

ANNO LXXXVIII - 2021 NUOVA SERIE A - N. 72,1-2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 1-2

NOTA INTRODUTTIVA	5
MARCO CANGIOTTI, <i>Persona, etica, politica. Note per una teoria della democrazia nel Magistero sociale di Giovanni Paolo II</i>	7
ANNA MARIA GIOMARO, <i>Quasi una cronaca su “culpa lata” e “colpa grave”</i>	27
ANNA MARIA MEDICI, <i>Il Mediterraneo e i conti con la storia. La violenza politica degli anni di piombo in Marocco e la giustizia di transizione</i>	71
IGOR PELLICCIARI, <i>Per una (nuova) storia politica degli aiuti internazionali</i>	125
PAOLO POLIDORI, SIMONE SCOTTI, DESIREE TEOBALDELLI, DAVIDE TICCHI, <i>Le conseguenze socioeconomiche della pandemia di Covid-19</i>	151
IVANO PONTORIERO, <i>Aspetti giuridici delle attività delle imprese di navigazione: il fenus nauticum</i>	179

Direttore scientifico: Marco Cangiotti

Direttore responsabile: Anna Tonelli

Comitato direttivo: Ulrico Agnati, Paolo Polidori, Cesare Silla

Comitato scientifico: Andrea Aguti, Gian Italo Bischi, Alessandro Bondi, Licia Califano, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Luigino Ceccarini, Francesca Maria Cesaroni, Massimo Ciambotti, Ilvo Diamanti, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Andrea Lovato, Fabio Musso, Paolo Pascucci, Igor Pellicciari, Tonino Pencarelli, Elisabetta Righini, Giuseppe Travaglini, Elena Viganò

Redazione: Monica De Simone (coordinamento), Maria Luisa Biccari, Edoardo Alberto Rossi

Direzione e redazione: Dipartimento di Economia, Società, Politica (DESP), via Saffi 42, Urbino - Dipartimento di Giurisprudenza (DIGIUR), via Matteotti 1, Urbino

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 Settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927

Stampa: Maggioli Spa - Santarcangelo di Romagna (RN)

ANNO LXXXVIII - 2021

NUOVA SERIE A - N. 72,1-2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

IVANO PONTORIERO*

Aspetti giuridici delle attività delle imprese di navigazione: il fenus nauticum

ABSTRACT

- ✓ Il contributo si sofferma sull'inquadramento del prestito marittimo nel sistema contrattuale romano e sui profili di specialità che caratterizzano la relativa disciplina. L'assunzione del *periculum quod ex navigatione maris metui solet* da parte del creditore giustifica la possibilità di percepire un *fenus maius legitima usura*. Il creditore può inoltre pretendere in via d'azione il pagamento di *usurae* meramente pattuite. D. 45.1.122.1 (Scaev. 28 *dig.*) riconduce il prestito marittimo al mutuo e qualifica come *actio ex stipulatu* lo strumento processuale esperibile dal finanziatore nei confronti del debitore Callimaco.
- ✓ The essay focuses on the classification of maritime loan in the Roman contractual system and on the specialty profiles that characterize the related discipline. The assumption of the *periculum quod ex navigatione maris metui solet* by the lender justifies the possibility of perceiving a *fenus maius legitima usura*. The lender can also demand the payment of the *usurae* merely stipulated by way of action. D. 45.1.122.1 (Scaev. 28 *dig.*) brings the maritime loan back to the loan and qualifies as *actio ex stipulatu* the procedural instrument that can be exercised by the lender against the borrower Callimachus.

PAROLE CHIAVE

Pecunia traiecticia; fenus nauticum; usurae ex pacto; actio pecuniae traiecticiae; actio ex stipulatu.

* Università di Bologna.

IVANO PONTORIERO

ASPETTI GIURIDICI DELLE ATTIVITÀ DELLE IMPRESE DI
NAVIGAZIONE: IL FENUS NAUTICUM*

SOMMARIO: 1. La nozione di *traiecticia pecunia* elaborata dalla giurisprudenza romana – 2. *Traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta?* – 3. Il riconoscimento della possibilità di pretendere il pagamento di *usurae ex nudo pacto* – 4. Il prestito marittimo e la pena convenzionale – 5. Un testo decisivo per l'inquadramento del prestito marittimo nel sistema contrattuale romano – 6. Gli strumenti di tutela delle pretese creditorie alla restituzione del capitale e al pagamento degli interessi

1. La nozione di *traiecticia pecunia* elaborata dalla giurisprudenza romana

Le fonti si riferiscono al prestito marittimo impiegando diverse espressioni, ciascuna delle quali si presenta idonea ad evidenziarne i tratti caratteristici più significativi¹. La denominazione *pecunia traiecticia*, con talune

* Pubblico in questa sede, corredato da un sintetico apparato di note, il testo della lezione da me tenuta presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Urbino il 3 novembre 2021, nell'ambito del Corso di Introduzione Storica al Diritto, su invito della Prof.ssa Maria Luisa Biccari.

¹ Cfr. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna 2011, p. 23. Per un quadro d'insieme relativo agli istituti e alle regole che trovano applicazione all'impresa di navigazione in diritto romano, con indicazione delle relative fonti, v. L. BOVE, *Nautae e mercatores. Iura leges negotia (Testi per il corso di diritto romano)*, Napoli 1993, pp. 13-42; A. PETRUCCI, *Tipi di attività contrattuali e di responsabilità connesse all'esercizio di un'impresa di navigazione*, in P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino 2010, pp. 247-294; nella più recente letteratura, cfr. S. GALEOTTI, *Mare monstrum. Mare nostrum. Note in tema di pericula maris e trasporto marittimo nella riflessione della giurisprudenza romana (I secolo a.C. - III sec. d.C.)*, Napoli 2020, pp. 65-80. Con particolare riferimento all'esercizio dell'impresa di navigazione attraverso un peculio, all'impiego del contratto di società, nonché al tema della predisposizione delle condizioni contrattuali da parte dell'*exercitor navis*, cfr. ora A. PETRUCCI, *Organizzazione ed esercizio delle attività economiche nell'esperienza giuridica romana. I dati delle fonti e le più recenti vedute dei moderni*, Torino 2021, rispettivamente, pp. 34-38, pp. 111-114 e pp. 210-218.

varianti, risulta essere senz'altro quella più ricorrente². In soli tre casi si usa la locuzione *nautica pecunia*, traduzione latina della denominazione greca *ναυτικὰ χρήματα*³. L'identificazione tra il *nomen iuris* del negozio e l'oggetto dello stesso non è infrequente nel linguaggio giuridico romano, caratterizzato da particolare concretezza e basso livello di astrazione⁴.

L'espressione *nauticum fenus*, che si riscontra solo nel rescritto riportato in C. 4.33.4(3) (*Diocl. et Max. AA. Aureliae Iulianae*), è stata notevolmente valorizzata da Giustiniano per la creazione delle rubriche «*de nautico fenore*» dei titoli D. 22.2 e C. 4.33⁵. Tale espressione, pur essendo meno diffusa nella tradizione giuridica, si prestava meglio a dare un rigoroso inquadramento sistematico alla disciplina del prestito marittimo, collocata dai compilatori immediatamente dopo i titoli D. 22.1 «*de usuris et fructibus*» e C. 4.32 «*de usuris*»⁶.

² Cfr. PS. 2.14.3 e la relativa *interpretatio*; D. 3.5.12(13) (Paul. 9 *ad ed.*); D. 13.4.2.8 (Ulp. 27 *ad ed.*); D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 22.2.1 (Mod. 10 *pand.*); D. 22.2.2 (Pomp. 3 *ex Plaut.*); D. 22.2.4pr. (Papin. 3 *resp.*); D. 22.2.6 (Paul. 25 *quaest.*), in cui si trova anche «*pecuniam usuris maritimis mutuam dando*»; D. 22.2.7 (Paul. 3 *ad ed.*): «*traiecticia*»; D. 22.2.8 (Ulp. 77 *ad ed.*); D. 22.2.9 (Lab. 5 *pitb. a Paul. epit.*); D. 44.7.23 (Afric. 7 *quaest.*); C. 4.33.2(1) (*Diocl. et Max. AA. Scribonio Honorato*, a. 286); C. 4.33.5(4) (*Diocl. et Max. AA. et CC. Pullio Iuliano Eucharisto*, a. 294). C. 4.32.19.3 (*Diocl. et Max. AA. et CC. Aureliae Ireneae*): «*in traiecticiis*»; C. 4.32.26.2 (*Iust. A. Menae pp.*, a. 528): «*in traiecticiis contractibus*»; *const. Tanta*, 5; Nov. 106 *praef.*: «*τὰ τοῖς θαλαττίοις ταῦτα δανείσματα, ἃ καλεῖν ὁ καθ' ἡμᾶς εἶθε νόμος traiecticia*»; Nov. 110 *praef.*: «*περὶ τῶν traiecticiῶν χρημάτων*». Sul punto, v. già I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., p. 23 e nt. 1. Soffermandosi sulla formulazione di Nov. 106 *praef.*, sottolinea come la locuzione *traiecticia pecunia* sia di «*facture purement romaine*», E. CHEVREAU, *La traiecticia pecunia: un mode de financement du commerce international*, in MHSDB 65 (2008) pp. 41-42.

³ D. 4.9.1.7 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 22.2.3 (Mod. 4 *reg.*); D. 45.1.122.1 (Scaev. 28 *dig.*). Cfr. sul punto W. LITEWSKI, *Römisches Seedarleben*, in *Iura* 24 (1973) pp. 114-117; S. SCHUSTER, *Das Seedarleben in den Gerichtsreden des Demosthenes. Mit einem Ausblick auf die weitere historische Entwicklung des Rechtsinstitutes: dāneion nautikón, fenus nauticum und Bodmerei*, Berlin 2005, p. 175, nt. 1; I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., p. 24, nt. 4.

⁴ È possibile ricordare in proposito anche le definizioni ulpianee di deposito (D. 16.3.1pr. [Ulp. 30 *ad ed.*]) e di precario (D. 43.26.1pr. [Ulp. 1 *inst.*]). Cfr. in particolare I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., pp. 23-24, nt. 3. Per l'esegesi di D. 43.26.1, v. ora A. SCHIAVONE, *Commento ai testi. Institutionum libri II*, in J.-L. FERRARY, V. MAROTTA, A. SCHIAVONE, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus*, Roma-Bristol 2021 (*Scriptores iuris Romani*, 8), pp. 210-211.

⁵ Cfr. E. CHEVREAU, *La traiecticia pecunia* cit., p. 41; nonché I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., p. 24 e nt. 5.

⁶ E. CHEVREAU, *La traiecticia pecunia* cit., p. 41, osserva: «*Le paradoxe est qu'il semble s'agir d'un hapax. En effet dans la compilation, il n'apparaît qu'une seule fois dans le code*

Il titolo D. 22.2 «*de nautico fenore*» si apre con un frammento escerpito dai *pandectarum libri* di Modestino⁷:

D. 22.2.1 (Mod. 10 *pand.*): *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.*

Il testo, oggetto di grande attenzione da parte della letteratura romanistica, ha ricevuto valutazioni contrastanti, tanto in ordine alla sua genuinità, quanto in ordine alla sua effettiva portata precettiva⁸. In realtà, il frammento – che pure potrebbe aver subito un processo di epitomazione – sviluppa un percorso argomentativo logico e del tutto coerente nelle sue conclusioni.

Modestino chiarisce il significato dell'espressione *pecunia traiectica* («*Traiectica ea pecunia est quae trans mare vehitur*»). Si tratta del denaro destinato ad un'operazione di commercio da svolgersi oltremare⁹. La definizione fornita dal giurista tardo-classico è solo il punto di partenza per illustrare le regole che disciplinano l'istituto e ne disegnano i confini: non è possibile applicare la disciplina caratteristica della *pecunia traiectica* alla somma di denaro che venga impiegata dal soggetto finanziato nello stesso luogo in cui sia stata erogata dal sovventore («*ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiectica*»).

Il giurista affronta poi la questione se al regime della *pecunia traiectica* possa essere ricondotta la fattispecie in cui con il denaro vengano acquistate delle merci («*sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea*

dans une constitution de Dioclétien. Et sur quatre constitutions du même empereur, issues du C. 4. 33, trois emploient la locution *traiectica pecunia*». Sulle ragioni di carattere sistematico che possono aver determinato la scelta effettuata dai compilatori, v. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., pp. 24-25.

⁷ Sulle definizioni di Modestino, alcune delle quali collocate dai compilatori in apertura di titolo (D. 16.2.1 [Mod. 6 *pand.*]; D. 23.2.1 [Mod. 1 *reg.*]; D. 28.1.1 [Mod. 2 *pand.*]; D. 42.1.1 [Mod. 7 *pand.*]; D. 46.4.1 [Mod. 2 *reg.*]), cfr. G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie e opere per l'insegnamento del diritto*, Torino 2012, pp. 98-119.

⁸ Per la discussione critica della letteratura più risalente, mi permetto di rinviare a I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., pp. 26-29 e Id., *Periculum quod ex navigatione maris metui solet*, in *Interpretatio Prudentium* 3.1 (2018) pp. 261-265.

⁹ La finalità commerciale dell'operazione è richiamata da un anonimo scoliaste in sch. 1 a Bas. 17.1.12 (= H.J. SCHELTEMA, D. HOLWERDA, B III, p. 1024): *Τραεχτίκιον δέ ἐστὶ τὸ δάνειον τὸ διαπόντιον ἐπὶ ἐμπορίᾳ παρεχόμενον*. Sul punto, v. già PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., p. 30 e nt. 17; nonché Id., *Periculum* cit., pp. 265-266 e nt. 10.

causa habentur?»). Il dato rilevante, che permette di fornire una risposta all'interrogativo, è l'assunzione del rischio di un'operazione di commercio da svolgersi oltremare in capo al sovventore («*et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent*»): in quest'ultima ipotesi la fattispecie potrà essere sussunta nell'ambito di applicazione delle regole relative alla *pecunia traiectica* («*tunc enim traiectica pecunia fit*»)¹⁰.

Non è agevole contestualizzare in modo più preciso l'esposizione di Modestino, anche in ragione della conoscenza estremamente lacunosa dei libri VII-X dell'opera da cui è stato escerpito il frammento¹¹. D. 22.1.44 (Mod. 10 *pand.*) dimostra come la trattazione del giurista prendesse in considerazione anche la problematica dell'elusione dei limiti legali alla prestazione di *usurae*¹². La definizione di *pecunia traiectica* fornita in D. 22.2.1 permette dunque di circoscrivere accuratamente l'ambito di applicazione della disciplina speciale caratteristica del prestito marittimo¹³.

La nozione di *pecunia traiectica* fornita da D. 22.2.1, incentrata sull'e-

¹⁰ Il luogo corrispondente dei Basilici, pur presentando una redazione più sintetica, evidenzia molto bene le coordinate concettuali della definizione di Modestino, focalizzando l'attenzione dell'interprete, per la definizione delle caratteristiche dell'operazione, sull'elemento dell'assunzione del rischio da parte del creditore. Cfr. Bas. 53.5.1 (= H.J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, A VII, p. 2455; G.E. RODOLAKIS, p. 236): Διαπόντια χρήματά εἰσι τὰ πέραν θαλάσσης ἀπόντια, οὐ μὴν τὰ ἐπὶ τόπου δαπανώμενα, καὶ τὰ ἐξ αὐτῶν ἀγοραζόμενα, ἐὰν κινδύῳ τοῦ δανειστοῦ πλέωσιν.

¹¹ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889 [rist. Graz 1960; Roma 2000], coll. 721-722, nt. 3: «[...] In obscuro remanet argumentum libb. VII-X».

¹² D. 22.1.44 (Mod. 10 *pand.*): *Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest*. Nella palingenesi leneliana D. 22.1.44 (F. 135) precede immediatamente D. 22.2.1 (F. 136). Sul testo di D. 22.1.44, cfr. K. VISKY, *L'applicazione del limite delle usurae alla pena convenzionale in diritto romano*, in Iura 19 (1968) p. 75; nella letteratura più recente, v. A. ARNESE, *Usura e modus. Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all'attualità*, Bari 2013, p. 73; A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli 2012, pp. 133-134 e nt. 74 e M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla stipulatio poenae*, Torino 2018, pp. 189-190.

¹³ Sottolinea come la definizione di Modestino sia carica di «risvolti normativi» R. D'ALESSIO, *'Pecuniae' nomine non solum numerata pecunia*, in Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto 1 (2011) pp. 68-71; sulla portata non meramente etimologica, ma normativa della definizione e sul suo significato, v. anche ID., *Il denaro e le sue funzioni nel pensiero giuridico romano. La riflessione giurisprudenziale nel Principato*, Lecce 2018, pp. 18-19, nt. 56. Sulla centralità dell'elemento dell'assunzione del *periculum a parte creditoris* nel frammento di Modestino, v. E. CHEVREAU, *La traiectica pecunia* cit., p. 40 e p. 44, nt. 16; nonché G.J. Blicharz, *Pecunia traiectica and Project Finance: The Decodified Legal System and Investments in Risky Ventures*, in TSDP 10 (2017) pp. 12-13 e N. ŽIHA, *The Insurance Function of Roman Mariti-*

lemento dell'assunzione del rischio dell'operazione da parte del creditore, trova conferma in un passo delle *Pauli Sententiae*¹⁴:

PS. 2.14.3: *Traiecticia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest.*

La sopportazione del rischio della navigazione da parte del creditore giustifica («*propter periculum creditoris*») la possibilità di percepire interessi di ammontare superiore a quello risultante dall'applicazione del tasso legale, senza limiti di sorta («*usuras infinitas*»)¹⁵.

L'assunzione del *periculum maris* da parte del finanziatore costituisce un elemento strutturale del prestito marittimo: qualora non sia dato ravvisare nella fattispecie quest'ultimo elemento, deve essere escluso che il rapporto intercorso tra i contraenti possa essere qualificato come *pecunia traiectica* e che possano trovare applicazione le regole proprie di questa operazione. Ciò accade – seguendo il percorso logico-argomentativo di Modestino – sia nell'ipotesi in cui il denaro sia stato semplicemente impiegato «*eodem loci*», sia quando, essendo state acquistate delle merci, il sovventore non abbia assunto i rischi della navigazione.

L'esegesi di D. 22.2.1 (Mod. 10 *pand.*) e PS. 2.14.3 porta senz'altro a ritenere che l'assunzione del *periculum a parte creditoris* possa essere qualificata come elemento essenziale nell'assetto di interessi caratteristico della *pecunia traiectica*.

me Loan, in PH. HELLEWEGE, G. ROSSI (edited by), *Maritime Risk Management. Essays on the History of Marine Insurance, General Average ad Sea Loan*, Berlin 2021, p. 42.

¹⁴ Per un'articolata ricostruzione del dibattito storiografico relativo alla paternità delle *Pauli Sententiae*, cfr. I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano 2017, pp. 1-77; sulla questione, da ultimo, v. L. LOSCHIAVO, *L'età del passaggio. All'alba del diritto comune europeo (secoli III-VII)*², Torino 2019, p. 56, secondo cui: «non è impossibile che la collezione originale risalga allo stesso Paolo».

¹⁵ Ancora più esplicita con riferimento al legame esistente tra la sopportazione del *periculum maris* da parte del creditore e la possibilità di pattuire qualsivoglia tasso di interesse è la relativa *interpretatio*: *Traiecticia pecunia dicitur, quae in navi, ut ad transmarina deferatur, deponitur. Quia maris periculo committitur, in quantas convenerit usuras, hanc pecuniam dare creditor potest.* Sul problema – tuttora aperto – della genesi e della paternità delle *interpretationes*, cfr. M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Pauli sententiae. Testo e interpretatio*, Padova 1995, pp. xv-xvi; più in generale, sulle *interpretationes* contenute nel *Breviarium Alaricianum*, cfr. L. DI CINTIO, *L'«Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Il libro IX*, Milano 2013, pp. 11-25; EAD., *Nuove ricerche sulla «Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Libri I-II*, Milano 2018, pp. 9-12.

2. *Traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta?*

Alcuni autori hanno, tuttavia, ritenuto di poter individuare in un frammento escerpito dai *responsorum libri* di Papiniano l'espresso riconoscimento dell'esistenza di una «*traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta*»¹⁶:

D. 22.2.4 (Papin. 3 resp.): *Nilil interest, traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta sit an post diem praestitutum et condicionem impletam periculum esse creditoris desierit. utriusque igitur maius legitima usura faenus non debetur, sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo: nec pignora vel hypothecae titulo maioris usurae tenebuntur. 1. Pro operis servi traiecticiae pecuniae gratia secuti quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimae non ultra duplum debetur. in stipulatione faenoris post diem periculi separatim interposita quod in ea legitimae usurae deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur.*

Il giurista prende in considerazione il trattamento normativo di due diverse fattispecie: nella prima il finanziamento è stato erogato senza l'assunzione del rischio della navigazione da parte del creditore, nella seconda il rischio non grava più su quest'ultimo, per la scadenza del termine convenzionalmente stabilito dalle parti o per il verificarsi della condizione dell'arrivo in porto della nave salva¹⁷.

Non rileva – osserva Papiniano – che il denaro sia stato ricevuto dal soggetto finanziato senza che il creditore abbia assunto il rischio («*Nilil interest, traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta sit*») o che – nella seconda ipotesi presa in considerazione – una volta decorso il termine convenzionalmente stabilito o verificatasi la condizione dell'arrivo in porto della nave salva, il rischio abbia cessato di gravare sul creditore («*an post diem praestitutum et condicionem impletam periculum esse creditoris desierit*»)¹⁸. In entrambi i casi non saranno dovuti interessi in misura superiore

¹⁶ H. KUPISZEWSKI, *Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: profili sostanziali e processuali*, in *Index 3* (1972) pp. 370-371; W. LITEWSKI, *Römisches Seedarleben* cit., pp. 129-130; A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari 2001, p. 240. Per una più ampia ricostruzione del dibattito dottrinale concernente il ruolo assunto dal *periculum creditoris* nella struttura del prestito marittimo rinvio a I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., pp. 37-39 e *Id.*, *Periculum* cit., pp. 269-270.

¹⁷ Cfr. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., p. 41 e *Id.*, *Periculum* cit., p. 273.

¹⁸ Il riferimento al *dies praestitutus* e alla *condicio impleta*, per la determinazione del

a quella risultante dall'applicazione del tasso legale d'interesse sul capitale («*utrubique igitur maius legitima usura faenus non debebitur*»)¹⁹.

Con questa differenza tra le due ipotesi: nel caso della «*traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta*», gli interessi di ammontare superiore al limite legale non saranno mai dovuti, mentre, qualora vi sia stata l'iniziale assunzione del rischio da parte del creditore, saranno dovuti fin quando l'inversione del rischio non venga meno, per effetto della scadenza del termine convenzionalmente previsto dalle parti o dell'arrivo in porto della nave salva («*sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo*»)²⁰.

Il prosieguo del passo attesta la prassi di far viaggiare sulla nave uno schiavo del creditore, al fine di curare al meglio l'esecuzione del contratto e proteggere gli interessi del suo *dominus*²¹. In particolare, era stato convenu-

momento in cui viene meno il rischio per il creditore è idoneo ad illuminare sulla struttura dell'operazione e coerente con le risultanze di altre fonti in materia di *pecunia traiecticia*. Cfr. in particolare D. 22.2.6 (Paul. 25 *quaest.*): «*intra praestitutos dies amissa nave*», «*si salva navis intra statuta tempora pervenerit*», «*si navis postea perierit, quam dies praefinitus periculo exactus fuerit*»; D. 45.1.122.1 (Scaev. 28 *dig.*): «*idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos*». Le parti potevano convenzionalmente determinare che l'assunzione del rischio della navigazione in capo al creditore – attraverso la condizione *si salva navis pervenerit* – avvenisse soltanto per un periodo di tempo determinato, con la conseguenza che, una volta decorso il termine previsto, prima dell'arrivo della nave in porto, eventuali sinistri sarebbero andati a gravare sul debitore. Sulla questione, v. già I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., p. 42, nt. 9; ID., *Periculum* cit., p. 273, nt. 25. Secondo G.J. Blicharz, *Pecunia traiecticia* cit., pp. 1-4, sarebbe possibile individuare «two types of sea loans in the Roman law». Il primo modello, concluso attraverso il semplice impiego della condizione dell'arrivo in porto della nave salva (D. 22.2.7), l'altro anche attraverso la previsione convenzionale di un termine per la sopportazione del rischio (D. 22.2.4; D. 45.1.122.1). Nella più recente letteratura, cfr. N. ŽIHA, *The Insurance Function* cit., pp. 56-57.

¹⁹ È stato ipotizzato che i commissari di Giustiniano abbiano sostituito un originale riferimento alla *centesima* con l'attributo «*legitima*», in seguito all'emanazione della costituzione riportata in C. 4.32.26.2 (*Iust. A. Menae pp.*, a. 528). Il mantenimento dell'espressione «*ad finem centesimae*» in D. 22.2.4.1 potrebbe essere dovuto ad una svista dei commissari. Cfr., sul punto, le considerazioni di TH. MOMMSEN, *Iudicium legitimum*, in ZSS 12 (1891) p. 270 (= *Gesammelte Schriften*, III, Berlin-Dublin-Zürich 1965, pp. 358-359). La proposta di Theodor Mommsen è seguita da P. KRÜGER, *Editio minor, ad h. l.*

²⁰ Papiniano precisa, altresì, che i creditori non potranno servirsi delle garanzie per ottenere il pagamento di interessi più alti («*nec pignora vel hypothecae titulo maioris usurae tenebuntur*»). Sul punto, v. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., p. 41 e nt. 11; nonché ID., *Periculum* cit., p. 274 e nt. 27.

²¹ Si tratta di una prassi diffusa, attestata anche da altre fonti (cfr. D. 44.7.23 [Afric. 7 *quaest.*] e D. 45.1.122.1 [Scaev. 28 *dig.*]). Questo schiavo prende il nome di κερμακλόουθος.

to attraverso stipulazione il pagamento «*pro operis servi traiecticiae pecuniae gratia secuti*» di una certa somma di denaro per ogni giorno di ritardo del debitore nella riconsegna («*quod in singulos dies in stipulatum deductum est*»)²².

Papiniano, con l'intento di evitare condotte tese ad aggirare i limiti legali posti al pagamento delle *usurae*, afferma che la somma dovuta in forza della *stipulatio* non può superare l'importo risultante dall'applicazione del tasso di interesse della *centesima* sul capitale e, in ogni caso, oltrepassare la misura di quest'ultimo («*ad finem centesimae non ultra duplum*»)²³.

Che, in assenza dell'elemento dell'assunzione del rischio da parte del creditore, il capitale erogato non possa produrre un rendimento superiore alla *centesima* è confermato dal prosieguo del primo paragrafo. È presa in considerazione l'ipotesi in cui sia stata conclusa separatamente una *stipulatio fenoris* destinata a regolare la corresponsione di *usurae*, una volta venuto meno il rischio («*in stipulatione faenoris post diem periculi separatim interposita*»). Nel caso in cui la somma dedotta in stipulazione sia inferiore a quella risultante dall'applicazione della *centesima* sul capitale, potrà essere integrata attraverso l'importo – che eventualmente ecceda tale misura – dovuto in ragione della *stipulatio operarum* («*quod in ea legitimae usurae deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur*»). Quest'ultima subi-

La derivazione del sostantivo è da *χρήματα* e *ἀκόλουθος*. Sul punto, cfr. IACOBI CUIACII *IC. Tolosatis opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XI. distributa auctiora atque emendatiora. Pars prior. Tomus tertius*, Venetiis 1758 [Observationum et emendationum libri XXVIII], coll. 127-128 (lib. V, cap. XXXVIII ad § 1, l. *Nihil interest* [D. 22.2.4]).

²² Cfr. D. 44.7.23 (Afric. 7 *quaest.*): *Traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena (uti adsolet) ob operas eius qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta* [...]. Il frammento di Africano dimostra che le parti erano solite concludere una *stipulatio poenae* come corrispettivo per il mancato godimento delle *operae* dello schiavo incaricato di chiedere la restituzione del denaro, nel caso in cui l'adempimento non fosse avvenuto alla scadenza del termine previsto. Per l'esegesi del testo, cfr. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., pp. 109-115; v. anche ID., *Introduzione*, in A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali. Ristampa emendata della seconda edizione*, a cura di I. PONTORIERO e F. ZUCCOTTI, Milano 2019, pp. XXI-XXIV e p. XXXIX.

²³ Sul limite del *duplum*, v. L. SOLIDORO, «*Ultra sortis summam usurae non exiguntur*», in *Labeo* 28 (1982) pp. 164-179; EAD., *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, in *Index* 25 (1997) pp. 555-571. Sulla *dupli computatio* nella fattispecie presa in considerazione da Papiniano, v. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., pp. 44-45; ID., *Periculum* cit., pp. 275-276.

sce un procedimento di riduzione conservativa: dispiega la sua efficacia, ma solo per la somma dovuta «*ad finem centesima*».

Papiniano, tuttavia, considerando l'unitarietà dell'operazione economica nel suo complesso, ammette che l'importo eccedente la *centesima* dedotto nella *stipulatio operarum* possa andare ad integrazione della *stipulatio feneratoris post diem periculi separatim interposita* che abbia previsto un interesse inferiore al limite legale²⁴.

Quali conclusioni è possibile ricavare dall'analisi di D. 22.2.4 (Papin. 3 resp.)? La *ratio* sottesa alle soluzioni proposte dal giurista è chiara: il capitale erogato dal finanziatore non può produrre – nel caso in cui non abbia avuto luogo o sia venuta meno l'assunzione del rischio dell'operazione *a parte creditoris* – un rendimento superiore al dodici per cento annuo. La regola speciale, che riconosce al creditore la possibilità di percepire *usurae infinitae* e che costituisce il tratto più significativo della disciplina del prestito marittimo non può trovare applicazione. La sopportazione del *periculum a parte creditoris* costituisce, dunque, un elemento essenziale del prestito marittimo²⁵.

Le dispute dottrinali concernenti l'esatto inquadramento dogmatico del *periculum creditoris* nella struttura della *pecunia traiecticia* sono state alimentate da un frammento tratto dai *quaestionum libri* di Paolo:

D. 22.2.6 (Paul. 25 quaest.): *Faenerator pecuniam usuris maritimis mutuam dando quasdam merces in nave pignori accepit, ex quibus si non potuisset totum debitum exsolvi, aliarum mercium aliis navibus impositarum propriisque faeneratoribus obligatarum si quid superfuisset, pignori accepit. quaesitum est nave propria perempta, ex qua totum solvi potuit, an id damnum ad creditorem pertineat, intra praestitutos dies amissa nave, an ad ceterarum navium superfluum admitti possit. respondit: alias quidem pignoris deminutio ad damnum debitoris,*

²⁴ Sull'impiego della soluzione dell'efficacia parziale del negozio illecito nel caso di stipulazioni d'interessi eccedenti i limiti legali da parte di Papiniano, v. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., pp. 46-47; ID., *Periculum* cit., pp. 277-278.

²⁵ Valgono senz'altro le osservazioni già formulate da V. GIUFFRÈ, «*Faenus*» e *intraprese commerciali*, in SCDR 7 (1995) p. 136, nt. 10 (= *Studi sul debito*², Napoli 1999, pp. 122-123, nt. 5). L'autore invita a chiedersi «che significato (tecnico e pratico) avrebbe avuto il qualificare un prestito come *pecunia traiecticia* se fosse stata esclusa l'inversione del rischio e, quindi, non fossero state ammesse le *usurae infinitae*». In quest'ultimo caso, infatti, le parti avrebbero concluso semplicemente un *mutuum*. In questo senso, v. anche A. PETRUCCI, *Tipi di attività* cit., pp. 287-288 e G. PURPURA, *rec. a I. PONTORIERO, Il prestito marittimo* cit., in *Iura* 62 (2014) p. 413.

non etiam ad creditoris pertinet: sed cum traiecticia pecunia ita datur, ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit, ipsius crediti obligatio non existente condicione defecisse videtur, et ideo pignorum quoque persecutio perempta est etiam eorum, quae non sunt amissa. <si navis intra praestitutos dies perisset, et condicionem stipulationis defecisse videri, ideoque sine causa de pignorum persecutione, quae in aliis navibus fuerunt, quaeri. (glossa, Huschke)> quando ergo ad illorum pignorum persecutionem creditor admitti potuerit? scilicet tunc cum condicio exstiterit obligationis et alio casu pignus amissum fuerit vel vilius distractum vel si navis postea perierit, quam dies praefinitus periculo exactus fuerit.

Il caso preso in considerazione è quello di un usuraio che, dando del denaro in prestito al tasso di interesse marittimo, ha ricevuto in pegno delle merci caricate su una nave e, in aggiunta, merci caricate su altre navi e vincolate al soddisfacimento dei crediti di altri finanziatori, nell'ipotesi in cui le prime non fossero risultate sufficienti a pagare il debito e fosse avanzato qualcosa delle seconde²⁶.

La *quaestio* affrontata dal giurista («*quaesitum est*») concerne la possibilità per il *faenerator* – essendo venuta meno entro il termine previsto per la sopportazione del rischio la prima nave, che con il suo carico sarebbe stata in grado di garantire integralmente le aspettative creditorie («*nave propria perempta, ex qua totum solvi potuit, an id damnum ad creditorem pertineat, intra praestitutos dies amissa nave*») – di soddisfarsi sull'eccedenza del valore dei pegni caricati sulle altre imbarcazioni («*an ad ceterarum navium superfluum admitti possit*»).

Paolo fornisce una risposta negativa all'interrogativo prospettato. Il giurista argomenta ricordando che nelle ordinarie operazioni di finanziamento garantite da pegno una riduzione della garanzia torna esclusivamente a danno del debitore («*alias quidem pignoris deminutio ad damnum debitoris, non etiam ad creditoris pertinet*»). Nella fattispecie oggetto di analisi, tuttavia, trova applicazione una soluzione del tutto diversa.

Quando viene concluso un prestito marittimo, in modo tale che il creditore non possa formulare la domanda di pagamento se non quando la nave

²⁶ I pegni sussidiari, di cui si discute nel brano, potevano avere ad oggetto merci «non del medesimo debitore, ma imbarcate su altre navi a garanzia di prestiti di diversi naviganti collegati tra di loro». Così G. PURPURA, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, in AUPA 39 (1987) pp. 274-278 (= *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Soveria Mannelli 1996, pp. 178-182).

sia giunta salva a destinazione entro il termine stabilito («*sed cum traiecticia pecunia ita datur, ut non alias petito eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit*»), non essendosi verificato l'evento dedotto in condizione, si ritiene che sia venuta a mancare la stessa obbligazione del debitore («*ipsius crediti obligatio non existente condicione defecisse videtur*»). Il creditore non potrà quindi trovare soddisfazione sui pegni, neppure su quelli che non sono andati perduti («*et ideo pignorum quoque persecutio perempta est etiam eorum, quae non sunt amissa*»)²⁷.

Ci si chiede infine in quali ipotesi il creditore possa trovare soddisfazione attraverso i pegni trasportati dalle altre navi («*quando ergo ad illorum pignorum persecutionem creditor admitti potuerit?*»). Ciò può accadere quando si sia verificato l'evento dedotto in condizione, e, per un qualche accidente, i pegni siano andati persi o venduti a un prezzo molto basso («*scilicet tunc cum condicio exstiterit obligationis et alio casu pignus amissum fuerit vel vilius distractum*»), oppure nel caso in cui la nave sia venuta a mancare dopo la scadenza del termine entro il quale il creditore avrebbe dovuto sopportare il rischio («*vel si navis postea perierit, quam dies praefinitus periculo exactus fuerit*»).

La dottrina si è a lungo interrogata sul valore, causale o temporale, da riconoscere alla proposizione «*cum traiecticia pecunia ita datur*». Le esegesi che attribuiscono a quest'ultima valore causale concludono per l'essenzialità del *periculum creditoris*²⁸. Quanti, invece, ritengono di trovarsi di fronte una proposizione temporale formulano una tesi di segno opposto²⁹.

Nella mia monografia sul prestito marittimo in diritto romano ho sostenuto come i termini del problema non siano stati del tutto correttamente inquadrati e che le interpretazioni proposte abbiano risentito di una con-

²⁷ Sul riferimento agli «*statuta tempora*», cfr. da ultima N. ŽIHA, *The Insurance Function* cit., p. 56. La parte centrale del frammento («*si navis [...] quaeri*») è ritenuta pacificamente una glossa estranea all'originale scritto paolino: l'anonimo annotatore non fa altro, infatti, che descrivere sinteticamente la problematica giuridica affrontata dal passo. Cfr. PH.E. HUSCHKE, *Zur Pandektenkritik. Ein Versuch sie auf festere wissenschaftliche Grundsätze zurückzuführen*, Leipzig 1875, pp. 89-90; ID., *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn und den dazu gehörigen materien*, Stuttgart 1882, p. 223, nt. 2. Cfr., poi, O. LENEL, *Palingenesia* cit., I, coll. 1220-1221; nonché P. KRÜGER, *Editio minor, ad b. l.*

²⁸ Cfr. A. CASTRESANA, *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiecticia romana*, Salamanca 1982, pp. 78-79.

²⁹ W. LITEWSKI, *Römisches Seedarlehen* cit., p. 130; ID., *rec. ad A. CASTRESANA, El préstamo marítimo griego y la pecunia traiecticia romana* cit., in *Iura* 34 (1983) p. 119.

siderazione solo parziale del tenore letterale del passo e della problematica giuridica in esso affrontata³⁰.

Nella costruzione logica della soluzione paolina, infatti, è presente una contrapposizione tra due proposizioni: «*alias quidem pignoris deminutio ad damnum debitoris, non etiam ad creditoris pertinet*» e «*sed cum traiecticia pecunia ita datur*». Al pari dell'avverbio *alias*, la congiunzione *cum* ha valore temporale, ma da quest'ultimo rilievo non è lecito inferire che il *periculum creditoris* non sia stato un elemento essenziale della *pecunia traiecticia*. Il frammento paolino, piuttosto, contrapponendo le ipotesi in cui una riduzione della garanzia torna esclusivamente a danno del debitore da quanto si verifica nel caso della *pecunia traiecticia*, apporta ulteriori elementi di conferma alla tesi secondo la quale il *periculum creditoris* costituirebbe un elemento essenziale del prestito marittimo.

Le regole che possono essere ricavate dall'esegesi di D. 22.2.6 (Paul. 25 *quaest.*) trovano peraltro conferma in un testo dei Basilici³¹:

Bas. 53.5.16 (= H.J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, A VII, p. 2456; G.E. RODOLAKIS, p. 238): Οἱ δανείσαντες δάνειον ναυτικὸν καὶ συμφωνήσαντες αὐτὸ κινδυνεύειν, λαβόντες δὲ καὶ ὑποθήκας, ἐὰν τῶν ἐγγαίων πραγμάτων ὧσιν αἱ ὑποθήκαι, ἀπωλείας γενομένης οὐ δύνανται αὐταῖς κεχρηῆσθαι, μηδεμιᾶς οὔσης διαφορᾶς, εἴτε αὐτοὶ ἐπλευσαν εἴτε τὸν λεγόμενον κερμακόλουθον εἶχον ἐν τῷ πλοίῳ. Τότε γὰρ μείζονα τόκον λαμβάνουσιν, ὅτε ἰδίῳ κινδύνῳ δανείσουσιν· ἐὰν γὰρ μὴ κινδυνεύουσιν, οὐ δύνανται πλείονα τόκον λαβεῖν.

Il brano considera l'ipotesi in cui siano state costituite delle ipoteche su beni posti a terra, a garanzia dei finanziatori che hanno concesso un prestito marittimo, assumendo il rischio dell'operazione («Οἱ δανείσαντες δάνειον ναυτικὸν καὶ συμφωνήσαντες αὐτὸ κινδυνεύειν, λαβόντες δὲ καὶ ὑποθήκας, ἐὰν τῶν ἐγγαίων πραγμάτων ὧσιν αἱ ὑποθήκαι»). Essendosi verificato il perimento della nave («ἀπωλείας γενομένης»), i creditori non possono trovare soddisfazione attraverso tali garanzie («οὐ δύνανται αὐταῖς κεχρηῆσθαι»). Il passo mette in luce come, pur essendo materialmente possibile che il credi-

³⁰ Cfr. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., pp. 51-52; Id., *Periculum* cit., pp. 281-282.

³¹ Si tratta del riassunto della costituzione contenuta in C. 4.33.1, non conservata dalla tradizione manoscritta del *Codex repetitae praelectionis* perché in lingua greca. Ciò è attestato dai manoscritti del Codice e dalla *Summa Perusina* (ed. G.E. HEIMBACH, in *Ἀνέκδοτα*, II, Lipsiae 1840 [rist. Aalen 1969], p. 55). Sul punto, v. anche P. KRÜGER, *Editio maior*, ad b. l.

tore trovi soddisfazione su beni che non sono andati distrutti dal naufragio, perché ubicati a terra, l'obbligazione del debitore risulti essere condizionata al felice esito della navigazione.

Non assume rilievo la circostanza che i finanziatori abbiano partecipato alla navigazione o abbiano preferito inviare un *κερμακόλουθος* per seguire l'impresa del debitore («μηδεμιᾶς οὔσης διαφορᾶς, εἴτε αὐτοὶ ἔπλευσαν εἴτε τὸν λεγόμενον κερμακόλουθον εἶχον ἐν τῷ πλοίῳ»)³².

Viene, infine, ribadita la regola secondo la quale non è possibile pretendere un interesse più elevato di quello ordinario se non per il periodo di tempo in cui vi è stata la sopportazione del rischio dell'operazione da parte del creditore («Τότε γὰρ μείζονα τόκον λαμβάνουσιν, ὅτε ἰδίῳ κινδύνῳ δανείσουσιν· ἐὰν γὰρ μὴ κινδυνεύωσιν, οὐ δύνανται πλείονα τόκον λαβεῖν»)³³.

3. Il riconoscimento della possibilità di pretendere il pagamento di *usurae ex nudo pacto*

Due frammenti inseriti dai compilatori nella *sedes materiae* di D. 22.2 «*de nautico fenore*» permettono di individuare nella disciplina della *pecunia traiecticia* un ulteriore profilo di specialità, costituito dalla facoltà riconosciuta al creditore di pretendere il pagamento di *usurae* anche solo *ex nudo*

³² Sul *κερμακόλουθος*, v. *supra*, pp. 187-188 e nt. 21. La difficoltà di trovare un collegamento logico tra questa precisazione e la fattispecie considerata dal brano rende non improbabile che la versione a noi pervenuta sia il frutto di un incauto processo di massimazione. Sul punto, v. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., p. 54 e nt. 36; ID., *Periculum* cit., pp. 283-284 e nt. 52.

³³ L'inscindibile legame normativo tra assunzione del *periculum a parte creditoris* e possibilità di percepire interessi in misura superiore al limite legale costituisce la *ratio decidendi* sottesa a due rescritti di età diocleziana conservati in C. 4.33 «*de nautico fenore*»: C. 4.33.2(1) (*Diocl. et Max. AA. Scribonio Honorato*, a. 286) e C. 4.33.3(2) (*Diocl. et Max. AA. Aureliae Cosmianae*, a. 286). Nel primo rescritto, la cancelleria imperiale ribadisce che è possibile ottenere il pagamento di interessi più alti rispetto alle *communes usurae* (*scil. le centesimae usurae*), solo per il periodo di tempo in cui la nave del debitore muove verso il porto. Nel secondo, viene negata ad Aurelia Cosmiana la possibilità di percepire *usurae* in misura superiore al limite legale, avendo la donna pattuito che la restituzione del denaro mutuato avvenisse nella capitale e non avendo dichiarato di aver assunto il *periculum* della navigazione. Per l'esegesi di queste testimonianze, v. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., pp. 55-58; con particolare riferimento a C. 4.33.3(2), v. anche ID., *Periculum* cit., p. 285.

pacto. La prima testimonianza in proposito è costituita da un frammento di Scevola:

D. 22.2.5 (Scaev. 6 resp.): *Periculi pretium est et si condicione quamvis poenali non existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat: veluti ea, ex quibus condictiones <condiciones, F> nasci solent, ut 'si non <non Cui. sec. B, om. F> manumittas', 'si non illud facias', 'si non convaluero' et cetera. nec dubitabis, si piscatori erogatur in apparatus plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet. 1. In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.*

Il testo è tra i più celebri della compilazione e presenta tante e tali difficoltà per gli interpreti da essere stato incluso tra le famigerate *septem damnatae leges seu cruces iurisconsultorum*³⁴. L'*inscriptio* del frammento indica la provenienza dal sesto libro dei *responsa* di Scevola, ma il dato è oggetto di discussione³⁵.

Il manoscritto della *littera Florentina* presenta le lezioni «*condiciones*» e «*si manumittas*», correntemente emendate in «*condictiones*» e «*si non manumittas*»³⁶. Le emendazioni proposte trovano fondamento in un passo in

³⁴ Com'è noto, si tratta di D. 12.1.22 (Iul. 4 ex Min.); D. 12.1.40 (Paul. 3 *quaest.*); D. 12.6.38 (Scaev. 1 *quaest.*); D. 13.4.8 (Afric. 3 *quaest.*); D. 17.2.69 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 22.2.5 (Scaev. 6 resp.); D. 28.2.29 (Scaev. 6 *quaest.*). All'analisi di questi passi Cornelis van Eck dedicò la sua tesi di dottorato *De septem damnatis legibus Pandectarum seu crucibus iurisconsultorum*, discussa il 18 giugno 1682. Sul punto, cfr. G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Die holländische elegante Schule. Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500-1800*, Frankfurt am Main 2002, pp. 178-179; v. ora anche R. FERCIA, *Leges 'damnatae' e leges 'famosae'. Il nuovo 'canone olandese' e le forme giuridiche del quotidiano*, in C. VAN ECK, *Le sette leggi dannate delle Pandette. Ovvero, le croci dei giuristi. Presentazione, traduzione critica e testo a cura di R. FERCIA*, Pisa 2020, pp. 11-38.

³⁵ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae 1889 [rist. Graz 1960; Roma 2000], col. 316, manifesta forti dubbi in ordine alla collocazione originale del frammento all'interno dei *responsa*. Le difficoltà nascono dalla constatazione che il sesto libro dei *responsa* prende in considerazione leggi, senatoconsulti e costituzioni imperiali. Cfr., sul punto, O. LENEL, *Palingenesia* cit., II, coll. 287-288, nt. 6. Per l'ipotesi che il testo del frammento possa in realtà provenire dalle *quaestiones*, cfr. P. JÖRS, s.v. *Cervidius*, in *PWRE*, III.2, Stuttgart 1899, col. 1990. La congettura è ripresa da P. KRÜGER, *Editio minor, ad b. l.* Sul punto, si veda anche P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, Paris 1929, pp. 107-108.

³⁶ Cfr. TH. MOMMSEN, *Editio maior, ad b. l.*; P. KRÜGER, *Editio minor, ad b. l.*

lingua greca³⁷, espressamente ricondotto da Cuiacio ai Basilici³⁸ e che non ci è altrimenti pervenuto³⁹.

Anche se non siamo in grado di contestualizzare con precisione l'opinione espressa da Scevola, il frammento permette di individuare il collegamento con una trattazione precedente, in cui pure si discuteva del riconoscimento di un corrispettivo per l'assunzione di un rischio. Ciò è provato dall'impiego della congiunzione *et* all'inizio del brano («*Periculi pretium est et si...*»)⁴⁰.

Il ragionamento di Scevola sviluppa l'idea, feconda e destinata ad avere in seguito grande sviluppo, che alla sopportazione di un rischio *a parte creditoris* possa conseguire la percezione di una contropartita («*periculi pretium*»), nonché l'applicazione di una disciplina speciale, in considerazione del peculiare assetto di interessi realizzato dalle parti contraenti⁴¹.

³⁷ Δανείζων δύναμι συμφωνεῖν λαβεῖν ὃ δέδωκα σὺν ἑτέρᾳ ποσότητι ὡσαυτε τίμημα τοῦ κινδύνου, μόνον μέντοι μὴ ἐπὶ κόττω, ἀλλὰ ἐξ ὧν ἀρμόζει *condictio*, τυχὸν ἵνα μὴ ἐλευθέρωσις, ἵνα μὴ τόδε ποιήσις, ἐὰν μὴ ὑγιανῶ καὶ τὰ λοιπὰ· ἢ ἐὰν χορηγήσω ἄλει εἰς παρασκευήν, ἵνα ἐὰν ἀλιεύσῃ, παράσχη, ἢ ἀθλητῆ ἐπὶ τῷ ἑαυτὸν θρέψαι καὶ γυμνάσαι καὶ ἐὰν νικήσῃ, ἀποδῶ (leg. cum Hb. ἀποδοῦναι)· ἐπὶ τούτων (leg. τούτων) γὰρ τὸ πάκτον καὶ χωρὶς ἐπερωτήσεως πλατύνει τὴν ἐνοχίην (= C.G.E. HEIMBACH, V, pp. 117-118, nt. z; H.J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, A VII, p. 2455).

³⁸ Cfr. IACOBI CUIACII [...] *Opera* [...] *Pars prior. Tomus Tertius* cit., [Observationum et emendationum libri XXVIII], coll. 219-220 (lib. IX, cap. XXVIII ad l. *periculi* [D. 22.2.5]). La lezione «*condictiones*» risulta essere preferibile, come già rilevava lo stesso Cuiacio (col. 220), anche per motivi di carattere lessicale e stilistico: D. 24.1.6 (Gai. 11 *ad ed. prov.*) attestata, infatti, l'uso dell'espressione «*ex quibus causis condictio nasci solet*». In D. 24.1.52.1 (Papin. 10 *quaest.*) si trova «*condictio nascitur*».

³⁹ J.M. PARDESSUS, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII.^e siècle*, I, Paris 1828 [rist. Torino 1959], p. 157 (= *Us et coutumes de la mer, ou collection des usages maritimes des peuples de l'antiquité et du moyen age*, I, Paris 1847, p. 157), ha ipotizzato che potesse trattarsi di un passo dei Basilici citato da un manoscritto poi andato perduto o, più verosimilmente – dal momento che la citazione di Cuiacio non contiene né l'indicazione del libro né quella del titolo – dalla *Synopsis minor*. Secondo Karl Wilhelm Ernst Heimbach (= V, p. 117-118, nt. z), non si tratterebbe di un testo proveniente dai Basilici, ma, piuttosto, di un passo tratto da un indice redatto da Stefano o da Doroteo. In questo senso, cfr. anche P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain* cit., p. 99.

⁴⁰ Per questa osservazione, si veda P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain* cit., p. 107. Per l'esegesi del brano e la discussione critica delle opinioni avanzate in dottrina rinvio a I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., pp. 85-91.

⁴¹ La nozione di contratto aleatorio è già delineata in modo preciso da R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, in *Oeuvres*, I, Bruxelles 1831, p. 6. Degno di nota il fatto che la definizione fornita da Pothier è incentrata sull'idea di *pretium periculi suscepti*: «*Les contrats aléatoires sont ceux par lesquels l'un des contractans, sans rien donner de sa part, reçoit quelque chose de l'autre, non par libéralité, mais comme le prix du risque qu'il a couru...*». Su questa categoria dog-

La grande affinità tra l'assetto di interessi realizzato attraverso il prestito marittimo e quello sotteso alle fattispecie prese in considerazione da Scevola ha indotto parte della storiografia ad impiegare la denominazione di *fenus quasi nauticum*, per fare riferimento alla tipologia di operazioni descritta in D. 22.2.5⁴².

Il primo paragrafo del frammento ricorda, poi, che in tutti i casi considerati dal *principium* un semplice patto «*sine stipulatione*» è idoneo ad accrescere l'obbligazione («*ad augendam obligationem prodest*»). Una parte considerevole degli autori ha ritenuto la regola enunciata di pura fattura giustiniana⁴³. Altri hanno invece cercato di ridimensionarne la portata, richiamando le regole generali in materia di *usurae ex pacto*⁴⁴.

matica che, pur trovando il suo germe fecondo nelle fonti giuridiche romane (per un espreso riferimento al «*periculi pretium*», cfr. anche L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, A, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart 1891 [rist. Aalen 1973], p. 81 e nt. 102), è stata sviluppata soprattutto dalla dottrina civilistica moderna e contemporanea, cfr. C. CARAVELLI, s.v. *Alea*, in NDI, I, Torino 1937, pp. 306-321; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano 1954, pp. 76-78; A. BOSELLI, s.v. *Alea*, in NDI, I.1, Torino 1957, pp. 468-476; E. GABRIELLI, s.v. *Alea*, in EG, I, Roma 1988 [ma la voce *de qua*, 2000], pp. 1-9. L'elaborazione della dottrina civilistica ha, tradizionalmente, focalizzato la propria attenzione soprattutto sulla fattispecie dell'*emptio spei* presa in considerazione da D. 18.1.8 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse*. 1. *Aliquantum tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur*. Sui contratti aleatori, cfr. le riflessioni di A. WACKE, *La disciplina del rischio nelle attività negoziali*, in F. MILAZZO (a cura di), *Affari, finanza e diritto nei primi secoli dell'impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello, 5-8 giugno 2004*, Milano 2012, pp. 138-144.

⁴² C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, XXI.1, Erlangen 1820, p. 153 (= *Commentario alle Pandette*, XXII, direttori P. Cogliolo e C. Fadda, tradotto ed annotato dai Professori S. Perozzi, F. Mancaloni *et alii* [il titolo D. 22.2 è stato tradotto e annotato da F. Mancaloni], Milano 1906, p. 131).

⁴³ G. ROTONDI, *Natura contractus*, in BIDR 24 (1911) p. 64 e nt. 3 (= *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano 1922, p. 216 e nt. 3). L'autore considera il § 1 del frammento un'aggiunta generica e mal collegata col passo che precede». Per l'opinione secondo cui il testo di Scevola sarebbe stato pesantemente rimaneggiato, cfr. anche S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, in ZSS 43 (1922) p. 358 (= *Corso di diritto romano. Stipulationes contractus pacta*, Milano 1935, p. 412); V. DE VILLA, *Le "usurae ex pacto" nel diritto romano*, Roma 1937, pp. 108-111.

⁴⁴ PURPURA, *Ricerche cit.*, pp. 198-200 (= *Studi romanistici cit.*, pp. 294-296): «In tal ca-

Questo approccio ermeneutico non può essere seguito. All'impiego dell'espressione *augere obligationem* corrisponde, dal lato attivo, l'esistenza di un diritto di credito azionabile⁴⁵. Il § 1 del frammento inoltre circoscrive chiaramente («*In his autem omnibus*») la portata della regola enunciata alle ipotesi in cui la percezione di un «*aliquid praeter pecuniam*» costituisce un «*periculi pretium*». Scevola dà conto, dunque, della vigenza di una regola speciale applicabile al prestito marittimo e alle altre *mutui dationes* connotate da aleatorietà⁴⁶.

La seconda testimonianza relativa al riconoscimento della possibilità di pretendere il pagamento di interessi meramente pattuiti è costituita da un frammento ricavato dal terzo dei libri *ad edictum* di Paolo:

D. 22.2.7 (Paul. 3 *ad ed.*): *In quibusdam contractibus etiam usurae debentur quemadmodum per stipulationem. nam si dedero decem traiecticia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est posse me sortem cum usuris recipere.*

Paolo afferma che in taluni contratti è possibile pretendere il pagamento di *usurae* come se fosse stata posta in essere una *stipulatio*⁴⁷. Il giurista fornisce un esempio per chiarire il tenore della sua precedente affermazione e ricorda che ciò è possibile nel caso del prestito marittimo⁴⁸.

so, il patto, *sine stipulatione*, avrebbe potuto tramite eccezione, giungere a paralizzare l'azione, in conformità alle regole generali. Se la conclusione di D. 22, 2, 5 è genuina, come sembra, si poteva ormai ammettere che il nudo patto giovasse *ad augendam obligationem*, tenendo soprattutto in conto la realtà di una prestazione comunque effettuata». A sostegno dell'esegesi proposta, l'autore richiama D. 12.6.26pr. (Ulp. 26 *ad ed.*); D. 46.3.5.2 (Ulp. 43 *ad Sab.*); D. 46.3.102.1 (Scaev. 5 *resp.*); C. 4.32.3 (*Sev. et Ant. AA. Iuliano Serpio*, a. 200 [202?]).

⁴⁵ Cfr. in particolare D. 13.4.8 (Afric. 3 *quaest.*) e D. 39.2.18.5 (Paul. 48 *ad ed.*). Sul punto, cfr. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 92 e nt. 57.

⁴⁶ In questo senso, cfr. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain* cit., p. 209; J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, p. 120; J. ROSET, «*Mutui datio*» y otros supuestos de «*condictio*», in J. PARICIO (coord.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*, Madrid 1994, p. 242. Da ultima, ritiene che D. 22.2.5.1 riconosca la possibilità del finanziatore di pretendere in via d'azione *usurae* solo pattuite N. ŽIHA, *The Insurance Function* cit., p. 42, nt. 25.

⁴⁷ Per l'esegesi del frammento e la discussione critica della precedente letteratura, v. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., 93-101; cfr. anche ID., *Commento ai testi*, in G. LUCHETTI *et alii*, *Iulius Paulus. Ad edictum libri I-III*, Roma 2018 (*Scriptores iuris Romani*, 2), pp. 170-175.

⁴⁸ In questo senso, v. ora, correttamente, N. ŽIHA, *The Insurance Function* cit., p. 42, nt. 25. Merita di essere ricordato che alcuni autori, pur avendo ridimensionato i dubbi rela-

La dottrina si è dunque interrogata sugli strumenti processuali a disposizione del finanziatore di un prestito marittimo per ottenere la restituzione del capitale e il pagamento degli interessi. In proposito, sono state formulate dalla storiografia più risalente diverse ipotesi: esperibilità dell'*actio ex stipulatu*, o, nel caso in cui una *stipulatio* non fosse stata posta in essere dai contraenti, della *condictio ex lege*, impiego dell'*actio praescriptis verbis*, sul presupposto della riconducibilità del prestito marittimo ad una convenzione innominata secondo lo schema *do ut des*, o, ancora, quella secondo cui il pretore avrebbe potuto concedere delle *actiones in factum*⁴⁹.

A questo quadro devono aggiungersi le opposte ricostruzioni proposte negli anni Trenta del Novecento da Francesco de Martino e da Arnaldo Biscardi, la prima diretta a negare ogni autonomia al prestito marittimo all'interno del sistema contrattuale romano, con la conseguenza che il finanziatore avrebbe potuto servirsi degli strumenti processuali a disposizione del mutuante che avesse, eventualmente, concluso una *stipulatio*, la seconda propensa invece ad ammettere che il finanziatore avrebbe potuto fare ricorso, oltre che all'*actio ex stipulatu*, naturalmente sul presupposto che una *stipulatio* fosse stata effettivamente conclusa, all'*actio certae creditae pecuniae* per ottenere il pagamento di interessi solo pattuiti, la cui misura, però, fosse stata determinata dai contraenti in un preciso ammontare, dando così vita a un *certum*⁵⁰.

tivi alla genuinità della testimonianza paolina, continuano a negare il riconoscimento giurisprudenziale dell'azionabilità del *pactum usurarum* nel prestito marittimo, attraverso l'adozione di un nuovo percorso esegetico, che inquadra l'*obligatio usurarum* come *essentiale negotii* del prestito marittimo e che trova proprio in D. 22.2.7 il punto di riferimento testuale più significativo. Cfr., in questo senso, E. CHEVREAU, *La traiecticia pecunia* cit., p. 45 e nt. 18.

⁴⁹ Per la possibilità di un ricorso all'*actio ex stipulatu*, o, in alternativa, alla *condictio ex lege*, si pronuncia C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* cit., XXI.1, p. 200 (= *Commentario* cit., XXII, pp. 178-179). Sono riconducibili a questo indirizzo anche le posizioni espresse da B. MATTHIAS, *Das «foenus nauticum» und die geschichtliche Entwicklung der Bodmerei*, Würzburg 1881, pp. 53-54 e Ph.E. HUSCHKE, *Die Lehre* cit., pp. 221-238. La tesi secondo cui sarebbe stato possibile esperire l'*actio praescriptis verbis* è sostenuta da F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VI, Berlin 1847, p. 131, nt. m (= *Sistema del diritto romano attuale*, VI, trad. V. SCIALOJA, Torino 1896, p. 153, nt. m), seguito da H. KLEINSCHMIDT, *Das «foenus nauticum» und dessen Bedeutung im römischen Rechte*, Heidelberg 1878, p. 51 e da H. SIEVEKING, *Das Seedarlehen des Altertums*, Leipzig 1893, p. 39. Ritiene invece che la tutela del creditore si sia basata sulla concessione di *actiones in factum* O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, p. 1310. Per una posizione più articolata, si veda G. BESELER, *Das «edictum de eo quod certo loco»*. *Eine rechtshistorische Untersuchung*, Leipzig 1907, p. 82, nt. 1.

⁵⁰ Cfr., rispettivamente, F. DE MARTINO, *Sul «foenus nauticum»*, in *Rivista del diritto del-*

In relazione al tema della difesa processuale del prestito marittimo deve essere pure ricordata la teoria formulata da Arnaldo Biscardi nella sua monografia dal titolo *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*⁵¹. Lo studioso, abbandonando le tesi in passato sostenute, ipotizzò che la tutela del finanziatore del prestito marittimo trovasse realizzazione in diritto romano soltanto in modo indiretto, attraverso il ricorso ad una *stipulatio poenae* principale o autonoma, da cui sarebbe scaturita un'*actio ex poena traiecticiae pecuniae*, denominata anche, in modo più semplice e sintetico, *actio pecuniae traiecticiae*⁵².

4. Il prestito marittimo e la pena convenzionale

Biscardi elabora la sua teoria sulla protezione giurisdizionale del prestito marittimo valorizzando la testimonianza di D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad ed.*), un testo che si sofferma sull'analisi dei presupposti richiesti dal pretore per la concessione dell'*actio de peculio*⁵³:

la navigazione 1.1 (1935) pp. 217-247 (= *Scritti di diritto romano*, II, Roma 1982, pp. 3-30) e A. BISCARDI, *La struttura classica del «fenus nauticum»*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, II, Padova 1937, pp. 366-368.

⁵¹ A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*, in *Studi senesi* 60 (1946-1947-1948) pp. 567-709 (= *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², Torino 1974, pp. 3-145). È appena il caso di ricordare che la seconda edizione di questa ricerca riproduceva fedelmente la prima, salvo l'aggiunta da parte dell'autore di un'ampia *Postilla* dal titolo *Nuovi spunti critici e ricostruttivi sull'istituto della «pecunia traiecticia»* (*Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., pp. 165-207), e di una *Appendice* contenente la riproduzione di *P. Vindob. G. 19.792* (*Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., pp. 211-214). Sul contributo offerto da Arnaldo Biscardi allo studio del prestito marittimo romano, v. I. PONTORIERO, *Introduzione* cit., IX-XL.

⁵² L'ipotesi secondo la quale in diritto romano il ricorso alla *stipulatio poenae* avrebbe permesso di assicurare protezione giuridica alla *pecunia traiecticia* era stata, in precedenza, formulata da alcuni autori, che, tuttavia, finivano per ammettere il riconoscimento da parte della giurisprudenza – in età più avanzata – della validità di un *nudum pactum usurarum* aggiunto al contratto reale di mutuo: cfr. E. CUQ, s.v. *Nauticum foenus*, in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, IV, Paris 1907 [rist. Graz 1969], pp. 14-15; ID., *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris 1917, p. 439 e nt. 9; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*, Paris 1936, pp. 134-135.

⁵³ D. 15.1.1.2 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Verba autem edicti talia sunt: 'Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit'*. Cfr. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927, pp. 273-286.

D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Si servus, cum se pro libero gereret, compromiserit, quaeritur, an de peculio actio ex poena compromissi quasi ex negotio gesto danda sit, sicuti traiecticiae pecuniae datur. sed hoc et Nervae filio et mihi videtur verius ex compromisso servi non dandam de peculio actionem, quia nec si iudicio condemnatur servus, datur in eum actio.*

Il pretore concede questa azione nel caso in cui sia stato concluso un negozio tra un soggetto libero e un soggetto sottoposto all'altrui potestà⁵⁴. Ulpiano prende in considerazione la condotta di uno schiavo che, comportandosi da libero, abbia concluso un compromesso («*Si servus, cum se pro libero gereret, compromiserit*»). L'interrogativo prospettato è se possa essere concessa nei confronti del *dominus* l'*actio de peculio* per la penale scaturente dal mancato rispetto del lodo arbitrale, come se fosse stato concluso un negozio, come accade nel caso del prestito marittimo («*quaeritur, an de peculio actio ex poena compromissi quasi ex negotio gesto danda sit, sicuti traiecticiae pecuniae datur*»)⁵⁵.

Se uno schiavo ha preso in prestito del denaro destinato al finanziamento di un'impresa di commercio da svolgersi oltremare è concessa, essendo integrato il requisito previsto dall'editto del pretore, l'*actio de peculio* nei confronti del *dominus* per il pagamento della penale promessa. Ulpiano fornisce, ricordando anche l'opinione in tal senso di Nerva figlio, una risposta negativa alla questione prospettata: l'*actio de peculio* non dovrà essere concessa in ragione del compromesso concluso dallo schiavo («*sed hoc et Nervae filio et mihi videtur verius ex compromisso servi non dandam de peculio actionem*»)⁵⁶. La regola scaturisce attraverso un procedimento di interpreta-

⁵⁴ Sul presupposto costituito dalla conclusione di un atto negoziale, con ampia rassegna di fonti, cfr. M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle «actiones adiecticiae qualitatis»*, Torino 2001, p. 347 e nt. 32; nonché R. PESARESI, *Studi sull'«actio de peculio»*, Bari 2012, pp. 11-15.

⁵⁵ Sulla struttura del *compromissum* in diritto romano, oltre al classico studio di G. LA PIRA, «*Compromissum*» e «*litis contestatio formulare*», in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo 1936, pp. 187-226, cfr. M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di «compromissum»*, Milano 1958, pp. 1-100; L. DE GIOVANNI, *L'arbitrato nell'esperienza giuridica romana*, in F. AULETTA *et alii* (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli 2010, pp. 333-335; nonché N. RAMPAZZO, «*Sententiam dicere cogendum esse*». *Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli 2012, pp. 44-57.

⁵⁶ Regola analoga è affermata in D. 4.8.32.8 (Paul. 13 *ad ed.*): *Si servus compromiserit, non cogendum dicere sententiam arbitrum, nec si dixerit, poenae executionem dandam de peculio putat Octavenus. sed an, si liber cum eo compromiserit, executio adversus liberum de-*

zione analogica. La motivazione addotta a fondamento della soluzione è, infatti, che l'*actio de peculio* non è concessa nei confronti del *dominus* neanche nell'ipotesi in cui lo schiavo sia stato condannato in giudizio («*quia nec si iudicio condemnetur servus, datur in eum actio*»)⁵⁷. L'incapacità processuale

tur, videamus: sed magis est, ut non detur. Ottaviano riteneva, nell'ipotesi in cui fosse stato concluso un compromesso da uno schiavo, da un lato, che l'arbitro designato dalle parti non fosse costretto a pronunciare il lodo («*non cogendum dicere sententiam arbitrum*») e che, dall'altro, nel caso in cui il lodo fosse stato pronunciato, non potesse essere concessa l'*actio de peculio* contro il *dominus* per il pagamento della *poena ex compromisso* («*nec si dixerit, poenae executionem dandam de peculio*»). Paolo si chiede, altresì, se al *dominus* spettasse l'azione contro il soggetto libero («*sed an, si liber cum eo compromiserit, executio adversus liberum detur, videamus*»). All'interrogativo è data una risposta negativa («*sed magis est, ut non detur*»). Cfr., sul punto, M. TALAMANCA, *Ricerche* cit., pp. 131-132, nt. 210. Il brano paolino appena richiamato, diversamente da quanto accade in D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad ed.*), non contiene la precisazione che lo schiavo aveva concluso il compromesso comportandosi da libero. Il rilievo è stato oltremodo valorizzato, già nella *Postilla* aggiunta alla seconda edizione del suo studio, da A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae*² cit., pp. 192-193 e *Id.*, *La capacità processuale dello schiavo*, in *Labeo* 21 (1975) pp. 149-152, per sostenere la tesi secondo cui vi sarebbe stata (cito da p. 147 di quest'ultimo lavoro): «una risalente difformità di opinioni fra i giureconsulti circa la capacità dello schiavo di stare in giudizio (e non solo *extra ordinem!*) nell'interesse del suo padrone, allo stesso modo che egli poteva nell'interesse di costui *negotia gerere*». Ulteriore argomento ricavato da D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad ed.*) e addotto dall'autore a sostegno di questa tesi è costituito dal richiamo ulpiano dell'opinione di Nerva figlio, giurista vissuto più di un secolo prima. In senso contrario, si veda tuttavia A. BURDESE, *Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, I, Milano 1982, pp. 152-153, il quale sottolinea come l'inciso «*cum se pro libero gereret*» valga, piuttosto, ad escludere la responsabilità *de in rem verso* o *quod iussu* del *dominus*, avendo lo schiavo agito in piena autonomia e come la diversità tra la descrizione della fattispecie in D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad ed.*) e D. 4.8.32.8 (Paul. 13 *ad ed.*) non debba essere enfatizzata.

⁵⁷ Il pronome *eum* non può che riferirsi al *dominus*. Lo schiavo non ha, infatti, capacità processuale e il passaggio si riferisce ad un'*actio de peculio*. Sul punto, si vedano, in particolare, le considerazioni di A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae* cit., pp. 577-579 (= *Actio pecuniae traiecticiae*² cit., pp. 13-15) e di A. BURDESE, *Controversie giurisprudenziali* cit., p. 152. L'incapacità processuale degli schiavi è attestata da numerose fonti (D. 2.7.3pr. [Ulp. 5 *ad ed.*]; D. 2.11.13 [Iul. 55 *dig.*]; C. 3.1.6 [Gord. A. Iunia, a. 239]; C. 3.1.7 [Diocl. et Max. AA. et CC. Irenae, a. 294]; C. 3.41.5 [Diocl. et Max. AA. et CC. Menophilo, a. 294]). Particolarmente significativo, anche perché inserito dai compilatori nel titolo D. 50.17 «*de diversis regulis iuris antiquis*», è D. 50.17.107 (Gai. 1 *ad ed. prov.*): *Cum servo nulla actio est*. La letteratura romanistica considera l'incapacità processuale dello schiavo in età classica e in età bizantina un dato inconfutabile. Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, Milano 1963, pp. 280-282. Avanza il dubbio che l'incapacità processuale dello schiavo si sia affermata in conseguenza del prevalere di un orientamento sabiniano contro l'opinione sostenuta dai giuristi della scuola opposta, A. BISCARDI, *La capacità* cit., pp. 143-171, in

dello schiavo è, in altri termini, posta a fondamento dell'esclusione della responsabilità *ex peculio* del *dominus* per la pena scaturente dalla violazione delle prescrizioni del lodo arbitrale⁵⁸.

Secondo Biscardi, Ulpiano avrebbe richiamato, accanto all'*actio de peculio ex poena compromissi*, proprio l'*actio de peculio ex poena traiecticiae pecuniae*, in ragione delle affinità strutturali esistenti tra il *compromissum*, tutelato attraverso stipulazioni penali reciproche e la *pecunia traiecticia*, in relazione alla quale l'impiego della stipulazione penale è frequentemente attestato⁵⁹. Da ciò Arnaldo Biscardi ricava la conclusione che il prestito marittimo veniva tutelato da un'azione chiamata *actio pecuniae traiecticiae* e che tale azione «aveva la struttura di un'*a. ex stipulatu*, derivante da quella *stipulatio poenae*, che accompagnava, secondo l'uso, le contrattazioni di prestito marittimo»⁶⁰.

A mio avviso, nessun argomento veramente persuasivo può essere addotto a sostegno dell'assunto biscardiano, secondo cui la *stipulatio poenae pecuniae traiecticiae nomine* avrebbe dovuto assumere le forme della stipulazione semplice o autonoma. Il richiamo contenuto in D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad ed.*) all'*actio de peculio ex poena traiecticiae pecuniae*, su cui principalmente si fonda la teoria di Biscardi, può essere agevolmente spiegato considerando il dato del frequente inserimento dello schiavo nelle strutture organizzative dell'attività imprenditoriale romana⁶¹. Il passo non permette

particolare, pp. 163-165. In senso contrario, si veda però l'analisi di A. BURDESE, *Controversie giurisprudenziali cit.*, pp. 147-180.

⁵⁸ Così A. BURDESE, *Controversie giurisprudenziali cit.*, p. 153.

⁵⁹ Si tratta, segnatamente, di D. 3.5.12(13) (Paul. 9 *ad ed.*); D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 22.2.8 (Ulp. 77 *ad ed.*); D. 22.2.9 (Lab. 5 *pith. a Paul. epit.*); D. 44.7.23 (Afric. 7 *quaest.*). In tutta evidenza – perché la fattispecie riflette il medesimo regolamento di interessi, socialmente tipico e convenzionalmente regolato, descritto dall'*incipit* di D. 44.7.23 e, dunque, nonostante manchi un espresso richiamo alla *poena traiecticiae pecuniae nomine* – anche alla *stipulatio* «*pro operis servi traiecticiae pecuniae gratia secuti*» ricordata da D. 22.2.4.1 (Papin. 3 *resp.*) deve essere riconosciuta natura penale. Lo stesso deve essere osservato a proposito della clausola di conversione del prestito da ἀμφοτερόπλου in ἐτερόπλου, nell'ipotesi in cui il debitore non fosse ripartito da Brindisi a Berito entro le idi di settembre, attestata da D. 45.1.122.1 (Scaev. 28 *dig.*). D. 13.4.2.8 (Ulp. 27 *ad ed.*) menziona, al contrario, il caso in cui il finanziatore di un prestito marittimo sia, a sua volta, debitore di una somma di denaro, con previsione del pagamento di una penale in caso di inadempimento. Sul punto, cfr. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo cit.*, pp. 103-104, nt. 2.

⁶⁰ Cfr. A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae cit.*, p. 588 (= *Actio pecuniae traiecticiae*² *cit.*, p. 24).

⁶¹ Per una sintesi, v. G. MINAUD, *Les gens de commerce et le droit à Rome*, Aix-en-Pro-

di rilevare analogie strutturali tra il *compromissum* e la *pecunia traiecticia* che vadano al di là della constatazione dell'impiego, in entrambi i negozi, della stipulazione penale⁶². È possibile, al contrario, inferire dall'analisi di D. 45.1.122.1 (Scaev. 28 *dig.*), che la *stipulatio poenae* dovesse svolgere, piuttosto, una funzione di garanzia.

5. Un testo decisivo per l'inquadramento del prestito marittimo nel sistema contrattuale romano

Il brano di Scevola riconduce il prestito marittimo al mutuo e qualifica come *actio ex stipulatu* lo strumento processuale esperibile dal finanziatore nei confronti del debitore Callimaco:

D. 45.1.122.1 (Scaev. 28 *dig.*): *Callimachus mutuam pecuniam nauticam accepit a Sticho servo Seii in provincia Syria civitate Beryto usque Brentesium: idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos, sub pignoribus et hypothecis mercibus a Beryto comparatis et Brentesium perferendis et quas Brentesio empturus esset et per navem Beryto invecturus: convenitque inter eos, uti, cum Callimachus Brentesium pervenisset, inde intra idus Septembres, quae tunc proxima futurae essent, aliis mercibus emptis et in navem mercis ipse in Syriam per navigium proficiscatur, aut, si intra diem supra scriptam non reparasset merces nec enavigasset de ea civitate, redderet universam continuo pecuniam quasi perfecto navigio et praestaret sumptus omnes prosequentibus eam pecuniam, ut in urbem Romam eam deportarent: eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho servo Lucii Titii promisit Callimachus. et cum ante idus supra scriptas secundum conventionem mercibus in navem impositis cum Erote conservo Stichi quasi in provinciam*

vence 2011, pp. 175-202. Sul punto e per la ricostruzione del relativo dibattito storiografico, cfr. anche A. PETRUCCI, *Organizzazione ed esercizio* cit., pp. 9-49 e pp. 108-110.

⁶² Cfr. I. PONTORIERO, *Introduzione* cit., p. xxxix. Per una più ampia ricostruzione del dibattito storiografico relativo alla funzione e alla struttura della pena convenzionale nel prestito marittimo rinvio a Id., *Il prestito marittimo* cit., pp. 103-135. È indotto «a tenere ferma» la tesi di Biscardi, convinto della «sua maggiore persuasività», F. ZUCCOTTI, *Postfazione*, in A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali. Ristampa emendata della seconda edizione* cit., pp. 171-172. Secondo l'autore, le critiche formulate «non tengono sufficientemente conto del fatto che D. 15.1.3.8, in parallelo all'*actio ex poena compromissi*, parli di un'(*actio*) *traiecticiae pecuniae*, quale azione anch'essa basata su di una *stipulatio poenae*». Ferdinando Zuccotti sottolinea, inoltre, come la *stipulatio poenae* fosse chiamata a svolgere «una funzione fondamentale nel prefissare il valore dell'inadempimento, liberando il creditore della difficile prova del *quantum* e limitandola alla più facile dimostrazione dell'*an debeatur*».

Syriam perventurus enavigavit: quaesitum est nave submersa, cum secundum cautionem Callimachus merces debito perferendas in nave mansisset eo tempore, quo iam pecuniam Brentesio reddere Romae perferendam deberet, an nihil prosit Erotis consensus, qui cum eo missus erat, cuique nihil amplius de pecunia supra scripta post diem conventionis permissum vel mandatum erat, quam ut eam receptam Romam perferret, et nihilo minus actione ex stipulatu Callimachus de pecunia domino Stichus teneatur <Mo. sic fere scriptum fuisse putat: et cum, ante idus supra scriptas secundum conventionem mercibus in navem impositis, cum Erote conseruo Stichus, qui cum eo missus erat cuique nihil amplius de pecunia supra scripta permissum vel mandatum erat, quam ut eam post diem conventionis receptam Romam perferret, mansisset, eo tempore, quo iam pecuniam Brentesio reddere Romam perferendam deberet, quasi in provinciam Syriam perventurus enavigavit. quaesitum est nave submersa, cum secundum cautionem Callimachus merces Berytum perferendas in navem imposuisset, an nihil prosit et nihilo minus actione ex stipulatu Callimachus de pecunia domino Stichus teneatur>. respondit secundum ea quae proponerentur teneri. item quaero, si Callimacho post diem supra scriptam naviganti Eros supra scriptus servus consenserit, an actionem domino suo semel adquisitam adimere potuerit. respondit non potuisse, sed fore exceptioni locum, si servo arbitrium datum esset eam pecuniam quocumque tempore in quemvis locum reddi <Amann si servo... reddi ante respondit collocat>.

Si tratta di un testo molto studiato, specie con riferimento al problema della sua tradizione testuale⁶³. In questa sede, mi limiterò ad evidenziare i dati che possono essere ricavati sulla struttura del prestito marittimo e sul suo inquadramento nel sistema contrattuale romano⁶⁴. Scevola prende in considerazione il prestito marittimo, destinato al finanziamento di un'operazione commerciale da svolgersi alla volta di Brindisi, concesso a Callimaco nella città di Berito da Stico, schiavo di Seio («*Callimachus mutuum pecuniam nauticam accepit a Sticho servo Seii in provincia Syria civitate Beryto usque Brentesium*»)⁶⁵.

⁶³ Il più ampio e documentato tentativo di ricostruzione del frammento rimane a tutt'oggi quello di U. VON LÜBTOW, *Das Seedarleben des Callimachus*, in *Festschrift für M. Kaser*, München 1976, pp. 329-349; cui adde C. KRAMPE, *Der Seedarlebensstreit des Callimachus*, in *Collatio iuris romani. Études dédiées à H. Hankum*, I, Amsterdam 1995, pp. 207-222.

⁶⁴ Per una più ampia esegesi, cfr. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., pp. 137-152.

⁶⁵ Deve essere notata l'incongruenza del prosieguo del frammento, che afferma Stico essere schiavo di Lucio Tizio. Per questi aspetti, v. M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR* 103-104 (2000-2001 [pubbl. 2009]) p. 589, nt. 415 e p. 590.

Assume particolare rilevanza l'impiego dell'espressione *mutua pecunia* e quella del verbo *accipere*. Riferimenti espliciti al *mutuum* o all'effettuazione di una *numeratio pecuniae* da parte del sovventore – cui corrisponde l'*accipere* da parte del destinatario del finanziamento – sono molto frequenti nelle fonti che prendono in considerazione o richiamano incidentalmente il prestito marittimo⁶⁶.

Il giurista descrive in modo molto dettagliato il regolamento negoziale adottato dalle parti contraenti: è stata prevista una durata di duecento giorni per la navigazione e sono state accese garanzie sia sulle merci acquistate a Berito e dirette a Brindisi sia su quelle che Callimaco avrebbe acquistato a Brindisi e imbarcato sulla nave nel viaggio di ritorno verso Berito («*idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos, sub pignoribus et hypothecis mercibus a Beryto comparatis et Brentesium perferendis et quas Brentesio empturus esset et per navem Beryto invecturus*»)⁶⁷.

Le parti convengono, altresì, che il debitore, una volta giunto a Brindisi, sarebbe dovuto ripartire per il viaggio di ritorno verso la Siria – naturalmente dopo aver acquistato e caricato sulla nave le merci destinate ad essere rivendute nel porto di arrivo – entro le idi di settembre venture («*convenitque inter eos, uti, cum Callimachus Brentesium pervenisset, inde intra idus Septembres, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emptis et in*

⁶⁶ D. 22.2.4pr. (Papin. 3 resp.): «*traiecticia pecunia [...] accepta sit*»; D. 22.2.5pr. (Scaev. 6 resp.): «*recepturus sis quod dederis*»; D. 22.2.6 (Paul. 25 quaest.): «*Faenerator pecuniam usuris maritimis mutuum dando*»; «*cum traiecticia pecunia ita datur*»; D. 22.2.7 (Paul. 3 ad ed.): «*si dedero decem traiecticia*»; C. 4.33.2(1) (Diocl. et Max. AA. Scribonio Honorato, a. 286): «*Traiecticam pecuniam, quae periculo creditoris datur*»; C. 4.33.3(2) (Diocl. et Max. AA. Aureliae Cosmianae, a. 286): «*Cum dicas pecuniam te ea lege dedisse*»; C. 4.33.4(3) (Diocl. et Max. AA. Aureliae Iulianae): «*Cum proponas te nauticum fenus ea condicione dedisse*»; C. 4.33.5(4) (Diocl. et Max. AA. et CC. Pullio Iuliano Eucharisto, a. 294): «*quae periculo creditoris mutuo datur*».

⁶⁷ Secondo M. FRUNZIO, *Il caso della sfortunata navigazione di Callimaco*: D. 45.1.122.1 (Scaev. 28 dig.), in SDHI 83 (2017) pp. 279-280: «l'accensione di garanzie certamente doveva assolvere alla funzione di proteggere il finanziatore da rischi per l'intera durata della navigazione, come ci viene indicato dallo stesso passo di Scevola, per cui la garanzia si costituiva, *sub pignoribus et hypothecis mercibus a Beryto comparatis et Brentesium perferendis et quas Brentesio empturus esset et per navem Beryto invecturus*, e, pertanto, in *omnes navigii dies ducentos*». Accedendo all'ipotesi che il *periculum creditoris* fosse un elemento essenziale del prestito marittimo (sulla questione, v. *supra*, pp. 186-193), dovremmo naturalmente ritenere che la possibilità per il finanziatore di soddisfarsi sui pegni fosse subordinata al verificarsi della condizione dell'arrivo in porto della nave salva ed escludere che il creditore potesse trovarsi protetto da «rischi per l'intera durata della navigazione».

navem mercis ipse in Syriam per navigium proficiscatur)⁶⁸. Il creditore di Callimaco non era disposto a sopportare il considerevole aumento dei rischi che si sarebbe verificato dopo questa data, come normale conseguenza dell'approssimarsi della stagione autunnale.

Qualora il debitore non avesse acquistato le merci e intrapreso la navigazione verso Berito entro le idi di settembre, avrebbe dovuto restituire subito tutto il denaro, vale a dire la somma del capitale e dell'importo degli interessi, come se il viaggio fosse stato portato a termine («*aut, si intra diem supra scriptam non reparasset merces nec enavigasset de ea civitate, redderet universam continuo pecuniam quasi perfecto navigio*»). Il debitore sarebbe stato tenuto, altresì, a rimborsare tutte le spese ai soggetti incaricati di ottenere la restituzione del denaro, affinché potessero trasportarlo nella città di Roma («*et praestaret sumptus omnes prosequentibus eam pecuniam, ut in urbem Romam eam deportarent*»). La previsione, che risponde evidentemente all'interesse del creditore, ha lo scopo di sanzionare la violazione dell'impegno assunto dal debitore a caricare le merci e ripartire entro le idi di settembre. Si tratta, dunque, di una clausola penale⁶⁹. Il complesso regolamento negoziale adottato dalle parti contraenti aveva ottenuto sanzione formale attraverso gli schemi della *stipulatio* («*eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho servo Lucii Titii promisit Callimachus*»)⁷⁰.

L'accordo delle parti, come abbiamo visto, prevedeva che a Brindisi Callimaco caricasse le merci sulla nave e ripartisse, alla volta di Berito, entro le idi di settembre. Il debitore, pur avendo caricato le merci sulla nave entro tale data, indugia nel porto di Brindisi e intraprende con Eros, compagno di schiavitù di Stico, il viaggio di ritorno verso la Siria dopo la scadenza del termine contrattualmente previsto⁷¹. Si verifica il temuto naufragio della

⁶⁸ Il termine *mercis* è privo di collegamento. Theodor Mommsen propone di emendare «*mercis ipse*» in «*receptis*». Cfr. TH. MOMMSEN, *Editio maior, ad b. l.*; della proposta dà conto P. KRÜGER, *Editio minor, ad b. l.* U.E. PAOLI, *Il prestito marittimo nel diritto attico*, in ID., *Studi di diritto attico*, Firenze 1930, p. 31, nt. 1, propone di leggere «*impositis*». La correzione proposta trova conferma nel seguito del brano, che attesta l'impiego dell'ablativo assoluto «*mercibus in navem impositis*». Le idi di settembre segnavano nell'antichità greco-romana la fine del periodo più felice per la navigazione. Cfr. Vegezio, *Epitoma rei militaris*, 4.39: «*[...] quia post Id. Sept. oritur Arcturus, vehementissimum sidus [...]*».

⁶⁹ Lo sottolinea U.E. PAOLI, *Il prestito marittimo cit.*, pp. 30-33.

⁷⁰ Cfr., da ultima, N. ŽIHA, *The Insurance Function cit.*, p. 42-43 e nt. 26.

⁷¹ Sulla fattispecie e sulla partenza della nave per il viaggio di ritorno dopo il 13 settembre, cfr. G.J. Blicharz, *Pecunia traiecticia cit.*, p. 4. Una nuova interpretazione viene proposta da M. FRUNZIO, *Il caso della sfortunata navigazione cit.*, p. 278: «Prima delle idi di settem-

nave. L'esatta portata del quesito rivolto al giurista è difficile da precisare, a causa del deplorabile stato in cui il testo ci è pervenuto.

Secondo la proposta di emendazione formulata da Theodor Mommsen, il giurista avrebbe affrontato l'interrogativo se Callimaco fosse tenuto – in forza dell'*actio ex stipulatu* – al pagamento del denaro nei confronti del finanziatore, nonostante le merci fossero state caricate nel rispetto del termine⁷². Callimaco sarebbe stato ritenuto responsabile nei confronti del creditore, nonostante avesse caricato le merci nel termine contrattualmente previsto, non essendo, entro lo stesso termine, ripartito da Brindisi alla volta di Berito⁷³.

bre, Callimaco, caricate le merci, esce dal porto col conservo di Stico, Eros. Ma la nave naufraga. Ci si chiede dunque se Callimaco sia tenuto con l'*actio ex stipulatu*, visto che le merci erano ancora sulla nave alla scadenza del termine prefissato e avendo ricevuto il consenso di Eros alla partenza. Scevola risponde affermativamente, ma concede a Callimaco un'eccezione ove al servo fosse stata riconosciuta la facoltà di ricevere il denaro ovunque e in ogni luogo (*'si servo arbitrium datum esset eam pecuniam quocumque tempore in quemvis locum reddi'*). L'autrice, nel prosiegua del suo contributo, ritorna nuovamente sulla fattispecie affrontata da Scevola: «Evidente l'ambiguità del testo di Scevola in cui, un differente uso dei segni di interpunzione, consente di riferire il dato temporale *ante idus supra scriptas secundum conventionem* soltanto al *mercis impositis*, come comunemente si ritiene, o anche al *enavigavit*, come parrebbe più corretto» (*ivi*, p. 280, nt. 22). Marina Frunzio ipotizza dunque che la partenza della nave da Brindisi a Berito per il viaggio di ritorno sia avvenuta prima delle idi di settembre: «Callimaco, forte del denaro preso a mutuo ha compiuto la prima parte del viaggio programmato portando le merci da Berito a Brindisi, a Brindisi le avrà vendute o consegnate, secondo quello che era il suo impegno al riguardo, a Brindisi ha acquistato altre merci, sempre rispettando esattamente il termine prefissato delle idi di settembre, le ha caricate nella nave ed è da qui ripartito» (*ivi*, p. 280). Il tenore letterale del prosiegua del brano mi induce a ritenere poco probabile questa interpretazione: «*cum secundum cautionem Callimachus merces debito perferendas in nave mansisset eo tempore, quo iam pecuniam Brendesio reddere Romam perferendam deberet*» (del passaggio viene proposta la seguente traduzione: «dal momento che le merci che avrebbe dovuto trasportare secondo gli obblighi assunti erano ancora sulla nave allo scadere del termine in cui già avrebbe dovuto restituire a Brindisi il denaro da trasferire poi a Roma» [*ivi*, p. 277, nt. 14]).

⁷² L'interesse di Scevola per il regime della doppia condizione risulta da altre fonti: D. 45.1.129 (Scaev. 12 *quaest.*). Sul punto, v. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., pp. 148-149.

⁷³ Secondo M. FRUNZIO, *Il caso della sfortunata navigazione* cit., p. 288, il «significato dell'inciso *secundum ea quae proponerentur* va verisimilmente spiegato come un rimando che il giurista fa agli accordi intervenuti tra le parti perché la vicenda così esposta non gli consente di giungere con certezza ad una soluzione specifica sul punto». Merita di essere ricordato in questa sede come l'espressione «*secundum ea quae proponerentur*» costituisca uno stilema molto comune, peraltro caratteristico della scrittura di Cervidio Scevola. Del-

Forma oggetto del prosieguo del brano la problematica relativa al valore del consenso prestato dallo schiavo Eros⁷⁴. Quest'ultimo non aveva ricevuto dal *dominus* altro incarico che quello di ottenere, dopo la scadenza del termine, il pagamento del denaro e di trasportarlo a Roma. L'interrogativo prospettato è, in particolare, se il consenso di Eros possa far venir meno l'azione contrattuale spettante al *dominus*. Il giurista fornisce una risposta negativa, ma aggiunge che al debitore poteva essere concessa un'*exceptio*, qualora fosse stata riconosciuta al servo la facoltà di decidere in quale luogo e in quale momento il denaro dovesse essere restituito⁷⁵.

Il richiamo effettuato da Scevola all'*actio ex stipulatu* rende D. 45.1.122.1 un testo di straordinaria importanza per l'individuazione degli strumenti processuali destinati a tutelare le pretese creditorie. Arnaldo Biscardi, per difendere la tesi secondo cui la tutela delle pretese creditorie alla restituzione del capitale e al pagamento di *usurae* sarebbe stata realizzata in diritto romano in modo indiretto ed affidata ad una *stipulatio poenae* principale o impropria, è stato costretto a fornire una qualche giustificazione per l'esplicito ricordo dell'impiego della *stipulatio* nel prestito di Callimaco. L'autore ha ritenuto che il ricorso alla *stipulatio* in D. 45.1.122.1 trovasse fondamento nelle particolari condizioni contemplate dall'accordo delle parti. La *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine* – caratterizzata dalla presenza della condizione «*si ad diem pecunia soluta non sit*» – non sarebbe stata idonea a fornire sanzione giuridica al com-

le 109 occorrenze rinvenibili nelle fonti giurisprudenziali, ben 108 sono contenute in testi di Scevola, solo una nei libri *ad Vitellium* di Paolo (D. 33.7.18.14 [Paul. 2 *ad Vit.*]). Per l'elevata probabilità che il giurista rispondente cui fa riferimento il testo paolino sia proprio Scevola, cfr. J.G. WOLF, *Die Scaevola-Responsen in Paulus' libri ad Vitellium*, in *Studi per G. Nicosia*, VIII, Milano 2007, p. 441 e nt. 40; sulla questione, v. da ultimo F. BONIN, *Tratti formali e stratificazioni testuali nei libri paolini 'ad Vitellium'*, in CH. BALDUS, G. LUCHETTI, M. MIGLIETTA (a cura di), *Prolegomena per una palingenesi dei libri 'ad Vitellium' di Paolo. Atti dell'incontro di studi italo-tedesco* (Bologna – Ponte Ronca, 26-29 maggio 2016), Alessandria 2020, p. 298, nt. 98.

⁷⁴ Secondo la ricostruzione proposta da U. VON LÜBTOW, *Das Seedarleben* cit., p. 329, la *quaestio* sottoposta al giurista sarebbe stata integralmente incentrata sul valore da riconoscere al consenso prestato dallo schiavo. Cfr. sul punto le osservazioni formulate da I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., pp. 149-150.

⁷⁵ Si sofferma sulla natura dell'*exceptio* menzionata nel testo M. FRUNZIO, *Il caso della sfortunata navigazione* cit., p. 292. A mio avviso, induce a ritenere probabile che si tratti di un'*exceptio pacti*, scaturente dall'eventuale conclusione di un *pactum adiectum ex intervallo* al negozio di stretto diritto, l'impiego dell'espressione «*si servo arbitrium datum esset eam pecuniam quocumque tempore in quemvis locum reddis*».

plesso assetto di interessi delineato dai contraenti⁷⁶. Le congetture di Biscardi non resistono ai rilievi critici formulati da Francesco De Martino. Quest'ultimo ha, correttamente, osservato come non esista nessuna valida ragione per ipotizzare che la protezione del creditore dovesse essere affidata ad una stipulazione penale principale, ben potendo le parti ricorrere, piuttosto, ad una semplice *stipulatio* per rendere coercibili gli impegni assunti da chi intendeva obbligarsi⁷⁷.

6. Gli strumenti di tutela delle pretese creditorie alla restituzione del capitale e al pagamento degli interessi

È possibile inferire dall'analisi delle fonti finora condotta come i romani abbiano configurato il prestito marittimo alla stregua di un mutuo, sia pure connotato da profili di specialità⁷⁸. Rimane da affrontare il problema dell'individuazione degli strumenti processuali esperibili dal finanziatore del prestito marittimo nei confronti del debitore. Il tentativo di fornire una risposta all'interrogativo deve necessariamente tenere conto, da un lato, della qualificazione del prestito marittimo come mutuo e, dall'altro, del possibile impiego della stipulazione da parte dei contraenti.

In assenza di indicazioni di segno contrario provenienti dalle fonti in nostro possesso, è necessario ipotizzare il ricorso da parte del finanziatore agli strumenti formulari concessi al mutuante che abbia, eventualmente, assunto anche le vesti di *reus stipulandi*⁷⁹. Tali strumenti sono costituiti dall'*actio certae creditae pecuniae* e dall'*actio incerti ex stipulatu*⁸⁰.

A fronte del mancato impiego della *stipulatio*, è verisimile ipotizzare

⁷⁶ A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae* cit., pp. 644-645 (= *Actio pecuniae traiecticiae*² cit., pp. 80-81).

⁷⁷ F. DE MARTINO, *Sull'«actio pecuniae traiecticiae»*, in *Rivista del diritto della navigazione* 10.1 (1949) pp. 33-34 (= *Scritti* cit., II, p. 214).

⁷⁸ Per la rassegna delle fonti che riconducono il prestito marittimo al mutuo, v. *supra*, p. 205, nt. 66.

⁷⁹ Cfr. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., pp. 153-158. Sui rapporti tra mutuo e *stipulatio* si soffermano, nella letteratura successiva, G. LUCHETTI, *Il prestito di denaro a interesse in età giustiniana*, in M. FRUNZIO (a cura di), *L'economia delle passioni. Etica, diritto e mercato finanziario tra antico e moderno. Atti Convegno Urbino 13 giugno 2016*, Cultura giuridica e diritto vivente, Special Issue (2016), pp. 1-5 (= G. LUCHETTI, *Nuovi contributi di diritto tardoimperiale e giustiniano*, Bologna 2021, pp. 71-77) e M. FRUNZIO, *Il caso della sfortunata navigazione* cit., pp. 293-295.

⁸⁰ I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., pp. 155-157.

il ricorso ad *actiones in factum* o all'*agere praescriptis verbis*⁸¹. Quando si verificò il riconoscimento da parte della giurisprudenza dell'azionabilità del *nudum pactum usurarum*, il problema relativo alla natura dello strumento processuale esperibile dovette ormai assumere minor rilievo, in ragione della progressiva affermazione della *cognitio extra ordinem*⁸².

⁸¹ Cfr. in proposito V. GIUFFRÈ, «*Faenus*» cit., p. 146, nt. 6 (= *Studi*² cit., pp. 123-124, nt. 13).

⁸² Così I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo* cit., p. 158 e pp. 195-196, nt. 18.

La pubblicazione degli articoli proposti a Studi Urbinati
è subordinata alla valutazione positiva di due *referees* che esaminano gli articoli
secondo il procedimento di *peer review* e con il sistema del *double blind*.

Finito di stampare nel mese di giugno 2022
nello stabilimento Maggioli S.p.A.
Santarcangelo di Romagna

ISSN 1825-1676
(Online) ISSN 2464-9325