

Sul c.d. deposito irregolare nel diritto romano

I. Premessa

Opportuna appare una riconsiderazione della previsione e della configurazione del c.d. deposito irregolare¹ nell'esperienza giuridica romana.

In relazione alla sua previsione nelle varie fasi dell'evoluzione dell'esperienza giuridica romana, ammessa di regola per l'epoca giustiniana², agli autori che lo ritengono introdotto ovvero organicamente regolamentato in quest'epoca³,

¹ Pur conscio della sua estraneità all'esperienza giuridica romana, ricorro all'espressione «deposito irregolare» per indicare la consegna in custodia di una somma di denaro, della quale viene trasferita la proprietà al depositario, che ha l'obbligo di restituire il *tantundem*. Cfr. in tal senso, ad esempio, F. Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in *BIDR.* 49-50, 1948, 82 s. Una espressione equivalente si riscontra in uno scolio di Stefano, *schol.* 4 [6] a Bas. 13.2.26.1 = D. 16.3.26.1, nel quale leggiamo μή καθάρων δεπόσιτον, che si può tradurre in *depositum impurum*. Cfr., per tutti, C.A. Maschi, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano 1973, 381 s., a cui avviso questa espressione può essere attribuita al diritto giustiniano, in quanto le fonti bizantine lo esprimerebbero meglio di quelle del *Corpus iuris*; G. Crifò, *Intorno alla categoria della irregolarità*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano 7-9 aprile 1987)*, Milano 1990, 215 ss.; A. Metro, *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. locatio-conductio 'irregularis'*, in *Seminarios Complutenses* 7, 1995, 192.

² Isolate appaiono le voci contrarie, quale quella di G. Gandolfi, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano 1976, 32 ss.; o il cenno di Ph. Scheibelreiter, *Integration durch Abgrenzung? Vom Problem, das «depositum irregulare» zu 'definieren'*, in *Index* 45, 2017, 464 nt. 149: «auch in justinianischer Zeit wurde kein eigenes Institut für unregelmässige Verwahrung geschaffen oder ihr ein Titel in den Digesten zugeordnet».

³ Ritengono il nostro istituto introdotto ovvero organicamente regolamentato in epoca giustiniana: J.C. Naber, *Observatiunculae de iure romano. 93. De deposito usurario*, in *Mnemosyne* 34, 1906, 59 ss.; C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare*, in *BIDR.* 18, 1906, 121 ss.; Id. *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano 1946, 59 ss.; P. Huvelin, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain. 1 Les sources*, Lyon-Paris 1915, 518; G. Rotondi, *Contributi alla storia del deposito nel diritto romano*, ora in *Scritti Giuridici* 2, Milano 1922, 61 ss.; Id. *Natura contractus*, in *Scritti* 2 cit. 159 ss.; F. Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestionum»*, in *Scritti beatificazione Contardo Ferrini* 4, Milano 1949, 254 ss., a cui avviso (257) i testi relativi al nostro istituto sono tratti tutti da opere inserite nella massa papiniana; Maschi, *La categoria* cit. 381 ss.; W.M. Gordon, *Observations on «Depositum Irregulare»*, in *Studi in onore Arnaldo Biscardi* 3, Milano 1982, 363, a cui avviso i compilatori hanno creato una dottrina generale del *depositum irregulare* raggruppando i principali testi insieme, lasciando visibile il contesto originale delle discussioni dei giuristi; F. Gómez-Carbajo de Viedma, *Figuras especiales de depósito*, in *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid 1994, 288 ss. Sostanzialmente nello stesso senso cfr. R. Vigneron, *Résistance du droit romain aux influences hellénistiques: le cas du dépôt irrégulier*, in *RIDA.* 31, 1984, 307 ss.

ricomprendendo per l'epoca classica nel mutuo i relativi rapporti⁴, si contrappongono quelli che lo vedono già elaborato dalla giurisprudenza classica unitariamente considerata⁵, ovvero conosciuto da alcuni giuristi del secondo o terzo

⁴ In questa ottica il deposito irregolare informale era semplicemente considerato come un mutuo dai giuristi classici: cfr. Naber, *Observatiunculae* cit. 59 ss.; C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 121 ss.; Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestionum»* cit. 255; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1957 (rist.), 481 nt. 1; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* 2, Milano 1947, 346 s.; B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1965, 480; A. Burdese, *Diritto privato romano*, Torino 1993, 435; C. Sanfilippo, *Istituzioni di diritto romano*, Soveria Mannelli 2002, 295. Una diversa posizione è stata avanzata da Th. Niemeyer, *Depositum irregulare*, Halle 1889, 1 ss., che, scrivendo in una fase anteriore all'affermarsi della ricerca delle interpolazioni, e pur identificando deposito irregolare con il mutuo, riteneva che Papiniano e Paolo (a differenza di Ulpiano) avessero accordato l'*actio depositi* per consentire la richiesta degli interessi moratori. Nello stesso senso cfr. K. Geiger, *Das depositum irregulare als Kreditgeschäft*, München 1962, 3 ss.

⁵ Cfr. G. Nicosia, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, Catania 2013, 348, che osserva incisivamente «eccezionalmente, qualora venisse depositata una somma di denaro, in particolare presso una *taberna argentaria* ... chi la riceveva ne diveniva proprietario, come nel mutuo, ed era tenuto (con l'*actio depositi*) a restituire non la stessa cosa, bensì un'altrettanta quantità di denaro. Nonostante questa forte anomalia, si trattava sempre di deposito ... e non di mutuo, perché la *causa obligacionis* non era quella del mutuo ... bensì la *causa depositi*, in quanto il deposito avveniva nell'interesse del depositante e per sua iniziativa»; G. Cervenca, *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, 108 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano* 2, Napoli 2001, 873 s., a cui avviso in una fattispecie ricondotta a mutuo in diritto classico si ammette l'utilizzazione dell'*actio depositi*; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1994, 464 s., nella cui ottica il nostro istituto è inquadrato nel deposito nel periodo classico per influsso ellenistico; V. Marotta, in A. Schiavone (a c. di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino 2003, 396 s.; A. Corbino, *Diritto privato romano Contesti – fondamenti – discipline*, Padova 2012, 651 s., che osserva come nelle fonti si riscontrino diverse posizioni tra i giuristi, probabilmente per i più risalenti si trattava di un mutuo, per quelli classici di deposito; M. Salazar Revuelta, *El deber de información, transparencia y responsabilidad ante los depósitos de los clientes pro parte de la banca: precedentes romanos*, in *Revista internacional de derecho romano*, Octubre 2013, 126; A. Collins – J. Walsh, *Fractional Reserve Banking in the Roman Republic and Empire*, in *AncSoc.* 44, 2014, 183 ss. Sostanzialmente nello stesso senso, per certi profili, può essere valutata la posizione di U. Brasiello, *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali. I. L'aspetto innovativo-interpretativo*, in *Studi in onore Pietro De Francisci* 4, Milano 1956, 471 ss., a cui avviso «i giuristi classici non si sono posti il problema del deposito irregolare dal punto di vista sostanziale (se si trattava cioè di un deposito o di un mutuo) ma quello della intentabilità dell'*actio depositi*, della *condictio* o dell'*actio furti*. Nel caso di consegna di denaro con trasferimento della proprietà trovava applicazione la *condictio*, in quella di denaro sigillato o di monete identificabili in deposito ordinario trovava applicazione l'*actio depositi* o quella *furti*, in caso di autorizzazione all'utilizzazione del denaro si doveva ricorrere alla *condictio*, impedendo di poter chiedere gli interessi se non pattuiti mediante *stipulatio*. Per ovviare a questa situazione l'imperatore Gordiano, ricollegandosi ad una prassi già presente sotto i Severi, ha tutelato convenzioni informali che consentivano la pattuizione di interessi, riconoscendo «un contratto che in sostanza è un mutuo ad interesse consacrato in una scrittura, pure assumendo la forma di deposito», intaccando gradatamente «il rigore delle figure tipiche romane, che in questo caso richiedevano un mutuo (reale e gratuito) accompagnato da una *stipulatio usurarum* (formale-verbale)» (503).

secolo d.C.⁶ (quali Cervidio Scevola⁷, Papiniano⁸, Ulpiano⁹ e Paolo¹⁰) o già anche dalla giurisprudenza tardo repubblicana¹¹, ovvero solo da essa, ed escluso da quella classica¹².

Sulla sua configurazione la *communis opinio* è orientata a considerarlo un tipo anomalo del contratto di deposito caratterizzato dalla consegna da parte del depositante al depositario di una somma di denaro, con trasferimento della pro-

⁶ M. Kaser, *Das römische Privatrecht* 1, München 1971, 536; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 551; G. Scherillo - F. Gnoli, *Diritto romano. Lezioni istituzionali*, Milano 2003, 424.

⁷ Cervidio Scevola e Papiniano: P. Collinet, *Études historiques sur le droit de Justinien* 1, Paris 1912, 114 ss.; P. Frezza, *Παρακαταθήκη*, in *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae = in Eos* 48.1, 1956, in *Scritti Giuridici* 1, Roma 2000, 155 s.; E. Betti, *Istituzioni di diritto romano* 2.1, Padova 1960, 124 s.; W. Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1, in *RIDA*. 21, 1974, 215 ss.; 2, in *RIDA*. 22, 1975, 279 ss.; M.J. García Garrido, *Diritto privato romano* (ed. italiana tradotta da M. Balzarini), Padova 1996, 368 s. Cervidio Scevola, Papiniano e Paolo: A. Petrucci, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino 2002, 34 s.; P. Cerami - A. Petrucci, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2010, 124 s. Nello stesso senso sostanzialmente cfr. Scheibelreiter, *Integration durch Abgrenzung?* cit. 443 ss., che, sulla base dell'esame soprattutto di D. 16.3.24 di Papiniano, con il richiamo anche a testi di Scevola, Paolo, Ulpiano, e Gordiano, ritiene tutelabili mediante il ricorso all'*actio depositi* relazioni sorte per effetto della *παραθήκη*, inserendo quindi nell'ambito del diritto romano la tutela di rapporti sorti in ambiente greco ellenistico, in una fase che vede l'emanazione della *Constitutio Antoniniana*.

⁸ Oltre agli autori⁷, cfr. G. Segrè, *Sul deposito irregolare nel diritto romano*, in *BIDR*. 19, 1907, 197 ss.; B. Kübler, *Griechische Tatbestände in den Werken der kassuistischen Literatur*, in *ZSS*. 29, 1908, 189 ss. Papiniano e Ulpiano: E. Volterra, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1962, 491. Papiniano, Paolo e Ulpiano (dubbi su Scevola): B. Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare' und Darlehen unterschieden?*, in *SDHI*. 28, 1962, 360 s.

⁹ Oltre agli autori⁸, cfr. H.T. Klami, «*Mutua magis videtur quam deposita*» – *Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsinki 1969, 68 ss., 227 ss.

¹⁰ Oltre all'autore⁹, cfr. E. Polay, *Die Spuren eine hellenistischen Einfluss in den Vertägen der siebenbürgischen Wachstafeln*, in *Labeo* 19, 1973, 330 ss.

¹¹ Lo vedono già elaborato nell'età tardorepubblicana e poi classica P.F. Girard, *Manuale elementare di diritto romano* (tr. it. C. Longo), Milano 1908, 544, che richiama Alfeno Varo, Papiniano e Paolo; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 110 ss.; J. Michel, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, 74 ss.; A. Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in *ZSS*. 104, 1987, 538 ss.; A. Petrucci, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II sec. a.C. – metà del III sec. d.C.)*, Napoli 1991, 119 ss.; A. Valmaña Ochaíta, *El depósito irregular en la jurisprudencia romana*, Madrid 1996, 21 ss.; M.J. García Garrido, *El Comercio, los Negocios, las Finanzas en el Mundo Romano*, Madrid 2001, 77 ss.; A. Lovato - S. Puliatti - L. Solidoro, *Diritto privato romano*, Torino 2017, 487 s.; Gandolfi, *Il deposito* cit. 90, che avanza però il dubbio che la digressione sul deposito in D. 19.2.31 sia opera di Paolo.

¹² V. Arangio-Ruiz, *Lineamenti del sistema contrattuale romano nel diritto dei papiri*, Milano 1928, 59 ss.; Id. *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1960, 312 s., ritiene che il deposito irregolare, già ammesso dalla giurisprudenza tardorepubblicana, era escluso da quella classica «assai più raffinata nell'uso dei mezzi tecnici».

prietà della stessa e conseguentemente della facoltà di utilizzarla e di restituire il *tantundem*, anche se non mancano diverse posizioni dottrinali che lo pongono quale figura intermedia tra deposito e mutuo¹³ o non individuano alcuna differenza con il deposito ordinario¹⁴.

La riconsiderazione di questi profili¹⁵ ha come filo conduttore la valutazione

¹³ Cfr., in tal senso, L. Mitteis, *Trapezitika*, in *ZSS.* 19, 1898, 209 ss., a cui avviso il deposito senza interessi pur in presenza di trasferimento della proprietà è un deposito ordinario, mentre invece la pattuizione degli interessi lo trasforma in una figura intermedia tra mutuo e deposito, sulla base del passo di Paolo, riportato in Coll. 10.7.9. Nello stesso senso sostanzialmente cfr. F. Pastori, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Milano 1992, 948. G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991, 542, ritiene che la struttura di questo istituto, molto diffuso nella pratica ellenistica, che presenta a prima vista fondamentali analogie più col mutuo che col deposito, ha creato difficoltà nel momento in cui fu recepita nella prassi romana, determinando oscillazioni ed incertezze nei testi dei giuristi classici (tra l'estensione della tutela *bonae fidei* nello schema del deposito o riconducendolo nel mutuo), la cui esegesi è resa più difficile dalla circostanza che i giustinianeî hanno decisamente ricondotto questa figura nello schema del deposito. A. Cherchi, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli 2012, 75, ritiene che il nostro contratto «rappresenta una figura negoziale al confine tra mutuo e deposito, in quanto il depositario, essendo stato autorizzato dal depositante ad usare il denaro depositato presso di lui poteva impegnarsi mediante *pactum* a restituire a quest'ultimo oltre al *tantundem* anche le *usurae* come remunerazione per aver potuto utilizzare tale denaro».

¹⁴ F. Scotti, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino 2008, 184, osserva: «A me pare che una figura di deposito irregolare non costituisca un *tertium genus* rispetto al deposito o al mutuo né nel diritto classico né in quello giustiniano, perché non soltanto ... nelle fonti manca la qualifica di irregolare o altra denominazione analoga che alluda ad un istituto peculiare, ma nemmeno vi sono elementi testuali da cui emerga che il negozio in cui il depositario ha la facoltà di restituire il *tantundem* costituisca una fattispecie anomala di deposito. In alcuni frammenti in cui si chiede se siano dovuti o meno gli interessi il negozio è concepito come vero e proprio deposito (D. 16.3.25.1, 16.3.26.1, 16.3.28, 16.3.29.1; C. 3.43.3, 3.43.4), in altri nei quali la *ratio dubitandi* riguarda il regime della responsabilità del consegnatario della somma, la fattispecie negoziale è identificata con il mutuo (D. 12.1.9.9, 12.1.10, 16.3.1.34; Coll. 10.7.9)».

¹⁵ Esulano dall'ambito della presente ricerca altri interessanti profili del nostro istituto quali le sue correlazioni con le attività bancarie ed i relativi contratti, recepiti a Roma da ambienti ellenistici, che prevedevano la possibile pattuizione di interessi, l'inserimento della sua tutela nel contesto dell'evoluzione di quella del deposito ordinario nonché dei sempre più estesi interventi attribuiti al *praefectus urbi* sull'attività degli *argentarii*. In relazione al primo profilo va rilevato come nell'ottica di vari autori, che accettano la sua classicità, il nostro istituto, che nelle fonti giuridiche aveva ad oggetto solo il denaro, appare spesso in stretta correlazione con le attività bancarie (anche se era usuale la pratica di questo negozio al di fuori di essa) pur in presenza di una notevole discrasia cronologica tra il fiorire a Roma di tali attività e la tutela approntata dall'ordinamento a questo tipo di deposito; non mancano peraltro autori che ricollegano alle attività creditizie romane principi finanziari propri delle età successive, quali la riserva finanziaria, recepita dai Romani dalle realtà ellenistiche, ed in particolare dei contratti greci, specialmente della *παρακαταθήκη*, dalla quale probabilmente può essere derivata la possibilità della previsione di interessi nel nostro istituto, di regola esclusa. Nel controverso quadro dell'evoluzione delle due formule predisposte in relazione al deposito (*in factum* ed *in ius*) diverse soluzioni sono state proposte collegando la tutela del nostro istituto di regola

del suo regime nell'epoca classica, per poi passare alla verifica dell'orientamento dottrinale univoco sulla previsione nell'epoca giustiniana del nostro istituto (creato ovvero organicamente impostato dai compilatori), che appare fondato quasi esclusivamente sulla pretesa interpolazione dei testi ad esso inerenti inseriti nei *Digesta*. Questa analisi, pur non escludendo la possibilità di limitate alterazioni dei testi classici¹⁶, deve essere a mio avviso condotta in diversa prospettiva: la ricostruzione del regime giuridico del nostro istituto nell'epoca giustiniana deve essere fondata prevalentemente sull'esame non solo delle Istituzioni e della Parafrasi greca¹⁷, ma soprattutto delle costituzioni giustiniane inserite nel Codice e delle Novelle.

II. *Panorama testuale della giurisprudenza classica: a) il nostro istituto non è menzionato nelle opere dei giuristi del primo e della prima parte del secondo secolo d.C.*

I più risalenti testi classici relativi al nostro istituto, pervenuti attraverso i *Digesta* di Giustiniano, sono tratti dai libri *Responsorum* e *Digestorum* di Cervidio Scevola, mentre nessuna sua traccia si riscontra nelle opere di giuristi del primo secolo e della prima metà del secondo¹⁸. Essendo da escludere l'omis-

successivamente alla introduzione della *formula in ius*, anche se non mancano autori che la hanno ricondotta a quella *in factum*, peraltro valutando anche gli interventi imperiali che hanno riservato un sempre più ampio numero di casi di attività degli *argentarii* alla giurisdizione *extra ordinem* del *praefectus urbi*, mentre di regola sono stati considerati irrilevanti, ai nostri fini, i casi di depositi di *pecunia* attestati nell'ambito della vita militare.

¹⁶ Appaiono significative a tal proposito le seguenti osservazioni di M. Talamanca, *La «bona fides» nei giuristi romani: «Leerformel» e valori dell'ordinamento*, in L. Garofalo (a c. di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* 4, Padova 2003, 197 nt. 555, «mi sembra che, allo stato attuale della dottrina e nella presente temperie metodologica, un sospetto sistematico ed aprioristico su codesta figura sia del tutto fuor di luogo: ciò non toglie che i singoli punti della relativa problematica possano, eventualmente, essere ancora approfonditi».

¹⁷ Cfr. Gandolfi, *Il deposito* cit. 30 ss.

¹⁸ Non appare proponibile la conoscenza nel nostro istituto nell'epoca preclassica, sulla base di un passo tratto dal quinto libro *digestorum* di Alfeno Varo, allievo di Servio Sulpicio Rufo, del quale ha probabilmente raccolto e divulgato i responsi, cfr. per tutti M. Miglietta, «*Servius respondit*». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomeni I*, Trento 2010, 8 ss.: D. 19.2.31 (Alfen. 5 dig. Paulo epit.): *In navem Saufei cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. Respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro da-*

sione volontaria o la mancata tradizione di testi in materia dei giuristi di questi periodi, si deve valutare la plausibilità della ipotesi che in queste fasi non fosse

*retur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset nisi tantundem pecuniae solveret. Secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. Quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisset nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. Et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam debere) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum. Il caso sottoposto alla valutazione del giurista riguardava la possibilità di intentare un'azione *oneris aversi* contro Saufeio da parte di alcuni mercanti, che avevano imbarcato una certa quantità di frumento, stivandolo alla rifuca, senza ricorrere a comparti separati in una sua nave, in quanto non erano riusciti ad essere soddisfatti per il naufragio della nave e la perdita del carico, dopo che in uno scalo l'armatore aveva prelevato una certa quantità del frumento comune e lo aveva restituito ad uno di essi. Servio (o Alfeno), fondandosi sulla fondamentale distinzione di *duo genera rerum locatarum* per il trasporto delle merci (a seconda che *idem redderetur* o *eiusdem generis redderetur*, cioè che il *locator* rispettivamente era proprietario, o aveva un diritto di credito) più che escludere l'applicazione di una *actio oneris aversi*, ha espresso l'opinione che nel caso non potevano trovare applicazione azioni relative alla *oneris aversio*, in quanto Saufeio era divenuto proprietario del frumento e quindi non poteva esserci *oneris aversio*; egli avrebbe potuto teoricamente rispondere per colpa, che in questo caso non si poteva riscontrare nella consegna della propria quota ad uno dei mercanti, anche se sostanzialmente lo aveva favorito, perché egli doveva necessariamente cominciare a restituire parte del frumento ad uno dei creditori, non potendolo restituire contestualmente a tutti ed inoltre il danno subito dagli altri era stato dovuto alla perdita fortuita del carico. Sull'esegesi del testo, il cui approfondimento esula dai limiti della presente ricerca, propendono per una sostanziale genuinità, pur non escludendo alcuni vizi formali frutto della tradizione manoscritta, tra gli altri, B. Albanese, *Per la storia del creditum*, in *AUPA*. 32, 1971, 88 ss.; Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 229 ss.; R. Fiori, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, 104 nt. 145; Metro, *Locazione e acquisto della proprietà* cit. 207 ss.; R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano 1995, 271 ss.; N. De Marco, *L'«actio oneris aversi»*. *Appunti su un equivoco ricostruttivo*, in *Labeo* 49, 2003, 143 ss.; G. Purpura, *Il χειρέμβολοε e il caso di Saufeio: responsabilità e documentazione nel trasporto marittimo romano*, in *AUPA*. 67, 2014, 138 ss.*

Ai nostri fini avrebbe potuto assumere particolare rilievo la digressione, estranea all'andamento logico del discorso (come incisivamente rilevato da Metro, *Locazione e acquisto della proprietà* cit. 205, 208), sul deposito di denaro non chiuso in sacchi né sigillato, del quale il depositario è tenuto a restituire il *tantundem*, se potesse essere attribuita alla riflessione di Alfeno, o a quella della scuola di Servio: essa invece appare una nota aggiunta da Paolo (Kübler, *Griechische Tatbestände* cit. 192 nt. 1; Huvelin, *Études sur le furtum* 1 cit. 518; Gandolfi, *Il deposito* cit. 90),

applicato il c.d. deposito irregolare, e che conseguentemente la dazione di denaro con la facoltà di utilizzarlo e conseguente trasferimento della proprietà fosse tutelato solo nell'ambito della *datio mutui*.

In D. 12.1.9.9¹⁹, tratto dal ventiseiesimo libro *ad edictum* di Ulpiano²⁰, nell'esame di un deposito di una somma di denaro con successiva concessione da parte del depositante al depositario della facoltà di usarla vengono riferite le opinioni di Nerva, Proculo e Marcello, a cui avviso il depositante poteva esperire la *condictio* anche prima che il depositario la avesse usata²¹, intendendo

se non addirittura una glossa postclassica (Naber, *Observatiunculae* cit. 62; Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 201; Collinet, *Études historiques* 1 cit. 117; U. Brasiello, *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati* 1, Bologna 1954, 52). Ritengono invece autentica questa digressione C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 138 ss.; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 110 ss.; Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 365; Michel, *Gratuité* cit. 76; De Robertis, *D. 19.2.31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, in *SDHI*. 31, 1965, 102 s.; Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 232; J.A.C. Thomas, *Trasporto marittimo, locazione ed «actio oneris aversi»*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria* 1, Milano 1968, 235 ss.; Gandolfi, *Il deposito* cit. 157 s.; Albanese, *Per la storia del creditum* cit. 94 s.; De Marco, *L'«actio oneris aversi»* cit. 142; Purpura, *Il χειρέμβολον* cit. 140.

¹⁹ D. 12.1.9.9: *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. Ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit et poterit ei condici.*

²⁰ O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* (nel seguito = *Pal.*) 2, Lipsiae 1889, col. 569, lo pone nella sezione «*si certum petatur*» [E 95].

²¹ Deve essere eliminata come frutto di interpolazione la parte finale: «*animo enim coepit possidere. Ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit et poterit ei condici*». Cfr. Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 108; Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestionum»* cit. 257; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 125; Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 54 s.; Litewski, *Le dépôt irrégulier* 2 cit. 282, a cui avviso appaiono indici di alterazione il passaggio dalla seconda alla terza persona, «*mutuam*» al posto di «*mutua*», il carattere superfluo della ripetizione «*et poterit condici*»; peraltro non appare corretto il richiamo all'*animo possidere* trattandosi di un trasferimento di proprietà nel momento in cui era consentita l'utilizzazione del denaro, ed infine l'incongruità dell'espressione «*mutuum rogavit*» quando nella parte iniziale del passo non si menzionava la richiesta di un mutuo, ma solo l'autorizzazione a utilizzare il denaro. Una diversa opinione è avanzata da Rotondi, *Natura contractus* cit. 252 s., a cui avviso questo testo, mentre preso per sé rappresenta l'opinione genuina di Ulpiano, nel pensiero giustiniano rispecchierebbe l'indirizzo nuovo. Nel caso di una consegna in deposito e di un successivo permesso di usare per Ulpiano il deposito si trasforma in mutuo, mentre egli non può pensare al permesso iniziale in quanto sorge *ab initio* un mutuo e non c'è spazio per il deposito. Nell'ottica dei bizantini l'essere il patto intervenuto in seguito assume notevole valore in quanto essendo un patto *ex intervallo* non può intaccare la natura del contratto. Ad Ulpiano l'ammissibilità di un tal deposito potrebbe sembrare meno assurda nell'ipotesi di un patto posteriore, che lascia sussistere la figura contrattuale nata quale deposito; per i bizantini invece il contratto resta deposito, se il patto è intervenuto *ab initio*.

che ad avviso di questi autori la possibilità di utilizzare il denaro depositato trasformava il rapporto in mutuo²².

La mancata conoscenza da parte di Giuliano di un deposito per effetto del quale veniva trasferita la proprietà del denaro può essere dedotta dal caso esaminato nel tredicesimo libro dei *Digesta* (e riferito da Ulpiano in D. 16.3.1.33²³), relativo alla consegna da parte di un servo di una somma di danaro ad un soggetto, affinché costui la trasferisse al *dominus* per la sua libertà: il giurista nega l'esperibilità dell'*actio depositi* nel caso di accettazione cosciente della somma da parte del *dominus* (informato dal depositario), mentre la ammette nel caso di consegna di danaro di proprietà di quest'ultimo in quanto in questo caso l'oggetto depositato non è stato restituito²⁴.

²² Appare a mio avviso da escludere l'adesione di Ulpiano all'opinione di Nerva, Proculo e Marcello, in quanto nel testo successivo, tratto dal secondo libro *ad edictum*, viene avanzata una diversa soluzione: D. 12.1.10: *Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum. V. infra 58.*

²³ D. 16.3.1.33 (Ulp. 30 ed.): *Eleganter apud Iulianum quaeritur, si pecuniam servus apud me deposuit ita, ut domino pro libertate eius dem, egoque dedero, an teneat depositi. Et libro tertio decimo digestorum scribit, si quidem sic dedero quasi ad hoc penes me depositam teque certiora vero, non competere tibi depositi actionem, quia sciens recepisti, careo igitur dolo: si vero quasi meam pro libertate eius numeravero, tenebor. Quae sententia vera mihi videtur: hic enim non tantum sine dolo malo non reddidit, sed nec reddidit: aliud est enim reddere, aliud quasi de suo dare.*

²⁴ Alla stessa conclusione si può pervenire sulla base di un altro paragrafo dello stesso testo ulpiano: D. 16.3.1.35: *Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. Sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.* Come è stato rilevato da Litewski, *Le dépôt irrégulier* 2 cit. 295, si tratta di un deposito ordinario di una somma di danaro, come si evince dalla accettazione convenzionale della responsabilità per il *periculum*, che non sarebbe stata necessaria nel caso di un deposito irregolare. Va inoltre rilevato come in D. 12.1.18.1 (7 *disput.*) Ulpiano sostenga che non vi è né deposito né mutuo, se uno consegna danaro a titolo di deposito e l'altro lo riceve come mutuo, mentre chi ha consegnato il danaro può intentare la *condictio* contro il ricevente che lo ha speso, senza che questi possa invocare l'*exceptio doli*: *Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi: sed in utroque casu consumptis nummis conditioni sine doli exceptione locus erit.* Il giurista aveva riferito nel *principium* l'opinione di Giuliano, che aveva escluso la donazione e si poneva il dubbio se potesse trattarsi di mutuo nel caso della consegna di danaro da parte di chi pensava di fare una donazione mentre il ricevente pensava di riceverla in mutuo, ed aveva osservato come a suo avviso in caso di spesa del danaro il depositante poteva esperire la *condictio* o invocare l'*exceptio doli* in quanto il danaro era stato speso secondo la volontà di chi l'aveva consegnato: *si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.*

Depongono per la mancata conoscenza del nostro istituto da parte di Africano le argomentazioni proposte in D. 17.1.34 pr.²⁵ (tratto dall'ottavo libro *quaestionum*²⁶) relativamente al caso di un *procurator* che aveva comunicato al mandante di aver riscosso denaro a lui dovuto e che lo teneva per se costituendosi debitore e impegnandosi a pagare l'interesse del 6%: alla domanda se il mandante poteva chiedere il denaro ed anche gli interessi il giurista risponde che non siamo in presenza di un mutuo non potendo costituirsi un contratto attraverso nudo patto e che il *procurator* poteva essere convenuto con l'*actio mandati* ed era obbligato a pagare gli interessi pur gravando su di lui il rischio. A questo caso non si potevano assimilare quelli dell'accordo di considerare oggetto di mutuo il denaro depositato con conseguente trasferimento della proprietà delle monete dal mandante al mandatario ovvero dell'ordine dato dal mandante ad un suo debitore di consegnare denaro al mandatario²⁷; in relazione al primo caso va osservato che originariamente c'era un deposito regolare successivamente trasformato in mutuo con il trasferimento della proprietà del denaro al momento dell'accordo e non dell'uso dello stesso²⁸.

Parimenti nel caso di consegna di una somma di denaro ad un *filius familias* (esaminato in un altro passo dello stesso libro, D. 15.1.38 pr.²⁹) questa resta di proprietà del depositante e non viene ad essere compresa nel peculio, sicché il depositante può rivalersi sul *pater*.

²⁵ D. 17.1.34 pr. (Afric. 8 *quaest.*): *Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. Respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. His argumentum esse eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. Et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat.*

²⁶ Lenel (*Pal.* 1, col 25 s.) lo pone nella sezione «*mandati*» [E 108].

²⁷ Significativo in tal senso sarebbe il caso di chi volendo dar denaro a mutuo ha consegnato l'argenteria con l'incarico di venderla e poteva richiederla quale mutuo pur gravando su di sé il pericolo.

²⁸ Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 227 s.

²⁹ D. 15.1.38 pr. (Afric. 8 *quaest.*): *Deposui apud filium familias decem et ago depositi de peculio. Quamvis nihil patri filius debeat et haec decem teneat, nihilo magis tamen patrem damnandum existimavit, si nullum praeterea peculium sit: hanc enim pecuniam, cum mea maneat, non esse peculii. Denique quolibet alio agente de peculio minime dubitandum ait computari non oportere. Itaque ad exhibendum agere me et exhibitam vindicare debere.* Lenel (*Pal.* 1, col 25 s.) lo pone nella sezione «*de peculio et de in rem verso*» [E 104].

Analogamente va osservato in relazione a D. 13.7.6.1³⁰, tratto dal trentacinquesimo libro ad *Sabinum*³¹, nel quale ad avviso di Pomponio il creditore, che dalla vendita del fondo oppignorato ha ricavato una somma superiore al credito, è tenuto a pagare gli interessi se ha dato a mutuo il dipiù o lo ha usato, mentre non ne è tenuto se lo ha dato in deposito ad un altro³².

La conoscenza da parte di Marcello solo del deposito ordinario di *pecunia* si può dedurre dall'esame D. 26.7.28.1³³, tratto dall'ottavo libro *digestorum*, nel quale risulta che a differenza di Ulpiano (che nell'annotazione non riteneva sufficiente la semplice consegna del denaro, ma che questo doveva essere sigillato e deposto in un luogo sicuro) Marcello riteneva invece sufficiente, per evitare il pagamento degli interessi, la consegna del denaro da parte del tutore, che si era astenuto dalla gestione, al raggiungimento da parte del minore della pubertà³⁴.

Va peraltro osservato come la consegna di *pecunia* in sacchi sigillati sia prevista anche solo in testi di Scevola³⁵, Papiniano³⁶, Paolo³⁷, Ulpia-

³⁰ D. 13.7.6.1 (Pomp. 35 *Sab.*): *Si creditor pluris fundum pignoratim vendiderit, si id faeneret, usuram eius pecuniae praestare debet ei qui dederit pignus: sed et si ipse usus sit ea pecunia, usuram praestari oportet. Quod si eam depositam habuerit, usuram non debet.*

³¹ Lenel (*Pal.* 2, col. 147) lo pone nella sezione «*de fiducia*».

³² Significativo appare il confronto con il successivo passo di Paolo, nel quale sono invece previste le *usurae*: D. 13.7.7 (Paul. 2 *sent.*): *Si autem tardius superfluum restituat creditor id quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.*

³³ D. 26.7.28.1 (Marcell. 8 *dig.*): *Tutor, qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit, usuras praestare non debet ex quo optulit pecuniam: quin etiam iustius mihi videtur eum per quem non stetit, quo minus conventus restitueret tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. Ulpianus notat: non sufficit optulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco.*

³⁴ Il tutore, che chiamato in giudizio nell'interesse del pupillo, aveva prestato una *cautio*, non era più tenuto ad *accipere iudicium* se nelle more del processo il minore era pervenuto alla pubertà: D. 26.7.28 pr. (Marcell. 8 *dig.*): *Tutor pro pupillo in iudicium vocatus sollemniter cavet: si inter moras puer ad pubertatem pervenit, non est cogendus accipere iudicium.*

³⁵ D. 18.3.8 (Scaev. 7 *dig.*): *... die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere (et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit) ...*

³⁶ D. 16.3.25.1 (Papin. 3 *resp.*): *Qui pecuniam apud se non obsignatam ... (infra riportato in nt. 109); D. 17.1.56.1 (Papin. 3 *resp.*): *Fideiussor qui pecuniam in iure optulit et propter aetatem eius qui petebat obsignavit ac publice deposuit, confestim agere mandati potest.* D. 22.1.1.3 (Pap. 2 *quaest.*): *... plane si tutelae iudicio nolentem experiri tutor ultro convenerit et pecuniam optulerit eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non praestabit usuras.* D. 22.1.7 (Pap. 2 *resp.*): *Debitor usurarius creditori pecuniam optulit et eam, cum accipere noluisset, obsignavit ac deposuit: ex eo die ratio non habebitur usurarum. Quod si postea conventus ut solveret moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt.**

³⁷ D. 16.3.26.2 (Paul. 4 *resp.*): *... Habere me a vobis auri pondo plus minus decem et discos duos, saccum signatum: ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis;* D. 16.3.29 pr. (Paul. 2 *sent.*): *Si sacculum vel argentum signatum deposuero ... = Coll. 10.7.5 (riportati infra nt. 183, 191); D. 47.2.20 pr. (Paul. 9 *Sab.*): *Cum aes pignori datur, etiamsi aurum esse dicitur, tur-**

no³⁸, Modestino³⁹ e in rescritti di Settimio Severo e Caracalla⁴⁰, cioè in epoche nelle quali il deposito, per effetto del quale era trasferita la semplice detenzione, e doveva quindi essere restituita la stessa cosa, era differenziato da quello che produceva il trasferimento della proprietà e conseguentemente era prevista la restituzione del *tantundem*.

III. (*segue*): *b*) varie ipotesi di deposito irregolare esaminate in testi di Cervidio Scevola, in alcune delle quali è prevista la pattuizione di interessi (probabilmente per influsso della παρακαταθήκη ellenistica)

Passiamo ora all'esame dei testi tratti dai libri *Responsorum* e *Digestorum* di Cervidio Scevola⁴¹, cioè dei più risalenti testi classici relativi al nostro

pitier fit, furtum non fit. Sed si datum est aurum, deinde, cum dixisset se ponderare aut obsignare velle, aes subiecit, furtum fecit: rem enim pignori datam intervertit. D. 47.2.21.1 (Paul. 40 Sab.): *Si is, qui viginti nummorum saccum deposuisset, alium saccum, in quo scit triginta esse, errante eo qui dabat acceperit, putavit autem illic sua viginti esse, teneri furti decem nomine placet.* A questo giurista potrebbe essere attribuito anche il seguente inciso contenuto nel testo di Alfeno, D. 19.2.31: *... ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, se è frutto di una sua annotazione (v. supra¹⁸).*

³⁸ D. 16.3.1.36 (Ulp. 30 ed.): *Si pecunia in sacco signato deposita sit et unus ex heredibus eius qui deposuit veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat, videndum est. promenda pecunia est vel coram praetore vel intervenientibus honestis personis et exsolvenda pro parte hereditaria.* D. 26.7.28.1 (Marcell. 8 dig.): *... Ulpianus notat: non sufficit optulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco (riportato supra³³).*

³⁹ D. 22.1.41.1 (Modest. 3 resp.): *Lucius Titius cum centum et usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam quam debebat obsignavit: quaero, an Titius pecuniae quam obsignavit usuras praestare non debeat.*

⁴⁰ C. 4.32.2 (Imp. Severus et Antoninus AA. Lucio): *Usuras emptor, cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit, quamvis pecuniam obsignatam in depositi causa habuerit, aequitatis ratione praestare cogitur.* C. 8.17.1 (Imp. Severus et Antoninus AA. Secundo): *Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit aut, cum obtulisset isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit nec in usum suos convertit.* [a. 197]. C. 4.32.6 (Imp. Antoninus A. Antigono mil.): *Si creditor, quae ex causa pignoris obligatam sibi rem tenet, pecuniam debitam cum usuris testibus praesentibus obtulisti eaque non accipiente obsignatam eam deposuisti, usuras ex eo tempore quo obtulisti praestare non cogeris. Absente vero creditrice praesidem super hoc interpellare debueras.* [a. 212].

⁴¹ Sulla sostanziale classicità di queste opere cfr. per tutti A. Guarino, *Storia del diritto romano*, Napoli 1993, 478; P. Frezza, 'Responso' e 'Quaestiones'. *Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI*. 43, 1977, 208 ss.; M. Talamanca, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR*. 103-104, 2000-2001, 623 ss.; F. Lamberti, *In margine ad una rilettura della produzione di Cervidio Scevola*, in *Fides Humanitas Ius, Scritti in onore di Luigi Labruna* 4, Napoli 2007, 2735; A. Spina, *Ricerche sulla successione testamentaria nei responsa di Cervidio Scevola*, Milano 2012, 35 ss.

istituto pervenuti attraverso i *Digesta* di Giustiniano⁴².

In D.16.3.28⁴³ (tratto *primo libro responsorum*⁴⁴), al quesito se fosse possibile richiedere il pagamento degli interessi di una somma di denaro, della quale il ricevente (presumibilmente un *argentarius*⁴⁵) aveva accusato risposta con

⁴² Isolata appare la posizione di Michel, *Gratuité* cit. 77, che comprende il deposito irregolare tra le fonti di obbligazioni (dettes bancaires), possibile oggetto della compensazione prevista nelle Istituzioni di Gaio (4.64, 66-67) in particolare nel § 66: ... *veluti pecunia cum pecunia compensatur* ... e nel § 67: ... *compensatur autem hoc solum quod praesenti die debetur*. Alla luce dei rilievi che il deposito di denaro era esigibile a semplice domanda e che somme di denaro erano spesso consegnate ai banchieri in forma di deposito (e non di mutuo) si potrebbe pensare che la compensazione imposta ai banchieri potesse essere applicata tra i depositi dei clienti ed i crediti a questi concessi. Sull' *actio cum compensatione* dell'*argentarius* cfr., per tutti, P. Ziliotto, *La «res de qua agitur» nella formula «cum compensatione»*, in *Index* 27, 1999, 493 ss.

⁴³ D. 16.3.28 (Scaev. I *resp.*): *Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistulam scripsit in verba infra scripta: 'Caecilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Viginti quinque nummorum, quos apud me esse voluisti, notum tibi ista hac epistula facio ad ratiunculam meam ea pervenisse: quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias, curae habebō'. Quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. Respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepti sive pecunia in re sua usus est.* Lenel, *Pal. 2*, col. 291 nt. 4, sostituisce le parole «*Viginti quinque nummorum, quos*» con «*Sestertiorum XXV nummorum quae*». Alla genuinità di questo frammento sono stati mossi vari rilievi di natura formale e di ordine sostanziale. Quanto ai primi è stato rilevato che i verbi *percepit* e *usus est* non hanno soggetto e l'espressione «*deberi ex bonae fidei iudicio usuras*» figura unicamente in questo testo classico (Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestionum»* cit. 260), i due predetti verbi sono all'indicativo piuttosto che al congiuntivo e peraltro manca l'oggetto di *percepit* (Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 147); la frase «*id est ut usuras eorum accipias, curae habebō*» è ritenuta da vari autori una aggiunta successiva essendo una superflua spiegazione dei termini «*ne vacua tibi sint*» (F. Eisele, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, in *ZSS.* 11, 1890, 6; Naber, *Observatiunculae* cit. 61; Schulz, *loc. cit.*; Michel, *Gratuité* cit. 87; Gordon, *Observations on «Depositum Irregulare»* cit. 365; J. de Churruca, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi über die argentarii im klassischen römischen Recht*, in *ZSS.* 108, 1991, 321). Passando al profilo sostanziale va osservato come ad avviso del Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 147, il responso di Scevola, pur avendo ad oggetto il deposito, sia stato modificato dai compilatori eliminando l'originaria stesura, nella quale il giurista «doveva mettere in evidenza che il patto di usure era incompatibile con la figura giuridica del deposito, e avrà aggiunto che neppure la buona fede del *iudicium* poteva rendere fondata la pretesa». La mancata indicazione dell'azione sarebbe indice di interpolazione per Klami, «*Mutua magis*» cit. 37; mentre Gordon, *Observations on «Depositum Irregulare»* cit. 363, ha ritenuto interpolata la frase finale della lettera «*id est – habeto*». Ritengono invece il testo genuino Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 238, 2 cit. 307; Cervenca, *Contributo allo studio* cit. 220; Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit* cit. 538; De Churruca, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi* cit. 320; Petrucci, *Mensam exercere* cit. 219 ss.; Id. *Profili giuridici* cit. 69 ss.; Scotti, *Il deposito* cit. 90 nt. 435; Cerami - Petrucci, *Diritto commerciale* cit. 150.

⁴⁴ Lenel (*Pal. 2*, col. 291) lo pone quale unico testo della sezione «*depositi*» [E 106].

⁴⁵ Anche se non indicato espressamente, è presumibile che fosse un *argentarius*: cfr. Petrucci, *Mensam exercere* cit. 218 ss.; Id. *Profili giuridici* cit. 69 s.; Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit* cit.

una lettera⁴⁶ contenente la comunicazione di aver annotato la somma nella sua *ratiuncula*, cioè nei suoi registri⁴⁷, e l'impegno di non lasciarla infruttifera⁴⁸, il giurista risponde affermativamente spiegando che gli interessi potevano essere richiesti attraverso un *iudicium bonae fidei*⁴⁹ nei due soli casi⁵⁰ in cui il depositario li avesse effettivamente ricevuti (da una altra persona per effetto dell'investimento del denaro depositato⁵¹) o se avesse usato il denaro per proprie esigenze⁵². Per l'individuazione del contratto intercorso tra i protagonisti della

539; J. Andreau, *La vie financière dans le monde romain: les métiers de manieurs d'argent (Ive siècle av. J.-C. - IIIe siècle ap. J.-C.)*, Rome 1987, 540 s.; De Churruca, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi* cit. 323; Cerami - Petrucci, *Diritto commerciale* cit. 150; Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 79. *Contra*, a torto, Scotti, *Il deposito* cit. 198 s.

⁴⁶ Viene riportato il frammento di una lettera inviata da Cecilio Candido a Paccio Rogaziano per comunicargli di aver ricevuto la somma di 25 (mila?) *nummi*, che aveva registrato nella sua *ratiuncola* e che avrebbe impiegato, promettendogli di non lasciarli infruttiferi. Cecilio Candido e Paccio Rogaziano sono probabilmente nomi reali di due provinciali, cfr. Scotti, *Il deposito* cit. 89 nt. 433. Questa lettera presenta affinità con la *cautio depositi* del 29 maggio del 167, riportata in L. Schiapparelli, *Raccolta di documenti latini. 2. Documenti romani*, Como 1923, 49, e con la lettera del 210 contenuta in P. Oxy. 7.1039, riprodotta da L. Migliardi Zingale, *Vita privata e vita pubblica nei papiri di Egitto. Silloge di documenti greci e latini dal I al IV secolo d.C.*, Torino 1992, 84. Quanto alla somma depositata inserisce «*milia*» dopo «*viginti quinque*»: De Churruca, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi* cit. 321 nt. 112.

⁴⁷ Il termine *ratiuncula*, che indica i conti privati, a differenza di *rationes* cioè i libri contabili dei commercianti, cfr. Scotti, *Il deposito* cit. 89 nt. 434, ricorre inoltre in un testo ulpiano relativo alla *penus legata*, che comprende tra l'altro *chartas ad ratiunculam vel ad logarium paratas*, D. 33.9.3.10, ed in alcune commedie plautine, *Capt.* 192, *Curcul.* 371, *Phorm.* 36, in un frammento di Afranio, *Com.* 189, ed in tre passi ciceroniani, *nat. deor.* 3.72, *tusc. disp.* 2.12.29; 4.19.43.

⁴⁸ L'espressione «*ne vacua tibi sint*» non sembra tecnica per indicare che il denaro non produce interessi: essa ricorre in tale significato, oltre che nel nostro testo, in D. 19.5.24 (Afric. 8 *quaest.*). Cfr. De Churruca, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi* cit. 321.

⁴⁹ Il ricorso al *iudicium bonae fidei* e la mancata menzione di una *stipulatio* relativa alle *usurae* fa ritenere che l'impegno dell'*argentarius* a corrispondere le *usurae* fosse contenuto in un *pactum* concluso anteriormente alla consegna del denaro probabilmente ad opera di un incaricato; cfr. Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 81 e nt. 83. Va peraltro osservato come la menzione del *iudicium bonae fidei*, la cui genuinità non può essere posta in discussione, costituisce un argomento decisivo per contestare l'idea del Michel, *Gratuité* cit. 80, a cui avviso, nell'ottica di Scevola, non trovava applicazione l'*actio depositi* nelle ipotesi di deposito irregolare.

⁵⁰ Gli interessi non erano dovuti negli altri casi; ad esempio se aveva conservato intatto il denaro, o lo aveva dato a terzi gratuitamente. Cfr. Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 242

⁵¹ La nascita di interessi per effetto di un semplice patto tutelato mediante un *iudicium bonae fidei* non è una tesi peculiare di Scevola, ma trova riscontro anche in testi di Papiniano, D. 16.3.24, e Paolo, D. 16.3.26.1, *infra* riportati ntt. 89 e 173. Cfr. Petrucci, *Profili giuridici* cit. 70 ss.

⁵² Nella seconda ipotesi, «*pecunia in re sua usus est*», ad avviso di alcuni autori verrebbero compresi sia l'utilizzo del denaro da parte del banchiere non consentito dal depositante, che quello non impedito dal cliente e quindi lecito nel quadro dello schema organizzativo dell'impresa bancaria caratterizzata da ampia autonomia. Cfr. A. Petrucci, *L'organizzazione delle imprese bancarie*

vicenda, caratterizzato dalla consegna di una somma di denaro, che, annotata nella *ratiuncula*, poteva essere usata dal ricevente⁵³, il richiamo al *iudicium bonae fidei*⁵⁴ esclude che possa trattarsi di un mutuo⁵⁵ e l'inciso *quos apud me esse voluisti* relativo alla somma di denaro induce a ritenere che siamo in presenza di un deposito irregolare⁵⁶ piuttosto che di un mandato⁵⁷.

alla luce della giurisprudenza romana del Principato in A. Lo Cascio (a c. di), *Credito e moneta nel mondo romano. Atti degli Incontri capresi di storia dell'economia antica* (Capri 12-14 ottobre 2000), Bari 2003, 102 ss.; Cerami - Petrucci, *Diritto commerciale* cit. 153 s.; Spina, *Il negozio* cit. 251 s. L'obbligo di corrispondere *usurae* per l'uso del denaro autorizzato dal deponente era ancora previsto da un rescritto di Gordiano (C. 4.34.4, v. *infra* nt. 222), dal che non si deve a mio avviso dedurre che questo principio sia stato costantemente applicato dalla metà del secondo alla metà del terzo secolo d.C.; cfr., in senso contrario, Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 80 nt. 79.

⁵³ Cfr. Mitteis, *Trapezitika* cit. 209; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 147; Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 242. Ritengono invece che si tratta di un deposito ordinario Naber, *Observatiunculae* cit. 62; Gordon, *Observations on «Depositum Irregulare»* cit. 63. Kübler, *Griechische Tatbestände* cit. 202, invece ritiene che in origine era citato un *receptum argentarii*, la cui menzione è stata eliminata dai giustiniane, in modo da puntare sui *bonae fidei iudicia*.

⁵⁴ Una diversa illazione è avanzata dal De Churruca, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi* cit. 323, a cui avviso siamo in presenza di un caso deciso *extra ordinem* dal *praefectus urbi* e il richiamo ai *iudicia bonae fidei* è dovuto, in questo testo ed in D. 16.3.24, su cui v. *infra*, alla vaghezza delle richieste del deponente ed all'ampia discrezionalità riconosciuta in materia al *praefectus*.

⁵⁵ Cfr. Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 239, il quale rileva peraltro come sia significativo in tal senso il rilievo che il ricevente deve tutelare gli interessi del depositante, al quale spetta l'iniziativa dell'accordo, mentre il mutuo è concluso nell'interesse del mutuante e di sua iniziativa. Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestionum»* cit. 260, che espunge l'inciso *ex bonae fidei iudicio*, ritiene invece che siamo in presenza di un mutuo.

⁵⁶ Cfr. in tal senso Mitteis, *Trapezitika* cit. 209; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 146 s.; Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'?* cit. 364; Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 239; Petrucci, *Mensam exercere* cit. 218 ss.; Spina, *Il negozio* cit. 250 s. Che il depositario abbia facoltà di uso della somma appare chiaro dal contesto nel quale il debitore dichiara di mettere a profitto il denaro; non si può infatti pensare che il denaro sia stato dato da Paccio Rogaziano al banchiere per associarsi ai suoi guadagni in quanto non sarebbe sorto dubbio sul diritto agli utili derivanti dalla somma; cfr. Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 147.

⁵⁷ Questa è l'opinione, tra gli altri, di Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 232 nt. 3; Michel, *Gratuité* cit. 80 s.; Klami, *«Mutua magis»* cit. 40 ss., che, pur non prendendo una decisa posizione, sembrerebbe propendere per il mandato per le affinità riscontrate tra il caso descritto nel nostro testo e due passi tratti dal trentesimo libro *ad edictum* di Ulpiano, D. 17.1.10.3 e 8, nei quali però non viene richiamato il pensiero di Scevola, ma nel secondo quello di Labeone; Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit* cit. 554 s.; da ultima Valmaña Ochaíta, *El depósito irregular* cit. 53 ss. De Churruca, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi* cit. 321, deduce dalle espressioni *prospiciam e curae habebo* che alla base dell'investimento della somma di denaro ci fosse un mandato o una *negotiorum gestio*. Cautela la posizione di A. Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 62, la quale osserva come Scevola «non riconduce espressamente la fattispecie ad un contatto di deposito, ma afferma soltanto che dal contratto concluso dalle parti avrebbe avuto origine un *iudicium bonae fidei*, forse perché si trattava di una figura speciale di deposito il cui regime era ancora in via di

L'esperibilità dell'azione *ex fideicommisso*, e non di una *ex debito*, costituisce la risposta del giurista in D. 31.88.10⁵⁸, tratto dal libro terzo *responsorum*⁵⁹, alla richiesta di quale azione fosse intentabile contro l'erede di un testatore, che aveva disposto per fedecommesso⁶⁰ la restituzione da parte dell'erede⁶¹ dei tre mila denari⁶² dovuti allo zio paterno Demetrio (presumibilmente per effetto di un mutuo⁶³) e di pari somma ricevuta in deposito dallo zio paterno Seleuco⁶⁴ nel caso in cui non fosse obbligato per effetto di questi rapporti (*non deberentur*)⁶⁵.

definizione». Come è stato osservato da Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 240 ss., non appare convincente l'ipotesi che nel nostro caso Candido nel promettere di assicurare gli interessi a Rogaziano si obbliga a prestargli un servizio che potrebbe essere inquadrato quale oggetto di un mandato, in quanto nel testo non si tratta di un mandato, ma di un accordo sugli interessi aggiunto ad una preesistente convenzione; peraltro il pagamento, a tenore della lettera, era effettuato non da Rogaziano, ma da una terza persona, quale ad esempio uno schiavo. Né si può pensare che la menzione dall'*actio mandati* nel testo originale di Scevola sia stata soppressa nelle revisioni successive e generalizzata in un *iudicium bonae fidei*, mentre invece non sarebbe stata cancellata la menzione di un'*actio depositi*, in quanto la richiesta era relativa agli interessi, al qual fine era rilevante la natura di *iudicium bonae fidei* del rimedio processuale, presumibilmente noto al richiedente; peraltro il diritto del depositario di utilizzare il denaro era fuori discussione alla luce della dichiarazione del debitore.

⁵⁸ D. 31.88.10 (Scaev. 3 resp.): '*Quisquis mihi heres erit, sciat debere me Demetrio patruo meo denaria tria et deposita apud me a Seleuco patruo meo denaria tria, quae etiam protinus reddi et solvi eis iubeo*': *quaesitum est, an, si non deberentur, actio esset. Respondi, si non deberentur, nullam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommisso*. Cfr. sul testo S. Bernasconi, *Il legato di debito nel diritto romano*, in *SDHI*. 42, 1976, 69; Klami, «*Mutua magis*» cit. 45 ss.; Spina, *Ricerche sulla successione* cit. 226 ss.; Ead. *Il negozio della παρακαταθήκη in un passo di Cervidio Scevola*, in *Legal Roots* 4, 2015, 256 ss.

⁵⁹ Lenel, *Pal.* 2, col 298, lo pone nella sezione dedicata a legati e fedecommessi.

⁶⁰ La clausola riferita è espressamente dichiarata fedecommesso da Scevola che menziona nella soluzione l'*actio fideicommissi*, anche se la formulazione può apparire divergente da quella usuale nella prassi, nella quale ricorrevano verbi precativi più che imperativi. Cfr. Spina, *Ricerche sulla successione* cit. 227.

⁶¹ L'espressione «*quisquis mihi heres erit, sciat*» indica che la disposizione del testatore avrebbe dovuto essere vincolante per l'erede sia che vi fosse la successione testamentaria, sia che per la nullità del testamento si dovesse procedere all'apertura di quella legittima; cfr. Spina, *Il negozio* cit. 257.

⁶² Secondo la convincente correzione proposta da O. Lenel (*Pal.* 2, col. 298) in *denarium tria milia*. Cfr., nello stesso senso, R. Röhle, *Zur Bedeutung der 'lex locationis'* in *CIL* 6, 33840, 1. 2-4, in *ZSS*. 104, 1987, 447 nt. 13; Spina, *Ricerche sulla successione* cit. 227.

⁶³ Michel, *Gratuité* cit. 78; Klami, «*Mutua magis*» cit. 45. In senso contrario Spina, *Ricerche sulla successione* cit. 228, a cui avviso anche in questo caso siamo in presenza di un deposito irregolare.

⁶⁴ Cfr. in tal senso Spina, *Ricerche sulla successione* cit. 229; Ead. *Il negozio* cit. 257.

⁶⁵ Rileva Bernasconi, *Il legato* cit. 69, «se il debito in realtà non esiste, non vi sarà azione da debito, ma si potrà agire dal fedecommesso»; cfr. in tal senso Spina, *Ricerche sulla successione* cit. 229, la quale osserva che la volontà risultante dalle tavole testamentarie, pur avendo acquisito

Il giurista distingue quindi il deposito dal mutuo e nell'individuare la *petitio fideicommissi*⁶⁶ quale azione intentabile ricorre all'espressione *nulla quasi ex debito actionem esse* per indicare la mancata tutela per il deposito e il mutuo, e non invece la non esperibilità della *condictio*⁶⁷.

In D. 32.37.5⁶⁸, tratto dal diciottesimo libro *digestorum*⁶⁹, il giurista riporta il quesito sottoposto alla sua valutazione, relativo alla possibilità di intentare una azione per ottenere la somma di 30.000 denari soltanto sulla base della formulazione di un codicillo redatto in lingua greca, contenente un fedecommesso⁷⁰ disposto a favore di un tal Giunio Massimo da un suo liberto⁷¹, che avendo ricevuto attraverso una παρακαταθήκη⁷² da uno zio

la forma di un ordine di pagamento di un debito non immediatamente dovuto, è quella di corrispondere una somma di danaro ai due zii paterni, i quali non potranno tutelare l'adempimento di tale volontà attraverso un'azione contrattuale, forse perché il contratto non è mai esistito, non esiste più o non è ancora azionabile, ma potranno ricorrere alla tutela *extra ordinem* del fedecommesso.

⁶⁶ Non può far sorgere dubbi sulla sostanziale genuinità della menzione della tutela quale fedecommesso il ricorso al termine *actio* anziché a quelli *petitio* o *persecutio*; cfr. Spina, *Ricerche sulla successione* cit. 229.

⁶⁷ Michel, *Gratuité* cit. 78, che rileva come l'unica azione *ex debito* prevista per il danaro dato a mutuo e per quello depositato (da identificare probabilmente nella *condictio*) e non quella *depositi* indicherebbe che per Scevola «le dépôt irrégulier est plus proche du *mutuum* que le dépôt e que, de tout façon, il n'est pas encore sanctionné par l'*actio depositi*». Dubbio Klami, «*Mutua magis*» cit. 45.

⁶⁸ D. 32.37.5 (Scaev. 18 dig.): *Codicillis ita scripsit: 'Βούλομαι πάντα τὰ ὑποτεταγμένα κύρια εἶναι. Μαξίμῳ τῷ κυρίῳ μου δηνάρια μύρια πεντακισχίλια, ἅτινα ἔλαβον παρακαταθήκην παρὰ τοῦ θείου αὐτοῦ Ιουλίου Μαξίμου, ἵνα αὐτῷ ἀνδρωθέντι ἀποδώσω, ἃ γίνονται σὺν τόκῳ τρεῖς μύρια, ἀποδοθῆναι αὐτῷ βούλομαι· οὕτω γὰρ τῷ θείῳ αὐτοῦ ὄμοσα. Quaesitum est, an ad depositam pecuniam petendam sufficienter verba codicillorum, cum hanc solam nec aliam ullam probationem habeat. Respondi: ex his quae proponerentur, scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit, credenda est scriptura. Frezza, Παρακαταθήκη cit. 150, ritiene interpolato l'inciso «*scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit*», osservando che il problema posto al giurista non atteneva alla validità del giuramento come fondamento della sua obbligazione, ma alla validità del codicillo come unica prova a fondamento della ragione che il creditore voleva proporre in giudizio. Nello stesso senso Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 244.*

⁶⁹ Nella ricostruzione di Lenel (*Pal.* 2, col 240) questo è uno dei dieci libri dedicati ai legati e fedecommessi (lib. 14 - 23).

⁷⁰ Significativo appare il ricorso al termine βούλομαι.

⁷¹ Anche se Massimo, nipote di Giulio Massimo, è qualificato nell'atto quale κύριος del *de cuius*, si deve ritenere che ne fosse il *patronus*, in quanto uno schiavo non era legittimato a disporre *ex testamento*. Va inoltre rilevato come non sia presente nel testo alcun riferimento a dati personali o reali della famiglia del *de cuius*, limitandosi alla generica indicazione di *testator*. Cfr. Talamanca, *I clienti di Q. Cervidio Scevola* cit. 550.

⁷² Frezza, Παρακαταθήκη cit. 149; A.S. Scarcella, *Il bilinguismo nei fedecommessi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e novi cives, come strumenti di integrazione sociale*, in *AUPA*. 55, 2012, 633 ss.; Spina, *Il negozio* cit. 255 s.

omonimo del *patronus* la somma di 15.000 denari ed essendosi impegnato a restituirla al nipote all'atto del raggiungimento della pubertà, non aveva potuto ottemperare all'impegno in vita ed aveva determinato nel fedecommesso⁷³ anche la somma da versare a titolo di interessi⁷⁴, e la sua risposta affermativa⁷⁵ in quanto si doveva attribuire valore alla disposizione contenuta nel codicillo confermata con giuramento⁷⁶.

Ai fini dell'individuazione dell'azione da intentare l'espressione *ad depositam pecuniam petendam* ci consente di individuarla nella *actio deposi-*

⁷³ Il ricorso al fedecommesso appare finalizzato ad imporre ad un terzo (cioè all'erede) l'obbligazione assunta dal testatore mediante un atto *inter vivos* (la *παρακαταθήκη*) per realizzare lo scopo di questo contratto, la cui attuazione era stata preclusa dalla morte del debitore. Suscita a mio avviso perplessità l'osservazione della Spina, *Il negozio* cit. 256, a cui avviso «appare significativo che tanto nell'accordo originario, quanto nella disposizione *mortis causa* l'obbligazione di restituzione poggia su un vincolo di natura *latu sensu* extragiuridica: il giuramento nel primo momento, la *fides* nel secondo». A mio avviso il giuramento non era posto a fondamento dell'obbligo, ma della autenticità del codicillo (v. Frezza, *Παρακαταθήκη* cit. 149) ed il fedecommesso godeva ormai di una assestata tutela giuridica nella seconda metà del secondo secolo.

⁷⁴ In questo caso si affronta il profilo relativo non alla esistenza del credito, ma alla forza probatoria del documento, cfr. Spina, *Il negozio* cit. 244 ss. La difficoltà del problema consiste nella incommensurabilità tra la struttura della *παρακαταθήκη* e le forme negoziali romane, cfr. Frezza, *Παρακαταθήκη* cit. 149. Non essendo tutelato dal diritto romano il predetto istituto greco, il rapporto tra Massimo senior e il liberto non può essere configurato come un *mandatum post mortem*, invalido per il diritto romano, ma deve essere inquadrato nel deposito con possibilità di utilizzazione del denaro e pattuizione di interessi; Massimo junior, come erede di Massimo senior, chiede agli eredi del liberto restituzione della somma data dallo zio e gli interessi. A differenza della prassi usuale, nella quale il depositante incontrava difficoltà al momento di intentare l'azione se non aveva un documento probatorio redatto dal debitore, che individuava la cosa depositata e le condizioni del deposito (v. ad esempio D. 16.3.24; 26.1-2, 28) e che doveva essere restituito al momento dell'adempimento, nel caso in esame le difficoltà erano aumentate dalla circostanza che parte convenuta erano gli eredi del depositario e soprattutto dalla natura fiduciaria del negozio greco, che sottraeva questa fattispecie alla regola del possesso del documento probatorio da parte del creditore.

⁷⁵ Cfr., per tutti, Scarcella, *Il bilinguismo nei fedecommessi* cit. 634. L'affinità tra questa soluzione e quella enunciata in D. 16.3.28 è stata evidenziata da Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 245; Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit* cit. 539 s.; Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 81 nt. 85.

⁷⁶ Il *responsum* di Scevola attribuisce valore al giuramento menzionato nel codicillo, sostenendo che l'affermazione che lo richiama fornisce efficacia alla *scriptura* dell'atto, quale elemento idoneo a rendere giuridicamente tutelabile *ex fideicommissio* l'obbligazione, sostanzialmente riconducibile all'atto *inter vivos* supplendo alla lacuna probatoria di tale atto. In questo *responsum* quindi il giuramento serve a dar valore ai *verba codicillorum* per supplire alla carenza di elementi probatori del rapporto *inter vivos* mancando nella *παρακαταθήκη* il documento scritto, contenente la descrizione della cosa depositata, le modalità di attuazione del deposito e nel caso in esame anche l'indicazione degli eventuali interessi pattuiti che il depositante di regola riceveva dal debitore, alla luce della natura fiduciaria del negozio che lo sottraeva alla regola del possesso da parte del creditore del documento probatorio; cfr. Spina, *Il negozio* cit. 259 s.

ti⁷⁷ e non nella *petitio fideicommissi*⁷⁸, e la possibilità di richiedere il doppio della somma versata indica che siamo in presenza di un deposito irregolare e non di uno ordinario⁷⁹, che comportava la restituzione delle medesime monete, mentre in questo caso erano anche previsti interessi⁸⁰.

In D. 34.3.28.8⁸¹, tratto dal sedicesimo libro *digestorum*⁸², viene riportata la risposta affermativa del giurista al quesito posto da Aproniano⁸³ (al quale

⁷⁷ Cfr. Frezza, Παρακαταθήκη cit. 150; Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 244 s.

⁷⁸ Cfr., in tal senso, V. Giodice Sabatelli, *Fideicommissorum persecutio. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari 2001, 192 s.; Scarcella, *Il bilinguismo nei fedecommissi* cit. 634 s.

⁷⁹ Cfr. De Churruca, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi* cit. 322, che pur evidenzia come il richiamo alla παρακαταθήκη non aiuta a determinare la natura giuridica del negozio alla luce della struttura di questo negozio ellenistico. *Contra* Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 245. Esula dall'ambito della presente ricerca la valutazione della ipotesi avanzata da Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit* cit. 538 ss., e riconsiderata da Spina, *Il negozio* cit. 260 ss., che vedono nella causa del nostro deposito uno scopo assimilabile a quello di una gestione tutelare. La scelta di preferire il ricorso all'*actio depositi* piuttosto che alla *petitio fideicommissi*, con la quale certamente avrebbe potuto conseguire la somma doppia a quella commodata di 15000 denari, per effetto dell'*incrementum usurarum*, induce a ritenere che anche mediante l'*actio depositi* si potesse, nel caso in esame, ottenere detto *incrementum*. Osserva a tal proposito il Frezza, Παρακαταθήκη cit. 154: «si potesse, si noti, non si dovesse: e si poteva a mio avviso secondo la larga possibilità di apprezzamento del comportamento delle parti, che era propria, da un lato dei giudizi di buona fede, e dall'altro lato, della *cognitio extra ordinem*, nel cui ambito è da presumere si muovesse l'interpretazione di fattispecie di παρακαταθήκη».

⁸⁰ Suscita a mio avviso perplessità il collegamento ipotizzato dalla Spina, *Il negozio* cit. 258 ss., tra il nostro testo e D. 31.88.10: a suo avviso erano riscontrabili in entrambi i testi l'identità del negozio (deposito irregolare) ed un legame parentale intercorrente tra il creditore del negozio *inter vivos* e il beneficiario del fedecommissio. In relazione al primo elemento va rilevato come in D. 31.88.10 sono prese in considerazione due diverse ipotesi di un mutuo ed un deposito irregolare, e in relazione al secondo elemento il rapporto parentale è presente in D. 31.88.10, mentre nel nostro testo questo presunto rapporto parentale è molto labile in quanto il testatore è liberto del beneficiario del lascito e debitore dello zio. Parimenti va rilevato in relazione alla caratterizzazione della παρακαταθήκη quale negozio che prevede la consegna della cosa e una pattuizione tra *dans* e *accipiens* presente solo nel nostro testo, mentre nell'altro la consegna materiale è attestata, ma non c'è alcuna traccia del patto fiduciario, che non può essere dedotto dalla indicazione di Scevola della tutela *ex fideicommissio*. Peraltro in D. 31.88.10 non c'è alcun accenno al raggiungimento della pubertà per gli zii del testatore, creditori del *de cuius*, nonché previsioni relative agli interessi.

⁸¹ D. 34.3.28.8 (Scaev. 16 dig.): '*Centum, quae apud Apronianum deposita habeo, apud ipsum esse volo, donec filius meus ad annos viginti pervenerit, eiusque pecuniae usuram exigi veto*'. *Quaesitum est, an ex causa fideicommissi Apronianus consequi possit, ne ante tempus a testatore praescriptum ea summa ab eo exigatur. Respondit secundum ea quae proponerentur consequi posse*.

⁸² Come è stato già rilevato (nt. 69) nella ricostruzione di O. Lenel, *Pal.* 2, col. 235, questo libro era dedicato ai legati ed ai fedecommissi.

⁸³ Cfr. Frezza, Παρακαταθήκη cit. 155 s.; Michel, *Gratuité* cit. 79 s.; De Churruca, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi* cit. 322. Non convincenti appaiono gli argomenti addotti da Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 247 s., per negare rilevanza a questo testo ai fini della cono-

era stata consegnata in deposito una somma di denaro da parte di un testatore che aveva disposto per fedecommissario che la somma doveva rimanere nella sua custodia, coll'espresso divieto di lucrare interessi, fino al compimento dei venti anni del figlio erede del testatore) se egli ex *causa fideicommissi* potesse pretendere che la somma non gli fosse richiesta prima di tale termine: si deduce a mio avviso che siamo in presenza di un deposito con facoltà di utilizzazione del denaro dal divieto espresso di lucrare interessi, del tutto superfluo nel deposito ordinario, e dall'interesse che Aproniano aveva dimostrato a tenere il denaro fino al termine previsto, intentando la *causa fideicommissi*.

Il medesimo tipo di deposito è previsto anche in D. 14.3.20⁸⁴, tratto dal quinto libro *digestorum*⁸⁵, relativo alla possibilità, esclusa dal giurista⁸⁶, di convenire

scenza da parte di Scevola del deposito irregolare, che appare in contrasto con le precedenti affermazioni, secondo le quali era manifesto che Aproniano poteva utilizzare il denaro, in quanto il divieto esplicito di pretendere interessi era superfluo nel caso di un deposito ordinario, e che egli poteva avere un vantaggio a conservare il denaro tant'è che aveva insistito per restituirlo solo alla scadenza del termine fissato. Peraltro non appare corretto l'argomento tratto dalla pretesa incompatibilità del termine imposto per il rimborso con il deposito in quanto il principio dell'obbligo della restituzione alla prima domanda non impediva la fissazione di un termine per accordo tra le parti. Non attiene al nostro tema D. 36.1.80(78).1 (Scaev. 21 dig.): *Maevia duos filios heredes reliquerat et eodem testamento ita cavuit: 'fidei autem heredem meorum committo, uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium, quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis, ut hi restituant nepotibus meis, prout quis eorum ad annos viginti quinque pervenerit, pro portione, vel si unus, ei omnem'. Quaesitum est, an fideicommissum praestari a scriptis heredibus Lucio Titio et Gaio Seio debeat. Respondit secundum ea quae proponerentur Lucium Titium, item Gaium Seium fideicommissum petere non posse*. Nel caso di una donna, di nome Mevia, che aveva lasciato quali eredi due figli ed aveva disposto per fedecommissario la consegna momentanea dei suoi beni, *pro deposito sine usuris*, a Gaio Seio e Lucio Tizio designati quali curatori dei medesimi beni, che avrebbero dovuto consegnare ai nipoti al compimento dei 25 anni, *pro parte* se entrambi vivi, per intero all'eventuale superstite, alla richiesta se gli eredi erano tenuti a consegnare i beni a Gaio Seio e a Lucio Tizio il giurista aveva dato risposta negativa. Dal tenore del testo appare chiaro che non siamo in presenza di un deposito irregolare in quanto i fedecommissari avrebbero dovuto custodire i beni ereditari. Cfr. Kübler, *Griechische Tatbestände* cit. 195.

⁸⁴ D. 14.3.20 (Scaev. 5 dig.): *Lucius Titius mensae nummulariae quam exercebat habuit libertum praepositum: is Gaio Seio cavuit 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*.

⁸⁵ Lenel (*Pal.* 2, col. 221) lo pone quale unico testo della sezione «*de institoribus*» [E 102].

⁸⁶ Scevola esclude che il liberto possa essere convenuto in giudizio sotto il profilo sia del diritto che dell'equità (*iure his verbis obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse*), in quanto egli aveva fatto la promessa nella sua funzione di institore per confermare una obbligazione della *mensa* (*cum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset*). Cfr. Petrucci, *Profili giuridici* cit. 169 s.

in giudizio un liberto preposto ad una *mensa nummularia*, che aveva promesso la restituzione di una somma di denaro ivi depositata ad una determinata scadenza⁸⁷.

IV. (segue):c) altre ipotesi di deposito irregolare esaminati in testi di Papiniano (in alcune delle quali sono previsti interessi)

La conoscenza del nostro istituto da parte di Papiniano si può dedurre da tre passi tratti dai libri *quaestionum* e da uno dei libri *responsorum*⁸⁸.

Nel controverso D.16.3.24⁸⁹, tratto dal nono libro *quaestionum*⁹⁰, che si presenta alquanto contorto nella sua articolazione in tre parti⁹¹, da far sospet-

⁸⁷ Ottavio Terminale, liberto di Ottavio Felice (indicato con il nome fittizio di Lucio Tizio) preposto alla *mensa nummularia* di quest'ultimo ha promesso in una lettera di pagare, per conto del *patronus*, alla data del 30 aprile la somma di 1000 denari, depositati presso la *mensa* stessa, a Domizio Felice, indicato con il nome fittizio di Caio Seio, che agiva per conto di un terzo o proprio e di un terzo, come si vincerebbe dall'uso di *vobis* riferito ai destinatari. Dopo la morte senza eredi di Ottavio Felice, titolare della *mensa*, e la *bonorum venditio* dei suoi beni la promessa contenuta nella lettera è rimasta inadempita, sicché viene chiesto a Scevola se il liberto Ottavio Terminale può essere convenuto in giudizio. Cfr. Petrucci, *Profili giuridici* cit. 116 s.

⁸⁸ Vari autori hanno ricollegato l'elaborazione giustiniana del deposito irregolare all'opera della sottocommissione papiniana preposta alla compilazione dei *Digesta*, in quanto la maggior parte dei frammenti relativi al nostro istituto farebbe parte della massa, da essa escerpita; cfr., ad esempio, C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 135; Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 209; Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestionum»* cit. 263. Prescindendo in questa sede dai dubbi sulla individuazione delle masse e delle opere in esse comprese, l'analisi delle costituzioni giustiniane (v. *infra* 74 ss.) induce a dubitare fortemente sulla elaborazione del nostro istituto ad opera dei compilatori giustiniani.

⁸⁹ D. 16.3.24 (Papin. 9 quaest.): '*Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo.*' *Quaeritur propter usurarum incrementum. Respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. Et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.*

⁹⁰ O. Lenel, *Pal.* 1, col. 830 s., lo pone nella sezione «*de deposito*» [E. 106], unitamente a D. 16.3.8.

⁹¹ La prima parte «*Lucius Titius ... quam deponere?*» contiene il testo della lettera, con i nomi delle parti sostituiti dai nomi fittizi di Lucio Tizio e Sempronio, nella quale Tizio riconosce di aver ricevuto in deposito, ricorrendo al termine *commendare*, la somma di 100 nummi da Sempronio

tare l'inserimento di varie aggiunte esplicative⁹², il giurista ritiene esperibile

versatagli, mediante *adnumeratio*, dal suo schiavo Stico e si obbliga a restituire questa somma a semplice richiesta di Sempronio. In relazione a questo rapporto sorge una controversia tra i due e viene avanzata al giurista il quesito sulla esigibilità degli interessi, e questi risponde che può essere applicata l'*actio depositi* in quanto *commendare* non significa altro che *deponere*. La seconda parte «*quod ita ... dicendum est*» contiene una digressione apparentemente esplicativa, che mal si collega con quanto detto nel periodo precedente: le precisazioni che ciò è vero, cioè l'esperibilità dell'*actio depositi*, se la restituzione riguarda gli *eadem corpora nummorum*, e che invece nel caso di consegna del *tantundem* si esce dai notissimi termini del deposito e conseguentemente, non essendo esperibile l'*actio depositi*, diviene difficile il riconoscimento degli interessi, appaiono in stridente contraddizione con la lettera, da cui il giurista prende le mosse, che considerava un deposito aperto interrogandosi sulla possibilità di ottenere interessi mediante l'*actio depositi*: in questo periodo infatti l'ambito di applicazione di questa azione è circoscritta al deposito chiuso, e si nega la possibilità di considerare rientrante nel deposito la consegna di denaro del quale va restituito il *tantundem*. La terza parte «*et est quidem ... servabitur*» è dedicata all'esame dei principi che regolano gli interessi in materia di deposito nei *iudicia bonae fidei*: il giudice può d'ufficio computare gli interessi come se fossero stati oggetto di una apposita *stipulatio*, escludendo quelli ante *moram* in quanto ciò sarebbe contrario alla *bona fides* ed alla natura del deposito, avendo il depositario prestato un servizio al depositante accettando di custodire il suo denaro; gli interessi invece possono essere richiesti *ante moram* se sono stati oggetto di una specifica *conventio* fissata fin dall'inizio.

⁹² Isolate appaiono le posizioni degli studiosi che sostengono una sostanziale classicità della lingua e dello stile, cfr., correttamente, Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 210 ss.; o una sostanziale genuinità dell'intero testo, cfr., Scotti, *Il deposito* cit. 81 s.; Scheibelreiter, *Integration durch Abgrenzung?* cit. 451 ss. Ritengono il testo profondamente alterato Frezza, Παράκαταθήκη cit. 153; Gordon, *Observations on «Depositum Irregulare»* cit. 564 s., a cui avviso il testo è stato rielaborato in maniera confusa ed insoddisfacente da non farci individuare il suo originario contenuto; De Churruca, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi* cit. 318, che lo ritiene rivisto in epoca postclassica. Peculiare appare la ricostruzione di Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestionum»* cit. 263, che attribuisce a Papiniano solo la prima parte «*Lucius Titius - numerabo*» (con la sostituzione di <HS: centum nummum, quae> al posto del giustiniano [centum nummos, quos] e «*respondi depositi actionem locum <non> haberi*». L'inciso «*quaeritur propter usurarum incrementum*» e le parti «*quod ita verum - actio non teneat*» e «*rationem usurarum haberi non facile dicendum est*» sarebbero opera di un rielaboratore postclassico, mentre le frasi «*quid est enim aliud commendare quam deponere? cum convenit tantundem non idem reddi*» e la parte residua da «*et est quidem constitutum*» sarebbe opera dei compilatori giustinianeî che hanno escerpito la massa papiniana.

Il periodo centrale «*quod ita ... dicendum est*», sulla base dell'insegnamento di Lenel, *Pal.* 1 col. 830 nt. 2, è ritenuto di regola insitico, anche se non appare univoca la valutazione sul suo inserimento, ricondotto da alcuni ai compilatori giustinianeî (C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 131; Id. *Corso* cit. 138; Rotondi, *Natura contractus* cit. 248 ss.; Valmaña Ochaíta, *El depósito irregular* cit. 73 ss.), da altri a un glossatore postclassico (Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestionum»* cit. 262; Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 72; Id. *Aspetti innovativi* cit. 499 nt. 3; Cervenca *Contributo allo studio* cit. 114 s.), da altri a Paolo o Ulpiano (Lenel, *loc. cit.*; Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 223 ss.; Kübler, *Griechische Tatbestände* cit. 204 ss.; Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 250 ss., che lo riconduce alle note di uno dei due autori a Papiniano, la cui utilizzazione è stata vietata da Costantino, ad eccezione dell'inciso «*cum*

l'*actio depositi* per ottenere l'*incrementum usurarum*⁹³ nel caso sottoposto alla sua attenzione relativo alla consegna di una somma di denaro⁹⁴ fatta da

convenit tantundem non idem reddi», giustiniano), da altri a Paolo (Naber, *Observatiunculae* cit. 61, salvo l'inciso «*in qua quaestione – teneat*» a suo avviso opera dei compilatori giustiniani). Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 143, ipotizza addirittura due alterazioni di due diversi commissari giustiniani, il primo avrebbe scritto la gran parte del periodo ad eccezione dell'inciso «*in qua quaestione – idem reddi*», che sarebbe stato aggiunto nella revisione finale per attenuare l'affermazione che il negozio in oggetto eccedeva i limiti del deposito vero e proprio e per consentire che l'*actio depositi* potesse servire per richiedere le *usurae*. Petrucci, *Mensam exercere* cit. 220 s., si limita a rilevare «l'ipotesi più probabile è considerare le due frasi esaminate come una glossa o come una interpolazione, o comunque non rispondenti al pensiero genuino di Papiniano». Successivamente in *Profili* cit. 71, non prende in considerazione questa parte nell'esegesi del testo. Appaiono di diverso avviso Talamanca, *La «bona fides»* cit. 197 ss.; Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 87 ss. Nella terza parte l'ultimo periodo «*si tamen ... servabitur*» è stato di regola espunto: cfr. Naber, *Observatiunculae* cit. 61; C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 131 ss.; Kübler, *Griechische Tatbestände* cit. 206; Cervenca, *Contributo allo studio* cit. 118; Valmaña Ochaíta, *El depósito irregular* cit. 75. *Contra* Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 225; Petrucci, *Mensam exercere* cit. 222. Ritengono questa ultima parte accorciata, Talamanca, *La «bona fides»* cit. 196; Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 87 ss. Hanno anche espunto l'inciso «*et depositi naturam*» C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 121; Rotondi, *Natura contractus* cit. 249 s., e Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 145.

⁹³ Nell'ottica di Rotondi, *Natura contractus* cit. 249 s., alla richiesta se il contratto in questione desse o meno il diritto all'attore di esigere le usure, Papiniano ha dato una risposta implicitamente, ma chiaramente negativa, in quanto, dopo aver dichiarato che trattasi di deposito, aggiunge che potrebbe sembrare accoglibile la domanda di usure perché l'*actio depositi* è di buona fede e nei *iudicia bonae fidei* vale il principio «*tantum potest officium iudicis quantum stipulatio*» e quindi ispirandosi alla *bona fides* la condanna in questo caso è possibile solo *ex mora* o per uso indebito (casi che non ricorrono nel testo), al di fuori di essi la buona fede non tollererebbe che chi custodisce il denaro altrui debba anche pagare gli interessi. Espungendo anche l'inciso *temporis ante moram* l'autore ritiene che Papiniano non aveva bisogno di pensare alla mora, ma soprattutto sarebbe frutto di interpolazione il richiamo alla natura del contratto, che solo nell'ottica giustiniana si può alterare *ab initio*. Il punto di vista classico della incompatibilità col deposito del permesso di usare l'oggetto e della corrispondente prestazione delle *usurae*, non avrebbe potuto consentire un tale stravolgimento attraverso la concessione dell'*actio bonae fidei depositi* per ottenere l'esigibilità delle *usurae* attraverso un semplice patto che avrebbe portato a riversare nel deposito il contenuto del mutuo, mentre invece nell'ottica bizantina è possibile l'innesto in un contratto di elementi di un altro e applicando al deposito il patto di prestare usure creando il deposito irregolare accanto al mutuo.

⁹⁴ Cfr. Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 209 ss.; Betti, *Istituzioni* 2.1 cit. 228; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 138 ss.; Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 66; Id. *Aspetti innovativi* cit. 497; Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestionum»* cit. 362 s.; Michel, *Gratuité* cit. 83 s.; Klami, «*Mutua magis*» cit. 46 ss., 126 ss.; Cervenca, *Contributo allo studio* cit. 111 ss.; Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 248 ss., 2 cit. 229 ss.; Gordon, *Observations on «Depositum Irregulare»* cit. 364; Petrucci, *Mensam exercere* cit. 220 s.; Id. *Profili giuridici* cit. 71 s.; Talamanca, *La «bona fides»* cit. 195; Scotti, *Il deposito* cit. 80 ss.; Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 85 s. Scheibelreiter, *Integration durch Abgrenzung?* cit. 445 nt. 6, ritiene che i cento *nummi* fossero 100 monete d'oro equivalenti a 100.000 sesterzi.

uno schiavo per conto del suo *dominus*, della quale il depositario⁹⁵ aveva accusato ricevuta in una lettera (utilizzando il verbo *commendare* per indicare la consegna del denaro) con l'aggiunta della precisazione che egli avrebbe restituito il denaro a semplice discrezionale richiesta senza alcuna menzione delle *usurae*⁹⁶. Appare genuino l'impianto essenziale del testo fondato sulla applicazione dell'*actio depositi*, sul significato di *commendare* (contenuto nel documento sottoposto al giurista) quale *deponere*⁹⁷, sul ruolo attribuito alla *bona fides* considerata separatamente dalla *depositi natura*⁹⁸ e sulla

⁹⁵ Presumibilmente un *argentarius*: cfr. Gordon, *Observations on «Depositum Irregulare»* cit. 364 s.; Petrucci, *Profili giuridici* cit. 71; Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 85; Scheibelreiter, *Integration durch Abgrenzung?* cit. 445 nt. 5.

⁹⁶ Ad avviso di Scheibelreiter, *Integration durch Abgrenzung?* cit. 453 ss., questa lettera presenta strette affinità con l'atto, che descrive una *παραθήκη*, contenuto nel *P. London* 3.943 = *Ch.M.* 330 del 31.7.227 d.C. In particolare anche Lucio Tizio saluta la controparte e conferma unilateralmente la ricevuta del denaro: la frase «*esse apud me ut notum haberes tibi notum facio*» corrisponde alla greca *ὁμολογῶ ἔχειν*; il verbo *commendare* corrisponde al greco *παρατιθέναι*; la promessa di Lucio Tizio a Sempronio «*quae quando voles et ubi voles tibi numerabo*» è equivalente quasi letteralmente alla clausola di restituzione: *ἀποκαταστήσω σοι ὀπηνίκα ἔάν αιρή*; l'avverbio *confestim* corrisponde al greco *ἀνυπερθέτως*; il certificato appare un *chirographum* redatto di sua mano da Lucio Tizio parlando in prima persona a Sempronio. Nella lettera di Tizio manca invece un formale accordo sugli interessi, presente nel documento greco.

⁹⁷ La frase «*'commendare' nihil alius est quam deponere*» ricorre anche in D. 50.16.186, tratto dal trentesimo libro *ad edictum* di Ulpiano. Il termine *commendare* è utilizzato in un documento latino dei Trittici della Transilvania (*CIL.* 3.949; *FIRA.* 3.120, p. 391): *Vero III Quadrato cons. IIII Kal. Iunias | denarios quinquaginta L. commendatos Lupus Ca-lrentis dixit se accepisse et accepit a Iulio | Alexandro, quos et reddere debet | sine ulla controversia*. Seguendo il convincente orientamento di Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 208 s., siamo in presenza di un deposito irregolare in un documento del 167 d.C., che presenta una «notevolissima coincidenza» con vari documenti greci, tra i quali soprattutto *CPR.* 1.29, nel quale viene riprodotto un contratto in cui *Harpakration* dichiara di ricevere di mano di Isidora 800 dracme quale *παραθήκη*, con le successive clausole del passaggio del pericolo all'accipiente, che si impegnava a restituirla immediatamente *sine ulla controversia* a semplice richiesta. V. pure *P. London* 2.208, p. 266 del 121 d.C., 2.310, p. 208 del 146 d.C., *BGU.* 3 n. 702 del 151 d.C., nei quali viene attestata la *παραθήκη*, con la restituzione immediata a richiesta senza ritardi o tergiversazioni della somma depositata. Ritengono invece che siamo in presenza di un mutuo Arangio-Ruiz, in *FIRA.* 3. n. 120, p. 391; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 141 s.

⁹⁸ Osserva il Talamanca, *La «bona fides»* cit. 198, «invece che alludere al rispetto della parola data in dialettica con la tipicità contrattuale cui la *depositi natura* stessa sicuramente si riporta, essa si riferisce a quell'insieme di regole di correttezza che vanno rispettate nel caso, secondo conto della funzione socio-economica del contratto (*qui beneficium rell.*)». L'autore rileva inoltre (nt. 558) come il passo risulterebbe interessante se si potesse accettare una ricostruzione del pensiero di Papiniano che avrebbe distinto nella parte finale del passo due casi: la richiesta delle *usurae ante moram*, nel caso che non fossero state esplicitamente pattuite in un deposito in cui era prevista la restituzione del *tantundem*, fondata sulla *natura contractus*, e quella invece fondata su una specifica *lex contractus* che prevedeva la corresponsione degli interessi.

facoltà dell'*arbiter*⁹⁹ di determinare le *usurae* nei *iudicia bonae fidei* (al pari della volontà delle parti espressa mediante *stipulatio*¹⁰⁰)¹⁰¹ sancita da interventi imperiali¹⁰². Va peraltro osservato come siamo in presenza di un deposito¹⁰³ che prevede il trasferimento della proprietà (e non della semplice detenzione) del denaro e la restituzione del *tantundem*¹⁰⁴ e non delle singole

⁹⁹ Il termine *arbiter* ricorre qui quale sinonimo di giudice, usato di regola per indicare che il giudice ha poteri più ampi di giudizio o è chiamato a giudicare su questioni di carattere tecnico, come in questo caso in materia di interessi. Cfr. Scotti, *Il deposito* cit. 82 nt. 390.

¹⁰⁰ Cfr. D. 3.5.6(7) (Paul. 9 ed.): *Quia tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio*, e D. 19.2.54 pr. (Paul. 5 resp.): *... usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione profisciscantur quam ex officio iudicis applicentur ...*

¹⁰¹ Gli interessi erano anche dovuti, come il giurista precisa in conclusione, se erano stati patuiti con una clausola inserita fin dall'inizio del deposito al pari dei casi previsti da Scevola in D. 16.3.28 e da Paolo in D. 16.3.26.1. Cfr. Petrucci, *Profili giuridici* cit. 71.

¹⁰² Dubbio appare se Papiniano intendesse riferirsi a specifiche costituzioni imperiali o ad una prassi imperiale coeva o anteriore. Nel primo senso cfr. Ch.F. Glück, *Commentario alle Pandette* (trad. italiana) 16, 306 nt. 35; a cui avviso si tratta di una costituzione di Antonino Pio, richiamata in D. 3.5.5.14; nello stesso senso Scheibelreiter, *Integration durch Abgrenzung?* cit. 449 nt. 36, che richiama anche D. 22.1.1 pr., 1.32 pr. 2, 1.37; invece si riferiscono a costituzioni imperiali non identificate G. Gualandi, *Legislazione imperiale e giurisprudenza* 1, Milano 1962, 269, 412; Cervenca, *Contributo allo studio* cit. 112 nt. 177; M. Sargenti, *Considerazioni sul potere normativo imperiale*, in *Sodalitas, Studi in onore di Antonio Guarino* 6, Napoli 1984, 2641 s.; ad una prassi imperiale coeva o anteriore Brasiello, *Aspetti innovativi* cit. 501; sostanzialmente nello stesso senso G. Klingenberg, *Constitutum est in D. 47.2.14.4*, in *RIDA*. 46, 1999, 287 ss., a cui avviso questa espressione non indica una specifica costituzione, ma si riferisce in generale alla legislazione imperiale.

¹⁰³ L'espressione *quando voles* corrisponde a quella *ὅποτεαυ βουληθης* del papiro *BGU*. 3.637. Essa depone chiaramente per un deposito irregolare e non per un deposito ordinario; cfr. Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 216; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 140; Valmaña Ochaíta, *El depósito irregular* cit. 71.

¹⁰⁴ Cfr. in tal senso Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 209 ss.; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 139 ss.; Michel, *Gratuité* cit. 82 ss.; Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 365 ss.; Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 67 s., Id. *Aspetti innovativi* cit. 499 s.; Valmaña Ochaíta, *El depósito irregular* cit. 70 s. Non appare a mio avviso condivisibile la tesi avanzata dalla Scotti, *Il deposito* cit. 81 s. e ntt. 393 e 394, che, ritenendo genuina anche la parte centrale del testo ed in particolare le frasi «*nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos*», sostiene che anche nel nostro caso scopo del negozio era la custodia, con la clausola che autorizza la restituzione del *tantundem*, e non il prestito di consumo, ed inoltre che la clausola che consente la restituzione del *tantundem* attribuisce al depositario un vantaggio meramente pratico, non necessariamente economico (in quanto potrà liberarsi consegnando la stessa quantità di altre monete laddove non dispone delle stesse monete consegnategli, ad esempio perché è lontano da casa dove le custodisce) ed è diversa da quella che autorizza esplicitamente il depositario ad utilizzare il denaro.

monete¹⁰⁵: emblematici in tal senso appaiono il ricorso nella lettera ai termini *adnumerare* e *numerare*¹⁰⁶ nonché all'espressione *esse apud me*¹⁰⁷ ed alla digressione relativa agli interessi *ante moram* che erano esclusi nel deposito ordinario, non avendo il depositario la possibilità di utilizzare il denaro.

Nello stesso senso depone un passo del terzo libro *responsorum*¹⁰⁸ dello stesso autore, D. 16.3.25.1¹⁰⁹, relativo alla esperibilità dell'*actio depositi*¹¹⁰

¹⁰⁵ Come vorrebbero invece C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 132 ss.; L. De Sarlo, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano 1940, 86; De Churruca, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi* cit. 118 nt. 107; Scotti, *Il deposito* cit. 81 nt. 391; Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestionum»* cit. 261 ss., ritiene invece che Papiniano abbia inquadrato questa ipotesi in un mutuo.

¹⁰⁶ L'*adnumeratio* iniziale esclude l'identificazione delle singole monete; cfr. Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 217; contra Naber, *Observatiunculae* cit. 63 s.; il verbo *numerare* è usato in senso tecnico per il deposito di monete non sigillato; cfr. Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 140; Litewski, *Le dépôt irrégulier* I cit. 254. C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 140, ritiene invece il termine equivoco potendosi prestare alle due diverse interpretazioni come sarebbe provato dalla nota intermedia «*quod ita - dicendum est*», peraltro da lui ritenuta interpolata.

¹⁰⁷ Contenuta anche nel già esaminato D. 16.3.28 di Scevola; cfr. Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 147; Petrucci, *Mensam exercere* cit. 221.

¹⁰⁸ Lenel, *Pal.* 1, col. 892 s., lo pone nella sezione «*de deposito*» [E. 106] unitamente al *principium* dello stesso testo ed a D. 3.5.31.1, nei quali erano discussi profili dell'applicazione dell'*actio depositi*, ammessa nel primo ed esclusa nel secondo.

¹⁰⁹ D. 16.3.25.1 (Papin. 3 resp.): *Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est*. Il testo è ritenuto gravemente interpolato da C. Longo, *Corso* cit. 71, che ha proposto la seguente ricostruzione: «*Qui pecuniam apud se depositam ad usum proprium convertit in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est*»; da Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestionum»* cit. 261 e da Litewski, *Le dépôt irrégulier* I cit. 259, a cui avviso il testo originario era relativo ad un deposito ordinario. È generalmente espunto l'inciso «*ut tantundem redderet*», Naber, *Observatiunculae* cit. 62; Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 228 s.; C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 135 nt. 3; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 114 s.; Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestionum»* cit. 260; Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 63; Id. *Aspetti innovativi* cit. 497; Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 366; Cervencia, *Contributo allo studio* cit. 119; Litewski, *loc. cit.*; v., in senso contrario, Kübler, *Griechische Tatbestände* cit. 206 e Gandolfi, *Il deposito* cit. 158 s., che lo ritengono invece genuino; quest'ultimo autore ritiene che sia stata soppressa dai compilatori giustinianeî la precisazione che era un *iudicium ex fide bona*. Sono ritenute interpolate anche le espressioni «*non obsignata*», C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 135, Id. *Corso* cit. 71; Schulz, *loc. cit.*, che espunge anche «*non redderet*»; «*post moram*», Litewski, *loc. cit.*; «*ad usus proprios convertit*», Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 116, che vi inserisce «*acceptit*», in quanto dalla consegna del denaro aperto deriva la facoltà di usarlo e conseguentemente l'irrelevanza dell'uso che il depositario avrebbe fatto; Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 63, espunge solo «*non*» pensando ad un deposito chiuso di denaro che non poteva essere usato.

¹¹⁰ L'esperibilità della *actio depositi* collega il testo in esame con il *principium*: *Die sponsaliorum aut postea res oblatas puellae, quae sui iuris fuit, pater suscepit: heres eius ut exhibeat recte convenietur etiam actione depositi*.

per ottenere il pagamento delle *usurae post moram*¹¹¹, nel caso della utilizzazione a proprio vantaggio da parte del depositario di *pecunia* consegnata non sigillata con l'intesa della restituzione del *tantundem*¹¹²: anche ammettendo la natura insiticia dell'inciso *ut tantundem redderet*, l'espressione *non obsignatam* dimostra che le monete depositate erano state consegnate sciolte, non dovevano essere quindi restituite nella loro identità¹¹³, e conseguentemente ne era autorizzato l'uso da parte del depositario¹¹⁴. Una riprova della sua genuinità sostanziale è data dalla concordanza tra la decisione in esso contenuta e quella enunciata nel testo precedente: infatti nel nostro testo sono concessi gli interessi legali *post moram* nel caso di deposito di *pecunia* sciolta, mentre nel precedente erano esclusi quelli *ante moram*¹¹⁵.

Tracce del nostro istituto si riscontrano in altri due passi dei libri *quaestionum*.

Il primo, D. 6.1.62 pr.¹¹⁶, tratto dal sesto libro¹¹⁷, è relativo all'obbligo del possessore di mala fede di una nave di restituire anche i frutti, che, a differenza dal caso dell'erede che non deve le *usurae* sulla *pecunia deposita* non utilizza-

¹¹¹ L'obbligazione di pagare le *usurae post moram* indica che siamo in presenza di un deposito e non di un mutuo; cfr. Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 228; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 114 s. Peraltro va osservato che questo principio è configurabile solo nel deposito che consente al destinatario l'utilizzazione del denaro, in quanto in caso di uso illegittimo, cioè di *furtum usus*, egli avrebbe risposto delle *usurae totius temporis*. Cfr. Segrè, loc. cit.; Bonifacio, op. cit. 115; Valmaña Ochaíta, *El depósito irregular* cit. 68.

¹¹² Sulla valutazione della Scotti sulla natura del deposito v. *supra* nt. 14.

¹¹³ Osserva Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 115: «con il rilievo che il denaro non era *obsignatus* ... il giurista voleva dire che dandosi denaro non suggellato il depositario avrebbe potuto servirsene. Se in nessun caso la proprietà passasse all'accipiente, che rilevanza poteva avere il fatto che il denaro fosse chiuso o aperto?». Cfr. pure Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 228 s.; Cervenca, *Contributo allo studio* cit. 120.

¹¹⁴ Dall'esame di questo testo il Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 116, perviene alla conclusione che «Papiniano trae conferma da D. 16.3.25.1 che nel diritto classico il deposito irregolare è riconosciuto ed ha funzione del tutto obiettiva. Il permesso di usare non è qualche cosa di autonomo e distinto dal negozio giuridico fondamentale, ma si compenetra nella stessa consegna del denaro aperto».

¹¹⁵ Come è stato osservato dal Cervenca, *Contributo allo studio* cit. 121, la decisione contenuta nel testo coincide con quella contenuta nel precedente frammento 24, nel quale il giurista negava che si dovessero *usurae temporis ante moram* nel caso di deposito di denaro sciolto, ammettendo implicitamente la possibilità di *usurae post moram*.

¹¹⁶ D. 6.1.62 pr. (Papin. 6 *quaest.*): *Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area quae locari solent. Quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non attingit, usuras praestare non cogitur: nam etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis faeneretur.*

¹¹⁷ Lenel, *Pal.* 1, col. 822, lo pone nella sezione «*de rei vindicatione*» [E. 69].

ta¹¹⁸, è tenuto a pagare il nolo per la nave anche in caso di mancata utilizzazione, pur trattandosi in entrambi i casi di frutto che *non natura pervenit tamen iure percipitur*. Il ricorso all'espressione *pecunia deposita* indica a mio avviso che siamo in presenza di un deposito¹¹⁹, né può indurci a diversa soluzione il ricorso nell'inciso finale al verbo *faenero*, che non indica il dare denaro a mutuo, ma evidenzia l'impiego del denaro per produrre interessi¹²⁰; peraltro induce a rite-

¹¹⁸ L'inciso «*quam heres non attingit*» è il frutto ad avviso di H. Keller, *rec. a Kaser, Restituere als Prozessgegenstand*, in ZSS. 53, 1933, 565 ss., di una nota marginale postclassica di riferimento, aggiunta nel manoscritto.

¹¹⁹ Non appare a mio avviso convincente la diversa opinione che nel testo non è previsto un contratto di deposito, ma il denaro che il *possessor hereditatis* ha lasciato intatto. Cfr. M. Kaser, *Restituere als Prozessgegenstand: ein Beitrag zur Lehre von der materiellrechtlichen Beschaffenheit der in iudicium deduzierten Ansprüche im klassischen römischen Recht*, München 1932, 13 ss.; v. anche Kreller, *rec. a Kaser cit.* 565 ss. Va peraltro osservato come a sostegno di questa ipotesi non possa essere invocata la citazione dell'opinione di Papiniano nel seguente testo di Ulpiano D. 5.3.20.14 (15 ed.): *Papinianus autem tertio libro quaestionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat, negat eum omnino in usuras conveniendum*. Anche se ispirata allo stesso principio non si può ritenere che questa decisione riferita da Ulpiano sia quella menzionata nel testo di Papiniano: innanzi tutto Papiniano parla di «*heres*» e Ulpiano di «*possessor hereditatis*», Papiniano di «*pecunia deposita*» e Ulpiano di «*pecuniam inventam in hereditate*», ed inoltre il testo di Papiniano è tratto dal sesto libro *quaestionum* e l'opinione riferita da Ulpiano era nel terzo libro della stessa opera, né possono apparire plausibili le illazioni avanzate da Klami, «*Mutua magis*» cit. 67, che lo stesso caso sia stato esaminato in due diversi libri delle *quaestiones* o che la numerazione del libro di Papiniano possa essere stata modificata dopo che Ulpiano l'aveva citato.

¹²⁰ Va innanzi tutto osservato come nel testo del S. C. Macedoniano riferito da Ulpiano, D. 14.6.1 pr., 29 ed., vengono terminologicamente differenziati due tipi di crediti: la *mutua pecunia* e il prestito usurario indicato con il termine *faenerare*, cfr. per tutti S. Longo, *Senatusconsultum Macedonianum. Interpretazione e applicazione da Vespasiano a Giustiniano*, Torino 2012, 94 ss. Analogamente va osservato in relazione ad un testo di Trifonino, D. 3.5.37, (2 disp.), nel quale viene affrontato il problema se un debitore, che aveva ricevuto a mutuo una somma di denaro, senza pattuire interessi da un soggetto del quale era stato successivamente *negotiorum gestor*, era tenuto a pagare interessi con l'*actio negotiorum gestorum*: il giurista ricorre ai termini *usuras faenerasset* per indicare gli interessi che il creditore era solito chiedere, «*eas usuras, quibus aliis idem creditor faenerasset*», ed al termine *mutuum* per indicare il rapporto intercorso con il suo successivo *dominus negotii*: «*hic bona ratione accepit ab alio mutuum*». Il nostro termine ricorre in questo significato di prestito usurario in vari altri testi in relazione al carattere solidale dell'*actio institoria* attestato da Labeone nel caso di una *praepositio* finalizzata a far fruttare la *pecunia*, coltivare i fondi, svolgere attività commerciali o riscattare i prigionieri in D. 14.3.5.2, (Ulp. 28 ed.); nell'esemplificazione di un *mandatum tua gratia* ad opera di Gaio, consistente in un consiglio di utilizzare il proprio denaro in acquisti immobiliari piuttosto che per lucrare interessi in Gai 3.156, D. 17.1.2.6, (Gai 2 cott.); nella riflessione di Giuliano sulle *usurae* da pagare al *dominus* nel caso di riscossione di esse da parte del *procurator* in misura maggiore di quella indicata dal *dominus negotii*, mentre per la individuazione del rapporto instaurato da *dominus* e *procurator* si ricorre a *credita pecuniam* in D. 17.1.6.6, (Ulp. 31 ed.); nella indicazione dell'uso della *pecunia* comu-

nere che non possa trattarsi di un deposito ordinario la mancata percezione delle *usurae* nel caso in cui l'erede non avesse utilizzato la *pecunia deposita*, lasciando quindi ipotizzare che fossero dovute laddove l'avesse utilizzata.

Nel secondo, D.16.3.8¹²¹, tratto dal libro nono¹²², si precisa che il privilegio riconosciuto ai depositanti, che non avevano ricevuto interessi, in caso di crisi dell'impresa finanziaria (discusso nel testo di Ulpiano immediatamente precedente¹²³) si esercitava non solo sulla parte di somme depositate ancora comprese fra i beni dell'*argentarius*, ma anche sulle sue *facultates*, cioè sul suo intero patrimonio, deducendo il denaro utilizzato per le spese necessarie¹²⁴, per evitare che l'impiego poco accorto o la fraudolenta distrazione delle somme depositate da parte del banchiere (qualificato *fraudator*)¹²⁵ rendesse privo di efficacia il privilegio.

ne da parte di un socio di una società diversa da quella *totorum bonorum* in D. 17.2.67.1, (Paul. 1 *resp.*); nella differenza delineata da Scevola, nel caso di un mandato o di una *negotiorum gestio*, tra la *pecunia otiosa* e quella data ad interessi in D. 22.1.13.1, (Scaev. 1 *resp.*); nella distinzione tra *faenerare* e dare a mutuo nella frase paolina «*faenerator pecuniam usuris maritimis mutuam dando quasdam merces in nave pignori accepit*» in D. 22.2.6, (Paul. 5 *quaest.*); nella enunciazione da parte di Paolo dell'obbligo del tutore negligente di risarcire i mancati interessi delle somme tenute infruttifere in D. 26.7.15, (Paul. 2 *sent.*), o della non inquadrabilità del prestito usurario da parte del tutore della *pecunia* del pupillo nel divieto previsto da costituzioni imperiali per il tutore di convertire in proprio uso il denaro pupillare in D. 26.7.46.2, (Paul. 9 *resp.*).

¹²¹ D. 16.3.8 (Pap. 9 *quaest.*): *Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus: idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est. Plane sumptus causa, qui necessary factus est, semper praecedit: nam deducto eo bonorum calculus subduci solet.* La frase «*idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est*» è stata, a torto, espunta da Klami, «*Mutua magis*» cit. 63, 213; cfr., correttamente, M.L. Navarra, *Ricerche sull'utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino 2002, 90.

¹²² Come rilevato, *supra* nt. 90, questo testo è inserito da Lenel, *Pal.* 1, col. 830, nella sezione «*de deposito*» [E. 106], unitamente a D. 16.3.24.

¹²³ D. 16.3.7, riportato a nt. 128.

¹²⁴ Questo principio è in linea con il regime della *bonorum venditio*, che trovava applicazione solo per le imprese bancarie fondate su uno schema organizzativo con responsabilità illimitata, mentre, in caso di impresa strutturata in modo da limitare la responsabilità essa gravava sul peculio dello schiavo e del figlio che la gestivano. Cfr. Petrucci, *Profili giuridici* cit. 169. Esso inoltre venne ammesso nel pubblico interesse per reprimere le frodi degli *argentari* e salvaguardare la fiducia di chi ricorreva ad essi. Cfr. M.J. García Garrido, *La sociedad de los banqueros* ('*società argentaria*'), in *Studi Biscardi* 3 cit. 381; Scotti, *Il deposito* cit. 64 nt. 286.

¹²⁵ Ad avviso della Navarra, *Ricerche sull'utilitas* cit. 89 s., questa estensione della responsabilità trovava applicazione nel caso di un comportamento fraudolento del banchiere, che aveva distolto a danno dei creditori le somme depositate presso di lui, forse a favore di un terzo prestanome. Altri autori rilevano come il banchiere insolvente sia considerato *fraudator* per la rottura del rapporto fiduciario con il cliente alla luce della funzione di pubblico interesse svolta; cfr. Salazar Revuelta, *El deber de información* cit. 133; A. Murillo Villar, *La responsabilidad del*

V. (segue):d) altre ipotesi di deposito irregolare esaminate in testi di Ulpiano (specie relativi agli argentarii)

Rivolgendo la nostra attenzione ai giuristi successivi va rilevato come, tracce significative della conoscenza del deposito irregolare sono presenti in alcuni testi di Ulpiano e Paolo.

Significativi elementi si possono trarre da due testi di Ulpiano relativi ad alcuni aspetti della crisi di una impresa finanziaria¹²⁶ con conseguente procedimento concorsuale per la soddisfazione dei creditori¹²⁷: D. 16.3.7.2-3 e D. 42.5.24.2.

Nel primo, D. 16.3.7.2-3¹²⁸ tratto dal commento alla sezione dell'editto re-

banquero por lo depósitos de los clientes. Una reflexion desde les fuentes romanas in *Rivista di diritto romano* 14, 2014, 5. Ad avviso di H.T. Klami, *Depositum und Παράκαταθήκη*, in H.P. Benöhr (a c. di), *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80 Geburtstag*, Wien-Köln-Gratz 1986, 98, che vede nel nostro caso un deposito regolare, si volevano proteggere i depositanti contro banchieri disonesti, che avevano usato il denaro depositato senza permesso e senza pagare interessi, e, dopo che erano falliti, per effetto della *bonorum venditio*, erano obbligati a pagare gli interessi, senza che fosse nemmeno presa in considerazione la possibilità di una *rei vindicatio* durante tale procedura.

¹²⁶ A questi testi si ricollega quello sopra menzionato di Papiniano, D. 16.3.8¹²¹.

¹²⁷ Cfr. Petrucci, *Mensam exercere* cit. 211.

¹²⁸ D. 16.3.7.2-3 (Ulp. 30 ed.): *Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. Et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito. 3. Item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum qui deposuerunt an vero simul depositariorum ratio habeatur. Et constat simul admittendos: hoc enim rescripto principali significatur.* Una critica radicale è stata rivolta da G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 5, Leipzig 1931, 29 s., il quale ha contestato la estrazione del testo dal trentesimo libro *ad edictum*, ha inoltre ritenuto atecniche le espressioni «cedere foro» e «nummularii», poco chiara quella «primo loco ratio haberi»; inusuale «depositarius», non classici l'inciso «depositas... habuerunt» e l'espressione «faenore exercebant», nella quale non è corretto il tempo; poco chiara quella «deposito renuntiaverint»; fuorviante quella «si bona venierint». S. Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano* 3, Napoli 1940, 111 s., partendo dal presupposto dell'origine postclassica del *depositum irregolare*, pur ritenendo autentico il nucleo del testo, ha proposto di eliminare l'ambiguità dell'espressione «primo loco haberi», mentre «depositas habuerunt» sarebbe latino volgare, e «depositarius» sarebbe termine sospetto, «et ante privilegia» una ripetizione inutile. Michel, *Gratuité* cit. 87 ss., ha rivolto varie critiche di natura filologica, ha eliminato l'inciso «ante privilegia» ed ha proposto la seguente ricostruzione della frase *hoc est – exercebant*: «*Hoc est eorum qui depositas pecunias apud nummularios haberunt, non qui faenus cum nummulariis vel per ipsos exercebant*». Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 73 s., ha espunto l'inciso «quasi renuntiaverint deposito» che a suo avviso rifletterebe la teoria bizantina sulla trasformazione in mutuo. Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 149, ha eliminato «ante privilegia» e l'inversione di «non quas» per

lativo all'*actio depositi*¹²⁹, si afferma in caso di *bonorum venditio*¹³⁰ la priorità dei deponenti (solo di quelli *qui depositas pecunias habuerunt*¹³¹ e non di quelli che avevano dato il proprio denaro ad interesse presso i *nummularii* o per conto proprio) nella soddisfazione dei propri crediti¹³² anche nei confronti dei creditori privilegiati¹³³, purché essi non avessero percepito interessi (in quanto tale attività avrebbe significato la rinuncia al deposito¹³⁴), posti tutti sullo stesso piano secondo quanto stabilito da un rescritto imperiale¹³⁵.

Ulpiano distingue vari tipi di deposito con consegna di danaro agli *argentarii*¹³⁶:

«*quas non*». Litewski, *Le dépôt irrégulier* 2 cit. 287 ss., ha rilevato vari vizi formali quali la quadruplicata ripetizione dell'espressione «*rationem habere*», i tempi diversi dei verbi «*habuerunt*» ed «*exercebant*», l'inversione di «*non quas*» per «*quas non*». A suo avviso è ulpiano l'inizio della spiegazione con «*hoc est*» e la frase «*quis depositas pecunias habuerunt*», mentre costituirebbe un'aggiunta successiva la parte «*ante privilegia ...*» in quanto a suo avviso nella prima parte era preso in considerazione un deposito ordinario. Ritengono invece il testo genuino, tra gli altri, Klami, «*Mutua magis*» cit. 196 ss.; Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit* cit. 553 s.; Petrucci, *Mensam exercere* cit. 209; Id. *Profili giuridici* cit. 32 s.; Cerami - Petrucci, *Diritto commerciale* cit. 122 ss.; Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 76; Salazar Revuelta, *El deber de información* cit. 128 ss.; Murillo Villar, *La responsabilidad del banquero* cit. 4 ss.

¹²⁹ Lenel, *Pal.* 2, col. 617 s.

¹³⁰ Sul significato di *foro cedere*, in questo testo utilizzato per indicare la crisi finanziaria dei *nummularii*, cfr., per tutti, da ultimo A Cassarino, *Riflessioni sulla nozione di 'foro cedere' in riferimento all'esecutato nel diritto romano tra tarda repubblica e principato*, in *TSDP*. 7, 2014. L'espressione *foro cedere* indica una bancarotta, evidenziata dalla asportazione della bottega del banchiere dal foro in caso di insolvenza. Cfr. A. Wacke, *Pecunia in arca*, Lecce 2002, 58 nt. 64.; Scotti, *Il deposito* cit. 57 nt. 256.

¹³¹ Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 76, ritiene che siamo in presenza di un deposito ordinario.

¹³² Ad avviso di Litewski, *Le dépôt irrégulier* 2 cit. 294, Ulpiano in questo testo voleva solo confermare la priorità dei depositari (ordinari).

¹³³ Scotti, *Il deposito* cit. 59 nt. 263; Petrucci, *Profili giuridici* cit. 165.

¹³⁴ Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 76.

¹³⁵ Cfr. Salazar Revuelta, *El deber de información* cit. 132; Murillo Villar, *La responsabilidad del banquero* cit. 5.

¹³⁶ Sulla sostanziale genuinità della distinzione tra questi vari tipi di deposito cfr. Litewski, *Le dépôt irrégulier* 2 cit. 287 ss.; Gandolfi, *Il deposito* cit. 166; Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit* cit. 553 s.; Petrucci, *Mensam exercere* cit. 210 ss.; Id. *Profili giuridici* cit. 32 ss.; De Churruga, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi* cit. 322; García Garrido, *La sociedad de los banqueros* cit. 381; Id. *El Comercio* cit. 77 ss.; Cerami, Petrucci, *Diritto commerciale* cit. 213 s.; Salazar Revuelta, *El deber de información* cit. 128 s.; Murillo Villar, *La responsabilidad del banquero* cit. 5 s. Una diversa posizione era stata assunta da C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 128 s.: Ulpiano in questo passo non distingue tra vari tipi di deposito, ma contrappone deposito a credito «perché si usi quanto si voglia nella vita commerciale comune la parola deposito, il danaro in qualsiasi modo dato ad usura non costituisce dal punto di vista giuridico deposito, ma credito» ... «Ulpiano ritiene inconciliabile col concetto di deposito così il passaggio della proprietà del denaro del depositario, come la pattuizione di usure».

depositi ordinari aventi ad oggetto somme di denaro collocate in contenitori chiusi e sigillati e depositi aperti¹³⁷ finalizzati a consentire al banchiere di utilizzare il denaro per concludere negozi o altre attività connesse all'esercizio della mensa (*faenore apud nummularios*)¹³⁸ o a costituire una società tra banchiere e cliente diretta a uno o più affari determinati ovvero allo svolgimento continuativo di attività nelle quali il cliente metteva i capitali e il banchiere l'abilità manageriale propria o dei servi *institores* o *negotiatores* (*faenore exercere cum nummulariis*)¹³⁹ o a far fruttare i capitali mediante crediti o finanziamenti concessi a terzi (*faenore exercere per nummularios*)¹⁴⁰¹⁴¹.

Nel secondo, D. 42.5.24.2¹⁴², tratto dal commento alla sezione dell'editto «*de*

¹³⁷ Cfr. Andreau, *La vie financière* cit. 541 ss.; Petrucci, *Mensam exercere* cit. 213, 282; Id. *Profili giuridici* cit. 32 ss.; Cerami, Petrucci, *Diritto commerciale* cit. 123 ss.

¹³⁸ Ad avviso di Klami, «*Mutua magis*» cit. 42, si tratterebbe di una attività di prestito ad interesse del denaro del cliente ai terzi con l'impegno del banchiere di corrispondere al cliente interessi ad un tasso fisso per percepire l'eventuale surplus per remunerare la sua attività; cfr. in tal senso Litewski, *Le dépôt irrégulier* 2 cit. 289; Gordon, *Observations on «Depositum Irregulare»* cit. 365 ss. Il Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit* cit. 554 invece esclude questo tipo di deposito, ritenendo che i depositi aperti erano di due tipi finalizzati a *foenore exercere cum nummulariis* o *per ipsos*. La Scotti, *Il deposito* cit. 58 nt. 259, parla di un deposito fruttifero.

¹³⁹ Petrucci, *Mensam exercere* cit. 216; Scotti, *Il deposito* cit. 58, 261. Ad avviso di Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 232, e di Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit* cit. 554, in questo caso gli interessi erano oggetto di una *stipulatio usurarum*.

¹⁴⁰ Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit* cit. 554, e De Churruca, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi* cit. 321, ipotizzano che in questa ipotesi il banchiere avesse investito il denaro su mandato del cliente.

¹⁴¹ Va osservato come la realizzazione di forme di investimento di denaro altrui accanto a quelle di deposito (che prevedeva la restituzione del *tantundem*) ben si inquadri nel contesto economico e nel dinamismo delle società finanziarie e presenti marcate differenze economiche e giuridiche tra le due forme di consegna del denaro, spingendo Ulpiano a ritenere che rinunciassero alla tutela del deposito il depositante che avesse accettato interessi.

¹⁴² D. 42.5.24.2 (Ulp. 63 ed.): *In bonis mensularii vendundis post privilegia potiore eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia*. Beseler, *Beiträge* 5 cit. 29, sostituisce «*argentarii*» a «*mensularii*», espunge «*post privilegia*» considerando tale espressione una formula atecnica e ritiene interpolata la seconda parte «*sed enim ... ante privilegia*». Maschi, *La categoria* cit. 279, considera il testo sospetto soprattutto per la contrapposizione «*aliud est credere aliud deponere*», che non ha ragione d'essere per i classici. Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 73 s., espunge «*et merito*» e «*aliud est enim credere aliud deponere*». Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 149, espunge la frase finale «*si tamen – privilegia*». Klami, «*Mutua magis*» cit. 196, ritiene che, potendosi intendere la *rei vindicatio* solo nel caso di deposito chiuso, l'inciso iniziale «*post privilegia*» o quello finale «*ante privilegia*» debba essere attribuito ai compilatori giustiniani. Per la sostanziale genuinità cfr. Litewski, *Le dépôt irrégulier* 2 cit. 289

privilegiariis creditoribus)¹⁴³, si afferma che nella vendita dei beni del *mensularius*¹⁴⁴, conseguente alla crisi dell'impresa, se le singole monete potevano ancora essere individuate il depositante poteva esperire la *rei vindicatio* con precedenza anche sui creditori privilegiati¹⁴⁵; invece i deponenti di somme di denaro *apud mensam fidem publicam secuti* avevano diritto ad essere soddisfatti subito dopo i creditori privilegiati con precedenza sui percettori di interesse¹⁴⁶, che non erano separati dagli altri creditori in quanto *aliud est credere aliud deponere*.

In questo testo, sono presi in considerazione tre tipi di deposito di denaro¹⁴⁷: quello chiuso e sigillato, le cui monete i deponenti possono rivendicare (con priorità assoluta anche sui creditori privilegiati); quello aperto di somme che il depositario poteva utilizzare, ma del quale doveva tener disponibile nella cassa una somma equivalente per poter restituire a richiesta il *tantundem*¹⁴⁸, quello

ss.; Gordon, *Observations on «Depositum Irregulare»* cit. 366; Petrucci, *Mensam exercere* cit. 209 ss.; Cerami, Petrucci, *Diritto commerciale* cit. 122 ss.; Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 77 nt. 73; Murillo Villar, *La responsabilidad del banquero* cit. 6.

¹⁴³ Lenel, *Pal. 2*, col. 794.

¹⁴⁴ Il termine *mensularius* ricorre quale termine generale per indicare il titolare di una *mensa* sia *argentaria* che *nummularia*; cfr. Petrucci, *Mensam exercere* cit. 34, 59, 216; Scotti, *Il deposito* cit. 130 nt. 645.

¹⁴⁵ In questo caso il depositante era rimasto proprietario e poteva rivendicare il suo denaro (probabilmente ancora contenuto in recipienti chiusi, in ogni caso identificabile nelle divise metalliche), che non faceva parte dell'attivo dell'impresa in crisi, e quindi egli veniva soddisfatto non quale creditore, ma quale proprietario. Cfr. Litewski, *Le dépôt irrégulier 2* cit. 288; Gordon, *Observations on «Depositum Irregulare»* cit. 368; García Garrido, *La sociedad de los banqueros* cit. 381; Valmaña Ochaíta, *El depósito irregular* cit. 113 ss. Il Petrucci, *Profili giuridici* cit. 32 s., osserva che l'espressione «*si nummi exstent*» va interpretata nel senso di monete effettivamente individuabili tra quelle depositate presso il banchiere, cosa che poteva avvenire solo quando esse fossero state separate dalle altre perché chiuse in appositi recipienti.

¹⁴⁶ I depositanti del denaro in sacchetti chiusi erano soddisfatti per primi, in quanto non avrebbero dovuto sopportare il medesimo rischio di chi aveva consegnato al banchiere il denaro per farlo fruttare e quindi aveva assunto il rischio al pari dei mutuanti di non riavere il denaro nel momento in cui aveva autorizzato il banchiere ad investirlo; cfr. Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 77 nt. 73.

¹⁴⁷ Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 150 s.; Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 74; Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 370; Andreau, *La vie financière* cit. 536 s.; Gordon, *Observations on «Depositum Irregulare»* cit. 363; Valmaña Ochaíta, *El depósito irregular* cit. 113 ss., che individua quattro tipi di deposito, differenziando quello dei creditori privilegiati da quello di coloro *qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt*. Ritengono invece che siamo in presenza di una contrapposizione tra deposito ordinario e mutuo C. Longo, *Corso* cit. 63; Maschi, *La categoria* cit. 388 s. Ad avviso di Murillo Villar, *La responsabilidad del banquero* cit. 8, abbiamo tre diversi gradi di protezione: assoluta in caso di deposito ordinario; di secondo grado (protección preferente, subordinata a quella dei creditori privilegiati) in caso di deposito aperto; di terzo grado o paritaria in caso di deposito aperto con pattuizione di interessi.

¹⁴⁸ Non appare convincente la diversa congettura di Litewski, *Le dépôt irrégulier 2* cit. 290 s., a cui avviso non c'è alcuna prova che al depositario, che non era tenuto a versare interessi, fosse

aperto fruttifero di interessi, le cui somme il depositario poteva utilizzare per le sue speculazioni (in questi casi i deponenti erano posti alla stregua di tutti gli altri creditori). Mentre i primi due rientravano nell'ambito di applicazione dell'*actio depositi*, dubbi sorgono sul terzo per il quale Ulpiano in questo testo osserva *aliud est credere, aliud deponere*.

Dall'esame complessivo dei due testi¹⁴⁹, pur con alcune apparenti discrasie, si può pervenire alla conclusione che nella riflessione ulpiana fosse presente il c.d. deposito irregolare, anche se per alcune figure di consegna di denaro ai banchieri a scopo di speculazioni finanziarie possa essere dubbio l'inquadramento nell'ambito di tale contratto¹⁵⁰, mentre a differenza di Scevola e Papiniano non era prevista la possibilità di pattuire interessi.

consentito l'uso del denaro, in quanto il denaro era depositato sigillato ed è probabile che l'utilizzazione fosse illegittima e pertanto costituisse un *furtum usus*. La mancata indicazione della possibilità di poter esperire anche l'*actio furti* sarebbe a suo avviso irrilevante in quanto, a prescindere dal rilievo che il testo era stato probabilmente abbreviato il giurista avrebbe potuto considerare superflua tale precisazione apparendogli la situazione evidente. *Contra* Petrucci, *Profili giuridici* cit. 33, a cui avviso l'affermazione «*potiorem eorum – secuti deposuerunt*» «da un lato, non contenendo riferimenti alla possibilità di identificare le somme depositate, fanno intendere che qui si tratta non di depositi chiusi, ma di depositi aperti. Dall'altro lato, la netta contrapposizione tra questi deponenti e quanti fin dall'inizio o anche in seguito, hanno convenuto con il banchiere la percezione di interessi sul denaro depositato, implica chiaramente che siamo di fronte ad un contratto di deposito infruttifero».

¹⁴⁹ Come è stato rilevato da Petrucci, *Mensam exercere* cit. 214 s.; Id. *Profili giuridici* cit. 167, la pretesa contraddizione tra i due testi per effetto della diversa soluzione data in relazione alla posizione dei deponenti e dei creditori privilegiati nel concorso, si può superare, senza pensare a interventi compilatorii ovvero alla identificazione dei deponenti da soddisfarsi *ante privilegia* di D. 16.3.7.2 con i titolari dei depositi chiusi di D. 42.5.24.2, supponendo che Ulpiano ha considerato la questione da due punti diversi. Nel primo, nel commento alla clausola editale relativa al deposito, ha mirato ad evidenziare le differenze giuridiche tra i depositi e gli investimenti in danaro attraverso l'impresa finanziaria, riconoscendo ai depositi una priorità nel concorso dei creditori e precisando che l'accettazione di interessi faceva perdere tale prelazione, considerandola alla stregua di una rinuncia al deposito; nel secondo invece ha delineato l'ordine dei deponenti nel concorso trattando dei creditori privilegiati nella *bonorum venditio*. Il García Garrido, *La sociedad de los banqueros* cit. 381, ritiene apparente la contraddizione tra i due testi, in quanto D. 16.3.7.2 sarebbe stato abbreviato dai compilatori e dovrebbe integrarsi con l'altro, sicché si avrebbero tre diverse situazioni: se le monete sono ancora nella cassa del banchiere, i depositanti hanno precedenza assoluta sugli altri creditori anche se privilegiati e possono rivendicare le monete; in caso di deposito irregolare senza interessi il banchiere insolvente risponde con tutti i suoi beni a favore in primo luogo dei creditori privilegiati, e poi sui depositanti che hanno la precedenza sugli altri creditori; in caso di deposito irregolare con interessi i depositanti concorrono in posizione paritaria con gli altri creditori. Si potrebbe escludere per altra via la discrasia tra i due testi se si potesse ammettere che l'espressione «*qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt*» alluda a depositi in generale sia chiusi che aperti, e non ai depositi chiusi e sigillati previsti nell'altro testo.

¹⁵⁰ Ad avviso di De Churruca, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi* cit. 322, che rileva come Ulpiano distingue almeno due possibilità, cioè prestito di denaro con interessi al banchiere-

Altre ipotesi di deposito irregolare sono menzionate in passi ulpiane¹⁵¹: si deve a mio avviso pensare ad un deposito con facoltà di utilizzazione del denaro, e non di un mutuo¹⁵², nel caso descritto in D. 12.1.4 pr.¹⁵³, tratto dal trentaquattresimo libro *ad Sabinum*¹⁵⁴, nel quale viene precisato che il *periculum* grava sul depositario nel caso di consegna in deposito di una somma di denaro da un soggetto (che non aveva alcuna intenzione di darla a mutuo) ad un altro (che, pur avendo in programma l'acquisto di fondi rustici, non voleva accettare somme a titolo di credito prima di aver proceduto all'acquisto dei predetti fondi) col patto *ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses*, e che il trasferimento della proprietà del denaro avviene all'atto della consegna¹⁵⁵: costituiscono una

re e deposito in contanti aperto con i banchieri, che prestino il denaro per interessi a nome del cliente; questi testi, come quelli sopra citati di Scevola e Papiniano, attestano l'esistenza di varie transazioni finanziarie, che non aderivano ai principi romani del mutuo e del deposito, di origine prevalentemente ellenistica, che aggiungono profili della gestione accanto a quelle del prestito e del deposito, in modo che i giuristi classici spesso erano perplessi quando hanno cercato di classificare queste transazioni nel sistema delle azioni romane.

¹⁵¹ A questi passi si potrebbe aggiungere D. 16.3.1.34 (Ulp. 30 ed.): *Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses uteris, prius quam utaris depositi teneberis*, se lo si potesse interpretare nel senso che fosse prevista l'esperibilità dell'*actio depositi* nel caso di denaro consegnato in deposito, con facoltà per il depositario di usarlo, anche prima di tale utilizzazione, e non come fa la dottrina dominante nel senso che l'uso del denaro trasforma in mutuo un deposito ordinario, cfr. C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 123; Id. *Corso* cit. 64; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 127; Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 370. Nella stessa ottica Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 56, a cui avviso i giuristi classici più che al negozio guardavano alle azioni e conseguentemente pensavano che con l'uso del denaro non spettava più l'*actio depositi*, ma l'*actio certae creditae pecuniae*. In una ottica diversa si è mosso il Gandolfi, *Il deposito* cit. 165 s., a cui avviso, non dicendo il testo che dopo il verificarsi della condizione, cioè l'uso del denaro, era esperibile la *condictio*, si potrebbe ipotizzare che il testo sia stato modificato con la soppressione della menzione dell'*actio in factum* nella frase finale, in quanto fino a che egli non faceva uso del denaro era esperibile la formula *in factum* ed egli rispondeva nei limiti del dolo.

¹⁵² Cfr. C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 122, ritiene che siamo in presenza di uno dei testi ulpiane, nei quali il deposito di denaro con permesso d'uso e con espressa volontà delle parti si trasforma in mutuo. Nello stesso senso Michel, *Gratuité* cit. 84; Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 229.

¹⁵³ D. 12.1.4 pr. (Ulp. 34 Sab.): *Si quis nec causam nec propositum faenerandi habuerit et tu empturus praedia desideraveris mutuum pecuniam nec volueris creditae nomine antequam emisses suscipere atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est eius qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit.*

¹⁵⁴ Nella ricostruzione di Lenel, *Pal.* 2, col 240, questo è uno dei sei libri dedicati alla dote, lib. 31-36.

¹⁵⁵ Osserva Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 229, che se la consegna del denaro non sigillato non avesse avuto l'effetto immediato di consentire l'utilizzazione del denaro e il trasferimento della proprietà, la sigillazione del denaro non si giustificerebbe, in quanto in ogni caso il depositario avrebbe avuto bisogno di una autorizzazione per usarlo.

chiara indicazione che si tratti di deposito il ricorso al verbo *deponere* da parte del giurista¹⁵⁶ e la precisazione sull'esigenza del proprietario del denaro di mettersi in viaggio e sulla ritrosia del ricevente di contrarre mutuo prima di aver proceduto all'acquisto dei fondi¹⁵⁷.

In D. 26.7.7.3-4¹⁵⁸, tratto dal trentacinquesimo libro *ad edictum*¹⁵⁹, viene regolato il deposito della *pecunia* pupillare, per il quale sono dovuti gli interessi in caso di sua mancata utilizzazione da parte del tutore per l'acquisto di immobili o di conversione del denaro in uso proprio¹⁶⁰; in D. 12.1.18.1¹⁶¹ si prende in considerazione il caso di un dissenso tra le parti sulla natura del contratto da una ritenuto mutuo e dall'altra deposito, configurabile solo se le parti erano d'accordo sul trasferimento della proprietà del denaro¹⁶².

¹⁵⁶ E non delle parti come pensa Litewski, *Le dépôt irrégulier* 1 cit. 229.

¹⁵⁷ Osserva la Scotti, *Il deposito* cit. 112 nt. 541, che il depositario risponde della perdita del denaro indipendentemente dalla compravendita e quindi il deposito è concluso più nell'interesse di chi riceve il denaro che di quello che lo deposita.

¹⁵⁸ D. 26.7.7.3-4 (Ulp. 35 ed.): *Si post depositionem pecuniae comparare praedia tutores neglexerunt, incipient in usuras conveniri: quamquam enim a praetore cogi eos oportet ad comparandum, tamen, si cessent, etiam usuris plectendi sunt tarditatis gratia, nisi si per eos factum non est quo minus compararent. 4. Pecuniae, quam in usus suos converterunt tutores, legitimas usuras praestant, sed hoc ita demum, si evidenter doceantur pecuniam in usus suos convertisse: ceterum non utique qui non faeneravit vel non deposuit, in suos usus vertit, et ita divus Severus decrevit. Doceri igitur debet in usus suos pecuniam vertisse.*

¹⁵⁹ Secondo la *Palingenesia* di Lenel, 2, col. 658, questo libro era dedicato a temi inerenti alla tutela.

¹⁶⁰ Viene inoltre precisato come sulla base di un *decretum* di Settimio Severo non sempre il mancato prestito ad interesse o il mancato deposito di tale denaro configurasse un tale illecito, profilandosi la possibilità di separare il mancato prestito fruttifero a terzi da una conversione ad usi propri. Cfr. Cervenca, *Contributo allo studio* cit. 146 ss.; Petrucci, *Profili giuridici* cit. 78. Ritenendo interpolato lo squarcio «*sed hoc ita demum – usus vertit*», il Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 1, Tübingen 1910, 93, 4, Tübingen 1920, 69, e l'Albertario, *Sulla dotis ante nuptias*, ora in *Studi di diritto romano* 1, Milano 1953, 323 nt, sono dell'avviso che il *decretum* di Settimio Severo avrebbe stabilito che era tenuto alle *usurae* il tutore autore della *conversio* del denaro pupillare.

¹⁶¹ D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 disp.): *Si ego quasi deponens tibi dederò, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuam est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accipi: sed in utroque casu consumptis nummis conditioni sine doli exceptione locus erit.*

¹⁶² Ulpiano, dopo aver riferito nel *principium* l'opinione di Giuliano, che aveva escluso la donazione e si poneva il dubbio se potesse trattarsi di mutuo nel caso della consegna di danaro da parte di chi pensava di fare una donazione mentre il ricevente pensava di riceverla in mutuo, ed aver osservato come a suo avviso in caso di spesa del denaro il depositante poteva esperire la *condictio* o invocare l'*exceptio doli* in quanto il denaro era stato speso secondo la volontà di chi l'aveva consegnato, sostiene che non vi è né deposito né mutuo, se uno consegna denaro a titolo di deposito e l'altro lo riceve come mutuo, mentre chi ha consegnato il denaro può intentare la *condictio* contro il ricevente che lo ha speso, senza che questi possa invocare l'*exceptio doli*; cfr. Scotti, *Il deposito* cit. 115 s.

Nello stesso senso può essere interpretato D. 12.1.10¹⁶³ (tratto dal libro secondo *ad edictum*¹⁶⁴) inserito nei *Digesta* tra due testi dello stesso autore¹⁶⁵ tratti dal libro ventiseiesimo della medesima opera relativi alla *condictio*¹⁶⁶: in particolare mentre in quello precedente (dal quale deve essere eliminata come frutto di interpolazione la parte finale¹⁶⁷) viene menzionato il deposito di una somma di denaro con successiva concessione da parte del depositante al depositario della facoltà di usarla, che nell'ottica di alcuni giuristi precedenti comportava la possibilità di esperire la *condictio*¹⁶⁸, nel nostro testo, che prevede invece l'intervento del permesso del depositante al momento della consegna del denaro¹⁶⁹ era «decisivo l'intendimento delle parti – ossia il concreto proposito di affidare e ricevere il denaro in custodia o mutuo – per determinare se fosse esperibile l'*actio depositi in factum*, in *ius ex bona fide* ovvero la *condictio*»¹⁷⁰.

VI. (segue): *e) applicazione dell'actio depositi (anche per richiedere gli interessi) in un passo dei libri responsorum di Paolo relativo ad una παρακαταθήκη ed in un controverso passo dei libri sententiarum*

Passando all'esame dei passi paolini va osservato come al nostro istituto

¹⁶³ D. 12.1.10 (Ulp. 2 ed.): *Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum*. Espunge il «quod» iniziale e sostituisce «creditam non esse» con «credita est» Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 55, Id. *Aspetti innovativi* cit. 484 s.

¹⁶⁴ Lenel, *Pal.* 2, col. 425, lo pone nella sezione «*De vadimonio Romam faciundo*» [E. 6].

¹⁶⁵ D. 12.1.9.9 (Ulp. 26 ed.): *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. Ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici*. D. 12.1.11 (Ulp. 26 ed.): *Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. Si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est*.

¹⁶⁶ Secondo la *Palingenesia* di Lenel, 2, col. 570, questo libro è dedicato alla clausola editale «*Si certum petatur*» [E. 95].

¹⁶⁷ V. *supra* nt. 21.

¹⁶⁸ Non rilevano in questa sede le diverse opinioni di Nerva, Proculo e Marcello, su cui v. *supra*.

¹⁶⁹ Se non è stato alterato con l'inserimento di «*creditam non esse*» per adeguarlo alla trattazione del testo precedente, che prevedeva la trasformazione del rapporto in mutuo con l'uso dello stesso denaro.

¹⁷⁰ Gandolfi, *Il deposito* cit. 165. In senso contrario C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 122 ss.; Id. *Corso* cit. 65; Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 370, a cui avviso il rapporto si trasforma in mutuo.

possano essere riferiti due passi, tratti rispettivamente dal quarto libro *responsorum* e dal secondo libro *sententiarum*¹⁷¹.

Nella risposta contenuta nel primo testo, D. 16.3.26.1¹⁷², tratto dal quarto libro *responsorum*¹⁷³, ad un quesito relativo alla possibilità di chiedere gli in-

¹⁷¹ Non appare a mio avviso decisivo per escludere la conoscenza del deposito irregolare da parte di Paolo il seguente testo: D. 12.1.2 pr. (Paul. 28 ed.): *Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.* La differenziazione tra mutuo da un lato e deposito e comodato dall'altro in relazione alla restituzione di una cosa diversa o della medesima attiene al deposito ordinario, e non esclude che potessero esistere ipotesi particolari, nelle quali potesse trovare applicazione l'*actio depositi* pur in assenza dei requisiti essenziali originariamente previsti.

¹⁷² D. 16.3.26.1 (Paul. 4 resp.): *Ἐλαβον καὶ ἔχω εἰς λόγον παρακαταθήκης τὰ προγεγραμμένα τοῦ ἀργυρίου δηνάρια μύρια, καὶ πάντα ποιήσω καὶ συμφωνῶ καὶ ὁμολόγησα, ὡς προγέγραπται καὶ συνθέμην χορηγήσαι σοι τόκον ἐκάστης μνᾶς ἐκάστου μηνὸς ὀβόλους τέσσαρας μέχρι τῆς ἀποδόσεως παντὸς τοῦ ἀργυρίου. Quaero, an usurae peti possunt. Paulus respondit eum contractum de quo quaeritur depositae pecuniae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt.* Cfr. sul testo, per tutti da ultimo, Ph. Scheibelreiter, *Wom «logos» der Verwahrung. Überlegungen zum Vertragstext in D. 16.3.26.1 (Paul. 4 resp.)*, in *Index* 43, 2015, 353 ss. La risposta di Paolo è considerata del tutto alterata da Maschi, *La categoria* cit. 393 s., per la contraddittorietà tra la affermazione che il prestito di denaro *depositae pecuniae modum excedere* e la esigibilità degli interessi mediante l'*actio depositi*: a suo avviso Paolo doveva essere conseguente e concludere che, trattandosi non di deposito, ma di mutuo, per il capitale si doveva intentare l'*actio certae creditae pecuniae*, e gli interessi non potevano essere richiesti in assenza di *stipulatio*. Cfr. nello stesso senso Litewski, *Le dépôt irrégulier* 2 cit. 299 ss. Ritiene che questo testo abbia subito una profonda mutilazione nella compilazione giustiniana Frezza, *Παρακαταθήκη* cit. 158. Considerano interpolata l'ultima frase «*et ideo – possunt*», per contraddizione logica con il contenuto della prima parte e per il passaggio dal discorso diretto a quello indiretto, e ritengono che Paolo escludesse l'esigibilità degli interessi: Naber, *Observatiunculae* cit. 60; C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 130; Id. *Corso* cit. 70; Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 198; Collinet, *Études historiques* 1 cit. 116; Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 368; Klami, «*Mutua magis*» cit. 91 ss. Il Glück, *Commentario* 16 cit. 309 s., accettando l'integrazione dell'Overbeck, inserisce, dopo *excedere*, «*at vero*» al posto di «*et ideo*». Il Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 134 ss., invece, oltre a sostituire nella prima parte «*possunt*» con «*possint*» e «*id pactum*» con «*eum contractum*», nella seconda espunge alcune espressioni: «*et ideo [secundum conventionem] <usuras> [usurae quoque] actione depositi peti <non posse> [possunt]*». Il Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 65 s., sostituisce «*usuras peti non possunt*» alla frase «*secundum – possunt*» (v. *infra*¹⁸⁵ diversa posizione in *Aspetti innovativi* cit.).

¹⁷³ Secondo la *Palingenesia* di Lenel (*Pal.*, 1. col. 1228) questo libro era dedicato alla clausola editale «*Si certum petatur*» [E. 95]. Ad avviso di Gordon, *Observations on «Depositum Irregulare»* cit. 366, il testo avrebbe riguardato originariamente l'applicabilità di una *stipulatio*, attraverso la quale si pattuivano gli interessi, risolta negativamente dal giurista, che avrebbe suggerito il ricorso all'*actio depositi* per le particolari circostanze del caso. Va peraltro osservato come il nostro paragrafo costituisca la parte centrale di un più ampio testo dedicato nelle altre a due casi di deposito. Nel *principium* Paolo risponde che spetta al figlio, e non al marito, dopo la morte della donna, il contenuto di un deposito

teressi, sulla base di un documento redatto in lingua greca e riportato solo in parte¹⁷⁴, nel quale un banchiere¹⁷⁵ dichiarava di aver ricevuto e di avere in cassa per effetto di una παρακαταθήκη la somma di diecimila *denarii* e si impegnava a pagare l'interesse dell'8% annuo per la somma ricevuta¹⁷⁶, l'affermazione del giurista, che il contratto in oggetto¹⁷⁷ non era inquadrabile nella configurazione ordinaria del deposito (*depositae pecuniae modum excedere*)¹⁷⁸, va collegata alla

chiuso di oggetti vari da questa (che andava sposa) consegnato ad una altra donna, chiedendole di restituirla a lei se fosse tornata sana e salva, o, in caso contrario, al figlio avuto da una precedente unione. Nel secondo invece il giurista risponde che non sorge alcuna obbligazione, limitatamente alla *pecunia*, dalla lettera (la quale può avere un valore probatorio del deposito effettuato, rimettendo al giudice la valutazione della dichiarazione del debito di 10 libbre d'oro) inviata da Tizio ad alcuni Sempronii e contenente varie attestazioni, della custodia di circa 10 libbre di oro, due dischi e un sacco chiuso consegnati a Tizio, delle dieci libbre dovute allo scrivente e depositate presso un terzo, nonché di altri vari debiti: *Publia Maevia cum proficisceretur ad maritum suum, arcam clusam cum veste et instrumentis commendavit Gaiae Seiae et dixit ei: 'cum sana salvave venero, restitues mihi: certe, si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex alio marito suscepi'. Defuncta ea intestata desidero res commendatae cui restitui debeant, filio an marito. Paulus respondit filio ... 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: an autem is quoque, qui deberi sibi cavit in eadem epistula decem, probare possit hoc quod scripsit, iudicem aestimaturum.*

¹⁷⁴ Significativi in tal senso sono i richiami a quanto scritto prima τὰ προγεγραμμένα εὖς προεγγραπται. Cfr. Petrucci, *Profili giuridici* cit. 72.

¹⁷⁵ Cfr. Petrucci, *Profili giuridici* cit. 72.

¹⁷⁶ Per la somma di diecimila denari viene promesso il pagamento di quattro oboli al mese per ogni mina di argento, equivalente a 100 dracme, fino all'estinzione totale del debito, per un totale annuo di 48 oboli, equivalenti a 8 dracme, quindi con un interesse annuo dell'8%; cfr. Michel, *Gratuité* cit. 91. La determinazione dell'importo del capitale in denari romani e degli interessi in moneta greca (quattro obole per una mina al mese) può indurre a ritenere che un depositante orientale aveva affidato al depositario denari romani e che le parti avevano concordato il ricorso ad un contratto ellenistico (la παρακαταθήκη); cfr. De Churruca, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi* cit. 319 s. L'obbligazione di pagare gli interessi era stata assunta mediante un accordo informale distinto dalla παρακαταθήκη; Frezza, Παρακαταθήκη cit. 158; Klami, «*Mutua magis*» cit. 80.

¹⁷⁷ Non possono essere condivise le opinioni di Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 136, seguito da Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 368, a cui avviso Paolo nella prima parte del responso avrebbe scritto <id pactum> sostituito dai giustinianeî in [*eum contractum*], e di Brasiello, *Aspetti innovativi* cit. 502, che ritiene utilizzato «*eum contractum*» in senso generico o come contratto in generale.

¹⁷⁸ In una prospettiva simile si è mosso Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 136, che ha evidenziato come Paolo rispondeva ad un caso pratico e non decideva sulla natura del rapporto giuridico principale in quanto il quesito verteva sul patto di usure e la risposta del giurista non ne oltrepassava i limiti. Ad avviso di Klami, «*Mutua magis*» cit. 91, in questo testo Paolo avrebbe scritto che l'*actio depositi* avrebbe trovato applicazione in un deposito effettuato aperto,

già evidenziata incommensurabilità tra la struttura della παρακαταθήκη e quella delle forme negoziali romane¹⁷⁹ e non è in contrasto con il ricorso all'*actio depositi* per richiedere gli interessi pattuiti¹⁸⁰ in quanto il ricorso a questa azione era uno strumento sussidiario per poter onorare *conventionem usurae*¹⁸¹. L'applicazione dell'*actio depositi* per tutelare le relazioni sorte sulla base della παρακαταθήκη evidenzia che nell'ottica di Paolo era configurabile un deposito nel quale al depositario era consentita l'utilizzazione del denaro consegnato¹⁸².

Più articolato si rivela l'esame del testo tratto dai *libri sententiarum* (D. 16.3.29¹⁸³),

con la quale si sarebbe potuto richiedere il denaro consegnato fino alla somma posseduta. Ad avviso del Brasiello, *Aspetti innovativi* cit. 501 s., invece Paolo distingueva la *causa depositi* ed il *modus depositi*: «il *modus depositi* è superato, in quanto poteva darsi *pecunia* anche sciolta in deposito, ma troppo è giungere alla pattuizione preventiva delle usure. La *causa depositi* invece resta, e da essa deriva l'*actio depositi*». La Scotti, *Il deposito* cit. 87 nt. 420, ritiene che Paolo indica il contenuto economico del deposito, cioè che la pattuizione degli interessi comporta l'obbligo di restituzione anche di una somma non depositata.

¹⁷⁹ Questo rilievo porta a superare la congettura, avanzata da ultima dalla Scotti, *Il deposito* cit. 87 nt. 420, che l'espressione *modum depositae pecuniae excedere* aveva un carattere non giuridico ovvero che è stato inserito per evidenziare come la consegna di una somma di denaro in deposito aperto non superava il *modus pecuniae depositae* nella realtà economica, in altri termini la pattuizione degli interessi comportava l'obbligo di restituzione anche di una somma non depositata. Peraltro inaccettabili appaiono le altre osservazioni della stessa studiosa, che, fondandosi sulla traduzione in latino della lettera greca osserva che all'atto della compilazione della lettera Lucio Tizio aveva ricevuto *in causa depositi* i diecimila denari d'argento ed è possibile che la clausola, che consentiva l'uso del denaro, fosse prevista nella lettera medesima: siamo infatti in presenza di una παρακαταθήκη, in relazione alla quale Paolo ritiene applicabile l'*actio depositi* (*Il deposito* cit. 196). Di diverso avviso Kübler, *Griechische Tatbestände* cit. 190, che ha identificato la παρακαταθήκη con il *depositum* «das mit ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft bezeichnet er selbst als παρακαταθήκη, was genau dem lateinischen Depositum entspricht» e conseguentemente ritiene che «wenn das in Frage stehende Rechtsgeschäft kein Depositum ist, so ist eben die Actio depositi ausgeschlossen». Nello stesso senso sostanzialmente Petrucci, *Profili giuridici* cit. 72.

¹⁸⁰ Non condivisibile appare l'opinione che ipotizza una soluzione negativa alla possibile richiesta degli interessi; cfr. Scotti, *Il deposito* cit. 87 nt. 421.

¹⁸¹ In questa ottica non si sembra decisiva l'osservazione di Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 134, che riscontra una scorrettezza logica dell'ultimo periodo in quanto «*et ideo*» sembrerebbe introdurre una chiara conseguenza di quanto precede, mentre il contenuto della frase appare in netta contraddizione con la precedente affermazione fondata sulla identificazione della παρακαταθήκη menzionata nella lettera con il deposito romano.

¹⁸² Cfr. l'ampia interessante analisi di Scheibelreiter, *Wom «logos»* cit. 353 ss., il cui approfondimento esula dai limiti della presente ricerca. Come aveva già osservato Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 135, pur riconoscendo alcuni rimaneggiamenti «la fattispecie presentatesi è quella di un deposito irregolare». Nello stesso senso cfr. Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 369.

¹⁸³ D. 16.3.29 (Paul. 2 sent.): *Si sacculum vel argentum signatum deposuero et is penes quem depositum fuit me invito contrectaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit. 1. Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur.*

nel quale vengono differenziate due diverse ipotesi: l'utilizzazione delle monete coniate date in deposito o contenute in una borsa o consegnate sfuse (ma comunque individuabili) contro la volontà del depositante (che comporta l'esperibilità dell'*actio furti* e dell'*actio depositi*)¹⁸⁴ e un diverso deposito di denaro¹⁸⁵ presso un *argentarius*¹⁸⁶, nel quale il *permissum* del depositante fa sorgere in capo al depositario la facoltà di utilizzarlo e l'obbligo di corrispondere gli interessi, attraverso la medesima *actio depositi*, indicata nel paragrafo precedente e qui richiamata attraverso l'indicazione dei *cetera iudicia bonae fidei*¹⁸⁷, nel cui ambito era inserita¹⁸⁸.

L'esegesi del testo, nonostante i vari sospetti di alterazioni più o meno ampie nel § 1 avanzati da molti autori¹⁸⁹, non evidenzia a mio avviso particolari criticità¹⁹⁰,

¹⁸⁴ Cfr. Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 52 s.; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 117; Valmaña Ochaíta, *El depósito irregular* cit. 79 ss.

¹⁸⁵ Brasiello, *Aspetti innovativi* cit. 483, ipotizza uno stretto legame tra i due casi nel senso che l'ipotesi del § 1 sia il frutto dell'apertura, autorizzata dal deponente, del sacco menzionato nel *principium*. V. contra Litewski *Le dépôt irrégulier* 2 cit. 302 nt. 249, a cui avviso non si può pensare che siamo in presenza di un deposito ordinario poi trasformato in deposito irregolare attraverso l'apertura del sacco sigillato conseguente all'autorizzazione del deponente, in quanto il momento decisivo per la individuazione del deposito irregolare è la concessione dell'autorizzazione e non l'utilizzazione effettiva.

¹⁸⁶ Cfr. Petrucci, *Profili giuridici* cit. 75.

¹⁸⁷ Gandolfi, *Il deposito* cit. 159, ritiene che nella parte finale i compilatori abbiano sostituito «*ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras*» all'originale «*bonae fidei iudicio usuras*».

¹⁸⁸ Non appare a mio avviso convincente l'ipotesi avanzata dal Litewski, *Le dépôt irrégulier* 2 cit. 302, a cui avviso in entrambi i paragrafi si tratti di un deposito ordinario di denaro sigillato. Il rilievo che il collegamento tra uso del denaro e obbligo di pagare gli interessi si riscontra solo nel deposito ordinario in caso di *furtum usus* (mentre nel caso di un deposito irregolare né gli interessi moratori né quelli eventualmente convenzionali dipendono mai dall'uso del denaro) non assume alcun rilievo in relazione al nostro testo, in quanto l'uso del denaro depositato caratterizza il rapporto derivato dalla sua consegna e dall'accordo di usarlo. Né si può ritenere credibile la supposizione dell'autore che siano state successivamente inserite le espressioni «*ex permissu meo*» e «*ut in ceteris bonae fidei iudiciis*» e sia stata cancellata l'espressione «*post moram*».

¹⁸⁹ Ritengono il testo profondamente alterato C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 124 ss.; Id. *Corso* cit. 125; Kübler, *Griechische Tatbestände* cit. 203; Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 201; Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestionum»* cit. 258 s., che inserisce <non> davanti a «*ex permissu meo*» ed esclude le frasi «*ut in ceteris – iudiciis*»; Maschi, *La categoria* cit. 390 ss.; Litewski *Le dépôt irrégulier* 2 cit. 302; Cervenca, *Contributo allo studio* cit. 128 ss, 137 ss., che si fonda sull'origine postclassica dei *libri sententiarum* attribuiti a Paolo; Klami, «*Mutua magis*» cit. 82 ss., a cui avviso le interpolazioni non consentono la ricostruzione del dettato originario. Sospetti di limitate alterazioni sono stati avanzati da Naber, *Observatiunculae* cit. 60, che ha espunto «*ex permissu meo*»; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 120, che ha inserito «*post moram*» al posto di «*ut in – iudiciis*» ed ha eliminato «*eius nomine*»; Gandolfi, *Il deposito* cit. 161, che ha sostituito «*eaque uti tibi*» a «*eamque tibi*»; Valmaña Ochaíta, *El depósito irregular* cit. 83.

¹⁹⁰ Le critiche fondamentali sono infatti fondate più che sul contenuto del testo, sul confronto con Coll. 10.7.9, ritenuto autentica espressione del pensiero di Paolo, su cui v. *infra* nt. 196.

mentre il problema è posto dal confronto con due altri passi della medesima opera inseriti nella *Collatio*¹⁹¹ (peraltro non in sequenza¹⁹²), che riproducono il primo il *principium*, mentre il secondo presenta notevoli differenze con il § 1, il che induce ad escludere che costituiscano due versioni dello stesso testo¹⁹³ ed a ritenere che si tratta di due testi diversi nei quali erano trattati profili diversi della *pecunia deposita*¹⁹⁴, il *periculum* nella *Collatio*, le *usurae* nei *Digesta*¹⁹⁵, e pertanto dall'uno non possono trarsi elementi per dubitare della genuinità dell'altro¹⁹⁶.

Il rilievo contenuto nel testo della *Collatio*¹⁹⁷ «*magis mutua videtur quam*

¹⁹¹ Coll. 10.7.5: *Si sacculum vel agentum <signatum> deposuero et is penes quem depositum fuit me invito contractavit, et depositi et furti actio mihi in eum competit.* 10.7.9: *Si pecuniam deposuero eamque tibi permisero, mutua magis videtur quam deposita ac per hoc periculo tuo erit.* Cfr. Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 75. Ritieni che siamo in presenza di un deposito sigillato Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 58 ss.

¹⁹² Tra i due passi sono inseriti tre paragrafi: 6: *Ob res depositas dolus tantum praestari solet.* 7. *In iudicio depositi ex mora et fructus veniunt et usurae rei depositae praestantur.* 8. *Si quis rem penes se depositam apud alium deposuerit, tam ipse directam quam is qui apud eum deposuit utilem actionem depositi habere possunt.*

¹⁹³ Come sostenuto da C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 133; Id. *Corso* cit. 66; Segrè *Sul deposito irregolare* cit. 198 ss.; Collinet, *Études historiques* 1 cit. 116; Rotondi, *Natura contractus* cit. 251 s.; Klami, «*Mutua magis*» cit. 84 ss.; Valmaña Ochaíta, *El depósito irregular* cit. 79.

¹⁹⁴ Costa, *Storia del diritto romano privato*, Milano 1911, 371; Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestionum»* cit. 259 nt. 1; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 119; Gandolfi, *Il deposito* cit. 162; Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 367; Litewski, *Le dépôt irrégulier* 2 cit. 304 nt. 257.

¹⁹⁵ Cfr. Costa, *Storia del diritto romano privato* cit. 371; Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 119; Gandolfi, *Il deposito* cit. 162; Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 367.

¹⁹⁶ Inaccettabile si rivela la tesi che il contrasto tra i due testi indica che quello inserito nei *Digesta* sia stato profondamente alterato; cfr. C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 124; Id. *Corso* cit. 67 s.; Segrè, *Sul deposito irregolare* cit. 199; Kübler, *Griechische Tatbestände* cit. 203, fondata sui seguenti argomenti: l'assenza del § 1 nella *Collatio* alla luce della fedele trasmissione del passo paolino in questa compilazione, le alterazioni presenti in questo testo quali l'inciso «*is penes quem deposita sit*», che ricalcherebbe Coll. 10.7.5 «*is penes quem depositum sit*», e quello «*ut in ceteris bonae fidei iudiciis*», inserito in testi di regola sospetti, ed infine e soprattutto il contrasto con l'affermazione contenuta nella *Collatio* che il permesso di usare il denaro trasformerebbe il deposito in mutuo. Come è stato osservato dal Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 118 ss., questi argomenti non sono probanti non essendo dimostrata la fedele riproduzione nella *Collatio* dei testi paolini; nel titolo 10.7 non hanno riscontro altri passi del libro secondo *sententiarum* di Paolo dedicati al deposito altrove inseriti; inoltre il passo della *Collatio* non afferma che siamo in presenza di un mutuo, ma solo esamina il profilo della responsabilità per perimento del denaro quando il depositario lo ha usato in quanto ciò gli era consentito, e l'espressione «*mutua magis videtur quam deposita*» indica che Paolo ha notato che sotto tale aspetto il deposito irregolare si accosta più al mutuo che al deposito ordinario, ma non ha detto che siamo in presenza di un mutuo né tanto meno che in questo caso si applica la *condictio*.

¹⁹⁷ Ad avviso del Maschi, *La categoria* cit. 304, 391, questo testo è quanto al contenuto sicuramente classico. La Scotti, *Il deposito* cit. 160 ntt. 819 e 821, avanza dubbi che esso riproduca il det-

deposita», sul quale è fondata l'affermazione «*ac per hoc periculo tuo erit*», non deve quindi indurre da un lato ad escludere che sia genuina l'applicabilità dell'*actio depositi* attestata nel passo inserito nei *Digesta*¹⁹⁸, e dall'altro a ritenere che la consegna di denaro, del quale era consentito l'uso al ricevente, rientrasse necessariamente nel mutuo nell'ottica di Paolo¹⁹⁹; peraltro se l'autore del testo non avesse conosciuto il deposito irregolare avrebbe scritto «*mutua fit*» e non «*mutua magis videtur quam deposita*»²⁰⁰.

VII. *Absolute silenzio nelle Istituzioni di Giustiniano e nella Parafrasi di Teofilo sul nostro istituto nel contesto dell'accento al c.d. deposito necessario nella configurazione del deposito ordinario e dell'inserimento di ogni ipotesi di consegna di denaro nell'ambito del mutuo*

Rivolgendo la nostra attenzione all'epoca giustiniana meritano di essere prese in seria considerazione le osservazioni del Gandolfi²⁰¹, che sulla base dell'esame di alcuni passi delle Istituzioni di Giustiniano, rileva che «le chiare

tato originario per l'eccessiva stringatezza, che gli dà un carattere di massima, e per l'imprecisione della frase «*si pecuniam deposuero eamque tibi permisero*». Ad avviso del Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 61, la frase «*mutua magis videtur quam deposita*» allude solo ad una analogia.

¹⁹⁸ La presenza di questo passo solo nei *Digesta* e la sua omissione nel *Breviarium Alaricianum* e nella *Collatio* non deve indurci ad ipotizzare una sua elaborazione in ambiente giuridico orientale ed un tardo inserimento nell'opera di Paolo. Il collegamento del principio in esso enunciato con il contenuto di un passo di Scevola, D. 16.3.28, mi induce a ritenere probabile la paternità paolina; cfr., sostanzialmente in tal senso, Petrucci, *Profili giuridici* cit. 181.

¹⁹⁹ Si è invece orientato in tal senso C. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* cit. 124, a cui avviso questo rilievo significa che il negozio è mutuo, nonostante che sia dichiarato deposito. V. Id. *Corso* cit. 66. In senso diverso Gandolfi, *Il deposito* cit. 160, a cui avviso il *magis* importa una mera assimilazione sul piano dell'effetto in quanto un tale deposito espone il convenuto alla stessa responsabilità che grava sul mutuatario; e Petrucci, *Mensam exercere* cit. 226, a cui avviso il giurista «avverte ancora la profonda affinità ontologica fra deposito irregolare e mutuo, che benché non rinneghi l'ormai affermata inclusione nel deposito, lo induce a sottolinearla con le parole *mutua magis videtur quam deposita*».

²⁰⁰ Cfr. Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare* cit. 119; Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 368. Ad avviso della Cherchi, *Ricerche* cit. 75, questo inciso evidenzia come il deposito irregolare rappresenta «una figura negoziale al confine tra mutuo e deposito, in quanto il depositario, essendo stato autorizzato dal depositante ad usare il denaro depositato presso di lui poteva impegnarsi mediante *pactum* a restituire a quest'ultimo, oltre al *tantundem*, le *usuræ* come remunerazione per aver potuto utilizzare tale denaro». Peraltro si può osservare come alcuni giuristi classici, pur rilevando l'affinità tra questo negozio ed il mutuo, ne hanno riconosciuto la autonomia in quanto le *usuræ* ad esso collegate erano determinate per effetto dell'esercizio dell'*actio depositi*, che essendo un *iudicium bonae fidei* avrebbe attribuito al *iudex* la possibilità di calcolarle non solo in quanto oggetto di accordo informale tra le parti, ma anche in caso di mora del depositario.

²⁰¹ Gandolfi, *Il deposito* cit. 34 ss.

enunciazioni relative alla figura del deposito contenute nelle Istituzioni e l'assoluto silenzio in esse osservato circa la fattispecie del deposito irregolare suscitano notevole perplessità anzitutto verso la tesi radicale, secondo cui quest'ultima figura costituirebbe una innovazione giustiniana, ma anche nei confronti delle opinioni più possibilistiche, ad avviso delle quali i Compilatori avrebbero accolto e generalizzato una tendenza già profilatasi in epoca tardo-classica, ovvero avrebbero consentito alle parti di pattuire la corresponsione di *usurae*²⁰².

Manca peraltro nelle Istituzioni il benché minimo tentativo di indicare delle varianti rispetto allo schema tipico del deposito²⁰³, ed in vari passi di quest'opera la consegna del denaro è sempre inquadrata nel mutuo²⁰⁴ e non si riscontra alcun

²⁰² Gandolfi, *Il deposito* cit. 32: «Risulta invero inspiegabile il fatto che, in ordine a tali comunque rilevanti innovazioni, né le Istituzioni di Giustiniano né la Parafrasi di Teofilo rechino il benché minimo accenno od offrano qualche pur vago indizio: contenendo invece esse, quanto allo schema negoziale del deposito, delle enunciazioni di fronte alle quali la figura del deposito irregolare non può apparire conciliabile». L'autore inoltre ritiene improbabile una creazione legislativa del nostro istituto nel senso che la sua introduzione sia dovuta a modifiche intenzionali dei testi classici operate dai compilatori. Innanzi tutto perché riuscirebbe inspiegabile la mancanza del minimo cenno di tale innovazioni nelle Istituzioni e nella Parafrasi di Teofilo, tenendo peraltro conto che le Istituzioni sono state redatte successivamente o al più contemporaneamente ai *Digesta* da due autorevoli componenti della commissione preposta alla loro compilazione. Questa posizione è stata ribadita, in diversa prospettiva, da Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit* cit. 537: «Für ein hohes Alter spricht der Umstand, dass sich Justinian zum offenen *depositum* überhaupt nie äussert. Die jüngsten Belege stammen aus der Kanzlei Gordians»; e 554: «Wir haben bereits festgestellt, dass sich Justinian selber zum offenen *depositum* nirgend säussert. Die angebliehen Neuerungen Justinians sind einer freien Interpretation durch die moderne Wissenschaft entsprungen».

²⁰³ Ad esempio la possibilità, che nel caso del deposito di *pecunia* fosse possibile ottemperare all'obbligo mediante la consegna del *tantundem*, è esclusa dall'affermazione contenuta in I. 3.14.3: *Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpaem autem nomine, id est desidiaem atque negligentiaem, non tenetur: itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amisit, quia, qui negligentem amico rem custodiendam tradit, suae facilitati id imputare debet*. Peraltro il potere di utilizzazione della *pecunia* e il trasferimento della proprietà sono esclusi rispettivamente da I. 4.1.6: *Furtum autem fit non solum, cum quis intercepti causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contractat. Itaque sive creditor pignore sive is apud quem res deposita est ea re utatur ... furtum committit ...* e da I. 4.15.5: *Possidere autem videtur quisque non solum, si ipse possideat, sed et si eius nomine aliquis in possessione sit, licet is eius iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus: per eos quoque, apud quos deposuerit quis aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur ...* Cfr. Gandolfi, *Il deposito* cit. 32 ss.

²⁰⁴ Oltre alla *sedes materiae*, I. 3.14 pr. e 4, questo inquadramento ricorre in relazione al mandato di credito, 3.26.2, 5 e 6, alle azioni reipersecutorie, 4.6.1, alla *pluris petitio loco*, 4.6.33, al senatoconsulto Macedoniano, 4.7.7, all'*exceptio non numeratae pecuniae*, 4.13.2. Come è stato osservato dal Gandolfi, *Il deposito* cit. 35 s., «in questi casi si parla di *credere sine* o *sub usuris* e di *fenere*», termini che indicano il mutuo, come risulta da 3.26.2: *Tua et mandantis, veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur*.

accenno al deposito di *pecunia*²⁰⁵. Altri interessanti elementi si possono trarre dalla Parafrasi greca alle Istituzioni.

Nel *principium* del titolo 3.13 (dedicato ai contratti reali) nella trattazione del mutuo (indicato con il termine δάνειον) l'attribuzione al mutuatario della proprietà del bene (indicata con i termini τὸν λαβόντα γίνεσθαι δεσπότην) appare finalizzata a differenziare il mutuo, oltre che della χρῆσις²⁰⁶, dalla παρακοταθήκη (che indica nelle novelle greche il deposito²⁰⁷, mentre invece nella nostra opera ricorre di regola il termine latino²⁰⁸), nelle quali non si trasferisce la proprietà. Nella sintetica trattazione del deposito, che riproduce sostanzialmente quella delle Istituzioni, viene precisato che il deposito (τὸ depósiton) rientra tra le obbligazioni *re* (ὑπὸ τὴν *re* τελεῖ ἐνοχήν), che se ho depositato la mia cosa sorge una obbligazione tutelata mediante l'*actio depositi*, attraverso la quale potrò ottenere la restituzione della cosa depositata (ἐὰν γάρ σοι παράθωμαι τὸ ἐμὸν πρῶγμα, ἐνοχος ἔσῃ τῇ *re* ἐνοχῇ, ἀγωγῇ δέ τῇ *depositi*, ἦν ἔξω κατὰ σου ἀπαιτῶν σε αὐτὸ τὸ depósiton) e nel seguito si accenna alla responsabilità del depositario per dolo e si esclude quella per colpa, attribuendo eventuali danni provocati dalla negligenza del depositario alla incuria nella scelta di questi da parte del depositante. Esaminando la trattazione del deposito in questo testo nel contesto di quella dei contratti reali²⁰⁹ va rilevato come essa presenti strette affinità con

²⁰⁵ A tal proposito appare significativa nell'elencazione delle azioni reipersecutorie *in personam* la distinzione tra le azioni con le quali l'attore *petit mutuum pecuniam vel in stipulatu deductam* e le altre, tra le quali è indicata anche quella *depositi*, e soprattutto la precisazione relativa a quella prevista per il deposito necessario, mentre nessun accenno è riferito al deposito di *pecunia* c.d. irregolare, I. 4.6.17: ... *Earum vero actionum, quae in personam sunt, hae quidem quae ex contractu nascuntur, fere omnes rei perseguendae causa comparatae videntur: veluti quibus mutuum pecuniam vel in stipulatum deductam petit actor, item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto vendito, locato conducto. Plane si depositi agetur eo nomine, quod tumultus incendii ruinae naufragii causa depositum sit, in duplum actionem praeter reddit, si modo cum ipso apud quem depositum sit aut cum herede eius ex dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio.*

²⁰⁶ Nelle Novelle bilingui questo termine è tradotto in latino di regola con *usus* (2 *prae*f. 1, 1, 4, 5; 4 *prae*f.; 7 *prae*f. pr., 4; 18.3; 22.22.1, 32, 45.1, 46 pr. e 2, 47 pr. e 1; 39.2 pr. e 1; 82 *prae*f.; 89.9 pr.; 90 *prae*f.; 97.5; 98.1, 2.1 e 2; 117.1.1, 5, 8.2, 9.5, 13; 118.1, 2; 120.2, 9.1, 10; 127.3; 134.11.1), e talvolta con *usufructus* (22.40; 68 *prae*f., 1; 74 *prae*f. 2).

²⁰⁷ Questo termine, che non ricorre nel Codice di Giustiniano, nelle Novelle bilingui corrisponde al latino *depositum*: Nov. 73 *prae*f., 1, 2; 88 *rubr.*, 1, 2.1.

²⁰⁸ V. *infra*.

²⁰⁹ L'autore della Parafrasi inizia le trattazioni dei vari contratti con la precisazione del loro inserimento nelle *obligationes re contractae*: per il mutuo nel *principium*: Ἡ *re* συνίστασθαι ἀπὸ φάκτου ἦτοι ἀριθμῆσεως καὶ τῆς ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα μεταθέσεως καὶ ἐστὶν ὑπ' αὐτὴν τὸ δάνειον; per la *solutio indebiti* nel § 1: Τῆς *re* ἐνοχῆς ἐστὶν καὶ τὸ *indébiton*; per il comodato nel § 2: Ὑπὸ *re* ἐνοχῆν ἀνάγεται καὶ τὸ *commodáton*); per il deposito nel § 3: Καὶ τὸ *depósiton* ὑπὸ τὴν *re* τελεῖ ἐνοχήν; mentre invece in relazione all'*actio pigneraticia* la precisazione è inserita nel contesto della trattazione, dopo aver annotato che avendo ricevuto cento aurei in mutuo, ti ho dato in pegno uno schiavo: ἐνοχος ἔσῃ μοι τῇ *re* ἐνοχῇ.

quella delle Istituzioni (al pari di quella del comodato e dell'*actio pigneraticia*), senza le divagazioni e gli approfondimenti che caratterizzano invece quelle del mutuo²¹⁰ e della *condictio indebiti*²¹¹, con il ricorso ai termini latini per indicare il contratto e l'*actio*²¹², come avviene anche in altri testi, nei quali di regola si ricorre al termine latino in relazione alla indicazione del contratto o della tutela processuale²¹³ ed a termini greci per indicare il comportamento tenuto²¹⁴.

²¹⁰ Alla sintetica enunciazione *re contrahitur obligatio veluti mutui datione*, corrisponde nel *principium* un'ampia serie di puntualizzazioni: Ἡ re συνίστασαι ἀπὸ φάκτου ἦτοι ἀριθμήσεως καὶ τῆς ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα μεταθέσεως καὶ ἔστιν ὑπ' αὐτὴν τὸ δάνειον. Δάνειον δὲ ἔστιν τὸ τὸν λαβόντα γενέσθαι δεσπότην, εἶναι δὲ ἡμῖν ἔνοχον οὐκ εἰς αὐτὰ ταῦτα, ἀλλ' εἰς ἕτερα τῆς αὐτῆς ὑποστάσεως καὶ ποσότητος. Successivamente viene specificato il significato delle parti della definizione: τὸν λαβόντα γενέσθαι δεσπότην, per differenziare il mutuo, come visto nel testo, dal comodato (*usus*) e dal deposito, nei quali le cose non divengono di proprietà dell'accipiente, εἶναι δὲ ἡμῖν ἔνοχον, per differenziarla dalla donazione, nella quale chi riceve acquista la proprietà, ma non diviene debitore, e οὐκ εἰς αὐτὰ ταῦτα, ἀλλ' εἰς ἕτερα τῆς αὐτῆς ὑποστάσεως καὶ ποσότητος, per non perdere l'utilità del mutuo; le cose ricevute in mutuo sono destinate al loro uso e ne vanno restituite altre; se il mutuuario fosse costretto a restituire le stesse cose, il mutuo sarebbe inutile. L'altra parte del testo rispetchiera quello delle Istituzioni, salva la specificazione dei possibili oggetti a seconda che rilevino *pondere* (oro, argento, piombo, cera, pece, stagno), *mensura* (vino, olio, frumento) e *numero* (*nummoi*).

²¹¹ Nel § 1 della Parafraresi in relazione alla *condictio indebiti* la trattazione contenuta nel corrispondente testo delle Istituzioni è integrata con varie precisazioni, che evidenziano le differenze con il mutuo. Al testo latino: *is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur: daturque agenti contra eum propter repetitionem condicticia actio*, corrispondono, oltre alla annotazione introduttiva²⁰⁹, la precisazione che se ti consegno cento aurei, ritenendo erroneamente di doverteli, trasferisco a te la loro proprietà; poi conosciuta la verità posso riacquistarli attraverso la *condictio*. Al testo latino *nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere ac si mutuum accepisset: unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non tenetur indebiti condicione non magis quam mutui datione*, nel quale viene enunciato autonomamente il caso del pupillo, corrisponde una trattazione più ampia delle differenze con il mutuo: viene riportata una parte della formula in lingua greca, εἰ φαίνεται τόνδε χρῆναι δοῦναι, evidenziando le affinità tra l'*indebitis condicticios* e il *δανειακὸς condicticios*, che prevedono una *numeratio* (a tal proposito espone il caso del pupillo che agisce senza l'assistenza del tutore e che è non tenuto in nessuno dei due casi) e le differenze in quanto in un caso si fonda su un contratto a differenza della *condictio indebiti* (in quest'ultima parte viene tradotto sostanzialmente il testo delle Istituzioni).

²¹² A differenza del mutuo indicato sempre con i termini τὸ δάνειον (pr., § 1; significativa appare la spiegazione alla fine del *principium* del termine *mutuum*: ὅθεν καὶ *mutuum* τὸ δάνειον ὀνόμασται «quia ita a me tibi datur ut ex meo tuum fiat») o τὸ δάνεισμα (§ 2), e la relativa azione *δανειακὸς condicticios* (§ 1) o solo *condicticios* (pr., § 1), per indicare il deposito e la relativa *actio* ricorrono i termini *depósiton* e ἀγωγή *depositi* (§ 3), e per il comodato *commodatón* e ἀγωγή *commodati* (§ 2).

²¹³ *Depósiton*: 1.21 pr.; *depositi*: 4.1.17; *depósiton*: 4.2.2; *depositi*: ἀγωγή: 1.21 pr.; 3.25.9;... 3.26.13; 4.2.2; 4.6.17, 23, 28, 30; 4.16.2. Ricorre invece *παρακατεθήκη*, nonché *δανείσμα*, in 1.2.2.

²¹⁴ 2.1.44: *παρεθέμην*; 2.6.4: *παρεθέμην*; 3.25.9: ἀλλότριον πρᾶγμα παρακατασχεθῆναι; 4.1.6: *παρακατεθήκη* τὸ πρᾶγμα ... παρατεθέντι; 4.1.17: *παρεθέμην* πρᾶγμα ἐμὸν ... παρακατατεθέντι... τὸ ἐμὸν παραθέμενος πρᾶγμα; 4.2.2: *παρετεθη μοι πρᾶγμα*; 4.6.17: *παρεθέμην*; 4.15.5: *παρεθέμην* πρᾶγμα.

Queste osservazioni pongono alla nostra attenzione la verifica se i compilatori delle Istituzioni e l'autore della Parafrasi «non hanno accennato a innovazioni giustinianee nella disciplina del deposito (ad eccezione dell'esclusione della compensazione), a differenza di quanto hanno fatto in relazione ad altri istituti, né digressioni su precedenti contrasti dottrinali risolti da Giustiniano», in quanto non ne erano riscontrabili in materia ovvero in quanto l'istituto non trovava in atto applicazione²¹⁵ e conseguentemente non può essere attribuita ai compilatori la elaborazione del c.d. deposito irregolare.

VIII. *Regolamentazione di alcuni aspetti del deposito irregolare solo in alcuni rescritti anteriori a Costantino nel Codice di Giustiniano e configurazione unitaria nelle costituzioni giustinianee di ipotesi di deposito ordinario e di deposito con trasferimento della proprietà del denaro*

Nel Codice alcuni aspetti del nostro istituto sono autonomamente presi in considerazione solo in rescritti di Antonino Pio, di Antonino Caracalla, di Alessandro Severo, di Gordiano e di Diocleziano e Massimiano, mentre non si riscontra alcuna sua traccia in costituzioni successive a Costantino.

In *sede materiae*, C. 4.34, *depositi*²¹⁶, riscontriamo regolati aspetti del nostro

²¹⁵ Diversamente Gandolfi, *Il deposito* cit. 32, a cui avviso si potrebbe essere indotti a ritenere che i compilatori giustiniani «abbiano assunto, forse consapevolmente, un compito non più che ricognitivo circa i lineamenti essenziali della disciplina del deposito desunta dalla esperienza classica».

²¹⁶ Il titolo consta di 12 costituzioni; sulle ultime due emanate da Giustiniano v. *infra*. Opportuno appare qualche cenno sul contenuto delle costituzioni diverse da quelle esaminate nel testo. Nella prima emanata da Alessandro Severo nel 234, e pervenutaci in una redazione più fedele attraverso Coll. 10.8.1, viene stabilito che l'erede di un depositario ucciso dai pirati non poteva essere convenuto dal depositante per la restituzione degli *ornamenta* depositati e distrutti durante l'assalto, mentre questi poteva intentare l'*actio depositi*, quella *ad exhibendum* o la *rei vindicatio* se l'erede possedeva ancora questi oggetti e non li restituiva con il pretesto dell'aggressione; nel testo inserito nel Codice sono state introdotte alcune modifiche generalizzatrici quali l'aggiunta della responsabilità *per culpa lata* e quella prevista da eventuali clausole derogatorie a quella classica per dolo, l'estensione della legittimazione passiva a chi si fosse dolosamente spogliato del possesso della cosa anteriormente all'inizio della lite, nonché della generalizzazione dell'assalto dei pirati a qualsiasi altro caso fortuito; cfr., per tutti, A. Corbino, A. Metro, *Accordo ed obbligazione nella riflessione giurisprudenziale romana*, Messina 2009, 48 s. Nella seconda, emanata da Gordiano nel 238, viene ribadito il principio «*usurae ex mora venire solent nell'actio depositi*», al pari degli altri *iudicia bonae fidei*. Nella quinta, emanata da Valeriano e Gallieno nel 259, è consentito di convenire in giudizio il depositario al conduttore, che ha consegnato *instrumenta* con la condizione che li avrebbe recuperati solo dopo aver saldato la mercede per la *locatio*, e che ha provveduto al saldo; ed è inoltre stabilito che il conduttore è considerato libero da ogni obbligo se ha saldato il debito, anche se gli *instrumenta* non gli sono stati restituiti. Nella sesta, emanata da

istituto in quattro rescritti, due di Gordiano e due di Diocleziano e Massimiano²¹⁷.

Nel primo di Gordiano, C. 4.34.3²¹⁸, viene esaminato il caso della consegna di denaro non sigillato, da parte di un soldato ad un terzo²¹⁹, il quale lo ha utilizzato a proprio profitto per comprare dei fondi (che gli sono già stati trasferiti mediante *traditio*) contro la volontà del deponente: l'imperatore esclude che il depositante possa chiedere il trasferimento integrale degli immobili o, in compensazione, un trasferimento parziale contro la volontà della controparte²²⁰, e invece consente la richiesta di *usurae* mediante l'*actio depositi*, più favorevole al depositario, che avrebbe potuto essere perseguito anche con

Diocleziano e Massimiano nel 293, viene ribadito per il depositario l'obbligo di rispettare il patto (*legem*) stabilito al momento in cui aveva ricevuto dalle parti di una transazione gli *instrumenta*. Nella nona emanata dagli stessi imperatori nello stesso anno, viene consentito agli eredi di poter richiedere davanti al governatore della provincia la restituzione delle cose depositate dal servo ereditario prima dell'apertura della successione. Nella decima, emanata dagli stessi imperatori nel 294, viene ribadita l'infamia quale conseguenza della *condemnatio* del depositario.

²¹⁷ Una traccia del nostro istituto si può riscontrare nel coevo testo di Ermogeniano D. 26.7.50 (Hermog. 2 *iur. epit.*): *Si res pupillaris incursu latronum pereat vel argentarius, cui tutor pecuniam dedit, cum fuisset celeberrimus, solidum reddere non possit, nihil eo nomine tutor praestare cogitur*. Il tutore non risponde nel caso in cui il patrimonio pupillare perisca a causa di una incursione di banditi o se l'*argentarius* molto famoso, presso il quale è stato depositato il denaro del pupillo non è in grado di restituirlo per intero. In quest'ultimo caso, che ben si inserisce nella regola assestata nell'età dei Severi, che obbliga il tutore a depositare o prestare il denaro pupillare per ottenere interessi, appare preferibile ritenere che siamo in presenza di un deposito irregolare più che di un mutuo o di un deposito regolare alla luce della annotazione del giurista sulla qualifica di *celeberrimus* del banchiere prescelto per escludere ogni responsabilità nella scelta della persona alla quale affidare il denaro pupillare, che non appare possibile considerare dato a mutuo per l'uso del verbo *dare* né in deposito regolare anche perché erano previsti interessi. Cfr. sul testo, per tutti, Petrucci, *Profili giuridici* cit. 176 s.

²¹⁸ C. 4.34.3 (Imp. Gordianus A Austronio militi): *Si depositi experiris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis, cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium, si quidem qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit*. [a. 239]. Sotto il profilo formale suscita qualche perplessità la frase «furti delicti succedit», che però non può essere attribuita a alterazione postclassica. Cfr. Brasiello, *Aspetti innovativi* cit. 495. Un'altra parte di questo rescritto è inserita quale autonoma costituzione nel titolo de *rei vindicatione*, 3.32.6 (Imp. Gordianus A. Austronio militi): *Si ea pecunia quam deposueras is apud quem collocata fuerat sibi possessiones comparavit ipsique traditae sunt, tibi vel omnes tradi vel quasdam compensationis causa ab invito eo in te conferrari iniuriosum est*. [a. 239].

²¹⁹ Sulla natura del deposito aperto cfr. Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 68 ss.; Id., *Aspetti innovativi* cit. 495 s.; Michel, *Gratuité* cit. 92 s.; Cervenca, *Contributo allo studio* cit. 126 ss.; Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 365. Ritengono invece che siamo in presenza di un deposito ordinario Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestionum»* cit. 258; Klami, «*Mutua magis*» cit. 113 s.; Litewski, *Le dépôt irrégulier* 2 cit. 305 nt. 260.

²²⁰ Questa soluzione era improponibile, senza il consenso della controparte alla luce della natura pecuniaria della condanna, che escludeva una esecuzione in forma specifica. Cfr. Michel, *Gratuité* cit. 93.

l'*actio furti*²²¹; nel secondo del medesimo imperatore, C. 4.34.4²²², viene stabilito che, nel caso di utilizzazione della *pecunia deposita* da parte del depositario²²³, il depositante ha diritto agli interessi²²⁴, che deve richiedere solo con l'*actio depositi*, non potendo esperire due azioni, una per il capitale e l'altra per gli interessi²²⁵.

Nel primo rescritto di Diocleziano e Massimiano, C. 4.34.7²²⁶, era ritenuta infondata la pretesa di un tal Antioco Attico di non essere tenuto a restituire il *tantundem* della somma ricevuta in deposito²²⁷, e da lui data in deposito ad un

²²¹ Come osserva Michel, *Gratuité* cit. 93, il depositario, utilizzando il denaro contro la volontà del depositante, ha commesso un furto e avrebbe potuto essere convenuto con l'*actio furti*, che avrebbe portato alla condanna *in duplum*. Egli avrebbe dovuto essere grato al depositante che intentando l'*actio depositi* si era limitato a reclamare gli interessi e non il *duplum* «*cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium*».

²²² C. 4.34.4 (Imp. Gordianus A. Timocrati militi): *Si deposita pecunia is qui eam suscepit usus est, non dubium est etiam usuras debere praestare. Sed si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri: non enim duae sunt actiones alia sortis alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur.*

²²³ Cfr. Brasiello, *Aspetti innovativi* cit. 496 ss.; Michel, *Gratuité* cit. 93; Petrucci, *Profili giuridici* cit. 75 s.; Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 365; Klami, «*Mutua magis*» cit. 115 ss.; Cerami, Petrucci, *Diritto commerciale* cit. 153 s.; Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 80. Ad avviso della Scotti, *Il deposito* cit. 184 nt. 945, invece siamo in presenza di un deposito ordinario e gli interessi sono dovuti anche se non viene specificato se l'uso del denaro sia consentito dal deponente o contrario alla volontà di quest'ultimo (*op. cit.* 170 nt. 875). Dubbioso Cervenca, *Contributo allo studio* cit. 126 s., il quale rileva come «è lungi dall'essere pacifica la questione, se nella fattispecie considerata, l'uso della somma data in deposito fosse illecito, giacché effettuato senza il permesso del depositante».

²²⁴ Cfr. Brasiello, *Aspetti innovativi* cit. 496 ss.; Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 365; Michel, *Gratuité* cit. 93; Petrucci, *Profili giuridici* cit. 75 s.; Klami, «*Mutua magis*» cit. 115 ss.; Cerami - Petrucci, *Diritto commerciale* cit. 153 s.; Cherchi, *Ricerche sulle «usurae»* cit. 80. Va osservato come in questo rescritto sia espresso in termini più generali il principio per cui l'uso del denaro altrui depositato era in ogni caso produttivo di interessi, già enunciato in due testi di 1 *resp.* D. 16.3.28.1 (Scaev, 1 *resp.*) (nt. 43), D. 16.3.29.1 (Paul, 2 *sent.*) (nt. 183).

²²⁵ Brasiello, *Problemi di diritto romano* cit. 69 ss.; Id. *Aspetti innovativi* cit. 496; Adams, *Haben die Römer 'depositum irregulare'* cit. 365; Cervenca, *Contributo allo studio* cit. 126 s.; Petrucci, *Profili giuridici* cit. 76; Cerami, Petrucci, *Diritto commerciale* cit. 154. Si potrebbe pensare che la richiesta del soldato Timocrate possa essere stata fondata sul diverso regime del mutuo ad interessi, nel quale erano previste due azioni, la *condictio* e l'*actio ex stipulatu*, essendo *sors* ed *usurae* fondate su due diversi negozi, la *datio mutui* e la *stipulatio usurarum*. Cfr. Michel, *Gratuité* cit. 93.

²²⁶ C. 4.34.7 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Antiocho Attico Calpurniano Democrat): *Desiderium tuum cum rationibus iuris non congruit. Nam si custodiam pecuniae suscepisti, quam aliis a te datam instrumentum, quo hanc tibi reddi conscriptum profiteris, arguit, solutionem eius competentem improbe recusas.*

²²⁷ Sulla natura di deposito irregolare del contratto esaminato nel rescritto cfr. M.D. Parra Martín, *El depósito de la cosa debida en los rescriptos de Diocleciano*, in *Revista General de Derecho Romano* 12, 2009. L'autrice osserva come nel deposito irregolare grava sul depositario l'obbligo di mantenere sempre a disposizione del depositante una somma equivalente a quella ricevuta.

terzo, attraverso l'esibizione del documento attestante l'impegno di quest'ultimo alla restituzione (poi non ottemperato)²²⁸; nel secondo, C. 4.34.8 del 293²²⁹, nel caso di un deposito di *pecunia*²³⁰ data successivamente a mutuo, a nome proprio o di un terzo, dal depositario (da identificare in un imprenditore finanziario, forse un banchiere o un cambiavalute²³¹) non più in grado di restituirla al depositante, la cancelleria imperiale affermava la piena responsabilità del depositario, o eventualmente dei suoi successori²³², mentre escludeva che il depositante potesse agire contro il terzo mutuatario, a meno che le monete fossero ancora identificabili (potendo in tal caso esperire la *rei vindicatio*)²³³.

²²⁸ Parra Martín (loc cit.) evidenzia l'importanza attribuita nel testo al documento quale prova dell'avvenuta consegna del denaro, rilevando come fino alla fine dell'epoca classica non esistevano norme precise sui mezzi di prova dell'avvenuto pagamento. Come osserva Scotti, *Il deposito* cit. 173 nt. 890, il valore probatorio del documento relativo all'affidamento ad una persona di somme di danaro da parte di chi le aveva ricevute in deposito da terzi e l'impegno di quest'ultimo a restituirla non esimono il primo ricevente da questo obbligo adducendo la mancata restituzione da parte del depositario, in quanto egli si era impegnato nei confronti del deponente a custodirla ed era responsabile dell'inaffidabilità delle persone alle quali l'aveva consegnata.

²²⁹ C. 4.34.8 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Alexandro): *Si is, qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine vel cuiuslibet alterius mutuo dedit, tam ipsum de implenda suscepta fide quam eius successores teneri tibi certissimum est. Adversus eum autem qui accepit nulla actio tibi competit, nisi nummi extant: tunc enim contra possidentem uti vindicatione potes.* [a. 293].

²³⁰ Ritieni che siamo in presenza di un deposito irregolare Petrucci, *Profili giuridici* cit. 194, 197. Ritengono invece che siamo in presenza di un deposito ordinario A. Díaz Bautista, *Estudios sobre la banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Murcia 1987, 65; Parra Martín, *El Depósito* cit.

²³¹ Cfr A. Wacke, *Die Zahlung mit fremden Geld. Zum Begriff des «pecuniam consumere»*, in *BIDR.* 79, 1976, 87; A. Petrucci, *Persistenza di negozi bancari nelle fonti giuridiche tra la fine del III ed in primi decenni del V secolo d.C.* in *Atti Accademia Costantiniana* 13, Napoli 1999, 240 ss.; Id. *Spunti di riflessione sulla tutela dei contraenti con gli imprenditori nella legislazione diocleziana*, in C. Russo Ruggeri (a c. di) *Studi in onore di Antonino Metro* 4, Milano 2010, 551.

²³² Attraverso l'esperimento dell'*actio depositi*, anche se non espressamente indicata; cfr., in tal senso, Wacke, *Die Zahlung mit fremden Geld* cit. 86.

²³³ La possibilità di individuare le monete presso il mutuatario e conseguentemente la possibilità di intentare la *rei vindicatio* non devono portare a mio avviso alla conclusione che siamo in presenza di un deposito ordinario di *pecunia*, che avrebbe precluso al depositario la possibilità di darla a mutuo; la consegna del denaro con la facoltà di utilizzarlo non esclude che le monete potessero essere ancora teoricamente individuabili. Cfr. le parzialmente diverse posizioni di Wacke, *Die Zahlung mit fremden Geld* cit. 87, che non esclude la possibilità di una confusione del banchiere sulle monete depositate e un conseguente uso di quelle consegnate chiuse, e di Petrucci, *Spunti di riflessione* cit. 551, che vede nella concessione della *vindicatio* una «protezione rafforzata» per quei depositanti che avessero effettuato un deposito di *pecunia clusa et obsignata*.

Allargando il nostro campo di indagine ad altre costituzioni riscontriamo l'esame di profili relativi al nostro istituto, in tre rescritti rispettivamente di Antonino Pio del 155 (C. 2.1.1.²³⁴: la facoltà riconosciuta al depositante di una somma di denaro di chiedere alla controparte nel corso di un processo a fini probatori l'esibizione delle *rationes*²³⁵ indica che costei era una *argentaria*²³⁶ e conseguentemente siamo nell'ambito di una operazione bancaria, che consentiva alla depositaria l'uso del denaro datole in consegna), di Antonino Caracalla del 215 (C. 5.51.3.²³⁷ che prevede la possibilità per il minore [il cui

²³⁴ C. 2.1.1 (Imp. Pius Antoninus A. Manilio): *Ipse dispice, quemadmodum pecuniam, quam deposuisse te dicis, deberi tibi probes. Nam quod desideras, ut rationes suas adversaria tua exhibeat, id ex causa ad iudicis officium pertinere solet.* [a. 155]. Sul testo cfr. E. Levy, *Beweilast im klassischen Recht*, in *Iura* 3, 1952, 170; G. Pugliese, *L'onere della prova nel processo «per formulas»*, in *RIDA*, 3, 1956, ora in *Scritti giuridici scelti* 1, Napoli 1985, 235 s.; G. Crifò, *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico*, in *BIDR.* 67, 1964, 151 s.; B. Cortese, *L'onere della prova nella giurisprudenza romana classica*, in L. Garofalo (a c. di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese* 1, Padova 2012, 407 ss.

²³⁵ Un certo Manilio afferma di aver lasciato in deposito una somma di denaro presso una donna e, non avendo prove di questo deposito, chiede all'imperatore se l'avversaria può essere obbligata ad esibire i suoi conti, dai quali dovrebbe essere provato il deposito. L'imperatore dà una risposta negativa non volendo riconoscere il principio che imponga in forma generale ai possibili debitori di esibire i loro conti su richiesta dei presunti creditori, ed afferma che appartiene all'*officium iudicis* l'ordinare eventualmente l'esibizione delle prove sulla base dell'esame di tutte le circostanze, *ex causa*. Per effetto del nostro rescritto, ad avviso di alcuni autori, anche la facoltà di richiedere la prova ad una qualunque delle parti rientrerebbe nell'ampia libertà del giudice nella fase istruttoria del processo formulare; cfr. Levy, *Beweilast* cit. 170. Come è stato convincentemente rilevato da Pugliese, *L'onere della prova* cit. 235 s., l'imperatore non pretendeva che la convenuta dimostrasse l'inesistenza del credito dell'attore, il quale voleva dare la prova del deposito, ma sosteneva che, non esistendo testimoni dell'avvenuto deposito e non avendo egli una ricevuta, la prova andava cercata nei registri, nei quali la ricevente aveva annotato l'incasso della somma. Il potere riconosciuto al giudice è compatibile con l'onere della prova, che grava sull'attore, in quanto egli non deve assistere impassibile agli sforzi dell'onerato di fornire la prova e pronunciare la sua soccombenza se questa non riesce, anche quando è convinto che la prova esiste, ma l'onerato non riesce a procurarsela, ma può attivarsi per farla acquisire; cfr. in tal senso pure Cortese, *L'onere della prova* cit. 408.

²³⁶ Sulla possibilità per le donne di essere titolari di una impresa bancaria cfr. Crifò, *Sul problema della donna tutrice* cit. 151 s. L'autore osserva come non osti a questa conclusione l'affermazione di Callistrato, D. 2.13.12, 1 ed. mon.: «*feminae remotae videntur ab officio argenatrii, cum ea opera virilis sit*», potendosi trattare di un successivo orientamento sostenuto da questo giurista. Cfr. in senso contrario Levy, *Beweilast* cit. 170; Andreau, *La vie financière* cit. 497 nt. 44; L. Peppe, *Civis romana. Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica*, Lecce 2016, 303 e nt. 767.

²³⁷ C. 5.51.3 (Imp. Antoninus A. Vitalio): *Curator, qui post decretum praesidis, sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, praedium sibi comparavit, elige, utrum malis in emptione tibi negotium eum gessisse, an, quia in usus suos conversae pecuniae sunt, legitimas usuras ab eo accipere: secundum quae iudex tutelae iudicio redditus partem religionis implebit.* [a. 215].

denaro, depositato per acquistare fondi rustici, era stato utilizzato invece dal curatore per acquistare un fondo per sé] di potere acquisire gli effetti del negozio ovvero di ritenere che il denaro era stato convertito in *usus suos* del curatore, che era tenuto a versargli gli interessi, dal che si può arguire che il curatore poteva usare il denaro senza incorrere in un *furtum usus*) e di Alessandro Severo (4.25.3²³⁸, che prevede per il depositante l'*actio institoria* contro il *dominus* del servo, da lui preposto alla *mensa*, che ha ricevuto del denaro, se riesce a provare che non gli è stato restituito²³⁹)²⁴⁰.

L'elaborazione di una autonoma figura di deposito comportante il trasferimento della proprietà dell'oggetto (con conseguente facoltà del depositario di utilizzarlo), ad opera dei compilatori giustinianeî appare difficilmente giustificabile, oltre che per l'assenza di costituzioni di questo imperatore relative all'istituto, in presenza della considerazione unitaria in alcune di esse di ipotesi di deposito ordinario e di ipotesi di deposito con trasferimento della proprietà del denaro²⁴¹: in

²³⁸ C. 4.25.3 (Imp. Alexander A. Marciae): *Institoria tibi adversus eum actio competit, a quo servum mensae praepositum dicis, si eius negotii causa, quod per eum exercebatur, deposita pecunia nec reddita potest probari.* [a. 230].

²³⁹ Cfr. Petrucci, *Mensam exercere* cit. 207, 322.

²⁴⁰ Non rilevano ai nostri fini altre costituzioni, quali C. 4.32.2 di Settimio Severo e Antonino Caracalla, nella quale è previsto che gli interessi sono dovuti dal compratore (al quale è stato trasmesso il possesso della cosa), che non ha offerto il prezzo al venditore, sebbene abbia depositato la *pecunia obsignata*; C. 4.32.6 di Antonino Caracalla del 212, nella quale viene stabilito che non è tenuto a pagare gli interessi dal momento del deposito il debitore di una somma dovuta a titolo di pegno, che alla presenza di testimoni l'ha offerta al creditore, ma ha incontrato un rifiuto di accettarla, se procede ad un deposito sigillato della somma medesima; C. 4.32.9 di Antonino Caracalla, che dispone che il deposito della somma dovuta libera il debitore di minori dal pagamento degli interessi se ha offerto il saldo del debito al tutore ricevendone un rifiuto; C. 4.32.19 di Diocleziano e Massimiano, nella quale è previsto il deposito in luogo pubblico della somma dovuta e rifiutata dal creditore; C. 5.37.5 di Antonino Caracalla del 215, nella quale è stabilito che il curatore di un *adulescens*, i cui tutori sono stati condannati e non hanno voluto eseguire la sentenza, può richiedere che la *pecunia exacta* sia depositata con l'autorizzazione del governatore; C. 7.37.2.1 di Zenone, nella quale sono disciplinati gli effetti del deposito nello *scrinium* competente delle somme dovute per l'acquisto di cose fiscali; C. 8.17.1 di Settimio Severo e di Antonino Caracalla del 197, nel quale viene disposto che il creditore pignoratorio di secondo grado, che ha ottenuto il pagamento della somma dovuta al creditore di primo grado, può legittimamente depositare la somma *obsignata* se il creditore non la ha accettata; C. 8.27.8 di Gordiano del 239, nella quale viene stabilito che il deposito della somma dovuta e offerta dal debitore e rifiutata dal creditore preclude la vendita dell'oggetto oppignorato, e C. 9.41.15 di Diocleziano e Massimiano del 294, nella quale è prevista la *quaestio servorum* non solo per la repressione criminale, ma anche per processi relativi a consegne di cose effettuate dagli schiavi a titolo di deposito, comodato o altre cause riconosciute.

²⁴¹ Non attengono al nostro tema altre costituzioni dello stesso imperatore: C. 7.72.10.2 e 3 del 532, nelle quali viene previsto il deposito di denaro nel tesoro (*cimeliarchium*) della chiesa; e C. 11.48.20.4 del 529, nella quale vengono regolate alcune ipotesi di deposito per sequestro di somme di danaro in relazione a canoni e altre somme dovute per l'uso della terra.

una costituzione del 529²⁴², inserita in *sede materiae*, C. 4.34.11, viene ribadito l'obbligo gravante sul depositario di restituire a richiesta *pecunias vel res quasdam per depositionis titulum acceptas* senza poter opporre *compensationem*²⁴³, *deductionem* o *exceptionem doli*²⁴⁴ (nemmeno nel caso di depositi operati da entrambe le parti²⁴⁵) quasi che egli avesse contro il depositante azioni personali, reali o ipotecaria, onde escludere il diritto di ritenzione in suo favore²⁴⁶; in un'al-

²⁴² C. 4.34.11 (Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.): *Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti et qui deposuerit reddere ilico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales vel in rem vel hypothecarias praetendens, cum non sub hoc modo depositum accepit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur. 1. Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis praepeditio oriatur, sed depositae quidem res vel pecuniae ab utraque parte quam celerrime sine aliquo obstaculo restituantur, ei videlicet primum, qui primus hoc voluerit, et postea legitimae actiones integrae ei reseruentur. 2. Quod obtinere sicut iam dictum est oportet et si ex una parte depositio celebrata est, ex altera autem compensatio fuerit opposita, ut integra omni legitima ratione servata depositae res vel pecuniae prima fronte restituantur. 3. Quod si in scriptis attestatio non per dolum vel fraudem fuerit ei qui depositum suscepit ab alio transmissa, ut minime depositum restituat, hocque per iusiurandum adfirmaverit, liceat ei qui deposuit sub defensionis cautela idonea praestita res depositas quantocius recuperare [a. 529]. Cfr. sul testo, da ultimo, P. Garbarino, *Brevi osservazioni in tema di azioni di buona fede in diritto giustiniano*, in L. Garofalo (a c. di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese 2*, Padova 2003, 196 ss.*

²⁴³ L'esclusione della compensazione in relazione al deposito è ribadita nel § 1 della costituzione dedicata ad un regolamento generale della compensazione, inserita in C. 4.31.14.1: ... *excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus*.

²⁴⁴ Il divieto dell'opposizione dell'*exceptio doli* era finalizzata ad evitare un surrettizio recupero della compensazione attraverso tale *exceptio*, che era stata prevista in un rescritto di Marco Aurelio quale mezzo per poter opporre la compensazione anche in relazione alle *actiones stricti iuris* ricordato nelle Istituzioni, I. 4.6.30.

²⁴⁵ Il recupero delle cose depositate, denaro o altre cose, viene ribadito nel § 3 anche in presenza di una diffida di un terzo fatta nelle forme richieste (in forma scritta e confermata con giuramento) di non restituirle: il deponente deve prestare *cautio, sub defensionis cautela idonea prestita*, in assenza della quale il depositario può rifiutare la restituzione. Cfr. Rotondi, *Contributi alla storia del deposito* cit. 79.

²⁴⁶ Significative appaiono le frasi «*ut non concessa ei retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur*», nelle quali, come ha osservato incisivamente Garbarino, *Brevi osservazioni* cit. 197 s., il richiamo alla *bona fides* assume un carattere sostanziale e non processuale, parlandosi di un contratto che nasce (*oritur*) dalla *bona fides*, quasi come se fosse un criterio normativo ispiratore del contratto e non solo caratterizzasse l'azione. Questa novità, ad avviso dell'autore, può essere dipesa dal fatto che Giustiniano con questa costituzione introduce limiti alle difese opponibili al depositario, che intaccano la principale caratteristica dei *iudicia bona fidei*, quale era il potere del giudice di valutare *ex bono et aequo quantum actori restitui debeat* e di tener conto delle ragioni della controparte.

tra del 531-532, C. 4.34.12²⁴⁷, parimenti inserita in *sede materiae* Giustiniano, superando una *supervacua veterum differentia*²⁴⁸, ha stabilito che in ogni caso non potesse essere convenuto dagli altri coeredi negligenti²⁴⁹, *ne industria poenas desidiaev solvat*, il coerede *ex testamento* di un *pater* (che aveva depositato presso un terzo oro o argento lavorato o grezzo o *pecunia numerata*), che resosi diligente era stato soddisfatto²⁵⁰; peraltro l'ipotesi dell'avversa fortuna, che rendeva insolubile il depositario, appare più plausibile nel caso di deposito che gli consentisse di divenire proprietario della cosa e non solo detentore.

Nello stesso senso può essere letta la disposizione della costituzione del 528²⁵¹,

²⁴⁷ C. 4.34.12 (Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.): *Supervacuum veterum differentiam e medio tollentes, si quis certum pondus auri vel <argenti> confecti vel in massa constituti deposuerit et plures scripsit heredes et unus ex his contingentem sibi portionem a depositario accepit, alter supersederit vel alias fortuito casu impeditus hoc facere non potuerit, et postea depositarius in adversam incidit fortunam vel sine dolo depositum perdidit, sancimus non esse coheredi eius licentiam venire contra coheredem suum et ex eius parte avellere, quod ipse ex sua parte consequi minime potuerit, quasi eo quod coheres accepit communi constituto, cum, ubi certae pecuniae depositae fuerant et suam partem unus ex heredibus accepit, nemini veniret in dubium bene eum accepisse partem suam et non debere aliam partem attingere. Nobis etenim non videtur esse homo obnoxius neque in massa neque in specie neque in pecunia numerata qui suam partem suscepit, ne industria poenas desidiaev solvat. Si enim et alius heres tempora opportuna quemadmodum coheres eius observasset, et suum uterque recipiebat et sequentibus altercationibus minime locus relinquebatur. [a. 531-532].*

²⁴⁸ Questa *differentia* era relativa alla possibilità di uno o più eredi che non erano riusciti ad ottenere la loro quota a causa della successiva insolubilità del depositario di convenire in giudizio il coerede diligente, a differenza dell'orientamento precedente, che escludeva tale possibilità nel caso di deposito di *pecunia numerata* e lo ammetteva invece nel caso di oro o argento lavorato o grezzo.

²⁴⁹ Trattasi di coerede (o coeredi), volutamente o per caso fortuito inattivo, che in un primo momento non aveva richiesto la sua parte e successivamente non la aveva potuto conseguire in quanto il depositario era divenuto insolubile o aveva perso senza dolo la cosa depositata.

²⁵⁰ In questa costituzione appaiono considerate in maniera promiscua ipotesi di deposito ordinario e ipotesi di deposito con trasferimento della proprietà del denaro ai fini della pretesa di altri coeredi di ottenere parte della quota ricevuta dal coerede diligente in caso di insolubilità del depositario per perdita senza dolo della cosa depositata o per successiva avversa fortuna (*in adversam incidit fortunam*).

²⁵¹ C. 4.30.14 pr. (Imp. Iustinianus A. Menae pp.): *In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium, quod antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem obicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius, sed intra solum biennium continuum, ut eo lapsu nullo modo querella non numeratae pecuniae introduci possit: his scilicet, qui propter aliquas causas specialiter legibus expressas etiam lapsu quinquennio in praeteritis temporibus adiuvantur, etiam in posterum, licet biennium pro quinquennio statutum est, eodem auxilio potituris.* Appaiono tratte dalla stessa costituzione emanata il 1 giugno del 528 e diretta al prefetto del pretorio Mena, oltre a C. 4.30.15, anche C. 4.2.17, 4.20.18, 4.21.17, 5.15.3, 10.22.4. Nella prima, C. 4.2.17, viene

C. 4.30.14, inserita nel titolo *de non numerata pecunia*²⁵², che, nel quadro della regolamentazione generale dell'*exceptio* in materia, ne fissava il termine di decadenza per la sua richiesta in due anni, ne escludeva l'applicazione agli *instrumenta*²⁵³ relativi, oltre che ai mutui, ai depositi di denaro e di altre cose²⁵⁴

stabilito che i chirografi di mutuo e le ricevute per somme superiori al valore di 50 libbre d'oro devono essere sottoscritti da tre testimoni degni di fede per essere ammessi quale mezzo di prova. Nella seconda, C. 4.20.18, viene stabilito che i debitori per effetto di un rapporto sorto in forma scritta non possono dimostrare l'avvenuto pagamento con testimonianze non attendibili, ma solo con quella di 5 testimoni di integrità morale, avvalorata da giuramento, che abbiano assistito all'avvenuto adempimento; vengono quindi imposte per il futuro queste modalità di pagamento e, quale unica eccezione, viene disposta la facoltà di supplire con un solo testimone alla distruzione per caso fortuito della ricevuta di pagamento. Nella terza, C. 4.21.17, viene disciplinata per il futuro la forma scritta, con sottoscrizione dei testimoni, delle compravendite, delle permutate e delle donazioni (per le quali non è necessaria l'*intimatio*), delle *dationes arrarum* e delle transazioni, in assenza della quale gli atti non producono effetti. Nella quarta, C. 5.13.3, viene stabilito che l'*exceptio non numeratae pecuniae* è opponibile in relazione agli strumenti dotali, entro l'anno dallo scioglimento del matrimonio, non solo dal marito ma anche dall'erede di questo, dal suocero o da un terzo e dai loro eredi quando suocero e terzo avessero dichiarato insieme al marito di aver ricevuto la dote e fossero stati convenuti per la restituzione. Nell'ultima, C. 10.22.4, viene in parte duplicato il § 2 di C. 4.30.14.

²⁵² In questo titolo sono inserite tre costituzioni (o frammenti di due costituzioni²⁵¹) emanate da Giustiniano. Nella prima, oltre al profilo esaminato nel testo, non era consentito di deferire alla controparte il giuramento, nei casi nei quali l'eccezione non era proponibile a chi voleva contestare il documento (§ 3), era regolata la *denuntiatio*, consistente in un atto privato reso per iscritto direttamente alla controparte, mediante il quale chi aveva emesso il documento poteva perpetuare l'eccezione, che gli spettava, ed eccezionalmente in sua assenza al giudice ordinario, al governatore, al *defensor civitatis* (§ 4). Se la controparte era presente, ma era difficile raggiungerla, il titolare dell'eccezione poteva presentare la *denuntiatio* al giudice e per suo tramite farla pervenire alla controparte (§ 5). In assenza di autorità civili o militari la si poteva presentare al vescovo (§ 6). Questa *denuntiatio* poteva essere anche richiesta dai creditori o fideiussori di chi avesse redatto il documento (per effetto della costituzione successiva, che costituiva una parte della precedente). Nella costituzione 15 viene stabilito che di questa *exceptio* potessero valersi i fideiussori ed in determinate circostanze i creditori di chi avesse emesso il documento, prevedendo che, in caso di sconfitta del creditore, il debitore principale o il fideiussore potessero valersi, se ancora nei termini, dell'eccezione. Nella costituzione 16 del 531-532 viene estesa l'applicabilità della nostra *exceptio* anche alle ricevute concedendola all'attore in sede di replica, quando il convenuto alla sua richiesta aveva tentato di dimostrare attraverso la ricevuta l'avvenuto pagamento; in questo caso la controversia verte non sulla sussistenza del debito, ma sulla sua *solutio*.

²⁵³ Per quanto attiene alle *securitates* Giustiniano ha escluso l'opponibilità della *exceptio* per quelle dei pubblici funzionari (per il versamento dei tributi) e per quelle relative al versamento della dote ed ha ridotto a trenta giorni il termine per le altre.

²⁵⁴ C. 4.30.14.1-2: *Sed quoniam securitatibus et instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum talem exceptionem opponere litigatores conantur, iustum esse prospicimus huiusmodi potestatem in certis quidem casibus prorsus amputare, in aliis vero brevi tempore concludere. Ideoque sancimus instrumento quidem depositionis certarum rerum vel certae pecuniae securitatibusque publicarum functionum, sive in solidum sive ex parte solutae esse conscribantur, illis etiam securitatibus, quae post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote ex parte vel in solidum*

unitariamente considerati²⁵⁵.

Rivolgendo la nostra attenzione agli altri titoli del quarto libro del Codice relativi ai contratti rileviamo come degli altri 64 titoli del quarto libro relativi alla materia contrattuale²⁵⁶ solo 20 contengano costituzioni giustiniane²⁵⁷: alcune appaiono finalizzate a risolvere autoritativamente controversie dottrinali presenti nelle opere giurisprudenziali classiche²⁵⁸ o a

exponuntur, nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi. 2. Super ceteris vero securitatibus, quae super privatis debitis a creditore conscribuntur partem debiti sortis vel usurarum nomine solutam esse significantes, vel adhuc feneraticia cautione apud creditorem manente, solidi tamen debiti solutionem factam esse demonstrantes, vel etiam futuram esse redhibitionem instrumenti feneraticii promittentes, vel si qua alterius cuiuscumque contractus gratia, in qua numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit depensas esse pecunias vel alias res vel partem earum significans, intra triginta tantummodo dies post huiusmodi securitatis expositionem connumerandos exceptionem non numeratae pecuniae posse obici, ut, si hi transacti fuerint, eadem securitas ab iudicantibus omnibus modis admittatur, nec liceat ei qui securitatem exposuit post excessum memoratorum dierum non esse sibi solutas vel pecunias vel alias res dicere.

²⁵⁵ Non appare a mio avviso convincente la diversa opinione, che ipotizza la differenziazione tra deposito normale e deposito irregolare sulla base della specificazione *depositio certarum rerum* e *certae pecuniae*, che indicherebbero ipotesi di deposito ordinario in relazione al quale non avrebbe trovato applicazione la *exceptio non numeratae pecuniae*, ammessa invece nel deposito irregolare sulla base del § 1 (*sed quoniam securitatibus et instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum talem exceptionem opponere litigatores conantur, iustum esse prospicimus huiusmodi potestatem in certis quidem casibus prorsus amputare, in aliis vero brevi tempore*) e concludere «l'esclusione della *exceptio* nel caso di deposito di *certae res* e di *certa pecunia* ne postulerebbe l'applicazione nei casi di *depositio* di *res* e *pecuniae non certae* e quindi di un deposito irregolare»; cfr., in tal senso, M.R. Cimma, *De non numerata pecunia*, Roma 1984, 172 ss. Va però osservato come dalla lettura del § 2 la limitazione a trenta giorni della opponibilità della *exceptio non numeratae pecuniae* riguarda una serie di *securitates* redatte dal creditore, che non possono essere identificate in quelle relative al deposito irregolare, in quanto sono previste quelle relative al pagamento parziale di un debito a titolo di capitale o di interessi, o alla permanenza della *cautio* per gli interessi, o al pagamento totale del debito, o della annotazione di spesa del denaro e consegna delle cose in relazione ad altri contratti che prevedano la *numeratio* di *pecunia* o la *datio* di *certae res*.

²⁵⁶ Oltre a quello relativo al deposito, è stato già esaminato il tit. 30 (*de non numerata pecunia*).

²⁵⁷ Tit. 1 (*de rebus creditis et de iureiurando*), 2 (*si certum petatur*), 5 (*de conditione indebiti*), 11 (*ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant*), 18 (*de constituta pecunia*), 20 (*de testibus*), 21 (*de fide instrumentorum et amissione eorum et antaphocis faciendis et de his quae sine scriptura fieri possunt*), 27 (*per quas personas nobis acquiritur*), 28 (*ad senatus consultum Macedonianum*), 29 (*ad senatus consultum Velleianum*), 31 (*de compensationibus*), 32 (*de usuris*), 35 (*mandati*), 37 (*pro socio*), 38 (*de contrahenda emptione*), 39 (*de hereditate vel actione vendita*), 51 (*de rebus alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca*), 54 (*de pactis inter emptorem et venditorem compositis*), 65 (*de locato et conducto*), 66 (*de emphyteutico iure*).

²⁵⁸ In C. 4.1.13, dell'ottobre del 532, viene risolto il dubbio degli *antiqui* sugli effetti di un giuramento falso deferito dall'erede e prestato da un legatario o fedecommissario, che non era

omogeneizzare precedenti disposizioni ispirate a criteri diversi²⁵⁹ o a con-

in condizione di esibire il testamento, ovvero se in caso di giuramento veritiero fosse consentito all'erede di conservare la *quarta ex Falcidia*, nel senso che lo spergiuro non potesse conservare il legato o il fedecommesso e che all'erede spettasse la *quarta ex Falcidia*. In C. 4.5.10, emanata il 1° agosto 530, Giustiniano risolve la divergenza riscontrata nelle fonti tra le opinioni di Giuliano e Papiniano da un lato e di Celso, Marcello e Ulpiano dall'altro, se spettasse al creditore o al debitore la scelta della cosa da restituire nel caso in cui un soggetto tenuto ad adempiere ad una obbligazione alternativa, derivante dalla promessa di consegnare uno schiavo o una determinata quantità di solidi, avesse per errore effettuato entrambe le prestazioni, aderendo a quella di Giuliano e Papiniano, che riconoscevano la scelta al debitore. In C. 4.27.3 viene risolta la controversia relativa alla *stipulatio* compiuta da un servo in condominio a favore di un condomino, che aveva ricevuto l'*iussum* da un altro, ritenendo preferibile quella che la attribuiva al *dominus* che aveva dato l'ordine. In C. 4.28.7, del 21 luglio del 530, Giustiniano considera valido il mutuo concesso al *filius familias* indipendentemente da *iussus*, *mandatum* o *voluntas paterna*, se successivamente era intervenuta la ratifica, e parimenti considera valido il mutuo ad un *filius familias miles*, presumendo che le somme ottenute fossero finalizzate in *causas castrenses*. Superando i dubbi dei *veteres* in C. 4.37.6 Giustiniano ammette la possibilità di costituire una *societas sub condicione* e nella costituzione successiva, emanata nel 531, ammette che il curatore del *furiosus* possa sciogliere la società alla quale questi partecipa. In C. 4.38.15, del 530, viene ammesso l'arbitraggio del terzo nella determinazione del prezzo stabilendo che, se la persona prescelta non poteva o non voleva svolgere l'incarico, la compravendita non produceva effetti. In C. 4.54.9 Giustiniano, superando la diversa opinione di Pomponio, riconosce valido il patto che subordinava la validità della compravendita alla mancata costruzione nel fondo venduto di un monumento funerario o alla sua sottrazione al diritto umano.

²⁵⁹ In C. 4.5.11, dell'1 ottobre del 530, nel caso dell'adempimento di un indebitato da parte di un soggetto titubante, Giustiniano stabilisce che non si neghi la possibilità di richiedere a chi nel dubbio ha pagato denaro non dovuto e non valga la presunzione di transazione a meno che non sia provata dalla controparte. In C. 4.18.3 del 1° novembre 531 viene esteso il *beneficium divisionis*, introdotto da Adriano, I. 3.20.4, per mandanti e *fideiussores*, anche per chi *pecuniam pro aliis constituit*. In C. 4.29.22 viene preclusa, *antiqua legum varietate cessante*, la possibilità di invocare il S.C. Velleiano alla donna *perfectae aetatis* che abbia rinnovato l'*intercessio* a favore di un estraneo, solo dopo trascorso un biennio dalla precedente *intercessio* o da una *cautio* o da una *datio pignoris* a favore della medesima persona. In C. 4.29.23 pr., *antiquae iurisdictionis retia et difficillimos nodos resolventes et supervacuas distinctiones exulare cupientes*, viene esclusa l'applicazione del S.C. Velleiano se la donna nell'operare una *fideiussio* ha ricevuto una ricompensa, che risulta da atto pubblico o sottoscritto da tre testimoni; se la fideiussione non è stata data per iscritto lo stipulatore deve dimostrare che essa ha ricevuto denaro, altrimenti la donna può invocare il S.C. Quest'ultima disposizione non trova applicazione se è stata coinvolta una donna non del tutto solvibile, che può essere chiamata in giudizio per quanto solvibile e per il residuo il debitore principale (§ 1). L'*interpositio* della donna *pro aliis* richiede in ogni caso l'atto pubblico sottoscritto da tre testimoni, altrimenti la donna non è obbligata (§ 2). Per effetto della C. 4.29.24, *veterum ambiguitatem decedentes*, non poteva invocare il predetto *senatusconsultum* la donna che si era impegnata con il *dominus* di un servo per una certa somma necessaria per la sua liberazione. In C. 4.39.9 Giustiniano generalizza la possibilità di vendere le azioni sia personali che reali. In C. 5.65.35 vengono ribaditi i divieti per i soldati di prendere in conduzione fondi o case altrui per evitare che costoro possano usare le armi contro i coloni, sanzionandone la violazione per l'avvenire con la decadenza dalla milizia e la perdita dei gradi e con l'obbligo di restituire il soldo ricevuto.

cludere processi innovativi già parzialmente avviati in epoca classica²⁶⁰, mentre altre introducono significative innovazioni in tema di giuramento²⁶¹, *testes*²⁶²,

²⁶⁰ In C. 4.11.1, del 16 novembre del 531, Giustiniano abolisce espressamente il principio tramandato dai *veteres* «*ab heredis persona obligatio incipere non potest*», già sostanzialmente in parte eluso in epoca classica, allorché si era ammessa la validità della *stipulatio cum morieris* o *cum moriar* o il mandato *post mortem* purché fosse ravvisabile un inizio di esecuzione in vita delle parti, se, ad esempio, il mandatario accettava di costruire un monumento funebre per il mandante che dava il denaro necessario. In C. 4.18.2, del febbraio 531, viene ampliato l'ambito di applicazione dell'*actio pecuniae constitutae* con la abrogazione del *receptum argentarii* estendendolo dalle c.d. cose fungibili a tutte le cose, nonché il limite temporale al termine trentennale delle azioni personali. In C. 4.27.2, dell'1 novembre del 530, Giustiniano estende il *pignus* e l'ipoteca a favore del *dominus negotii*, per le cose date od obbligate al *procurator*, che godeva già della *condictio* per il denaro prestatogli per *liberam personam*. In C. 4.29.25 viene esclusa l'applicazione del S.C. Velleiano nel caso della promessa di una dote fatta da una donna superiore ai 25 anni. In C. 4.31.14, del 531, viene ampliata l'applicazione della compensazione nelle *actiones in rem* ed *in personam*, ammettendola anche in presenza di crediti non aventi ad oggetto lo stesso tipo di cosa, richiedendo però la liquidità del credito ed ordinando al giudice di procedere alla condanna del convenuto se l'accertamento del credito opposto in compensazione o del suo ammontare potesse determinare indugi. In C. 4.32.28, emanata il 1 ottobre 529, viene ribadito il divieto dell'anatocismo, sancito da *veteres leges*, eliminando alcune degenerazioni come la capitalizzazione degli interessi e ribadendo il divieto di imporre nuovi interessi. In C. 4.35.23 viene integrata la precedente costituzione di Anastasio, che consentiva al cessionario di esigere dal debitore solo una somma non superiore a quella sborsata per l'acquisto del credito, salvo i casi di donazione, vietando cessioni di credito in parte onerose ed in parte a titolo di donazione ed obbligando in tal caso a procedere ad una donazione totale, stabilendo che in caso di donazione simulata poteva solo ricevere quanto pagato per effetto del contratto. In C. 4.51.7 viene esteso il divieto di alienazione per legge, disposizione testamentaria o accordo tra le parti, oltre che al trasferimento della proprietà ed alla manomissione degli schiavi, anche alla costituzione di usufrutto, enfiteusi e pegno, salvo che non siano da essi singolarmente consentiti.

²⁶¹ In C. 4.1.11, dell'1 settembre 529, viene stabilito che la parte che ha deferito il giuramento può revocare la richiesta, prima che sia prestato e prima della sentenza definitiva; questa revoca preclude la possibilità di un nuovo deferimento del giuramento. In C. 4.1.12, emanata nel mese successivo, viene dettata una organica regolamentazione del giuramento deferito, mentre sono confermate le precedenti disposizioni su quello *calumniae* o *relatum* nel § 6. Ogni giuramento deferito dalle parti o imposto dal giudice sia all'inizio o nel corso della lite o nella stessa sentenza deve essere prestato sotto il medesimo giudice senza attendere l'appello (*pr.*). Quando viene deferito il giuramento ed approvato dal giudice o imposto dal medesimo giudice, se la parte lo presta vincerà la lite, se ricusa il giudice procederà alla sentenza (§ 1). In caso di ricasazione, ritenuta legittima dal giudice, questi dirimerà la causa sulla base delle altre prove. La parte che ha rifiutato il giuramento può ricorrere in appello ed ottenere eventualmente la riforma della sentenza a lei sfavorevole (§ 2), mentre invece questa facoltà non è consentita a chi ha deferito il giuramento (§ 3; nei §§ 4 e 5 sono disciplinate le modalità della prestazione del giuramento quando una parte è assente).

²⁶² In C. 4.20.16 viene riportata la sintesi in greco, tratta dai Basilici di una costituzione di Giustiniano emanata nel 527, con la quale si impone l'obbligo di rendere testimonianza avvalorata da giuramento su cose note o di giurare di non essere a conoscenza non solo nelle cause

*fides instrumentorum*²⁶³, mutuo chirografario²⁶⁴, *usurae*²⁶⁵ ed enfiteusi²⁶⁶.

criminali, ma anche in quelle pecuniarie (con l'esclusione di quelle categorie di persone alle quali non poteva essere imposta la testimonianza e degli *illustres* salvo ordine imperiale) oralmente di persona se abitanti a Costantinopoli, alla presenza di procuratori delle parti se abitanti in altro luogo. La successiva costituzione, C. 4.20.17, del maggio del 528, dispone che una parte non può ricusare testimoni da lei prodotti, che hanno testimoniato a suo sfavore in altra lite, a meno che non dimostri che successivamente è sorta inimicizia tra di loro ovvero che sono stati corrotti con denaro. Su C. 4.20.18 v. *supra* (nt. 251). In C. 4.20.19, del marzo del 530, viene consentito che i testimoni chiamati a deporre in cause pecuniarie possano prestare volontariamente fideiussione: se non la prestano devono essere costretti al giuramento. La testimonianza giurata è necessaria quando è decisiva ai fini della lite. In ogni caso i testimoni devono essere interrogati entro 15 giorni dalla citazione e, decorso tale termine, non possono essere richiamati. L'eventuale danno prodotto dalla mancata testimonianza nei termini deve essere risarcita dal giudice negligente. Per C. 4.20.20, emanata nello stesso mese, le testimonianze rese in un compromesso non fanno fede in un giudizio a meno che ciò non è stato espressamente convenuto o i testimoni sono tutti morti; in caso contrario il litigante può chiedere di sentire i superstiti che hanno testimoniato contro di lui.

²⁶³ Su C. 4.21.17 v. *supra* nt. 251, C. 4.21.18, del marzo 529, estende all'esame di documenti le disposizioni relative alle testimonianze raccolte in luoghi diversi da quello dello svolgimento del processo (C. 4.20.16). Per evitare che i debitori di canoni o interessi che hanno ricevuto l'*apocha* in caso di contestazione, neghino di averla ricevuta per contestare il fondamento delle pretese dei creditori, in C. 4.21.19, del settembre del 529, viene stabilito che l'autore dell'*apocha* può chiedere al debitore la restituzione di una copia sottoscritta o una *antapocha*, senza che nessun pregiudizio gli possa venire dalla mancata richiesta della copia firmata. C. 4.21.20 (che è tratta dalla stessa costituzione da cui anche 4.20.19) per evitare le frequenti falsificazioni di chirografi e di altri atti non pubblici viene vietato il confronto tra scritture di chirografi non sottoscritte da tre testimoni, anche se di contenuto non favorevole all'esibitore, ma solo di atti pubblici e forensi; il confronto poi deve essere preceduto da giuramento in qualsiasi sede avvenga (cancelleria imperiale, prefetture, magistrature). C. 4.21.21 regola la richiesta della ripresentazione di un documento già esibito e la cui autenticità è stata contestata dalla controparte obbligando chi richiede la nuova copia a prestare giuramento che egli ritiene falso il documento, e a riprodurlo davanti al giudice criminale onde poter giudicare il crimine di falso. Inoltre viene esonerato dalla ripresentazione del documento se giura che è stato distrutto per forza maggiore, mentre se non la presenta in altri casi, al documento non può attribuirsi alcun valore.

²⁶⁴ C. 4.2.17 v. *supra* nt. 251.

²⁶⁵ In C. 4.32.26, emanata il 13 dicembre 528, viene disposto che la prescrizione di trenta e quarant'anni, rispettivamente per le azioni personali ed ipotecarie, si applica anche alla richiesta di interessi, sicché prescritte le azioni per il capitale non possono più essere richiesti interessi (*pr.*); vengono successivamente introdotti rigidi limiti agli interessi fissati al 6% annuo, con ulteriori limitazioni per gli *illustres*, e salve alcune eccezioni per i gestori di attività finanziarie o per la *pecunia traiecticia* (§§ 1 e 2); è vietato al giudice di imporre maggiori usure sulla base delle consuetudini locali vigenti nelle provincie (§ 3), e viene indotto l'obbligo di imputare in conto capitale gli eventuali interessi pagati oltre i limiti e il divieto di fittizi interventi di persone, alle quali sono consentiti maggiori interessi (§§ 4 e 5). In C. 4.32.27, emanata il 1 aprile 529, si stabilisce l'applicazione dei limiti massimi previsti dalla precedente costituzione anche ai rapporti sorti in precedenza (*pr.*) e si introduce il limite del doppio per tutti i crediti garantiti da pegno, derogando a precedenti leggi (§ 1).

²⁶⁶ Nelle tre costituzioni giustiniane 4.66.2-4, emanate tra il 529 ed il 534 viene organicamente regolata l'enfiteusi, la cui prima sistemazione fu posta da Zenone, C. 4.66.1. Nella prima, 4.66.2, emanata nel 529, ribadito il principio del contratto come elemento costitutivo dell'enfiteu-

La mancata previsione di aspetti anche marginali del nostro istituto nelle costituzioni giustiniane, in presenza della considerazione unitaria in alcune di esse di ipotesi di deposito ordinario e di deposito con trasferimento della proprietà del denaro, contrapposta all'ampia gamma di interventi dello stesso imperatore innovativi o risolutivi autoritativamente di divergenti orientamenti dottrinali o finalizzati ad omogeneizzare precedenti disposizioni ispirate a criteri diversi o a concludere processi innovativi già parzialmente avviati in epoca classica in relazione ad altri contratti, non solo conferma le perplessità sopra avanzate sulla introduzione di questo istituto ad opera dei compilatori giustiniani ovvero su una loro organica regolamentazione innovativa in materia, ma può anche indurre ad escludere che esso trovasse applicazione in questa epoca²⁶⁷.

IX. *Assenza nelle Novelle di disposizioni relative al deposito irregolare e inserimento nell'ambito del mutuo di ipotesi di consegna di denaro, in astratto inquadrabili nel deposito irregolare, specialmente nei rapporti bancari*

Alla stessa conclusione conduce l'esame delle Novelle²⁶⁸, nelle quali non solo non è presente alcuna disposizione relativa al deposito irregolare, ma varie

si, viene stabilito l'obbligo dell'enfiteuta di pagare il canone, pena il decadimento del diritto, salvo patti contrari che prevedessero la deroga al pagamento del canone o un periodo, diverso da tre anni, entro il quale il canone doveva essere pagato. In assenza di patti contrari il *dominus* poteva espellere dal fondo l'enfiteuta inadempiente, senza che questi potesse richiedere il pagamento delle migliorie o invocarle a scampo del canone. Se il *dominus* si rifiutava di ricevere il canone per poter esercitare il diritto di devoluzione, l'enfiteuta poteva procedere all'offerta ed al deposito legale della somma dovuta. Nella seconda, 4.66.3, emanata nel 530, viene regolata l'alienazione dell'enfiteusi o delle migliorie, che salvo diversa pattuizione richiede il consenso del *dominus*, il quale può esercitare il diritto di prelazione o in caso contrario ottenere un compenso pari al 2% del prezzo di alienazione; decorsi due mesi di inattività del *dominus*, l'enfiteuta può legittimamente procedere all'alienazione. Nella terza, 4.66.4, gemmata con C. 1.4.32, e redatta in greco, emanata tra il 531 ed il 534, vengono regolati alcuni profili dell'enfiteusi ecclesiastica: viene stabilito che se il *dominus* non accetta il canone per un triennio l'enfiteuta, previa solenne dichiarazione ed offerta presso i prefetti o i governatori, è liberato dal pagamento finché non riceva esplicita richiesta dal *dominus*, il quale può espellere l'enfiteuta se non paga nei tre anni successivi alla richiesta; a differenza delle enfiteusi su altri fondi non sono ammesse pattuizioni derogatorie a queste disposizioni.

²⁶⁷ V. *amplius infra*.

²⁶⁸ Dell'ampia gamma di testi nei quali ricorrono i termini *deponere* e *depositum*, nelle varie coniugazioni e declinazioni, rilevano ai nostri fini solo quelli relativi alla consegna in custodia, tradotti in greco con i termini *παρκατατίθημι* e *παρκαταθήκη*, che ricorrono, oltre che nella 88, nella novella 73, emanata nel 538, per disciplinare la documentazione contrattuale su atti di valore superiori ad una libbra d'oro (cap. 8.2) conclusi da abitanti delle città (cap. 9), lasciando salva la possibilità che i contraenti non ricorressero alla forma scritta (cap. 1) e conseguentemente

ipotesi di consegna di denaro, che avrebbero dovuto trovar posto in questo contratto, sono invece comprese nell'ambito del mutuo.

Il deposito, sia di denaro che di altre cose, è infatti unitariamente considerato (senza quindi una autonoma previsione del c.d. deposito irregolare) nell'unica disposizione ad esso espressamente dedicata, contenuta nel primo *caput*²⁶⁹ della novella 88, emanata nel 539²⁷⁰, per ribadire in una norma di portata generale varie pronunce imperiali su casi concreti²⁷¹ (relativi oltre

le prove si traessero da testimoni e giuramenti, come nel caso di contratti di valore minore o le cui parti abitassero nelle campagne. In relazione ai documenti viene richiesta la presenza di testimoni, che in caso di necessità possono essere citati in giudizio per il riconoscimento della scrittura. Vengono disposte norme relative ai documenti privati ed a quelli tabellionici. In relazione ai primi si richiede la presenza di almeno tre testimoni, che possono essere chiamati in giudizio per riconoscere le firme dei contraenti o le proprie, se hanno sottoscritto il documento (cap. 1 e 2), attribuendo la prevalenza alle testimonianze sulla *comparatio litterarum* ed una certa discrezionalità al giudice nella valutazione delle prove (cap. 3). Riguardo al documento tabellionico, modificando precedenti disposizioni (C. 4.21.17), viene richiesta la sottoscrizione dei testimoni prima della *completio* (cap. 6, cfr. S. Schiavo, *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei - ciminaliter agere - civiliter agere*, Milano 2007, 81 ss.). In relazione al nostro tema va osservato come il primo *caput* sia dedicato alle modalità di redazione del contratto di deposito senza alcuna distinzione dell'oggetto (al latino *deponere vult* corrisponde *παρακαταθέσθαι βούλεται*; nel seguito al latino *depositum* corrisponde *παπακαταθήκην*, come nella *praefatio*). Peraltro il deposito unitariamente considerato è indicato nel cap. 2 per estendere anche al mutuo ed altri contratti redatti in forma scritta le disposizioni previste per questo contratto, ricorrendo ai termini *παπακαταθήκη* e *δανείσμα* per indicare deposito e mutuo, mentre nel cap. 4 depositante e mutante sono indicati con i termini *παρακατατιθέμενος* e *δανείζων*.

²⁶⁹ *Si enim quis ab aliquo accipiat aurum aut res aliquas depositi causa in quibusdam conditionibus, deinde illi agant, necessitatem habeat restituere aurum aut res et condicionibus semel impletis nulla omnino licentia sit aliquibus extrinsecus interdictionibus uti et retinere depositi restitutionem, cui et alia multa privilegia tam a praecedentibus legislatoribus quam a nobis ipsis data sunt. Licentia enim est prohibenti redditionem eum quidem cui creditum est depositum non molestare, eum vero de rebus quae in quaestione sunt qui aurum aut res accepturus est litem sortiri et iustitiam et legem promereri, sed ne per hanc causam damnis magnis subiciat eum qui interdictionem suscepit, et compellatur aut defensiones expetere aut res habere et non possit voluntarie cum deponente benigne agere. Quodsi tale aliquid egerit (omnino enim oportet non sola delictorum nos contentos esse prohibitione, sed etiam timorem inferre iustum trasgressoribus), sive perditionem contigerit rerum aut pecuniarum fieri et hoc probetur sive alium quemcumque fortuitum casum, ipsum respicere qui contestationem direxerit; insuper etiam ex quo facta est huiusmodi contestatio, usuras pecuniarum tertiam centesimae agnoscere prohibentem accipere propria, non solum si aurum fuerit quod depositum est restitui vero prohibitum, sed si aliae sint res: ut hoc timore stultorum simul ex perversorum maligne versandi in depositionibus homines cessent.*

²⁷⁰ Nov. 88: *De deposito et denuntiationibus inquilinorum et de suspendenda administratione panum*, indirizzata al p.p. Giovanni nel 539.

²⁷¹ Nella *praefatio* leggiamo: *Litem nuper audientibus nobis (hoc quod in imperio publice sedentes multotiens agimus) orta est aliqua quaestio, quam resolvimus statim: huiusmodi vero discentes cntingere multa communi et generali lege definire haec iustum arbitrati sumus.*

che al deposito anche alla locazione degli immobili urbani ed alla *annona civilis*, esaminate nel *caput* seguente)²⁷².

Appare significativo il rilievo che il nostro istituto non è preso in considerazione²⁷³ nelle tre *pragmaticae sanctiones* giustiniane²⁷⁴ emanate per regolare vari aspetti del regime dei contratti stipulati dagli *argentarii* di Costantinopoli

²⁷² Giustiniano ribadisce l'obbligo del depositario di restituire l'oro o le altre cose depositate senza ricorrere a manovre dilatorie e senza che sia consentito ai suoi creditori di indirizzargli una *attestatio* del suo credito verso il depositante (se compie questo atto, è responsabile della eventuale perdita della cosa e paga al depositante gli interessi moratori: (cfr. N. Van der Wal, *Manuale Novellatum Justiniani. Aperçu systématique du contenu des Nouvelles de Justinien*, Groningue 1998 n. 770 [nel seguito = VdW.]), nonché la facoltà di quest'ultimo, in caso di inadempimento, di intentare un'azione, e prevede inoltre a carico del creditore del depositante, che ha impedito la restituzione delle cose depositate notificandogli il debito, il pagamento dell'interesse del 4% non solo nel caso di deposito di denaro, ma anche in quello di altre cose (VdW. 835, 837). Nel secondo *caput* si estendono le disposizioni stabilite per il deposito anche per la locazione degli immobili urbani e per l'annona civile. Così sono tenuti agli interessi moratori del 4% i creditori dei proprietari degli immobili urbani dati in locazione o dei distributori dei pani dell'annona civile (VdW. 835) se intimano ai conduttori degli immobili o ai distributori dei pani la sospensione delle mercedi e della distribuzione del pane (VdW. 837, 789).

²⁷³ Il deposito (παροθήκη) è menzionato solo nel *caput* 3 del settimo editto, nel quale si prevede che, nel regolare le conseguenze della insolvenza degli eredi di un suo debitore, un banchiere può rivolgersi ai debitori del cliente morto o rivendicare i beni dati da costui in deposito o in pegno, ἐν παροθήκη ἢ ὑποθήκη, ed analoghe facoltà erano concesse ai creditori di un banchiere insolvente (VdW. 733).

²⁷⁴ La forma di *pragmaticae sanctiones* di questi provvedimenti è espressamente attestata in Nov. 136 *epil.* (διὰ τοῦδε τοῦ θείου πραγματικοῦ δηλούμενα νόμου), Ed. 7.4 (διὰ τοῦ παρόντος θείου πραγματικοῦ τύπου), Ed. 7.7 (τὰ διὰ τοῦ παρόντος θείου ἡμῶν φιλοτιμηθέντα πραγματικοῦ τύπου), Ed. 7.8.1 (Ταῦτα τοῖνυν διὰ τοῦ παρόντος θείου ἡμῶν πραγματικοῦ τύπου κελούντες), Ed. 7 *epil.* (διὰ τοῦδε τοῦ θείου πραγματικοῦ δηλούμενα τύπου ἢ ἐμφανίζειν τόνδε τὸν θείου πραγματικοῦ τύπου), Ed. 9.8 (ἐξ ἡμετέρων νόμων ἢ ἐκ θείων πραγματικῶν τύπων), Ed. 9 *epil.* (διὰ τοῦδε τοῦ θείου πραγματικοῦ δηλούμενα νόμου). Appare opportuno rilevare come in Ed. 9.8 le *pragmaticae sanctiones* siano nettamente distinte dalle *leges* imperiali nel contesto di una disposizione che richiama, per la regolamentazione dei rapporti affidati alla cognizione del *praefectus urbi*, le disposizioni presenti e passate (πάντων δηλαδή τῶν τε νῦν τῶν τε πρώην πεπορισμένων αὐτοῖς ἢ ἐξ ἡμετέρων νόμων ἢ ἐκ θείων πραγματικῶν τύπων, ἀκεραίων φυλαττομένων, και χώραν ἐχόντων ἐπὶ τε τῶν προγεγενημένων φάκτων ἐπὶ τε τῶν μετὰ ταῦτα γενησομένων) e come nella Nov. 43.1.1 si precisi che la *pragmatica sanctio* può essere chiamata anche legge: κατὰ πάντων τὸν τοιοῦτον θείου ἡμῶν πραγματικῶν τύπον (ὃν δὴ καὶ νόμον καλεῖν ἔξεστιν). Va osservato inoltre come l'espressione πραγματικὸς νόμος ricorre anche in Nov. 38. *praef.* 3; 43.1 pr. (nell'epilogo della stessa novella ricorre invece τύπος); 59.7; 64.1; 103.3.2, *epil.*; 148 *epil.*; Ed. 2 *epil.*; 10 *epil.* Più ricorrente è invece quella πραγματικὸς τύπος, che rinveniamo inoltre in Nov. 7.2.1, 9 pr.; 15.1 pr.; 26.4.1; 43 *epil.*; 59 *praef.*; 69 *praef.*; 82.13; 113.1 pr.; 128.17; Ed. 12.1 e 2; e con l'aggiunta di θεῖος in Nov. 7.10.4; 17.4 pr.; 24.3; 25.4.2; 28.4 pr.; 30.8 pr.; 43.1.3; 54.2 pr., *epil.*; 69.4 pr., 2; 103.1, 3 pr.; 121 *epil.*; 139 *epil.*; 151 *praef.*, 1, *epil.*; 152.1; 155.1, *epil.*; 157 *epil.*; 162 *epil.*; Ed. 2 *praef.* 1; 12.1, *epil.* Della legislazione successiva alla emanazione del Codice abbiamo il testo di ben 20 *pragmaticae sanctiones*, una riferita da Giovanni Lido (*de mag.* 3.29), 14 nella raccolta delle 168 Novelle (35, 43, 59, 64, 103, 121, 136, 139, 151, 154, 155, 157, 160, 162; di 5 di esse abbiamo il testo latino nell'*Authenticum*, 43,

(περί ἀργυροπρατικῶν συναλλαγμάτων²⁷⁵): Nov. 136, indirizzata al *comes sacrarum largitionum* Strategio²⁷⁶ presumibilmente nel 536²⁷⁷, Ed. 7, emanata

59, 64, 103, 162) e 5 Editti (2, 7, 9, 10, 12). Due sono state emanate su suppliche di privati (Nov. 121, 160), quattro su suppliche di gruppi (le nostre tre e la Nov. 160), 5 su *suggestiones* dei funzionari destinatari (Nov. 35, 139, 151, 162, Ed. 2), le altre spontaneamente (un cenno diretto alla spontaneità in Nov. 103; contengono accenni ad una generica conoscenza dell'imperatore di situazioni meritevoli di tutela le Nov. 154 e 157 e gli Ed. 10 e 12). Quanto al contenuto, prescindendo dalle nostre tre, trattano di profili di diritto privato le Nov. 64 (contratto degli *hortolani*), 121 e 160 (*usurae*), 139 e 154 (nozze illecite), 155 (tutela), 157 (famiglie dei coloni), 162 (donazioni tra i coniugi, prole degli *adscripticii*); invece di diritto pubblico le Nov. 35 (cessione dei posti di *adiutores quaestoris* vacanti), 43 (esenzioni fiscali per le fabbriche della Chiesa di S. Sofia, che devono provvedere alla sepoltura dei defunti), 59 (esenzione dalle imposte per gli *ergasteria* che si occupano di sepolture), 103 (proconsolato della Palestina), 151 (divieto di chiamare in giudizio curiali o *officiales* senza il permesso dell'imperatore), 160 (*praesides*), gli Ed. 2 (vari aspetti delle cause fiscali), 10 (*cohortales*), 12 (*Hellespontum*).

²⁷⁵ I termini ἀργυροπράτης e ἀργυροπρατικός per indicare rispettivamente gli *argentarii* ed entità ad esse relative ricorrono solo in queste costituzioni (il secondo anche nella Nov. 4.1 riferito alla ἀντιφώνεις): Nov. 136 rubr., *praef.*, 1; Ed. 7 rubr., *praef.*, 1, 2 pr., 2.1, 3, 5, 7, 8; Ed. 9 rubr., 2.1, 5, 6 pr., 6.1. Nelle stesse costituzioni ricorre anche l'espressione προεστὼς ἀργύρου τροπέζης per indicare il banchiere quale preposto alla *mensa argentaria*: Nov. 136.1, 2.3, 4, 5.1; Ed. 9.1, 2.1, 6 pr., mentre non si rinviene mai invece il termine τροπέζιτης. Sul punto qualche osservazione in Földi, *Dubbi e ipotesi in tema della terminologia relativa ai banchieri romani*, in *Au-delà des frontières: Mélanges du droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, Warsavia 2000, 216 ss.; G. Luchetti, *Spunti per una indagine sulla legislazione giustiniana riguardante gli argentarii costantinopolitani*, ora in *Contributi di diritto giustiniano*, Milano 2004, 151 nt 1.

²⁷⁶ Strategio, membro della importante famiglia di latifondisti egiziani degli Apioni, conseguì il rango di *patricius* nel 530, fu *comes sacrarum largitionum* dal 535 al 538, cfr. R. Mazza, *L'archivio degli Apioni. Terra, lavoro e proprietà senatoria nell'Egitto tardoantico*, Bari 2002, 57 ss.; S. Cosentino, *La legislazione di Giustiniano sui banchieri e la carriera di Triboniano*, in *Polidoro. Studi per Antonio Carrile*, Spoleto 2013, 350 nt. 13. La sua attività nelle fonti bizantine è strettamente collegata con la costruzione della Chiesa di Santa Sofia, per la quale avrebbe provveduto alla raccolta dei relativi fondi. Cfr. J.R. Martindale, *The prosopography of the later Roman empire* 2, Cambridge 1992, 1200 s. Nella Nov. 105 (del 537) lo stesso Strategio è qualificato anche *exconsul* e *patricius*; cfr. Nagl, s.v. *Strategius* (10) in *PWRE*. 6 A. 2, Stuttgart 1937, 183.

²⁷⁷ Discussa è stata la datazione di questa *pragmatica*. Stando alla *subscriptio* risultante dal *Codex Marcianus Graecus* 179 e del *Codex Parisinus Graecus* 1381 dell'*Epitome Athanasii* sarebbe stata emanata il 1 aprile del 535, sotto il consolato di Belisario. C.E. Zachariae von Lingenthal, *Imperatoris Iustiniani novellae quae vocantur sive constitutiones quae extra codicem supersunt ordine cronologico digestae* 1, Lipsiae 1881, 386 nt. 28, ritenendo che è stata emanata *post consulatum Belisarii*, l'ha spostata all'anno successivo, precisamente al 18 marzo 536, nello stesso senso Díaz Bautista, *Estudios sobre la banca* cit. 173 nt. 17; nell'edizione delle *Novellae* di R. Schöll – G. Kroll, Berolini 1904, è datata al 1 aprile dello stesso anno; sulla base di altri manoscritti, *Codex Vercellensis* dell'*Epitome Iuliani*, *Epitome Theodori*, è stata collocata il primo aprile del 541 sotto il consolato di Basilio, o addirittura nel 557. Anche se quella nel 535 è stata accettata da vari autori (cfr., ad esempio, F. La Rosa, *La pressione degli argentarii e la riforma giustiniana del constitutum debiti* [C. 4,18,2,2], in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professore Filippo Gal-*

il 1 marzo del 542 e indirizzata a Giuliano, che non è mai stato *praefectus urbi*, ma era un avvocato probabilmente nominato *iudex pedaneus*²⁷⁸; e Ed. 9

lo, Napoli 1997, 450; Cosentino, *La legislazione di Giustiniano* cit. 350), appare preferibile la datazione nel 536 in quanto questa costituzione è stata emanata per correggere una disposizione della Novella 4 emanata il 16 Marzo del 535, che aveva suscitato le lamentele degli *argentarii* (richiamate nella *praefatio* v. *infra* (nt. 288) che erano stati espressamente esclusi dal *beneficium excussionis* (Nov. 4.3.1), introdotto in via generale nel cap. 1: la datazione nel 535 appare improbabile, in quanto i quindici giorni intercorrenti tra le due costituzioni costituirebbero un lasso di tempo troppo breve anche considerando i tempi tecnici della cancelleria; del tutto improponibili quelle nel 541 e nel 557 in quanto presupporrebbero una pressante richiesta degli *argentarii* di modificare una costituzione emanata ben 5 o 22 anni prima. Cfr., per tutti G. Luchetti, *Banche, banchieri e contratti bancari. Osservazioni a proposito di una recente ricerca di A. Díaz Bautista*, in *BIDR.* 94-95, 1991-92, 451 nt. 5; Id., *Spunti per una indagine* cit. 160 s. Va inoltre rilevata la peculiare previsione di una multa di dieci aurei per chi violava le sue disposizioni nonché le lasciava violare (una multa di tre aurei è prevista nella Nov. 157 per chi tentava di violarne le disposizioni), nonché l'estensione dell'ordine di farle rispettare a tutti gli altri funzionari e l'espressa disposizione della sua perpetuità: *epil.*: Τὰ τοίνυν παρασπάντα ἡμῖν καὶ διὰ τοῦδε τοῦ θείου πραγματικοῦ δηλούμενα νόμου ἢ τε σὴ ἐνδοξότης καὶ πᾶς ἕτερος τῆς ἡμετέρας πολιτείας ἄρχων ἀκέραια φυλάττειν εἰς τὸ διηνεκὲς σπευσάτω, al pari delle Nov. 43 e 59 *epil.*: εἰς τὸν ἐξῆς ἅπαντα χρόνον.

²⁷⁸ F.A. Biener, *Geschichte der Novellen Justinians*, Berlin 1824, 553, ha ipotizzato che aveva ricoperto la carica di *praefectus urbi* e che la menzione della carica è caduta nell'unico manoscritto conservatoci, *Codex Marcianus Graecus* 179. Cfr., nello stesso senso, Luchetti, *Spunti per una indagine* cit. 164 s., che perviene a questa conclusione sulla base dell'affiancamento nel cap. 6 di Pietro *comes sacrarum largitionum* a Giuliano destinatario della *pragmatica*, riconoscendo ad entrambi una specifica giurisdizione sulle controversie relative alle attività degli *argentarii*, che per il *praefectus urbi* sarebbe confermata dal cap. 8 dell'editto 9. Ulteriori argomenti a sostegno di questa ipotesi sono stati avanzati da Cosentino, *La legislazione* cit. 354, sulla base dell'espressione ἡ σὴ λογιότης riferita nel nostro testo a Giuliano, in quanto a suo avviso l'espressione ἡ σὴ λογιότης «sembra essere di esclusiva pertinenza» del *praefectus urbi*, mentre l'aggettivo ἐνδοξότατος è usato per qualificare i più alti dignitari del *comitatus* o i responsabili delle più importanti cariche militari, e la titolatura ufficiale del *praefectus urbi* è ὁ λογιώτατος καὶ ἐνδοξότατος ἑπαρχος τῆς εὐδαίμονος ταύτης πόλεως. Queste argomentazioni non appaiono a mio avviso decisive: l'espressione ἡ σὴ λογιότης ricorre solo nel nostro editto riferita a Giuliano e la pretesa titolatura ufficiale del *praefectus urbi* è usata solo nella Nov. 105, riferita al *p.u.* Longino, mentre invece negli *epiloga* delle Nov. 22, 60, 61, 94 e 122 ricorre invece l'usuale «ὁ ἐνδοξότατος ἑπαρχος τῆς εὐδαίμονος ταύτης πόλεως». Peraltro l'esame combinato di Ed. 7.6 e 9.8 non appare a mio avviso decisivo, in quanto la competenza attribuita al *praefectus urbi* nell'Editto non postula necessariamente ancora vigente la competenza del *comes*, né può essere accettata la tesi di una competenza del *praefectus* all'interno della capitale che derogava alla generale competenza in materia del *comes*, in quanto nell'editto 7 a Pietro era attribuita competenza anche per le liti degli *argentarii* di Costantinopoli, come a Strategio nella Nov. 136.

Ha invece ritenuto che Giuliano era stato un avvocato Zachariae von Lingenthal, *Imperatoris Iustiniani Novellae* 2 cit. 197 nt. 1, il quale ha integrato l'indicazione del destinatario Ἰουλιανῶς presente nei manoscritti in Ἰουλιανῶ σὺνηγόρῳ, rilevando «scilicet ad Iulianum haec const. directa est, cui τῆς λογιότητος appellatio conveniret quippe cum Petro comite S.L. argentarii»

indirizzata a Triboniano, indicato quale *praefectus urbi*²⁷⁹ (la cui identificazione con il famoso *quaestor sacri palatii* appare a mio avviso da escludere²⁸⁰) di

specialis iudex constituitur (cfr. *infra* c. 6. 7)». Questa tesi appare sostanzialmente accettabile e si può ritenere che Giuliano era senz'altro un συνήγορος, che non ha ricoperto prefetture ed al quale ben si adatterebbe la qualità della λογιότης attestata in vari passi della costituzione in relazione a questo personaggio, 7.6, 7, 8.1, *epil.* Significativi in tal senso appaiono la differenziazione tra l'eloquenza di Giuliano e la qualifica di ἐνδοξότατος riferita al *comes sacraum largitionum* Pietro Bartime presente nel cap. 6 (τὴν τε σὴν λογιότητα καὶ Πέτρον τὸν ἐνδοξότατον κόμητα τῶν θεϊῶν ἡμῶν λαργιτιῶνων), e l'uso dell'aggettivo λογιώτατος riferito agli avvocati in Nov. 82.1 (oltre che ai retori in Nov. 60.2.1 e 144.2.1), che nell'epilogo della Nov. 105 è riferito a Longino *praefectus urbi* di Costantinopoli unitamente a ἐνδοξότατος, che appare usuale per il *praefectus urbi* ricorrendo anche in Nov. 13 *praef.*, 1.2, 6 pr.; 22 *epil.*; 58; 59.2, 7; 60.1.1, *epil.*; 61 *epil.*; 77.1; 94 *epil.*; 105 *epil.*; 122 *epil.*; mentre solo in 13.3 pr. ricorre anche λαμπροτος. Sul punto cfr. J.H.A. Lokin, *Ad Novellam 159*, in *Novella Constitutio, Studies in honour of Nicolas Van der Wal*, Groningen 1990, 137 ss. Se si può convenire che Giuliano fosse un avvocato, suscita però perplessità la circostanza che la *pragmatica sanctio* fosse a lui indirizzata in quanto avvocato. Va infatti osservato come i destinatari delle altre 17 *pragmaticae* (diverse da quelle oggetto del nostro esame) erano funzionari imperiali: il *praefectus urbi* Longino (Nov. 43, 64), il *quaestor sacri palatii* Triboniano (Nov. 35), il *magister militum* Belisario (Nov. 155, la cui applicazione è affidata anche all'arcivescovo di Antiochia), il *praefectus praetorio* Giovanni (Nov. 59, 103, 151; Ed. 2), il *comes Orientis* Lazaro (Nov. 157), il *praeses Tarsi* Arsilio (Nov. 121), il *praefectus praetorio* dell'Ilirico Dominico (Nov. 162), il *comes rerum privatarum* Floro (Nov. 139, 154), uno *scriniarius* Giovanni (Ed. 12); era presumibilmente il governatore *consularis* della Caria il destinatario della Nov. 160 (priva di epilogo) Papio, che è indicato con il solo nome, senza alcuna carica; cfr. Martindale, *The prosopography* cit. 966. Potrebbe apparire quindi preferibile ritenere che si tratti di un *iudex pedaneus* come potrebbe evincersi dall'epilogo nel quale si ordina di applicare sempre le norme della *pragmatica* non solo a Giuliano, del quale si richiama la λογιότης, ma anche agli altri giudici, καὶ πᾶς ἕτερος δικαστῆς τῆς ἡμετέρας πολιτείας. Interessante appare inoltre un confronto tra due parti del cap. 1 della Nov. 82 relativa alla nomina di *iudices*: nel *princ.* vengono menzionati tre avvocati, λογιώτατοι συνήγοροι, nonché *iudices pedanei*, καὶ διατηταὶ τῆς σῆς ἀγορᾶς; nel § 1 tra i *iudices maiores* due ἐνδοξότατοι, dei quali nella versione latina sono attestati «*qui in urbana praefectura obtinuit tempus*» e «*qui praefecturae urbanae tenuit praesulatum*».

²⁷⁹ Lo Zachariae von Lingenthal, *Imperatoris Iustiniani* 1 cit. 378 nt. 1, ha ipotizzato un errore nella tradizione dei manoscritti, forse documentabile attraverso una nota a margine nel *codex Bodleianus* 3399, sulla base della quale poter leggere non Τριβουνιανῶ τῷ ἐπαρχῶ πόλεως, ma Τριβουνιανῶ κοιαίστωρι. τὸ ἰσότυπον τῷ ἐπαρχῶ πόλεως, nel senso che la *pragmatica* sarebbe stata indirizzata a Triboniano *quaestor sacri palatii* con copia al *praefectus urbi* e che in una successiva trascrizione la prima qualifica sarebbe caduta generando l'equivoco. Questa congettura, pur seguita da vari autori (cfr. T. Honoré, *Tribonian*, London 1978, 69; Díaz Bautista, *Estudios sobre la banca* cit. 174 nt. 17), appare poco persuasiva, in quanto, come rilevato dal Cosentino, *La legislazione* cit. 355, farebbe inviare la costituzione direttamente al *quaestor* che sovrintendeva alla sua stesura e solo in copia al funzionario al quale era destinata.

²⁸⁰ Il Cosentino, *La legislazione* cit. 355 s., ha invece ipotizzato, pur in assenza di testimonianze testuali, che Triboniano abbia ricoperto la *praefectura urbis* tra il 539 ed il 540, sulla base della illazione che tra il 537 ed il 542 la gestione della prefettura urbana da parte di Longino non sarebbe stata ininterrotta, ma ci sarebbe stata una possibile interruzione, peraltro non attestata

data incerta, in quanto priva nei manoscritti di *subscriptio*, ma con ragionevole probabilità successiva alle altre due costituzioni alla luce dei richiami in essa contenuti a precedenti costituzioni imperiali in materia²⁸¹ e nonché della attri-

nelle fonti, tra il marzo del 539 ed il settembre del 541, all'interno della quale si collocherebbe la prefettura urbana di Triboniano, successivamente alla fine della sua seconda questura nel dicembre del 537, dedotta dalla assenza di *Novellae* a lui inviate successivamente a questa data. Questa ipotesi suscita perplessità in quanto due passi di Procopio, *bell.* 1.25.2, *hist. arc.* 20.17, attestano che Triboniano ricoprì la questura fino alla morte e conseguentemente successivamente al 537 non può essere ipotizzata una *praefectura urbis*; peraltro non appare significativa la sua mancata menzione nelle *Novellae* successive al 537, essendone a lui inviate solo 4, Nov. 17 e 35 del 535, 23 del 536 e 75 = 104 del 537. Peraltro la interruzione della *praefectura urbi* di Longino sarebbe fondata sulla circostanza che appare come destinatario di alcune *Novellae* solo tra il 536 ed il 539 (43 del 17 maggio del 536 [o 537], 105 del 28 dicembre del 537, 64 del 18 gennaio 538, 63 del 9 marzo del 538; la Nov. 79 del 10 marzo del 539 gli è stata inviata in copia), e, secondo la Cronaca di Giovanni Malala, gli viene attribuita la sovrintendenza alla pavimentazione della cisterna della Basilica e all'erezione del colonnato verso il 15° anno di regno di Giustiniano tra il settembre del 541 ed il settembre del 542. Appare peraltro opportuno rilevare come nel lessico della Suda, T 957, oltre al famoso *quaestor sacri palatii*, è menzionato un altro Triboniano, nativo di Side, in Panfilia, discendente di una famiglia di avvocati, che aveva lavorato nella prefettura del pretorio ed aveva scritto varie opere, quali un commento in versi al Canone di Tolomeo, opere di astronomia, di metrica, una metafrasi del catalogo delle navi di Omero, la biografia del filosofo Teodoto, e due opere dedicate a Giustiniano sul consolato e sui doveri del sovrano. Questi due personaggi sono stati identificati da qualche autore, quale B. Kübler, s.v. *Tribonianus* in *PWRE.* 6 A/2, Stuttgart 1937, 2419 ss., mentre altri invece ritengono che si tratti di due personaggi diversi appartenenti a due diverse generazioni; ad esempio E. Stein, *Histoire du bas-empire. De la disparition de l'empire d'Occident à la mort de Justinien (476-565)* 2, Paris-Bruxelles-Amsterdam 1949, 404 s.; Honoré, *Tribonian* cit. 41. Appare a mio avviso preferibile ritenere che si tratti di un terzo personaggio, probabilmente figlio del *quaestor*, alla luce della notizia di Procopio che Triboniano alla sua morte lasciò un figlio, oltre a diversi nipoti, Procop. *hist. arc.* 20.17, che potrebbe aver ricoperto la prefettura della città dopo la morte del padre; in senso diverso M.G. Bianchini, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, in *Studi Biscardi* cit. 2, 416 nt. 81, che, vedendo nel nostro editto la mano del *quaestor*, la colloca necessariamente prima della sua morte.

²⁸¹ Solo nella prima frase della *praefatio* di questa costituzione, nell'indicare la richiesta della incorporazione degli *argentarii* finalizzata ad ottenere disposizioni imperiali, si richiamano quelle numerose a loro concesse in precedenza (il che non si riscontra invece nelle *praefationes* delle altre due): Τὸ κοινὸν τοῦ συστήματος τῶν ἀργυροπρατῶν τῶν ἐπὶ ταύτης τῆς μεγάλης πόλεως ὄντων ἰκέτευσε τὸ ἡμέτερον κράτος, πρὸς τοὺς ἄλλοις ἅπασιν οἷς αὐτοῖς πεφιλοτιμήμεθα, καὶ νῦν καθ' ἕτερον αὐτοῖς βοηθῆσαι πρότον. La costituzione giustiniana C. 4.32.27, che vietava la riscossione di interessi *ultra duplum* (oltre che nella *pragmatica sanctio* Nov. 121 e nella Nov. 138, la cui natura non è attestata), è richiamata nel *caput* 5: καὶ τοῦτο μέντοι ἰάσασθαι ἤθουν, ὥστε διὰ τὸν βίον αὐτοῖς ἐν τῷ δανεῖζειν καὶ δανείζεσθαι καθεστάναι καὶ ἀντιφωνεῖν ὑπὲρ ἑτέρων καὶ τόκους τελεῖν, μὴ ἀντιτίθεσθαι αὐτοῖς τὴν ἡμέτεραν διάταξιν ἐν τοῖς δανείσμασιν, ἦν ἐγράψαμεν μηδενὶ συγχωροῦντες ὑπὲρ τὸ διπλάσιον κομίζεσθαίτι, εἴπερ τοσαύτην καταβάλοι ποσότητα, ὅσην τό τε ἀρχαῖον οἷ τε τόκοι πληροῦσιν. La disposizione della Nov. 136.4 che consentiva agli *argentarii* di esigere interessi nella misura

buzione della *iurisdictio* su questi contratti al *praefectus urbi* (che va posta in relazione con quella prevista per il *comes sacrarum largitionum* dalla Novella 136 e dall'Editto 7)²⁸².

Il ricorso all'emanazione di queste *pragmaticae sanctiones* non è il frutto di un organico e meditato disegno legislativo, ma al contrario di rimedi contingenti, operati in maniera estemporanea e quasi alluvionale²⁸³, pren-

dell'8% e quella della C. 4.32.26.2 che precludevano agli *illustres* interessi superiori al 4%, sono richiamate nel *princ.* del *caput* 6: 'Ἐπειδὴ δὲ συνεχωρήσαμεν χωρὶς ἐνόπλου στρατείας τοῖς ἀργύρου τραπέζης προσεστώσιν ἐπὶ ταύτης τῆς εὐδαίμονος πόλεως τὰς ἄλλας πάσας μετιέναι στρατείας, εἴτα ἐκεῖνοι δανείσματα πράξαντες ἢ καὶ πράττοντες τόκον ἐπηρώτησαν τὸν ἐκ διμοῖρου μέρους ὁποῖον τοῖς ἀργυροπράταις ἐφήκαμεν ... La disposizione di C. 4.21.22 che aveva introdotto l'obbligo del possessore di un documento redatto in duplice copia di esibirlo a richiesta di chi ne aveva interesse viene richiamata nel *caput* 7: μεμνήμεθα γὰρ τῆς ἡμετέρας διατάξεως, ἥπερ τὰς ἠναγκασμένας τῶν δικαιομάτων προκομιδὰς ἀβλαβεῖς βούλεται γίνεσθαι τοῖς προκομιζουσιν.

²⁸² Quanto alla attribuzione al *praefectus urbi* della giurisdizione sulle liti degli *argentarii* ad opera dell'Editto 9 va osservato come essa non costituisca una novità, essendo già stata introdotta da Adriano per alcune liti e poi successivamente estesa da altri imperatori (nell'ambito della generale giurisdizione sui corporati C. 11.17(16).2 [a. 395-7], CTh. 9.1.13 [a. 404], C. 1.28.4 [a. 391], CTh. 1.6.11 [a. 423], finché la Novella 136 non l'ha attribuita in maniera esclusiva al *comes sacrarum largitionum*; questa giurisdizione è stata confermata dall'Editto 7, in relazione al quale non appare fondata la tesi di una giurisdizione concorrente con il *praefectus urbi* in quanto fondata sulla tesi indimostrata che il Giuliano destinatario dell'editto fosse *praefectus urbi*, e conseguentemente si rivela privo di valore l'argomento che vede nell'attribuzione a Pietro Barsime ed a Giuliano in questa costituzione la prova che la giurisdizione al pretore doveva essere già stata attribuita da una disposizione che va identificata nell'Editto 9.

La emanazione dell'Editto 9 anteriormente a quella dell'Editto 7 non può peraltro essere fondata sull'ipotesi indimostrata che il Triboniano destinatario dell'Editto 9 fosse il *quaestor* e che la menzione del *praefectus* sia il frutto di un rifiuto dei manoscritti, nei quali sarebbe caduta l'indicazione che la costituzione doveva essere inviata, oltre che al *praefectus urbi*, al *quaestor* Triboniano, sicché dovremmo collocarla prima della morte di quest'ultimo durante la peste, della quale, a differenza dell'Editto 7, non c'è alcun cenno. Né si può invocare a sostegno di questa tesi la pretesa paternità del *quaestor* di questa costituzione basata su labili indizi stilistici.

²⁸³ Qualche rilievo può essere opportuno sul ricorso a tale tipo di disposizioni imperiali, menzionato per la prima volta in una costituzione di Onorio emanata tra il 408 e il 412, C. 4.61.12, ed il cui prototipo può essere considerato il *rescriptum pragmaticum* emanato dal medesimo imperatore il 14 ottobre 410: per effetto di una costituzione di Zenone del 477, C. 1.23.7.2, esse potevano essere emanate su richiesta di corporazioni, collegi, funzionari, comunità e provincie (ma non privati) in relazione a problemi di pubblica utilità, e di una successiva costituzione di Anastasio del 491 erano inefficaci se contrarie al *ius commune* ed alle costituzioni di portata generale, C. 1.22.6. Caratteristica peculiare di questo tipo di costituzione era l'assenza di disposizioni relative alla sua pubblicazione e la presenza nell'epilogo dell'invito rivolto al destinatario a darne attuazione o ad osservarla, da cui conseguiva quindi una conoscenza scarsamente diffusa ed una efficacia circoscritta e tendenzialmente provvisoria. Cfr., per tutti G. Wesener, *s.v. Pragmatica sanctio*, in *PWRE*. 14 suppl., Stuttgart 1974, 460 ss.; Bianchini, *La disciplina degli interessi* cit. 415 ss.; Ead. *Sul regime delle unioni tra libere e adscripticii nella legislazione giustiniana*, in

dendo spunto da diverse richieste della corporazione degli *argentarii*, che in questa fase dell'impero di Giustiniano²⁸⁴ era in condizione di esercitare una più o meno incisiva influenza sugli organi centrali della corte di Costantinopoli per le loro pressanti esigenze di cassa²⁸⁵ ed ottenere varie concessioni

Studi in onore Cesare Sanfilippo 5, Milano 1984, 107; G. Lanata, *Legislazione e natura nelle novelle giustinianee*, Napoli 1984, 107 ss.; M. Bianchi Fossati Vanzetti, *Le novelle di Valentiniano III, I Fonti*, Padova 1988, 115 ss.

Il ricorso a questo tipo di costituzione può essere peraltro ricollegato all'esigenza di dare una prima soluzione, in tempi brevi, a problemi di carattere contingente, senza ricorrere alle complesse procedure dell'emanazione di una *lex generalis*, che era articolata in un preliminare esame della cancelleria imperiale e in una prima discussione davanti al Senato, nella stesura del testo da parte della cancelleria imperiale, in un successivo riesame da parte del Senato e della cancelleria ed infine nella solenne lettura davanti al *consistorium*, al termine della quale la costituzione era approvata e sottoscritta dall'imperatore, C. 1.14.8 pr. [a. 446], e senza stravolgere definitivamente le linee essenziali della regolamentazione dei vari istituti. Va peraltro osservato come alcune novelle siano state successivamente emanate per confermare disposizioni contenute in *pragmaticae sanctiones* quali le Nov. 36, che conferma la *pragmatica sanctio* che aveva concesso agli Africani di rivendicare entro 5 anni i possessi perduti durante l'occupazione dei Vandali ponendovi alcune limitazioni; Nov. 38, che conferma varie *pragmaticae sanctiones* che avevano concesso esenzioni dalla curia; Nov. 69.4, che conferma *pragmaticae* che trasferivano processi nell'interesse pubblico; Nov. 82.13, che vieta l'applicazione di una *pragmatica sanctio*, che derogava ad una legge generale, intervenuta durante il processo; Nov. 113.3, che vieta al giudice di prendere in considerazione *pragmaticae* anche non contrarie alla legge intervenute nel corso del processo. Inoltre le Nov. 17, 24, 25, 30 prescrivono la richiesta all'imperatore di ripetere la *pragmatica sanctio* con cui è stato autorizzato un prelievo fiscale eccezionale o effettuato da un soggetto estraneo all'amministrazione del fisco; la Nov. 152 stabilisce che le *pragmaticae* inviate in futuro a funzionari minori devono a pena di nullità essere insinuate negli archivi del *praefectus praetorio* ed essere munite del suo ordine di trasmissione, le Nov. 7.2.1 e 26 richiedono l'emanazione di una *pragmatica* rispettivamente per la permuta vantaggiosa di beni imperiali e beni delle chiese e il consenso a persona diversa dal pretore della Tracia per disporre opere pubbliche. Cfr. per tutti Bianchi Fossati Vanzetti, *Le novelle di Valentiniano III* cit. 159 ss.

²⁸⁴ Tale legislazione di favore delle attività bancarie appare peculiare di questa fase, mentre in precedenza diverso appare l'orientamento, mirante a rendere più severa la responsabilità degli *argentarii*, anche negli anni precedenti del regno di Giustiniano, come risulta da varie costituzioni quali C. 8.13(14).27, 4.18.2.2 e Nov. 4.1 e 4.3.1. Cfr. Földi, *Dubbi e ipotesi* cit. 215 e nt. 44; Luchetti, *Spunti per una indagine* cit. 155 nt. 6.

²⁸⁵ Giustiniano, che nei primi anni di regno poté attingere ai resti della riserva accumulata da Anastasio per sostenere le spese provocate dalle guerre persiane, dal pagamento dell'indennità di 11000 libbre d'oro versate a Chosroes nel 532 col trattato di pace e dalla ricostruzione delle città danneggiate da terremoti tra il 526 ed il 529, dovette successivamente far fronte a gravosi impegni per fortificazioni di molte città sul fronte orientale, per restaurazione di terme, acquedotti ed altri monumenti pubblici e a Costantinopoli degli edifici distrutti dalla rivolta della Nika e per la costruzione della Chiesa di Santa Sofia completata nel 537. Ma furono soprattutto le imprese militari oltre mare a richiedere imponenti mezzi finanziari, come la spedizione in Africa, iniziata nel 533 e conclusasi l'anno successivo con la conquista dell'intero territorio, elevato a prefettura, e soprattutto con la confisca del tesoro dei Vandali, accumulato con il sacco

normative a suo favore²⁸⁶. Nelle *praefationes* di queste costituzioni sono indicate alcune richieste qualificanti degli *argentarii* e precisamente per la prima soprattutto²⁸⁷ l'eliminazione delle disposizioni della Novella 4, relative al regime del *beneficium excussionis* nei loro rapporti²⁸⁸; per la seconda misure per ovviare

di Roma e varie imprese piratesche, e soprattutto la riconquista dell'Italia, conclusa in un primo momento nel 540, mentre invece nei venti anni successivi gli eserciti di Giustiniano furono impegnati non solo in Italia, ma anche in Oriente contro i Persiani, che in quest'anno violarono il trattato di pace. Fino alla sua rimozione dalla prefettura del pretorio, Giovanni di Cappadocia riuscì a far quadrare i conti, anche se talvolta, nel 536 e nel 538, i soldati impegnati in Africa ricevettero le paghe con notevole ritardo, imponendo solo poche nuove tasse, che fruttarono circa 3000 libbre di oro annue, ma facendo riscuotere quelle vigenti, anche ricorrendo a metodi brutali e tenendo sotto controllo le spese dei fondi pubblici e reprimendo le appropriazioni indebite, inviando *dissuasores* nelle provincie e nelle città per controllare i conti. Riorganizzò l'assetto periferico dell'impero con l'abolizione di alcune diocesi e l'accorpamento di provincie, con notevole riduzione delle cariche e del personale, e conseguentemente delle spese; provvide inoltre ad altri notevoli risparmi riducendo drasticamente il *cursus publicus*, i componenti delle *scholae* e i *protectores domestici*, costrinse i *limitanei* della frontiera orientale a rinunciare alle paghe, e vietò la vendita dei governorati provinciali. La caduta di Giovanni di Cappadocia portò alla prefettura del pretorio Teodoro, personaggio incolore molto gradito a Giustiniano e Teodora, che nei due anni, dal 541 al 543, di carica eliminò gran parte delle riforme del predecessore, restaurando il vicariato della Tracia, tenendo separate le funzioni di direzione civile e militare nelle diocesi dell'Asia e del Ponto, attribuendo al *comes Orientis* una parte considerevole dei suoi poteri di vicario anche se gli fu sottratto il controllo delle provincie dell'Ostroene e della Mesopotamia. Dopo l'ascesa di Pietro Barsime a prefetto del pretorio, la situazione finanziaria ed economica dell'impero fu aggravata, oltre che per le conseguenze della peste, a causa di vari terremoti ed inondazioni e scarsi raccolti del grano. Cfr., per tutti Stein, *Histoire du bas empire* 2 cit. 433 ss., 747 ss.; A.H.M. Jones, *Il tardo impero romano (284-602)* trad. it. Milano 1971, 364 ss.; Díaz Bautista, *Estudios sobre la banca* cit. 9.

²⁸⁶ Oltre che per la necessità degli organi centrali di ottenere mezzi per il finanziamento delle varie imprese civili e militari, non può essere trascurata l'esigenza di compensare gli *argentarii* dai rischi economici cui si facevano carico nelle operazioni di prestito ai privati. In vari passi delle nostre *pragmaticae* è evidenziata la rilevante funzione sociale delle loro attività creditizie e di garanzia svolte nel comune interesse della collettività e dei singoli: Nov. 136 *praef.*, 1, 2, 4; Ed. 7.4, 7, 8.1; Ed. 9.2 pr., 8. Cfr. Díaz Bautista, *Estudios sobre la banca* cit. 9 e nt. 22; Luchetti, *Spunti per una indagine* cit. 156 nt. 9. In diversa ottica si è mosso Jones, *Il tardo impero romano* 1 cit. 437, 3 cit. 1305, a cui avviso gli interventi giustinianei potevano essere finalizzati a garantire la sopravvivenza delle attività bancarie in momenti di gravi crisi.

²⁸⁷ La richiesta specifica²⁸⁸ è enunciata dopo la seguente premessa: Οἱ ἐκ τοῦ συστήματος τῶν ἀργυρηματῶν τῆς ἐδδαίμονος ταύτης πόλεως ἰκέται γεγονότες τοῦ ἡμετέρου κράτους περὶ πολλῶν ἡμᾶς ἤτησαν κεφαλαίων βοήθειας αἰτούντες τυχεῖν, οἷα καὶ αὐτοὶ πολλοὶς ἑαυτοὺς παρεχόμενοι χρησίμους ἐξ ὧν ἀντιφωνήσεις καὶ δανείσματα ὑπέρχονται παντὸς κινδύνου μεστά.

²⁸⁸ Avendo la Nov. 4 espressamente escluso l'applicabilità del *beneficium excussionis*, da essa introdotto, per le garanzie mediante ἀντιφωνήσεις da questi prestate, mentre restava vigente nei loro confronti se creditori, gli *argentarii* avevano avanzato due richieste alternative: estendere le disposizioni del cap. 1 di questa novella a tutti i contratti da essi stipulati, sia come garanti, che

ai danni da essi subiti per le molte morti imprevedute causate dalla peste²⁸⁹, che avrebbero reso inesigibili mutui contratti *sine scriptis*²⁹⁰; per la terza alcune misure, non previste nelle precedenti costituzioni²⁹¹, finalizzate ad evitare manovre dilatorie o pretesti per evitare l'adempimento da parte del debitore, per il quale l'*argentarius* si era impegnato prestando garanzia mediante ἀντιφώνησεις²⁹²; le

come creditori, ovvero escluderle del tutto: θείας γὰρ ἡμῶν οὔσης διατάξεως τῆς βουλομένης κατὰ τάξιν γίνεσθαι τὰς ἀπαιτήσεις, καὶ πρῶτον μὲν τοὺς ὑπευθύνους εὐθύνεσθαι καὶ τὰ αὐτῶν πραγματά, ὕστερον δε ἐγγυμτὰς καὶ μανδάτωρας καὶ ἀντιφωνητὰς ἐξηρησθαι δὲ ταύτης τῆς νομοθεσίας τὸ κατ'αὐτοὺς σύστημα καὶ πάσχειν τὰ πάντων δεινότατα, εἰ μέλλοειν αὐτοὶ μὲν μὴ δύνασθαι χρῆσθαι τῇ τῆς διατάξεως βοήθειᾳ, ἀλλ'εὐθὺς ἀπαιτεῖσθαι, εἰ δὲ ἀντιφωνήσεις παρ'ἐτέρων λάβοιεν, μὴ ποιεῖν αὐτοῖς τὸ ἱκανὸν τοὺς ἀντιφωνήσαντες ἢ τοὺς τοῦτων μανδάτωρας ἢ ἐγγυητὰς, καὶ προσήκειν καὶ αὐτοῖς ἢ μετεῖναι τῶν κοινῶν νόμων ἢ μηδὲ αὐτοῖς ἀντικεῖσθαι τὴν ἡμετέραν διάταξιν.

²⁸⁹ Questa costituzione fu emanata il 1 marzo del 542 in un momento critico per Costantinopoli a causa dell'imperversare di una grave epidemia di peste, che, manifestatasi in Egitto nell'autunno del 541, si era diffusa in tutto l'impero colpendo gli abitanti di Costantinopoli nel 542 per oltre quattro mesi, provocando la morte di circa trecentomila persone, circa 2/5 della popolazione (cfr. Stein, *Histoire du bas-empire* 2 cit. 759), allora oscillante tra i 600.000 ed i 750.000 abitanti (cfr. Jones, *Il tardo impero romano* 3 cit. 1505), ed aveva sconvolto e disorganizzato la vita pubblica e privata, riempiendo di cadaveri insepolti strade e case, finché non si riuscì a mettere in piedi un sia pur approssimativo servizio funerario, determinando un aumento del doppio e persino del triplo dei prezzi di beni e servizi (Stein, loc. cit.).

Nella *praefatio* l'imperatore ricorre a frasi apocalittiche per descrivere circostanze catastrofiche (frutto anche di un divino castigo, alle quali avrebbero ovviato la sua provvidenza e benignità), considerate troppo note per essere descritte, per il pericolo di morte propagato in molti luoghi, che avevano indotto i banchieri a chiedere l'intervento imperiale per ovviare ai danni da essi subiti per le molte morti imprevedute che avrebbero reso inesigibili mutui contratti *sine scriptis*. Cfr. Díaz Bautista, *Estudios sobre la banca* cit. 28 ss.; Luchetti, *Spunti per una indagine* cit. 164 ss.; Petrucci, *Profili giuridici* cit. 211. In relazione alla individuazione dei mutui *sine scriptis* va osservato come in essi vadano compresi quelli caratterizzati non solo dall'assenza di ogni documentazione scritta, ma anche da una annotazione sul *codex* predisposta unilateralmente dall'*argentarius*, che non era priva di una piena efficacia probatoria, se il banchiere la esibiva accompagnata da un giuramento circa la sua veridicità; cfr. Petrucci, *Profili giuridici* cit. 220.

²⁹⁰ Πολλῶν τοίνυν οἷα ἐξ ἀπροόπτου γενομένων, ἅπερ δυσκόλως ἂν ἄλλος ἐπίγογε χρόνος, οἱ ἐν τῷ τῶν ἀργυροπρατῶν σοματείῳ καταλεγόμενοι προσῆλθον ἡμῖν, φάσκοντες τινὰς κληρονόμους καὶ διαδόχους τινῶν ἀγράφων παρὰ τῶν ἀργυροπρατῶν χρουσίον ἢ καὶ ἄργυρον ἢ καὶ ἕτερα εἶδη κομισαμένων εἰς ἀγνωμοσύμην ὄραν, οἷα μῆτε τῶν λαβόντων περιόντων μῆτε αὐτῶν τῶν κληρονόμων ἢ διαδόχων δυναμένων ἐξ ἐγγράφων ἐλέγχεσθαι.

²⁹¹ V. la prima frase della *praefatio*²⁸¹.

²⁹² Anche se la richiesta al banchiere di prestare garanzia mediante ἀντιφώνησεις doveva essere redatta in forma scritta, nella pratica questa non veniva richiesta al debitore e parimenti il banchiere non richiedeva una ricevuta scritta dell'avvenuto pagamento all'atto in cui operava la prestazione al creditore, il quale riteneva di regola sostanzialmente liberato il debitore a cui favore era intervenuta questa garanzia; peraltro per la natura astratta delle ἀντιφώνησεις il banchiere al

richieste avanzate dagli *argentarii* erano però molto più articolate, come si evince da vari incisi inseriti nei *capita* successivi²⁹³ e non sempre furono integralmente accolte: lo furono parzialmente nel 536²⁹⁴ con la Nov. 136²⁹⁵, che attribui

momento dell'adempimento non poteva richiedere al creditore il fondamento dell'obbligazione e correa il rischio che al momento di rivalersi sul debitore subisse l'opposizione con la richiesta di documentazione che egli non era in grado di esibire; il problema si aggravava quando i banchieri cedevano le loro azioni e i debitori si rifiutavano di adempiere ai cessionari con il pretesto di mancanza di prove dell'esistenza del debito. Gli *argentarii* hanno quindi chiesto all'imperatore di stabilire che i debitori che hanno ottenuto una garanzia con ἀντιφώνησεις da uno di essi, senza alcuna aggiunta, erano obbligati ad effettuare il rimborso a questi o ai suoi cessionari indipendentemente dalla forma utilizzata (scritta o meno). Cfr. Díaz Bautista, *Estudios sobre la banca* cit. 175 ss.

²⁹³ Gli *argentarii* hanno richiesto nel cap. 2 della Novella 136 la eliminazione della presunzione, sancita da C. 8.13(14).27, che il denaro utilizzato per l'acquisto di una carica da parte di uno di essi per sé o per i propri figli appartenesse ai creditori ovvero il riconoscimento della presunzione anche a loro favore, con la concessione della facoltà di poter vendere la carica e soddisfarsi per il credito, cfr. Díaz Bautista, *Estudios sobre la banca* cit. 95 ss.; nel cap. 3, in applicazione di concezioni giuridiche orientali, un diritto di prelazione sui beni acquistati dai mutuatari con il denaro ricevuto in mutuo, Petrucci, *Profili giuridici* cit. 210, ovvero il riconoscimento di una ipoteca legale tacita, Díaz Bautista, *Estudios sobre la banca* cit. 61; Luchetti, *Spunti per una indagine* cit. 170 nt. 39; nel cap. 4 la possibilità di esigere interessi fissati nella misura dell'8%, anche quando erano stati convenuti oralmente e senza *stipulatio*; nel cap. 5 limitazioni all'utilizzazione della *exceptio non numeratae pecuniae*, concessione di una ipoteca sui beni del debitore, divieto per i debitori di contestare l'autenticità degli atti di qualsiasi natura da essi redatti o solo sottoscritti. Nel cap. 2 dell'Editto 7 l'attribuzione del valore probatorio, al pari degli atti pubblici, ai chirografi provenienti dai clienti quali confessioni, ricevute, documenti contabili, cfr. Petrucci, *Profili giuridici* cit. 221 s.; nel cap. 4 una più radicale modifica delle disposizioni della Nov. 4 sull'ordine di escussione dei debitori, senza alcun accenno alle già limitate modifiche introdotte dalla Nov. 136, attribuendo ad essi ed ai loro creditori la facoltà di agire contro i terzi detentori dei beni ipotecati senza la necessità di provare che il creditore principale ha ottenuto la *cessio bonorum*; nel cap. 5 l'attribuzione a loro vantaggio delle attestazioni da loro addotte a favore di altri. Nel cap. 3 dell'Editto 9 l'obbligo di pagare la somma promessa, senza poter invocare il *beneficium divisionis* per gli eredi dei loro debitori, che dopo un pagamento parziale della somma dovuta avevano ottenuto la liberatoria degli altri promettendo di pagare il resto; nel cap. 5 la non invocabilità da parte di loro creditori del limite *ultra duplum* degli interessi fissato da una precedente costituzione giustiniana, C. 4.32.27, per i mutui contratti anteriormente ad essa; nel cap. 7 rimedi per eludere gli artifici dei debitori che simulavano un'insolvenza per defraudarli invitando i loro debitori ad adempiere alle loro mogli a titolo di dote o beni parafernali o altri debiti nei loro confronti, sicché alla loro morte le mogli potevano opporre alle richieste degli *argentarii* l'esistenza di debiti non ancora estinti; nel cap. 8 l'attribuzione della giurisdizione sulle liti anche pendenti al *praefectus urbi*.

²⁹⁴ All'atto della emanazione di questa novella Giovanni di Cappadocia era *praefectus praetorio Orientis* e Strategio *comes sacrarum largitionum*.

²⁹⁵ Costituiscono accettazione delle richieste degli *argentarii* la facoltà a questi riconosciuta nel cap. 3 di rivendicare i preziosi venduti *sine scriptis* in caso di mancato pagamento del prezzo, anche in assenza della costituzione di ipoteca (VdW. 730; Petrucci, *Profili giuridici* cit. 213; Luchetti, *Spunti per una indagine* cit. 171 s.); nel cap. 4 la possibilità loro riconosciuta di esigere interessi, anche quando erano stati convenuti oralmente mediante semplice patto, senza *stipulatio*

peraltro al *comes* la giurisdizione sulle liti aventi ad oggetto rapporti bancari²⁹⁶, quasi totalmente con l'Editto ⁷²⁹⁷ nel 542, dopo la rimozione di Giovanni di

e nel cap. 5.1 viene confermata validità al *pactum usurarum* e viene introdotta la presunzione del tasso dell'8% nei mutui, anche futuri, conclusi per iscritto *sub usuris* senza indicazione del tasso, e per i contratti anteriori alla costituzione anche in assenza di tale pattuizione (VdW. 741, 754, 755; Petrucci, *Profili giuridici* cit. 99 s., 211 ss.; Luchetti, *Spunti per una indagine* cit. 173 ss.); nel cap. 5 viene prevista la non opponibilità della *exceptio non numeratae pecuniae* da parte del debitore, che ha scritto di propria mano l'atto del mutuo o lo ha sottoscritto se redatto da altri (VdW. 765) e viene stabilito che i terzi contraenti ed i loro eredi sono vincolati nei confronti dei banchieri se le obbligazioni sono provate non solo da documenti pubblici scritti a mano dagli stessi, ma anche da documenti redatti da altri e da essi sottoscritti (Luchetti, *Spunti per una indagine* cit. 223). Nel cap. 6 si nega ai terzi contraenti con gli *argentarii* la possibilità di contestare, a meno di non deferire loro giuramento, il valore dei documenti contabili da questi provenienti che registravano le singole cause per le quali il denaro era stato loro dato se sottoscritti complessivamente (Luchetti, *Spunti per una indagine* cit. 224). Appaiono soluzioni di compromesso con parziale accoglimento delle richieste degli *argentarii*: l'esclusione nel cap. 1 del *beneficium excussionis* a loro favore solo se era stato espressamente pattuito per iscritto, mentre invece la loro richiesta all'imperatore era stata l'esenzione totale (VdW 865, Petrucci, *Profili giuridici* cit. 228); nel cap. 2 l'eliminazione della presunzione, sancita da C. 8.13(14).27, che il denaro utilizzato per l'acquisto di una carica da parte di uno di essi per sé o per suoi figli appartenesse ai creditori solo se riusciva a dimostrare di aver utilizzato *bona materna* o di averla ricevuta a titolo gratuito dall'imperatore, mentre invece era stata richiesta la eliminazione in ogni caso della presunzione ovvero il riconoscimento della presunzione anche a loro favore, con la concessione della facoltà di poter vendere la carica e soddisfarsi per il credito (Díaz Bautista, *Estudios sobre la banca* cit. 95 ss.); nel cap. 3 l'attribuzione ad essi dei beni mobili ed immobili acquistati con danaro dato in mutuo *cum scriptis* ad un cliente qualora questi non fosse in grado di restituire quanto dovuto, se nel contratto era espressamente menzionata la costituzione di ipoteca, in tal caso l'indicazione del nome del debitore nel contratto di acquisto era considerata una mera *nuda appellatio* e all'*argentarius* era concessa l'azione di rivendica o alternativamente l'azione ipotecaria, mentre essi avevano chiesto il riconoscimento di una ipoteca legale tacita (VdW. 730; Petrucci, *Profili giuridici* cit. 209 ss.; Luchetti, *Spunti per una indagine* cit. 169 ss.); una ulteriore parziale accettazione di questa richiesta può essere riscontrata nella disposizione del cap. 5 pr. nella parte in cui riconosce tale ipoteca tacita in presenza di indizi della volontà delle parti di costituirla, quando ad esempio nei documenti scritti emergeva qualcosa che poteva indurre a ritenere che le parti vi avevano pensato, o era fatta menzione del patrimonio del debitore, ovvero i suoi beni erano stati dati in pegno o era stata inserita una clausola alludente al rischio dei beni presenti nel patrimonio (Petrucci, *Profili giuridici* cit. 225).

²⁹⁶ V. *supra*.

²⁹⁷ Costituiscono adesione a richieste degli *argentarii* nel cap. 1 la condanna al doppio a carico del debitore che ha negato un suo debito nei loro confronti, se esso viene provato da un collaboratore di quest'ultimi, ovvero dai loro *ratiocinia* avvalorati da un giuramento (VdW. 1117 nt. 55, Petrucci, *Profili giuridici* cit. 221); la concessione nel cap. 2.1 di un'ipoteca generale tacita sui beni del debitore al quale era stato concesso denaro in mutuo, presentata come già tuttora vigente, anche se non risulta attestata in fonti precedenti (VdW. 732 e nt. 49), e la perseguibilità degli eredi del loro debitore, anche se non menzionati nel relativo atto (VdW. 747); la concessione nel cap. 3 ad essi del potere di surrogazione al loro debitore defunto in stato di insolvenza e senza eredi nei

Cappadocia e la presenza del banchiere Pietro Barsime²⁹⁸ quale *comes sacrarum largitionum* in un momento peraltro in cui gli *argentarii* avevano maggiore capacità di pressione per le gravi conseguenze della peste sulle entrate dello stato²⁹⁹, mentre successivamente con l'Editto 9, indirizzato al *praefectus urbi* (al quale venne riattribuita la competenza giurisdizionale in materia), furono stabilite regole più dettagliate ad essi favorevoli³⁰⁰, talvolta su specifiche loro

diritti di credito che aveva verso terzi e nell'esercizio delle azioni per conseguire quelle cose che lo stesso debitore aveva depositato presso terzi o quelle cose che pur appartenendo a terzi, erano gravate da ipoteca a favore del debitore; analoga facoltà era loro concessa nell'esercizio delle azioni ipotecarie sul patrimonio di terzi ancora in vita, prescindendo anche dalla menzione dell'ipoteca nel relativo contratto; la facoltà loro attribuita nonché ai loro creditori nel cap. 4 di agire contro i terzi detentori dei beni ipotecati senza la necessità di provare che il creditore principale ha ottenuto la *cessio bonorum* (VdW. 737); l'esenzione a loro favore di prestare una garanzia della *ὁμολογία δεκατημοιρίας* prevista nel cap. 5 (VdW. 1066); la concessione nel cap. 7 di un' *actio in rem, rei vindicatio* o *actio Serviana*, per riottenere i beni ceduti fraudolentemente dal debitore alla moglie o a prestanomi per eludere gli effetti dell'ipoteca (VdW. 688). Una parziale adesione si riscontra nel cap. 2 con la facoltà loro riconosciuta nonché alla controparte, per provare l'autenticità di un atto autografo di un loro cliente, di servirsi di un atto ufficiale o di scritture private sottoscritte da tre testimoni, conformi al disposto della costituzione C. 4.21.20.1, ovvero se il loro cliente non ha giurato che è falso e non vi ha opposto la *exceptio non numeratae pecunia* (VdW. 1121, Petrucci, *Profili giuridici* cit. 222), mentre la loro richiesta era la piena attribuzione del valore probatorio a questi documenti privati, al pari degli atti pubblici.

²⁹⁸ L'*argentarius* Pietro Barsime, originario della Siria, Proc., *Anecd.* 22.3, grazie al suo patrimonio ed alle sue competenze si conquistò l'appoggio dell'imperatrice Teodora, che lo fece inserire nello staff della prefettura del pretorio e successivamente nel 540 fu nominato *comes sacrarum largitionum*, al posto di Strategio, carica che tenne fino al 16 luglio 543, allorché fu nominato *praefectus praetorio Orientis*; nel 542, come risulta dall'Editto 7.6, oltre ad essere *comes sacrarum largitionum* aveva anche il titolo di *patricius* e di *consul honorarius*. La sua gestione della prefettura del pretorio suscitò molte proteste per le requisizioni di grano in varie provincie, le gravi carenze nel pagare le spettanze ai soldati e per l'appropriazione di ingenti somme di denaro pubblico, e, nonostante la protezione dell'imperatrice, il primo maggio del 546 fu destituito da Giustiniano. L'anno successivo per le pressioni di Teodora fu nominato per la seconda volta *comes sacrarum largitionum* e ha mantenuto questa carica almeno fino al 550 se non addirittura fino al 555, quando è stato nominato per la seconda volta *praefectus praetorio*; la sua gestione ha portato ad una notevole riduzione della spesa pubblica, ad un deprezzamento della moneta d'oro, al monopolio statale sul commercio di seta, ma anche a notevoli malversazioni con appropriazione di somme spettanti all'imperatore. Cfr. per tutti Martindale, *The prosopography* cit. 999 ss.; Stein, *Histoire du Bas – Empire* 2 cit. 761 ss.; Jones, *Il tardo impero romano* 1 cit. 364 s.; Luchetti, *Spunti per una indagine* cit. 155 nt. 7.

²⁹⁹ Díaz Bautista, *Estudios sobre la banca* cit. 26 ss.

³⁰⁰ Nel cap. 1 viene riconosciuta la facoltà all'*argentarius* (che si era impegnato per il suo cliente prestando garanzia mediante *ἀντιφώνεις* e stabilendo un termine entro il quale questi doveva rimborsare quanto anticipato) di esigere questa somma dopo un periodo di due rinvii, esibendo l'ordine scritto o quello orale o prove di altro tipo, senza che il cliente potesse allegare come prova di aver adempiuto la restituzione da parte del creditore della nota scritta ricevuta

richieste, probabilmente conseguenti alla sottrazione della giurisdizione a Pietro Barsime con la sua nomina a *praefectus praetorio*³⁰¹.

La mancata previsione del deposito irregolare nelle tre *pragmaticae sanctiones*, specialmente nell'ultima, acquista maggiore importanza alla luce della indicazione nel cap. 5 dell'Editto⁹³⁰² del nucleo vitale delle attività degli *argentarii*³⁰³, costituito dal dare e ricevere denaro in mutuo, dal prestare garanzia per conto di altri (ἀντιφώνησις)³⁰⁴, dal percepire interessi: ἐν τῷ δανείζειν καὶ

dopo il pagamento da parte dell'*argentarius* (VdW. 870); nel cap. 3 è previsto l'obbligo per il debitore di pagare la somma promessa, senza poter invocare il *beneficium divisionis* per gli eredi dei debitori di un *argentarius*, che dopo un pagamento parziale della somma dovuta avevano ottenuto la liberatoria degli altri promettendo di pagare il resto (VdW. 834, 868). Nel cap. 4, nel caso un mutuatario che, dopo aver costituito un pegno a garanzia del proprio debito verso l'*argentarius*, ha permesso a questi, con una clausola introdotta nel contratto scritto, di vendere le cose pignorate imputandone il prezzo ricavato al debito, il creditore si liberava di ogni responsabilità prestando giuramento sulla corrispondenza del prezzo al valore effettivo dell'oggetto (Petrucci, *Profili giuridici* cit. 212); veniva inoltre negato effetto liberatorio alla consegna in pegno da parte del debitore di un bene di valore inferiore al debito, ed era riconosciuta, in mancanza di patto scritto, la facoltà all'*argentarius* di far valutare il bene dato in pegno e imputare il prezzo a saldo di un debito a termine dopo una proroga di due volte (VdW. 713-5). Nel cap. 5 era prevista la non invocabilità, da parte degli *argentarii* e dei loro creditori, del limite *ultra duplum* degli interessi fissato da una precedente costituzione giustiniana, C. 4.32.27, per i mutui contratti anteriormente ad essa (VdW. 759); nel cap. 6 pr. era estesa agli *argentarii* divenuti *illustres* la facoltà, prevista dalla Nov. 136.4 e 5.1, di esigere interessi fissati nella misura dell'8%, anche quando erano stati convenuti oralmente e senza *stipulatio*, nonché quando erano stati pattuiti senza fissare il tasso, e per i contratti anteriori alla costituzione anche in assenza di tale pattuizione (VdW. 753) e nel § 1 il divieto di eludere l'obbligo di pagare gli interessi agli *argentarii* o farli imputare sul capitale indirizzando una richiesta all'imperatore (VdW. 756); all'*argentarius* nel pr. del cap. 7 è riconosciuta la possibilità di richiedere l'esibizione delle quietanze, se ha il sospetto che il suo debitore insolvente ha ottenuto che i suoi debitori effettuassero le loro prestazioni a favore della moglie (VdW. 1124), e nel § 1 la facoltà di chiedere all'avversario di produrre l'atto in suo possesso redatto in duplice originale, se egli ha perduto il suo e l'impossibilità di procedere se costui giurava di non esserne più in possesso (VdW. 1122).

³⁰¹ Alla luce di questa ipotesi potrebbe essere avanzata l'illazione che la nostra *pragmatica* sia stata emanata tra l'agosto del 543, dopo la nomina di Pietro Barsime a *praefectus praetorio*, ed i primi mesi del 546, prima della sua nomina per la seconda volta a *comes sacrarum largitionum*.

³⁰² Questo inciso è inserito nella indicazione della richiesta degli *argentarii* di consentire l'applicazione della costituzione, C. 4.32.27, che aveva introdotto il limite *ultra duplum* degli interessi per i mutui da essi contratti nelle vesti di creditori o debitori.

³⁰³ Per l'estensione di queste disposizioni, originariamente dettate per gli *argentarii* di Costantinopoli, a tutto l'impero, cfr., per tutti, Bianchini, *La disciplina degli interessi* cit. 418 e nt. 37; Luchetti, *Spunti per una indagine* cit. 169 ss.

³⁰⁴ L'ἀντιφώνησις, contratto non esclusivo degli *argentarii* (C. 4.18.3; Nov. 4.1), era praticata da questi operatori economici sostanzialmente quale indiretta forma di finanziamento a vantaggio di chi, privo di liquidità, avesse contratto o stesse per contrarre debiti con terzi, sotto forma di una garanzia astratta che permetteva al creditore di rivolgersi direttamente all'*argentarius* nel ter-

δανείζεσθαι καθεστάναι καὶ ἀντιφώνειν ὑπὲρ ἑτέρων καὶ τόκους τελεῖν³⁰⁵.

Va inoltre osservato come le attività indicate con il termine δανείζεσθαι, corrispondente al latino *in mutuo accipiendo*, indichino la recezione nell'ambito del mutuo della consegna ai banchieri da parte dei clienti di somme di denaro, presumibilmente nella forma del deposito aperto³⁰⁶, alla quale va probabilmente ricollegata l'innovazione contenuta nella Nov. 136 (4³⁰⁷ e 5.1³⁰⁸) del regime delle *usurae*³⁰⁹, recependo dal precedente regime del deposito irregolare la possibi-

mine fissato per il pagamento, senza che il creditore dovesse provare il fondamento del credito o l'*argentarius* avanzare eccezioni spettanti al debitore principale, cfr. Luchetti, *Banche, banchieri* cit. 469. In relazione al rimborso all'*argentarius* delle somme pagate in conseguenza della ἀντιφώνησις nel primo *caput* del medesimo editto è stato stabilito che tale rimborso poteva essere chiesto solo se la richiesta della garanzia risultasse per iscritto, mentre in assenza di documento scritto era necessario provare la conclusione del contratto tra le parti. Va inoltre ricordato come l'ἀντιφώνησις presenti analogie con il *receptum argentarii*, soppresso da C. 4.18.2 del 531, al punto da far ipotizzare una sopravvivenza del *receptum argentarii* nell'ἀντιφώνησις. Cfr. Luchetti, *Banche, banchieri* cit. 470.

³⁰⁵ Costituiscono altre attività collaterali il pagamento dei canoni di locazione di abitazioni di clienti, Ed. 9.2, o la vendita di oro e preziosi, Nov. 136.3. Cfr. Luchetti, *Spunti per una indagine* cit. 169 nt. 36; Petrucci, *Profili giuridici* cit. 208 s.

³⁰⁶ Osserva Petrucci, *Profili giuridici* cit. 212, che nel nucleo di queste attività «rientrano non solo i mutui concessi dai banchieri, ma anche quelli ricevuti dagli stessi. Non è possibile stabilire con certezza se il riferimento debba intendersi effettivamente a tali contratti, conclusi eventualmente con altre categorie di finanziatori o con prestatori ad interesse dei ceti più elevati, oppure come sembrerebbe più probabile, anche a depositi aperti effettuati da clienti, inquadrati anche essi nello schema giuridico del mutuo».

³⁰⁷ Ἐπειδὴ δὲ νόμον ἐθέμεθα, μὴ περαιτέρω τοὺς ἀργύρου τραπέζης προεστῶτας διμοιραῖου τόκου δανείζειν, ἐδίδαξαν δὲ, ὅτι καὶ ἀγράφως δανείζουσιν, ἀγνωμονοῦνται δὲ περὶ τὸν τόκον ὡς μὴ ἐγγράφου γενομένου τοῦ δαμείσματος μηδὲ ἐπερωτήσεως παρεντεθείσης (τοῦτο δὴ τὸ δέμωδες τὸ μὴ προσήκειν ἀνεπερώτητον τρέχειν τόκον, καίτοιγε πολλῶν ὄντων θεμάτων ἐφ' ὧν καὶ ἀνεπερώτητοι τόκοι καὶ ἐκ συμφώνου μόνου τίκτονται, ἔστι δὲ ὅτε οὐδὲ ἐκ συμφώνων, ἀλλ' αὐτομάτως εἰσαγόμενοι ὅμως ἀπαιτοῦνται), διὰ τοῦτο θεσπίζομεν, μὴ μόνον τὸν ἐξ ἐπερωτήσεως αὐτοῖς δίδοσθαι τόκον, ἀλλὰ καὶ τὸν ἐξ ἀγράφων τοιοῦτον ὅποιον ὁ νόμος αὐτοῖς δίδωσιν ἐπερωτᾶν, τουτέστι τὸν ἐκ διμοίρου τῆς ἑκατοστῆς.

³⁰⁸ Τόκον δὲ, εἰ μὲν ῥητὸν συμφωνήσαιεν, τὸν συμπεφωνημένον εἶναι. εἰ δὲ τοῦτο μόνον γέγραπται, ὡς ἐπὶ τόκῳ τὸ δάνεισμα συνέστη, μὴ δύνασθαι τοὺς συμβάλλοντας λέγειν, ὡς ἐπειδὴ οὐχ ὄρισται τόκος, διὰ τοῦτο ἄτοκόν ἐστι τὸ χρυσίον, ἀλλὰ κατὰ πρόληψιν ὡς τοῦ διμοραίου τόκου ῥητῶς ὀνομασθέντος οὕτως τὴν εἴσπραξιν γίνεσθαι. καὶ τοῦτο μὲν τοῦ λοιποῦ παραφυλάττεσθαι. ἐπὶ δὲ τοῖς ἦδη γενομένοις λογοθεσίαις, εἰ καὶ μνήμη <μὴ> γένογε τόκου (ἐπειδὴ πρόδηλόν ἐστιν ἐπὶ παντός ἀργύρου τραπέζης προεστῶτος <τὸ> ἐπὶ τόκοις συμβάλλειν, καὶ αὐτὸς τόκους τελῶν οὐκ ἂν δύναιτο χωρὶς δαπάνην δίδοναι), ἐξεῖναι τὸν τόκον αὐτοῖς τὸν διμοιραῖον ἀπαιτεῖν, τοῦ μὲντοι λοιποῦ ταῦτα παρατηρουμένοις ἅπερ ὁ παρὼν θεῖος νομος δίδωσιν αὐτοῖς.

³⁰⁹ Come è stato già rilevato in questi testi era prevista la possibilità per gli *argentarii* di esigere interessi fissati nella misura dell'8% anche quando erano stati convenuti oralmente e senza *stipulatio*, nonché quando erano stati pattuiti senza fissare il tasso, e per i contratti anteriori alla costituzione anche in assenza di tale pattuizione, Nov. 136.5.1.

lità di concordarle attraverso il semplice patto (senza ricorrere alla *stipulatio*³¹⁰) ovvero di riconoscerle automaticamente senza alcuna pattuizione, superando la struttura del mutuo quale contratto a titolo gratuito³¹¹.

Nello stesso senso vanno interpretate altre disposizioni, nelle quali ricorrono in relazione agli *argentarii* i termini *δανειζόμενοι* e *δανεισάμενοι* a seconda che fossero creditori o debitori, quali quella di Ed. 7.7³¹², che consentiva agli *argentarii* o ai loro creditori di reclamare i beni acquistati dai rispettivi debitori a nome delle mogli o di altri, per eludere l'ipoteca a favore dei creditori³¹³, o il richiamo alla C. 8.13(14).27³¹⁴, contenuto nella Nov. 136.2³¹⁵ (quale premessa

³¹⁰ La *stipulatio* era ancora richiesta dalla costituzione giustiniana C. 4.32.26.2, 5 del 15 dicembre 528.

³¹¹ Cfr. le osservazioni di Luchetti, *Spunti per una indagine* cit. 175 s.

³¹² Ἄλλ' ἐπέπερ ἡμῖν καὶ ἄλλον τινὰ τῶν δολερῶν ἀνθρώπων ἐφανέρωσαν δόλον ἀπαγελλείαντες, ὡς τινες μὲν δανεισάμενοι ἢ δανειζόμενοι παρὰ τῶν ἐκ τοῦ εἰρημένου συστήματος χρήματα ἠγόρασαν ἢ ἀγοράζουσι κτήσιν ἀκίνητον ὄνοματι τῶν οἰκείων γαμετῶν ἢ ἄλλων τινῶν περὶ αὐτοὺς ὄντων πρὸς περιγραφὴν τῆς γενικῆς υποθήκης τῶν ὄντων αὐτοῖς καὶ ἐσομένων πραγμάτων, τινὲς δὲ τὰ ἑαυτοῖς κεχρεωστικὰ παρὰ τῶν ὑπευθύνων ἀναλαμβάνοντες ἢ ἐν χρήμασιν ἢ ἐν ἀκινήτοις προσόλου τοῖς πράγμασιν οὐκ εἰς ἴδιον πρόσωπον, ἀλλὰ καθὰ εἴρηται ἢ εἰς τὸ τῶν συμβιουσῶν ἢ συγγενῶν τὴν τοιαύτην καταβολὴν ἢ ἐκχώρησιν ἢ πρᾶσιν γίνεσθαι παρὰ τῶν ἐποφειλόντων παρασκευάζουσι, ὥστε διὰ τῆς τοιαύτης μεθόδου ἐκείνους μὲν ἀπορίαν προΐσχεσθαι, τοὺς δὲ ἐκ τοῦ εἰρημένου τῶν ἀργυροπρατῶν σωματείου εὐεργέτας τυγχάνοντας μὴ δύνασθαι ἐκείνοις ἐνάγειν, πρὸς οὓς οὐ δοκοῦσι πεποιηκέναι συνάλλαγμα, καὶ ἐν τούτῳ τῷ κεφαλαίῳ ἴσιν φιλοτιμίαν τοῖς τε ἀργυροπράταις τοῖς τε κατ' αὐτῶν ὁμοίας ὑποθέσεις κινουσι παρέχοντες κελεύομεν.

³¹³ Ovvero citare in giudizio il cessionario, al quale il debitore aveva ceduto suoi crediti allo stesso fine, od espedire tutte le azioni personali e reali, se veniva provato il dolo del debitore.

³¹⁴ C. 8.13.27 (Imp. Iustinianus A. Menae pp.): *Super hypothecis, quas argenti distractores vel metaxarii vel alii quarumcumque specierum negotiatores pecunias sibi credentibus dare solent, hoc specialiter super amputanda omni machinatione sancimus, ut, si post huiusmodi contractum liberis suis vel alio modo cognatis quamcumque militiam idem negotiatores adquisierint, ea tamen vendi vel ad heredes sub certa definitione transmitti potest, liceat creditoribus eorum, etiam non probantibus ex pecuniis eorundem negotiatorum liberos eorum vel cognatos militasse (dum tamen contrarium non probetur alios e suo patrimonio dedisse pecunias), creditum ab his qui militarunt exigere vel tantum eos efflagitare, quanti vendi eadem militia possit. 1. Quod ita obtinere sancimus, et si extraneis quibusdam idem negotiatores de suis pecuniis huiusmodi militiam adquisisse probentur, ut, quod generaliter in ipsis debitoribus militantibus talem militiam, quae vendi vel ad heredes transmitti potest, permissum est, ut liceat creditoribus et adhuc viventium debitorum iure hypothecae vindicare militias, nisi satis sibi fiat, et post mortem eorum exigere, quod pro isdem militiis pro tenore communis militantium placiti vel divinae sanctionis tale praestantis beneficium dari solet, hoc in negotiatorum personis, licet ipsi militantes minime debito obnoxii sint, integrum creditoribus eorum servetur. 2. Quod scilicet in futuris militiis, non etiam in his, quas liberi vel cognati eorundem negotiatorum vel extranei pecuniis eorum meruerunt, tenere sancimus. [a. 528].*

³¹⁵ Δεύτερον δε αὐτοῖς κεφάλαιον ἦν τὸ τῆς ἄλλης ἐξαιρέσεως, ἢν πρῶην ἐποιήσαμεν, ἡνίκα τις προεστῶς ἀργύρου στραπέξης στρατεύοιτο ἢ τοὺς οἰκείους παῖδας στρατεύσειεν, ὥστε μὴ δύνασθαι ἀποχρῆσθαι τοὺς στρατευομένους αὐτῶν παῖδας, ὡς μὴ ἐκ πατρῶων

alla estensione a loro favore della costituzione tacita di ipoteca in essa disposta a favore dei loro creditori sulla *militia* acquistata per sé o per il figlio³¹⁶), nel quale ricorrono termini *δανεισάντων* e *δανεισάμενος*, che non trovano riscontro nel testo richiamato, nel quale rinveniamo invece *creditores* e *debitores*.

Peraltro funzioni analoghe a quelle del deposito irregolare possono essere ricollegate alle annotazioni reciproche di consegna di denaro tra *argentarii* e clienti, regolate in Ed. 9.2³¹⁷, presumibilmente da considerare alla stregua dei moderni conti correnti³¹⁸.

Allargando il nostro campo di indagine alle altre Novelle rileviamo come, oltre alla mancata previsione del deposito irregolare, ed al ricorso a termini diversi da *deponere* per indicare l'atto di dare il denaro in custodia³¹⁹, quasi

στρατευσαμένους χρημάτων ἢ ἐτέρωθεν αὐτοῖς πεπορισμένων, ἀλλ' ἐκ τῶν δανεισάντων. καὶ ἦτησαν καὶ αὐτοὶ ἢ μὴδὲ ἐπ' αὐτοῖς χάραν ἔχειν τὴν τοιαύτην πρόληψιν ἢ καὶ αὐτοῖς τὰ αὐτὰ ὑπάρξει, ὥστε εἰ τις δανεισάμενος παρ' αὐτῶν στρατεύοιτο ἢ καὶ οἱ αὐτοῦ παῖδες, καὶ μὴ δυνηθεῖη ἐτέρωθεν λύσαι τὸ ὄφλημα καὶ ἐκ διαπράξεως τῆς αὐτοῦ ἢ τῆς τῶν παίδων στρατείας τὸ ἰκανὸν αὐτοῖς γίνεσθαι.

³¹⁶ Questa disposizione non trovava applicazione se l'*argentarius* riusciva a provare di aver utilizzato *bona materna* o di averla ricevuta a titolo gratuito dall'imperatore.

³¹⁷ Ed. 9.2.1-2: Εἰ μέντοι γε λογισμοὺς ἢ ἀντισυγγράφους ἢ αὐτογράφους πεποιήνται ἢ ποιήσονται ἢ αὐτοὶ πρὸς τινὰς τῶν αὐτοῖς συμβαλλόντων, ἢ ἐκεῖνοι πρὸς αὐτούς, ἐν οἷς ἢ εἰσκομιδὴ τῶν χρημάτων καὶ δαπάνη καταγέγραπται καὶ γράμματα φέροιτο αὐτοῦ τοῦ τῆς τραπέζης προεστηκότος τοῦ τε ὑπογραφέως αὐτοῦ, οὐδὲ ἀρμαρίτας καλοῦσι, καὶ αὐθις τῶν συμβαλλόντων πρὸς αὐτούς, ἢ διὰ παντὸς ὑπὸ τῆς τοῦ συμβαλλόντος χειρὸς γεγραμμένους ἢ ὑπογραφὴν ἔχοντας μὴ δύνασθαι τοὺς συμβάλλοντες τὴν μὲν εἰσκομιδὴν τῶν χρημάτων, ἢ οἱ ἀργυροπράται καταγράφουσιν ἐν τοῖς ἀντισυγγραφοῖς ἢ αὐτογράφους βρεβίους, δέχεσθαι κἀντεῦθεν αὐτοῦς ἀπαιτεῖν, πρὸς δὲ τὴν τῆς ἐξόδου καταγραφὴν ἀντιλέγειν, ὡς οὐ γενομένην μὴδὲ αὐθις τοὺς ἀργυροτραπέζης προεστῶτας τὴν μὲν δαπάνην ἀπαιτεῖν, τὴν δὲ εἰσκομιδὴν μὴ δέχεσθαι. 2. Ἄλλ' εἴπερ ἐκ τῶν ἐκατέρωθεν προκομιζομένων ἀντισυγγράφων λογοθεσίων ἢ αὐτογράφων μαρτυρηθεῖη ἢ τε τῆς εἰσκομιδῆς ἢ τε τῆς δαπάνης τῶν γραμμάτων πίστις, πάντως ἐκάτερον εἶναι πιστὸν, καὶ μὴ τὸ μὲν κατ' αὐτῶν κρατεῖν, τὸ δὲ ὑπὲρ αὐτῶν ἄκυρον εἶναι, ἀλλὰ ἀπαιτεῖσθαι, ὅσα τὰ λογοθέσια δείξειε, πλὴν εἰ μὴ θάτερον ἢ ἐκάτερον μέρος πλάνην ψήφου ἢ περὶ τόκον βλάβην ὑπομεμενηκέναι δείξειεν. εἰ γὰρ τι τοιοῦτον προφανῶς δειχθεῖη, τῆς κατὰ νόμον διορθώσεως τοῦτο ἀξιόσθαι θεσπίζομεν, ὥστε ἕκαστον τοῦ δικαίου καὶ τῆς ἰσότητος ἀπολαβεῖν.

³¹⁸ Annota. Van der Wal, *op. cit.*, p. 6 n. 30: «Les banquiers et leurs clients peuvent pratiquer un compte-courant moyennant des actes 'antisyngraphes'», a p. 107 n. 748: «lorsque les entrées et les sorties de numéraire inscrites dans les livres du banquier ou de ceux de son client on été écrites ou signées d'un part du banquier ou pas son ἀρμαρίτης et d'autre part par le client, ces livres servent de preuve pour les transaction qu'ils contiennent; toutefois, ni le banquier ni le client ne peut exiger ses créances et nier en même temps ses dettes», ed alla nota 4 'ces livres 'autographes' ou 'antisyngraphes' conséstituaient évidemment une espèce de compte-courant».

³¹⁹ Nella Novella 72.7 ricorre al termine *reponat* (greco ἀποτιθέσθω) per indicare la consegna in deposito da parte del curatore del *surplus* di reddito del pupillo non necessario alla gestione della cura (VdW. 509), e gli stessi verbi ricorrono nel paragrafo precedente per indicare la custodia della *pecunia*

che questo termine non fosse usuale nella cancelleria imperiale, il termine δάνεισμα ricorre di regola per indicare il mutuo³²⁰, ma talvolta nei più ampi significati di *debitum*³²¹ o di *creditum*³²²; δανειστής nel significato di *creditor*³²³, δανείζω per indicare il dare a mutuo³²⁴ o prendere a mutuo³²⁵ o il *credere*³²⁶. Va inoltre rilevato come nelle altre Novelle alla marginale regolamentazione del deposito si contrappongono numerose ulteriori disposizioni relative ad altri contratti, oltre al mutuo³²⁷, quali

del pupillo, che il curatore non è tenuto a dare in mutuo; se compie tale atto risponde della insolvenza del debitore, ma può trattenere gli interessi di due mesi all'anno a titolo di *laxamentum* (VdW. 508).

³²⁰ Nelle novelle bilingui a questo termine corrisponde *mutuum*: Nov. 3 *praef.*; 4.3.1; 7.2.1, 6 pr.; 106 *praef.*; e quelle pervenute solo in lingua greca Nov. 32 rubr., *praef.* e 1; 121.1. In Nov. 120.6.3 δανεισάμενος ricorre nel senso di mutuatario, nel testo latino «*mutuas pecunias accipientem*».

³²¹ Nov. 4.1 (latino *debitum*); 46 *praef.*; 53.6.1 (nel testo latino si riscontra una diversa costruzione con il ricorso al termine *creditor*).

³²² V. le Novelle bilingui, nelle quali corrisponde il termine *creditum*: 7.6 pr. e 1; 72.6; 73.2; 106 *praef.*

³²³ Nov. 1.2.1 e 2; 3 *praef.*; 4 rubr., 1, 2, 3 pr.-1; 7.1, 6 pr.; 28.4.1; 32.1, *epil.*; 40 *praef.* 1, 1.1; 46 *praef.*; 48.1.1; 53.5 pr., 1; 60 rubr.; 91 *praef.*; 97.2, 3; 106 *praef.*; 109.1; 112.1; 119.6; 120.4, 6.2 e 3, 11; 121.1; 134.7; 160 *praef.*

³²⁴ Nov. 3 *praef.*; 4.3 pr.; 7.6 pr.; 22.44.4; 32 rubr., 1; 106 *praef.*; 115.3.

³²⁵ Nov. 8 *praef.*, 1; 40 *praef.*, 1; 53.5.1; 120.6.2.

³²⁶ Nov. 4.1; 32.1; 97.4; 99.1 pr.; 106 *praef.*; 120.4, 6.3. Δανείζοντες e δανείσαντες ricorrono nel senso di creditori in Nov. 4.1, 3 pr.; 7.6.1; 106 *praef.*; δανεισάμενος in quello di debitore in Nov. 4.1, 2, 3 pr.; 106 *praef.*; δανειακός infine ricorre in relazione al *fenere* (δανειακή συγγραφή», tradotta con *cautione feneraticia*), in Nov. 121.1 e 2 ed al *creditum* in Nov. 134.8, δανεικῶ γραμματεῖω (nella versione latina *crediti instrumento*). nella disposizione che considera nullo l'*intercedere* della moglie a favore del proprio marito anche se redatto in forma scritta o ripetuto più volte in pari forma; la donna è obbligata solo se il denaro è servito per sue esigenze (VdW. 874).

³²⁷ Il mutuo può essere concluso senza forma scritta ovvero con atto pubblico o privato sottoscritto da almeno tre testimoni; non hanno valore probatorio atti scritti senza la presenza di testimoni o sottoscritti da meno di tre (Nov. 73.2, 4; VdW. 743); il mutuante, che ha prestato denaro ad una chiesa ed ha stipulato una ipoteca speciale, non può intentare azioni contro la chiesa, ma solo può chiedere la restituzione del denaro all'amministratore ecclesiastico, che ha acconsentito all'ipoteca (Nov. 7.6 pr.; VdW. 744); in caso di necessità una chiesa può chiedere un mutuo di denaro dando in anticresi beni immobili al creditore, che può imputare i frutti per pagare gli interessi stipulati che non possono superare il 3% (Nov. 120.4, 6.2; VdW. 745, 751); il mutuo ottenuto dall'amministratore di un ente caritativo è imputabile all'ente, solo se utilizzato per i bisogni del medesimo, altrimenti è imputabile all'amministratore (Nov. 120.6.3; VdW. 746); in alcune regioni afflitte da crisi economica il mutuante non può gravare di ipoteca i fondi del debitore; può chiedere l'interesse del 4 1/6% per il denaro e dell'12 1/2% per il grano o i frutti secchi (Nov. 32; 33 e 34; VdW. 711, 749, 750); i tutori ed i curatori possono acquisire gli interessi di due mesi per ogni anno ottenuti da denaro del pupillo dato a mutuo (Nov. 76; VdW. 757); la disposizione che vieta l'accumulazione di interessi *ultra duplum* si applica anche agli interessi già pagati (Nov. 121; 138; VdW. 758); essa non può essere invece invocata da chi non vuole onorare una rendita perpetua, ma che è anche condannato a pagare il doppio della somma ricevuta (Nov. 160; VdW. 760); viene condannato *in duplum* il debitore se il creditore dimostra la *numeratio* dopo l'opposizione della *exceptio non numeratae pecuniae* (Nov.

compravendita³²⁸ e locazione³²⁹, mentre di altri (quali *pecunia constituta*, *stipulatio* di dare, *promissio iurata*, permuta, *constitutum debiti proprii*, *compromissum arbitri*) si hanno solo occasionali interventi³³⁰.

18.8.9; VdW. 764). In relazione al *foenus nauticum* con la Nov. 106 del 540 vengono ammesse alcune forme di prestito marittimo su richiesta presumibilmente degli *argentarii* di Costantinopoli (VdW 767), eliminate con la Nov. 110 dell'anno successivo (VdW. 768).

³²⁸ Nel caso di una vendita garantita da un βεβαιωτής (un garante menzionato anche in Ed. 7.4) l'acquirente deve agire contro il venditore prima di poter convenire il βεβαιωτής (Nov. 4.2; VdW. 774); è fatto divieto alle chiese di vendere i loro beni immobili ed i loro vasi sacri (Nov. 7.1, 8, 9 pr.; 11; 46.3; 120.1 pr, 7.1, 10; VdW. 775), con l'eccezione dei vasi sacri per il riscatto dei prigionieri (Nov. 120.10; VdW. 776); per i beni immobili, salva la necessità di far fronte a debiti (Nov. 46.1.2; 67.4; 120.6.2, 7.1; VdW. 777), la chiesa della Santa Resurrezione di Gerusalemme può vendere quelli urbani solo per un prezzo pari alla mercede per la locazione di 50 anni (Nov. 40; 120.9 pr.; VdW. 778); le chiese della Mesia possono vendere i loro fondi rustici poco produttivi ed esposti alle incursioni dei barbari (Nov. 65; VdW. 779); è vietato l'acquisto di un monastero per trasformarlo in casa privata (Nov. 7.11; 120.7.1; VdW. 780); è nullo il contratto di acquisto da parte di una chiesa di un terreno incolto e sterile e l'economista o l'amministratore rispondono del danno da essa subito (Nov. 7.12; 120.9.1; VdW. 781); la chiesa può rivendicare un suo immobile acquistato da un samaritano o da un eretico (Nov. 131.14.1; VdW. 782); i decurioni possono vendere i loro beni solo se autorizzati (Nov. 38 *praef.*, 1; 87.1; VdW. 783); dopo la peste del 542 Giustiniano, che aveva abolito le costituzioni di Leone e Zenone, C. 4.9.1 e 2, consentendo alle corporazioni di mestieri di fissare i prezzi, stabilisce che i commercianti di Costantinopoli devono vendere le loro derrate a prezzi non superiori a quelli anteriori alla peste; in caso di violazione della norma venditore e acquirente devono pagare una ammenda pari al triplo della somma eccedente (Nov. 122 = Ed. 6; VdW. 784).

³²⁹ Non può più intentare la *condictio* e deve pagare al debitore l'ammontare del suo credito chi prende in locazione i figli del debitore per utilizzarli come schiavi (Nov. 134.7; VdW. 787); gli artigiani di Costantinopoli dopo la peste del 542 non possono aumentare le mercedi per la loro opera e, se accettano mercedi superiori, devono pagare al fisco il triplo dell'eccedenza (Nov. 122 = Ed. 6; VdW. 788); il creditore del proprietario di un immobile urbano di Costantinopoli non può sospendere il pagamento della mercede per la locazione mediante una *attestatio* del suo credito; in caso contrario deve risarcire il danno pagando gli interessi moratori nella misura del 4% (Nov. 88.2; VdW. 789); la chiesa può rivendicare un immobile urbano dato in locazione da un ortodosso ad un eretico o samaritano (Nov. 131.14.1; VdW. 791); subisce la confisca dei suoi beni l'ebreo, il samaritano o l'eretico che prende in affitto un terreno di un ortodosso, il quale, se conscio della identità dell'affittuario, può essere convenuto dalla chiesa per ottenere il canone di affitto convenuto (Nov. 131.14.3; VdW. 792); la chiesa di Costantinopoli non può dare in locazione beni immobili di sua proprietà per un periodo superiore a trenta anni, salve le formalità richieste per le locazioni superiori a cinque anni; l'amministratore di un ente caritativo non può prendere in conduzione beni immobili dell'ente o darli in locazione ai suoi familiari; pari norma si applica ai chierici per i beni immobili delle chiese (Nov. 120.3.5; VdW. 793; Nov. 123.6; VdW. 794); gli orticoltori di Costantinopoli possono reclamare alla fine dell'affitto le migliorie apportate ai giardini determinate dagli *aestimatores* della corporazione assistiti dai *summarii*; nel caso di affitto di terreni incolti da coltivare, l'inquilino può richiedere oltre alla ricompensa pattuita il valore degli ortaggi presenti nel fondo alla fine dell'affitto (Nov. 64; VdW. 795).

³³⁰ L'*argentarius*, creditore per *pecunia constituta* non è obbligato ad accettare i migliori immobili del debitore insolvente, che non possiede né denaro né beni mobili, alla stregua di una *datio in solutum necessaria* imposta agli altri creditori (Nov. 4.3 pr. e 1; VdW. 842, 869), mentre in caso di impossibilità a onorare i debiti da parte di una chiesa il creditore deve accettare fondi di

X. Riflessioni conclusive

La mancata previsione in queste costituzioni giustiniane del deposito con trasferimento della proprietà della *pecunia* e l'inserimento in alcune di esse nell'ambito del mutuo di ipotesi che nell'ottica di alcuni giuristi classici erano tutelate mediante l'*actio depositi*, in presenza di numerose analitiche disposizioni dello stesso imperatore su aspetti non di rado innovativi di altri contratti, confermano i seri dubbi espressi a conclusione dell'analisi delle costituzioni inserite nel Codice ed inducono ad escludere non solo che l'elaborazione del deposito irregolare possa essere ricondotto all'opera dei compilatori giustiniane³³¹, ma anche che tale istituto abbia trovato applicazione in quest'epoca in presenza di un orientamento legislativo, che inseriva invece nell'ambito del mutuo alcune ipotesi di deposito aperto di denaro, con conseguente trasferimento della proprietà.

Tali conclusioni non possono essere smentite dall'episodica regolamentazione di alcuni aspetti di questo istituto in costituzioni imperiali dell'epoca classica e diocleziana nonché in testi giurisprudenziali classici della seconda metà del secondo secolo e dei primi decenni del terzo, alla luce del valore normativo attribuito dalle costituzioni *Deo auctore*³³² e *Tanta*³³³ ai testi giurisprudenziali

una qualità pari alla media di quelli appartenenti alla chiesa ed il cui valore superi di un decimo l'ammontare del debito (Nov. 120.6.2; VdW. 843). Il destinatario di una promessa di dare, munita da una clausola di *stipulatio* di dare, può intentare l'*actio ex stipulatu* (se essa è munita da una clausola di *stipulatio*), altrimenti la *condictio ex lege* (Nov. 162.1.1; VdW. 740). Viene escluso per un'attrice di teatro l'obbligo di continuare il suo mestiere per effetto di una *promissio iurata* (Nov. 51; VdW. 742). Le chiese non possono dare di regola in permuta i loro beni immobili, salvo che all'imperatore, o tra di esse a certe condizioni (Nov. 7.1, 2, 5.2; 54.2; 55.1; 119.10; 120.1.7 pr.; VdW. 797). Vengono specificati gli effetti di diverse formule usate dai promittenti nel *constitutum debiti proprii* (Nov. 115.6; VdW. 799); la remissione delle imposte arretrate del 553 non libera i percettori di imposta che si sono impegnati mediante *constitutum* a pagare al fisco le somme da essi recuperate (Nov. 147.2; VdW. 800). Viene abolito il *compromissum arbitri*, introdotto da Giustiniano con C. 2.55.4, stabilendo che è necessaria la *stipulatio poenae* (Nov. 82.11; VdW. 803); al pari dei giudici ordinari, gli arbitri devono applicare le leggi e non eventuali rescritti imperiali emanati durante il processo (Nov. 113.1.1; VdW. 804).

³³¹ Questa conclusione deve quindi indurci ad essere molto cauti nel sospettare la presenza di interpolazioni innovative nei testi classici (relativi a questo istituto) pervenuti attraverso i *Digesta*. Significative appaiono le osservazioni del Gandolfi, *Il deposito* cit. 159 nt. 141, nel confutare i sospetti di interpolazione avanzati da C. Longo, *Corso* cit. 71, su D. 19.2.25.1: «basti osservare che la figura del deposito irregolare, se appare inquadabile nell'ambito della fattispecie ricollegabile al *iudicium depositi in ius ex fide bona*, risulta invece antitetica rispetto alla nozione giustiniana di deposito quale ufficialmente enunciata nelle Istituzioni imperiali» (ed io aggiungerei soprattutto quale risulta dall'esame delle costituzioni del Codice e delle Novelle): «cosicché è assurdo attribuirne la creazione ai Compilatori giustiniane».

³³² 6, 11.

³³³ 23.

inseriti nei *Digesta*: come è stato osservato dal Bonini³³⁴, nonostante tali disposizioni, appare dubbio che ai testi giurisprudenziali possa essere attribuito nella pratica lo stesso valore delle costituzioni imperiali soprattutto giustinianee e si deve ritenere che ai *Digesta* sia stata attribuita, al di là delle dichiarazioni ufficiali, non tanto una funzione normativa quanto una più propriamente dottrinale, considerandoli quali un insieme di testi autoritativi, idonei a nutrire le convinzioni del giudice. Ad analoghe conclusioni si potrebbe a mio avviso pervenire per le più risalenti costituzioni inserite nel Codice, relative ad aspetti marginali di istituti, che appaiono obsoleti alla luce delle successive costituzioni specie giustinianee; in particolare, va osservato nel sopra esaminato titolo 4.34 (*depositi*), i cenni al nostro istituto presenti nelle costituzioni di Gordiano e di Diocleziano appaiono non più attuali alla luce della considerazione unitaria di ipotesi di deposito ordinario e di ipotesi di deposito con trasferimento della proprietà del denaro in alcune costituzioni giustinianee³³⁵. Significativa a tal fine si rivela la presenza nelle Novelle, oltre di generici e anonimi accenni³³⁶, anche di alcuni specifici richiami a costituzioni precostantiniane³³⁷, che non appaiono quali norme vigenti, ma che si presentano quali precedenti storici delle disposizioni giustinianee.

Carlo Busacca
Università di Messina
cbusacca2545@gmail.com

³³⁴ R. Bonini, *Il manuale novellarum del Van der Wal (con alcune considerazioni sui rapporti tra Novelle e Digesta)*, in AG. Filippo Serafini 171, 1966, 219; Id. *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*, Bologna 1985, 44 ss.

³³⁵ V. *supra* § VIII.

³³⁶ Sulla base della table des lois mentionnée dans les *Novelles*, contenuta in Van der Wal, *Manuale Novellarum* cit. 187 ss., generiche ed anonime indicazioni si riscontrano nelle Novelle 112.3 pr. (*dicentes legem esse quae decernit neminem compelli actiones suas exercere nolentem*) che richiamerebbe C. 3.7.1 del 284; 69.2.1 (*tunc quod etiam praecedentibus legislatoribus sufficiens visum est esse tempus determinatum, hoc est novem mensium ...*) che richiamerebbe C. 3.11.1 del 294; 121.2, che, modificando le precedenti costituzioni che vietavano l'applicazione del limite del *duplum* per gli interessi già pagati, richiamerebbe C. 4.32.10 di Antonino Caracalla; 72.2 (*Sed et si quis iam curam gerens obligatum sibi effectum habet minorem, in se forsan hereditate perlata cuiuspiam qui minorem habuit obligatum aut alia huiusmodi occasione, non iam solum eum esse fidelem ad impuberum aut adolescentium curam, sed coniungi tutorem alterum aut curatorem (hoc quod in plurimis legum casibus invenimus)*) che richiamerebbe C. 5.62.7 del 224; 159 *praef.* (*ideo positas nos renovare leges*) che richiamerebbe C. 6.42.11 del 241; 23 *praef.* (*anteriorum legum acerbitati plurima remedia imponentes et maxime hoc circa appellationes facientes et in praesenti ad huiusmodi beneficium pervenire duximus esse necessarium*) che richiamerebbe C. 7.62.6 di Diocleziano e Massimiano.

³³⁷ Nella Nov. 22.19 la disposizione di Diocleziano (C. 5.17.5: *Dissentientis patris, qui initio consensit matrimonio, cum marito concordante uxore filia familias ratam non haberi voluntatem*

divus Marcus pater noster religiosissus imperator constituit, nisi magna et iusta causa interveniente hoc pater fecerit) che ne richiamava una di Marco Aurelio, è utilizzata quale precedente del divieto del divorzio da parte del padre, se deciso in *suorum laesionem patrum aut matrum, qui dotes aut ante nuptias donationes obtulerunt aut susceperunt soli aut etiam cum filiis: Hoc autem bene quidem incohans philosophissimus sancivit Marcus. Diocletianus autem hunc secutus est, nos autem similiter approbavimus*. Dello stesso Marco Aurelio sono indirettamente richiamate altre due disposizioni, quali precedenti storici: nella Nov. 60.1 nel disporre la perdita dell'azione, l'obbligo di versare quanto preteso dal debitore o ai suoi eredi e la confisca di un terzo dei beni del creditore che abbia importunato gravemente nella sua casa il debitore moribondo o la sua famiglia con l'inciso «*sicut et Marcus philosophissimus imperatorum in suis conscripsit legibus*» viene richiamato il *decretum* riferito da Callistrato (D. 48.7.7 = 4.2.13, 5 *cogn.*) che obbligava i creditori a chiedere *per iudicem* ciò che ritenevano loro dovuto; nel § 2 della *praefatio* alla nov. 108, nel modificare il regime precedente con la statuizione di un limite fisso (non superiore ai tre quarti) all'alienazione dei beni ereditari da parte del fedecommissario tenuto a restituire *quidquid ex hereditate superfuert*, viene richiamata l'opinione di Papiniano, che nel libro *decimo nono quaestionum* (D. 36.1.56) individuava i limiti imposti all'oneroso in epoca classica nella *bona fides* e nell' *arbitrium boni viri* (introdotto da Marco Aurelio): *Novimus igitur apud Papinianum sapientissimum dictum in nono decimo eius Quaestionum, ubi permittit alienationes in tali casu, illud solum velut ex studio in aenigmate proponens, ut tunc oporteret prohiberi alienationes, cum ad solvendum fideicommissum ex studio qui hoc oneratus est ad alienationem venit. Et tamquam philosophatus inter imperatores Marcus tali quodam proposito casu viri boni arbitratum videri inesse talibus verbis disposuit*.

Di Antonino Caracalla (confuso con Antonino Pio) in Nov. 78.5 è ricordata la *Constitutio Antoniniana*: *Facimus autem novum nihil, sed egregios ante nos imperatores sequimus. Sicut enim Antoninus Pius cognominatus, ex quo etiam ad nos appellatio haec pervenit, ius Romanae civitatis prius ab unoquoque subiectionum petitus et taliter ex eis qui vocantur peregrini ad Romanam ingenuitatem deducens ille hoc omnibus in commune subiectis donavit ...*

Di Alessandro Severo sono richiamate due costituzioni nella Nov. 22, nella quale vengono ribaditi i divieti in esse sanciti, espressi però con diverse formulazioni, alla luce della nuova configurazione del matrimonio. Nel cap. 37 nello stabilire il divieto delle seconde nozze per una liberta che ha sciolto il matrimonio con il suo *patronus* senza il suo consenso viene richiamata la costituzione, C. 5.5.1, che stabilendo «*liberta eademque uxor tua, si a te invito discessit, conubium cum alio non habet, si modo uxorem eam habere velis*» non vietava le seconde nozze, ma, coerentemente alla configurazione classica del matrimonio, sanciva la mancanza di *conubium* della liberta con altri uomini diversi dal *patronus*: *Iucundum, quoque illud et non extra pietatem a divae memoriae Alexandro super alios plurimos antiquorum legislatorum determinatum est, ut si quis manumiserit ancillam, deinde eam ducat uxorem, at illa ut videtur elata et epulata solverit circa manumissorem matrimonium, non sinit lex ad secundas nuptias venire invito priore marito, sed deinceps nuptias fornicationem iudicat et corruptionem, sed non nuptias nec matrimonium, ex quo iniuriae non decentes ei, qui libertatem imposuit, fiunt*. Nel capitolo successivo, che sottrae alla madre che passa a nuove nozze il diritto di educare i figli viene richiamata una costituzione del 223, C. 5.49.1, che nel *principium* aveva stabilito «*educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricium eis induxerit, committenda est*» senza menzionare le seconde nozze, ma dando rilevanza alla presenza di un patrigno: *Eius quoque principis illud quoque inveniendes dignam putavimus partem nostrae facere sanctionis: quoniam omnium mater fide dignior ad filiorum educationem videbatur, dat ei etiam hoc lex, nisi ad secundas accesserit nuptias*. Su questi testi cfr., per tutti, E. Franciosi, *Qui ante nos fuerunt legislatores. I richiami ai giurisprudenti e ai predecessori nella legislazione novellare giustiniana*, in *MEP*, 9, 2006, 382 ss.

