

'Pecuniae' nomine non solum numerata pecunia

ABSTRACT

During the first two centuries of the Principedom age and before the Pauline doctrine was originated, a debate concerning the genesis and the functions of money was being held between Proculians and Sabinians.

In more specific terms, while the first ones emphasized the role of money as currency, the second ones stressed money as value. Moreover, not only did they discuss the functions of money, but they also focused on the replaceability of goods, another extremely important topic on which they did have different points of view.

SOMMARIO

A tergo della dottrina paolina elaborata sulla genesi e la funzione della moneta, si rintraccia al riguardo, già per la prima età del principato, una dialettica embrionale tra sabiniani e proculiani, gli uni propensi a esaltare del denaro gli aspetti valutari, gli altri, invece, quelli valoriali. Ne discende un diverso approccio tra le due scuole rispetto alla tema della surrogabilità tra beni, non senza rilevanti conseguenze su alcuni dei loro principali argomenti di dissenso.

1.- Merita indubbiamente attenzione la ricorrenza con cui, soprattutto in età severiana, si registra la decisa proclamazione (*nemo est qui ambiget*) di una sorprendente identità concettuale tra *pecunia* e beni di diversa natura.

Così, infatti, in D. 50.16.178 pr. (Ulp. 49 *ad Sab.*):

'Pecuniae' verbum non solum numeratam pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora: nam corpora quoque pecuniae appellatione contineri nemo est qui ambiget.

La definizione ulpiana, che pure mira ad estendere il significato di *pecunia* ai *corpora*, trova eco nelle parole di Ermogeniano il quale, però, non tralascia i

* Quale fosse lo spettro semantico del termine *pecunia* (*pecunia credita*, *pecunia numerata*), la sua derivazione etimologica dal tema **peku*, se appartenga al lessico del legislatore decemvirale, se alluda alla dicotomia tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, quale sia la differenza semantica tra *hereditas*, *pecunia*, *familia*, sono, questi, temi già ampiamente affrontati in letteratura – cfr., tra gli altri, gli autori citati in nt. 2, nonché F. Gnoli, *Di una recente ipotesi tra 'pecus', 'pecunia', 'peculium'*, in *SDHI*. 44, 1978, 204 ss. – e sui quali mi propongo di tornare in un più ampio studio dedicato all'analisi della portata 'normativa' del termine *pecunia*, dell'uso del plurale '*pecuniae*', del rapporto del nostro termine con *argentum*, *nummi*, *aes*, del connubio semantico '*pecunia credita*'. Il presente saggio, timidamente, si limita solo ad anticiparne qualche riflessione.

iura, apparentemente non ricompresi nella definizione di Ulpiano¹. In tal senso si esprime infatti D. 50.16.222 (Herm. 2 *iur. epit.*):

'Pecuniae' nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles et tam corpora quam iura continentur.

Tale concezione allargata di *pecunia* era stata già anticipata, sia pure per implicito, da Paolo, come ricordato da D. 50.16.5 pr. (Paul. 2 *ad ed.*), che pure ne estendeva la nozione² a tutti i beni *in patrimonio*:

'Rei' appellatio latior est quam «pecuniae», quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt.

¹ Sul punto cfr. G. Melillo, *Categorie economiche nei giuristi romani*, Napoli 2000, 69 ss. e ivi bibl. Il richiamo espresso ai *corpora* non induce a credere che Ulpiano intendesse per ciò solo escludere dalla nozione di *pecunia* i *iura*. L'analisi palinogenetica del passo lascia intuire che nella prospettiva originaria, tutta particolare, Ulpiano trattasse di un altro problema, che, per la connessione al tema della successione ereditaria, doveva forse concernere il significato di *pecunia* in Tab. 5.3. Sul punto P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni. I, Le garanzie personali*, Padova 1962, 278; M. Varvaro, *Sulla storia dell'editto «De pecunia constituta»*, in *AUPA*. 52, 2008, 344 e nt. 45. Prospettive altrettanto particolari guidano D. 50.16.5 e D. 50.16.222, il primo inerente forse al tema della compravendita, l'altro, al *vadimonium Romam* e da ricondursi probabilmente al frammento ulpiano in P.Ryl. III 474 (FIRA II 314): *'Rem' praetor ait, potuit autem et 'pecuniae' appellatione uti. nam 'pecuniae' appellatione quidquid in patrimonio inest significatur*. Sul punto cfr. F. Schulz, *Die Ulpianfragmente des Papyrus Rylands 474*, in *ZSS*. 68, 1951, 17; Varvaro, *Sulla storia dell'editto «De pecunia constituta»* cit. 344 e nt. 44 e ivi ult. bibl.

² Questi frammenti richiamano alla memoria le parole di Gai 3.124, (su cui *infra*) anche se l'osservazione del maestro antonino mi sembra piuttosto limitata al dettato normativo della *lex Cornelia de sponsu*. Sempre in Gai 2.104 ricorre, quasi per metonimia o per sineddoche, il riferimento (attribuito al dettato decemvirale) alla *pecunia*, forse in inscindibile binomio con *familia*, nel senso di patrimonio, asse ereditario; cfr. Cic. Top. 29: *hereditas est pecunia*; e ancora, Cic. inv. 2.148; D. 31.77.24. *Contra* cfr. però O. Diliberto, *Studi sulle origini della 'cura furiosi'*, Napoli 1984, 49 ss. Per la dibattuta questione, cfr. altresì, tra gli altri, P. Voci, *Diritto ereditario romano* I, Milano 1967², 23 ss.; B. Albanese, *La successione ereditaria in diritto romano*, in *AUPA*. 20, 1949, 258 ss.; M. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln 1956², 163 ss.; G. Diódsi, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest 1970, 25 ss.; A. Guarino, *Storia di cose e storia di parole*, in *Index* 3, 1972, 549 ss.; B. Albanese, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 49 nt. 70; F. Gallo, *Patrimonio e cose nella famiglia romana arcaica*, in *Studi Scherillo*, Bologna 1994, 91 ss.; J. Zlinszky, *Familia pecuniaque*, in *Index* 16, 1998, 31 ss.; S. Randazzo, *«Leges Mancipii»*. *Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano 1998, 144 e ivi nt. 31; C. Feuvrier-Prevotat, *Le concept de la «familia pecuniaque» dans la loi des XII tables*, Como 1999, 59 ss.; M. Bretone, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari 2009, 247 ss.; B. Albanese, *Sul formulario della «mancipatio familiae» in Gai 2.104*, in *AUPA*. 47, 2002, 4 s.; S. Pietrini, *«Deducto usu fructu»*. *Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano 2008, 64 ss.; ad essi si rimanda per ult. bibl.

A prima lettura, la comune collocazione di tali definizioni nel XVI titolo (*de verborum significatione*) del libro L dei Digesti di Giustiniano potrebbe indurci a non assegnare ad esse un preciso rilievo normativo³. Di contro, però, non deve sfuggire che l'affinità concettuale tra i due termini di paragone è stata proclamata anche altrove, in riferimento a contesti più specifici, e mirati all'individuazione di conseguenze pratiche: così, peraltro, D. 38.1.4 (Pomp. 4 *ad Sab.*)⁴: *perinde enim operae a libertis ac pecunia credita petitur*.

Tant'è che, talora, la storiografia ha finanche sopravvalutato tale equiparazione, intravedendone pure risvolti non immediatamente confortati dalle fonti. Segnatamente, in tema di *operae libertorum*, si è creduto che l'equiparazione delle *operae* (massime quelle *praeteritae*) a *pecunia credita* avrebbe dovuto tradursi in un processo finzionistico destinato all'estensione alle opere della disciplina sostanziale e processuale dei crediti pecuniari, e più in particolare del mutuo di denaro⁵.

Tali rilievi, condivisi dalla storiografia più risalente, sono stati poi, però, progressivamente abbandonati in favore di una più matura prospettiva di siffatta equiparazione, che viene oggi intesa, più semplicemente, come la descrizione di servizi suscettibili di valutazione pecuniaria. In questo senso, d'altronde, depone anche D. 38.1.6 (Ulp. 26 *ad Sab.*), laddove Ulpiano, nel trattare le *operae* suscettibili di successione in favore dell'erede (o, secondo la palingenesi leneliana, dell'arrogatore)⁶, integra la definizione di *operae fabriles* con un generico

³ Oltre a Gaio su cui *infra*, un precedente di età antonina, significativo anche per il richiamo ad Aristone (cfr. *infra*), è segnato in tal senso da D. 32.95 (Maecian. 2 *fideic.*): «*Quisquis mihi heres erit, damnas esto dare fideique eius committo, uti det, quantas summas dictavero dederō*». *Aristo res quoque corporales contineri ait, ut praedia mancipia vestem argentum, quia et hoc verbum «quantas» non ad numeratam dumtaxat pecuniam referri ex dotis relegatione et stipulationibus emptae hereditatis apparet et «summae» appellatio similiter accipi deberet, ut in his argumentis quae relata essent ostenditur. voluntatem praeterea defuncti, quae maxime in fideicommissis valeret, ei sententiae suffragari: neque enim post eam praefationem adiecturum testatorem fuisse res corporales, si dumtaxat pecuniam numeratam praestari voluisset*. Sempre in senso analogo, un precedente ancora più antico, seppure in un contesto non tecnico, si rinviene in Varr. *De ling.* 3.36: *Eadem pecunia vocabulum mutat: nam potest item dici dos, arrabo, merces, corollarium*.

⁴ D. 38.1.4 (Pomp. 4 *ad Sab.*): *A duobus manumissis utrique operas promiserat: altero ex his mortuo nihil est, quare non filio eius, quamvis superstite altero, operarum detur petitio. nec hoc quicquam commune habet cum hereditate aut bonorum possessione: perinde enim operae a libertis ac pecunia credita petitur. haec ita Aristo scripsit, cuius sententiam puto veram: nam etiam praeteritarum operarum actionem dari heredi extraneo sine metu exceptionis placet. dabitur igitur et vivo altero patrono*.

⁵ Sul senso di '*pecunia credita*' cfr. B. Albanese, *Per la storia del «creditum»*, in *AUPA*. 32, 1971, 102 ss.

⁶ Sulla scorta della ricostruzione di O. Lenel, «*Palingenesia iuris civilis*» II, Lipsiae 1889 [= rist. Roma 2000], 1110; L. Mitteis, «*Operae officiales*» und «*operae fabriles*», in *ZSS*. 23, 1902,

rinvio a prestazioni di carattere patrimoniale (*quae quasi in pecuniae praestatione consistunt*) che, se indebitamente svolte, altrove ammette al regime della *condictio* (D. 12.6.26.12)⁷, e contrappone alle *operae officiales*, giacché, appunto, *recipiunt aestimationem*.

Già si è visto come, prima di Ulpiano, Pomponio nei suoi commentari *ad Sabinum* – D. 38.1.4 (Pomp. 4 *ad Sab.*) – avesse proclamato siffatta omologazione delle *operae* a *pecunia credita* (*perinde enim operae a libertis ac pecunia credita petitur*). E, prima ancora, ad essa ricorreva Aristone (appunto in D. 38.1.4), per riconoscere la trasmissibilità del credito (‘anche’) di *operae praeteritae* all’erede estraneo del patrono⁸. Di qui Ulpiano, dunque, avrebbe accolto tale

151; P. Bonfante, *Corso di diritto romano* VI, Milano 1930 [= rist. corr., Milano 1974, da cui si cita], 115 nt. 3; J. Lambert, *Les «operae liberti»: contribution a l'histoire des droits de patronat*, Paris 1934, 322; G. Lavaggi, *La «bonorum possessio intestati liberti»*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari* 30, 1946, 106 ss.; C. Cosentini, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini* II, Catania 1950, 161 ss.; G. Lavaggi, *Nuovi studi sui liberti in Studi De Francischi*, II, Milano 1954, 24 opinano che in luogo di «*heredem*» debba leggersi «*adrogatorem*»; *contra* cfr. F.M. De Robertis, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano 1946, 96 nt. 4; P. Voci, *Diritto ereditario romano* I, Milano 1967, 367 nt. 106. La letteratura più recente tuttavia è propensa a riconoscere anche la genuinità del richiamo all’erede: cfr. W. Waldstein, «*Operae libertorum*», Stuttgart 1986, 229; C. Masi Doria, «*Civitas operae obsequium*». *Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli 1993, 63 nt. 44. Cfr., però, più recentemente M.G. Oliviero, «*Iura patroni*» e *successione ereditaria*, in *Labeo* 50, 2004, 239 ss.

⁷ Cfr., altresì, D. 12.6.26.12 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit: condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Iulianus libro decimo digestorum scripsit: natura enim operas patrono libertus debet. sed et si non operae patrono sunt solutae, sed, cum officium ab eo desideraretur, cum patrono decidit pecunia et solvit, repetere non potest. sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere. et Celsus libro sexto digestorum putat eam esse causam operarum, ut non sint eadem neque eiusdem hominis neque eidem exhibentur: nam plerumque robur hominis, aetas temporis opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest. sed hae, inquit, operae recipiunt aestimationem: et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus: ut puta fundum indebitum dedi et fructus condico: vel hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes: vel meis sumptibus pretiosorem hominem feci, nonne aestimari haec debent? sic et in proposito, ait, posse condici, quanti operas essem conducturus. sed si denegatus sit a patrono officiales operas, apud Marcellum libro vicensimo digestorum quaeritur. et dicit Marcellus non teneri eum, nisi forte in artificio sint (haec enim iubente patrono et alii edendae sunt): sed si solverit officiales delegatus, non potest condicere neque ei cui solvit creditori, cui alterius contemplatione solutum est quique suum recipit, neque patrono, quia natura ei debentur.*

⁸ Per F. Desserteaux, *Études sur la formation historique de la «capitis deminutio»* II. *Evolution et effets de la «capitis deminutio»*, Paris 1919, 281 ss., tale equiparazione sarebbe stata introdotta, prima ancora, da Labeone, ricordato dallo stesso Pomponio in D. 38.1.8 pr. (Pomp. 8 *ad Sab.*): *Si quando duobus patronis iuraverit libertus operas se daturum, Labeoni placet et deberi et peti posse partem operae, cum semper praeterita opera, quae iam dari non possit, petatur. quod*

identità concettuale nel ventiseiesimo libro *ad edictum*⁹, per riconoscere l'esperibilità della *condictio indebiti* finalizzata al recupero del valore dei servizi indebitamente resi. Sempre Ulpiano, però, avrebbe mostrato anche i limiti di tale procedimento finzionistico che non avrebbe inteso portare alle sue conseguenze: tant'è che in D. 38.1.7.6 (Ulp. 28 *ad Sab.*)¹⁰, escludendo tra gli eredi la distribu-

contingit, si vel ipsis patronis iuretur vel promittatur vel communi eorum servo vel complures heredes uni patrono existant. A mio giudizio, però, se è chiara l'opinione di Aristone, non si può ricavare, con uguale sicurezza, la posizione di Labeone: se il giurista sabiniano intravedeva una 'equiparazione normativa' volta ad estendere alle prime la disciplina dei crediti pecuniari, quanto a Labeone, invece, Pomponio ci dice solo che egli ammetteva la divisibilità del credito di opere, anticipando una soluzione a cui, peraltro, si sarebbe opposto Ulpiano. Ma non vi è traccia nel suo discorso di alcun rinvio ai crediti pecuniari.

In letteratura, la dicotomia «*operae praeteritae – operae futurae*» alla quale alludeva il Dessertheaux era stata già adottata dal B. Biondi, «*Iudicium operarum*», in *AUPE*. 28, 1914, 15 s. il quale distingueva perciò, per il diritto classico, le une dalle altre a seconda che fossero state, o meno, *indictae* dal patrono. Sul punto cfr. però E. Albertario, *Nuove osservazioni sulla trasmissibilità del «iudicium operarum» all'erede estraneo*, in *Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino* 49, Torino 1914, 735 ss.

⁹ Nel medesimo frammento – cfr. D. 12.6.26.4 – Ulpiano, poco prima, citando Marcello, si era occupato di un caso simile: *Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus libro vicensimo digestorum scribit et centum manere stipulationem: licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate maioris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia (nemo enim invitus compellitur ad communionem), sed et condictio integrae rei manet et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur.* L'opinione di Marcello ricorre anche in D. 12.2.34 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*): *Iusiurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet: etiam de operis iusiurandum deferri potest. nec de iniuria queri adversarius potest, cum possit iusiurandum referre. quid tamen, si ideo dicat reus se liberatum, quoniam Stichum, quem promiserat, putat decessisse? non erit tutus per relationem. et ideo ex hac causa putat Marcellus, et recte, aut remittendum ei iusiurandum aut spatium dandum, ut certioretur et sic iuret.*

¹⁰ D. 38.1.7.6 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Si liberi patroni ex inaequalibus partibus essent instituti, utrum pro parte dimidia an pro hereditariis habeant operarum actionem? et puto verius liberos pro aequalibus habituros actionem.* Cfr., altresì, D. 29.2.20.2 (Ulp. 61 *ad ed.*): *Si quid tamen quasi heres petit, sed ex his, quae ad heredem extraneum non transeunt, videamus, an oneribus se immeriserit hereditariis. ut puta a liberto parentis operas petit: has heres extraneus petere non potuit, hic tamen petendo consequi potest. et constat pro herede eum non gessisse, cum petitio earum etiam creditoribus competat et maxime futurarum.* Cfr. Albertario, *Nuove osservazioni sulla trasmissibilità del «iudicium operarum» all'erede estraneo* cit., 744; per P. Pescani, «*Operae libertorum*», Trieste 1967, 44 ss. la soluzione si conformava al principio antico che vedeva nei figli «la continuazione paritetica del padre e, quindi, i titolari alla pari di certi diritti staccati dall'eredità». Essa avrebbe però rivelato al contempo anche l'esistenza di una corrente che ha tentato di ricondurre il credito di opere all'eredità (*utrum pro parte dimidia an pro hereditariis habeant operarum actionem?*), secondo una tendenza che si faceva sempre più avvertita e che era destinata a culminare in età bizantina. Per G. Lavaggi, *La successione dei «liberi patroni» nelle opere dei liberti*, in *SDHI*. 11, 1945, 272 ss., la testimonianza andrebbe corretta in *etiam creditoribus*

zione del credito di opere proporzionalmente alla quota ereditaria, continuava ad ammetterne la spartizione per capo in parti eguali. Così, nonostante avesse affermato l'omologazione delle *operae* a *pecunia credita*, ancora riteneva di doversi attenere ai principi dell'originaria disciplina relativa alle *operae*, senza giungere alle conclusioni cui avrebbe dovuto condurre l'equiparazione delle opere, almeno di quelle che *recipiunt aestimationem*, a *pecunia credita*¹¹.

Per Ulpiano, dunque, la traduzione in moneta delle *operae* avrebbe informato solo un carattere delle prestazioni suscettibili di valutazione patrimoniale, senza costituire, al contempo, un'omologazione sostanziale. Ciò che, però, non sarebbe stato privo di rilievo: se pure non estendeva alle opere l'integrale disciplina del credito da mutuo di denaro, avrebbe, tuttavia, ammesso anche queste ultime a forme di tutela altrimenti precluse – la ripetizione d'indebito – a meno che non fossero tradotte, appunto, in pretese suscettibili di condanna pecuniaria.

2.- Restando nell'ottica della giurisprudenza severiana, da risvolti normativi, e non puramente definitivi, è ispirata anche la celeberrima definizione introdotta da Modestino in D. 22.2.1 (Modest. 10 *pandect.*) per estendere la disciplina del *foenus nauticum* al carico di merce che *trans mare vehitur*:

Traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur: ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiectica. sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur? et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent: tunc enim traiectica pecunia fit.

In particolare, per Modestino, avrebbero dovuto ascrivere al novero della *pecunia traiectica* anche quelle merci che, acquistate *eodem loci*, fossero poi

<non> *competat (et maxime futuram)*. Pescani, «*Operae libertorum*» cit., 47 s. ne limita l'efficacia normativa solo alle *operae ex iureiurando*; sul punto, però, cfr. i rilievi critici di Waldstein, «*Operae libertorum*» cit., 331. Per il frammento cfr. altresì S. Tondo, *Osservazioni intorno alla «pro herede gestio»*, in *AG.* 153, 1957, 11 ss.

¹¹ Già dopo i rilievi critici di Albertario, *Nuove osservazioni sulla trasmissibilità* cit., 735 ss. laddove, peraltro, venivano ribadite, in replica al Biondi, posizioni espresse qualche anno prima – cfr. E. Albertario, *Sul diritto dell'eredità estraneo alle «operae» del liberti*, in *Il Filangieri* 35, Milano 1910, 707 ss. – J. Lambert, *Les «operae liberti». Contribution à l'Histoire des Droits de Patronat*, Paris 1934, 317 suggestivamente qualificava tale omologazione come una 'image juridique', «moin fiction donc, à proprement parler, qu' 'imitation' du droit commun, a permis d'admettre, d'abord, les droits intestats (et toujours, en eux-mêmes, soumis aux principes du patronat) des *fili* du patron prédécédé en face du patron survivant, des descendants du second degré en face des descendants du premier». Osservato però, che in tema di spartizione di *operae* tra *liberi instituti* Ulpiano ritorna alla disciplina antica e speciale delle *operae*, il Lambert rileva che finché il giurista le avesse considerate isolatamente, non avrebbe abbandonato la disciplina tipica delle *operae*, «tandis qu'il restreint ses innovations dans les cadres du patronat, en n'appelant jamais, en définitive, que des *liberi*».

trasportate per mare a rischio del finanziatore. In letteratura ci si è soffermati sulla necessità dell'assegnazione del rischio al finanziatore, e sul significato e la rilevanza dell'acquisto operato nel luogo di partenza.

Anche qui, talora, si è assegnato all'estensione della definizione di *pecunia* alle merci piuttosto un valore nominalistico che normativo¹²; talvolta però, vi si è ricavato l'attestazione che il contratto di prestito marittimo potesse avere ad oggetto (sia pure in casi eccezionali)¹³ beni diversi dal denaro.

Per il Biscardi¹⁴ invece, premesso che, secondo Modestino, avrebbe concretato un'ipotesi di *pecunia traiectica* solo «il denaro destinato ad essere trasportato oltremare; quindi, stando al senso letterale delle parole (*ceterum*), non sarebbe *pecunia traiectica* il denaro speso nello stesso luogo ove fu sovvenzionato»¹⁵, il frammento, lungi dall'attestare la possibilità che in luogo del denaro potessero essere consegnati anche beni di diversa natura, estenderebbe piuttosto la disciplina del *foenus nauticum* a quelle ipotesi in cui, essendo stata trädita la *pecunia*, il finanziato avesse però acquistato *in loco* le merci da trasportare. E però, si avvertirebbe che, anche in questo caso, sarebbe stata essenziale l'attribuzione del rischio a carico del finanziatore. Quanto, poi, alle ragioni pratiche per

¹² F. Pringsheim, *Der Kauf mit fremdem Geld*, Leipzig 1916, 143 s.; U.E. Paoli, *Studi di diritto attico* I, Firenze 1930, 41s.; 49.

¹³ P. Huvelin, *Droit commercial romain*, Paris 1929, 196 ss. In proposito cfr. però F. De Martino, *Sul «foenus nauticum»*, in *Rivista del diritto della navigazione* I, 1935, 217 ss.; Per ult. bibl. cfr., altresì, A. Biscardi, *la struttura classica del foenus nauticum*, in *Studi Albertoni*, II, Padova 1936, 346 nt. 3; P. Voci, *La responsabilità del venditore da «stipulatio poenae»*, in *Studi Volterra*, III, Milano 1971, 341 ss. Sulla questione cfr. altresì A. Castresana Herrero, *El prestamo marittimo grieco y la «pecunia traiectica» romana*, Salamanca 1982, 64 ss.

¹⁴ A. Biscardi, «*Pecunia traiectica*» e «*stipulatio poenae*», in *Labeo* 24, 1978, 278 s., ritiene probabile che il frammento abbia subito un decisivo rimaneggiamento *in parte qua*, dal momento che, nella pratica, verisimilmente, la «fattispecie-base» della *pecunia traiectica* doveva essere costituita assai raramente da denaro contante destinato al trasporto, e dunque al solo 'commercio d'importazione': ipotesi questa che egli giudica «inconciliabile – salvo casi eccezionali od anormali – con la realtà socio-economica delle operazioni di credito marittimo e della convertibilità in merce del denaro, che solo glossatori postclassici in vena di sottigliezze nominalistiche hanno potuto occasionalmente trascurare, come D. 22.2.1 e nella *Interpr.*, *ad Paul. Sent.* [IP.] 2.14.3». Nondimeno, l'a. pure ipotizza che la testimonianza di Modestino sia riconducibile alla tendenza della mentalità scolastica romana di elaborare soluzioni scientifiche sulla base di definizioni etimologiche: «del resto» – continua il Biscardi – «*pecunia traiectica* (o *nautica*) non è che il calco di *χρήματα ναυτικά*: il che in greco vuol dire 'merci acquistate con il denaro prestato dal capitalista al *ναύκληρος*' ovvero sia 'denaro convertito in merci da trasportare sulla nave'. Sul punto cfr. altresì i rilievi di A. Biscardi, *Rec.* a W. Litewski, *Römisches Seedarlehen*, in *Iura* 24, 1973, 120 ss.; Id., «*Actio pecuniae traiecticae*». *Contributo alla dottrina delle clausole penali*, Torino 1974², 108 nt. 2, 121, 182 nt. 60.

¹⁵ Biscardi, *La struttura classica* cit., 350

cui il giurista avrebbe sentito il bisogno di specificare questa regola, il Biscardi ritiene di poterle rintracciare nell'ipotetico rifiuto del debitore che cercasse «di eludere il pagamento delle *usurae* non dedotte in apposita *stipulatio*, traendo pretesto dal fatto di aver consumato la *pecunia* in acquisto di merci sul luogo stesso della contrattazione, e dichiarasse in conseguenza che il prestito da lui contratto non aveva carattere commerciale, giuocando abilmente a tal fine sul significato letterale di *pecunia traiectica* ed invocando la gratuità del mutuo»: sicché la soluzione avrebbe consentito di ritenere che il denaro, quantunque fosse consumato nel luogo del finanziamento, non avrebbe configurato un ordinario prestito terrestre, poiché l'operazione negoziale si sarebbe definitivamente compiuta solo nei commerci trans-marini.

Su posizioni lievemente diverse si colloca in proposito il Giuffrè¹⁶, che invece legge nell'opinione di Modestino l'esigenza di contenimento dei rischi dell'usura.

A mio giudizio, tuttavia, fermo restando che, nella rappresentazione del giurista, il denaro costituiva l'oggetto elargito per il finanziamento dei traffici commerciali trans-marini, laddove il dubbio si poneva in riferimento a quello consumato nel luogo del finanziamento (nonostante fosse, però, pacifico, per lo stesso motivo, che rientrassero *in ea causa* gli acquisti compiuti oltremare, e per i quali certamente si estendeva la disciplina del *foenus nauticum*, dal momento che proprio in essi si sostanziava il complesso disegno negoziale cui era preordinato il prestito), è doveroso riflettere anche su un altro aspetto relativo all'equiparazione tra merce e denaro. Non deve sfuggire, infatti, che siffatta omologazione avrebbe permesso di contenere l'obbligo di restituzione del prestito, soprattutto in caso di getto o perdita delle merci in mare durante la navigazione (nel viaggio di andata come in quello di ritorno), deducendosi dal capitale il valore delle merci eventualmente disperse in mare, ed evitando conflitti normativi tra il regime del credito nautico-feneratizio con la peculiare disciplina che regolava il rischio nel trasporto marittimo delle merci, fosse essa tratta dalla *locatio-conductio rei* (massime se di *tota navis*), dalla *locatio-conductio operis*, dai *recepta nautarum*, dal *depositum* o dalla *lex Rhodia*¹⁷.

Ora, se la funzione del contratto indubbiamente tollerava l'attribuzione del rischio (delle merci d'importazione) in capo al *foenerator*¹⁸, l'equiparazione di

¹⁶ V. Giuffrè, *Il rischio dell'usura*, in *Studi sul debito*, Napoli 1999², 110 ss.; 124 nt. 14.

¹⁷ Cfr. D. 4.9.3.1 (Ulp. 14 *ad ed.*), D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*).

¹⁸ D'altronde, a me sembra rintracciabile un precedente in proposito nella descrizione che nella *Contro Lacrito*, Demostene, *Or.* XXXV, 11, ci dà di un accordo convenuto tra tal Androcle del demo di Sfetto e Nausicrate di Carysto da un lato, e Artemone e Apollodoro di Faselò dall'altro, laddove compare una clausola di questo segno: καὶ ἀπάξουσι τὰ χρήματα τὰ ἐκ τοῦ

Modestino delle merci a *pecunia* ne avrebbe esteso la regola anche per i beni d'esportazione. In tal senso, chiaramente però, sarebbe stata decisiva la ragione per cui *et interest utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent*: solo se e in quanto fosse stato convenzionalmente individuato, anche per queste merci, un soggetto su cui gravasse il pericolo del trasporto (il *foenerator*), si sarebbe scelto un regime normativo diverso dalla distribuzione del rischio regolato dai principi tramandatici da Ulpiano (D. 4.9.3.1) o da quelli che informavano la *lex Rhodia*. Dal momento che il rischio della navigazione sarebbe ricaduto, per intero, sul finanziatore, infatti, il caricatore non avrebbe patito della perdita delle merci, né, pertanto, avrebbe potuto gravarne 'in buona fede' il *nauta* e, se del caso, in ultima analisi gli altri caricatori.

Non occorre, dunque, affrontare qui la dibattuta questione se il *periculum creditoris* fosse o non fosse un elemento essenziale del contratto di finanziamento marittimo¹⁹. Piuttosto preme osservare che se i beni acquistati nel luogo del finanziamento potevano essere considerati *pecunia traiecticia*, purché fossero trasportati *periculo creditoris*, ciò avrebbe individuato una disciplina diversa da quella generalmente vigente per il trasporto delle merci.

In definitiva l'equiparazione assolve, qui come per le *operae*, a un consapevole processo finzionistico, idoneo all'estensione di effetti mirati (l'individuazione di un precipuo regime normativo), a cui però non sarebbe stata collegata una immediata corrispondenza sostanziale.

Πόντου ἀντιφορτισθέντα Ἀθήναζε πάλιν ἐν τῷ αὐτῷ πλοιῷ. Σωθέντων δὲ τῶν χρημάτων Ἀθήναζε, ἀποδώσουσιν οἱ δανεισάμενοι τοῖς δανείασαι τὸ γιγνόμενον ἀργύριον κατὰ τὴν συγγραφὴν πλὴν ἐκβολῆς ἀφ' ἧς ἂν ἔλθωσιν Ἀθήναζε, ἐντελὲς πλὴν ἐκβολῆς ἧς ἂν οἱ σύμπλοι ψηφισάμενοι κοινῇ ἐκβάλωνται, καὶ ἂν τι πολεμίοις ἀποτείσωσιν τῶν δ' ἄλλων ἀπάντων ἐντελές. (come dire, cfr. G. Purpura, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, in *AUPA*. 39, 1987, 205 [= in *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Messina 1996, 109, da cui si cita]: «E le mercanzie acquistate dal Ponto con il ricavato della vendita riconurranno di nuovo ad Atene tutte nella stessa nave. Se le mercanzie arriveranno salve ad Atene, i debitori pagheranno ai creditori il capitale e gli interessi in conformità alla singrafe nel termine di venti giorni dal loro arrivo ad Atene, senza altra deduzione che quella del getto che avrà avuto luogo di comune accordo tra coloro che navigano insieme e quella di un riscatto pagato ai nemici. Tutte le altre perdite saranno a loro carico»).

¹⁹ Sul punto cfr., tra gli altri, Biscardi, «*Actio pecuniae traiecticiae*» cit., 129 ss.; Id., «*Pecunia traiecticia*» e «*stipulatio poenae*» cit., 280 ss. (cfr., però, Id., *La struttura classica* cit., 350 ss.); Purpura, *Ricerche in tema di prestito marittimo* cit., 187; di segno contrario, De Martino, *Sul foenus nauticum* cit., 226 s., Id. *Ancora sul «foenus nauticum»* II, 1936, 443 ss., V. De Villa, *Le «usurae ex pacto»*, Roma 1937, 104 ss., H. Kupiszewski, *Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: profili sostanziali e processuali*, in *Index* 3, 1972, 378 nt. 29; Litewski, *Römisches Seedarlehen* cit., 135, 181; Id., *Bemerkungen zum römischen Seedarlehen*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano 1983, 385 ss.

3.- Se non viene confermata da Modestino la possibilità che in luogo del denaro fossero consegnati beni di diversa natura ai fini del finanziamento marittimo, da Ulpiano, invece, ciò sarebbe stato ammesso per la *mohatra*, laddove l'accipiente avrebbe ricevuto in consegna un bene (anche infungibile e inconsumabile), perché lo vendesse e ne trattenesse il prezzo, come se la somma corrispondente gli fosse stata consegnata a titolo di mutuo. Neanche qui, però, si afferma un'equipollenza sostanziale tra denaro e merci, ma piuttosto si riconosce efficacia a una *traditio ficta*: il bene, infatti, sarebbe stato consegnato in quanto rappresentativo del suo prezzo, tant'è che l'intera operazione negoziale si sarebbe completata solo quando l'accipiente avesse ricevuto il prezzo dei beni consegnati per la vendita.

In proposito, all'interno dei Digesti giustiniani il parere di Ulpiano ricorre in due luoghi: così, D. 12.1.11 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*) dove si rinvia a un'opinione di Nerva, per descrivere l'attribuzione del *periculum* in capo all'accipiente²⁰:

Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis uteris. si vendideris, puto mutuum pecuniam factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa perdidideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestio est. mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui propositio hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu uteris, tibi eam peris, et maxime si sine usuris credidi.

E sempre Ulpiano, nel trentunesimo libro *ad edictum*, riprende l'argomento citando, però, questa volta Labeone, il quale si interroga sugli strumenti di tutela a disposizione del creditore, per l'ipotesi in cui il complesso disegno negoziale – destinato a compiersi con la vendita del bene consegnato, o meglio con la ricezione del relativo prezzo – fosse stato interrotto prima dell'effettiva traduzione del bene in moneta. Così D. 19.5.19 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*)²¹:

²⁰ L. Lombardi, «L'actio aestimatoria e i «bonae fidei iudicia», in *BIDR.* 63, 1960, 135 ss.

²¹ Il caso presenta un'evidente affinità strutturale con l'*aestimatum*. Sul punto cfr., tra gli altri, Lombardi, *L'actio aestimatoria e i «bonae fidei iudicia»* cit. 129 ss.; A. Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli 1971, 91 ss.; Id., «*Ius*», Torino 2005, 289. In letteratura si ritiene che il mezzo di tutela alternativo, cui si allude nel frammento, e rispetto al quale Labeone giudica «*tutius*», *agere praescriptis verbis*, fosse un'*actio in factum* – cfr. P. Voci, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, 251 – ovvero, per i più, un'*actio mandati*, dal momento che il frammento, secondo la palingenesi leneliana – cfr. O. Lenel, «*Palingenesia iuris civilis*» II, Lipsiae 1889, [= rist. Roma 2000] c. 619 s.; Id., *Das «Edictum perpetuum»*. *Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927³ [= rist. Aalen 1965], 295) – si inseriva nel commento all'editto dedicato appunto all'*actio mandati*; sulla questione cfr. per tutti A. Burdese, *Sul concetto di*

Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.

Anche se con esclusivo riferimento ai profili relativi al tema dell'azione e del regime del rischio, la rappresentazione ulpiana richiama comunque soluzioni di scuola proculiana, che, quindi – possiamo presumere – si è imbattuta in questa ipotesi contrattuale, riconoscendone pure efficacia, anche se non sappiamo se vi avesse anticipato la soluzione ulpiana (*puto mutuam pecuniam factam*)²².

Prima abbiamo osservato, invece, la posizione di Aristone (ripresa da Pomponio in un commentario *ad Sabinum*), in riferimento 'all'immagine giuridica' della *pecunia credita* estesa alle *operae*.

contratto e i contratti innominati in Labeone, in *Le dottrine del contratto*, Padova 2006, 129 ss. Sul frammento cfr., fra gli altri, V. Giuffrè, *La «mutui datio»*. Prospettive romane e moderne, Napoli 1989, 67; M. Sargenti, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 38, 1987, 48; M. Talamanca, *La tipicità dei contratti romani tra «conventio» e «stipulatio» fino a Labeone*, in «*Contractus*» e «*pactum*», tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana, Napoli 1990, 86 ss.; F. Gallo, «*Synallagma*» e «*conventio*» nel contratto I, Torino 1992, 180 s.; con qualche differenza, Id., «*Synallagma*» e «*conventio*» nel contratto II, Torino 1995, 73 nt. 24; A. Saccoccio, «*Si certum petetur*». Dalla «*condictio*» dei «*veteres*» alle «*conditiones*» giustinianee, Milano 2002, 408 nt. 78, ritiene possibile che il termine di paragone rispetto all'agere *praescriptis verbis* fosse la *condictio*. A mio giudizio non dovrebbe escludersi, però, che Labeone ricorresse al comparativo 'tutius' in forma assoluta quasi ad intendere 'piuttosto' 'alquanto', senza indicare altri termini di paragone.

²² La soluzione ulpiana avrebbe trovato seguito e accoglimento anche in CI. 4.2.8. Non è dato conoscere, invece, la posizione di Labeone e di Nerva e se essi riconoscessero la configurazione di un mutuo, e quindi per implicito l'esperibilità di una *condictio*. Né osta alla possibilità che, prima di Ulpiano, la giurisprudenza ammettesse la *mohatra*, il tenore della testimonianza di Giuliano (cui si riferisce il 'respondit'), tramandata da Africano, in D. 17.1.34 pr. (Afr. 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. Cfr., però, M. Kaser, *Die Verteilung der Gefahr beim sg. «Contractus Mohatrae»*, in *Syntelesia. St. Arangio-Ruiz* I, Napoli 1964, 74 ss.*

Secondo A. Saccoccio, «*Si certum petetur*» cit. 392 ss., l'ipotesi della *mohatra* (*qui, cum mu-*

Evidentemente, questi precedenti ci impongono di valutare se non debba rintracciarsi nella dialettica tra proculiani e sabiniani l'*humus* culturale in cui sia maturata una rinnovata riflessione sopra la categoria dei crediti pecuniari. D'altronde, già da tempo, la progressiva affermazione della procedura formulare aveva com-

tuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset) concluderebbe gli esempi riportati nel frammento, integrando una fattispecie simile a quella iniziale (*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*), e per la quale era stata negata la configurabilità della *pecunia credita* e della relativa *condictio*. In questo caso, come nel primo esempio infatti la titolarità sulla somma di denaro, ricavata dall'esecuzione del mandato, sarebbe trasferita dal terzo (l'acquirente del bene, per la *mohatra*, il debitore del mandante nel primo caso) al finanziato: mancherebbe pertanto la *traditio* da mutuante a mutuatario del denaro, non essendo efficace all'uopo la consegna della *res vendenda*. Sta di fatto che il frammento è più articolato: il primo degli esempi riportati da Africano è confrontato con i casi ispirati alla soluzione opposta. Il giurista ci avverte infatti che dalla prima ipotesi differiscono quelle di seguito indicate (*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*). Quindi Giuliano riporta il caso della *mohatra* come *argumentum* consequenziale 'ai casi' precedentemente descritti (*his argumentum*): la relazione tra questa ipotesi e i casi in cui si configura il mutuo è dunque dichiarata, così come la soluzione, indubbiamente di difficile intelligenza, introdotta dal «*nihilo magis*». Secondo G.E. Heimbach, *Die Lehre von dem «Creditum» nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig 1849, 281 nt. 1, seguito da Saccoccio, «*Si certum petetur*» cit., 401 nt. 56, il «*nihilo magis*» assumerebbe una funzione avverbiale negativa, quasi che Giuliano e, per lui, Africano avessero negato che correttamente potesse essere richiesto il denaro come dato a mutuo. Invero, a me non sembra possibile attribuire a tale avverbio una funzione propriamente negativa. Come «*nihilo minus*» anche «*nihilo magis*» introduce infatti un termine di paragone per assimilare (quasi a dire 'del pari') e non distinguere o, addirittura, contrapporre, un'ipotesi all'altra. Di talché il significato, affermativo o negativo, assunto dall'avverbio dipende concretamente dal membro di paragone su cui si erge il confronto. È così possibile rintracciare in letteratura «*nihilo magis*» in termini positivi (cfr. tra gli altri Cic. *div.* 2.104), così come è altrettanto possibile che alle stesse parole si ricorra per estendere una negazione già espressa (cfr. Gai 3.22; 3.28). Nel caso di specie è dunque essenziale comprendere quale sia il termine di paragone cui allude il «*nihilo magis*»; ossia cosa si intenda per «*his*» rispetto a cui il caso della *mohatra* costituisce l'*argumentum* di paragone.

Il tenore del frammento lascerebbe intendere che il confronto debba essere svolto con i casi in cui Giuliano aveva riconosciuto la configurazione del mutuo. Ne conseguirebbe che il giurista avrebbe inteso dire (così come viene generalmente tradotto) che chi, volendo dare a mutuo del denaro, abbia dato argento da vendere, 'del pari' correttamente potrà ripetere il denaro come dato a mutuo. Di talché, Giuliano e Africano avrebbero già espressamente adottato la soluzione poi dichiarata da Ulpiano. E tuttavia, non può essere privo di significato – rivelando al contempo, la scarsa intelligibilità del testo – che la versione greca corrispondente al nostro frammento (Bas. 14.1.34) traduca «*nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum*» nel senso che 'non' si contrae mutuo (ὁ συνίσταται δάνειον) e che, per altro verso, Teofilo (sch. 4.1522 s. *ad Bas.* 23.1.11) legga la testimonianza in senso affermativo, mentre Stefano adattava la testimonianza nel senso che l'azione di mandato si sarebbe 'atteggiata' ad azione di mutuo (sch. 4.1536 *ad Bas.* 23.1.14).

portato il consolidamento di un processo di patrimonializzazione di ogni rapporto giuridico che, quando e in quanto meritevole di tutela, in sede processuale si sarebbe tradotto nella pretesa pecuniaria espressa dalla *condemnatio*.

4.- Segnatamente, l'attenzione della scuola proculiana sul tema viene espressa anche da D. 32.79.1 (Cels. 9 *dig.*):

His verbis: «quae ibi mobilia mea erunt, do lego» nummos ibi repositos, ut mutui darentur, non esse legatos Proculus ait: at eos quos praesidii causa repositos habet, ut quidam bellis civilibus factitassent, eos legato contineri. et audisse se rusticos senes ita dicentes pecuniam sine peculio fragilem esse, peculium appellantes, quod praesidii causa seponeretur.

Nel frammento Celso descrive il caso in cui un testatore avesse lasciato in legato i beni mobili collocati in un certo luogo: ci si domanda se tale legato dovesse ricomprendere anche i *nummi*. Il quesito avrebbe potuto essere risolto alla luce della *voluntas testatoris*; nondimeno il giurista preferisce ricercare una regola oggettiva. A tal fine richiama l'autorevolezza di Proculo, il quale distingue la soluzione a seconda delle funzioni del danaro. E osserva che quando il denaro fosse stato destinato allo scopo di finanziare un mutuo, esso non sarebbe rientrato nel legato, mentre se fosse stato vocato al risparmio (*rectius*, tesoreggiamento) sarebbe stato equiparabile a un bene mobile.

Il frammento richiama alla memoria una testimonianza analoga raccolta da D. 33.2.32 (Scaev. 15 *dig.*) ove pure si rappresenta il caso di un testatore che avesse disposto in favore della *uxor* un legato di usufrutto di alcuni immobili e di tutto quanto ivi fosse riposto con eccezione dell'*argentum*. Ci si chiede se sarebbero rientrate nel lascito quelle merci che avessero una spiccata vocazione commerciale, e Scevola, e con lui il suo maestro Giuliano (cui si riferisce il '*respondit*'), ultimo corifeo della scuola sabiniana – evitando ancora una volta il ricorso ai criteri di interpretazione soggettiva – esclude, con l'*argentum*, quelle cose *mercis causa comparata*, quasi esse rappresentassero già il loro prezzo:

Uxori usum fructum domuum et omnium rerum, quae in his domibus erant, excepto argento legaverat, item usum fructum fundorum et salinarum: quaesitum est, an lanae cuiusque coloris mercis causa paratae, item purpurae, quae in domibus erat, usus fructus ei deberetur. Respondit excepto argento et his, quae mercis causa comparata sunt, ceterorum omnium usum fructum legatariam habere.

È facile osservare che la testimonianza di Scevola sviluppa la medesima regola espressa da Celso, sebbene la osservi dalla prospettiva opposta. Celso, infatti, distingue tra *pecunia* vocata al mercato (mutuo) e quella destinata al risparmio, per ricondurre la seconda al novero dei *mobilia*.

Scevola guarda invece alle merci. Ma, anche lui, isola, tra le *res*, quei beni *mercis causa comparata*, che assimila invece all'*argentum*²³. Entrambe le soluzioni muovono però da una logica comune: non tanto le caratteristiche intrinse-

²³ Cfr. G. Crifò, *Studi sul quasi-usufrutto romano I. Problemi di datazione*, Padova 1977, 175 ss., secondo cui il motivo per cui anche le *res mercis causa paratae* non rientrassero nel lascito deriverebbe «dalla circostanza che l'*argentum* non faceva parte del legato ('*excepto argento*') e dunque, a maggior ragione, non potevano entrarne a far parte il prezzo o il credito nascente dalla vendita». *Contra* però C. Nitsch, «*Exceptio firmat regulam*». *Un contributo sul ragionamento giuridico*, in «*Fides humanitas ius*». *Studii in onore di L. Labruna*, VI, Napoli 2007, 3812 s., secondo cui l'individuazione dell'*argentum* escluderebbe dal legato di usufrutto le *res*, come le lane e le porpore *mercis causa paratae*, che «non soddisfano l'ulteriore requisito (la funzionale destinazione alle esigenze della vita domestica) posto in evidenza dall'eccezione dell'*argentum*». Segnatamente il Nitsch, «*Exceptio firmat regulam*» cit., 3811, esclude che l'*argentum* potesse qui indicare il denaro, tanto più che ciò sembrerebbe improbabile anche in considerazione dell'insistenza – rilevata da B. Kübler, *VIR*. I/3, Berolini 1944, 496 ss. – con cui il termine '*argentum*' appariva riferito al metallo «*sive infectum sive factum*», laddove solo tre volte (di cui, in due, è detto '*signatum*') ad esso si ricorreva nel senso di '*pecunia*' (D. 34.2.27.4, D. 47.2.19.3 e D. 45.1.140.1). Di qui chiosa: «il problema dell'appartenenza dei *nummi* all'*argentum* appare negativamente risolto in un altro celebre frammento ulpiano, anch'esso tratto dal *libro quadragesimo quarto ad Sabinum*: D. 34.2.27.1. *An cui argentum omne legatum est, ei nummi quoque legati esse videantur, quaeritur. et ego puto non contineri: non facile enim quisquam argenti numero nummos computat. item argento facto legato puto, nisi evidenter contra sensisse testatorem appareat, nummos non contineri*».

A me pare che il Nitsch colga nel segno quando rileva che l'esclusione delle *res mercis causa paratae* si fondasse sul rilievo che esse non sarebbero state destinate alle esigenze di vita domestica. E ciò a me sembra tanto vero che credo che la ragione di questa esclusione trovi conferma nella contrapposizione di questi beni (*mercis causa parata*) agli *uxori parata* su cui cfr. Astolfi, *Studi sull'oggetto dei legati* II cit., 243 ss., 267 s. Non a caso l'attenzione di Scevola ricade sulle *lanae*. Esempi analoghi compaiono, tra gli altri, in D. 32.60.2 (Alf. 2 *dig. a Paulo* *epit.*): *Lana lino purpura uxori legatis, quae eius causa parata essent, cum multam lanam et omnis generis reliquisset, quaerebatur, an omnis deberetur*; D. 32.70 pr. (Ulp. 22 *ad Sab.*): *Si cui lana legetur, id legatum videtur quod tinctum non est, sed ἀποφύξ;* D. 32.70.12 (Ulp. 22 *ad Sab.*): *Et constabat apud veteres lanae appellatione versicoloria non contineri, sed ea omnia videri legata, quae tincta sunt, et neta, quae neque detexta neque contexta sunt*; D. 34.2.32.6 (Paul. 2 *ad Vitell.*): *Labeo testamento suo Neratae uxori suae nominatim legavit «vestem mundum muliebrem omnem ornamentaque muliebria omnia lanam linum purpuram versicoloria facta infectaque omnia» et cetera*. Anche in questi casi, evidentemente, le *lanae* rappresentano esemplificativamente un elemento degli *uxori parata*. In questo contesto Scevola, nel nostro frammento, ci avvertirebbe che quando queste *lanae* fossero però non destinate alle esigenze muliebri ma a quelle di mercato, non sarebbero rientrate nel legato. Tale rappresentazione mi induce però a credere che *argentum* fosse qui 'denaro' e non indicasse invece il metallo e quindi per sineddoche ogni bene di questa materia: dal momento che i preziosi e le suppellettili in argento avrebbero potuto far parte degli *uxori parata*, sfuggirebbe altrimenti l'analogia tra argento, da un lato, e *lanae* e *purpurae mercis causa paratae* dall'altro. Evidentemente, come le *lanae* e le *purpurae*, anche l'*argentum*, per non essere *uxori paratum*, sarebbe stato quello destinato al mercato. Certo, potrebbe in astratto pensarsi che si trattasse merce d'argento, come dire, *argentum* raccolto, anch'esso, *mercis causa*. Sta di fatto che tale specificazione, nel frammento, compare solo per le *lanae* e le *purpurae*, laddove la vocazione

che delle cose (e, dunque, neanche la sola consistenza monetaria), ma piuttosto la loro vocazione al mercato avrebbe caratterizzato la natura pecuniaria dei beni. Anche i *nummi*, infatti, sarebbero stati beni mobili (*mobilia*) se tesaurizzati, laddove, invece, le *lanae* e le *purpurae* sarebbero stati trattati alla stregua dell'*argentum* se fossero state *mercis causa paratae*.

Non solo. Il frammento celsino rammenta il giudizio di alcuni *rustici veteres* secondo cui la vigoria della *pecunia* sarebbe risieduta nel suo accumulo (*praesidii causa*), evidentemente perché solo un congruo ammontare avrebbe assicurato maggiori utilità all'occorrenza. Naturalmente, questa logica postula – così come nell'elaborazione aristotelica²⁴ – che la sua funzione consistesse nel suo potenziale impiego quale avrebbe dovuto essere segnato dal suo consumo e, in definitiva, dalla sua traduzione in altro tipo di merci. Quasi che il denaro destinato al risparmio (*praesidii causa*), e contrapposto al denaro stipato *mutui causa*, già rappresentasse i beni che con esso avrebbero potuto essere procurati; donde dunque l'assimilazione, già attuale, ai *mobilia*.

al mercato dell'*argentum* viene presupposta, quasi intrinseca e naturale. E questo, però, come nel linguaggio corrente, non avrebbe potuto indicare che il denaro. Sul senso di '*argentum*' come denaro, cfr. *ThLL*. sv. '*argentum*', 527 s., E. Forcellini, *Lexicon totius latinitatis*, Patavii 1864-1926, sv. '*argentum*', 316; cfr. inoltre, Bretone, *I fondamenti del diritto romano* cit., 127.

Nulla dice in contrario – a mio giudizio – il frammento ulpiano in D. 34.2.27 citato dal Nitsch. Esso, in particolare, non nega che *argentum* significasse denaro: anzi il solo dubbio (*quaeritur*) attesta il contrario. Ulpiano – piuttosto vuole evidenziare la portata significativa, non già del termine '*argentum*', ma del legato di '*omne argentum*', ossia di ogni bene di questa materia, che nella sua genericità – salvo che *evidenter contra sensisse testatorem appareat* – potrebbe non ricomprendere il denaro, soprattutto se ad esso – sul punto *infra* – si riconosce un'autonomia concettuale indipendentemente dalla materia da cui sia formato. Non a caso il giurista evoca un *argumentum* molto più antico, e riferito alla questione se il legato di '*omne argentum*' lasciato alla donna ricomprendesse o non anche la *pecunia signata*, laddove ancora una volta non viene affatto in discussione che il denaro sia ricompreso nella definizione di *argentum*. Così si esprime Cic. *Top.* 53: *Nam quid interest, cum hoc sumpseris, pecuniam numeratam mulieri deberi cui sit argentum omne legatum, utrum hoc modo concludas argumentum: si pecunia signata argentum est, legata est mulieri. est autem pecunia signata argentum. legata igitur est; an illo modo: si numerata pecunia non est legata, non est numerata pecunia argentum. est autem numerata pecunia argentum; legata igitur est; an illo modo: non et legatum argentum est et non est legata numerata pecunia. legatum autem argentum est; legata igitur numerata pecunia est?* Similmente in *Top.* 13: *quoniam argentum omne mulieri legatum est, non potest ea pecunia quae numerata domi relicta est non esse legata; forma enim a genere, quoad suum nomen retinet, nunquam seiungitur, numerata autem pecunia nomen argenti retinet; legata igitur videtur; 16: non, si uxori vir legavit argentum omne, quod suum est, idcirco, quae in nomibus fuerunt, legata sunt: multum enim differt, in arcane positum sit argentum an in tabulis debeatur.* Peraltro la prospettiva del passo colpisce anche per la sua affinità con la questione trattata da Proculo in D. 32.79.1 (Cels. 9 dig.).

²⁴ Arist., *Eth. Nic.* 1133 b. 10: ὑπερ δὲ τῆς μελλούσης ἀλλαγῆς, εἰ νῦν μὴδὲν δεῖται, ὅτι ἔσται ἂν δεηθῆ, τὸ νόμισμα οἷον ἐγγυητῆς ἐστὶ ἡμῖν.

Da questa logica, anche se nella prospettiva inversa, mi sembra che muova d'altronde anche Giuliano il quale – a detta di Scevola in D. 33.2.32 – ritiene che il lascito di beni dai quali fosse escluso l'*argentum*, non ricomprendesse quei beni che, per essere destinati al mercato, fossero ormai prossimi alla traduzione monetaria. Come se queste merci fossero già denaro, quantunque non ancora si sostanziassero in 'valuta'.

E, invero, in ambienti sabiniani non era rara l'omologazione sostanziale tra denaro e beni di diversa natura, tale che gli uni e l'altro avrebbero potuto finanche surrogarsi reciprocamente; quasi che il denaro non assumesse un'autonoma configurazione concettuale ma piuttosto rappresentasse un'unità di conto del 'valore' dei beni.

Così, quantunque la *litiscontestatio* trasfondesse il rapporto controverso in una pretesa pecuniaria, costoro ammettevano che l'adempimento delle ragioni dell'attore liberasse il convenuto anche in assenza di una specifica clausola restitutoria: la *summa condemnationis* non sarebbe stata avvertita come una prestazione diversa dalla pretesa giuridica dedotta in giudizio, e la traduzione in moneta del rapporto conteso non avrebbe mutato la sostanza delle ragioni per le quali il giudizio fosse stato introdotto²⁵.

Così ancora in tema di compravendita²⁶: innanzi alla questione se *pretium in numerata pecunia consistere debet* ovvero potesse consistere in altri beni *ueluti homo aut toga aut fundus*, i sabiniani infatti *putant etiam in alia re posse consistere pretium*. E a fronte delle obiezioni di Proculo, Celio Sabino avrebbe

²⁵ Gai 4.114: *Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. nostri praeceptores absolvere eum debere existimant; nec interesse, cuius generis sit iudicium. et hoc est, quod volgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse [.] de bonae fidei autem iudiciis idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. tantundem et de in rem actionibus putant, quia formulae verbis id ipsum exprimitur [.] sunt etiam in personam tales actiones in quibus exprimitur [.] actum fuit.*

²⁶ Gai 3.141: *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut toga aut fundus alterius rei pretium esse possit, valde quaeritur. nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium; unde illud est, quod vulgo putant per permutationem rerum emptionem et (...) venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse. (...) Diversae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem; alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri. sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi venalem habenti, veluti fundum, [acceperim et] pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur. Cfr. V. Arango-Ruiz, *La compravendita in diritto romano* I, Napoli 1951, 131 ss.*

replicato che *si rem tibi venalem habenti, veluti fundum, [acceperim] et pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur*. Uno schiavo avrebbe potuto prendere il luogo del denaro se consegnato appunto *pretii nomine*: perché fosse riconosciuta l'*actio ex empto* sarebbe stato sufficiente, infatti, che le parti fossero d'accordo su chi tra loro avesse consegnato il bene, in quanto rappresentativo del suo valore²⁷.

Questa posizione, però, non era dei proculiani, che del denaro avevano un'idea diversa, e che, nonostante ammettessero che il finanziamento di denaro potesse essere compiuto attraverso la consegna di beni da vendere, nondimeno escludevano che il prezzo potesse essere costituito da beni diversi dal denaro (*numerata pecunia*).

D'altronde, abbiamo già osservato un'altra ipotesi in cui i proculiani disconoscevano l'omologazione del denaro a beni di diversa natura, laddove Celso, in D. 32.79.1, ricordando l'opinione di Proculo, escludeva la riconduzione del denaro destinato a mutuo al novero dei *mobilia*, a differenza dei *nummi* raccolti *praesidii causa*: evidentemente perché, non essendo chiamati a tradursi in prodotti di acquisto (ma piuttosto in altro denaro), ed essendo volti a funzioni speculative (il finanziamento di un mutuo), in questo caso i *nummi* avrebbero infranto la loro immediata, per quanto solo 'potenziale', relazione con le merci; la 'valuta' non avrebbe rappresentato qui l'unità di conto del suo potenziale di acquisto, ma avrebbe piuttosto costituito uno strumento d'investimento, dotato, come tale, di un'autonomia concettuale non riducibile alla sola rappresentazione del 'valore' di beni di mercato.

Ora, se è vero che anche per i proculiani dovesse ricercarsi nella destinazione al mercato la natura della *pecunia* (fosse essa denaro raccolto per il finanziamento di un mutuo, ovvero prodotti da mettere in commercio), pure, però, si comprende perché, sempre nell'ottica proculiana, la merce, pur potendo rappresentare validamente il denaro in seno alla *mohatra*, non avrebbe potuto, però, prenderne il luogo in seno alla compravendita. Nell'uno, infatti, le merci sarebbero state destinate a tradursi in moneta, una volta vendute (ragione per cui già rappresentavano denaro in potenza); nella compravendita, al contrario, il prezzo sarebbe stato chiamato a tradursi in merci (sicché il denaro si sarebbe espresso come beni *in fieri*). Ove mai, pertanto, *aliae merces* avessero preso il luogo del denaro in funzione di prezzo, esse sarebbero destinate a tradursi proprio in merci di scambio; non in denaro. In definitiva, lungi dal presentarsi come denaro in

²⁷ Gli argomenti delle opposte posizioni si rintracciano ancora nella tarda antichità: cfr. CI. 4.64.7 per la posizione proculiana, CI. 4.64.1, per quella sabiniana. Sul punto cfr. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano* I cit., 138.

potenza, in tal caso esse avrebbero dovuto rappresentare altre merci: ciò che avrebbe configurato, appunto, una permuta. Di qui, il dissenso dei proculiani circa la natura del prezzo nella compravendita.

Come i sabiniani, però, anch'essi riconoscevano la stretta affinità concettuale tra denaro e merci: la natura del denaro, infatti, sarebbe stata espressa non tanto dalla consistenza monetaria della 'valuta', quanto dalla vocazione al mercato dei beni di scambio. Tant'è che non incontravano difficoltà ad ammettere (D. 19.5.19 pr.) che il denaro potesse essere rappresentato da altri beni quando la merce fosse prossima alla sua traduzione in moneta, esattamente come il denaro, a sua volta, avrebbe costituito un generico bene mobile quando fosse stato destinato al risparmio (D. 32.79.1), raccolto appunto per essere, all'occorrenza, consumato (e trasformato) in altri beni.

In definitiva, per i proculiani, denaro e merci avrebbero bene potuto reciprocamente rappresentarsi, ma non avrebbero potuto surrogarsi l'uno all'altro, conservando ciascuno la propria identità²⁸. I sabiniani, invece, avrebbero guardato al risultato economico perseguito dalle parti: sicché il denaro avrebbe potuto prendere il luogo delle merci, e viceversa, esattamente come qualsiasi altro bene avrebbe potuto sostituirsi all'oggetto della prestazione, privilegiando del denaro l'aspetto 'valoriale' a quello 'valutario'. Quasi, per l'ordinamento – almeno secondo i sabiniani – non fosse determinante la sostanziale identità delle prestazioni, quanto piuttosto l'assetto economico dei rapporti.

Gai 3.168 così infatti ci riporta l'opinione sabiniana in tema di *solutio obligationis*²⁹:

Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeatur. unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est.

²⁸ Sempre in tal senso mi sembra esprimersi Labeone – cfr. D. 33.4.6.1 (Labeo 2 post. a lav. epit.) *Item ei, quae dotem nullam habebat, vir sic legaverat: «quanta pecunia dotis nomine» et reliqua, «pro ea quinquaginta heres dato». deberi ei legatum Ofilius Cascellius, item et Servii auditores retulerunt: perinde habendum esse ac si servus alicui mortuus aut pro eo centum legata essent. quod verum est, quia his verbis non dos ipsa, sed pro dote pecunia legata videtur.* – laddove, seguendo un insegnamento di Servio Sulpicio Rufo, tramandato da Alfeno Varo nell'esaltare la funzione rappresentativa del denaro rispetto alle altre merci, per l'ipotesi di un legato *«quanta pecunia dotis nomine pro ea quinquaginta heres dato»*, mirava al contempo a chiarire la differenza ontologica tra l'una e le altre (*non dos ipsa, sed pro dote pecunia legata videtur*); tant'è che il lascito sarebbe stato efficace anche se la donna *dotem nullam habebat*.

²⁹ Cfr. G. Melillo, *«In solutum dari»*, Napoli 1979, 40 ss., G.L. Falchi, *Le controversie tra sabiniani e proculiani*, Milano 1981, 182.

Come per la compravendita – nell'ottica dei sabiniani – sarebbe stato sufficiente che le parti fossero d'accordo su quale dei due beni venisse offerto *nomine pretii*, così qualsiasi altra obbligazione sarebbe stata validamente estinta quando, *consentiente creditore*, fosse adempiuto un *aliud pro alio*³⁰.

Al contrario, per i proculiani, nonostante il raggiungimento degli interessi economici perseguito dal creditore assenziente, l'adempimento di una prestazione diversa da quella pattuita non avrebbe sciolto l'originaria obbligazione, nonostante la prestazione eseguita fosse economicamente equipollente, e comunque accolta dal creditore. Certo, il consenso del creditore sarebbe stato rilevante per il riconoscimento di un' *exceptio doli*; ma sul piano sostanziale il rapporto non sarebbe stato estinto, e, in astratto, avrebbe potuto finanche generare un' *actio*.

Del resto anche la *pecunia*, ancorché dovesse essere osservata nel suo profilo funzionale tale da escludere il denaro tesaurizzato e ricomprendere i beni di mercato, avrebbe rintracciato un'identità propria non riducibile al suo potenziale di acquisto; tanto è vero che – a ben guardare – proprio quando il denaro avesse espresso la funzione di strumento di pagamento, proprio in ciò, avrebbe finito per essere equiparato alle merci. Ma il denaro avrebbe configurato anche l'unità di misura (aprioristicamente determinata) della ricchezza, in quanto tale, ontologicamente diversa da ogni altro bene e non confrontabile se non con se stessa.

In questo senso, a me pare di poter leggere l'opposizione all'opinione sabiniana secondo cui *omnia iudicia absolutoria esse*³¹: una volta che fosse tra-

³⁰ Cfr. G. Baviera, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze 1898, 91 s., secondo cui la questione non avrebbe condiviso le ragioni del dibattito concernente la natura del prezzo della compravendita, osservando che «nella divergenza in esame ambedue le scuole ammettevano che una cosa invece del prezzo possa estinguere l'obbligazione: la questione verte sulla natura dell'obbligazione e sembra teorica». Piuttosto la posizione sabiniana avrebbe percorso l'idea che la prestazione dell'*aliud* condividesse la 'natura giuridica' della *solutio*; resterebbe, invece, senza spiegazione il dissenso dei proculiani; per un più ampio confronto tra *datio in solutum* e compravendita, sotto diversi profili, cfr. altresì A. Saccoccio, *Compravendita e 'datio in solutum'*, ne *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Padova 2007, 631 ss. Il Melillo, «*In solutum dari*» cit., 40 ss. riconduce la questione al ruolo del 'consenso' nel contratto. Cfr. inoltre la rassegna di E. Nardi, *Radiografia dell'«aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare»*, in *BIDR.* 73, 1970, 59 ss. in cui bene si evidenzia la notevole frequenza, tra le fonti, di ipotesi in cui l'*aliud pro alio* riguardava la sostituzione di denaro ad altri beni, di beni a denaro e, persino, di denaro (di certa forma) a denaro di forma diversa (D. 46.3.99). Cfr. inoltre Falchi, *Le controversie tra sabiniani e proculiani* cit., 173 ss. Sotto altri profili cfr. H. Steiner, «*Datio in solutum*», München 1914, 88.

³¹ M. Kaser, «*Restituere*» als Prozeßgegenstand. Die Wirkungen der «*litis contestatio*» auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht, München, 1968, 106 s., 115 ss., riconduce la controversia alla questione della *datio in solutum*. Cfr., però, F. P. Bonifacio, *Appunti sulla natura*

sformata in una *condemnatio pecuniaria*, la pretesa giudiziale avrebbe mutato la propria consistenza sostanziale, dacché il denaro sarebbe stato un bene come tale, dotato di un'identità propria e diversa da ogni altro bene giuridico, di cui pure (ma non solo) si sarebbe prestato a rappresentare il valore. E poco importa che la *summa condemnationis* esprimesse proprio la stima del valore del rapporto giuridico controverso; che, cioè, la *litis aestimatio* svolgesse una funzione strumentale (di tutela) nei confronti delle originarie pretese giuridiche: intervenuta la *litis contestatio*, il rapporto giuridico controverso sarebbe stato trasformato in un'altra cosa.

6.- In tale concezione della *pecunia* si è imbattuto anche Gaio³² che – almeno ai fini del *beneficium legis Corneliae* (Gai 3.124)³³ – definiva come *pecunia credita* ogni credito di *certa res* (*pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum, cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri*) estendendo la nozione di *pecunia* ad ogni altro bene (*appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur; itaque et si vinum vel frumentum aut si fundum vel hominem stipulemur, haec lex observanda est*)³⁴.

E ancora così si esprimeva il maestro sabiniano in D. 13.4.3 (Gai. 9 *ad ed. prov.*):

Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio, quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque, maxime vini olei frumentum: pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius et gravibus usuris.

della *litis contestatio*» nel processo formulare, in *Studi Albertario*, I, Milano 1954, 94 s., Falchi, *Le controversie tra sabiniani e proculiani* cit., 183 ss. ed ivi ult. bibl., il quale ripercorre le principali ipotesi già avanzate in letteratura.

³² Non si può escludere d'altronde che sempre Gaio criticamente riconoscesse la solidità (*valde quaeritur*) del dissenso dei proculiani intorno alla possibilità che *aliae merces* surrogassero il denaro nella funzione di prezzo della compravendita (Gai 3.141).

³³ *Sed beneficium legis Corneliae omnibus commune est. qua lege idem pro eodem apud eundem eodem anno vetatur in ampliorem summam obligari creditae pecuniae quam in XX milia; et quamvis sponsores uel fidepromissores in amplam pecuniam, velut in sestertium C milia se obligaverint, tamen dumtaxat in XX milia tenentur. pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum, cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est, quae sine ulla condicione deducitur in obligationem; itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur. appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur; itaque et si vinum vel frumentum aut si fundum vel hominem stipulemur, haec lex observanda est.*

³⁴ In proposito cfr. l'acuta analisi dell'Albanese, *Per la storia del «creditum»* cit., 102 ss. Del passo si è occupato recentemente L. Parenti, *La «lex Cornelia de sponsu» e la mancata menzione dei «fideiussore»* in *Gai 3.124*, in *Index* 38, 2010, 347 ss., con ampi riferimenti bibliografici.

Gaio definisce 'arbitraria' l'*actio de eo quod certo loco*, giacché in essa il giudice avrebbe dovuto tener conto dell'oscillazione dei prezzi delle merci (come vino, olio, frumento)³⁵, sensibilmente diversi a seconda dei luoghi dell'adempimento³⁶. Quindi si interroga delle sorti dell'azione quando il credito avesse avuto ad oggetto un'obbligazione pecuniaria e dice che, nonostante il valore del denaro³⁷, almeno quello nominale, generalmente sia assunto come costante³⁸ (*pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse*) di fatto, anch'esso sarebbe sottoposto a una notevole variazione di 'prezzo', giacché – osserva Gaio – in alcuni luoghi, essendone maggiore l'offerta, la moneta sarebbe stata reperibile a un tasso di interesse inferiore, in altri, essendo più difficilmente rinvenibile, sarebbe stato maggiore il tasso di interesse da corrispondere. Nel confronto tra denaro e merci, a Gaio non sfugge la differenza sostanziale tra i due termini di paragone: se il giurista esprime il valore delle merci in base al loro prezzo, e, questo, in definitiva all'ammontare pecuniario che si sia disposti ad offrire in cambio, quanto al denaro, Gaio non ne confronta il valore in base al suo rapporto con i prezzi delle merci (valore reale della moneta), ma piuttosto sceglie di misurarlo alla luce del tasso di interesse, e cioè, ad altro denaro. Tra denaro e merci non correva dunque una relazione biunivoca: infatti le merci sarebbero valse per il loro prezzo, ma il valore del denaro non sarebbe tanto logicamente espresso dalle merci che, con esso, avrebbero potuto essere acquistate, ma piuttosto dal costo (gli interessi) che occorreva sopportare per procurarselo³⁹.

Questa, dunque, la teorica del denaro che veniva raccolta dalla giurisprudenza severiana, e che Paolo chiosa corredandola di una celebre rappresentazione storica: *electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate*

³⁵ Come in Gai 3.124 e in D. 13.4.3 (Gai. 9 *ad ed. prov.*) anche in D. 18.1.35.5 (Gai. 10 *ad ed. prov.*) ricorre la menzione di vino, olio frumento, e così anche gli schiavi per confrontare il denaro con altri tipi di beni. Nel brano delle Istituzioni il confronto è esteso anche ai fondi e agli schiavi, che si rivengono ai medesimi fini nelle trattazioni del Digesto relative alla natura del prezzo della compravendita.

³⁶ Sui vari orientamenti in letteratura intorno al frammento cfr. F. Sitzia, *Merci e denaro: alcune considerazioni su D. 13,4,3*, in *Studi economico-giuridici* 58.2, 1999-2000, 1193 ss.; più recentemente F. Pulitanò, *Compravendita con pattuizione del 'locus solutionis'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Napoli 2007, 620 ss.

³⁷ O, per meglio dire, delle *pecuniae*, il cui significato, al plurale, si colora – com'è evidente – di una connotazione speciale se si riflette sulla circostanza che la fonte viene tratta da un commentario all'editto provinciale.

³⁸ Anche qui emerge un argomento aristotelico: cfr. *Eth. Nic.* 1133 b. 15.

³⁹ Cfr. D. 13.4.2 pr.; D. 2.6.7 (Ulp. 27 *ad ed.*); D. 13.4.4 (Ulp. 27 *ad ed.*); D. 13.4.6 (Pomp. 22 *ad Sab.*); D. 13.4.8 (Afr. 3 *quaest.*); D. 13.4.10 (Paul. 4 *quaest.*).

*nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur*⁴⁰.

L'argomento paolino, infatti, implica sì la possibilità di tradurre il valore di ogni bene nel suo prezzo, ma nondimeno assegna un'autonoma identità al denaro il cui valore (*publica ac perpetua aestimatio*), a differenza d'ogni altra merce, in quanto indicativo di unità di conto, non potrebbe essere rapportato se non a se stesso.

Invero, nel guardare alla 'riserva di valore' del denaro come la caratteristica che configura la moneta quale rappresentazione attuale delle merci future (unità di conto del suo potenziale di acquisto), Paolo sembrerebbe riprendere un antico argomento che aveva indotto i sabiniani ad ammettere la surrogabilità tra merci e denaro in seno alla compravendita. Egli, infatti, riconosceva che, nella funzione di scambio, il denaro non rilevasse per qualche intrinseca qualità (per l'essere valuta), ma piuttosto perché esprimeva il '*quantum*' del valore dei beni di mercato (*non tam ex substantia quam ex quantitate*). E però, pur evidenziandone l'aspetto valoriale, proprio in ciò, egli recepiva la posizione proculiana secondo cui la sua funzione socioeconomica, e non già la consistenza materiale, avrebbe strutturato i caratteri della *pecunia*: di talché, per quanto avesse assegnato al denaro, almeno nella sua funzione di merce di scambio, il precipuo scopo di misurare il valore delle merci, nondimeno, come i proculiani, non ammetteva che le merci si sostituissero al denaro nella compravendita. Anche Paolo riteneva che il denaro, essendo destinato a tradursi in beni, mirasse a differire nel tempo il momento in cui lo scambio di beni si fosse tradotto in altre merci⁴¹; tuttavia proprio in questa funzione il denaro, in quanto valuta, avrebbe rinvenuto un'identità autonoma e insostituibile: *aliud est pretium, aliud merx*⁴².

Questo, in definitiva, a me pare il contesto in cui la giurisprudenza severiana si sia approcciata alla complessa nozione di *pecunia*.

Raffaele D'Alessio

(Università di Napoli 'Federico II')

⁴⁰ D. 18.1.1 pr. (Paul. 33 ad ed.): *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.* Sul testo cfr. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano* I cit., 7 ss.; C.A. Maschi, *Il diritto romano I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milano 1966, 572 ss.; Schiavone, *Studi sulle logiche* cit., 103 ss. Melillo, *Categorie economiche nei giuristi romani* cit., 49 s. nt. 16.

⁴¹ Così il Melillo legge il riferimento alla '*necessitas temporum*' e alle '*difficultates permutationum*' agevolate dalla '*perpetua aestimatio*' del denaro.

⁴² D. 18.1.1 (Paul. 33 ad ed.); D. 19.4.1 (Paul. 32 ad ed.).