse dalle discordanti esegesi di Scaev. D. 13.5.26, all’interno del contesto del titolo 13.5 del Digesto, per far emergere la domanda circa la possibilità che, già alla fine dell’età del Principato e comunque nel periodo pregiustiniano, si dessero *constituta* (specialmente e anzitutto *debiti alieni*) – e non solo *recepta* – conclusi mediante dichiarazioni riversate in *litterae/epistulae*, eventualmente anche non recanti l’*adiectio diei*, purché fosse rispettato il vincolo di accessorietà con l’obbligazione principale.

Questo il testo scevoliano appena menzionato:

Scaev. 1 *resp.* D.13.5.26: *Quidam ad creditorem litteras eiusmodi fecit: ‘Decem, quae Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, salva ratione usurarum habes penes me, domine’. Respondit secundum ea quae proponentur actione de constituta pecunia eum teneri.*

Un tale scrive a un soggetto, creditore di un mutuo concesso a un terzo (Lucio Tizio) dalla sua cassa, che può ritenere di avere presso di lui, a prescindere dal computo degli interessi originariamente concordati⁴, il danaro mutuato. Scevola⁵ risponde che, in forza di tale

³ Cfr. J. PLATSCHKE, *Das Edikt De ‘pecunia constituta’. Die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr*, München, 2013, 161 ss.

⁴ L’interpretazione di *salva ratione usurarum* è incerta; A. PETRUCCI, *‘Mensam exercere’. Studi sull’impresa finanziaria romana (II secolo a.C.-metà del III secolo d.C.)*, Napoli, 1991, 379, ritiene che la locuzione possa significare «l’impegno a pagare anche gli interessi convenuti, una volta calcolato il loro ammontare, oppure l’esclusione degli stessi dal pagamento del capitale».

⁵ Circa i frammenti di Scevola provenienti dai *Digesta* e dai *Responsa* la dottrina è stata percorsa dalla *vexata quaestio* sulla datazione e sull’attribuibilità di tali opere. Si rinvia per

lettera, il dichiarante possa essere convenuto con un’*actio de constitutata pecunia*.

Il frammento s’appalesa *prima facie* come problematico: è collocato sotto il titolo 13.5 del Digesto dedicato alla *pecunia constitutata*, ma in esso non s’impiega il verbo tecnico *constituere* e non si fa riferimento al *dies intra quem* per l’adempimento; mancano, dunque, gli elementi tipici di un *constitutatum* in età ‘classica’⁶. Non si rinviene poi l’assunzione formale dell’impegno di restituire, ma s’incontra quella che apparentemente è solo una dichiarazione di scienza. Il fatto che lo scrivente riconosca che presso di sé è presente la somma dovuta da un terzo al creditore è, tuttavia, considerato da Scevola equivalente a prometterne il pagamento. Il *responsum* è, quindi, che in caso di inottemperanza a quanto promesso, sia esperibile contro il dichiarante l’*actio de pecunia constitutata*. Così inteso, il frammento sembra un’esemplificazione della possibilità di concludere in modo informale un *constitutatum* in consentaneità espansiva rispetto al principio emergente da Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.14.3, ove si fa riferimento a una molteplicità di forme del momento genetico del negozio: *Constituere autem et praesentes et absentes possumus, sicut pacisci, et per nuntium et per nosmet ipsos, et quibuscumque verbis*⁷.

La prosecuzione di speculazioni dogmatiche ricavabili dal passo deve essere rinviata a causa di una questione preliminare di non poco momento: autorevole dottrina ritiene, infatti, probabile che questo testo si riferisse, in origine, non alla disciplina del *constitutatum*, bensì a quella del *receptum*. Ciò sarebbe, in generale, ben possibile, dacché, com’è noto, le

la discussione delle diverse ipotesi all’ampio *status quaestionis* di A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei ‘Responsa’ di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, 13 ss., la quale condivisibilmente aderisce alla posizione di M. BRUTTI, *I giuristi del II-III secolo d.C.*, in *Lineamenti di Storia del diritto romano*, a cura di M. Talamanca, Milano, 1989, 449, che osservava che rileva risolvere non tanto il problema della trasmissione e della composizione delle intere raccolte quanto quello dell’attendibilità e della riconducibilità al pensiero di Scevola dei singoli frammenti.

⁶ Per questi profili caratterizzanti il *constitutatum*, specialmente nell’età del Principato, mi permetto di rinviare a P. COSTA, *‘Pecunia constitutata’: ipotesi interpretative*, in *SDHI*, 77, 2011, 129 ss. (ove bibliografia precedente); più di recente e *amplius*, ma con una prospettiva simile, cfr. T. BOLTE, *‘Pecunia’*, 25 ss.

⁷ Sul frammento si ritornerà *infra* § 3.

regolamentazioni dei due istituti subirono una reciproca sovrapposizione, a séguito dell’abolizione del *receptum argentarii* con la costituzione giustiniana di riforma del 531 (C. 4.18.2.2), cui conseguirono interventi manipolativi negli *iura* contenuti nel Digesto e riguardanti il *receptum*, al fine di assimilarli a quelli riguardanti il *constitutum*⁸.

Già Lenel mostrò incertezze circa la *sedes materiae* del frammento e solo in modo dubitativo ipotizzò che esso originariamente concernesse un *receptum argentarii*⁹. La dottrina immediatamente successiva portò alcuni elementi a suffragio di tale ipotesi: in un altro luogo del primo libro dei *Responsa*, collocato in D. 4.8.43, Scevola affronta il caso di un *receptum arbitri* e ciò avvicinerrebbe i due testi¹⁰; l’impiego del vocativo di *dominus* a riguardo del cliente, l’uso della locuzione *habes penes me* a indicare la presenza di alcunché presso qualcuno, e il riferimento all’*arca* sarebbero tipici del linguaggio degli *argentarii* e del diritto bancario¹¹. Inoltre, militerebbe a favore della congettura leneliana la contiguità, nel titolo 13.5, di tre frammenti – i fr. 26-28 – che sarebbero tutti inerenti, in una supposta consequenzialità logica, alle modalità costitutive e agli

⁸ Sul provvedimento si vedano, da ultimo, F. MATTIOLI, *Giustiniano, gli ‘argentarii’ e le loro attività negoziali*, Bologna, 2019, 32 ss.; M. PEDONE, ‘*Per argentarium*’, cit., 109 ss.; T. BOLTE, ‘*Pecunia*’, cit., 375 ss.

⁹ Cfr. O. LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, in *ZSS*, 2, 1881, 64, nt. 137; ID., ‘*Palingenesia iuris civilis*’, II, Lipsiae, 1889, 290, nt. 1. Incerto si disse anche G. SEGRÈ, *Le garanzie personali e reali delle obbligazioni*, I. *Le garanzie personali. Corso di diritto romano (1933-1934)*, Torino, 1934, 266.

¹⁰ Cfr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Über ‘constituta pecunia’*, trad. tedesca (or. olandese), in *Abhandlungen zum Römischen Staats- und Privatrecht*, III, Stuttgart, 1885, 272, nt. 6; A. ROSSELLO, ‘*Receptum argentariorum*’, in *AG*, 45, 1890, 13, 28 ss.

¹¹ Cfr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Über ‘constituta’*, cit., 272; A. ROSSELLO, ‘*Receptum*’, cit., 22. V. ARANGIO-RUIZ, *Le tavolette cerate di Ercolano e i ‘nomina arvaria’*, in *Mélanges Eugène Tisserant*, I, Città del Vaticano, 1964, 15 s., ora in *Studi epigrafici e papirologici*, a cura di L. Bove, Napoli, 1974, 678 s., non si pronuncia sulla qualificazione giuridica della fattispecie, ma nota che il termine *arca* è usato con tale accezione soltanto in questo luogo, in quanto «non risultano citati dai giureconsulti altri documenti privati in cui il danaro dato a mutuo si dica attinto dalla cassaforte». Sull’impiego di questo lessema ritornerò a breve.

effetti del *receptum argentarii*¹². Dunque, in principio si sarebbe trovato nell’*incipit* del testo *quidam <argentarius>* e nella chiusa *<recepticia>* in luogo di *de constituta pecunia*.

Questi argomenti non hanno comunque trovato un consenso del tutto compatto tra gli studiosi, che si sono divisi. Manifestano la loro preferenza, più o meno convinta, a riconoscervi un caso di *receptum*, e.g., Kübler, Astuti, Roussier, Scapini, Andreau, La Rosa, Fasolino, Rodríguez González e Di Salvo¹³. Piuttosto cautamente Petrucci ritiene che il soggetto in capo al quale sorge l’obbligazione sia il titolare di una *mensa*, di cui Lucio Tizio è cliente, e che le parole *habes penes me* manifestino la presenza di somme depositate dal cliente su un conto oppure a lui concesse in credito con l’eventuale nascita di un conto. Petrucci pone in rilievo come l’assunzione dell’obbligo avvenga «in forme molto libere» e riconosce, in ogni caso, la possibilità che si tratti di un costituito¹⁴. Tra le poche voci discordi si notano quella di Partsch, che lo ritiene un caso di *constitutum debiti proprii*, ma concluso da un

¹² Cfr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Über ‘constitutata’*, cit., 272 s.; A. ROSSELLO, *Receptum*, cit., 23.

¹³ Cfr. B. KÜBLER, *Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur*, in *ZSS*, 29, 1908, 201; G. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, II, Milano 1941, 238 s., 280, nt. 40, 283, nt. 3; J. ROUSSIER, *Le Constitut*, in *Varia. Études de droit romain*, III, Paris, 1958, 145; N. SCAPINI, *La confessione nel diritto romano*, I, *Diritto classico*, Torino, 1973, 191; J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain. Les métiers de manieurs d’argent (IV^e siècle av. J.-C.-III^e siècle ap. J.-C.)*, Rome, 1987, 599; F. LA ROSA, *Il formalismo del pretore: ‘constitutata’ e ‘recepta’*, in *Labeo*, 43, 1997, 209; F. FASOLINO, *Sulle tecniche negoziali bancarie. Il ‘receptum argentarii’*, in *Labeo*, 46, 2000, 188; A.M. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El ‘receptum argentarii’ en el derecho romano clásico. Una propuesta de análisis*, Madrid, 2004, 205; S. DI SALVO, *‘Legatum debiti’ e riconoscimento dell’obbligazioni*, in *Fides’ ‘Humanitas’ ‘Ius’*. *Studi in onore di Luigi Labruna*, III, Napoli, 2007, 1539, nt. 41, ora in *Dal diritto romano. Percorsi e questioni*, Torino, 2013, 59, nt. 41.

¹⁴ Cfr. A. PETRUCCI, *Mensam*, 379 s., che individua un legame tra il *receptum* e la *ratio* in conformità a Ulp. 4 ad. ed D. 2.13.6.3: *Rationem autem esse Labeo ait ultra citro dandi accipiendi, credendi, obligandi solvendi sui causa negotiationem: nec ullam rationem nuda dumtaxat solutione debiti incipere. Nec si pignus acceperit aut mandatam, compellendum edere: hoc enim extra rationem esse. Sed et quod solvi constituit, argentarius edere debet: nam et hoc ex argentaria venit.*

banchiere, di Frezza e di Peñalver Rodríguez, i quali lo qualificano come *constitutatum debiti alieni*¹⁵.

Platschek¹⁶ oppone puntuali rilievi agli argomenti addotti dalla dottrina maggioritaria: mentre D. 13.5.27-28 sono assegnati da Lenel, per ragioni palinogenetiche, al contesto disciplinare del *receptum argentarii*, il fr. 26 è conforme alla massa da cui è escerpito, appartenendo, con il precedente fr. 25 e il successivo fr. 30, alla *Papiniansmasse*, nella quale il primo libro dei *Responsa* di Scevola (che peraltro non esibisce alcuna omogeneità tematica) regolarmente segue le *Quaestiones* di Papiniano¹⁷. Inoltre, Platschek revoca in dubbio gli indizi terminologici dianzi segnalati¹⁸. Non è cogente invocare l'impiego di *dominus*, giacché nel Digesto non si adopera solo riferendosi a clienti di *argentarii*, ma, proprio al vocativo, anche come epiteto per un imperatore (Maecen. *ex lege Rhodia* D. 14.2.9), per un marito da parte di una moglie (Paul. 7 *resp.* D. 24.1.57), per il giurista Paolo da parte di un interrogante (Paul. 17 *quaest.* D. 35.2.22 pr.); in aggiunta, Seneca (*Ep.* 3.1) lo menziona come forma educata di indirizzo¹⁹. Il sintagma verbale *habes penes me* non è poi peculiare di depositi presso *mensae argentariae*, ma ricorre anche in

¹⁵ Cfr. J. PARTSCH, *Der ediktale Garantievertrag durch 'receptum'*, in ZSS, 29, 1908, 416, nt. 2; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, I. Le garanzie personali*, Padova, 1962, 233 ss., 269; M.A. PEÑALVER RODRÍGUEZ, *La banca en Roma*, in *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, a cura di J. Roset Esteve, Madrid, 1988, III, 1567.

¹⁶ Cfr. J. PLATSCHEK, *Das Edikt*, cit., 163 ss.; riporta adesivamente tali rilievi anche M. PEDONE, *Per argentarium*, cit., 76 ss.

¹⁷ Cfr. D. MANTOVANI, *Digesto e Masse Blubmiane*, Milano, 1987, 98. Annota J. PLATSCHEK, *Das Edikt*, cit., 163: «Der Interpolationsverdacht lässt sich also weder palinogenetisch noch vom Aufbau des Digestentitels her wahrscheinlich machen».

¹⁸ Tali indizi sono sottolineati soprattutto da F. LA ROSA, *Il formalismo*, cit., 209.

¹⁹ M. PEDONE, *Per argentarium*, cit., 78, richiama altresì fonti di tradizione archeologica in cui *domine* s'impiega per ragioni di 'etichetta'. Mi sembra significativo ricordare anche un altro frammento di Scevola (Scaev. 18 *dig.* D. 32.37.5), in cui si inserisce una frase in greco tratta da un codicillo di un testatore, peraltro in riferimento a un fedecommesso che ha per oggetto un deposito irregolare (fattispecie che dappresso richiamerò), il quale qualifica il beneficiario della disposizione come κύριος; su tale frammento, cfr. A. SPINA, *Il negozio della παρακαταθήκη in un passo di Cervidio Scevola*, in LR, 4, 2015, 253 ss.

dichiarazioni di depositari²⁰. In tre luoghi lo stesso Scevola lo utilizza in tema di deposito irregolare (Scaev. 5 *dig.* D. 14.3.20; Scaev. 1 *resp.* D. 16.3.28; Scaev. 16 *dig.* D. 34.3.28.8)²¹. In particolare, in Scaev. D. 16.3.28 – così come in una comparabile testimonianza di Terenzio (*Phorm.* 36) – si richiama con questa locuzione l’iscrizione di un deposito nella *ratiuncula* di un depositario irregolare. Usi paralleli s’incontrano poi anche in fonti papiracee, anzitutto in P. Yadin I 5 (= P. Babatha 5; Maoza, 110 d.C.) (in greco)²². Sulla scorta di Platschek, altre testimonianze documentarie di casi di depositi, in cui s’impiega linguaggio analogo, sono state di recente suggerite da Scheibelreiter, il quale significativamente considera Scaev. D. 13.5.26 come un caso di *constitutum debiti* e non di *receptum*²³.

Le situazioni, pur presentando linguaggio simile, sono ben diverse: nel caso del deposito il depositante rimane proprietario della cosa depositata, mentre il destinatario della promessa contenuta nella lettera di Scaev. D. 13.5.26 ha ovviamente perduto la proprietà del danaro al momento del mutuo a Lucio Tizio. Dunque, il fatto che per le fattispecie di deposito irregolare si adoperi il medesimo linguaggio di Scaev. D. 13.5.26 da un lato infirma l’ipotesi della ricorrenza di usi linguistici propri dell’attività bancaria, dall’altro non si può neppure invocare residualmente come indizio a favore di un legame con il *receptum* di questi frammenti. È vero, difatti, come lo stesso Pedone afferma, che, pur

²⁰ Si vedano, e.g., Paul. Sent. 2.12.8; Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.2; Ulp. 31 *ad ed.* D. 16.3.1.33; Paul. 2 *Sent.* D. 16.3.29 pr.-1 (= Paul. Sent. 2.12.5.5a); Ulp. 8 *ad Sab.* D. 29.2.28; Pap. 27 *quaest.* D. 45.2.9.1; Paul. 5 *Sent.* D. 48.19.38.9 (= Paul. Sent. 5.25.10[9]).

²¹ Scaev. 28 *dig.* D. 44.7.61 pr. restituisce il corrispondente greco ἐστὶν λοιπὰ παρ’ ἡμῖν. Sul deposito irregolare si vedano le ampie e recenti considerazioni di C. BUSACCA, *Sul c.d. deposito irregolare nel diritto romano*, in *QLSD*, 8, 2018, 309 ss.

²² Cfr. J. PLATSCHKEK, *Das Edikt*, cit., 165; P. Yadin I 5 è una dichiarazione con cui un soggetto riconosce un debito e s’impegna a versare una somma al figlio di un defunto che era socio del dichiarante, a séguito dello scioglimento di una società e per risolvere i rapporti reciproci; si tratta di una promessa di pagamento attestata per iscritto, fattispecie molto simile a quelle oggetto del mio esame e rilevante anche per la sua risalenza.

²³ Cfr. P. SCHEIBELREITER, *Vom ‘logos’ der Verwahrung. Überlegungen zum Vertragstext in D. 16.3.26.1 (Paul. 4 resp.)*, in *Index*, 43, 2015, 365 ss.

riconosciuta «l'importanza prototipica di operazioni di questo tipo nel mondo delle *mensae* (...), non si può escludere che negozi di deposito potessero in qualche modo combinarsi con la *pecunia constituta*»²⁴. Inoltre, anche il riferimento all'*arca* non risulta davvero rilevante, poiché il lessema è impiegato in molteplici frammenti non riguardanti banche, ma soggetti non 'professionali' o *collegia* o *societates*²⁵, e comunque riguarda la cassa non di colui che assume la nuova obbligazione, ma di colui che beneficerà dell'impegno assunto e che è il mutuante nell'obbligazione principale.

L'insufficienza probatoria del linguaggio lascia così una sola via all'interprete per difendere l'inquadramento della fattispecie nella cornice del *receptum*: mettere in rilievo la mancata presenza del *dies intra quem* per l'adempimento, presenza, come già detto, da considerarsi essenziale nel regime 'classico' del *constitutum*²⁶. È questa la strada che, infatti, percorre – pur dubitativamente – Pedone. Nondimeno, mi pare che per l'ermeneutica di questo testo, oggettivamente ambiguo, si possa offrire una possibilità alternativa, capace di rispondere anche alla questione della mancanza dell'*adiectio diei* e che permetterà di accostarci

²⁴ M. PEDONE, 'Per *argentarium*', cit., 78.

²⁵ Si vedano, ad es., Paul. *l. sing. de off. praef. vig.* D. 1.15.3.2; Gai. 3 *ad ed. prov.* D. 3.4.1; Paul. 9 *ad ed.* D. 3.5.12(13); Paul. 4 *quaest.* D. 15.1.52 pr.; Pap. 3 *resp.* D. 17.2.82; Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.1.7.1; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.19.5; Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.7.7.13; Ulp. 19 *ad Sab.* D. 30.30.6; Ulp. 21 *ad Sab.* D. 30.34.4; Pap. 4 *quaest.* D. 30.51; Afr. 5 *quaest.* D. 30.108.10; Pomp. 30 *ad Sab.* D. 32.57; Afr. 6 *quaest.* D. 32.64; Paul. 2 *decr.* D. 32.97; Ulp. 19 *ad Sab.* D. 33.4.1.7; Ulp. 24 *ad Sab.* D. 35.1.12; Gai. 2 *de leg. ad ed. praet.* D. 35.1.17.2-3; Maec. 8 *fideic.* D. 35.2.30.4; Ulp. 3 *de off. cons.* D. 42.1.15.12; Paul. 12 *ad Sab.* D. 45.1.37; cfr. A. WACKE, 'Pecunia in arca', Lecce, 2002, 7 ss. In particolare, sull'*arca communis* dei gruppi associati e societari, di recente, cfr. P.P. ONIDA, L'*arca communis*' nella prospettiva del contratto di 'societas', in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, II, 365-388.

²⁶ Circa la centralità del valore del *dies constituti* nella configurazione giuridica originaria del costituito di debito fu pionieristico il primo contributo di G. ASTUTI, *Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento*, I. *Il costituito di debito*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*, 11, 1937, 83 ss. Sull'evoluzione dell'istituto, con particolare riguardo al contenuto dell'obbligazione *de sorte*, si veda anche M. VARVARO, *Sulla storia dell'editto 'De pecunia constituta'*, in *AUPA*, 52, 2007-2008, 327 ss. (anche in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009, 829 ss.).

più in profondità al tema della possibilità di concludere *constitutum per litteras*.

2. *Luci preliminari dal contesto del Tit. 13.5 per l’interpretazione di Scaev. 1 resp. D. 13.5.26*

La predetta importanza dell’elemento del *dies* è indubitabile nella disciplina della *pecunia constituta* tra la tarda Repubblica e il Principato; tuttavia, per accostarsi all’esegesi di Scaev. D. 13.5.26, non si possono tralasciare almeno due considerazioni: la natura di *constitutum debiti alieni* della fattispecie in esame (per come risulta dal dettato del Digesto) e l’evoluzione diacronica dell’istituto. Infatti, l’essenzialità dell’apposizione del *dies intra quem* manifesta il suo valore e la sua funzionalità – e sta verisimilmente all’origine storica del negozio – nel caso del *constitutum debiti proprii* non del *constitutum debiti alieni*. Con il costituito del debito proprio le parti potevano, invero, rafforzare l’adempimento dell’obbligazione principale e superare la stringenza dell’azione con formula *stricti iuris* esperibile *de sorte*, formula che non avrebbe tenuto in considerazione gli interessi delle parti stesse circa il tempo dell’adempimento²⁷. Ma se tali aspetti sono decisivi per il *constitutum debiti proprii* e sono collegati alle dinamiche del processo formulare, per il *constitutum debiti alieni* è l’aspetto di garanzia personale dell’obbligazione altrui a venire in gioco²⁸, specialmente quando – può ritenersi almeno dalla seconda metà del III sec. d.C.²⁹ – è questa seconda

²⁷ Questi aspetti si colgono chiaramente da Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.3.2 (frammento significativo in cui Ulpiano menziona le opinioni di Labeone e Sesto Pedio); cfr. P. COSTA, ‘*Pecunia*’, cit., 147 ss.

²⁸ Cfr. per tutti P. FREZZA, *Le garanzie*, I, cit., 229 ss.

²⁹ L’unico intervento normativo pregiustiniano pervenuto sull’istituto è C. 4.18.1. Il provvedimento riguarda il *constitutum debiti alieni* e prevede l’ereditarietà dell’*actio de pecunia constituta*, che manifesta così il proprio carattere ormai reipersecutorio e non più penale: GORD. A. FELICI. *Si pro alieno debito te soluturum constituisti, pecuniae constitutae actio non solum adversus te, sed etiam adversus heredes tuos perpetuo competit.* D. VII K. IUL. SIRMI CC. CONSS. (a. 294).

forma dell’istituto a prevalere³⁰. È altresì questo il periodo in cui la dottrina maggioritaria colloca la più stretta contiguità tra il *receptum* e il *constitutum debiti (alieni)*, i quali sembrano differenziarsi precipuamente per la natura professionale e per l’astrattezza del primo rispetto al secondo più che per ragioni riguardanti la forma della convenzione³¹.

C’è ancora un elemento che complica la questione. Benché sia il *constitutum debiti alieni* al centro dell’attenzione di Giustiniano – e, infatti, solo di tale negozio (e non del *constitutum debiti proprii*) si tratta anche nelle Novelle e in alcuni editti³² e questo solo sopravviverà nel diritto intermedio³³ –, l’istituto deve essere stato ben poco discusso nelle opere dei giuristi, dal momento che a esso si fa cenno in scarsi luoghi del Tit. 13.5, quando – è una congettura ragionevole di Bolte³⁴ – si può pensare che, se i compilatori avessero avuto a disposizione materiale su una figura giuridica di interesse più attuale, verisimilmente lo avrebbero inserito. Di questi pochi frammenti si deve, dunque, ora tener conto. In particolare, richiamo gli esigui riferimenti al *constitutum debiti alieni*

³⁰ Sull’evoluzione del *constitutum debiti alieni*, cfr. T. BOLTE, ‘*Pecunia*’, cit., 352 ss., 365 ss., cui rinvio per i riferimenti bibliografici. Sul tema si ritornerà più avanti.

³¹ Cfr., da ultimo, T. BOLTE, ‘*Pecunia*’, cit., 68 ss. Specificamente su come vada intesa l’autonomia della garanzia da *receptum*, da ultimo, cfr. F. FASOLINO, *Aspetti giuridici dell’attività bancaria a Roma*, Napoli, 2019, 41 ss.

³² Su questi provvedimenti, da ultimo, cfr. F. FASOLINO, *Aspetti*, cit., 71 ss.; F. MATTIOLI, *Giustiniano*, cit., 15 ss.; M. PEDONE, ‘*Per argentarium*’, cit., 109 ss.

³³ Tra i glossatori si deve ad Azzone da Bologna l’inserimento della *pecunia constituta* fra i *pacta nuda* che generano un’azione; cfr. R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale nel diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano, 2001, 157 ss. Un impiego del nostro istituto che sembra aver avuto particolare utilità nel diritto intermedio è quello del costituito di debito naturale, dal quale sorse la figura del *pactum geminatum*, che consentiva di accordare indirettamente l’azionabilità a un’obbligazione naturale, in esso dedotta, che altrimenti ne sarebbe stata priva; cfr. G. ASTUTI, ‘*Pactum geminatum*’, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta per il XL anno del suo insegnamento*, Milano, 1939, 219 ss., ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, II, Napoli, 1984, 1071 ss.; A. D’ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, I. *Profilo storico e comparativo*, Torino, 1992, 125 ss.

³⁴ Cfr. T. BOLTE, ‘*Pecunia*’, cit., 352.

prestato da soggetti che non abbiano un legame personale particolare con il debitore principale³⁵.

Se si escludono Paul. 13 *ad ed.* D. 13.5.12, Ulp. 14 *ad ed.* D. 13.5.27 e Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 13.5.28 – che la dottrina pressoché unanime ritiene pertenerne originariamente alla materia del *receptum* –, restano nel Tit. 13.5 pochi frammenti che si riferiscono al *constitutum debiti alieni*: tre consequenziali nel blocco Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.5.2-4, inoltre Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.11 pr., e, infine, Marcell. *l. sing. resp.* D. 13.5.24.

Ulp. D. 13.5.5.4³⁶ si può subito pretermettere, dacché semplicemente Ulpiano riporta in modo adesivo l’opinione di Pomponio circa l’invalidità del *constitutum* avente per oggetto l’adempimento da compiersi da parte di un terzo: tale promessa del fatto altrui non produce effetti, mentre si ribadisce, in via generale, la possibilità di un *constitutum pro alio*. Nella fattispecie di Ulp. D. 13.5.5.4 intervengono sì tre soggetti, come nel *constitutum debiti alieni*, ma a differenza di questo caso, il *constituens* non s’impegna ad adempiere un debito altrui, bensì a che sia un terzo a *solvere* la sua obbligazione e ciò in contrasto con il principio dell’invalidità dell’*alienum factum promittere*, che dispiega la propria operatività anche in fattispecie – *lato sensu* – promissorie diverse dalla *stipulatio*³⁷. Non si può sostenere che Pomponio ignorasse le esigenze della prassi a soddisfacimento delle quali era rivolta la promessa del fatto altrui³⁸, ma

³⁵ Per brevità non analizzo alcuni casi in cui si incontrano *constituta debiti alieni*, nei quali il costituente *pro alio* è il *tutor pupilli*, l’*actor municipii* o il *curator furiosi* (Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.5.8), o il *pater familias* (Iul. 11 *dig.* D. 13.5.2), perché non direttamente rilevanti per i nostri scopi ermeneutici. Mi soffermerò invece lungamente su Marcel. D. 13.5.24, ove ancora si trova un tutore, per la particolarità della presenza di un’*epistula*.

³⁶ Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.5.4: *Sed si quis constituerit alium soluturum, non se pro alio, non tenetur: et ita Pomponius libro octavo scribit.*

³⁷ Cfr. J. COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy, 1957, 191; A. SANGUINETTI, *La promessa del fatto altrui nella riflessione dei giuristi romani*, in *SDHI*, 65, 1999, 190.

³⁸ Così E. STOLFI, *Studi sui ‘Libri ad edictum’ di Pomponio*, II. *Contesti e pensiero*, Napoli, 2002, 171; v. anche A. BURDESE, *Promesse del fatto altrui e stipulazioni a favore di terzi*, in *Labeo*, 3, 1957, 380 ss.

l'ammissione, nel caso di specie, di un costituito siffatto avrebbe comportato un *vulnus* ai caratteri ontologici e teleologici dell'istituto.

Anche Ulp. D. 13.5.5.2³⁹, nella parte che riguarda il *constitutum debiti alieni*, null'altro afferma se non la possibilità della conclusione di tale negozio – in modo pianamente coerente con l'icastica formulazione di Paul. Sent. 2.2.1⁴⁰ –, e la necessità del vincolo di accessorietà con l'obbligazione fondamentale⁴¹. La necessità di questo vincolo era considerata inderogabile dall'editto (che non fa distinzione tra i due tipi di *constitutum*)⁴² e rimarrà l'elemento discreetivo rispetto al *receptum* finanche nella costituzione giustiniana di riforma.

Decisamente più fecondo ai nostri fini è il richiamo di Ulp. D. 13.5.5.3:

Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.5.3: *Julianus quoque libro undecimo scribit: Titius epistulam ad me talem emisit: 'Scripsi me secundum mandatum Seii, si quid tibi debitum adprobatum erit me tibi cauturum et soluturum sine controversia'. Tenetur Titius de constituta pecunia.*

La fattispecie è la seguente: Tizio ha inviato una lettera⁴³ a un soggetto (il creditore di Seio), nella quale dichiara di aver ricevuto da Seio mandato a impegnarsi a garantire e ad adempiere in futuro al creditore (destinatario della lettera) per il debito che Seio aveva nei confronti di quest'ultimo, nei limiti e per la quantità in cui il debito sarà provato

³⁹ Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.5.2: *Quod exigimus, ut sit debitum quod constituitur, in rem exactum est, non utique ut is cui constituitur creditor sit nam et quod ego debeo tu constituendo teneberis, et quod tibi debetur si mihi constituatur, debetur.*

⁴⁰ Paul. Sent. 2.2.1: *Si id, quod mihi L. Titius debet, soluturum te constituas, teneris actione pecuniae constitutae.*

⁴¹ Tale requisito veniva inteso in modo oggettivo (*in rem*), non soggettivo, infatti non era necessario che le parti del *constitutum* fossero anche le parti dell'obbligazione principale; cfr. T. BOLTE, 'Pecunia', cit., 248.

⁴² Cfr. T. BOLTE, 'Pecunia', cit., 125, nt. 462.

⁴³ Scevola (cf. Scaev. 2 *reg.* D. 38.4.7) distingue, nelle sue *Regulae*, l'*epistula*, la *testatio* e il *chirographum*. Mentre la *testatio* è una registrazione oggettiva dell'accaduto, l'*epistula* e il *chirographum* sono dichiarazioni soggettive del debitore; cfr. J. PLATSCHEK, *Das Edikt*, cit., 156.

essere esistente. Giuliano (citato da Ulpiano) afferma che, per aver inviato una lettera siffatta, in caso di inadempimento, si sarebbe potuta esperire contro Tizio un’*actio de pecunia constituta*.

Il testo presenta diversi nodi esegetici⁴⁴, i più rilevanti dei quali riguardano la possibilità di dedurre in *constitutum* la prestazione di garanzie in aggiunta all’adempimento e l’atteggiarsi della responsabilità assunta con il negozio in esame, essendo concluso in forza di un *mandatum*. Per questi profili rinvio ai recenti studi di Platschek e Bolte⁴⁵. Voglio, invece, focalizzare l’attenzione su un aspetto che si può considerare preliminare e che è quello tangente al nostro tema.

Come in Scaev. D. 13.5.26, s’incontra qui una lettera contenente una dichiarazione che, secondo l’opinione di Giuliano cui Ulpiano aderisce, è idonea a generare una situazione di vincolo azionabile *de constituta pecunia* (ricorrendo le condizioni indicate nella dichiarazione). Che quella descritta sia una possibile modalità genetica del *constitutum* e che con una siffatta dichiarazione sia sufficientemente determinato l’oggetto del negozio è stato messo in dubbio da Beseler, Philippin, Astuti, Roussier, La Rosa⁴⁶. In particolare, gli ultimi due studiosi ritengono la mancanza dell’*adiectio diei* non ammissibile in un passo che dovrebbe presentare gli elementi essenziali del vincolo obbligatorio in questione. Tale posizione è stata sottoposta a critiche da Serangeli, in un contributo sul ruolo delle *epistulae* nella conclusione dei negozi giuridici⁴⁷. Egli richiama l’opinione

⁴⁴ Per i sospetti di interpolazioni, da ultimo, cfr. J. PLATSCHKEK, *Das Edikt*, cit., 156 s., il quale nega un rimaneggiamento sostanziale del testo.

⁴⁵ Cfr. J. PLATSCHKEK, *Das Edikt*, cit., 156 ss.; T. BOLTE, ‘*Pecunia*’, cit., 174 ss. Si veda anche A. WACKE, *Kannte das Edikt eine ‘in integrum restitutio propter dolum?’*, in *ZSS*, 88, 1971, 110.

⁴⁶ Cfr. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 260; A. PHILIPPIN, *Le pacte de constitut. ‘Actio de pecunia constituta’*, Paris, 1929, 76; G. ASTUTI, *Studi*, II, cit., 238; J. ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 139, nt. 3; F. LA ROSA, *Il formalismo*, cit., 205 ss.

⁴⁷ Cfr. S. SERANGELI, ‘*Epistulae*’ e ‘*negotia*’ nel diritto romano classico (II): ‘*obligationes*’, in *Opuscola*, 2, 2001, 16 ss. Non si dimentichi che, nonostante le proprie riserve sulla ‘classicità’ della disciplina, già G. ASTUTI, *Studi*, II, cit., 15, citava Ulp. D. 13.5.5.3; Marcel. D. 13.5.24; Scaev. D. 13.5.26; Scaev. D. 13.5.31 come esempi della possibilità di concludere il *constitutum*, informalmente, mediante un’*epistula*.

di Frezza⁴⁸, che spiegava la mancanza del *dies solutionis* con la circostanza che qui trattasi di un *constitutum debiti alieni*, per il quale minore era l'esigenza di confortare l'affidamento del creditore rispetto a quella che si riscontrava nelle circostanze del *constitutum debiti proprii* (per il quale invece è pacifica la necessità, nel diritto 'classico', della presenza del *dies*). Sulla configurazione del costituito di debito altrui avrebbe poi, nel tempo, reagito lo schema strutturale delle altre garanzie personali (*sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio*, *mandatum pecuniae credendae*), che non richiedevano l'*adiectio diei*. Sul punto si pronuncia anche Platschek⁴⁹, il quale riconosce, probabilmente a ragione, nella posizione della La Rosa, la fallacia della *petitio principii*: una volta congetturata l'essenzialità della menzione del *dies* in qualsivoglia *constitutum*, se ne denuncia qui l'assenza.

Sul piano generale ribadisco che pare anche a me indubitabile la centralità del *dies* nell'ontologia e nell'origine storica del negozio, ma, come più volte detto, essa si manifesta chiaramente nel caso di *constitutum debiti proprii* e in relazione alla configurazione del processo formulare. In ogni caso, qui mi sembra *de plano* ammissibile l'assenza dell'apposizione del termine (anche per il diritto del Principato), non solo e non tanto perché è a tema un *constitutum debiti alieni*, ma perché l'assunzione dell'impegno è condizionata dalla prova dell'esistenza del debito. Serangeli ricorda che il rapporto tra *condicio* e *constitutum* non è privo di problemi⁵⁰, e scrive che in questo passo «essendo incerti l'esistenza del credito ed il suo ammontare Tizio si dichiara *pure*⁵¹ *constituens debiti alieni* nei confronti della somma che risulterà dovuta dal mandante e se ed in quanto, ovviamente, il debito verrà dal destinatario dell'*epistula* provato, con la conseguenza, nella lettera espressa, che non sarà dato al *constituens* opporre al creditore questione alcuna una volta dimostrati esistenza ed

⁴⁸ Cfr. P. FREZZA, *Questioni esegetiche e sistematiche in materia di 'constitutum debiti'*, in *Studi in memoria di G.B. Funaioli*, Milano, 1961, 703 ss., ora in in *Scritti*, II, a cura di F. Amarelli e E. Germino, Romae, 2000, 319 ss.; ID., *Le garanzie*, cit., 232 ss.

⁴⁹ Cfr. J. PLATSCHEK, *Das Edikt*, cit., 157.

⁵⁰ Mi permetto di richiamare le considerazioni che ho svolto in P. COSTA, *Pecunia*, cit., 215 ss.

⁵¹ Cioè in modo non condizionato: la formulazione di Serangeli non è invera del tutto perspicua, poiché una forma di condizione in effetti ricorre, come si vedrà immediatamente dappresso.

ammontare del credito»⁵². A ben guardare, siamo più precisamente dinanzi a un costituito *sub condicione* di un debito puro. La promessa investe, infatti, un *dies incertus*, ma determinabile in forza di un dato oggettivamente accertabile: il giudice, per verificare il *non fecisse quod constituit* di Tizio (secondo il dettato della formula⁵³), deve prima acclarare se da Seio sia stata prodotta al convenuto la prova della sussistenza del debito e se, in séguito, quest’ultimo non abbia promesso o pagato⁵⁴. Se si esamina attentamente il frammento, si coglie come qui venga in rilievo non l’elemento dell’*adiectio diei*, bensì un altro fattore decisivo nella fisiologia del *constitutum*, e come sia questo il motivo della collocazione del passo immediatamente dopo Ulp. D. 13.5.5.2⁵⁵ (cui si collega con *quoque* per addurre l’autorità di Giuliano). Si tratta del vincolo di accessorietà con l’*obligatio de sorte*, vincolo da valutarsi oggettivamente e non soggettivamente⁵⁶; questo vincolo è così necessario che, non sussistendo l’obbligazione principale, non si potrebbe dare l’obbligazione da costituito.

Ai nostri fini, è utile perciò trattenere tre dati: già in età adriano-antonina – a pena di non attribuire valore alla menzione di Giuliano – si può dedurre in *constitutum* un *debitum alienum* mediante una dichiarazione informale riversata in un’*epistula*⁵⁷; anche il *constitutum debiti alieni* è accessorio all’obbligazione principale e non astratto (a differenza del *receptum*); nel caso d’incertezza su tale obbligazione principale l’impegno dispiega la propria efficacia solo se e quando sia stata sciolta questa incertezza e, in un caso del genere, il *dies* pacificamente non accede.

L’anzidetto rilievo dell’accessorietà oggettiva per il *constitutum debiti alieni* trova conferma anche in Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.11 pr.⁵⁸. Una volta

⁵² S. SERANGELI, ‘*Epistulae*’, cit., 19.

⁵³ Cfr. P. COSTA, ‘*Pecunia*’, cit., 135 ss.

⁵⁴ Cfr. J. PLATSCHEK, *Das Edikt*, cit., 160

⁵⁵ Cfr. T. BOLTE, ‘*Pecunia*’, cit., 175.

⁵⁶ Si trova *in rem* nel fr. 2 e si trova il participio passivo nel fr. 3.

⁵⁷ Così J. PLATSCHEK, *Das Edikt*, cit., 7: «Durch seine formlose Erklärung kommt Titius dabei in die Stellung eines Garanten».

⁵⁸ Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.11 pr.: *Hactenus igitur constitutum valebit, si quod constituitur debitum sit, etiamsi nullus apparet, qui interim debeat: ut puta si ante aditam hereditatem debitoris vel capto*

che si fossero integrati i requisiti oggettivi di esistenza del debito da costituirsi (la natura di obbligazione pecuniaria e la sua azionabilità), il *constitutum* sarebbe stato valido, anche nel caso di dubbi circa l'identificabilità del debitore principale, o perché fosse morto e la sua eredità fosse ancora giacente, o perché fosse *captus ab hostibus*. Il costituito era ritenuto valido perché era rispettato il vincolo di accessorietà: infatti il *debitum alienum* non si era estinto e il dubbio su chi ne fosse titolare si sarebbe comunque prima o poi sciolto, ad es. per l'*aditio hereditatis* o *iure postliminii*⁵⁹.

3. L' 'epistula Titii' in Marcel. l. sing. resp. D. 13.5.24: un'ipotesi di 'confessione stragiudiziale'?

Si propone ora all'attenzione un altro frammento, piuttosto intricato, ma per diversi aspetti significativo ai nostri fini:

Marcel. l. sing. resp. D. 13.5.24: *Titius Seio epistulam emisit in haec verba: 'remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo idibus Maiis probos: quod si ad diem supra scriptum non dedero, tunc dare debebo usuras tot'. Quaero, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit. Marcellus respondit, si intercessisset stipulatio, successisse. Item quaero, an, si non successisset, de constituta teneatur. Marcellus respondit in sortem teneri: est enim humanior et utilior ista interpretatio.*

Delineare con precisione i tratti specifici della fattispecie concreta è gravoso e ha dato luogo a notevoli divergenze esegetiche: un lavoro ricostruttivo utile per chiarire alcuni profili controversi è stato svolto da Zülch⁶⁰ in seno a un'analisi più generale del *liber singularis responsorum* di Marcello⁶¹ da cui il frammento è escerpito.

eo ab hostibus constituat quis se soluturum: nam et Pomponius scribit valere constitutum, quoniam debita pecunia constituta est.

⁵⁹ Sul frammento cfr. E. STOLFI, *Studi*, cit., ove copiosa bibliografia.

⁶⁰ Cfr. C. ZÜLCH, *Der 'liber singularis responsorum' des Ulpianus Marcellus*, Berlin, 2001, 49 ss.

⁶¹ Sull'opera di Ulpio Marcello, si vedano le autorevoli pagine di H. ANKUM, *Le juriste romain classique Ulpianus Marcellus: sa vie et ses œuvres*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto*

In breve: Tizio riconosce, redigendo, e forse anche inviando⁶², un’*epistula*, di avere presso di sé una somma rappresentante il residuo di un credito vantato da Seio, in forza di un imprecisato contratto⁶³, nei confronti dei pupilli di Tizio. Tizio afferma che questa somma dovrà essere restituita alle idi di maggio⁶⁴ e che, se tale termine decorrerà inutilmente, egli sarà tenuto anche a corrispondere un certo importo di interessi. La prima domanda posta al giurista è se *hac cautione* Tizio succeda ai suoi pupilli come debitore: Marcello risponde che tale successione si verificherebbe se fosse intercorsa una precedente *stipulatio* (novatoria)⁶⁵ che la prevedesse. La seconda questione è se, in assenza di successione, Tizio sia tenuto per *constitutum (debiti alieni)*: Marcello risponde che è tenuto solo limitatamente alla *sors* (e non anche per gli interessi) e che tale interpretazione è più conforme a equità e giuridicamente più conveniente.

Cannata, a cura di R. Ruedin, Bâle-Genève-Munich, 1999, 125 ss.; ID., *Quelques observations sur la methode et les opinions juridiques d’Ulpianus Marcellus*, in *Au-dela des frontieres. Mélanges de droit romain offerts a Witold Wolodkiewicz*, Warszawa, 2000, 17 ss.

⁶² Per l’ambiguo uso linguistico di *emittere*, che è frequente nella giurisprudenza del Principato e che può significare sia ‘inviare’ sia semplicemente ‘redigere’, cfr. G.G. ARCHI, *Studi sulla ‘stipulatio’*, I. *La ‘querella non numeratae pecuniae’*, Milano, 1938, ora in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, 635, nt. 20; M.R. CIMMA, ‘*De non numerata pecunia*’, Milano, 1984, 49, nt. 127; C. ZÜLCH, *Der ‘liber’*, cit., 50, nt. 8, ove richiama anche Scaev. 1 *dig.* D. 2.14.47.1: *instrumentum a te emissum, id est scriptum...* Si noti anche l’impiego del verbo *emittere* legato al sostantivo *cautio*: S. RICCOBONO, ‘*Stipulatio*’ ed ‘*instrumentum*’ nel diritto giustiniano’, in *ZSS*, 43, 1922, 320, all’interno della sua lettura dei rapporti tra *cautio* e *stipulatio*, su cui ci si soffermerà *infra*, considerava la terminologia *cautionem emittere* di sicura formazione giustiniana, ma Archi (G.G. ARCHI, *Studi*, cit., 635 nt. 20) ne salva la ‘classicità’ attribuendo a *cautio* il significato di documento scritto, che come si dirà, è lo stesso che ricorre anche nel frammento di Marcello in commento.

⁶³ Probabilmente si tratta di un contratto di mutuo, essendosi ingenerato l’obbligo di restituzione in riferimento ai *nummi*. Noto solo che B. ALBANESE, *Per la storia del ‘creditum’*, in *AUPA*, 32, 1971, 148, nt. 97, sostiene, ma senza ulteriori argomentazioni, che la parola *creditum* sia qui probabilmente usata senza specifico riferimento al mutuo.

⁶⁴ A differenza di Ulp. D. 13.5.5.3, in questa *epistula* il termine è indicato persino con l’indicazione del giorno del calendario.

⁶⁵ Cfr. J. PLATSCHEK, *Das Edikt*, cit., 7.

Affrontiamo analiticamente la lettura del frammento che imporrà di attardarci su un poliedro di aspetti. Tizio era tutore di alcuni pupilli che hanno concluso un contratto valido ed efficace, per il perfezionamento del quale deve ritenersi che vi fosse stata l'*auctoritatis interpositio* del tutore. In base a tale contratto, sui pupilli gravava un obbligo di restituzione di una somma e di tale ammontare rimasero *quingenta*⁶⁶ (si precisa *probos*⁶⁷) presso Tizio⁶⁸. Quest'ultimo afferma che dovrà effettuare il pagamento dell'ammontare rimasto presso di lui alle idi di Maggio. Non è precisato se questo termine di restituzione sia stato concordato e in quale modo; benché in dottrina alcuni ravvisino la possibilità di un riferimento implicito a un *pactum de non petendo*, ritengo che si tratti della normale *adiectio diei* del *constitutum*, la quale interviene a limitare l'assunzione di debito impedendo che il costituente possa essere subito convenuto per l'adempimento. Tizio riconosce (e assume) come proprio il debito dei pupilli utilizzando il futuro *debebo*, ma tale riconoscimento è giustapposto alla precisazione *ex credito tuo ex contractu pupillorum meorum*, che, ponendo in risalto l'estraneità del debito, consente di rilevare come Tizio voglia prendere su di sé il debito dei pupilli, in quanto esposto nel rapporto interno dalla giacenza della somma presso di lui, ponendosi come debitore in luogo di costoro. Ciò ben si evidenzia dalla *quaestio* immediatamente successiva: *quaero, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit*.

⁶⁶ Scilicet: *nummos*.

⁶⁷ Si deve qui ricordare l'attività di *probatio nummorum*, cioè di verifica delle monete usate negli affari tra privati, svolta dagli *argentarii* fin dall'età più antica e come tale attività conservi importanza anche nel II e III sec. d.C. come si evince da testimonianze giuridiche (Afr. 8 *quaest.* D. 46.3.39; Paul. 3 *quaest.* D. 12.1.40) ed epigrafiche (le tavolette di Transilvania in FIRA, III, 394); cfr. A. PETRUCCI, '*Mensam*', cit., 264 ss., 287. Il fatto che tale attività fosse svolta dagli *argentarii* non impone naturalmente che nel frammento in esame si tratti di un *argentarius*.

⁶⁸ C. ZÜLCH, *Der 'liber'*, cit., 50, sottolinea la difficoltà nel motivare perché Tizio utilizzi il verbo *remanere* invece, ad esempio, del verbo *habere* e, tra le ipotesi, propone quella che la tutela fosse finita e che Tizio avesse trattenuto la somma in questione per il saldo del debito pupillare, sorto durante la tutela, o che semplicemente si tratti di un importo non restituito e quindi 'rimasto' nel senso concreto presso Tizio.

Tizio dichiara poi che, se non avrà pagato entro il termine fissato, sarà anche debitore di *usurae tot.* Tale promessa di interessi per il caso in cui non sia stata eseguita la prestazione nei termini non era rara nella prassi contrattuale, ma normalmente era contenuta o in una *stipulatio usurarum* o almeno in un *pactum*, che non faceva sorgere azione, ma comportava che il pagamento spontaneo da parte del debitore delle *usurae* semplicemente pattuite le rendesse non ripetibili, con *soluti retentio* a favore del creditore⁶⁹. Nella nostra fattispecie, tuttavia, non è configurabile un patto, né si possono ricondurre tali interessi entro la categoria delle *usurae ex mora*⁷⁰, che sono una forma di *usurae* c.d. *officio iudicis*, riconosciute inizialmente nel campo dei rapporti da cui scaturivano giudizi di buona fede⁷¹ e poi nelle situazioni di ritardo nell’adempimento di un fedecommesso⁷² o di una *pollicitatio*⁷³, o nel caso dell’*actio ex testamento* concessa all’onorato di un legato *sinendi modo*⁷⁴ o dell’*actio familiae erciscundae* spettante a un coerede⁷⁵, e altresì, in generale,

⁶⁹ Cfr. V. DE VILLA, *Le ‘usurae ex pacto’ nel diritto romano*, Roma, 1937, 38 ss.; G. CERVENCA, *Contributi allo studio delle ‘usurae’ c.d. legali nel diritto romano*, Milano, 1969; ID., voce *Usura (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 45, Milano, 1992, 1129; A. CHERCHI, *Ricerche sulle ‘usurae’ convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, 2012, 1 ss., 39 ss. La non imputabilità al capitale delle *usurae ex pacto* che siano stata spontaneamente pagate e la non ripetibilità delle stesse derivano dal fatto che l’adempimento di un patto integri un dovere morale, come emerge anche da un rescritto di Settimio Severo e Caracalla (C. 4.32.3, a. 200). Ciò muoverà i compilatori giustinianeî a configurarlo come un’*obligatio naturalis* (cfr. A. BURDESE, *La nozione classica di ‘naturalis obligatio’*, Torino, 1955, 132 ss.; G. LONGO, *Ricerche sull’ ‘obligatio naturalis’*, Milano, 1962, 232 ss.).

⁷⁰ Cfr. G. CERVENCA, voce *Usura*, cit., 1130.

⁷¹ Il frammento più risalente sul tema è riconducibile a Labeone e si riferisce al contratto di società: Pomp. 13 *ad Sab.* D. 17.2.60 pr.; cfr. S. RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, in *AUPA*, 29, 1962, 208 ss.

⁷² Cfr. Gai 2.280, su cui cfr. G. CERVENCA, *A proposito di Gai 2, 163 e 2, 280*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio romanistico Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1967, 25 ss.; V. GIODICE-SABBATELLI, *Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommessi*, in *‘Sodalitas’. Scritti in onore di A. Guarino*, V, Napoli, 1984, 2131 ss.

⁷³ Cfr. Ulp. *l. sing. de off. curat. rei publ.* D. 50.12.1 pr.

⁷⁴ Cfr. Gai 2.280.

⁷⁵ Cfr. Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.18.3.

in azioni di stretto diritto in cui la formula avesse un’*intentio* incerta⁷⁶. Qui si tratta di un impegno unilaterale a pagare le *usuræ* che il giurista ritiene insufficiente a vincolare Tizio⁷⁷. Può, perciò, ritenersi che, se fossero state pagate, si sarebbero dovute imputare al capitale e quindi fossero da restituire una volta oltrepassato l’ammontare di quest’ultimo, in conformità alle soluzioni giuridiche suggerite in altri casi di pagamento di *usuræ indebitæ*⁷⁸. Ribadisco, per sottolineare le divergenze nelle modalità di conclusione dei negozi, che Tizio avrebbe potuto impegnarsi per le *usuræ* solo con una promessa in forma stipulativa; e ciò non è possibile in una lettera, in piena coerenza con la regolamentazione ‘classica’, mentre vedremo che la dichiarazione scritta sarà considerata sufficiente per il sorgere della responsabilità da *constitutum*. S’appalesa evidentemente come sussista una differenza ontologica tra la *stipulatio* e il *constitutum*, che andrà a evanescenza solo nel periodo tardoantico⁷⁹.

Si noti che i pupilli non erano originariamente debitori per gli interessi e che quindi è volontà di Tizio obbligarsi a ciò: se ne avrà conferma nel responso di Marcello, laddove affermerà che Tizio è tenuto *de constituta* solo *in sortem*, proprio perché l’obbligo di interessi non gravava in capo ai pupilli, in conformità al principio per cui l’obbligazione *ex constituto* non può, in genere, essere *in duriorem causam*, né superare l’importo della *sors debita*, cui nel caso si riduce⁸⁰. Pertanto, anche questo aspetto è pienamente coerente con la disciplina tipica del costituito.

Un passo indietro: la prima *quaestio* posta al giurista è se Tizio sia subentrato (come forse era tra i suoi intendimenti) ai pupilli *hac cautione* e cioè tramite la dichiarazione contenuta nell’*epistula*. Nel frammento si trova l’espressione *in locum pupillorum ... reus successerit*, che, come sottolinea Zülch⁸¹, è inusuale e attestata solo nel passo in oggetto nel

⁷⁶ Cfr. Afr. 3 *quaest.* D. 46.6.10; Ulp. 79 *ad ed.* D. 36.3.1.13.

⁷⁷ Da ultimo, cfr. T. BOLTE, ‘*Pecunia*’, cit., 196 s., ove discussione della letteratura precedente.

⁷⁸ Cfr. Ulp. 26 *ad ed.* D. 16.6.26 pr.; Scaev. 5 *resp.* D. 46.3.102.3; Paul. Sent. 2.14.2.

⁷⁹ Cfr. J. PLATSCHEK, *Das Edikt*, cit., 7 s., 132.

⁸⁰ Cfr. G. ASTUTI, *Studi*, II, cit., 48 e nt. 5; T. BOLTE, ‘*Pecunia*’, cit., 220.

⁸¹ Cfr. C. ZÜLCH, *Der ‘liber’*, cit., 52.

significato di «subentrare a qualcuno in un debito», essendo assai più frequente⁸², a indicare la successione particolare o universale, la più semplice locuzione *in locum alicuius succedere*, senza l’inserzione del vocabolo *reus*. Ora tale espressione atecnica non deve considerarsi imprecisa perché qui l’assunzione di debito non si verifica con lo strumento ordinario, cioè con una cd. *expromissio*⁸³, né con alcun’altra forma di *stipulatio* novatoria e ciò fa pensare, in effetti, che l’unica forma di ‘successione’ astrattamente ipotizzabile, e sulla cui sussistenza si sarebbe potuto far questione al giurista, sia quella sul piano processuale (convenire Tizio anziché i pupilli), e ciò spiegherebbe il ricorso al termine *reus*.

Emerge poi il problema del significato del termine *cautio*, che è stato affrontato da Archi⁸⁴, muovendo dall’esame di alcune costituzioni del III sec. d.C.⁸⁵ in materia di *exceptio non numeratae pecuniae*, nelle quali tale termine ricorre e che dal Riccobono⁸⁶ erano state considerate rimaneggiate sul punto dai giustiniani. Secondo Riccobono per i compilatori il significato di *cautio* avrebbe avuto una flessione semantica, compiendosi la *stipulatio* con la scrittura, e sarebbe passato a indicare generalmente l’atto della redazione e consegna del documento attestante e generante il sorgere dell’obbligazione, e perciò, laddove si incontra *ex cautione* o espressioni equivalenti, si dovrebbe il più delle volte intendere *ex stipulatione*. Archi non accoglie *in toto* tale lettura, ma precisa che, verso la fine del Principato, il lessema poteva indicare sia la *stipulatio*, sia un documento o una scrittura riguardanti il sorgere o l’estinguersi di rapporti giuridici. Archi invita, specialmente nella lettura di passi in cui si fa riferimento a vincoli obbligatori, a muoversi prudentemente, partendo dalla considerazione del verbo da cui dipende il sostantivo

⁸² Cfr. Paul. 3 *quaest.* D. 20.4.16; Scaev. 6 *quaest.*; D. 28.2.29.14; Ulp. 67 *ad ed.* D. 43.3.1.13; Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.19.3.2.

⁸³ Cfr. T. BOLTE, ‘*Pecunia*’, cit., 249, nt. 1055.

⁸⁴ Cfr. G.G. ARCHI, *Studi*, cit., 608 s., 633, nt. 20.

⁸⁵ Cfr. C. 4.30. 2 (*Imp. Antoninus A. Maturio*, a. 213), 3 (*Imp. Antoninus A. Demetriae*, a. 215), 4 (*Imp. Antoninus A. Basso*); 8 (*Imp. Alexander A. Materno*, a. 228).

⁸⁶ Cfr. S. RICCOBONO, ‘*Stipulatio*’ ed ‘*instrumentum*’ nel diritto giustiniano, in *ZSS*, 35, 1914, 217, nt. 2; e in *ZSS*, 43, 1922, 318 ss.

cautio: in tal modo si verificherà, nel caso concreto⁸⁷, se il termine valga ‘*stipulatio*’ o semplicemente ‘documento’. Nel nostro frammento, come anche altrove⁸⁸, mi pare si possa escludere che l’uso di *cautio* surroggi quello di *stipulatio*, tanto più che nella prosecuzione del testo si nega che proprio tale contratto sia intercorso. Pertanto, non dovrebbe individuarsi qui un’interpolazione, ma si può affermare che il lessema indichi propriamente il riconoscimento scritto di un debito, non un documento attestante un accordo. A tema non è, infatti, la questione dell’efficacia probatoria di un documento, neppure se si trattasse dell’attestazione di un debito altrimenti sorto; bensì ci si accosta a un documento, redatto *in absentia* del creditore⁸⁹ e senza alcun vincolo pregresso tra il dichiarante e l’altra parte. Il problema è la determinazione dell’efficacia sostanziale della dichiarazione contenuta nell’*epistula*.

Il primo *responsum* di Marcello consiste stilisticamente in una risposta indiretta: tale elemento sintattico ha portato La Rosa⁹⁰ a censurare per *inconcinnitas* tutto il testo. Le incongruità intrinseche sarebbero tali da far dubitare della sua genuinità. Alla domanda precisa: *an Lucius Titius ... hac cautione reus successerit*, Marcello non risponde direttamente, ma aggiunge l’ulteriore elemento della *stipulatio*. Nondimeno, questa inserzione, pur affaticante il *ductus* argomentativo, è necessaria giuridicamente perché solo la *stipulatio* novatoria avrebbe consentito la successione nel lato

⁸⁷ Concorda sull’opportunità di tale modo casuistico di procedere, con attenzione al contesto in cui compare il termine *cautio*, M.R. CIMMA, ‘*De non numerata*’, cit., 49, nt. 127.

⁸⁸ Cfr. Mod. 2 *resp.* D. 2.14.35; Scaev. 1 *dig.* D. 2.14.47.1; cfr. N. SCAPINI, *La confessione*, cit., 218, nt. 53, 229, nt. 75.

⁸⁹ Si veda, per una *cautio* avente per oggetto l’accordo su un adempimento futuro, che può essere attestato proprio per lettera, ma che è efficace solo se concluso *inter praesentes*: Paul. 15 *resp.* D. 45.1.134.2. J.C. VAN OVEN, *La stipulation a-t-elle dégénéré?*, in TR, 26, 1958, 423, riconduceva tale fattispecie alla *stipulatio*, ma R. FEENSTRA, *L’epistula’ comme preuve d’une stipulation*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milano, 1962, 411, nt. 18, in modo più dubitativo, riteneva che con l’utilizzo del verbo *cavere* Paolo avesse voluto semplicemente riferirsi a un impegno scritto senza specificarne la natura giuridica. Sul passo cfr. anche M. R. CIMMA, ‘*De non numerata*’, cit., 21 s.

⁹⁰ Cfr. F. LA ROSA, *Il formalismo*, cit., 206 s.

passivo dell’obbligazione⁹¹ e perciò era opportuno introdurre questo elemento per fornire una risposta più precisa. Dal punto di vista sintattico, quanto al modo e al tempo del verbo adoperato nella proposizione oggettiva, si trova un infinito perfetto (*successisse*), che si collega al verbo della protasi espresso con il congiuntivo piuccheperfetto (*si intercessisset*). Ora, quantunque in generale una protasi siffatta potrebbe essere elemento di un periodo ipotetico sia della possibilità sia dell’irrealtà, è a questa seconda ipotesi che ci si deve rivolgere. Invero, già nella formulazione, la *quaestio* aveva fatto riferimento a una *cautio* – documento scritto, che, preso da solo, non poteva integrare una *stipulatio* –, con ciò escludendo che tale contratto sia stato interposto. Deve quindi qualificarsi come irreali l’ipotesi che sia intervenuta una *stipulatio*: il giurista, implicitamente⁹², nega che Tizio sia succeduto nel debito e richiama il meccanismo della *stipulatio*, in quanto esso sarebbe stato lo strumento cui ricorrere efficacemente per attuare la successione⁹³.

La seconda *quaestio* si presenta così: se Tizio non è subentrato ai pupilli come debitore, perché non c’è stata la *stipulatio*, è forse tenuto *de constituta (pecunia)*?

Anche qui La Rosa ha sottolineato l’*inconcinnitas* stilistica: mentre la protasi della prima *quaestio* è *si intercessisset*, la protasi della seconda,

⁹¹ In C. 8.41 (42).7 si legge: *Si solvere tibi pecuniam delegatus Eucarpus dare spondit vel debitum constituit...* Si tratta di un rescritto di Diocleziano in cui la fattispecie concreta è descritta in modo alternativo ipotizzando che si trattasse di una *stipulatio* o di un *constitutum*; da qui F. LA ROSA, *Il formalismo*, cit., 208, ipotizza un’interpolazione giustiniana che abbia forzatamente accostato i due istituti anche in Marcel. D. 13.5.24. In realtà, a differenza di quanto si trova nella costituzione giustiniana di riforma del *constitutum*, la *stipulatio* e il *constitutum* non si configurano *de facto* come identici per Marcello, perché per il giurista solo la prima conduce alla successione del promittente, mentre il secondo lo rende debitore, ma non lo surroga al debitore precedente, bensì a costui lo giustappone. Marcello distingue così nettamente le due operazioni negoziali secondo il loro effetto, e perciò non si può parlare di un’equiparazione che corrisponderebbe all’impostazione bizantina e che perciò autorizzerebbe l’individuazione di alterazioni testuali; cfr. T. BOLTE, *Pecunia*, cit., 179 s.

⁹² Tale forma indiretta di risposta negativa si trova anche in un altro passo del *liber singularis responsorum* di Marcello: D. 30.123 pr.-1.

⁹³ Cfr. C. ZÜLCH, *Der liber*, cit., 52 s.

conseguenziale alla prima, non è *si non intercessisset*, come prevedibile per la sistematicità del discorso, ma *si non successisset*. Ancora l’argomento dell’*inconcinntas* mi pare poco stringente: la risposta di Marcello non traligna da quanto precede, semplicemente sottintende un elemento; e ciò, se pur può ledere la simmetria stilistica del *responsum*, non ne mina la congruità e plausibilità⁹⁴. La *quaestio* ha il suo baricentro nella domanda sull’eventuale responsabilità di Tizio in forza dell’*actio de pecunia constituta*: ci troviamo dinanzi a un *constitutum debiti alieni*; Tizio, assumendo il debito dei pupilli unilateralmente e a fini di garanzia, si aggiungerebbe (senza sostituirli) ai debitori principali.

Alla domanda *an ... de constituta teneatur*, che si appunta sullo strumento processuale utilizzabile, Marcello non risponde indicando l’azione, ma l’ammontare di quanto dovuto, senza neppure fare riferimento alla scadenza del termine. Anche qui è stata sottolineata l’*inconcinntas* che vulnererebbe l’andamento del *responsum*, in quanto Marcello non risponde che Tizio è tenuto *de constituta*, come ci si aspetterebbe, ma indica subito che è tenuto nei limiti del capitale e che quindi Seio non può pretendere gli interessi di mora, pur promessi. Ai nostri fini non è questo il problema centrale, bensì lo è individuare come Marcello abbia potuto ricondurre la figura a una *pecunia constituta*. Più specificamente: come ha potuto il giurista concludere che una dichiarazione del tipo (*quingenta*)... *tibi reddere debebo* sia sufficiente per integrare il presupposto sostanziale dell’*intentio* dell’*actio* che suona *si paret*

⁹⁴ Si deve considerare che i casi concreti erano normalmente presentati in sintesi nei *Libri responsorum*; cfr. A. GUARINO, *Storia del diritto romano*¹², Napoli, 1998, 483. Nella formulazione colpisce, comunque, perché inatteso, l’utilizzo del tempo piuccheperfetto per il congiuntivo del verbo *succedere* nella protasi (*si non successisset*). In precedenza, Marcello aveva evidenziato come il soggetto non fosse succeduto, non essendo intervenuta una *stipulatio*; quindi ci sarebbe aspettati non un tempo dell’irrealtà bensì un tempo della realtà o della potenzialità, ad es. il congiuntivo perfetto *successerit*, tanto che C. ZÜLCH, *Der ‘liber’*, cit., 53, congettura qui proprio tale ultima soluzione, motivando la lettera del testo, come pervenutoci, con una svista dello scriba che sarebbe stato tratto in errore, imitando il precedente *intercessisset*.

*Nm Nm Ao Ao sestertium decem milia constituisse se soluturum*⁹⁵? La dichiarazione di Tizio, infatti, potrebbe non sembrare *ictu oculi* sufficiente, sul piano letterale, a rappresentare una promessa inequivocabile di prestazione nel senso emergente dall'*intentio* della formula, come non lo pare quella di Scaev. D. 13.5.26 da cui abbiamo preso le mosse. Si potrebbe ritenere di aver di fronte piuttosto dei semplici riconoscimenti di debito, perché in D. 13.5.24 e 26 la dichiarazione di volontà non è del tutto esplicita, in quanto propriamente si parla di danaro da restituire, non se ne promette la restituzione. Ciò è evidente se si richiama il frammento ulpiano precedentemente analizzato (Ulp. D. 13.5.5.3) in cui, pur nell'informalità, la promessa di pagamento risulta ben più chiara. Nel testo di Marcello la vincolatività della dichiarazione non scaturisce dall'elemento letterale, ma il giurista la valuta interpretando l'intenzione del dichiarante che, nel contesto, mostra, pur tortuosamente, la propria volontà di obbligarsi ad adempiere alla scadenza.

La rilevanza che assumono l'intenzione e il contesto, emerge con chiarezza da un confronto, cui solo accenno, con un altro frammento⁹⁶ ancora di Scevola (come D. 13.5.26):

Scaev. 5 dig. D. 14.3.20: *Lucius Titius mensae nummulariae quam exercebat habuit libertum praepositum: is Gaio Seio cavit in haec verba: 'Octavius Terminalis rem agens Octavii Felicis Domitio Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie kalendas Maias'. Quaesitum est, Lucio Titio defuncto sine herede bonis eius venditis an ex epistula iure conveniri Terminalis possit. Respondit nec iure his verbis obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse, cum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset.*

⁹⁵ Cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederbestellung*³, Leipzig, 1927, 251; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, 68.

⁹⁶ Confronto suggerito da C. ZÜLCH, *Der 'liber'*, cit., 55.

Anche in questo luogo⁹⁷ si tratta di una *cautio* (*is... cavit in haec verba*) e le parole di Ottavio Terminale (*quos denarios vobis numerare debebo pridie kalendas Maias*) appaiono assai simili a quelle di Tizio nel frammento di Marcello (*quinquaginta ... debebo idibus Maiis*). Tuttavia, qui il creditore resterà insoddisfatto e non potrà agire contro il liberto, perché costui con la *cautio* non intendeva obbligarsi, bensì agiva nell'esercizio delle proprie funzioni di *institor ad fidem mensae protestandam*, cioè per confermare l'affidamento nell'adempimento da parte della banca, in rappresentanza diretta e nell'interesse del titolare della *mensa*⁹⁸, e certo non per stabilire un proprio personale rafforzamento dell'obbligazione⁹⁹. Commenta Coppola Bisazza: «Ovviamente, la soluzione adottata per il caso del *libertus*, e quindi di un non sottoposto, sarà valsa *a fortiori* per un qualunque *praepositus* che abbia rilasciato, nella sua posizione di preposto appunto, una promessa informale di pagamento di analogo contenuto»¹⁰⁰. Pertanto, *status* giuridico del dichiarante, contesto e intenzione vengono considerati congiuntamente dal giurista per conferire il corretto valore alla dichiarazione e sussumerla nell'alveo di un istituto giuridico piuttosto che di un altro.

Tornando al passo di Marcello, un profilo interessante già sottolineato è quello della limitazione della responsabilità di Tizio al solo capitale: il tutore aveva dichiarato, in modo simmetrico ed equivalente sul piano degli usi linguistici, che il capitale sarebbe stato da restituire, così come le *usurae*, in entrambi i casi utilizzando il verbo *dedito*. La spiegazione della differente risposta di Marcello non può quindi trarre argomenti da circostanze di ordine linguistico, né dal differente atteggiarsi della volontà del tutore, bensì dal principio già visto in base al quale il *constitutum* deve avere lo stesso oggetto dell'obbligazione

⁹⁷ Sul passo, per i profili che qui interessano, cfr. A. PETRUCCI, *Mensam*, cit., 330 ss.; P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*², Torino, 2004, 158 s., 197 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo 'iussum domini' alla 'contemplatio domini'. Contributo allo studio della storia dalla Rappresentanza. Corso di diritto romano*, Milano, 2008, 345 ss.

⁹⁸ Cfr. A. WACKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick*, in *ZSS*, 111, 1994, 347 s.

⁹⁹ Per il particolare utilizzo della locuzione *conveniri ex epistula* v. *infra* § 4 il suo ricorrere in Scaev. D. 13.5.31, anch'esso tratto dal libro 5 dei *Digesta* di Scevola.

¹⁰⁰ G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo 'iussum'*, cit., 346.

principale e non può comprendere *usurae* precedentemente non pattuite¹⁰¹. I pupilli non erano debitori di interessi di mora, ma solo dei *quingaginta nummi* oggetto del contratto intercorso tra loro e Seio. Una volta ricondotta la fattispecie nell’alveo del *constitutum debiti*, se ne applica la relativa disciplina.

Il responso di Marcello in base al quale Tizio è tenuto *de constituta pecunia*, ma solo *in sortem*, si conclude con la chiusa *est enim humanior et utilior ista interpretatio*, con uno sbalzo stilistico dal discorso indiretto (*teneri*) a quello diretto (*est*): il problema è individuare a quale profilo del *responsum* di Marcello si riferisca tale motivazione, cioè se alla risposta positiva sul vincolo *de constituta pecunia* in capo a Tizio o a quella negativa che esclude la responsabilità quanto agli interessi. La dottrina maggioritaria riferisce tale clausola al problema delle *usurae*: negare la responsabilità per esse potrebbe sembrare un temperamento fra la garanzia accordata al creditore, con l’ulteriore obbligazione autonoma assunta dal tutore, e la contestuale necessità di non gravare *ultra modum* su di lui¹⁰², ma tale soluzione non mi pare pienamente soddisfacente. Infatti, lo sforzo interpretativo sostenuto dal giurista, nella fattispecie concreta in analisi, non è stato rivolto a dirimere la *quaestio* posta circa gli interessi, bensì circa la dichiarazione della responsabilità e la

¹⁰¹ Così S. SERANGELI, ‘*Epistulae*’, cit., 23 s. Per il principio della corrispondenza tra il contenuto della *prior obligatio* e il contenuto dell’obbligazione da costituito in riferimento alle *usurae*, cfr. Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.11.1: *Si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est: ergo et is, qui sortem et usuras quae non debebantur constituit, tenebitur in sortem dumtaxat*; cfr. G. ASTUTI, *Studi*, cit., 48; S. TONDO, *In tema di ‘constitutum debiti’*, in *Labeo*, 4, 1958, 221.

¹⁰² Così A. PALMA, ‘*Humanior interpretatio*’. ‘*Humanitas*’ nell’interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi, Torino, 1992, 38, il quale poi interpreta il problema posto a Marcello, come se concernesse la responsabilità di Tizio quale tutore, se cioè fosse obbligato per *usurae* in proprio o *in locum pupillorum* e la risposta sarebbe stata la successione nel debito solo se Tizio fosse stato *obligatus ex stipulatione*. A tale lettura si può opinare che la questione riguarda l’eventuale successione *in sortem*, cioè limitatamente all’obbligazione principale che gravava sui pupilli a favore di Seio, e il problema degli interessi emerge solo in seconda battuta, essendo stata esclusa la successione nel debito e mirando a quantificare il *petitum* dell’*actio de pecunia constituta* (cfr. S. SERANGELI, ‘*Epistulae*’, cit., 22).

qualificazione di essa come responsabilità *de pecunia constituta*. Ciò implica che *ista interpretatio* abbia fondato il ragionamento che ha condotto Marcello a concludere che il riconoscimento di debito operato con la dichiarazione contenuta nell'*epistula* fosse sufficiente a integrare i requisiti indispensabili perché si configurasse un *constitutum*. La negazione della responsabilità per gli interessi non deriva, invece, da un'opzione interpretativa, ma dall'applicazione *de plano* delle regole, già viste, che presiedono, in generale, alla disciplina delle *usurae* e, specificamente, alla disciplina della responsabilità da *constitutum*.

Ista interpretatio, nel senso ora specificato, è presentata come *humanior* e *utilior*, con due aggettivi espressi al grado comparativo di maggioranza, ma senza l'indicazione del secondo termine di paragone che si può intendere implicitamente consistente nell'opposto di quanto riconosciuto e cioè nella negazione della responsabilità *de pecunia constituta*. La parola *humanitas*¹⁰³ ha una latitudine semantica assai ampia e rappresenta, come noto, l'identificazione di un concetto etico peculiare, caratterizzante il mondo romano¹⁰⁴ e informante le argomentazioni e gli stessi moventi metanormativi di molte decisioni giurisprudenziali. La *ratio humanitatis* può considerarsi un propulsore di crescita del sistema del diritto¹⁰⁵ e, quando a essa si faceva ricorso nel caso specifico, non restava un'astratta petizione di principio, ma era declinata in modo concreto per esprimere il contemperamento degli opposti interessi in gioco ai fini della migliore composizione delle diverse istanze individuali per una più feconda crescita delle relazioni 'umane', e in particolare delle relazioni tra consociati che intrattengono rapporti giuridici. Nel Digesto constano

¹⁰³ Cfr. L. GAROFALO, *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *L'humanitas nel mondo antico: filantropia, cultura, pietas'*. Convegno nazionale di studi. (Chiesa di S. Croce in S. Leonardo all'università. Treviso, 22 novembre 2003), Quinto di Treviso (TV), 2005, 27 ss.; ID., *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, 118 ss.

¹⁰⁴ *Ex multis*, cfr. W. SCHADEWALDT, 'Humanitas Romana', in *ANRW*, I.4, Berlin-New York, NY, 1973, 52 ss.

¹⁰⁵ Cfr. S. RICCOBONO JR., *L'idea di 'humanitas' come fonte di progresso del diritto*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, 1965, 596 ss.

molti casi¹⁰⁶ in cui i giuristi (di rado ‘alto-classici’, più spesso ‘tardo-classici’¹⁰⁷) o la cancelleria imperiale avrebbero fatto ricorso a tale canone ermeneutico per derogare alle regole generali. In dottrina a lungo si è dubitato della genuinità dei passi nelle parti che richiamavano nell’argomentazione il principio dell’*humanitas* e Fritz Schulz¹⁰⁸, con la sua autorevolezza, li riteneva tutti interpolati, in conformità alle politiche del diritto di Giustiniano, il quale spesso fa risaltare la connotazione *humana* di una sua decisione in confronto alla corrispondente soluzione giuridica ‘classica’¹⁰⁹. La romanistica più recente tende a censurare tali eccessi della critica interpolazionista e propende per sostenere l’autenticità della maggior parte di questi testi¹¹⁰.

Nel frammento di Marcello¹¹¹ in esame l’aggettivo *humanior* è congiunto ad *utilior*: i due attributi si rafforzano vicendevolmente e manifestano la caratura della decisione come fondata su valutazioni che considerano il ragionevole contemperamento degli interessi delle parti.

¹⁰⁶ La rassegna si può trovare in A. PALMA, ‘*Humanior*’, cit., 23 ss. Può solo utilmente ricordarsi che l’unico autore anteriore a Giuliano a motivare il suo *responsum* riferendosi al canone dell’*humanitas* è Giavoleno Prisco in D. 34.5.22.

¹⁰⁷ Cfr. F. WUBBE, ‘*Benigna interpretatio*’ als *Entscheidungskriterium*, in *Festgabe für Arnold Herdlitzka zu seinem 75. Geburtstag*, München-Salzburg, 1972, 302.

¹⁰⁸ Cfr. F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it., Firenze, 1946, 164 ss.; su questa linea, seppur in modo un poco più prudente, anche S. RICCOBONO JR., ‘*Humanitas*’, *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto* (Verona, 27-28-29, IX, 1948), II, a cura di G. Moschetti, Milano, 1951, 226; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II. *La giustizia – Le persone*, Milano, 1952, 163.

¹⁰⁹ Cfr. H. KRÜGER, *Die ‘humanitas’ und die ‘pietas’ nach den Quellen des römischen Rechtes*, in *ZSS*, 19, 1898, 19 ss.; C. ZÜLCH, *Der ‘liber’*, cit., 56.

¹¹⁰ Cfr. J. GAUDEMET, *Des ‘droits de l’homme’ ont-ils été reconnus dans l’Empire romain?*, in *Labeo*, 33, 1987, 12; G. CRIFÒ, *A proposito di ‘humanitas’*, in ‘*Ars boni et aequi*’. *Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, a cura di M.J. Schermaier e Z. Végh, Stuttgart, 1993, 79 ss.; L. GAROFALO, *L’‘humanitas’*, cit., 32 ss.

¹¹¹ Marcello fa ricorso al canone dell’*humanitas* in altri due frammenti: Marcel. 3 *dig.* D. 5.2.10 pr. e Marcel. 29 *dig.* D. 28.4.3 pr.; cfr. A. PALMA, ‘*Humanior*’, cit., 40 ss.; ID., ‘*Benignior interpretatio*’. ‘*Benignitas*’ nella giurisprudenza e nella normazione da Adriano ai Severi, Torino, 1997, 96 ss.; G. GILBERTI, ‘*Cosmopolis*’. *Politica e diritto nella tradizione cinico-stoica*, Pesaro, 2002, 98 ss.

La locuzione *utilitatis causa*, con usi risalenti fino a Labeone¹¹², ancor più chiaramente di *humanitas*, richiama la giustificazione della necessità di correzioni al *ius commune*. Se da un lato l'*humanitas* riconduce il movente della deroga a ragioni morali e politiche, pregiudiziali e metagiuridiche, dall'altro lato l'*utilitas* si connota di una vena maggiormente tecnica¹¹³. Il ricorso all'*utilitas* consente di motivare soluzioni che si discostano, per le peculiarità del caso, dalle regole generali, ma che manifestano una *ratio* propria, che è quella dell'accoglienza nel diritto dei problemi della ragione pratica¹¹⁴. Si noti poi che, solitamente, dall'*humanitas* traggono argomento le decisioni dell'imperatore, mentre dall'*utilitas* quelle dei giuristi e la peculiarità del frammento di Marcello è di rappresentare l'unico brano del Digesto in cui entrambi i canoni ermeneutici sono ricordati insieme¹¹⁵.

È proprio il significato caratterizzante i due termini che induce a dubitare della genuinità della chiusa del frammento, ma non del frammento *in toto*: ed è questo aspetto che rileva ai nostri fini. Qui, come detto *supra*, non si tratta di giustificare un'eccezione alle regole generali, bensì di applicare, con un responso conforme al sistema giuridico, la disciplina del *constitutum* a una fattispecie di dubbio inquadramento. Non incontriamo una deroga, ma un'estensione dell'ambito di operatività di

¹¹² Cfr. Pap. 28 *quaest.* D. 46.3.95.7, su cui v. U. LEPTIEN, 'Utilitatis causa'. *Zweckmäßigkeitsentscheidungen im römische Recht*, Freiburg, 1967, 235; M. NAVARRA, *Ricerche sulla 'utilitas' nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, 14 ss.

¹¹³ Tale diversa caratterizzazione dei due concetti ben si apprezza dalla comparazione di due frammenti dello stesso autore e tratti dal medesimo titolo, in cui si trovano nel primo il riferimento all'*utilitas* e nel secondo all'*humanitas*: Pap. 27 *quaest.* D. 46.1.49.1 e Pap. 3 *resp.* D. 46.1.51.1.

¹¹⁴ Cfr. M. NAVARRA, *Ricerche*, cit., 2 ss. e *passim*.

¹¹⁵ Cfr. C. ZÜLCH, *Der 'liber'*, cit., 57, che, alla nt. 54, menziona una comparabile locuzione di Giustiniano: C. 5.13.1.14 (*Iustinianus*, a. 530): *satis humanum, satis pium, satis utile*. Si può anche ricordare Ulp. 38 *ad. Sab.* D. 1.14.3, ove s'incontra nel medesimo ragionamento giuridico *propter utilitatem* e poi *humanus*, il che fa pensare che i due riferimenti possano ben convivere nel medesimo quadro argomentativo; su questo frammento ulpiano, cfr. V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV)*. *Studi di diritto pubblico romano*, Torino, 2016, 55 ss.

un istituto¹¹⁶. Anche nella valutazione comparativa degli interessi delle parti non mi pare si rinvenga qui un’applicazione del canone dell’*humanitas*: se apparentemente sembra rafforzata la posizione creditoria di Seio, che ha in Tizio il legittimato passivo dell’*actio de pecunia constituta*, tale vantaggio non nasce da una deroga al diritto comune, ma dalle conseguenze della dichiarazione posta volontariamente da Tizio nell’*epistula*, e non è neppure un rafforzamento ‘totale’ perché, come si è visto, non comprende la responsabilità per le *usurae*.

Voci¹¹⁷ propose una direttiva interpretativa riguardo ai frammenti in cui si trova il richiamo all’*humanitas*, che mi sembra idonea per il nostro passo. L’esplicito richiamo all’*humanitas* si può spiegare o perché il caso è difficilmente riferibile a un criterio giuridico già conosciuto e allora il giurista è costretto a declinare in concreto il principio generale o perché, nonostante vi sia una specifica regola di diritto pianamente applicabile, tuttavia l’interprete sceglie di applicare il più lato criterio generale che gli consente maggiore spazio discrezionale. Voci ritiene che questo secondo tipo di procedimento risalga più di frequente all’opera abbreviatrice dei commissari di Giustiniano, i quali, riassumendo un punto controverso, aderiscono a una soluzione motivando sommariamente con il richiamo all’*humanitas*, piuttosto che riferendo le opinioni giurisprudenziali a suffragio. Siffatte ragioni di sospetto mi portano a concordare, *in parte qua*, con la dottrina maggioritaria¹¹⁸ che ritiene non genuina questa chiusa e manipolata o da un autore tardoantico – con tutta la difficoltà a provare tale genere di interventi – o più probabilmente dai compilatori giustiniane¹¹⁹. Penso possa verisimilmente trattarsi di un caso di cesura

¹¹⁶ Cfr. C. ZÜLCH, *Der ‘liber’*, cit., 58.

¹¹⁷ Cfr. P. VOCI, voce *Interpretazione del negozio giuridico (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 22, Milano, 1972, 270 s., ora: *Note sull’interpretazione del negozio giuridico in diritto romano*, in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, 610.

¹¹⁸ Cfr. H. KRÜGER, *Die ‘humanitas’*, cit., 32; A. PHILIPPIN, *Le pacte*, cit., 62 s.; F. SCHULZ, *Ein anonymer Notenapparat zu den ‘Responsa’ des Marcellus*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig, 1935, 236; G. ASTUTI, *Studi*, II, cit., 222, nt. 33; più di recente: J.G. WOLF, *Interpolationen in den Digesten*, in *SDHI*, 79, 2013, 58 s.

¹¹⁹ Nondimeno, deve segnalarsi l’autorevole presa di posizione assai dubitativa al riguardo, mirante a salvare la genuinità complessiva del testo e della chiusa, di D. LIEBS,

nel testo rispetto all’originaria presentazione del procedimento argomentativo del giurista, cesura operata dai commissari giustiniane che lo ridussero a una formula di chiusura indubbiamente pregnante.

La Rosa¹²⁰, a sostegno della propria posizione critica sull’autenticità della totalità del frammento in questione, ne ricorda l’appartenenza al *liber singularis responsorum*, che secondo Schulz¹²¹ rappresenta un compendio dei *Digesta* di Marcello contenente interpolazioni tardoantiche. Il problema esegetico su tale opera di Marcello è stato ravvivato da Zülch, il quale, seguendo Schulz, ma anche Wieacker¹²², sostiene che il testo rappresenti un rimaneggiamento a fini pratici realizzato da un maestro di diritto, presumibilmente tra il 324 e il 337 d.C.¹²³, di livello stilistico e contenutistico inferiore se comparato coi *Digesta* dello stesso Marcello¹²⁴. Tra i segni delle interpolazioni, una delle quali sarebbe riscontrabile anche nella chiusa del nostro frammento, Zülch¹²⁵ evidenzia il fatto che le motivazioni transitino dal discorso

Römische Rechtsgutachten und ‘responsorum libri’, in *Strukturen der Mündlichkeit in der römischen Literatur*, a cura di G. Vogt-Spira, Tübingen, 1990, 89. Lo stesso Liebs, più di recente (in *Recensione* a C. ZÜLCH, *Der ‘liber singularis responsorum’ des Ulpianus Marcellus*, Berlin, 2001, in *ZSS*, 120, 2003, 250) ha però ammesso che vi possano essere dubbi sull’autenticità della chiusa, ma che, anche volendo reputarla (con difficile comprovabilità) un glossema marginale penetrato nel testo (prima della compilazione giustiniana), ciò non implicherebbe considerarla segno di una generale rielaborazione del frammento. A quest’ultima osservazione ritengo si possa ragionevolmente accedere.

¹²⁰ Cfr. F. LA ROSA, *Il formalismo*, cit., 209. L’Autrice adduce un’altra ragione per dubitare del fatto che tale brano si riferisca al *constitutum*: nel passo corrispondente dei Basilici (26.7.24) si legge che il soggetto è tenuto ὡς ἀπὸ τῆς ἀντιφωνήσεως: la presenza di ὡς attenuerebbe la piana sussumibilità della fattispecie nell’alveo del *constitutum*. Da ultimo, T. BOLTE, *Pecunia*, cit., 179, invita a non accordare eccessivo valore a questa variazione presente nei Basilici in ragione della polisemia di ὡς e del mutamento di disciplina giustiniano. Sguarnita di conforto testuale mi pare poi la posizione di J. ANDREAU, *La vie*, cit., 540, nt. 41, che scrive che il testo sembra essere stato interpolato e che in quel luogo Marcello tratterebbe del *receptum argentarii*.

¹²¹ Cfr. F. SCHULZ, *History of Roman legal Science*, Oxford, 1946, 232.

¹²² Cfr. F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, 170, 176, nt. 248.

¹²³ Cfr. C. ZÜLCH, *Der ‘liber’*, cit., 216.

¹²⁴ Cfr. C. ZÜLCH, *Der ‘liber’*, cit., 235.

¹²⁵ Cfr. C. ZÜLCH, *Der ‘liber’*, cit., 208 ss.

indiretto al discorso diretto o che ricorrano particelle come *l'enim* posposto. Tali profili stilistici sono però considerati insignificanti da Liebs e da Ankum¹²⁶.

L'assenza, nella dottrina specialistica, di una tendenzialmente pacifica attribuzione del carattere spurio di quest'opera di Marcello e ancor più l'assenza di elementi concreti per revocare fondatamente in dubbio la genuinità (e conseguente ‘classicità’) del contenuto sostanziale del nostro frammento mi muove a proporre un'esegesi conservativa del *responsum* (tranne la chiusa).

Ritengo ragionevole congetturare che s'incontri un caso di applicazione delle regole pratiche che disciplinavano le confessioni stragiudiziali¹²⁷, regole qui correlate ai principii giuridici che riguardavano il *constitutum debiti*. Benché nelle fonti non si rinvenga una trattazione sistematica di tale genere di dichiarazioni *contra se*, da esse risulta che la giurisprudenza e la cancelleria imperiale si siano poste il problema e

¹²⁶ Cfr. D. LIEBS, *Recensione a C. ZÜLCH, Der 'liber', cit.*, 261, il quale, dopo aver sottolineato il grande acume dogmatico che caratterizza la monografia di Zülch, ne critica l'impostazione metodologica, in quanto si presenta come ‘aggiunta’ ‘postclassica’ tutto ciò che non corrisponde alla preventiva concezione dell'autore di quanto avrebbe dovuto dire Marcello in un dato contesto, configurandosi una sorta di ‘prognosi postuma’ del responso. Tale metodo, che è, in verità, una *petitio principii*, non sarebbe neppure seguito coerentemente in tutte le ipotesi. Liebs, quindi, in generale ritiene plausibile considerare per lo più genuini i brani trascelti nel Digesto; questa è parimenti la posizione di H. ANKUM, *Recensione a C. ZÜLCH, Der 'liber singularis responsorum' des Ulpianus Marcellus*, Berlin, 2001, in TR, 72, 2004, 377 ss. Di recente, cfr. anche D. LIEBS, *Wenn Fachliteratur Gesetz wird. Inwiefern wurden römische Juristenschriften im Lauf der Jahrhunderte überarbeitet?*, in ZSS, 135, 2018, 458 s.

¹²⁷ Si presuppone, a fini speculativi, la distinzione tra confessione giudiziale e stragiudiziale derivante dalla sistematica della Glossa, ma ignota al diritto romano, che disciplina come confessioni – anzitutto sotto il titolo *de confessis* del Digesto (42.2) – solo la confessione giudiziale; cfr. N. SCAPINI, *La confessione*, cit., 187 ss., il quale utilmente appunta (p. 189): «Se la confessione stragiudiziale non appare trattata *ex professo* nelle fonti, ciò non esclude *a priori* che la giurisprudenza romana e la cancelleria imperiale, pur senza pervenire ad una vera e propria qualificazione giuridica e costruzione, per lo meno cosciente, del fenomeno, si siano poste il problema dell'efficacia che, in concreto, doveva attribuirsi al riconoscimento fuori dal processo di fatti o di rapporti svantaggiosi per il suo autore e favorevoli ad altri».

abbiano elaborato soluzioni in riferimento a riconoscimenti extraprocessuali di fatti o rapporti¹²⁸ svantaggiosi per il dichiarante e vantaggiosi per altri¹²⁹. Per non lasciare senza effetti tali dichiarazioni, la via d'uscita interpretativa consisteva nel valutarle caso per caso e ricondurle, a seconda del significato letterale, dell'autore, del contesto e di quanto emerge della volontà del dichiarante, alle figure negoziali più facilmente avvicinabili, o ad assicurare loro, comunque, un effetto quanto ai profili dell'onere della prova. È la via interpretativa che si può proporre per Marcel. D. 13.5.24, così come per Scaev. D. 13.5.26.

¹²⁸ N. SCAPINI, *La confessione*, cit., 188 ss., annota che, riferendosi alla cd. confessione stragiudiziale romana, si ricomprende tanto la confessione stragiudiziale *stricto sensu* intesa nell'ordinamento vigente, quanto il riconoscimento di debito. Lambisce solo liminarmente il nostro tema il dibattito tra i civilisti, animatosi negli anni dell'emanazione del Codice, sulla distinzione dogmatica tra la confessione stragiudiziale (art. 2730, comma 2, cod. civ.) e il riconoscimento di debito (art. 1988, cod. civ.): autorevole dottrina (per tutti v. F. CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, 235 ss.), infatti, sottolineava che mentre la confessione avrebbe per oggetto i fatti, la ricognizione avrebbe per oggetto i rapporti giuridici. Ora tale impostazione trova critiche, più o meno radicali, anche in riferimento al diritto positivo vigente e alcuni autori sostengono l'assimilabilità tra il riconoscimento di debito e la confessione stragiudiziale (cfr. C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, 165 ss.; ID., *Promessa di pagamento e ricognizione di debito [a proposito dell'art. 1988 c. c.]*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 90 ss., 139; ID., *In tema di riconoscimento di debito*, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, 747; G. PUGLIESE, *Intorno al riconoscimento di debito*, in *Giurisprudenza italiana*, 1948, I, 1, 19 ss., ora in *Scritti giuridici scelti*, V. *Problemi di diritto vigente*, Napoli, 1986, 224 ss.), benché la Corte di Cassazione abbia distinto le due fattispecie ancora sulla base di tale criterio (cfr. Cass. 5 luglio 2004, n. 12285 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 569 ss., con nota di commento di F. Vomero). Tale problema non sfiora il diritto romano, per il quale la distinzione sarebbe insostenibile, in quanto dalle fonti si desume che la confessione stragiudiziale poteva avere per oggetto non solo fatti, ma anche e soprattutto rapporti giuridici; cfr. N. SCAPINI, *La confessione*, cit., 189 s., ove a nt. 7 cita Paul. 9 *ad Plaut.* D. 42.2.3, in cui la confessione ha per oggetto un rapporto di debito derivante da legato; Ulp. 5 *de omn. trib.* D. 42.2.6.2, in cui il convenuto riconosce *in iure* che l'altra parte è proprietaria di un fondo; i capp XXI e XXII della *Lex Rubria*, che prevedono come oggetto della *confessio* rispettivamente un *dare oportere debereve* e un *dare facere praestare oportere debereve*.

¹²⁹ Cfr. N. SCAPINI, *La confessione*, cit., 188 ss.

Scapini nota come tale approccio si possa apprezzare, in modo esemplificativo, in un significativo frammento di Papiniano:

Pap. 1 resp. D. 2.14.40 pr.: *Tale pactum ‘profiteor te non teneri’ non in personam dirigitur, sed cum generale sit, locum inter heredes quoque litigantes habebit.*

Nel testo¹³⁰ il giurista interpreta la dichiarazione *te non teneri*, rivolta dal creditore al debitore, come *pactum de non petendo*, e quindi come atto negoziale, benché non si possa evincere dal frammento la convenzione tra le parti che avrebbe dato luogo al *pactum*. L’accordo si considera generato dall’intenzione del dichiarante e dal comportamento passivo di colui che riceve la dichiarazione¹³¹. Già Astuti¹³² aveva richiamato questo passo come esempio di un *pactum de non petendo* nella forma di una semplice dichiarazione unilaterale del creditore, che genera il patto stesso anche solo con il mancato rifiuto dell’altra parte, secondo uno schema genetico abbastanza simile a quello che probabilmente deve riconoscersi per il *constitutum*¹³³.

Ai fini dell’analisi del frammento di Marcello si può sostenere che si tratti di un riconoscimento confessorio stragiudiziale di debito, ricondotto per via d’interpretazione da parte del giurista – un’interpretazione poi specificamente qualificata *humanior et utilior* – al *constitutum debiti alieni*, al fine di attribuire a tale dichiarazione, nel rispetto e anzi nella valorizzazione della volontà del dichiarante, gli effetti sostanziali propri dell’istituto giuridico più direttamente avvicinabile e

¹³⁰ La dottrina si è molto spesa nell’esegesi del passo, in parte ritenendolo spurio (cfr. G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustiniane relative al ‘pactum de non petendo’*, in *Studi di diritto romano delle obbligazioni*, Milano, 1922, 315, nt. 3, 323 ss.; G. SEGRÈ, *Sull’efficacia del ‘pactum de non petendo’*, in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 134; ID., *Mutuo e ‘stipulatio’ nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, in *Studi Simoncelli*, Napoli, 1917, p. 333 e ss., ora in *Scritti*, cit., 195 ss.), in parte considerandolo genuino (cfr. F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del ‘pactum de non petendo’ nel diritto civile italiano*, in *Foro it.*, 1960, 13, nt. 15; N. SCAPINI, *La confessione*, cit., 193 ss.).

¹³¹ Si configura con uno schema analogo anche Paul 3 *ad ed.* D. 2.14.2.1, su cui v. N. SCAPINI, *La confessione*, cit., 197 ss.

¹³² Cfr. G. ASTUTI, *Studi*, II, cit., 18, nt. 23.

¹³³ A tal riguardo rinvio a P. COSTA, *Pecunia*, cit., 160 ss.

compatibile. La caratura negoziale e l’elemento del consenso dell’altra parte non sono del tutto pretermessi perché trovano emersione nel comportamento ricettivo passivo del creditore. Da tale ‘accettazione’ scaturirebbe poi la scelta di convenire in giudizio Tizio, come *rens* appunto. Questo comportamento ricettivo passivo può considerarsi ragionevolmente sufficiente, perché – non lo si dimentichi – la responsabilità del costituente si cumula e non si sostituisce a quella del debitore principale.

Si osservi che con questa lettura del passo in discussione – che mi pare, come dappresso si vedrà, valere anche per Scaev. D. 13.5.26 – si riesce sia a dare un’esegesi conservativa dei testi¹³⁴ sia a non muoversi in collisione con le condivise ricostruzioni della fisiologia del *constitutum*. Non saremmo, infatti, dinanzi a brani su *constitutata* trascelti per derivarne un paradigmatico compendio degli elementi formali e sostanziali che debbono concorrere perché il negozio si concluda, bensì incontreremmo in essi fattispecie concrete ricondotte dai giuristi, per via di assimilazione, alla disciplina (o, *rectius*, alla protezione processuale) dell’*actio de pecunia constituta*. Conclusivamente, da Marcel. D. 13.5.24 si evince come, con una dichiarazione informale contenuta in una lettera, un soggetto possa essere considerato aver assunto un’obbligazione da costituito *pro alio*: «Die Schuld der pupilli besteht fort, Titius tritt durch formlose Erklärung als Garant hinzu», appunta sinteticamente Platschek¹³⁵.

4. Scaev. D. 13.5.26 e le dichiarazioni di riconoscimento del debito: prospettive tardoantiche

Ritornando a Scaev. D. 13.5.26, mi paiono chiari gli elementi di sostanziale prossimità con Marcel. D. 13.5.24: si ha il riconoscimento di un debito, che si concretizza nella dichiarazione della presenza presso il dichiarante di una somma di danaro, la promessa (implicita nel fr. 26, più chiara, benché non compiutamente esplicita, nel fr. 24) di *solutio*, il

¹³⁴ Da ultimo anche T. BOLTE, ‘*Pecunia*’, cit., 177, 307, non condivide la lettura ‘distruttiva’ della La Rosa

¹³⁵ J. PLATSCHKEK, *Das Edikt*, cit., 7.

vincolo di accessorialità oggettiva con il debito principale, il riferimento alle *usurae*, la sussunzione della fattispecie nell’alveo della *pecunia constituta*, ovviamente nella declinazione del *constitutum debiti alieni*. Non si può negare che il testo del fr. 26 sia comunque oscuro, perché pare mancare di un elemento importante che, invece, abbiamo rinvenuto in Marcel. D. 13.5.24, ma anche in Ulp. D. 13.5.5.3: l’origine – il titolo – della presenza dei valori nella disponibilità del dichiarante. Bolte¹³⁶ ritiene che l’epistola di Scaev. D. 13.5.26 sia stata abbreviata: mi pare opportuno accedere a questa considerazione, ma ciò non significa che il testo – pur se nella forma residuale di un lacerto – debba intendersi come il segno di una disciplina incompatibile con quella del costituito di debito. L’assenza della menzione del titolo, in forza del quale un soggetto conclude un *constitutum debiti alieni*, non è comunque dirimente ai fini della conclusione stessa del negozio; decisivo è il vincolo di accessorialità e questo Scevola lo menziona: *ex arca tua mutua acceperat*. Il percorso che stiamo compiendo mi sembra, dunque, permetta di considerare l’ipotesi che nel frammento si tratti di un costituito almeno come alternativa a quella della riconduzione maggioritaria di Scaev. D. 13.5.26 tra i testi originariamente riguardanti i *recepta argentariorum*.

Ritengo queste considerazioni ulteriormente suffragabili. Si è appena apprezzato come, a fronte di confessioni stragiudiziali, la tendenza della giurisprudenza e poi della cancelleria imperiale, al fine di non lasciarle prive di effetti, fosse quella di ricondurle, per via interpretativa, a diverse categorie di negozi¹³⁷. Già Scapini aveva riconosciuto un esempio di tali dinamiche in Scaev. D. 13.5.26, pur individuando nella fattispecie, sulla scorta di Rossello, un *receptum argentarii*. Tale proposta esegetica è stata richiamata di recente anche da Di Salvo¹³⁸, e mi pare convincente. «Che qui manchi un’esplicita promessa di pagamento non rileva affatto» –

¹³⁶ Cfr. T. BOLTE, *Pecunia*, cit., 172.

¹³⁷ Cfr. N. SCAPINI, *La confessione*, cit., 190 ss.

¹³⁸ S. DI SALVO, *Legatum*, cit., 1538 s., ora in *Dal diritto romano*, cit., 59, considera D. 13.5.26 un caso in cui la ricognizione di debito «unitamente al carattere scevro di forme della fattispecie negoziale da cui discende l’obbligazione, appare senz’altro sufficiente a far riconoscere la fondatezza dell’azione di adempimento».

annota Scapini¹³⁹ –, poiché lo scrivente «riconosce che presso di sé è disponibile la somma dovuta al creditore, (ed) è come se ne promettesse il pagamento».

Non si può non pensare che trovi emersione, nei frammenti del Digesto in esame, il progressivo superamento del formalismo, che caratterizza la giurisprudenza della declinante età ‘classica’¹⁴⁰. È questo il periodo in cui le dichiarazioni confessorie dei debitori acquisiscono sempre maggiore rilievo, e tale evoluzione è stata ben mostrata da Archi¹⁴¹, soprattutto a proposito delle *stipulationes* contratte a causa di mutui già erogati o ancora da ricevere e riversate in apposite *cautiones*. La validità di tali confessioni scritte – salvo prova contraria e con una progressiva accentuazione delle cautele rispetto al falso documentale¹⁴² – è sancita nel IV secolo, come si coglie da CTh. 11.39.6 (*Imppp. Valentinianus et Valens AA. ad Olybrium, Praefectum Urbi*; a. 369, Treviri)¹⁴³. Si era altresì ammessa, già con Alessandro Severo, la possibilità di convertire in mutuo una somma dovuta in precedenza per altra causa e la *cautio* che si soleva redigere in tali casi si delineava come *cautio* di mutuo *ex praecedenti causa debiti*, nei confronti della quale non trovava applicazione la *querella non numeratae pecuniae* (cfr. C. 4.30.5. *Imp. Alexander A. Augustiano*)¹⁴⁴.

¹³⁹ Cfr. N. SCAPINI, *La confessione*, cit., 191.

¹⁴⁰ Così G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, a cura di G.G. Archi, Milano, 1946, 687, ora in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, 1809.

¹⁴¹ Cfr. G.G. ARCHI, *Indirizzi*, cit., 702 ss., ora in *Scritti*, cit., III, 1824 ss.

¹⁴² Cfr. CTh. 2.27.1 (*Imppp. Honorius, Theodosius et Constantius AAA. Palladio pp.*, a. 421), su cui, da ultimo, S. SCHIAVO, *Aspetti processuali nell’Epitome Gai’*, in *Ravenna capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, II. *Studi sulle fonti*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2015, 80 ss., ove copiosa bibliografia.

¹⁴³ Cfr. G.G. ARCHI, *‘Civiliter vel criminaliter agere’ in tema di falso documentale. Contributo storico-domatico al problema dell’efficacia della ‘scriptura’*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, I, Milano, 1947, 18 ss., ora in *Scritti*, III, cit., 1614 ss.; G. SANTUCCI, *C.Th. 2, 13, 1: la legislazione di Onorio sui crediti fra il 421 e il 422 d.C.*, in *SDHI*, 57, 1991, 194.

¹⁴⁴ Da ultimo, cfr. F. LOMBARDO, *Studi su ‘stipulatio’ e azioni stipulatorie nel diritto giustiniano*, Milano, 2020, 96 s.

Secondo Archi, tale sviluppo porterà all’alterazione di funzioni tipiche di negozi quali la stipulazione novatoria, la stipulazione accessoria, la costituzione di un mutuo da un qualsiasi debito precedente e, appunto, il costituito di debito. A ciò si aggiunse la creazione di un’unitaria *cautio debiti ex antecedente causa*, in cui alla dichiarazione scritta di volontà costitutiva di un *vinculum iuris* si accompagnasse una dichiarazione di scienza circa l’esistenza di una *causa praecedens* con una peculiare efficacia probatoria, in quanto impugnabile solo allegando prova di particolari condizioni di errore (cfr. C. 4.30.13 *Imp. Iustinus A. Theodoto pu.*), con l’esclusione anche dell’opponibilità dell’*exceptio non numeratae pecuniae*.

La rilevata vicinanza tra la confessione stragiudiziale e il *constitutum debiti* è un profilo derivante dal contenuto stesso degli istituti in questione: già Arangio-Ruiz¹⁴⁵ sostenne che il *constitutum debiti proprii* sia stato, nella sua funzione originaria, una confessione stragiudiziale e che sia stato configurato come un’*obligatio* in forza della correlazione con il rapporto obbligatorio fondamentale che ha con il *constitutum* un’inestricabile connessione processuale. Ora la tesi dell’insigne romanista sulle origini dell’istituto è congetturale e soffre di una carenza di prove, ma ciò che mi pare rimarchevole è il rilievo di Arangio-Ruiz circa il fatto che fin dall’inizio inerisca allo schema del costituito il momento confirmatorio o ricognitivo di un’obbligazione preesistente¹⁴⁶, caratterizzante allo stesso modo una confessione stragiudiziale avente per oggetto il medesimo rapporto¹⁴⁷. Tale riconoscimento poteva avere non solo una natura dichiarativo-assertiva, ma anche volitiva e quindi negoziale¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, in *Annuario dell’Università di Messina* (estr. 1914), 55, 58, ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, 571, 574. Anche S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, Roma, 1928, 240 e nt. 2, ritiene che l’utilità originaria del costituito fosse proprio il riconoscimento del debito.

¹⁴⁶ Cfr. C. FURNO, *Promessa*, cit., 101, nt. 27.

¹⁴⁷ Già si è detto che nel diritto romano la confessione poteva avere per oggetto non solo fatti, ma anche rapporti.

¹⁴⁸ Cfr. G. PUGLIESE, *Intorno al riconoscimento*, cit., 22, ora in *Scritti*, V, cit., 227.

Occorre sottolineare come la componente negoziale sia solo eventuale: non in ogni riconoscimento di debito è implicita la concreta volontà (e quindi la promessa) di adempierlo¹⁴⁹ ed è una *quaestio facti* ravvisare un costituito in una dichiarazione avente la forma e l'apparenza esteriore di una semplice confessione non solo (e forse non tanto) per la libertà formale caratterizzante il nostro istituto, come vuole Astuti¹⁵⁰, quanto per l'applicazione delle regole giurisprudenziali già viste e rivolte al conferimento di efficacia alle confessioni stragiudiziali.

Non condivido, perciò, un'opinione dello stesso Astuti, il quale nega al *constitutum* l'efficacia di un riconoscimento di debito o di una confessione stragiudiziale, in quanto esso sarebbe una pura e semplice promessa, cioè una dichiarazione causale di volontà, cui solo accidentalmente e occasionalmente poteva congiungersi un riconoscimento, più o meno esplicito, del vincolo preesistente. Astuti fa leva su un elemento processuale: l'attore dell'*actio de constituta pecunia* non potrebbe limitarsi a provare il costituito, senza fornire la prova del vincolo che ne rappresentava il presupposto (e che nella nostra ipotesi il costituente avrebbe riconosciuto assumendo il vincolo stesso), e ciò deriva dalla stessa struttura della formula che nell'*intentio in factum* fa riferimento al rapporto di debito originario. Questo elemento è indubitabile, ma esso manifesta il carattere relativo e accessorio del costituito e non mi pare depotenzi la tesi del suo valore ricognitorio. Nella posizione di Astuti non mi pare accettabile la negazione della connessione, che sul piano psicologico e assiologico non può non esserci, tra la promessa di adempiere un debito e il riconoscimento della sua esistenza. Si aggiunga poi che si è invocato, nell'interpretazione dei testi, il rapporto con la confessione stragiudiziale, non per sostenere che in ogni costituito si nasconda una confessione stragiudiziale, bensì per rilevare come, per dare efficacia a una particolare tipologia di

¹⁴⁹ Questa era la tesi di O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund I*, Wigand, 1867, 131 ss., 191 ss., criticata da C.G. BRUNS, *Das 'constitutum debiti'*, in *ZSS*, 1, 1861, 279 ss. e da G. ASTUTI, *Studi*, II, cit., 237 ss.

¹⁵⁰ Cfr. G. ASTUTI, *Studi*, II, cit., 238.

dichiarazioni extraprocessuali *contra se* ricognitive di debiti, esse siano state ricondotte alla categoria del costituito.

Ancora un passo avanti. Quando la sussunzione in una categoria negoziale non era possibile, la dichiarazione *contra se* poteva non rimanere inefficace, ma esplicitare conseguenze sul piano processuale limitatamente alla ripartizione dell'onere della prova¹⁵¹, esonerando l'attore dal provare quanto il convenuto avesse stragiudizialmente confessato, cioè gli elementi positivi della pretesa. Quest'ultimo avrebbe dovuto provare fatti negativi o impeditivi del fondamento del diritto azionato per vedersi mandato assolto. Tuttavia, tale dichiarazione stragiudiziale non era sufficiente di per sé a dar luogo a un *constitutum*, e talora neppure a produrre l'effetto processuale della *relevatio ab onere probandi*. Erano decisive le circostanze di fatto e di diritto e l'intenzione del dichiarante, come si evince con chiarezza dall'analisi di un altro passo di Scevola contenuto nella nostra *sedes materiae* e nel quale ancora si delineno rapporti tra i *constitutata* e le *epistulae*:

Scaev. 5 dig D. 13.5.31: *Lucius Titius Seiorum debitor decessit: hi persuaserunt Publio Maevio, quod hereditas ad eum pertineret et fecerunt, ut epistulam in eos exponat debitorem sese esse quasi heredem patrum sui confitentem, qui et addidit epistulae suae, quod in rationes suas eadem pecunia pervenit. Quaesitum est, cum ad Publium Maevium ex hereditate Lucii Titii nihil pervenerit, an ex scriptura proposita de constituta pecunia conveniri possit et an doli exceptione uti possit. Respondit nec civilem eo nomine actionem competere: sed nec de constituta secundum ea quae proponerentur. Idem quaesit, usurarum nomine quod ex causa supra scripta datum sit, an repeti possit. Respondit secundum ea quae proponerentur posse¹⁵².*

¹⁵¹ Cfr. N. SCAPINI, *La confessione*, cit., 211 ss.; S. DI SALVO, ‘*Legatum*’, cit., 1539, ora in *Dal diritto romano*, cit., 59 s.

¹⁵² Il frammento è da considerarsi probabilmente genuino (cfr. N. SCAPINI, *La confessione*, cit., 223, nt. 61). S. RICCOBONO, ‘*Stipulatio*’ (1922), cit., 320, individuò un solo tribonianismo, peraltro con rilievo meramente formale, nell’uso del verbo *exponere*. Si noti che l’espressione simile *exponere cautionem* ricorre in una costituzione dell’Imperatore Alessandro del 228 (C. 4.30.8), sulla cui autenticità originaria si dubita, considerandola ispirata dal medesimo dettato ricorrente in alcune costituzioni

Il caso è chiaro: i Seii (probabilmente fratelli) alla morte di Lucio Tizio, il quale era loro debitore, spinsero il nipote di quest’ultimo, Publio Mevio, a credere di essere succeduto come erede a Tizio e lo convinsero (chiaramente con dolo) a scrivere una lettera, in cui si riconosceva loro debitore, come se fosse erede, e aggiungeva parimenti che la somma di denaro dovuta era pervenuta nei suoi conti. Tuttavia, Publio Mevio non successe in effetti a Lucio Tizio e pose a Scevola la *quaestio* se, in base all’*epistula* da lui redatta, potesse essere chiamato in giudizio in forza dell’*actio de pecunia constituta* e se, in tal caso, potesse opporre l’*exceptio doli*¹⁵³. Scevola rispose che, in base a quella dichiarazione, non era esperibile né l’azione civile (la *condictio certae creditae pecuniae*) né l’*actio de constituta pecunia* e che Mevio poteva ripetere quanto avesse versato a titolo di interessi in base alla stessa causa.

In questo luogo ricorre l’espressione *ex scriptura conveniri* che potrebbe essere oggetto di fraintendimento. Si trovano altri due passi provenienti dai *Digesta* di Scevola con espressioni assimilabili: in Scaev. 5 *dig.* D. 14.3.20 s’incontra *conveniri ex epistula*, in Scaev. 6 *dig.* D. 17.1.62 *pr. conveniri ex litteris*. In un frammento di Paolo ricorre *exigere ex instrumento* (7 *resp.* D. 24.3.49 *pr.*) e in due di Modestino *petere ex instrumento* (Mod. 3 *resp.* D. 22.1.41.2) e *conveniri ex instrumentis* (Mod. 13 *resp.* D. 44.1.11 *pr.*). Con tali espressioni non si vuol affermare che l’*actio* trovi causa nella *scriptura*, nell’*epistula*, nella *littera*, nell’*instrumentum*, o nella dichiarazione in essi contenuta (intesa in senso stretto come comunicazione verbale), ma che tale dichiarazione può rivestire la funzione di prova di un negozio,

giustinianee (C. 5.13.1.7 [*Imp. Iustinianus A. ad populum urbis Constantinopolitanae et universos provinciales*, a. 530]; C. 6.37.26.1 [*Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.*, a. 532]; C. 7.39.7.5a [*Imp. Iustinianus A. Archelao pp.*, a. 525]; C. 7.39.8.3 [*Imp. Iustinianus A. Menae pp.*, a. 528]). Qui il lessema *cantio* è probabilmente usato nel nuovo senso assunto nelle costituzioni giustinianee, pur non potendosi escludere che, nella costituzione di Alessandro, possa avere semplicemente il senso di ‘documento’, ‘scrittura’; per tutti questi problemi, cfr. G.G. ARCHI, *Studi*, cit., 608 s.

¹⁵³ Si tratta qui naturalmente di dolo negoziale; così anche A. METRO, *Eccezione di dolo generale e ‘denegatio actionis’*, in *L’eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 399.

che, per esistere, deve presentare tutti i requisiti necessari per la sua configurazione, i quali non possono essere surrogati da tali strumenti¹⁵⁴.

Trovandoci di fronte a un documento riproduttivo di una dichiarazione, non pare qui euristicamente fruttuoso riprendere la distinzione tra documento probatorio e documento dispositivo (o costitutivo¹⁵⁵) e la discussione sulla latitudine della diffusione del documento dispositivo nel diritto romano repubblicano e alto-imperiale¹⁵⁶, ma sembra piuttosto necessario sottolineare, sulla scorta di Archi¹⁵⁷, come in campo contrattuale la scrittura fosse molto diffusa già nell'età del Principato, e come la prospettiva di osservazione dei documenti da parte dei giuristi almeno di età antonina e severiana non fosse quella dell'antitesi tra dichiarazione di scienza e dichiarazione di volontà. Piuttosto era valutato se nel testo scritto concreto trovassero emersione gli elementi strutturali, che consentivano o meno l'inquadramento della fattispecie in una tipologia negoziale¹⁵⁸. Questi

¹⁵⁴ Cfr. G.G. ARCHI, *Studi*, cit., 634.

¹⁵⁵ Il documento probatorio serve soltanto alla prova del negozio in esso attestato, che esiste indipendentemente dalla sua documentazione; nel documento dispositivo la documentazione perfeziona o concorre a perfezionare il negozio che essa attesta e prova. Per la distinzione tra documento dispositivo e costitutivo, v. M. TALAMANCA, voce *Documentazione e documento (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 13, Milano, 1964, 555, nt. 60.

¹⁵⁶ Cfr. F. STEINACKER, *Die antiken Grundlagen der frühmittelalterlichen Privaturkunde*, Berlin, 1927, 72 s. e G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano*, Padova, 1938, 163 ss. (per i soli contratti consensuali), i quali ritengono assai diffuso il documento dispositivo per i negozi *iuris gentium*. La dottrina successiva ritiene, invece, che, anche per i contratti consensuali, nell'età del Principato, il diritto romano conoscesse soltanto il documento probatorio. Cfr. U. BRASIELLO, *Sull'influenza del cristianesimo in materia di elemento subiettivo nei contratti*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, cit., 546 s.; G.G. ARCHI, *Oralità e scrittura nel 'testamentum per aes et libram'*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, IV, Milano, 1956, 303 ss., ora in *Scritti*, II, cit., 753 ss.; M. TALAMANCA, voce *Documentazione*, cit., 554 ss.; M. AMELLOTI, G. COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, Roma, 1975, 7.

¹⁵⁷ Cfr. G.G. ARCHI, *Oralità*, cit., 304 ss., ora in *Scritti*, II, cit., 754 ss.

¹⁵⁸ Per un elenco di luoghi in cui si incontra proprio tale procedimento volto alla determinazione degli elementi essenziali dei vari negozi partendo dai dati concreti emergenti dalla scrittura v. G.G. ARCHI, *Indirizzi*, cit., 689, nt. 2, ora in *Scritti*, III, 1813, nt. 49. Nell'elenco citato si trovano anche alcuni frammenti di nostro interesse: Ulp.

problemi di forma e struttura erano considerati per risolvere un problema sostanziale, di cui al più la scrittura poteva far prova. Solo nei casi in cui l'elemento della scrittura fosse stato previsto dall'ordinamento come requisito (cfr. Gai 3.128-134), allora vi sarebbe stato spazio per affrontare il problema della natura del documento¹⁵⁹.

In Scaev. D. 13.5.31, dunque, vi è un riconoscimento di debito, proprio come in Scaev. D. 13.5.26, ma, a differenza di tale ultimo caso, non sorge alcun vincolo obbligatorio, non nasce un *constitutum*¹⁶⁰, perché dal tenore della lettera non emerge alcuna volontà, neppure implicita, di adempiere. Già si è visto che il riconoscimento non implica di per sé una promessa di *solutio*, mentre si può dire, e *converso*, che la promessa di adempimento generalmente implichi un riconoscimento del debito¹⁶¹.

Annota Scapini: «è proprio l'interpretazione della dichiarazione confessoria che conduce Scevola a negare l'esistenza, nella specie, di un *constitutum*: date le circostanze in cui è stata fatta, la dichiarazione di Publio Mevio non lascia trapelare, sia pure implicitamente, la volontà di pagare in ogni caso il debito del proprio zio e rimane pertanto mero riconoscimento senza alcun effetto obbligatorio»¹⁶².

Un altro effetto delle confessioni stragiudiziali – cioè il trasferimento dell'onere della prova – si vede agire nel frammento seguente, che fa forse riferimento al *receptum argentarii*¹⁶³ ed è ai nostri fini chiaramente esemplificativo:

D. 13.5.5.3, Marcel. D. 13.5.24 e Scaev. D. 13.5.26, ma non Scaev. D. 13.5.31 che, a mio parere, può essere senz'altro aggiunto.

¹⁵⁹ Soltanto con Giustiniano si porrà il problema del valore dell'*instrumentum* come requisito *ad substantiam*; cfr. G.G. ARCHI, *Indirizzi*, cit., 663 ss., 710 ss., ora in *Scritti*, III, cit., 1782 ss., 1834 ss.

¹⁶⁰ *Contra* J. ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 71, nt. 2; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., I, 233.

¹⁶¹ Così anche G. PUGLIESE, *Intorno al riconoscimento*, cit., 22, ora in *Scritti*, V, cit., 227; concorde N. SCAPINI, *La confessione*, cit., 226.

¹⁶² N. SCAPINI, *La confessione*, cit., 225, rimarca che, perché la ricognizione di debito possa essere interpretata come un *constitutum*, occorre naturalmente che emerga dalla dichiarazione la volontà di adempiere; così già C.G. BRUNS, *Das 'constitutum'*, cit., 279 ss.; G. ASTUTI, *Studi*, II, cit., 237 ss.

¹⁶³ Da ultimo, cfr. M. PEDONE, *Per argentarium*, cit., 98 ss.

Paul. 4 resp. D. 16.3.26.2: *‘Titius Sempronius salutem. Habere me a vobis auri pondo plus minus decem et discos duos saccum signatum: ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis: item quos Trophimati decem: item ex ratione patris vestri decem et quod excurrit’. Quaero, an ex huiusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniae causam attinet. Respondit ex epistula, de qua quaeritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse.*

L’obbligo di restituzione in capo al depositario non sorge per effetto della dichiarazione stragiudiziale scritta di avere presso di sé qualcosa in deposito, ma dal fatto stesso del deposito. A ben vedere lo scrivente non si impegna ad alcuna prestazione e Platschek pone il frammento in comparazione con D. 13.5.24, evidenziandone le differenze e sottolineando come da questa dichiarazione non possa sorgere responsabilità *ex constituto*¹⁶⁴. Tale dichiarazione, tuttavia, dispiega una propria efficacia, facendo sì che i Sempronii, qualora avessero agito con l’*actio depositi* contro Tizio – il dichiarante – sarebbero stati esonerati dal rendere la prova del titolo (*probatio depositarum rerum*), essendosi trasferito l’onere della prova dei fatti negativi o impeditivi in capo a Tizio, secondo una dinamica simile a quella delle presunzioni relative¹⁶⁵.

Dunque, ritornando ancora a Scaev. D. 13.5.26, non posso che riaffermare, in forza di queste ulteriori comparazioni, la mia opinione che non si debba escludere la ravvisabilità nel testo del frammento di una dichiarazione stragiudiziale di riconoscimento del debito altrui, inquadrabile nella tipologia negoziale del *constitutum debiti alieni*.

Ora, l’assunto che anche *per litteras* si potesse costituire un debito pregresso, almeno in età ‘postclassica’, è corroborato da un già citato frammento ulpiano¹⁶⁶:

¹⁶⁴ Cfr. J. PLATSCHKEK, *Das Edikt*, cit., 232.

¹⁶⁵ Cfr. N. SCAPINI, *La confessione*, cit., 211 ss.

¹⁶⁶ Nell’apertura della propria esegesi di Ulp. D. 13.5.14.3, T. BOLTE, *‘Pecunia’*, cit., 171, richiama i frammenti posti al nostro interesse (Ulp. D. 13.5.5.3; Marcel. D. 13.5.24; Scaev. D. 13.5.26) che presentano dichiarazioni scritte, in cui non s’impiega il verbo *constituere*. In forza di questi passi Bolte non ha dubbi circa il fatto che per i giuristi non fosse necessario il ricorso a espressioni formali.

Ulp. 27 *ad ed. D.* 13.5.14.3: *Constituere autem et praesentes et absentes possumus, sicut pacisci*¹⁶⁷, *et per nuntium et per nosmet ipsos, et quibuscumque verbis.*

Questo passo è sovente richiamato, anche nelle trattazioni istituzionali¹⁶⁸, come prova della possibilità di concludere un *constitutum* in modo informale, fondando tale ipotesi sulla chiusa *et quibuscumque verbis*, che, però, può rappresentare un’aggiunta posteriore¹⁶⁹.

La tesi dell’aggiunta appare nelle linee essenziali condivisibile anzitutto per una ragione sistematica: nella massa sabiniana cui appartengono questo brano e il successivo fr. 15 di Paolo i giuristi si occupano dei soggetti che concludono un *constitutum* e non delle modalità formali di tale conclusione: pertanto il riferimento ai *verba* generanti l’obbligo può apparire fuori contesto¹⁷⁰. Inoltre, è evidente l’assonanza di questa chiusa con il dettato della nota costituzione di Leone del 472 (C. 8.27.10 e I. 3.15.1)¹⁷¹, ai sensi della quale la *stipulatio* (paradigma di ogni negozio formale) poteva concludersi proprio *quibuscumque verbis*. La Rosa¹⁷² ritiene probabile che la fine del formalismo nella conclusione della *stipulatio* e il più volte accennato avvicinamento della *stipulatio* al *constitutum* abbiano provocato il mutamento deformalizzante della

¹⁶⁷ Per i profili di complessità che presenta la locuzione *sicut pacisci*, cfr. P. COSTA, ‘*Pecunia*’, cit., 151 ss.

¹⁶⁸ *Exempli gratia*, cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, 491, nt. 6.

¹⁶⁹ Cfr. F. LA ROSA, *Il formalismo*, cit., 209.

¹⁷⁰ J. PLATSCHEK, *Das Edikt*, cit., 72, considera poco cogente tale argomento, giacché la correlazione tra i due frammenti sarebbe di ordine tematico e non si deve pensare a un rapporto senza soluzione di continuità tra i testi; inoltre, nega anche da un punto di vista stilistico l’ipotesi di interpolazione, in quanto la locuzione *quibuscumque verbis* apparterebbe al linguaggio di Ulpiano, come si evincerebbe da Ulp. 14 *ad Sab. D.* 38.4.1.3. Tuttavia, Platschek non considera che quest’ultimo frammento è sospettato del medesimo tipo di interpolazione, giacché la locuzione richiama letteralmente I. 3.8.3; cfr. G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 210, ora in *La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*, a cura di P. Giunti, Firenze, 2019, 692; R. SIGNORINI, ‘*Adsignare libertum*’. *La disponibilità del ‘patronatus’ tra normazione senatoria ed ‘interpretatio’ giurisprudenziale*, Milano, 2009, 117 ss.

¹⁷¹ Sulla *Leoniana constitutio*, da ultimo, cfr. F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 26 ss.

¹⁷² F. LA ROSA, *Il formalismo*, cit., 209.

disciplina di quest’ultimo istituto. Tuttavia, a me pare che il problema sia da affrontare da un’angolatura visuale parzialmente diversa e cioè proponendo di collocare la deformalizzazione del *constitutum* a un momento anteriore rispetto alla costituzione di Leone e quindi ammettendo che già prima del V secolo si potesse concludere un *constitutum inter absentes*, ad es. per lettera.

Invero, la stessa La Rosa, in un più recente contributo sul *constitutum*¹⁷³, rimarca come la costituzione del 472 d.C. rappresenti, più che un’innovazione, l’accoglimento di una prassi diffusa di deformalizzazione dei negozi giuridici. Tale prassi pare, in effetti, trovare conferma in altri provvedimenti imperiali che sembrano avere la stessa finalità semplificatrice delle forme. Una costituzione imperiale del 339 d.C.¹⁷⁴ (C. 6.23.15)¹⁷⁵ sopprime la necessità della *solemnitas* per l’istituzione di erede: a proposito di essa il legislatore parla di *inanis observatio* e di *imaginarius usus*, espressioni che «indicano che l’uso delle forme solenni era così lontano dalla realtà, da parere cosa irreal e vuota di senso», come scrive Maschi¹⁷⁶. Nel 428 d.C. ogni formalità è abolita da Teodosio (C.Th. 3.13.4)¹⁷⁷ anche in riferimento alla costituzione della

¹⁷³ F. LA ROSA, L’*adiectus solutionis causa*’ e il ‘*constitutum debiti*’, in *Index*, 36, 2008, 278.

¹⁷⁴ Nel *Codex Iustinianus* la costituzione è attribuita a Costantino: ritengono che sia, invece, da ascrivere a Costanzo C.A. MASCHI, *La solennità della ‘heredis institutio’ nel diritto romano*, in *Aegyptus*, 17, 1937, 221 (a nt. 2 citazione di altra letteratura); P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*², II, Milano, 1963, 129; M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*. I, *Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, 249. Probabilmente la costituzione appartiene a un unico provvedimento legislativo insieme a C. 6.9.9 e C. 6.37.21; cfr. B. ALBANESE, *L’abolizione postclassica delle forme solenni nei negozi testamentari*, in *‘Sodalitas’. Scritti in onore di A. Guarino*, II, Napoli, 1984, 779 ss. Per l’attribuzione a Costantino, cfr. P.O. CUNEO, a cura di, *La legislazione di Costantino II, Costanzo II e Costante*, Milano, 1997, 31 ss.

¹⁷⁵ Cfr. B. ALBANESE, *L’abolizione*, cit., 778, nt. 2.

¹⁷⁶ C.A. MASCHI, *La solennità*, cit., 222.

¹⁷⁷ Tale costituzione è riportata con alcuni ritocchi in C. 5.11.6, ove viene espunto il riferimento alla *dois dictio*. Sulla costituzione, cfr. G.G. ARCHI, *Indirizzi*, cit., 682 ss., ora in *Scritti*, Vol. III, 1806 ss.; M. AMELOTTI, *Per la ricostruzione di una legge di Teodosio II*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, II, Milano, 1956, 300 s., ora in *Scritti giuridici*, a cura di L. Migliardi Zingale, Torino, 1996, 588 s.; A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Dotis*

dote. Tali provvedimenti imperiali segnalano la progressiva decadenza del rigore degli istituti formali ed è ragionevole congetturare che tale processo abbia investito anche il *constitutum* ben prima della *Leoniana constitutio*, che riguarda un contratto per il quale più stringenti erano i vincoli di forma. Inoltre, può a mio avviso pensarsi – anche se resta solo un’ipotesi non suffragata dalle fonti – che nel periodo di contrazione delle attività bancarie, collocato dalla dottrina più autorevole nel IV secolo¹⁷⁸, abbiano trovato maggiore diffusione, nella prassi, negozi non ‘professionali’, come il *constitutum*, che (non essendo astratti) assicuravano al garante una protezione maggiore rispetto al *receptum*. Si può ritenere che sia stato proprio questo il periodo della semplificazione delle forme dell’istituto.

La locuzione finale di Ulp. D. 13.5.14.3 può, quindi, considerarsi forse un’aggiunta rispetto all’originale ulpiano¹⁷⁹ non tanto perché segno di un intervento di manipolazione del regime del *constitutum* finalizzato a una trasposizione del nuovo regime della *stipulatio*, quanto piuttosto perché tentativo di consacrare il mutamento strutturale che già aveva subito, autonomamente, il *constitutum* nella propria evoluzione. Un’evoluzione che si può certo considerare parallela a quella della *stipulatio*, paradigmatica dell’orientamento assunto in età tardoantica dal

dictio’, Bologna, 1975, 159 ss.; ID., ‘*Dotis dictio*’. *Iusurandum liberti*’, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, a cura di J. Paricio, Madrid, 1994, 488.

¹⁷⁸ Si vedano, anche per le diverse ipotesi di collocazione temporale della ‘contrazione’ e della ‘ripresa’ delle attività bancarie: J. ANDREAU, *Declino e morte dei mestieri bancari nel Mediterraneo occidentale (II-IV d.C.)*, in *Società romana e impero tardoantico*, I. *Istituzioni, Ceti, Economia*, a cura di A. Giardina, Roma-Bari, 1986, 601 ss.; J.M. CARRIÉ, *Le riforme economiche da Aureliano e Costantino*, in *Storia di Roma*, III. *L’età tardoantica I. Crisi e trasformazioni*, a cura di A. Schiavone, Torino, 1993, 286; ID., *Le métiers de la banque entre public et privé (IV^e - VI^e siècle)*, in *AARC*, 12, Napoli, 1998, 65 ss.; A. PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell’organizzazione delle banche romane*, Torino, 2002, 173 ss.; F. FASOLINO, *Servi argentarii fra III e IV secolo d.C.*, in *AARC*, 23, Roma, 2019, 391 ss.; A. PETRUCCI, *Ancora sulle attività bancarie nel Tardo Antico*, in *KOINΩNIA*, 44, 2020, 1311 ss.

¹⁷⁹ Del tutto (e forse eccessivamente) conservativo appare T. BOLTE, ‘*Pecunia*’, cit., 180 s., il quale ritiene ‘classica’ anche la chiusa; quel che rileverebbe sarebbe la riconducibilità di fatto della fattispecie entro la cornice del *constitutum*.

sistema contrattuale. Archi¹⁸⁰ ha dimostrato, in modo innovativo rispetto alla dottrina precedente e ancora valido, che l’evoluzione della *stipulatio* nella prassi e nella legislazione imperiale, dal III sec d.C. in avanti, non va considerata un fenomeno limitato a questo istituto e inquadrabile in seno a una lotta tra le solennità verbali romane e la forma scritta propria del mondo ellenistico. I provinciali incontravano difficoltà e quindi muovevano opposizione non tanto alla forma quanto ai tecnicismi giuridici romani. In tale contesto aumentò il peso dato alle dichiarazioni confessorie comunque strutturate, specialmente se contenute in documenti scritti, e diminuì il valore delle parole tecniche, come lo stesso verbo *constituere*, la cui pronuncia si può considerare essere stata perfino essenziale nella fase primigenia dello sviluppo dell’istituto¹⁸¹.

5. Considerazioni conclusive

In questo approfondimento si è partiti dal rilievo di Pedone circa l’assenza dell’*adiectio diei* in Scaev. D. 13.5.26. A tal riguardo, in conclusione, è opportuno richiamare un discusso frammento di Paolo¹⁸²:

Paul. 29 *ad ed.* D. 13.5.21.1: *Si sine die constituas, potest quidem dici te non teneri, licet verba edicti late pateant: alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim ut constituisti non solvas: sed modicum tempus statuendum est non minus decem dierum, ut exactio celebretur.*

Se è vero che apparentemente si tratta di un costituito che ha efficacia obbligante quantunque concluso *sine die*, tuttavia la medesima attenzione riservata nell’*incipit* al *dies* fa percepire quanto la questione della presenza di tale elemento permanesse rilevante per la giurisprudenza. Se ne ha conferma dallo stesso stile con cui prosegue l’argomentazione: *potest dici*

¹⁸⁰ Cfr. G.G. ARCHI, *Indirizzi*, cit., 688 ss., ora in *Scritti*, III, 1812 ss.

¹⁸¹ Cfr. P. COSTA, *Pecunia*, cit., 138 ss. Sulla semantica giuridica di questo verbo, cfr. V. GIODICE SABBATELLI, *‘Constituere’: dato semantico e valore giuridico*, in *Labeo*, 27, 1981, 338 ss.

¹⁸² Riprendo qui, ma con variazioni, alcuni spunti cui accennai in P. COSTA, *Pecunia*, cit., 135, nt. 35.

te non teneri. La prima risposta che il giurista dà è negativa (pur con una rigidità attenuata), segno che questa è la risposta derivante dalla tradizione giuridica. Oltre all’interpolazione nell’ultima parte, pacificamente ammessa, con il richiamo della fissazione, forse in virtù di un provvedimento legislativo¹⁸³, di un termine implicito¹⁸⁴, la struttura stessa del passo induce a propendere per una reinterpretazione tardoantica, quando l’esigenza dell’*adiectio diei* era, come già detto più volte, meno sentita, specialmente nel caso di *constitutum debiti alieni*.

Tale conclusione, che mi pare da accettarsi anche in virtù della stravaganza sistematica del passo rispetto al contesto, non fu serenamente accolta in dottrina. Nella seconda metà del XIX secolo il Bruns, con decisa argomentazione¹⁸⁵, e il Karlowa¹⁸⁶, con qualche perplessità in più, ritennero genuino l’intero frammento. Tra gli studiosi immediatamente successivi solo il Kappeyne¹⁸⁷ insegnò che qui Paolo apertamente negasse l’efficacia obbligatoria di un *constitutum sine die*, mentre autori posteriori, anche nelle loro trattazioni manualistiche¹⁸⁸, sostennero che il giureconsulto manifestasse soltanto alcuni dubbi, ma che poi ammettesse la pronta efficacia del vincolo e l’esperibilità dell’azione *et confestim*, finalizzata a permettere, immediatamente, l’escussione del debitore. Guarneri Citati¹⁸⁹ rivolse le sue critiche a tale lettura negando che dal fr. 21 possa inferirsi la validità, già per la giurisprudenza di età severiana, di un *constitutum sine die* con l’effetto di rendere immediatamente esigibile la promessa di pagamento in esso contenuta, in collisione con l’essenza – almeno originaria – dell’istituto,

¹⁸³ G. ASTUTI, *Studi*, II, cit., 39, cita la tradizione esegetica risalente al Fabro che attribuisce l’ispirazione di tale provvedimento a Triboniano.

¹⁸⁴ Aderiscono alla dottrina tradizionale, che rileva molteplici interpolazioni nel testo, anche J. ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 97 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 232; P. VOCI, *Le obbligazioni romane. (Corso di Pandette). Il contenuto dell’obbligatio*. I, 1, Milano, 1969, 308, nt. 39; F. LA ROSA, *Il formalismo*, cit., 206.

¹⁸⁵ Cfr. C.G. BRUNS, *Das ‘constitutum’*, cit., 251, 276 ss.

¹⁸⁶ Cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig, 1901, 1376 ss.

¹⁸⁷ Cfr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Über ‘constituta’*, cit., 261 ss.

¹⁸⁸ Cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., 240; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, a cura di F. Senn, Paris 1929, 641.

¹⁸⁹ A. GUARNERI CITATI, *Semel commissa poena non evanescit*, in *BIDR*, 32, 1922, 251 s.

che è quella di consentire una dilazione dell’adempimento¹⁹⁰. Astuti¹⁹¹ aderì sostanzialmente a quest’ultima posizione, arricchendola di puntualizzazioni e congetturando che, oltre all’interpolazione nella chiusa (*sed modicum ... celebretur*), vi sia stata una rilettura giustiniana anche della parte precedente del passo, utilizzando come baricentro ermeneutico la chiusa stessa. Espunta l’aggiunta, la frase *alioquin ... solvas* sembrerebbe contenere non già un momento di contraddizione con quanto precede (recante quindi la vera risposta paolina), bensì una conferma, attraverso un argomento *ab absurdo*, con la funzione di limitare le possibilità interpretative scaturenti dalla vasta latitudine semantica delle parole dell’editto.

Sicuramente l’affermazione di una posizione dogmatica palesemente contrastante con la tradizione giuridica pregressa avrebbe richiesto un’argomentazione assai più precisa rispetto all’ambigua frase *alioquin ... solvas*, che inizia con un molto equivoco *alioquin*, ma è l’esame del contenuto che fa propendere per la riconduzione di tale frase a un argomento retorico e non a una risposta rivelatrice di un’innovazione giuridica. Si ammetta la validità e l’efficacia di un costituito di debito proprio *sine die*, generante un’azione *de pecunia constituta* esperibile *immediatamente* qualora l’obbligato non avesse *immediatamente* adempiuto: quale utilità nella pratica degli affari avrebbe avuto tale negozio? E soprattutto: come potrebbe ritenersi conforme alla *ratio* dell’istituto concedere al creditore la legittimazione concreta ad agire *confestim*, secondo la normale tutela giurisdizionale delle obbligazioni contrattuali pure, con un’azione gravosa come quella da costituito, cui accedeva la *sponsio dimidiae partis*? E si consideri che tale *sponsio* rappresentava probabilmente anche una forma di risarcimento per la lesione dell’*utilitas temporis*, *utilitas* che qui non si rintraccerebbe, essendo contestuale l’assunzione dell’obbligo e il momento in cui può agirsi in giudizio.

¹⁹⁰ La stessa interpolazione del *modicum tempus* è motivata dal Guarneri Citati (*op. e l. ult. cit.*) con la necessità di salvare il *constitutum* dalla nullità derivante dal fatto che l’obbligazione di pagare immediatamente contrastasse con l’essenza dell’istituto.

¹⁹¹ Cfr. G. ASTUTI, *Studi*, II, cit., 41.

La tormentata argomentazione di Paolo può spiegarsi appuntando la nostra attenzione su un suo stesso inciso: *licet verba edicti late pateant*. Le possibilità di ricondurre al costituito anche un negozio *sine die* derivano dall’assenza nel testo editale del riferimento al *dies* stesso: infatti il verbo *constituere*, che in origine verisimilmente comprendeva in sé l’elemento della statuizione di una data e che con questo significato probabilmente era entrato nell’editto¹⁹², era venuto a perdere tale connotazione semantica, legittimando il dubbio. I giuristi dell’età del Principato, o almeno Paolo, dubitarono, ma non tralignarono dalla tradizione e ciò è suffragato *ex post* dall’analisi della chiusa aggiunta dai compilatori: l’azione può radicarsi subito, ma il giudice deve concedere un breve termine non inferiore a dieci giorni per il pagamento (*modicum tempus ... non minus decem dierum ut exactio celebretur*). Si noti che l’intervento del giudice è autoritativo, ma non è difforme dalla *ratio* di dilazione dei termini del pagamento che è peculiare del nostro istituto, segno e conferma del perdurante riconoscimento – *sensim ac sine sensu* – del valore di base che rivestiva il *dies constituti*.

Quel che si può, dunque, ipotizzare è che all’età di Paolo il requisito del *dies* non fosse già più pacificamente sentito come di necessaria ricorrenza per la validità e l’efficacia del *constitutum*, ma che il giurista si sia mantenuto fedele alla dogmatica ‘tradizionale’¹⁹³. Di questa evoluzione si ha conferma nel testo di Scevola, da cui siamo partiti (Scaev. D. 13.5.26) in cui, con riferimento al *constitutum debiti alieni*, il problema della mancanza dell’*adiectio diei* neppure si pone. Ciò fa pensare che per questa seconda forma in cui si atteggia il *constitutum*, nella quale prevale la caratura di garanzia, sia andata lentamente scomparendo l’indicazione del *dies*. Proprio questa forma rappresenta significativamente la figura di costituito più diffusa nella tarda età ‘classica’, nella tarda antichità e nel periodo giustiniano¹⁹⁴, ed è

¹⁹² Cfr. P. COSTA, ‘*Pecunia*’, cit., 134 ss.

¹⁹³ Sull’attitudine di Paolo di fedeltà alla tradizione giuridica, nei suoi diversi aspetti, di recente, cfr. M. BRUTTI, ‘*Iulius Paulus, Decretorum libri tres. Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri sex*’, Roma-Bristol, CT, 2020, 3 ss.; ID., *Le violenze politiche e il valore del passato. Un’ipotesi su Giulio Paolo*, in *AUPA*, 63, 2020, 21 ss.

¹⁹⁴ Cfr. T. BOLTE, ‘*Pecunia*’, cit., 52.

anzitutto per tale figura che sono a tema le questioni dianzi esposte circa la possibilità di *constituta per litteras*.

Già Frezza¹⁹⁵ commentando contestualmente Ulp. D. 13.5.5.3, Scaev. D. 13.5.26¹⁹⁶ e Scaev. D. 13.5.31 notava la vicinanza formale tra queste fattispecie, che hanno la forma dell’*epistula*, ma anche la vicinanza sostanziale, dacché non provengono dal debitore, ma da un terzo, e non contengono la determinazione del *dies solutionis*. La validità di tali negozi è data dalla funzione – la *causa* ben si potrebbe dire – di questi particolari *constituta*. Il costituito in sé è considerato degno di peculiare protezione giuridica, poiché promessa di pagamento che accorda al creditore un affidamento maggiore rispetto a quello che nasce dal puro rapporto obbligatorio. Nel caso del *constitutum debiti alieni*, non è tanto nell’*adiectio diei*, quanto «nella stessa costituzione del rapporto trilatero della struttura delle garanzie personali delle obbligazioni (...) che è data implicitamente la base di un maggiore affidamento per il creditore»¹⁹⁷. Da ciò si ricava la minore centralità del riferimento al *dies constituti*, che emerge nei frammenti di nostro interesse.

Bolte¹⁹⁸ ha assai di recente ripercorso l’evoluzione tardoantica del regime del *constitutum* e alla sua ampia ricostruzione rinvio, menzionando qui solo alcuni elementi rilevanti ai nostri fini: già dall’età severiana il *constitutum debiti proprii* perdette gran parte della sua peculiare funzione¹⁹⁹ e lentamente smarrì anche la distinguibilità rispetto ad altre forme di promessa. È il *constitutum debiti alieni* a mantenere e accrescere la propria utilità, in quanto negozio con causa di garanzia; correlativamente l’*actio de pecunia constituta* acquisì una funzione reipersecutoria e non più penale. Le connotazioni formali e terminologiche proprie del costituito ‘classico’ s’infirmarono, come si coglie anche solo da due rilievi, uno proveniente dall’ambiente occidentale, l’altro da quello orientale.

¹⁹⁵ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 233 ss.

¹⁹⁶ Si noti – richiamando uno dei problemi palinogenetici da cui si era partiti – che Frezza non associa il fr. 26 ai fr. 27 e 28.

¹⁹⁷ P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 234.

¹⁹⁸ Cfr. T. BOLTE, *Pecunia*, cit., 365 ss., ove le fonti e la bibliografia.

¹⁹⁹ Così già G. ASTUTI, *Studi*, II, cit., 318 ss.

Se in Paul. Sent. 2.21 si legge: *Si quod mihi L. Titius debet, soluturum te constituas, teneris actione pecuniae constitutae*, nell’*Interpretatio* corrispondente si trova: *Si quis pro alterius debito se pecuniam promiserit redditurum, ad solutionem statutae promissionis est retinendus*. Nella semplificazione dell’interprete della *sententia* – che riguarda proprio un *constitutum debiti alieni* – il verbo originario (e probabilmente in principio tecnico²⁰⁰) *constituere* (presente nel dettato di Paul. Sent. 2.21) è sostituito con il generico *promittere*, il che induce a ritenere che il nostro istituto sia stato ricondotto, nella prassi interpretativa e applicativa, nell’ampio alveo delle generiche promesse di debito.

D’altra parte in Oriente²⁰¹ le scuole di diritto garantivano certamente una riflessione più speculativa e rigorosa e se ne ha prova – in *mirror reading* – riguardo al nostro tema, se si considera che Giustiniano nella costituzione di riforma (C. 4.18.2.1d) richiama proprio la *subtilitas* delle discussioni terminologiche sugli elementi del *constitutum*. Nondimeno, nella prassi si verificò un fenomeno, la cui considerazione è feconda ai nostri fini. Bolte, sulla scorta di Taubenschlag²⁰², ricorda che in papiri pregiustiniani s’incontra il negozio denominato ἀντιφώνησις, con il *nomen* che le Novelle greche e altri testi bizantini accordano al *constitutum debiti alieni*. Inoltre, lo studioso rimarca che nel § 34 (ed. Zachariä von Lingenthal) del trattato (forse in questa parte pregiustiniano²⁰³) *De*

²⁰⁰ Cfr. P. COSTA, ‘*Pecunia*’, cit., 138 ss.

²⁰¹ M. KASER, *Das Römische Privatrecht*², II, München, 1975, 383, ritiene che in Oriente il *constitutum* fosse andato in disuso, con un’opinione che, a mio parere giustamente, non convince Bolte.

²⁰² Cfr. R. TAUBENSCHLAG, *Geschichte der Rezeption des römischen Privatrechts in Aegypten*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d’insegnamento*, I, Milano, 1930, 418 e nt. 389; ID., *The Law of the Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, München, 1955, 415. Sul tema si veda, da ultimo, M. PEDONE, ‘*Per argentarium*’, 111 e nt. 9.

²⁰³ Sull’incerta datazione del paragrafo e sui possibili interventi manipolatori postgiustiniani, da ultimo, cfr. J.-D. RODRÍGUEZ MARTÍN, *El tratado ‘De actionibus’ y sus apéndices*, Santiago de Compostela, 2016, 174. L’ipotesi maggioritaria è che l’assenza dell’*actio recepticia* tra le azioni trattate sia segno della fusione giustiniana tra gli istituti; cfr. C. FERRINI, *Sull’opuscolo greco intitolato ‘de actionibus’*, in *Rendiconti del R. Istituto Lombardo*, II.26, 1893, 718, ora in *Opere*, 1. *Studi di diritto romano bizantino*, a cura di V.

actionibus si invita l’attore che intende comporre un libello «contro colui che aveva promesso l’adempimento» (κατὰ τοῦ ἀντιφωνήσαντος)²⁰⁴ a esperire l’*actio de pecunia constituta*, della quale si può apprezzare, dunque, la vitalità tardoantica. Bolte, in forza di questa e di altre fonti, mostra chiaramente come non si sia compiuto un recepimento a livello locale di un istituto giuridico romano, ma si sia verificata l’assimilazione al *constitutum* di fattispecie negoziali già diffuse nella prassi giuridica locale, cui si sono attribuiti adeguati disciplinamento e protezione, specialmente dopo il 212, secondo le norme di diritto romano.

È anche considerando questi elementi di evoluzione diacronica e di complessità di forme giuridiche (nelle diverse regioni dell’Impero) che possono intravedersi strade di ampliamento delle modalità di conclusione dei *constituta*. Se si ricorda P.Yadin I 5, si può pensare che fattispecie almeno astrattamente assimilabili al *constitutum* s’incontrassero nella prassi locale già all’inizio del II sec. d.C.

Conclusivamente, mi pare che sia del tutto ragionevole congetturare la possibilità che si dessero, già alla fine dell’età del Principato e comunque nel periodo pregiustiniano, *constituta* (specialmente e anzitutto *debiti alieni*) conclusi *per litteras*, eventualmente anche non recanti l’*adiectio diei*, purché fosse rispettato il vincolo di accessoria con l’obbligazione principale. Pertanto, non si può riconoscere in questi elementi formali una valida motivazione per ritenere che Scaev. D. 13.5.26, il frammento scevoliano da cui ha preso le mosse il nostro percorso, non possa riguardare un costituito di debito.

ABSTRACT

L’articolo muove dall’esegesi di Scaev. 1 *resp.* D.13.5.26, all’interno del contesto del titolo 13.5 del Digesto per mostrare la possibilità che già

Arangio-Ruiz, Milano, 1929, 366 s.; U. ZILLETTI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, 116, nt. 12.

²⁰⁴ Si tratta del § 39 nell’edizione di F. SITZIA, *De actionibus*. Edizione e commento, Milano, 1973, 46 s., e in quella appena menzionata di Rodríguez Martín.

alla fine dell'età del Principato e comunque nel periodo pregiustiniano, si dessero *constitutata* (specialmente e anzitutto *debiti alieni*) conclusi *per litteras*, eventualmente anche non recanti l'*adiectio diei*, purché fosse rispettato il vincolo di accessorietà con l'obbligazione principale. Sono oggetto di esame soprattutto Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.5.3; Marcel. *l. sing. resp.* D. 13.5.24; Scaev. 5 *dig.* D. 13.5.31 e Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.14.3. Si intende così affermare come non si possa riconoscere in questi elementi formali una valida motivazione per ritenere che Scaev. D. 13.5.26 debba riguardare la disciplina del *receptum argentarii*.

The article focuses on the exegesis of Scaev. 1 *resp.* D.13.5.26, within the context of Title 13.5 of the Digest to show the possibility that already at the end of the age of the Principate and in any case in the Prejustinian period, *constitutata* (especially *debiti alieni*) could be concluded *per litteras*, even without the *adiectio diei*, but with the respect for the link of dependence with the principal obligation. The focus of the paper is specially on Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.5.3; Marcel. *l. sing. resp.* D. 13.5.24; Scaev. 5 *dig.* D. 13.5.31; Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.14.3. Thus, the aim of this article is to state that these formal elements do not represent a valid reason for considering that Scaev. D. 13.5.26 should concern the discipline of *receptum argentarii*.

PAOLO COSTA

Email: paolo.costa@edu.unige.it

