



TEORIA E STORIA
DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE

PEER REVIEWED JOURNAL

ISSN: 2036-2528

SALVATORE SCIORTINO

La litterarum obligatio
nella legislazione di Giustiniano e
nella interpretazione degli *antecessores*

Numero XVII – Anno 2024

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

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

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), A. Guasco (Univ. Telematica Giustino Fortunato), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), P. Pasquino (Univ. Cassino), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

Coordinatore: C. De Cristofaro (Univ. Salerno) – **Membri:** M. Amabile (Univ. Salerno), M. Beghini (Univ. Roma Tre), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), D. Ceccarelli Morolli (P.I.O. – Univ. G. Marconi), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano), A. Natale (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista

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

Con il patrocinio di



Ordine degli Avvocati di Salerno



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

Teoria e Storia del Diritto Privato

ISSN: 2036-2528

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider: Aruba S.p.A., Via San Clemente n. 53, Ponte San Pietro (BG), P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

La *litterarum obligatio* nella legislazione di Giustiniano e nella interpretazione degli *antecessores*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I precedenti tardo antichi in tema di *litterarum obligatio*, *stipulatio* ed *exceptio non numeratae pecuniae*: la nostra ipotesi di lavoro – 3. La *litterarum obligatio* nel diritto giustiniano. La genesi del titolo in due costituzioni tardo antiche (CTh. 2.27.1.4 e C. 4.21.16.1) – 4. Le difficoltà degli antecessori bizantini in ordine alla problematica configurazione del consenso nel contratto letterale: esame di P.T. 3.21 e di *sch. 3 ad Bas.* 11.1.1 = Ulp 4 *ad ed.* D. 2.14.1 (BS I 178/10-22; Hb. I 554) – 5. L'efficacia probatoria rinforzata degli *instrumenta* stipulatori: analisi di C. 8.37(38).14.2 e I. 3.19.12 – 6. La disciplina giustiniana dell'*exceptio non numeratae pecuniae* e la testimonianza di Taleleo: esame dello *sch. 2 ad Bas.* 23.1.67 = C. 4.30.5 (BS IV 1601/15-19; Hb. II 657) e dello *sch. 5 ad Bas.* 23.1.67 = C. 4.30.5 (BS IV 1601/25-29; Hb. II 658) – 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Abbiamo condensato in queste pagine gli esiti di un'indagine che si è sviluppata attorno al titolo 21 del terzo libro delle Istituzioni di Giustiniano, rubricato '*De litterarum obligatione*'¹.

¹ I. 3.21: *Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur: quae nomina hodie non sunt in usu. plane si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. sic fit ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur*

Esso è costituito da un breve passo nel quale il compilatore, con tutta probabilità l'antecessore Doroteo, in collaborazione verosimilmente con Triboniano², dopo avere ammesso che i *nomina transcripticia*, i contratti letterali risalenti all'età classica, *hodie non sunt in usu*, compie un fugace riferimento alla legislazione dell'età precedente. Egli scrive che, come *saepissime constitutum est*, quando un debitore avesse messo per iscritto di dovere *quod numeratum ei non est*, non avrebbe potuto più opporre l'*exceptio non numeratae pecuniae* dopo il decorso di un certo termine di prescrizione³.

condictio, cessante scilicet verborum obligatione. multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur. Prenderemo in esame il passo *infra*, § 3.

² G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Istituzioni di Giustiniano*, in *AUPA*, 45.1, 1998, 387 s., attribuisce la paternità di I. 3.21 a Doroteo, sulla base del sistema di rinvii interni al libro III, limitati alla trattazione delle obbligazioni da contratto, curata appunto da Doroteo. A questo argomento, possiamo aggiungerne un altro, consistente nel confronto tra I. 3.21 e P.T. 3.21 dal quale è possibile constatare la maggiore ampiezza, ricchezza di esempi e di dettagli del passo della Parafraresi; ciò, probabilmente, in virtù dell'esigenza avvertita da Teofilo di spiegare in maniera più piana agli studenti del primo anno il dettato piuttosto laconico del passo delle Istituzioni. Con ogni verosimiglianza, se l'autore del passo fosse stato Teofilo, egli lo avrebbe scritto in modo meno conciso. Aggiungiamo, ancora, che gli aggiornamenti alla legislazione giustiniana sono, verosimilmente, da attribuire a Triboniano, al quale andrebbe dunque ascritta la seconda parte del passo, compresa nel tratto '*multum autem tempus-minime extendatur*'. Sull'ipotesi che a Triboniano vadano attribuiti i tratti di testo nei quali si dà conto delle innovazioni legislative postclassiche e giustiniane v.: T. HONORÉ, *Tribonian*, Oxford, 1978, 189 ss.; G. FALCONE, *Il metodo*, cit., 230 ss.; M. VARVARO, *Lo stile di Triboniano e la compilazione delle 'Institutiones' di Giustiniano*, in *SDHI*, 68, 2002, 319 ss., (sul quale v. però i rilievi critici di G. DI MARIA, *Tanta/ἄεδωκεν. Quando la retorica assume forma e valore di legge*, in *Mediaeval Sophia. Studi e ricerche su saperi medievali*, 12, 2012, 135 e nt. 34).

³ I termini di prescrizione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* vennero ridotti da Giustiniano a due anni (C. 4.30.14). In precedenza, era stato Diocleziano ad

Il testo prosegue affermando che anche al tempo attuale ci si obbligava per causa della scrittura (*scriptura obligetur*), sempre che non ricorresse una *stipulatio* (*cessante scilicet verborum obligatione*), proprio nei casi in cui il debitore chirografario⁴ avesse fatto trascorrere invano il termine biennale entro il quale avrebbe potuto fare constatare la mancata *numeratio* della *pecunia*. Siffatto accertamento poteva avvenire in due modi: giudizialmente, attraverso l'*exceptio non numeratae pecuniae*, se il debitore era stato convenuto con una delle *condictiones* giustinianee, eredi dell'*actio certae creditae pecuniae* e della *condictio certae rei* classiche⁵; negozialmente, attraverso una *denuntiatio* che il debitore sottoscrivente il documento avrebbe potuto presentare alla controparte o agli uffici giudiziari competenti, con l'effetto di rendere l'*exceptio non numeratae pecuniae* perpetua, allo stesso modo di quanto accadeva con la *querela* in età classica⁶.

introdurre un termine di prescrizione quinquennale (*Epit. Cod. Hermog. Wisigothica* 1.1) dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, in sostituzione di un precedente termine annuale da riportare, con tutta probabilità, ad Alessandro Severo (C. 4.30.8). Sulla questione v. più diffusamente *infra*, nt. 95.

⁴ Sulle caratteristiche dei chirografi in età postclassica e giustiniana, *infra*, ntt. 28 e 29.

⁵ Il sistema delle *condictiones* giustinianee è stato indagato in tempi recenti, in particolare, da A. SACCOCCIO, 'Si certum petetur'. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustinianee, Milano, 2002, 549 ss.

⁶ Come bene messo in evidenza da M.R. CIMMA, 'De non numerata pecunia', Milano, 1984, 183 ss., Giustiniano ha disciplinato nel dettaglio la *denuntiatio* che poteva essere presentata dal debitore che aveva emesso il documento: C. 4.30.14.4-6: IMP. IUSTINIANUS A. MENAE PP. 4. *In omni vero tempore, quod memoratae exceptioni taxatum est, licebit ei, cui talis exceptio competit, vel denuntiationibus scripto missis querellam non numeratae pecuniae manifestare ei, qui numerasse eam vel alias res dedisse instrumento scriptus est, vel, si abesse eum his locis in quibus contractus factus est contigerit, in hac quidem alma urbe apud quemlibet ordinarium iudicem, in provinciis vero apud viros clarissimos rectores earum vel defensores locorum eandem querellam manifestare eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere. 5. Sed si praesens quidem sit, qui pecunias numerasse vel alias res dedisse scriptus est, aliquam vero administrationem vel in hac alma urbe vel in provinciis gerat, ut difficile esse videatur denuntiationem ei mittere, licentiam damus ei, qui*

Ora, se entro il termine biennale dalla data di emissione del chirografo non stipulatorio non fosse stata opposta l'*exceptio non numeratae pecuniae* ovvero non fosse stata esercitata la *denuntiatio* da parte del debitore chirografario, si sarebbe consolidata un'obbligazione letterale. Lo scritto, un chirografo di mutuo, fino alla scadenza del biennio dotato di sola efficacia probatoria, avrebbe assunto effetti costitutivi, fungendo da causa dell'obbligazione; né, d'altra parte, ricorreva una obbligazione verbale – *cessante scilicet verborum obligatione*, ricorda il passo delle Istituzioni imperiali – e, similmente, non si configurava nemmeno una obbligazione *re*, visto che non vi era stata *numeratio*. Proprio perché la circostanza della mancata *numeratio* non avrebbe più potuto essere messa in discussione, era il documento a causalizzare la promessa di restituzione da parte del debitore negligente, il quale

memorata exceptione uti velit, alios iudices adire vel in hac alma urbe vel in provinciis et per eos ei manifestare, cui exceptionem huiusmodi obicit, factam a se super non numerata pecunia querellam esse. 6. Quod si in provinciis vel non sit alius administrator civilis vel militaris, vel per aliquam causam difficile sit ei qui memoratam querellam opponit adire eum et ea quae dicta sunt facere, licentiam ei damus per virum reverentissimum episcopum eandem suam exceptionem creditori manifestare et ita tempus statutum interrompere. quae etiam in exceptione non numeratae dotis locum habere certum est. D. K. IUL. CONSTANTINOPOLI IPSO A. II CONS. [a. 528]. Diversamente dalla *contestatio* classica e postclassica, che consisteva in una dichiarazione da presentare *apud acta*, la *denuntiatio* giustiniana era un atto di natura negoziale che il debitore chirografario poteva sottoscrivere e indirizzare direttamente alla controparte. Solo in caso di assenza di quest'ultima, la *denuntiatio* si sarebbe dovuta presentare al giudice o, in provincia, al *rector* o al *defensor civitatis*. Infine, se la controparte fosse stata presente, ma difficile da raggiungere, il titolare dell'*exceptio non numeratae pecuniae* – oltre al debitore chirografario, si pensi ad un fideiussore, un cessionario o un erede – avrebbe potuto presentare la *denuntiatio* al giudice competente per l'eventuale controversia, chiedendogli una notifica dell'atto al creditore. In caso di mancanza di autorità giudiziaria civile o militare, era anche data facoltà di presentare la *denuntiatio* al vescovo, chiedendo del pari al debitore legittimato all'*exceptio non numeratae pecuniae* la notifica dell'atto al creditore.

aveva lasciato che scadessero i termini di prescrizione dei mezzi che l'ordinamento metteva a disposizione⁷.

La *litterarum obligatio* giustiniana, appena descritta, è un istituto giuridico che non ha precedenti nel diritto classico; né, naturalmente, nel regime dei *nomina transscripticia*⁸, né nella disciplina dell'*exceptio non*

⁷ L'esistenza di precisi termini di prescrizione in materia di *querela* ed *exceptio non numeratae pecuniae* doveva considerarsi funzionale alla tutela della certezza dei rapporti giuridici, uno dei grandi obiettivi perseguiti da Giustiniano attraverso la sua legislazione, come ben messo in luce, con specifico riferimento alla materia processuale, da S. PULIATTI, 'Officium iudicis' e certezza del diritto in età giustiniana, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del Convegno, Modena, 21-22 maggio 1998*, a cura di S. Puliatti e A. Sanguinetti, Milano, 2000, 43 ss.

⁸ Le poche informazioni a nostra disposizione sui *nomina transscripticia* provengono da alcuni problematici accenni di Cicerone e, principalmente, da Gai 3.128-130: 128. *Litteris obligatio fit ueluti nominibus transscripticiis. fit autem nomen transscripticium duplici modo, uel a re in personam uel a persona in personam.* 129. <A re in personam trans>scriptio fit, ueluti si id, quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. 130. *A persona in personam transscriptio fit, ueluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegauerit mihi.* Sotto il profilo sistematico, secondo J. BINDER, *Der justinianische Literalkontrakt*, in *Studi in onore di B. Brugi nel XXX anno del suo insegnamento*, Palermo, 1910, 339 ss., i *nomina transscripticia* sarebbero stati contratti esistenti ancora in diritto giustiniano. Ha preso posizione contro questa impostazione, R. DE RUGGIERO, *La classificazione dei contratti e l'obbligazione letterale nel diritto classico e nel giustiniano*, in *Studi in onore di S. Peruzzi nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo, 1925, 395 ss., convinto che gli scarsi accenni nelle fonti, piuttosto, si spieghino con il fatto che tale contratto fosse già desueto in età classica, soppiantato dalla *stipulatio* e per questo non ricordato né da altri giuristi classici né dallo stesso Gaio nelle *Res Cottidianae*; la categoria dell'*obligatio litteris* sarebbe stata presente solo nelle Istituzioni di Gaio e avrebbe assunto un rango ufficiale unicamente nelle Istituzioni di Giustiniano, mentre non sarebbe stata conosciuta dagli altri giuristi. Sotto il profilo del meccanismo di funzionamento, la denominazione deriva dalla duplice annotazione (*transscriptio*) del credito che i *pateres* erano soliti compiere nel *codex accepti et expensi*, prima sotto forma di *acceptilatio* per estinguere il debito, poi sotto forma di *expensilatio* per novarlo soggettivamente o oggettivamente, bilanciando così i conti e facendo sorgere

*numeratae pecuniae*⁹ e neppure della *contestatio*, della *condictio liberationis*

l'obbligazione letterale (cfr. G. PURPURA, *Diritto, papiri e scrittura*², Torino, 1999, 185 ss.). In passato si era anche dubitato che la scrittura facesse sorgere l'obbligazione (cfr. F. BUONAMICI, *Sulle 'litterarum obligationes' dell'antico diritto romano*, in *AG*, 16, 1876, 7 ss.), ma si tratta di posizioni ormai superate a fronte della chiara attestazione gaiana (*litteris obligatio fit ueluti nominibus transcripticiis*) secondo cui la scrittura era l'elemento generativo dell'obbligazione e un requisito imprescindibile, insieme al consenso delle parti, del contratto: R.M. THILO, *Der 'codex accepti et expensi' im römischen Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Literalobligation*, Göttingen, 1890, 80 ss.; G. APPERT, *Essai sur l'évolution du contrat litéral et sur la place qui'il a tenue chez les Romains*, in *RHD-TR*, 11, 1932, 619 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1950, 137 ss.; D. STOJČEVIĆ, *Les tablettes d'Herculanum et l' 'expensilatio'*, in *IVRA*, 12, 1962, 54 ss.; I. CREMADES, *El contrato literal*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J. L. Murga Gener*, Madrid, 1995, 519 ss.; O. BEHREND, *Das Literalvertrags Geldrube ('arca') und Hausbuch ('codex accepti et expensi') im römischen Privatrecht und Zensus*, in *Mélanges W. Wolodkiewicz*, I, Varsovie, 2000, 57 ss.; C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sui 'nomina transcripticia'*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano, 2007, 171 ss.; F. LA ROSA, *Appunti sui contratti "letterali" nel diritto romano*, in *AUCA*, 9, 2007-2008, 71 ss.

⁹ Invero, regna molta incertezza riguardo alla ricostruzione del regime classico dell'*exceptio non numeratae pecuniae*. I dubbi riguardano tanto il tempo della sua introduzione, che nella ricostruzione degli studiosi oscilla tra il II e il III secolo d.C. (se non, addirittura, tra l'età tardo antica e quella giustiniana), quanto il contesto processuale nel quale è maturata l'*exceptio*, se il processo formulare o le *cognitiones extra ordinem*. Ancora, resta dubbio se l'*exceptio* sia di introduzione legislativa da parte della cancelleria imperiale, se sia stata escogitata dai giuristi ovvero, ancora, se sia sorta spontaneamente nella prassi dei tribunali; restano oscuri i passaggi che hanno portato a differenziare l'*exceptio non numeratae pecuniae* rispetto all'*exceptio doli* e ad una *exceptio in factum*, attestata del pari nelle fonti (queste due ultime eccezioni coinciderebbero secondo R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford-New York, 1996, 93 s.). Problematica è anche l'individuazione dei rapporti giuridici che costituiscono il campo di applicazione dell'*exceptio*; in particolare gli studiosi dibattono sul punto se essa fosse concessa solo contro cauzioni semplici (da mutuo), solo contro *cautiones stipulatorie*, ovvero in entrambe le ipotesi. Le ricostruzioni degli studiosi sono rese difficili, peraltro, dalle poche fonti che informano dell'istituto per l'età classica e che si riducono alle prime otto costituzioni del titolo 4.30 del Codice e ad un paio di passi del Digesto,

e della *querela non numeratae pecuniae*¹⁰.

entrambi riconducibili ad Ulpiano – ossia Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.16 e Ulp. 7 *disp.* D. 17.1.29 pr. – peraltro a loro volta poco perspicui, cfr. sul punto M.R. CIMMA, ‘*De non numerata pecunia*’, cit., 42. In letteratura si è sviluppato un ampio dibattito intorno al regime classico della *exceptio non numeratae pecuniae*, cfr.: C. FACELLI, *L’ ‘exceptio non numeratae pecuniae’ in relazione col contratto letterale del diritto romano*, Torino, 1886, 37 ss.; G.G. ARCHI, *Studi sulla «stipulatio»*. I. *La «querella non numeratae pecuniae»*, in *Scritti di diritto romano*, I. *Metodologia e giurisprudenza. Studi di diritto privato*, 1, Milano, 1918, 536 ss.; A. SUMAN, ‘*De non numerata pecunia*’. *Note critiche*, in *AIV*, 1919, I, 225 ss. e II 250 ss.; H. KRELLER, *Zur Geschichte der «exceptio non numeratae pecuniae»*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo, 1936, 283 ss.; J.A. ARIAS BONET, *Sobre la querela y la ‘exceptio non numeratae pecuniae’*. *Derecho Romano y vicisitudes medievales*, in *AHDE*, 52, 1983, 108 ss.; A.M. BUSCA, *Ancora in tema di ‘exceptio n.n.p.’*, in *SDHI*, 51, 1985, 477 ss.; J.PH. LEVY, *A quels faits la «querella non numeratae pecuniae» tendait-elle e remédier?*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 341 ss.; ID., ‘*Exceptio non numeratae pecuniae*’. *La loi de 215: une révolution dans le droit de la preuve*, in *IVRA*, 36, 1985, 107 ss.; H. TROFIMOFF, *La cause dans l’exception et la querelle ‘non numeratae pecuniae’*, in *ZSS*, 103, 1986, 338 ss., anche in *RIDA*, 33, 1986, 209 ss.; A. WACKE, *Zur Beweislast im klassischen Zivilprozess. G. Pugliese versus E. Levy*, in *ZSS*, 109, 1992, 431 ss.; W. LITEWSKI, ‘*Non numerata pecunia*’ im klassischen römischen Recht, in *SDHI*, 60, 1994, 405 ss.; C. CARRASCO GARCIA, *Supuestos de echo de la ‘exceptio non numeratae pecuniae’ en el derecho romano*, Madrid, 2000, 48 ss. e 77 ss.; M.T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGÓ, *La “exceptio non numeratae pecuniae”*, Cáceres, 2001, 52 ss. e 61 ss.; J.J. DE LOS MOZOS TOUYA, *La carga de la prueba de la ‘causa stipulationis’ y el concepto de causa*, in *SCDR*, 20-21, 2007-2008, 314 ss.; F. LOMBARDO, *Studi su «stipulatio» e azioni stipulatorie nel diritto giustiniano*, Milano, 2020, 77 ss.

¹⁰ Istituti disponibili in via d’azione in favore del debitore chirografario e analizzati singolarmente da: C. FACELLI, *L’ ‘exceptio non numeratae pecuniae’*, cit., 63 ss.; P. COLLINET, *La nature des ‘querelae’, des origines à Justinien*, in *SDHI*, 19, 1953, 283 ss.; J.PH. LEVY, *A quels fait*, cit., 341 ss.; M.R. CIMMA, ‘*De non numerata pecunia*’, cit., 133 ss.; e, con particolare riferimento al diritto giustiniano, da F. MESSINA-VITRANO, *La ‘litterarum obligatio’ nel diritto giustiniano*, in *AG*, 30, 1908, 18 ss. (paginazione dell’estratto). Per uniformarci, da un lato, al linguaggio più diffuso delle fonti e per evitare, dall’altro, l’impiego di diverse denominazioni per indicare lo stesso istituto, discorreremo di *querela* (o *querella*) *non numeratae*

Tali rimedi erano nati per venire incontro alle esigenze dei mutuatari i quali, per potere avere accesso al credito, erano quasi sempre costretti a promettere con *stipulatio* – normalmente dedotta all’interno di una *cautio* scritta – che avrebbero restituito la somma versata a titolo di capitale unitamente, di solito, alle *usurae*: prima ancora, dunque, di avere ricevuto la *numeratio* della *pecunia* che si erano già obbligati a restituire¹¹.

pecuniae per indicare lo strumento disponibile in via d’azione a favore del debitore chirografario e volto all’accertamento giudiziale della mancata *numeratio pecuniae*; mentre eviteremo di impiegare il segno *denuntiatio*, con il quale Giustiniano aveva denominato la *querela*, introducendo alcune novità nel regime, sulle quali cfr. G. PAPA, *Recensione a M.R. CIMMA, ‘De non numerata pecunia’*, cit., in *Index*, 18, 1990, 480.

¹¹ Sulla prassi romana, diffusa fin dal I secolo a.C., di riversare il mutuo in un documento stipulatorio – che poteva intervenire sia *in continenti* sia *ex intervallo* rispetto alla *numeratio pecuniae* – nel quale si dava atto di avere ricevuto una somma e si prometteva di restituirla, normalmente insieme alle *usurae*, v.: G. SEGRÉ, *Mutuo e stipulazione nel diritto classico e nel diritto giustiniano*, in *Scritti vari di diritto romano. Con prefazione di Giuseppe Grosso*, III, Torino, 1952, 141 ss.; V. GIUFFRÉ, *La ‘datio mutui’. Prospettive romane e moderne*, Napoli, 1989, 85 ss.; G. SACCONI, *Ricerche sulla ‘stipulatio’*, Napoli, 1989, 39 ss.; A. PETRUCCI, *Applicazioni della ‘stipulatio’ in materia creditizia e problema della causa nel diritto romano classico*, in *Atti del Congresso Internacional de derecho civil e romanos comparados*, coordinato da J. Adame Goddard, Città del Messico, 2005, 242 e 247 ss.; A. SACCOCCIO, *Mutuo reale, accordo di mutuo e promessa di mutuo in diritto romano*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 4, a cura di R. Fiori, Napoli, 2011, 389 ss.; ID., *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino, 2020, 107 ss., il quale sottolinea come ormai nel I sec. d.C. tale prassi fosse talmente diffusa che le fonti, semmai, sottolineano i casi di mutui *sine stipulatione*. Sulla pratica del mutuo stipulatorio, cfr. C. CARRASCO GARCIA, *Supuestos*, cit., 26 ss., pagine nelle quali la studiosa sottolinea i vantaggi derivanti dal potere estinguere l’obbligazione verbale per mezzo di *acceptilatio* e di garantirla mediante *sponsio* e *fidepromissio*; nonché 121 ss. e 154 ss., dove la studiosa sottolinea l’impiego dei mutui stipulatori anche al fine di mascherare l’esatto ammontare di interessi o di *usurae illicitae*; M.T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGU, *La “exceptio non numeratae pecuniae”*, cit., 23 ss.; F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 70 ss. Ampia documentazione di mutui stipulatori si rinviene nell’archivio dei *Sulpicii*, cfr. G.

L'ambito naturale di applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* era quello dei mutui *cum stipulatione*, rispetto ai quali il documento avrebbe fornito immediata prova del credito e la *stipulatio* sarebbe stata funzionale alla determinazione dell'ammontare delle *usurae*, nonché del termine, del luogo e delle modalità di adempimento dell'obbligazione di *restituere*. Naturalmente, il ricorrere di una obbligazione verbale, riversata in un *instrumentum* scritto all'interno del quale era trascritta l'obbligazione reale determinava che il creditore avrebbe potuto agire *ex stipulatu*, anche se non aveva operato la *numeratio pecuniae*: sarebbe bastata la prova documentale dell'avvenuta *stipulatio* per legittimare l'azione¹².

Mentre nei mutui 'semplici' il creditore doveva dare prova della *numeratio* (evenienza che spiega come mai l'*exceptio non numeratae pecuniae* non avrebbe potuto qui operare, in quanto la mancata

CAMODECA, *Il credito negli archivi campani: il caso di Puteoli e di Herculaneum*, in *Credito e moneta nel mondo romano, Capri 12-14 ottobre 2000*, Bari, 2003, 69 ss.

¹² È piuttosto dibattuto in dottrina se i mutui stipulatori facessero sorgere entrambi i contratti di mutuo e *stipulatio*, ovvero se le *stipulationes in continenti* assorbissero il mutuo e quelle *ex intervallo* novassero il precedente mutuo, una volta intervenute. La questione è lucidamente sintetizzata da A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit., 112 ss., secondo la cui condivisibile conclusione nei mutui stipulatori la *stipulatio* avrebbe assorbito il mutuo, a maggior ragione, naturalmente, quando la *numeratio* mancava e l'obbligazione *re* non poteva sorgere. D'altra parte, come notato da V. GIUFFRÉ, *La 'datio mutui'*, cit., 102, se anche la *stipulatio* fosse stata invalida, comunque il mutuante avrebbe potuto intentare una *condictio* per ingiustificato arricchimento, quando naturalmente fosse avvenuta la *numeratio pecuniae*. Diversamente, secondo P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, in *TR*, 74 2006, 271 ss. e 286 s., mutuo e *stipulatio* avrebbero conservato la loro indipendenza e sarebbero stati entrambi validi. Ad avviso di C. CARRASCO GARCIA, *Supuestos*, cit., 127 ss., il mutuo stipulatorio avrebbe dato luogo ad un contratto unitario e, in particolare, ad un contratto verbale, dal quale nasceva l'*actio certae creditae pecuniae* per il pagamento del capitale e degli interessi. Ancora, in argomento, cfr. A. CHERCHI, *La 'lex lecta' e il 'mutuum cum stipulatione' nel pensiero di Paolo. Riflessioni tra le pagine di van Eck*, in *QLSD*, 11, 2021, 519 ss.

numeratio avrebbe semplicemente impedito il sorgere stesso dell’obbligazione *re*)¹³, nei mutui *cum stipulatione* tale onere non incombeva sul creditore, poiché egli avrebbe potuto esibire l’*instrumentum* stipulatorio quale prova dell’avvenuta *numeratio pecuniae*. Per questa ragione il mutuatario avrebbe potuto fare constatare la mancata *numeratio* attraverso l’*exceptio non numeratae pecuniae*, la quale avrebbe invertito l’onere probatorio, tornando a fare gravare sul creditore l’onere di dimostrare che la *numeratio*, invece, vi era stata¹⁴.

Ciò a differenza dell’*exceptio doli*, probabilmente applicata prima dell’escogitazione dell’*exceptio non numeratae pecuniae* nei casi di mutui

¹³ In questo specifico senso si v. il seguente scolio dell’antecessore Taleleo, il quale ricorda che in un mutuo ‘puro’ era il creditore a dovere dare prova della *numeratio* (con la conseguenza, aggiungiamo noi, che non avrebbe avuto senso invocare da parte del mutuatario l’*exceptio non numeratae pecuniae* al fine di addossare al creditore-attore un onere probatorio che già gravava su di lui): *sch. 6 ad Bas. 23.1.75 = C. 4.30.13* (BS IV 1609/13; Hb. II 663): Ἐπὶ τοῦ καθαροῦ δανείου ὁ δανεισὸς βαρεῖται δεῖξαι τὴν ἀριθμῆσιν [Heimbach]: *In mutuo puro is, qui credit, numerationem probare debet*. In letteratura, cfr.: F. MESSINA-VITRANO, *La ‘litterarum obligatio’*, cit., 27; V. GIUFFRÉ, *La ‘datio mutui’*, cit., 92; F. SITZIA, *Recensione a F. LOMBARDO, Studi*, cit., in *IVRA*, 70, 2022, 535.

¹⁴ Proprio l’inversione dell’onere probatorio conseguente all’*exceptio non numeratae pecuniae* ha costituito un argomento favorevole alla sua origine nell’ambito delle *cognitiones extra ordinem*, nelle quali il giudice aveva maggiore libertà nel distribuire l’onere della prova tra le parti. Mentre, come risaputo, nel processo formulare costituiva un principio consolidato quello secondo il quale, così come l’attore doveva dimostrare i fatti a sostegno dell’azione, anche il convenuto avrebbe dovuto fare lo stesso in riferimento all’eccezione. Tuttavia, occorre segnalare come non sia affatto pacifico in dottrina che l’*exceptio non numeratae pecuniae* comportasse una inversione dell’onere probatorio; per es. J.A. ARIAS BONET, *Sobre la querela*, cit., 112 s., lo nega, perché l’unico testo che sembrerebbe ammetterla, ossia C. 4.30.3 del 215 d.C., invero, affianca l’*exceptio doli* e l’*exceptio non numeratae pecuniae* nel contesto delle *cognitiones extra ordinem*, senza dettare una regola derogatoria rispetto ai principi formulari in tema di onere della prova limitandosi, piuttosto, ad investire il giudice del compito di decidere su quale parte addossare l’onere probatorio, in un contesto processuale meno rigido di quello del processo formulare.

stipulatori, in relazione ai quali non era intervenuta alcuna *numeratio*: l'*exceptio doli* continuava a fare gravare sul convenuto che la sollevava l'onere di provarne il fondamento e, dunque, la mancata *numeratio*, secondo i principi caratteristici del processo formulare¹⁵.

Orbene, proprio il duplice scollamento, da un lato, tra la *litterarum obligatio* giustiniana e i contratti letterali classici e, dall'altro, tra il regime classico e quello giustiniano dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, ha fatto sorgere, fin dagli interpreti medievali,¹⁶

¹⁵ Inoltre, a differenza dell'*exceptio doli*, l'*exceptio non numeratae pecuniae* poteva essere opposta anche nei confronti degli aventi causa del mutuante. L'inerenza dell'*exceptio doli* ai casi di mancata *numeratio pecuniae* è desumibile da Gai 4.116a: *Veluti <si> stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere*. La fattispecie che viene in rilievo nel passo di Gaio è descritta efficacemente da: A. PETRUCCI, *Applicazioni*, cit., 244 s. e A. SACCOCCIO, *Mutuo reale*, cit., 391 s.

¹⁶ Glossa Accursiana, *ad tit. XXII lib. III Inst.*, in *Corpus Iuris Civilis*, ed. Hugues de la Porte, Lugduni, 1558-1560, coll. 332-334. Il dibattito sollevato da alcuni rilievi di Accursio e Bartolo, critici circa la configurazione dell'obbligazione letterale descritta in I. 3.21 in virtù della difficoltà di collegare l'effetto obbligatorio al decorso del tempo, è sintetizzato da H. DONELLUS, *Commentarius in Codicem Justiniani. Ad titulum XXX cod. de non numerata pecunia*, in *Opera Omnia*, tomo VIII, Florentiae, 1846, col. 247 ss., e specialmente 252, il quale rileva che, dopo il decorso del biennio, il debitore non potrebbe fornire alcuna prova della mancata *numeratio*, rimanendo vincolato alla lettera del documento: esso avrebbe fatto fede dell'avvenuta *numeratio* sebbene, in realtà, non fosse stata compiuta. In difesa dell'obbligazione letterale così come configurata in I. 3.21 v. ancora: J. CUIACIUS, *Recitationes solemnes ad librum IV Codicis. Ad titulum XXX de non numerata pecunia*, in *Opera omnia*, Neapoli, 1723, tomo IX, coll. 326 ss.; ID., *Notae in librum III Institutionum Iustiniani*, in *Opera Omnia*, Neapoli, 1723, tomo I, col. 209. Il tema, come ci renderemo conto nel prosieguo dell'indagine, incrocia la questione dei caratteri della *stipulatio* in diritto giustiniano; il punto di vista dei giuristi medievali in argomento è analizzato da R. TRIFONE, *La 'stipulatio' nelle dottrine dei Glossatori*, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta per il XL anno del suo insegnamento*, I, Milano, 1939, 171 ss.

due principali questioni interpretative intorno all’esatta portata da attribuire a I. 3.21: la prima di ordine dogmatico, la seconda di carattere sistematico.

Dal punto di vista dogmatico, si è posta in dubbio dagli studiosi la tenuta, sul piano della logica giuridica, di un contratto (letterale) che nasce in virtù dell’attribuzione di effetti dispositivi al documento in virtù del solo trascorrere del tempo¹⁷. In effetti, la *litterarum obligatio* giustiniana trova il proprio fondamento nel riconoscimento ad un chirografo di mutuo non stipulatorio, dotato di mera efficacia probatoria, di un effetto costitutivo dell’*obligatio*, in virtù della semplice scadenza del termine biennale di prescrizione della *exceptio* e della *querela non numeratae pecuniae*, senza che occorra o rilevi in alcun modo l’accordo delle parti sul punto.

In virtù di queste considerazioni, alcuni studiosi hanno negato l’esistenza¹⁸

¹⁷ Invero, O. BAHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Leipzig, 1894, 259 ss., ha sostenuto che proprio il decorso del termine di prescrizione dell’*exceptio non numeratae pecuniae* avrebbe vincolato il debitore ad una obbligazione letterale.

¹⁸ H.R. GNEIST, *Die formelle Verträge des neueren römischen Obligationenrecht in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts*, Berlin, 1845, 256-265, nega che la scrittura abbia mai prodotto effetti obbligatori nel diritto romano, che attribuiva al documento sempre e solo effetti probatori. P. COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien, I. Le caractère oriental de l’oeuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en Occident, sect. II: la «litterarum obligatio»*, Paris, 1912, 79 ss., ritiene che I. 3.21 sia un titolo di facciata, perché l’obbligazione letterale nel diritto giustiniano non esisterebbe. C. CARRASCO GARCIA, *Supuestos*, cit., 94 s., nega che si possa discorrere di contratto letterale nel diritto giustiniano in termini autonomi rispetto alla *stipulatio*, visto che il documento sarebbe stato comunque infirmabile per mancanza di causa o per vizi del consenso. Tuttavia, ci sembra che questi siano profili di invalidità comuni a tutti i contratti e non si vede perché dovrebbero restare estranei ai contratti letterali; d’altra parte, si potrebbe aggiungere che anche dopo la formazione della *litterarum obligatio* il documento poteva essere messo in discussione dal debitore sul piano della sua autenticità, intentando un’azione civile di falso, sulla quale v. G.G. ARCHI, «*Civiliter vel criminaliter agere*» in tema di falso documentale. (Contributo storico-dogmatico al problema della efficacia della scriptura), in *Scritti in onore di C. Ferrini*,

o, più limitatamente, l'autonomia¹⁹ dell'obbligazione letterale in diritto giustiniano; altri studiosi, per aggirare l'ostacolo, hanno ritenuto che si debba attribuire all'*instrumentum* l'effetto costitutivo dell'obbligazione attestante un mutuo non stipulatorio fin da subito, prima ancora del decorso del biennio²⁰. Non è mancato, ancora, chi ha ritenuto più rigoroso discorrere di 'obbligazione legale', piuttosto che di 'obbligazione letterale' – relativamente a I. 3.21 – perché è solo per decisione di un legislatore che un chirografo di mutuo viene dotato di effetti costitutivi, attribuendo

pubblicati in onore della sua beatificazione, Milano, 1947, ora in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, 1615 ss. e, con particolare riferimento alla correlazione tra *exceptio non numeratae pecuniae* e impugnazione di falso di un documento, cfr. S. SCHIAVO, *Impugnazione di falso ed ‘exceptio non numeratae pecuniae’: ‘duo triconum suffugia’*, in *AUFE*, sez. V. Scienze Giuridiche, 15, 2001, 149 ss.

¹⁹ Nega autonomia all'obbligazione letterale giustiniana S. RICCOBONO, *‘Stipulatio’ ed ‘instrumentum’ nel Diritto giustiniano. (Fortsetzung von Band XXXV p. 214 und Schluss)*, in *ZSS*, 43, 1922, 322 ss., ad avviso del quale il documento scritto, anche in diritto giustiniano avrebbe avuto, in termini generali, effetti probatori, come già in diritto classico; solo che, come precisato in ID., *‘Stipulatio’ ed ‘instrumentum’ nel Diritto giustiniano (Fortsetzung)*, cit., 334 ss., essendo scomparsa la *stipulatio* orale sostituita dallo scritto in diritto giustiniano, il documento avrebbe finito per produrre sempre effetti obbligatori: se *inter praesentes*, la *cautio* sarebbe stata valida come *stipulatio*; se *inter absentes* e per causa di mutuo, ci saremmo trovati di fronte ad una *litterarum obligatio*; tuttavia, le due figure sarebbero state del tutto equivalenti, tanto che l'*exceptio non numeratae pecuniae* sarebbe stata opponibile, secondo lo studioso, anche contro le *stipulationes*.

²⁰ C. FACELLI, *L' ‘exceptio non numeratae pecuniae’*, cit., 47 s., il quale, tuttavia, di fronte al chiaro dettato di I. 3.21 che collega il sorgere dell'obbligazione letterale al decorso del biennio di prescrizione della *querela non numeratae pecuniae* è costretto a sostenere (48 s.) che: «il testo non deve intendersi alla stretta stregua delle sue parole, sibbene nel suo spirito». Sul punto cfr. G. FERRARI DALLE SPADE, *L'obbligazione letterale delle Istituzioni imperiali*, in *AIV*, 59, 1909-1910, parte 2^a, 1195 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1952, 124 ss., da cui citiamo.

al decorso del tempo la capacità di mutare il titolo dell’obbligazione da *re* a *litteris*²¹.

Dal punto di vista sistematico, poi, gli studiosi hanno manifestato perplessità non meno gravi, circa l’utilità e il senso stesso da attribuire ad un titolo che descrive un contratto letterale ritenuto privo di riscontro nella realtà giuridica del tempo e che sembrerebbe, piuttosto, elaborato per esigenze di scuola, al solo fine di mantenere intatta la quadripartizione gaiana dei contratti²².

²¹ Questa tesi è sostenuta da F. MESSINA-VITRANO, *La ‘litterarum obligatio’*, cit., 1 ss., secondo il quale, erroneamente i compilatori di I. 3.21 avrebbero definito l’obbligazione ivi descritta nei termini di una *obligatio ex litteris*, mentre più correttamente avrebbero dovuto discutere di una *obligatio ex praesumptione juris et de jure*. Simile la posizione assunta da C. BERTOLINI, *Diritto romano. Le obbligazioni. Parte speciale. I: contratti; patti; quasi contratti*, Torino, 1905, 126 ss.

²² L’idea secondo la quale la *litterarum obligatio* in diritto giustiniano sia stata costruita ‘a tavolino’ dai compilatori delle Istituzioni, al solo fine di salvare la categoria dei contratti letterali è sostenuta fin da M. KROELL, *Du role de l’écrit dans la preuve des contrats en droit romain*, Nancy, 1906, 164 ss. In Italia essa è stata accolta in particolare da: F. MESSINA-VITRANO, *La ‘litterarum obligatio’*, cit., 11 e nt. 2, con indicazione di letteratura; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 140 s., secondo il quale I. 3.21 conterrebbe uno spunto meramente scolastico allo scopo di mantenere inalterata la quadripartizione gaiana dei contratti. Accolgono questa impostazione: M. AMELOTTI, *Giustiniano maestro d’Istituzioni*, in *AUGE*, 5, 1966, 335 s., ora in *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*², II, Torino, 1983, 92 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 580; I. CREMADES, *El contrato literal*, cit., 523, nt. 31 e 548; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, 425 s.; M.T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGÓ, *La “exceptio non numeratae pecuniae”*, cit., 128 ss.; F. LA ROSA, *Appunti*, cit., 74; C.A. CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., 205, secondo il quale I. 3.21 proverebbe l’insipienza dogmatica dei compilatori; S. SCHIAVO, *A proposito delle ‘obligationes ex contractu’ nell’ ‘Epitome Gai’*, in *Ravenna Capitale. Disciplina degli atti negoziali ‘inter vivos’ nelle fonti di IV-VII secolo, in Occidente*, Santarcangelo di Romagna (Ra), 2019, 15 ss. Secondo J. BINDER, *Der justinianische Literalkontrakt*, cit., 345 ss., la *litterarum obligatio* giustiniana coinciderebbe con i *nomina transcripticia* classici, per cui I. 3.21 corrisponderebbe alla sistematica gaiana e non troverebbe corrispondenza con la realtà giuridica

A dimostrazione del carattere puramente teorico della *litterarum obligatio* giustiniana, si è addotta l'assenza di ogni riferimento ai contratti letterali tanto nel Digesto, quanto nel Codice²³.

I problemi appena riferiti, probabilmente, sono destinati a rimanere insoluti. Tuttavia, ci sforzeremo di comprenderli meglio provando a ricostruire il contesto storico-giuridico nel quale è maturato il titolo 3.21 delle Istituzioni di Giustiniano. In particolare, cercheremo di rintracciare i motivi ispiratori del nostro passo e, per questa ragione, ricostruiremo lo stato del diritto che si dovette consolidare fino alle soglie dell'età giustiniana, in tema di contratti letterali e di *exceptio non numeratae pecuniae*. Inoltre, cercheremo di ricostruire anche lo stato del diritto pregiustiniano in tema di *stipulatio*, poiché l'obbligazione letterale incrocia inevitabilmente l'*obligatio verbis*, ormai affidata in epoca giustiniana, sempre più frequentemente, alla redazione di un documento scritto, con la conseguente difficoltà di distinguerla dai contratti letterali. A quest'ultima difficoltà si aggiunga anche quella legata

del VI secolo d.C. Similmente si esprime F. BUONAMICI, *Sulle ‘litterarum obligationes’*, cit., 22 ss. Addirittura, R. DE RUGGIERO, *La classificazione*, cit., 385 ss., non solo pensa che l'obbligazione letterale sarebbe stata mantenuta dai compilatori giustiniani delle Istituzioni per rispetto della tradizione classica, ma crede più specificamente che la categoria dei contratti letterali sarebbe stata elaborata solo da Gaio nelle Istituzioni, per questo mancherebbero attestazioni di essa nel Digesto e nel Codice; l'obbligazione letterale avrebbe assunto rango ufficiale solo per effetto della riforma giustiniana. Da ultimi, anche i seguenti studiosi hanno ribadito l'opinione che stiamo considerando: M. SALAZAR REVUELTA, *La forma ‘litteris’ como ‘instrumentum’ crediticio en el derecho justiniano*, in *RIDA*, 45, 1998, 521 ss.: «Sin embargo, la mención “obligatio litteris” sí aparece en las Instituciones de Justiniano. Así, se mantiene la división cuatripartita de las obligaciones que nacen de contrato según el modelo gayano»; similmente K. LEUNG, *Revisiting Roman Contracts: Justinian’s Treatment of the Contract ‘Verbis’ and ‘Litteris’*, in *Anne’s Academic Review*, 7, 2018, 88 ss., discorre di «artificiality of *de litterarum obligatione*» nelle Istituzioni imperiali, nel senso che Giustiniano avrebbe disciplinato un contratto ormai estinto.

²³ Affronteremo la questione *infra*, § 3.3.

alla necessità di comprendere entro quali limiti ad una *cautio stipulatoria* non di mutuo potesse opporsi l'*exceptio non numeratae pecuniae*, tradizionalmente oscillante proprio tra le figure del mutuo e della *stipulatio* che solevano combinarsi fin dall'età classica. Dall'esame della legislazione tardoantica emergerà uno stato piuttosto confuso: questa circostanza legittima l'inquadramento della normazione giustiniana nell'ottica di un tentativo di 'pulizia dogmatica' in ordine ad istituti che avevano finito per confondersi e per sovrapporsi.

A questo punto, approfondiremo l'esame di I. 3.21 e metteremo in luce come il meccanismo del contratto letterale giustiniano, consistente nell'attribuzione di efficacia dispositiva ad un chirografo di mutuo come sanzione a carico del debitore – il quale non avesse esercitato entro i termini i rimedi volti a contestare la mancata *numeratio pecuniae* – non sia affatto una novità escogitata dai commissari giustiniani.

Infatti, nella legislazione tardo antica si riscontrano almeno due provvedimenti che attribuiscono efficacia dispositiva ad un documento scritto, proprio nei termini di una sanzione. In un caso, una costituzione degli imperatori Onorio, Teodosio e Costanzo, si sanziona con la perdita dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, il *debitor taciturnus* il quale non avesse contestato, nel tempo spettantegli, la mancata *numeratio pecuniae*²⁴. L'*instrumentum*, fino a quel momento con efficacia probatoria, sarebbe stato dotato di efficacia costitutiva dell'obbligazione, dunque sarebbe sorto un contratto letterale, secondo lo stesso identico meccanismo descritto da I. 3.21. Nell'altro, una costituzione anonima, *restituta* grazie ai Basilici,

²⁴ CTh. 2.27.1.4: IMPPPP. HONORIUS, THEODOSIUS ET CONSTANTIUS AAA PALLADIO PRAEFECTO PRAETORIO. *Sin vero suam quidem manum fateatur obnoxius, sed nihil sibi numeratum pro hac obligatione causetur, tunc chirographi discuti oportebit aetatem, ut, si iure delata contestationibus tempora debitor taciturnus exegit, cavillationis istius perdat obstaculum.* DAT. V KAL. AUG. RAVENNA EUSTATHIO ET AGRICOLA COSS. [a. 421]. Sul testo v. *infra*, § 3.2.

si sanziona con la perdita dell'*exceptio non numeratae pecuniae* la mendace contestazione della veridicità di un documento, con l'attribuzione ad esso di una efficacia costitutiva dell'obbligazione e la conseguente condanna del debitore chirografario²⁵.

Tali precedenti aprono ad una valutazione di quest'ultimo passo sotto un'ottica nuova, rispondente allo stato del diritto del tempo, che a nostro avviso è testimoniato anche da un paio di riscontri presenti nella riflessione degli antecessori, fin ora sfuggiti all'esame degli studiosi²⁶.

Se, allora, è possibile sostenere che I. 3.21 sia stato occasionato non solo da esigenze di sistema o da motivi di ispirazione teorica,

²⁵ C. 4.21.16.1 (= Bas. 22.1.75.1): 'Ἐὰν δὲ ἡ συμβολαιογράφος παρενεχθῆ παρ' ᾧ τὸ συμβόλαιον ἐγράφῃ, ἢ καὶ ἕτεροὶ τινες μαρτυροῦντες τῇ ἀληθείᾳ, τότε αὐτὸν πρὸς τῷ ἐπιτιμίῳ τῶν κδ' νομισμάτων οὐδὲ παρρησίαν δύνασθαι ἔχειν πρὸς τὸ ἀντιτιθέναι τὴν τῆς ἀναργυρίας παραγραφὴν, λέγοντα ὅτι, κἂν τὸ συμβόλαιον ἐγενέτο, οὐκ ἐδόθησαν τὰ ἐν αὐτῷ γεγραμμένα, ἀλλὰ πάντως καταδικάζεσθαι κἂν εἰ μηδὲν, αὐτῷ ταῖς ἀληθείαις κατεβλήθη. [Krüger]: *Si vero vel tabellio productus est, apud quem instrumentum confectum est, vel alii qui verum id esse attestantur tunc praeter XXIII solidorum poenam nec exceptionem non numeratae pecuniae opponere ei licebit dicendo, quod, et si instrumentum verum sit, tamen quae in eo scripta sunt data non fuerint, sed omnimodo condemnetur, licet re vera nihil numeratum sit.* Sul testo v. *infra*, § 3.3.

²⁶ Ci riferiamo agli scolii 3 *ad Bas.* 11.1.1 = Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1 (BS I 178/10-22; Hb. I 554) e 1 *ad Bas.* 23.1.30 = Paul. 5 *ad Plaut.* D. 12.1.30 (BS IV 1553-1554/31; Hb. II 623), sui quali v. *infra*, § 4.1. In questa materia l'apporto proveniente dalla testimonianza dei giuristi bizantini è stato valorizzato molto poco dagli studiosi, forse in virtù del severo giudizio espresso da S. RICCOBONO, 'Stipulatio' ed 'instrumentum' nel Diritto giustiniano, I, in *ZSS*, 35, 1914, 219, secondo il cui avviso gli scolii ai Basilici forniscono «una sbiadita fotografia del *Corpus Iuris* di cui riproducono l'immagine». Un meritorio recupero della testimonianza degli antecessori sul nostro tema si deve a F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 90 ss. Per parte nostra, abbiamo già messo in rilievo quanto gli antecessori prestassero attenzione nelle loro opere alle questioni provenienti dalla prassi, in: S. SCIORTINO, *Il nome dell'azione nel 'libellus conventionis' giustiniano*, Torino, 2018, 179 ss.; ID., *Le costituzioni superflue del Codice di Giustiniano, secondo Taleo*, in *AUPA*, 62, 2019, 245 s.; ID., *I commenti di Taleo e Teodoro di Ermopoli a C. 2.4.29: un raffronto in tema di transazione*, in *AUPA*, 64, 2021, 265 ss.

è legittimo chiedersi se anche la *stipulatio* e l'*exceptio non numeratae pecuniae* ai quali la *litterarum obligatio* è collegata siano stati disciplinati da Giustiniano nel quadro di una riforma più ampia, volta a mettere ordine nel confuso evolversi di questi istituti nel tardo antico, al fine di restituire a ciascuno di loro la propria specifica funzione e il proprio campo di applicazione.

Per questa ragione, accenneremo al regime della *stipulatio* nel diritto giustiniano, sotto il profilo della efficacia probatoria, sebbene rinforzata, propria degli *instrumenta* stipulatori. In particolare, l'esame di una costituzione giustiniana (C. 8.37[38].14) ci pare indirizzi l'interpretazione dell'inciso ‘*cessante scilicet verborum obligatione*’ di I. 3.21 nel senso della separazione di operazioni negoziali che la prassi, probabilmente, tendeva a confondere: da un lato, la *stipulatio*, che se anche riversata in uno scritto restava pur sempre un contratto verbale rispetto al quale l'*instrumentum* avrebbe avuto solo effetti probatori; dall'altro, il mutuo *cum stipulatione* o la *stipulatio credendi causa*, i quali erano caratterizzati da una causa che destinava lo scritto ad essere dotato di effetti costitutivi dell'obbligazione, una volta decorsi i termini di esercizio dell'*exceptio non numeratae pecuniae*.

Prenderemo, infine, in esame il regime giustiniano dell'*exceptio non numeratae pecuniae*. Anche questo istituto è stato, infatti, oggetto dell'attenzione di Giustiniano, sia mediante la selezione delle costituzioni classiche e tardo antiche da inserire nel titolo 4.30 del Codice rubricato ‘*De non numerata pecunia*’, sia mediante due provvedimenti (C. 4.30.14 e 15) finalizzati a disciplinare un istituto che, ancora una volta, aveva conosciuto una caotica evoluzione nell'età tardo antica. Il tentativo di riorganizzazione della materia, in questo caso più che per gli altri, si è però dovuto scontrare con lo stato magmatico di una prassi ben rappresentata da alcuni

commenti di Taleleo²⁷, nei quali l’antecessore espone valutazioni che rappresentano un contrappunto rispetto alla legislazione ufficiale, aprendo uno squarcio sullo stato del diritto vivente, per certi versi assai distante dalla disciplina normativa introdotta da Giustiniano.

Insomma, ci sforzeremo di dimostrare che I. 3.21 è molto lontano dall’essere un titolo inserito nelle Istituzioni per sole ragioni di sistema e dotato di portata puramente teorica. Esso in realtà rappresenta la tessera di un più ampio mosaico legislativo. Proveremo, dunque, a ricostruire l’articolato sistema mediante il quale Giustiniano ha disciplinato tutti e tre gli istituti coinvolti nel titolo 3.21: la *litterarum obligatio*, la *stipulatio* e l’*exceptio non numeratae pecuniae*, dall’angolo prospettico dell’efficacia ora costitutiva ora probatoria riconosciuta ai documenti. L’obiettivo, a nostro avviso, doveva essere quello di mettere ordine all’interno dei campi di applicazione dei tre istituti, che avevano finito per confondersi. Gli esiti, tuttavia, come vedremo, non sempre si sono rivelati rispondenti agli obiettivi che Giustiniano si era posto.

2. *I precedenti tardo antichi in tema di ‘litterarum obligatio’, ‘stipulatio’ ed ‘exceptio non numeratae pecuniae’: la nostra ipotesi di lavoro.*

Alla rapida desuetudine dei *nomina transscripticia*, già nel corso dell’età classica, fa da contraltare l’altrettanto rapido sviluppo e la diffusione nel mondo romano di singrafi e, soprattutto, di chirografi, secondo il modello greco ed ellenistico²⁸; tali documenti,

²⁷ Si tratta degli scoli 2 *ad Bas.* 23.1.67 = C. 4.30.5 (BS IV 1601/17-19; Hb. II 657) e 5 *ad Bas.* 23.1.67 = C. 4.30.5 (BS IV 1601/25-36; Hb. II 658), sui quali v. *infra*, §§ 6.2 e 6.3.

²⁸ Sui *nomina transscripticia* e sulla loro desuetudine, cominciata fin dal III secolo d.C., come dimostrano le scarse attestazioni dei giuristi classici, cfr. *supra* gli studiosi citati in nt. 8. Quanto alle singrafi e ai chirografi greco-ellenistici, secondo F. SCHUPFER, *Singrafe e chirografi. Ricerche sui titoli di credito dei Romani*, in

in uso presso i *peregrini*, alla luce delle informazioni fornite da Gaio, producevano, limitatamente ai rapporti tra *peregrini* e, sempre che non ricorresse alcuna *stipulatio*, una sorta di obbligazione letterale:

RISG, 7.1, 1889, 349, la differenza andrebbe rintracciata nel fatto che le singrafi erano astratte, firmate da entrambe le parti e in esse il debitore si obbligava a restituire una somma che si dichiarava essere stata ricevuta a titolo di mutuo; nel chirografo, invece, la firma la apponeva il solo debitore, il quale si assumeva l'obbligo di restituire una somma di denaro nel contesto di una operazione economica della quale veniva indicata la causa. Rinviamo alle pagine dell'autore (355 ss.) per l'esame delle fonti letterarie che attestano l'uso dei romani di ricorrere ai chirografi (mentre le singrafi già in età classica erano meno diffuse) a fini probatori dei loro rapporti con i peregrini. Delle singrafi si facevano due copie, una per parte, mentre del chirografo si faceva una sola copia, che conservava il creditore. Sulle singrafi in diritto romano v. G. GROSSO, «*Syngraphae*», «*stipulatio*» e «*iūs gentium*», in *Labeo*, 17, 1971, 1 ss. Sul documento greco ed ellenistico cfr.: M. AMELOTTI, *Συγγραφή, χειρόγραφον* – ‘*testatio*’, ‘*chirographum*’. Osservazioni in tema di tipologie contrattuali, in *Symposion 1988. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln-Wien, 1990, 297 ss., ora in *Scritti giuridici*, a cura di L. Migliardi Zingale, Torino, 1996, 129 ss.; G. PURPURA, *Diritto*, cit., 176 ss. Sull'impiego del chirografo a fini probatori tra cittadini romani, fin dal I sec. d.C., v.: L. STOUFF, *Étude sur la formation des contrats par l'écriture dans le droit des formules du V^e au XII^e siècle*, Paris, 1887, 1-42, paginazione che abbiamo seguito, anche in *NRHD*, 12, 1887, 247 ss.; M. KROELL, *Du rôle de l'écrit*, cit., 39 ss. Sul documento bizantino cfr. M. AMELOTTI, *Unitarietà e particolarismi del documento bizantino*, in *Actes du XV^e Congrès International de Papyrologie*, IV, Bruxelles, 1979, 148 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., 222 ss.; U. YIFTACH-FIRANKO, *The Chirographon and the Privatization of Scribal Activity in Early Roman Oxyrhynchos*, in *Symposion*, ed. E. Harris-G. Thür, 2007, 325 ss. Infine, nella terminologia delle fonti, che anche noi impiegheremo, si ci riferisce alle *cautiones*, cosiddette stipulatorie, per indicare quei documenti nei quali viene trascritta la promessa del debitore nelle forme di una *stipulatio* avvenuta oralmente; mentre con *cautiones*, cosiddette semplici, faremo riferimento a quei documenti nei quali l'obbligazione del debitore non discendeva da una *stipulatio*: queste ultime erano impiegate per la restituzione della somme ricevute a mutuo, sul punto v. A. PETRUCCI, *Applicazioni*, cit., 243 s.

Gai 3.134: *Praeterea litterarum obligatio fieri uidetur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. quod genus obligationis proprium peregrinorum est*²⁹.

Bastava che un debitore *peregrinus*, senza ricorrere alla *stipulatio*, riconoscesse per iscritto un suo debito o si obbligasse in relazione ad una futura *datio* per fare sorgere un’obbligazione letterale; mentre tra i romani, scritti di questo genere – secondo il convincimento generale degli studiosi – avrebbero prodotto gli effetti probatori dei contratti di volta in volta venuti ad esistenza, in aderenza all’efficacia *ad probationem* che i romani attribuivano ai

²⁹ In dottrina, fin dalla fine dell’Ottocento, si è dubitato se singrafi e chirografi dessero luogo, presso i peregrini, a veri e propri contratti letterali: secondo L. STOUFF, *Étude*, cit., 9 ss., essi racchiudevano obbligazioni letterali per i *peregrini*, mentre i romani le avrebbero usate solo a fini probatori. Diversamente, le parole ‘*fieri videtur*’ impiegate da Gaio hanno fatto credere a F. SCHUPFER, *Singrafe*, cit., 349 s., che singrafi e chirografi non dessero luogo ad obbligazioni letterali equivalenti ai *nomina transscripticia* dei romani, quanto piuttosto solo assimilabili ad esse. Tanto è vero che la precisazione che non dovesse ricorrere una *stipulatio* (‘*si eo nomine stipulatio non fiat*’) mostra che, se uno di questi documenti avesse attestato una promessa stipulatoria avrebbe avuto solo efficacia probatoria. La tesi secondo la quale l’esperienza giuridica greco-ellenistica testimoniata da Gai 3.134 avrebbe conosciuto i contratti letterali è stata sostenuta da: G. FERRARI DALLE SPADE, *L’obbligazione letterale*, cit., 1195 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, cit., 119 ss., da cui citiamo, e L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserrecht*, Leipzig, 1891, 460 ss. Da allora si tratta dell’idea prevalente, ancora ribadita da: G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano. Parte generale*, I, Milano, 1952, 111 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 138 s.; G.G. ARCHI, «*Civiliter vel criminaliter agere*», cit., 1623 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1985, 331; L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, in *Studia Gaiana VIII, Band 35*, Berlin, 1999, 215 ss.; da ultimo, F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 25 s. e nt. 39, cui rinviamo per l’indicazione di ulteriore letteratura in materia di singrafe.

documenti. Tuttavia, occorre segnalare che, secondo una tesi recentemente sostenuta in dottrina, la larga diffusione dei chirografi anche tra i *cives* fin dall’età preclassica, si spiegherebbe in virtù del fatto che essi avrebbero prodotto effetti costitutivi dell’obbligazione pure secondo il diritto romano; essi sarebbero stati, in altri termini, contratti letterali esattamente come i *nomina transcripticia*. Si tratta di una tesi originale e nuova, ma ancora assai minoritaria che ha destato non poche perplessità: essa meriterebbe un’attenzione e un esame dei testi che qui non potremmo svolgere senza troppo deviare il percorso di questa indagine³⁰.

In ogni caso, ai nostri fini interessa notare che, a cominciare dall’età tardo antica, assistiamo ad un mutamento dei principi appena descritti, in virtù del concorrere di molteplici fattori. La prassi di documentare per iscritto i negozi giuridici, l’uso, diffuso specialmente dopo la *Constitutio Antoniniana*, di apporre la clausola stipulatoria a documenti attestanti anche negozi diversi dalla *stipulatio*³¹, il vuoto lasciato dalla scomparsa dei *nomina transcripticia* e l’assenza di una giurisprudenza capace di orientare le pratiche negoziali all’interno dei binari costituiti dal regime classico hanno

³⁰ Per prima É. JAKAB, ‘*Chirographum*’ in *Theorie und Praxis*, in *Römische Jurisprudenz: Dogmatik, Überlieferung Rezeption. Festschrift für D. Liebs zum 75. Geburtstag*, hrsg. von K. Muscheler, Berlin, 2011, 275 ss., sulla base dell’esame della documentazione epigrafica proveniente dall’archivio dei Sulpici, ha sostenuto che i chirografi avrebbero generato un’obbligazione letterale anche tra i romani. Questa idea è stata rifiutata da J. PLATSCHEK, *Das Edikt ‘de pecunia constituta’. Die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr*, München, 2013, 2 ss. e 7, ma ribadita da B. SIRKS, *Chirographs, negotiable instruments?*, in *ZSS*, 133, 2016, 265 ss., sulla base di argomenti desunti dall’esame di testi giuridici. Da ultimo, l’idea che dagli inizi del III secolo d.C. i chirografi sarebbero stati concepiti dai giuristi romani quali veri e propri contratti letterali è stata avversata da H. VERHAGEN, *Chirographs in Classical Roman Law. Constitutive or Probative?*, in *RIDA*, 65, 2018, 251 ss.

³¹ Sulla clausola stipulatoria, v. *infra*, nt. 55.

concorso ad offuscare i principi tradizionalmente osservati dai romani.

In effetti, dalla fine del IV secolo d.C. appare abbastanza chiaramente la tendenza della cancelleria imperiale a concedere un’azione nascente direttamente dallo scritto ai creditori, i quali potessero esibire in giudizio chirografi contenenti promesse di pagamento o riconoscimenti di debito, di contenuto diversificato e fondato su cause anche diverse dalla *pecunia quasi credita*, per la quale i chirografi erano normalmente impiegati.

Cominciamo con l’esaminare:

CTh. 2.4.3: IMPPP. VALENTINIANUS VALENS ET GRATIANUS AAA. AD AMPELIUM PRAEF. URBI. *Exigendae denuntiationis locus non est, quum quis ad luendum debitum evidenti chirographo convenitur*. DAT. IV. KAL. AUG. CONTIONACI, GRATIANO A. II. ET PROBO COSS. [a. 371]³².

Dalla costituzione si ricava il principio secondo il quale un creditore, in possesso di un chirografo *evidens* – aggettivo reso dall’*interpretatio* con la locuzione «*certa cautio*»³³ – potesse convenire in giudizio il debitore intentando un’azione senza la necessità di rispettare le formalità prescritte per l’espletamento della *denuntiatio*, l’atto introduttivo del processo cosiddetto *per denuntiationem*, caratteristico del rito *extra ordinem* tardo antico³⁴.

³² Sul provvedimento v.: G. ASTUTI, *I contratti obbligatori*, cit., 125; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 569, nt. 33.

³³ *Interpretatio Visigothica*: *Contestatio locum habere non potest, quando aliquis ad solvendum debitum certa cautioe convincitur*.

³⁴ Per uno sguardo d’insieme sul rito *per denuntiationem*, v.: K. WIEDING, *Der justinianeische Libellprozess. Ein Beitrag zur Geschichte und Kritik des ordentlichen Civilprozess wie zur Beurtheilung der gegenwärtigen Reformbestrebungen*, Wien, 1865, 210 ss.; J. BARON, *Abhandlungen aus dem Römischen Civilprozess*. III. *Der Denuntiationsprozess*, Berlin, 1887, 32 ss.; A.-J. BOYE, *La ‘denuntiatio’ introductive d’instance sous le Principat*, Bordeaux, 1922, 1-335; A. FLINIAUX, *Contribution a l’histoire des modes de citation au*

Si è creduto che una tale azione, proprio perché esentata dal rispetto delle solennità caratteristiche del rito *per denuntiationem*, nascesse direttamente dallo scritto e introducesse una procedura esecutiva, in quanto la pretesa dell’attore risultava fondata su un chirografo che conteneva un debito certo, liquido ed esigibile, che non aveva bisogno né di prova né di stima: saremmo stati in presenza, secondo Consuelo Carrasco García, di un vero e proprio titolo esecutivo³⁵.

La costituzione non chiarisce se il chirografo *evidens* mantenga unicamente il valore probatorio che avrebbe avuto in diritto classico ovvero se esso avesse effetti costitutivi dell’obbligazione, come potrebbe sostenersi in ragione del fatto che esso legittima il creditore ad intentare un’azione, forse, direttamente esecutiva. Il provvedimento è emblematico del fatto che ormai in età tardo antica dovette offuscarsi la distinzione tra valore probatorio e costitutivo dei chirografi; non doveva essere agevole distinguere quale valore avesse il chirografo prodotto dal creditore attore in giudizio a fondamento della propria pretesa. In ogni caso, la costituzione sembra attribuire valore dispositivo ad un chirografo dal quale emergesse un credito certo (*evidens*) che non aveva

Bas-Empire. La ‘postulatio simplex’, in RHD, 9, 1930, 194 ss.; A. STEINWENTER, Die Anfänge des Libellsprozesses, in SDHI, 1, 1935, 142 ss.; A.-E. GIFFARD, Etudes sur la procédure civile du Bas-Empire. II. – La disparition de la ‘denuntiatio’ et la réforme de 450, in RHD, 15, 1936, 98 ss.; E. LEVY, Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, Weimar, 1956, 139 s.; U. ZILLETI, Studi sul processo civile giustiniano, Milano, 1965, 2 ss.; M. KASER-K. HACKL, Das römische Zivilprozessrecht, cit., 570 ss.; A. GUASCO, Gli atti introduttivi del processo civile nelle ‘cognitiones extra ordinem’, Torino, 2017, 181 ss.

³⁵ C. CARRASCO GARCIA, *Supuestos*, cit., 98 s., discorre di un *agere ex chirographo debiti* che avrebbe introdotto un procedimento sommario, in virtù del quale si sarebbero trattate solo questioni attinenti all’autenticità e alla incontrovertibilità del chirografo. Secondo la studiosa, i caratteri del chirografo descritti dalla costituzione si sarebbero riscontrati in un chirografo pubblico, depositato cioè *apud acta* presso un funzionario pubblico.

bisogno di stima e che poteva essere richiesto in giudizio dal creditore con un’azione speciale, priva cioè delle formalità caratteristiche del rito *per denuntiationem*.

Quanto ai contenuti, se anche i chirografi dovevano essere impiegati per lo più, con riferimento ad operazioni di mutuo³⁶, sembrerebbe che anche chirografi relativi a debiti caratterizzati da cause diverse dalla *pecunia credita*, purché attestanti debiti consistenti in somme certe di denaro, potessero legittimare il creditore ad agire direttamente in base allo scritto, in tal senso può addursi la seguente costituzione degli imperatori Arcadio, Onorio e Teodosio:

CTh. 2.4.6: IMPPP. ARCADIUS, HONORIUS ET THEODOSIUS AAA. AEMILIANO PRAEF. URBI. *Si quis debiti, quod ex foenore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium vel ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem facta cautione translatum est seu fideicommissi dirigat actionem, aut momentariam possessionem pervasione violatam vel quodlibet interdictum efflagitet, seu inofficiosum arguat testamentum, vel tutelae seu negotiorum actionem intendat, ruptis denuntiationum ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes inbeatur proponere, denuntiatione et temporum observatione remota, quam in ceteris civilibus causis, quarum tamen aestimatio centum solidorum summam excedat, volumus custodiri.* DAT. XIII. KAL. AUG. CONSTANTINOPOLI, ARCADIO A. VI. ET PROBO V. C. COSS. [a. 406]³⁷.

³⁶ Secondo C. CARRASCO GARCIA, *Supuestos*, cit., 98, il chirografo attestato in CTh. 2.4.3 va identificato proprio con un chirografo di mutuo, sebbene la costituzione non contenga elementi precisi per identificare il contenuto del documento.

³⁷ G.G. ARCHI, *L’ ‘Epitome Gra’*, Milano, 1937, 395, ritiene che la costituzione mostri la «grande confusione che in quest’epoca, per lo snaturamento degli antichi istituti, si produceva tra *cautio, stipulatio, litteris obligatio*». Secondo F. SCHUPFER, *Singrafe*, cit., 372 s., il provvedimento mostra come la «differenza tra titolo e prova [...] andò sempre più sfumando nella nuova procedura *extra*

La costituzione introduce una innovazione di stampo processuale, permettendo l'immediata esposizione delle ragioni e delle allegazioni dell'attore, superando il rispetto dei limiti temporali imposti dalla procedura *per denuntiationem* (*ruptis denuntiationum ambagibus*), in tutta una serie di materie eterogenee. Nell'indicazione di queste materie spicca, all'inizio del testo, la giustapposizione tra un debito che trae origine da un mutuo ad interesse o gratuito (*ex foenore vel mutuo*)³⁸ e un debito che, derivante da qualsiasi altra causa (*vel ex alio quolibet titulo*), sia stato successivamente trascritto all'interno di una *cautio*, assumendo così la veste di obbligazione letterale (*in litterarum obligationem facta cautio translatum est*). In effetti, l'espressione «*translatum est*» ricorda³⁹ la *transcriptio* di un precedente debito nel *codex accepti et expensi*

ordinem) e la costituzione (373) attesta come un chirografo (per lo studioso solo un chirografo di mutuo) una volta dedotto in un documento, si trasformasse in una obbligazione letterale. A parere di G. ASTUTI, *I contratti obbligatori*, cit., 131 ss., la costituzione mostra come ogni *debitum* potesse trasformarsi in *litterarum obligatio*. Del testo si occupa, sotto altri profili, C. CARRASCO GARCIA, *Supuestos*, cit., 117.

³⁸ La costituzione fa riferimento a *pecunia data*, fugando così ogni dubbio che il debitore si sia assunto l'obbligo di restituire una somma di denaro non ancora *numerata*: la fattispecie che avrebbe dato luogo all'*exceptio non numeratae pecuniae*. A stretto rigore se ne dovrebbe arguire che, in mancanza della *numeratio*, la *cautio* non avrebbe avuto efficacia costitutiva di un'obbligazione letterale, ma solo probatoria; in questo caso il debitore si sarebbe potuto difendere opponendo l'*exceptio non numeratae pecuniae* al fine di fare rilevare l'infondatezza della pretesa creditoria, a causa della mancata *numeratio*.

³⁹ In questo specifico senso cfr. F. SCHUPFER, *Singrafe*, cit., 372 s., sebbene poi lo studioso non creda che le intenzioni del legislatore fossero quelle di convertire un qualunque debito in obbligazione letterale: nonostante il dato letterale della costituzione deponga in altro senso, lo studioso ritiene che solo i chirografi di mutuo avrebbero potuto dare luogo ad obbligazioni letterali, mentre ciò sarebbe stato escluso per i debiti da *stipulatio*. Diversamente, invece, secondo C. FACELLI, *L' 'exceptio non numeratae pecuniae'*, cit., 47 s., la costituzione attesta l'immediata e piena obbligatorietà della scrittura che dava luogo, sempre, ad una obbligazione letterale.

menzionata da Gaio e che generava, in età classica, i *nomina transcripticia a re in personam*⁴⁰, esattamente come la *translatio* menzionata dalla costituzione ben descrive il passaggio e la sussunzione di un debito ‘*ex quolibet titulo*’ all’interno di uno scritto, sotto forma di *cautio*.

Ora, ai fini del discorso che stiamo conducendo, interessa sottolineare il dato in base al quale qualunque causa di debito avrebbe potuto dare luogo ad un’obbligazione letterale, se solo fosse stata trascritta all’interno di una *cautio*, segno impiegato dai giuristi classici e dalla cancelleria imperiale per indicare gli scritti nei quali potevano essere dedotte obbligazioni di vario genere, come quelle nascenti da *stipulatio*⁴¹.

Anche l’*interpretatio Visigothica* fornisce una lettura ampia dell’obbligazione letterale descritta dalla costituzione, capace di abbracciare al suo interno qualunque debito, purché proveniente da una scrittura certa: *pro repetendo debito, unde certa scriptura profertur rell.*⁴².

⁴⁰ Gai 3.128-130: 128. *Litteris obligatio fit ueluti in nominibus transcripticiis. fit autem nomen transcripticium duplici modo, uel a re in personam uel a persona in personam.* 129. <A re in personam trans>criptio fit, ueluti si id, quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tuleri. 130. *A persona in personam transcriptio fit, ueluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tuleri, id est si Titius te pro se delegauerit mihi.*

⁴¹ L. MITTEIS, *Reichsrecht*, cit., 495, ritiene che CTh. 2.4.6 si riferisca specificamente ai chirografi di *stipulatio*, appunto denominati dalle fonti *cautiones*.

⁴² *Interpretatio Visigothica* a CTh. 2.4.6: *Pro repetendo debito, unde certa scriptura profertur, seu de eo, quod alicui fideicommissum est, ut daretur, aliquis agat, aut aliquid sibi alleget fuisse peruasum, aut quodlibet intra annum beneficium momenti requirat, aut testamentum dicat non esse legitimum, vel de tutela aliquid proponat, non expectetur, ut prius, quod repetit, apud acta proponat, aut ordo ipsius causae petatur scriptus, sed mox apud iudicem sine ulla temporum mora, quae per hoc uidetur afferri, causam suam proponat et omnes partes suae probationis exhibeat. quam rem etiam in civilibus negotiis praecipimus observari, quae tamen minus quam centum solidorum summam valere constiterit. hoc de iure adiectum est.*

Le costituzioni qui considerate e le *interpretationes* che le corredano ci sembrano in grado di attestare come, per il IV e V secolo, il fenomeno per cui la redazione di una *cautio* scritta avrebbe trasformato un qualunque credito, purché di ammontare certo ed evidente sul piano della prova, in un’obbligazione letterale, a prescindere dalla sua causa. L’impiego della scrittura per fini probatori, secondo i principi del diritto classico, risulta ormai del tutto scolorito e confuso con l’attribuzione di un’efficacia costitutiva a *cautiones* scritte, in virtù delle quali si sarebbe estinta la precedente obbligazione e se ne sarebbe costituita una nuova, fondata sulla scrittura, nella quale il debitore confermava o propri precedenti debiti o ne assumeva di nuovi.

2.1. I dati raccolti in base all’esame di CTh. 2.4.3 e 2.4.6, si possono riassumere nei due seguenti punti: (1) a partire dalla fine del IV secolo d.C., la cancelleria imperiale presuppone la possibilità di attivare con un’azione, direttamente nascente dallo scritto, chirografi o cauzioni contenenti promesse di pagamento o riconoscimenti di debiti certi ed evidenti; (2) sotto il profilo causale, ad essere attivabili sarebbero state tutte le *cautiones*, ossia *instrumenta* relativi a debiti fondati su qualunque titolo.

Ora, le precedenti acquisizioni sono confermate dall’analisi di:

CTh. 2.27.1 pr.: IMPPP. HONORIUS, THEODOSIUS ET CONSTANTIUS AAA. PALLADIO PRAEF. PRAETORIO. *Super chirographis mortuorum hanc servari volumus perpetua observatione sententiam, ut, qui inter absentes intra hoc iuge quinquennium, inter praesentes vero biennium iudiciis competentibus non publicaverit cautiones, nec convenerit debitoris heredes, actione privetur.* DAT. V. KAL. AUG. RAVENNA, EUSTATHIO ET AGRICOLA COSS. [a. 421]⁴³.

⁴³ Il *principium* del testo è oggetto dell’attenta esegesi di P. SILLI, CTh.2.27.1. Il valore probatorio del chirografo nella riforma di Onorio, in *Studi sen.*, 96.3, 1984, 400 ss.;

Il *principium* di questa lunga costituzione, l'unica del titolo ‘*si certum petatur de chirographis*’, detta una minuziosa disciplina del valore probatorio del chirografo e del suo rapporto con il negozio da cui deriva il debito in esso attestato. L'esordio della costituzione è dedicato al valore da attribuire ai chirografi emessi da debitori defunti; si dispone che se, per cinque anni tra assenti o per due anni tra presenti, il creditore non abbia provveduto né a produrre il documento presso il giudice competente, né a convenire in giudizio in base ad esso gli eredi del debitore, egli *actione privetur*, decade cioè dalla possibilità di esperire l'azione.

All'identificazione dell'azione dalla quale il creditore decade è dedicato un contributo di Paolo Silli. Queste le sue conclusioni⁴⁴: «Possiamo quindi concludere dicendo che all'attore spetta una vera *actio ex scripto*, anche qualora faccia valere il chirografo nei confronti degli eredi dell'emittente, e sia quindi preliminarmente tenuto a provarne l'autenticità. Se egli, cioè, abbia a disposizione un documento dal quale risulti un suo credito, non sarà più tenuto in alcun caso ad esperire l'azione causale, che viene assorbita dal valore preminente del documento, ma sarà, tutt'al più, – come nel caso in questione –, tenuto ad una minuta ed incontrovertibile attività probatoria per dimostrarne l'autenticità; per dimostrare cioè che i fatti in esso descritti si sono veramente svolti, e con le modalità ivi indicate, e che di conseguenza l'*actio ex scripto* gli spetta di pieno diritto».

rinviamo a p. 403, nt. 4 per l'indicazione della letteratura sul provvedimento, cui *adde*: J.A. ARIAS BONET, *Sobre la querela*, cit., 120; M.R. CIMMA, *De non numerata pecunia*, cit., 127, nt. 94; M.T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGU, *La “exceptio non numeratae pecuniae”*, cit., 43 ss. e 109 ss.; A.D. MANFREDINI, *Documento di comparazione e ‘comparatio litterarum’*. C. 4,21,20: ‘*sive*’ o ‘*sine*’?, in *Ivris vincula*. Studi in onore di M. Talamanca, V, Napoli, 2001, 130, nt. 6, con ulteriore indicazione di letteratura.

⁴⁴ P. SILLI, *CTh.2.27.1*, cit., 417.

Con l'espressione *'actio ex scripto'* lo studioso identifica l'azione nascente dal chirografo, che avrebbe assorbito l'azione causale, sollevando l'attore dall'onere di fornire la prova del credito. Poiché il testo discorre genericamente di chirografi *mortuorum*, senza fornire specificazioni circa il loro contenuto, è lecito desumere che – in linea con quanto attestato già in CTh. 2.4.6 poc'anzi considerato –, oltre ai chirografi di mutuo, i quali dovevano contenere pretese di *certa pecunia*, anche chirografi contenenti pretese certe, ma fondate su altre cause – come precedentemente disposto da CTh. 2.4.6. – sarebbero stati legittimamente posti a fondamento di un'azione *'ex scripto'*, dato il riconoscimento al chirografo di un'efficacia non solo probatoria, ma anche costitutiva del credito.

Possiamo concludere, dunque, nel senso che in età tardo antica chirografi e *cautiones* scritte di debiti di ammontare certo erano dotati, non solo di un'efficacia probatoria rispetto ai negozi ai quali facevano riferimento, ma anche di un'efficacia costitutiva di un'obbligazione letterale; l'obbligazione letterale sarebbe stata attivabile per mezzo di un'azione nascente dallo scritto, a prescindere dalla causa del debito. Per questa ragione, chirografi relativi a debiti fondati su qualunque titolo potevano essere invocati in giudizio, senza che il debitore dovesse fornire alcuna prova della causa del credito, che risultava ormai assorbita dalla scrittura⁴⁵.

Alle soglie dell'età giustiniana, insomma, il vuoto lasciato dalla desuetudine dei *nomina transcripticia* era stato riempito da un'obbligazione letterale coincidente con chirografi e cauzioni di

⁴⁵ Significativamente, secondo G.G. ARCHI, *«Civiliter vel criminaliter agere»*, cit., 1622: «sembra piuttosto doversi dedurre che le vedute provinciali rivelate dai rescritti considerino la dichiarazione o le dichiarazioni scritte quale mezzo generale per raggiungere i più disparati fini individuali, e fornito di tale efficacia per cui la parte o le parti restano vincolate da quanto per iscritto hanno disposto».

debiti certi; la mancanza del sostegno della giurisprudenza e l'assenza di ulteriori regolamentazioni da parte della cancelleria imperiale impediscono di precisare meglio i contorni di questo istituto: come si chiamasse e che regime avesse l'azione nascente dallo scritto; quali caratteri dovessero presentare i chirografi per fare sorgere l'obbligazione letterale; come si svolgesse il relativo procedimento, visto che almeno alcune formalità del processo *per denuntiationem*, in presenza di un chirografo di debito certo, potevano non essere rispettate.

Deve essere stata la prassi a dare forma, nel tardo antico, all'obbligazione letterale, un istituto che per questa epoca non è possibile descrivere con maggiore dettaglio.

2.2. La descritta evoluzione che portò le *cautiones* attestanti debiti certi a divenire un vero e proprio contratto letterale durante l'età tardoantica dovette creare non poche incertezze, in relazione alla distinzione tra documenti meramente probatori e documenti dotati di efficacia dispositiva; ma anche sul piano dogmatico, in ordine ai confini tra istituti giuridici, la distinzione tra contratti letterali e stipulazioni ‘scritte’ dovette rapidamente scolorirsi⁴⁶.

⁴⁶ Ad avviso di S. RICCOBONO, ‘*Stipulatio*’ ed ‘*instrumentum*’ nel Diritto giustiniano, I, cit., 214 ss.; ID., ‘*Stipulatio*’ ed ‘*instrumentum*’ nel Diritto giustiniano. (Fortsetzung), cit., 262 ss.; ID., *Punti di vista critici e ricostruttivi. A proposito della Dissertazione di L. Mitteis, Storia del diritto antico e studio del diritto romano*, in *AUPA*, 12, 1929, 500 ss.; ID., *Corso di diritto romano. ‘Stipulationes’, ‘contractus’, ‘pacta’*. Anno accademico 1934-35, Milano, 1935; ID., *Stipulation and the Theory of Contract. Translated from the Italian with Notes by J. K. Wylie, revised and edited with further Notes and an Introduction by B. Beinart*, Amsterdam-Cape Town, 1957, 164 ss., fin dall'età tardo antica, *stipulatio* e *litterarum obligatio* si fusero all'interno di un unico contratto, in conseguenza degli effetti della prassi orientale di presumere l'avvenuto svolgimento delle formalità orali caratteristiche della *stipulatio*, per effetto della redazione del documento scritto, al quale si collegavano effetti obbligatori. Già L. MITTEIS, *Reichsrecht*, cit., 485 ss., aveva collegato la decadenza della *stipulatio*, consistente

Infatti, la *stipulatio* tardo antica, come comunemente accettato da parte degli studiosi, venne sempre più frequentemente trasposta in un documento scritto, denominato *cautio* o *instrumentum*⁴⁷. Non si trattava, come registrava la prassi romana fin dell'età repubblicana, di ricorrere alla redazione di un documento scritto per provare le avvenute solennità orali che caratterizzavano la *stipulatio*⁴⁸, quanto piuttosto di presumere che tali solennità, attestate nel documento scritto, fossero state compiute alla presenza delle parti: ne dovette ben presto conseguire la percezione dello scambio contestuale di *interrogatio* e *responsio* come superfluo in presenza di una *cautio* scritta⁴⁹.

nell'uso di redigerla solo per iscritto, al sorgere di un nuovo contratto letterale che l'avrebbe assorbita.

⁴⁷ Cfr. S. RICCOBONO, ‘*Stipulatio*’ ed ‘*instrumentum*’ nel Diritto giustiniano. (*Fortsetzung*), cit., 315 ss. Sulla diffusione della redazione per iscritto della *stipulatio* e di altri contratti, cfr. M. KROELL, *Du rôle de l'écrit*, cit., 77 ss. I rapporti tra la *stipulatio* e gli scritti stipulatori sono indagati da R. FEENSTRA, *L'‘epistula’ comme preuve d'une stipulation*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano, 1962, 412 ss. e G. SACCONI, *Ricerche*, cit., 151 ss.

⁴⁸ Su questa prassi, testimoniata fin dall'età repubblicana (come provano Cic. *pro Rosc.* 5.14, *part. orat.* 37.13 e *top.* 26.96) v. ora F. LOMBARDO, *Studi*, cit. 22 ss., il quale opportunamente sottolinea come non vennero ridefiniti da parte dei giuristi i requisiti formali del contratto, ma si precisò meglio da parte loro come interpretare le risultanze probatorie delle *cautiones* e degli *instrumenta*. In età classica la *stipulatio* poteva anche solo limitarsi a confermare oralmente quanto contenuto nello scritto (cfr. Paul. 3 *ad Ner.* D. 45.1.140 pr.), con conseguente semplificazione, nei contenuti, dello scambio delle battute orali. Circa le solennità orali della *stipulatio*, consistenti nella presenza delle parti contemporanea al momento dell'atto e nello scambio di domanda e congrua risposta tra stipulante e promittente, cfr. da ultimi: F. LOMBARDO, *Studi*, cit. 21 s.; A. CUSMÀ PICCIONE, ‘*Stipulationes non sollemnibus vel directis verbis compositae*’. *Contributo all'esegesi di C. 8.37(38).10*, in *TSDP*, 16, 2023, 1 ss.; ID., *La ‘congruens responsio’ nella ‘stipulatio’ tardo classica*, Napoli, 2023, *passim*.

⁴⁹ Come avrebbe, finalmente, riconosciuto Giustiniano attraverso le disposizioni contenute in C. 8.37(38).14, su cui *infra*, § 5.

Ciò dovette contribuire ad una progressiva sostituzione dei *verba* pronunciati dalle parti e delle altre solennità orali con la redazione di un documento scritto. Tanto più questo fenomeno dovette diffondersi, quanto più la *stipulatio* venne alleggerita – per effetto di una celebre costituzione dell’imperatore Leone del 472 d.C. (C. 8.37[38].10)⁵⁰ – dal peso del requisito di *sollemnia et directa verba* ai fini della sua valida conclusione.

Ora, pur senza addentrarci nell’annoso dibattito circa la cosiddetta ‘degenerazione’ della *stipulatio* nel corso dell’età tardo antica⁵¹, che devierebbe inopportunamente il percorso di questa

⁵⁰ *Infra*, § 2.2.1.

⁵¹ Il primo studioso ad avere teorizzato una ‘degenerazione’ della *stipulatio*, ossia H.R. GNEIST, *Die formelle Verträge*, cit., 256 ss., sosteneva che il fenomeno si sarebbe presentato fin dall’età classica quando, in concomitanza con la prassi di affidare ad un documento scritto la redazione della *stipulatio*, quest’ultima avrebbe perduto la sua caratteristica forma verbale. La tesi della cosiddetta degenerazione della *stipulatio* da contratto verbale a contratto consensuale, normalmente redatto per iscritto, nel quale le formalità orali sarebbero state gradualmente presunte secondo quanto contenuto nello scritto, è stata successivamente sostenuta anche da L. MITTEIS, *Reichsrecht*, cit., 485 ss., e, in seguito, sviluppata da Salvatore Riccobono, nei contributi richiamati *supra*, nt. 46. Secondo lo studioso in età giustiniana la *stipulatio* sarebbe divenuta un contratto scritto che poteva essere concluso senza il rispetto di alcuna solennità orale (un riesame critico del pensiero riccoboniano, non privo di riconsiderazioni da parte dello stesso studioso palermitano, è compiuto da T.H. FINKENAUER, *Riccobono e la ‘stipulatio’*, in *L’eredità giuridica di Salvatore Riccobono. Atti dell’Incontro Internazionale di Studi (Palermo, 29-30 marzo 2019)*, a cura di M. Varvaro, Palermo, 2020, 193 ss., il quale segnala come sia opportuno distinguere, nel pensiero di Riccobono, tra degenerazione, attenuazione e semplificazione che la *stipulatio* avrebbe subito nel corso delle varie epoche storiche). Hanno aderito alla tesi di Riccobono, fra gli altri: R. DE RUGGIERO, *La classificazione*, cit., 372 ss.; G.G. ARCHI, *Studi*, cit., 521 ss.; ID., *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, Milano, 1946, 689 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, III. *Studi di diritto penale studi di diritto postclassico e giustiniano*, Milano, 1981, 1779 ss. (paginazione che abbiamo seguito), secondo il cui pensiero la

indagine, e anche a non volere del tutto aderire alla tesi secondo la quale la *stipulatio* si sarebbe evoluta in età giustiniana al punto da essere assorbita all'interno di un contratto letterale⁵², ormai privo di tracce di oralità, non v'è dubbio che le fonti tardo antiche manifestino una duplice tendenza che avrebbe caratterizzato la *stipulatio*.

stipulatio nell'età tardo antica si trasformò in tante *stipulationes* causali (sebbene questo fenomeno non debba necessariamente essere legato al progressivo abbandono dell'oralità); V. DE GAUTARD, *Les rapports entre la stipulation et l'écrit stipulatoire dans la législation romaine, classique et byzantine*, Lousanne, 1931, 91 ss.; E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht*, cit., 35 ss. e 56 ss.

⁵² La tesi sostenuta da Riccobono di una degenerazione della *stipulatio* la quale, nell'età tardo antica, sarebbe diventata un contratto scritto dotato di effetti obbligatori, quindi in sostanza un contratto letterale, non ha convinto i seguenti studiosi: J.-C. VAN OVEN, *La stipulation a-t-elle dégénéré?*, in *TR*, 26, 1958, 427 ss.; G. DIÓSDI, *Giustiniano e la ‘stipulatio’*, in *Labeo*, 17, 1961, 39 ss., il quale non rileva alcuna sostanziale differenza tra la prassi classica e tardo classica in materia di *stipulatio*, escludendo che si possa parlare di una sua degenerazione; G. MACCORMACK, *The Oral and Written Stipulation in the Institutes*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, ed. by P.G. Stein e A.D.E. Lewis, London, 1983, 96 ss., ad avviso del quale la *stipulatio* orale si sarebbe mantenuta anche nel corso dell'età tardo antica e fino a tutta l'età giustiniana, mentre ad un eventuale *instrumentum* sarebbe stata da attribuire mera efficacia probatoria, esattamente come in diritto classico. Da ultimo, F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 12 ss., ha criticato con buoni argomenti la tesi di fondo sostenuta da Salvatore Riccobono, secondo la quale i principi della oralità, della congruenza e della contestualità della *stipulatio* classica sarebbero svaniti nell'età tardo antica, in particolare in Oriente, quando avrebbero subito un processo di degenerazione in virtù del quale il contratto, da verbale che era, sarebbe diventato letterale. In passato, era stato il Brandileone ad avere decisamente negato lo sviluppo della *stipulatio* nell'età tardo antica nel senso di una sua degenerazione da contratto verbale in contratto letterale: F. BRANDILEONE, *Origine e significato della «traditio chartae»*, in *AAT*, 42, 1907, 330 ss., ora in *Scritti di storia del diritto privato italiano*, a cura di G. Ermini, II, Bologna, 1931, 59 ss.; ID., *La “stipulatio” nell'età imperiale romana e durante il medioevo*, in *Scritti di storia del diritto privato italiano*, cit., 421 ss.

Da un verso, la prassi dovette cominciare ad orientarsi nel senso di riconoscere al documento scritto che conteneva la descrizione della *stipulatio* una presunzione (*iuris tantum*) dell'avvenuto rispetto dello schema domanda/risposta, con la conseguente progressiva sostituzione dello scritto all'effettivo scambio di *interrogatio* e *promissio* orali; dall'altro verso, è possibile registrare un atteggiamento favorevole allo snellimento delle solennità orali che avevano caratterizzato la *stipulatio* nel corso dell'età classica, con la conseguenza che le *cautiones* avrebbero potuto descrivere i contenuti della *stipulatio* con maggiore facilità.

Nel primo dei sensi indicati, analizzeremo, nel prossimo paragrafo, un passo delle *Pauli Sententiae* che rispecchia lo stato del diritto tardo antico in tema di *stipulatio*, disponendo che occorre presumere come avvenuta l'*interrogatio* del creditore, tutte le volte in cui il documento attestava la sola *promissio* del debitore⁵³. Con la conseguenza che anche in presenza di una attestazione documentale incompleta, la *stipulatio* si presumeva validamente compiuta. Nel secondo dei sensi sopra indicati, prenderemo in esame la costituzione con la quale Leone ha attribuito effetti alle *stipulationes* a prescindere dai *verba* impiegati ai fini della loro conclusione, purché tali *verba* corrispondessero all'accordo delle parti.

Il concorrere di queste circostanze avrebbe finito per avvicinare la *stipulatio* ai patti, poiché si sarebbero attribuiti effetti obbligatori alla stessa a prescindere dai *verba* impiegati e, per quel che più interessa ai fini di questa ricerca, l'evoluzione appena tracciata avrebbe contribuito al riconoscimento di effetti obbligatori alle stipulazioni scritte, sulla base della presunzione che le formalità orali fossero avvenute, finendo così per avvicinare le stipulazioni ai contratti letterali e le *cautiones* stipulatorie ai chirografi di mutuo, specialmente se si trattava di mutui *cum stipulatione*, con il rischio di

⁵³ Su Paul. Sent. 5.7.2 cfr. *infra*, § 2.2.1.

confonderli e di confondere anche l'efficacia costitutiva dello scritto relativo ai contratti letterali con l'efficacia probatoria (per quanto rinforzata da una presunzione) dello scritto stipulatorio⁵⁴.

D'altra parte, successivamente all'Editto di Caracalla, la diffusa tendenza, attestata dai documenti provenienti dalla province in conformità alle prassi ellenistiche, ad apporre la clausola stipulatoria anche all'interno di *instrumenta* che attestavano negozi diversi dalla *stipulatio* (o addirittura atti non contrattuali, come le manomissioni o il testamento), al fine di attribuire al documento efficacia dispositiva e mettere a disposizione del creditore, per questi documenti, l'*actio ex stipulatu*, dovette ampliare il fenomeno della progressiva erosione tra i confini delle *cautiones* stipulatorie e quelli dei chirografi di mutuo⁵⁵. In entrambi i casi, infatti, si dovette cominciare a riconoscere efficacia dispositiva a qualunque documento prodotto in giudizio dall'attore a fondamento della propria pretesa.

2.2.1. In età tardo antica, alle *cautiones* stipulatorie nelle quali era trascritta la sola promessa del debitore venne attribuito, in aggiunta

⁵⁴ Significativamente, secondo G.G. ARCHI, *Indirizzi*, cit., 1826, una volta snaturati i principi classici, si fusero la *cautio* stipulatoria di mutuo e la *cautio* semplice, in quello che le fonti tardo antiche (Nov. Val. 12.1) denominano *chirographum pecuniae creditae*.

⁵⁵ Sulla clausola ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησα, apposta ai documenti provinciali per attribuire a singrafi e chirografi redatti da *peregrini* gli effetti di una *stipulatio*, v.: F. DE VISSCHER, *La pseudo-stipulation ΕΠΕΡΩΤΗΘΕΙΣ ὉΜΟΛΟΓΗΣΑ*, in *Symbolae R. Taubenschlag dedicatae*, II, Vratislaviae-Varsaviae, 1957, 161 ss.; ID., *D'une clause de style gréco-égyptienne à la stipulation écrite*, in *BIDR*, 63, 1960, 19 ss.; F. PRINGSHEIM, *Stipulations-Klausel*, in *Gesammelte Abhandlungen*, II, Heidelberg, 1961, 218 ss.; R. FEENSTRA, *L'epistula*, cit., 424 ss.; D. SIMON, *Studien zur Praxis der Stipulationsklausel*, München, 1964; M. AMELOTI, *Recensione a D. SIMON, Studien zur Praxis der Stipulationsklausel*, München, 1964, in *IVR-A*, 16, 1965, 243 ss.; H.F. JOLOWICZ-B. NICHOLAS, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*³, 1972, 510 s.; F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 26, nt. 40.

al valore di prova dell'avvenuta *stipulatio*, anche il valore di presunzione circa l'avvenuta *interrogatio* e, dunque, circa il perfezionamento, quanto meno sul piano formale, della *stipulatio* stessa. Lo afferma esplicitamente il seguente brano delle *Pauli Sententiae*⁵⁶

Paul. Sent. 5.7.2: *Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. Quod si scriptum fuerit intrumento promississe aliquem perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit*⁵⁷.

⁵⁶ Sulla testimonianza delle *Pauli Sententiae* v.: S. RICCOBONO, *Punti di vista*, cit., 533 ss.; F. BRANDILEONE, *La “stipulatio”*, cit., 469 ss.; V. DE GAUTARD, *Les rapports*, cit., 96 ss.; E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht*, cit., 35; J.-C. VAN OVEN, *La stipulation*, cit., 417 ss.; G. DIÓSDI, *Giustiniano e la ‘stipulatio’*, cit., 45; F. PASTORI, *Appunti in tema di ‘sponsio’ e ‘stipulatio’*, Milano, 1961, 218; R. FEENSTRA, *L’epistula*, cit., 427; G. MACCORMACK, *The Oral and Written Stipulation*, cit., 101 s.

⁵⁷ Il passo sembrerebbe corrispondere allo stato del diritto di fine età classica, desumibile, oltre che da C. 8.37.1 [a. 200], anche da un testo dello stesso giurista; Paolo, infatti, aveva sostenuto nei libri *responsorum* che, se un documento attesta la promessa del debitore di pagare il capitale e le *usurae* in relazione ad un mutuo *cum stipulatione*, si deve presumere che i *verba stipulationis* siano stati scambiati regolarmente tra *stipulator* e *promissor*: Paul. 15 *resp.* D. 45.1.134.2: *Idem respondit, cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint: si inter praesentes actum est, intellegendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis*. Su questo passo e sulla più ampia problematica del rapporto tra *obligatio verbis* e *instrumentum probatorio* in età classica e tardo antica cfr.: S. RICCOBONO, *La prassi nel periodo postclassico*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano (Bologna e Roma 17-27 aprile 1933)*, Pavia, 1934, 328 ss.; A. BISCARDI, *Il problema storico del diritto giustiniano*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del diritto, Verona 27-29, IX, 1948*, II, a cura di G. Moschetti, Milano, 1951, 240 ss.; J.-C. VAN OVEN, *Pauli Sententiae 5,7,2*, in *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, 301 ss.; M. TALAMANCA, *‘Conventio’ e ‘stipulatio’*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di Diritto Romano, Siena 14-15 aprile 1989*, a cura di N. Bellocci, Napoli, 1991, 204 ss.; A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell’esperienza romana*, Torino, 1994, 86 ss. Nega invece qualunque collegamento tra i due passi R. FEENSTRA, *L’epistula*, cit., 427 ss., il quale ritiene che, mentre nel passo delle *Pauli Sententiae*

Nonostante fosse sempre possibile la prova contraria circa l'avvenuto effettivo scambio di *interrogatio* e *responsio* che caratterizzavano la *stipulatio*, la presunzione dovette rendere sempre più frequente, non tanto il ricorso all'*instrumentum*, che era già ampiamente diffuso, quanto piuttosto la sostituzione dello scritto allo scambio effettivo di domanda e risposta. Inoltre, ormai, la promessa del debitore, redatta in prima persona, sotto forma di chirografo, avrebbe consentito di presumere che tale promessa fosse contenuta all'interno di una *stipulatio* attivabile dal creditore con l'*actio ex stipulatu*. Inevitabilmente, le *cautiones*, già di per sé sintetiche rispetto all'andamento della contrattazione orale⁵⁸, dovettero essere redatte per iscritto con ancora maggiore libertà rispetto al passato: la semplice promessa del debitore avrebbe fatto presumere come avvenuta l'*interrogatio* e, dunque, la *stipulatio*.

Tanto più, poi, la prassi di redigere *cautiones* stipulatorie dovette essere favorita, quanto più la loro redazione venne resa assai più semplice per effetto del riconoscimento di efficacia anche alle stipulazioni concluse senza che promittente e stipulante avessero fatto ricorso ai *sollemnia et directa verba* che avevano caratterizzato la *stipulatio* fin dall'età classica⁵⁹, purché le parole impiegate

si fa riferimento ad un chirografo, l'espressione '*litteris suis praestaturum se caverit*' di D. 45.1.134.2 non alluderebbe necessariamente ad un chirografo.

⁵⁸ L'aspetto è approfondito da M. KROELL, *Du role de l'écrit*, cit., 42; M.R. CIMMA, '*De non numerata pecunia*', cit., 22 s.

⁵⁹ Circa i requisiti formali della *stipulatio* e, in particolare, quanto ai *verba* che potevano essere impiegati dalle parti e che sono elencati, con tutta probabilità in modo esemplificativo, in Gai 3.92, v. A. WINKLER, *Gai III, 92 anlässlich der These von B. Nicholas: nur die hier genannten Stipulationsformen seien bis zum Jahre 472 zugelassen gewesen*, in *RIDA III S.*, 5, 1958, 612 ss., al cui lavoro rinviamo per la confutazione del diverso orientamento che era stato in passato espresso da B. NICHOLAS, *The Form of the Stipulation in Roman Law*, in *LQR*, 69, 1953, 64 ss., circa la tassatività dei *verba* elencati in Gai 3.92. Più di recente sul punto, cfr. L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen*, cit., 107 ss.

rispecchiassero l'accordo raggiunto dalle parti. Tali disposizioni sono contenute in una celebre costituzione di Leone:

C. 8.37(38).10: IMP. LEO A. ERYTHRIO PP. *Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem.* D. K. IAN. CONSTANTINOPOLI MARCIANO CONS. [a. 472]⁶⁰.

La stringatezza del dato letterale ha reso piuttosto discussi gli effetti del provvedimento. Resta dubbio, ad esempio, se oltre ad avere eliminato i *verba* che caratterizzavano la conclusione del contratto in età classica, Leone, ponendo l'accento sull'importanza che le parole rispecchiassero il *consensus contrahentium*, avesse inteso derogare anche allo schema *interrogatio-responsio*, permettendo così, una libera formazione dell'accordo, anche attraverso l'iniziativa del debitore promittente, in deroga al mantenimento dell'*unitas actus*, un requisito che occorre fosse rispettato ai fini di una valida conclusione della *stipulatio* in età classica. Incerto è, ancora, se la costituzione si riferisse a tutte le stipulazioni, sia quelle scritte sia quelle orali, ovvero solo ad una delle due varietà e, in particolare, alla sola *stipulatio* scritta, come potrebbe provare l'impiego del verbo *compono* che da alcuni studiosi è stato considerato un indizio del fatto che Leone si stesse riferendo alle sole stipulazioni redatte per iscritto, attribuendo così al testo il ruolo di testimone della

⁶⁰ Sotto il profilo della discussa portata innovativa del provvedimento, cfr. gli studiosi citati nella nota seguente. Sotto il profilo formale del testo, verosimilmente accorciato dai commissari di Giustiniano, v.: V. DE GAUTARD, *Les rapports*, cit., 43 nt. 1; E. LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925, 63, ntt. 8-9; G.G. ARCHI, *Indirizzi*, cit., 1833; A. BISCARDI, *Il problema storico*, cit., 241, nt. 14; A. WINKLER, *Gai III*, 92, cit., 628 ss.; R. BONINI, «*Interrogationes*» forensi e attività legislativa giustiniana, in *Ricerche di diritto giustiniano*², Milano, 1960, 42, nt. 65; R. FEENSTRA, *L'epistula*, cit., 429, nt. 90; G. SACCONI, *Ricerche*, cit., 152, nt. 256; G. LUCETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 404.

scomparsa della *stipulatio* orale, ormai assorbita all'interno del contratto letterale⁶¹.

⁶¹ L'autore che più di tutti ha attribuito effetti ampi al provvedimento è stato il Riccobono, il quale, per esempio in S. RICCOBONO, voce '*Stipulatio*', in *Nuovo dig. it.*, XII.1, Torino, 1940, 901-904 (contributo ripubblicato da Salvatore Riccobono jr. con una bibliografia aggiornata e un'appendice in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 445-449) ritiene che la *Leoniana constitutio* abbia confermato la prassi tardo antica secondo la quale la *stipulatio* era un contratto a forma libera, in nulla distinto dal patto, per il cui perfezionamento era richiesta la sola contemporanea presenza delle parti; se affidata ad uno scritto, la *stipulatio* sarebbe stata assorbita all'interno di un contratto letterale. In senso adesivo v.: E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht*, cit., 39; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 131, il quale attribuisce alla costituzione l'effetto di avere privato la *stipulatio* di tutti i caratteri classici: congruenza, astrattezza e unità dell'atto. Similmente si orientano: F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I. *Le fonti*, Milano, 1954, 89-90; H.F. JOLOWICZ-B. NICHOLAS, *Historical Introduction*, cit., 510 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1985, 331, il quale sostiene che la costituzione, eliminando le forme solenni, avrebbe legittimato qualunque *stipulatio*, anche scritta (come dimostrerebbe l'impiego del verbo *compono*) e pure se contratta fuori dallo schema domanda-risposta. M. TALAMANCA, '*Conventio*' e '*stipulatio*' nel sistema dei contratti romani, in *Le droit romain et sa réception en Europe*, ed. par H. Kupiszewski et W. Wolodkiewicz, Varsovie, 1978, 263 ss., attribuisce alla costituzione l'effetto di avere recepito le prassi tardo antiche e trasformato la *stipulatio* in un negozio a forma scritta, ai fini della cui validità si richiedeva la mera compresenza delle parti. R. KNÜTEL, *Zur Auslegung und Entwicklung der Stipulation im klassischen römischen Recht*, in '*Ars Iuris*'. *Festschrift für O. Behrends zum 70. Geburtstag*, hrsg. von M. Avenarius, R. Meyer-Pritzl, C. Möller, Göttingen, 2009, 223 ss., riconosce che la costituzione avrebbe eliminato qualunque formalismo nella conclusione della *stipulatio*. Da ultimo, A. CUSMÀ PICCIONE, '*Stipulationes*', cit., 1 ss., interpreta in maniera convincente la costituzione, ritenendo che essa avesse reso facoltativo lo scambio di *interrogatio* e *responsio*, tanto per le stipulazioni scritte quanto per quelle orali. Tendono, invece, a ridurre l'impatto della costituzione di Leone sull'evoluzione della *stipulatio*: G.G. ARCHI, *Indirizzi*, cit., 1814, secondo il quale il provvedimento, pur mantenendo l'oralità della *stipulatio*, avrebbe derogato allo schema tipico di domanda e congrua risposta; W.W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law*², Cambridge, 1950, 436; F. WIEACKER, *Recensione* a E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht*, cit., in *Gnomon*, 32, 1960, 138 ss., il quale riferisce il testo alla sola *stipulatio* scritta, attraverso l'argomento rappresentato dall'impiego del verbo

Da quest'ultimo punto di vista, occorrerà anche valutare se gli effetti che la costituzione di Leone ha avuto sulla redazione di *cautiones* scritte abbia, comunque, mantenuto in età giustiniana

compono; J.-C. VAN OVEN, *La stipulation*, cit., 415 ss., il quale nega che la riforma abbia contribuito a trasformare la *stipulatio* da atto orale e formale, in un contratto scritto e informale, addirittura equiparabile ad un *pactum*. Inoltre, lo studioso esclude che l'imperatore abbia impiegato il verbo *compono* per riferirsi alle sole stipulazioni scritte: la *stipulatio* sarebbe rimasta un contratto *inter praesentes*, formato da una domanda e da una risposta; sul punto cfr. anche G. DIÓSDI, *Giustiniano e la ‘stipulatio’*, cit., 45 s. Secondo R. FEENSTRA, *L'epistula*, cit., 429 ss., la costituzione si rivolse alle stipulazioni, sia scritte sia orali, concluse in accordo alle pratiche orientali secondo le quali, forse, si riteneva che per perfezionare una valida *stipulatio* occorressero i *verba sollemnia* classici ovvero una clausola stipulatoria: da ora in poi si sarebbe potuta concludere validamente una *stipulatio*, scritta od orale che fosse, mediante qualunque *verbum pro consensu contrahentium*. Ancora, S. TOMULESCU, *Léon Ier et le droit privé*, in *AARC*, 5, Città di Castello (Pg), 1983, 67, attribuisce alla riforma effetti piuttosto limitati. Ad avviso di G. MACCORMACK, *The Oral and Written Stipulation*, cit., 98 s., il provvedimento si sarebbe riferito alla sola *stipulatio* orale ed avrebbe derogato al necessario rispetto dello schema domanda/risposta. Anche A.S. SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, Milano, 1997, 213 ss., tende a ridurre la portata della costituzione, ritenendo che essa avrebbe solo legittimato l'impiego di qualunque parola ai fini della conclusione del contratto, purché rispondente all'accordo raggiunto dalle parti; sotto il profilo della forma, la studiosa ritiene che Leone, pur non prescrivendo la forma scritta, si sarebbe riferito proprio alle stipulazioni redatte in *cautiones*, come dimostra il verbo *compono*, impiegato fin da età tardo antica nei documenti della prassi notarile. Secondo TH. FINKENAUER, *Ricobono e la ‘stipulatio’*, cit., 199, la costituzione di Leone avrebbe abolito la solennità della *stipulatio*, ma non la sua oralità, la *unitas actus* e la presenza contemporanea di entrambe le parti. F. LOMBARDO, *Studi*, cit. 26 ss., prudentemente ritiene che la *Leoniana constitutio* avrebbe avuto effetti molto meno dirompendi di quanto si sia creduto: gli unici effetti certi sarebbero consistiti nell'eliminazione del requisito della congruenza verbale, mentre né gli altri requisiti della *stipulatio* vennero attenuati o eliminati, né la costituzione avrebbe abrogato la *stipulatio* orale.

l'efficacia probatoria degli *instrumenta* stipulatori, in aderenza al cosiddetto classicismo di Giustiniano⁶².

In ogni caso, anche a volere limitare l'impatto della costituzione di Leone alla sola abolizione dell'obbligo di impiegare *solemnia et directa verba*, essa dovette rendere ancora più semplice l'operare della presunzione di cui informa il testo delle *Pauli Sententiae*, perché doveva essere ancora più agevole presumere l'*interrogatio*, ora che l'accordo delle parti poteva essere espresso *quibuscumque verbis*: il documento avrebbe anche potuto solo contenere una sintetica descrizione e un rinvio all'accordo liberamente raggiunto dalle parti, mentre la prova contraria che l'accordo delle parti non era stato raggiunto non poteva più essere sostenuta dall'attestazione testimoniale secondo la quale non erano stati pronunciati i *verba* caratteristici della *stipulatio*.

In conclusione, la *stipulatio* sviluppatasi nell'età tardo antica e giunta in età giustiniana era assai diversa del contratto verbale di età classica. E anche a non volere credere ad una piena assimilazione della *stipulatio* all'interno del contratto letterale⁶³,

⁶² Sulle tendenze classicistiche di Giustiniano molto si è scritto. Tra gli altri v.: G.G. ARCHI, *Metodologia e problematica nello studio del periodo postclassico-giustiniano (a proposito del volume di Max Kaser: Das römische Privatrecht²)*, in *SDHI*, 26, 1960, 329 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, III, cit., 1683 ss.; M. TALAMANCA, *L'esperienza giuridica romana nel tardo antico tra volgarismo e classicismo*, in *Le trasformazioni della cultura nella tarda antichità. Atti del Convegno di Catania (27 settembre-2 ottobre 1982)*, Roma, 1985, 29 ss.; ID., *Il diritto nelle epoche postclassiche*, in *'Collatio Iuris Romani'. Études dédiées à H. Ankum*, II, Amsterdam, 1995, 533 ss.; S. PULIATTI, *Qualche osservazione in margine a uno spoglio delle costituzioni giustiniane del 'codex repetitae praelectionis'*, in *MEP*, 9, 2006, fasc. 11, 399 ss.; L. SOLIDORO, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II. *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne. Lezioni²*, Torino, 2010, 77 ss.; L. VACCA, *Giustiniano fra volgarismo e classicismo*, in *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, a cura di G. Rossetti, Torino, 2017, 21; E. STOLFI, *Prima lezione di diritto romano*, Bari-Roma, 2023, 37 ss.

⁶³ Come sostenuto, ad esempio, da ultimo, da A. CORBINO, *Il formalismo negoziale*, cit., 88, il quale sottolinea come in età tardo antica il documento fini per sostituire

comunque la sempre più frequente redazione scritta, unitamente all’attribuzione al documento di un’efficacia probatoria rafforzata dalla presunzione secondo la quale un resoconto documentale non completo avrebbe comunque fatto presumere il regolare perfezionamento del contratto, avvicinarono le stipulazioni ai contratti letterali.

Ciò anche in ragione del concorrere di ulteriori fattori: l’emersione delle cause della *stipulatio* rese quest’ultimo un contratto non più solo astratto, come era stato in età classica⁶⁴; i chirografi redatti in prima persona dal debitore relativi a debiti certi, anche provenienti da precedenti cause, avrebbero beneficiato della presunzione di *stipulatio* (ricorrendone i presupposti) ma sarebbero stati trattati anche come contratti letterali, essendo contemplati in documenti i quali, alla luce della legislazione contenuta nel Codice Teodosiano analizzata nei paragrafi precedenti, erano dotati di efficacia dispositiva. In concreto, ogni qualvolta un attore *ex stipulatu* avesse prodotto in giudizio uno scritto a fondamento di una pretesa *evidens*, non sarebbe stato facile distinguere se quell’*instrumentum* avesse solo una efficacia probatoria della *stipulatio* o costitutiva di una obbligazione, specialmente se si fosse trattato, poi, di mutui *cum stipulatione*, una combinazione tra contratti che non solo non era stata abbandonata in età tardo antica, ma che era stata ancora di più sollecitata dal ricorrere sempre più frequente

i *verba* anche negli effetti, producendo così effetti direttamente obbliganti, solo che la *stipulatio* fosse stata contratta alla presenza delle parti. Di una efficacia dispositiva attribuita al documento in età tardo antica discorre anche TH. FINKENAUER, *Riccobono e la ‘stipulatio’*, cit., 199.

⁶⁴ Il profilo è particolarmente approfondito da G.G. ARCHI, *Indirizzi*, cit., 1814 ss. e G. SACCONI, *Ricerche*, cit., 151 ss., la quale deduce dall’inciso ‘*legibus cognitae*’ presente nella *Leoniana constitutio* un riconoscimento legislativo della *causa* quale elemento qualificante in età tardo antica le *stipulationes*: l’emersione delle *causae stipulationum* venne, del resto, favorita proprio dalla prassi di redigere *instrumenta* nei quali si faceva riferimento alla *conventio*.

dell'apposizione della clausola stipulatoria alle più svariate fattispecie contrattuali e negoziali.

L'intorbidamento tra chirografi di mutuo e *cautiones* stipulatorie, nonché tra mutui *cum stipulatione* e *stipulationes* trova conferma dall'analisi del terzo istituto coinvolto dal titolo 3.21 delle Istituzioni di Giustiniano, l'*exceptio non numeratae pecuniae*, alla quale è dedicato il prossimo paragrafo.

2.3. Il confronto tra il regime classico e quello tardo antico dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, conferma la sovrapposizione e la confusione tra istituti giuridici che è stata descritta nei paragrafi precedenti. Infatti, come ci accorgeremo, mentre il regime classico dell'*exceptio* è caratterizzato dalla limitazione del suo campo di applicazione ai soli mutui (*cum stipulatione*), con esclusione della *stipulatio*, in età tardo antica si assiste, invece, alla tendenza ad estendere l'*exceptio* a qualunque tipo di chirografo contenente una promessa di pagamento, quindi anche alle *stipulationes*, con conseguente, ulteriore, avvicinamento tra istituti.

Abbiamo già accennato⁶⁵ alle incertezze che caratterizzano la ricostruzione delle origini dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, specialmente riguardanti il periodo nel quale essa è stata introdotta, la sua collocazione, oscillante tra il processo formulare e le *cognitiones extra ordinem*, la tipologia di fonte (se legislativa, giurisprudenziale o consuetudinaria) che l'ha per la prima volta prevista. Ma nonostante questi dubbi, su di un paio di punti, tra loro connessi, gli studiosi concordano.

Il primo consiste in ciò, che l'*exceptio* veniva incontro alle esigenze dei debitori da mutuo i quali, secondo l'uso invalso fin dall'età classica, avevano promesso di restituire la somma oggetto del mutuo, assieme agli interessi, prima della sua effettiva *numeratio*, attraverso una *stipulatio* contenuta in una *cautio*, la quale avrebbe

⁶⁵ *Supra*, Premessa.

fornito al creditore mutuante una facile prova del credito⁶⁶. Ebbene, se convenuti in giudizio con l'*actio ex stipulatu*, i mutuatari, opponendo l'*exceptio non numeratae pecuniae* avrebbero spostato l'onere di provare l'avvenuta *numeratio* sull'attore.

Il secondo punto sul quale gli studiosi concordano è che il campo di applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* in diritto classico coprirebbe l'area dei mutui *cum stipulatione*, con esclusione tanto del mutuo semplice (*sine stipulatione*) quanto della *stipulatio* non collegata ad operazioni di credito. In ordine al primo contratto, l'*exceptio* non avrebbe potuto essere inerente ai mutui semplici, perché in questi era il creditore a dovere provare la *numeratio*, per cui l'*exceptio* sarebbe stata superflua, poiché avrebbe prodotto un'inutile inversione dell'onere probatorio⁶⁷.

Quanto all'esclusione dal campo di applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* della *stipulatio non 'credendi causa'*, conviene prendere le mosse da una costituzione di Alessandro Severo che descrive come il campo di applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* in diritto classico fosse limitato alle sole operazioni di mutuo, che si traducevano in promesse di restituzione di somme non ancora versate, attraverso stipulazioni formulate astrattamente e senza fare riferimento alla causa, ciò per evitare che vizi o mancanza della causa potessero travolgere la *stipulatio*, senza che occorresse ricorrere all'*exceptio non numeratae pecuniae*. Restavano, invece, escluse le promesse di pagamento che deducevano all'interno di un chirografo un debito proveniente da una precedente causa, quindi stipulazioni novatorie causali le quali, se anche formulate nei termini della restituzione di una somma ricevuta a titolo di mutuo, facevano comunque emergere la precedente causa del debito:

⁶⁶ *Supra*, nt. 11.

⁶⁷ *Supra*, nt. 13.

C. 4.30.5: IMP. ALEXANDER A. AUGUSTIANO. *Adversus petitiones adversarii si quid iuris habes, uti eo potes. ignorare autem non debes non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur, cum autem ex praecedenti causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiri, an tunc cum cavebatur numerata sit, sed an iusta causa debiti praecesserit*⁶⁸.

La costituzione indica che l'*exceptio non numeratae pecuniae* poteva essere invocata da un debitore convenuto solo qualora la richiesta del creditore riguardasse operazioni di mutuo, che si erano tradotte in promesse di restituzione di somme non ancora versate, attraverso stipulazioni formulate astrattamente senza riferimento

⁶⁸ Sulla costituzione, che si presenta priva della data e della *scriptio*, v.: S. RICCOBONO, ‘*Stipulatio*’ ed ‘*instrumentum*’ nel Diritto giustiniano, I, cit., 217; ID., ‘*Stipulatio*’ ed ‘*instrumentum*’ nel Diritto giustiniano. (Fortsetzung), cit., 322; ID., *Punti di vista*, cit., 537, ad avviso del quale la menzione del *chirographum* sarebbe da attribuire ai compilatori in luogo di un originario riferimento alla *stipulatio*, in ossequio alla teoria dello studioso, secondo la quale questo contratto verbale in età giustiniana sarebbe divenuto scritto e letterale; invero, la pratica di redigere chirografi di pugno da parte del debitore promittente è attestata fin dall’età classica e, comunque, nell’ottica classica il chirografo avrebbe rivestito solo effetti probatori, dunque la sua menzione nel testo, ammesso che sia giustiniana, non sposta in alcun modo, sul piano dogmatico, la portata del provvedimento; stessi rilievi valgono per i sospetti di interpolazione avanzati da R. TAUBENSCHLAG, *Die Novation im Rechte der Papyri*, in *ZSS*, 51, 1931, 85, nt. 3; U. BRASIELLO, *In tema di categorie contrattuali*, in *SDHI*, 10, 1944, 141; G. ASTUTI, *I contratti obbligatori*, cit., 126, nt. 13, il quale osserva come la riforma processuale introdotta da C.Th. 2.4.6 (*supra*, § 2) recepi la tendenza tarda antica ad equiparare la dichiarazione confessoria contenuta nella *cautio ex numeratione* con quella contenuta nella *cautio ex antecedente causa*: i due tipi di *cautiones* sembrano riuniti, senza alcuna distinzione, nel nuovo concetto di *cautio certa* o *evidens chirographum*, comprensivo dell’una e dell’altra specie di scrittura; M.R. CIMMA, ‘*De non numerata pecunia*’, cit., 63 ss. e 92 s.; M. TALAMANCA, *Recensione a H. TROFIMOFF, La causae*, cit., in *BIDR*, 90, 1987, 641 s.; W. LITEWSKI, ‘*Non numerata pecunia*’, cit., 423 ss.; C. CARRASCO GARCIA, *Supuestos*, cit., 194 ss.; M.T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGU, *La “exceptio non numeratae pecuniae”*, cit., 97 s.; H. VERHAGEN, *Chirographs*, cit., 300; F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 96 s.

alla causa: per questa ipotesi la costituzione parla di ‘*pecunia quasi credita*’. Questa espressione allude all’ipotesi nella quale il debitore promettesse di restituire una *pecunia* che non gli era stata ancora *numerata*, come è possibile desumere dall’impiego della identica espressione da parte di Ulpiano, per descrivere la *cautio* con la quale un debitore prometteva la restituzione di una somma, come se gli fosse stata prestata:

Ulp. 5 *opin.* D. 4.4.40 pr.: *Minor annis viginti quinque, cui fideicommissum solvi pronuntiatum erat, caverat id se accepisse et cautionem eidem debitor quasi creditae pecuniae fecerat. in integrum restitui potest, quia partam ex causa indicati persecutionem novo contractu ad initium alterius petitionis redegerat*⁶⁹.

Il caso riguarda un minore di 25 anni il quale aveva ottenuto una sentenza favorevole che gli riconosceva il diritto ad avere pagata una somma a titolo di fedecommissio; il minore prestava a questo punto una *cautio* nella quale dichiarava di avere ricevuto la somma (*id se accepisse*); tale somma doveva essere stata promessa a titolo di mutuo, tanto che il debitore è descritto nell’atto di prestare una *cautio* nella quale egli attesta ‘come se’ la somma in questione gli fosse stata prestata (*debitor quasi creditae pecuniae fecerat*). Il passo si conclude riconoscendo al minore una *in integrum restitutio*, poiché la *persecutio ex causa indicati* egli l’aveva ricondotta, attraverso un nuovo contratto, a fondamento di un’altra *petitio*⁷⁰.

⁶⁹ Testo sul quale non si appuntano sospetti di interpolazione; il passo, non viene segnalato né nell’*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, Weimar, 1929, né in alcuno dei volumi dei *Beiträge* di Beseler. Del passo si sono particolarmente occupati: B. FRESE, *Zur Lehre der Quittung*, in *ZSS*, 18, 1897, 253 s. e, di recente, C. CARRASCO GARCIA, *Supuestos*, cit., 41, 181 ss.

⁷⁰ Sul significato dei segni *petitio* e *persecutio*, nonché sul loro rapporto con l’*actio*, cfr., per tutti, F. CASAVOLA, ‘*Actio*’ ‘*petitio*’ ‘*persecutio*’, Napoli, 1965.

Tornando alla costituzione di Alessandro Severo, essa, oltre a ricordare quale campo elettivo di applicazione della *exceptio non numeratae pecuniae* quello della *pecunia quasi credita*, da ricondurre dunque al *mutuum cum stipulatione*, esclude che l'*exceptio* potesse essere concessa ai debitori che avessero dedotto all'interno di un chirografo una promessa di pagamento o di restituzione di una somma fondata su di una causa antecedente ([...] *ex praecedenti causa debiti in chirographum quantitas redigitur* [...]); in una ipotesi del genere, da ricondurre ad una stipulazione novatoria, non rilevava che la *pecunia* fosse stata *numerata* o meno quando era stata redatta la *cautio*, ma occorreva che il debitore dimostrasse che il debito precedentemente assunto non era fondato su alcuna *insta causa* (*sed an insta causa debiti praecesserit*)⁷¹.

La costituzione non chiarisce se tale *stipulatio* novatoria accedesse ad un mutuo, nel senso che la promessa del debitore fosse formulata nei termini di una promessa di restituzione della stessa somma dovuta *ex antecedente causa*, come se dovesse essere ottenuta a titolo di mutuo. Non lo si può escludere, certo, anche se il testo non lo dice espressamente. In ogni caso, ciò rileva fino ad un certo punto, perché bastava che la *cautio* non fosse formulata astrattamente e facesse riferimento alla precedente causa del debito

⁷¹ Pare certo che la *stipulatio*, in questa applicazione, avrebbe svolto una funzione novatoria, in questo senso v.: A. SUMAN, ‘*De non numerata pecunia*’, II, cit., 251 s.; S. RICCOBONO, ‘*Stipulatio* ed ‘*instrumentum*’ nel Diritto giustiniano. (Fortsetzung), cit., 322. Più precisamente, secondo G.G. ARCHI, *Studi*, cit., 600, la cancelleria avrebbe differenziato tra *datio pecuniae* a scopo di mutuo e conversione in mutuo di somme dovute da precedente causa, relativamente alle quali la *stipulatio* avrebbe comunque prodotto effetti novatori. Invero, quanto alla seconda assunzione di debito, il testo non precisa se la somma dovesse considerarsi dovuta a titolo di mutuo (come sostenuto ad esempio da C. FACELLI, *L’ ‘exceptio non numeratae pecuniae*’, cit., 105), ma se anche la promessa del debitore assunta con stipulazione novatoria doveva considerarsi assunta *credendi causa*, in ogni caso la mancata *numeratio* non poteva essere validamente opposta dal debitore convenuto, il quale avrebbe dovuto dimostrare per essere liberato ‘*an insta causa debiti praecesserit*’.

per impedire il ricorso all’*exceptio non numeratae pecuniae* da parte del debitore convenuto.

La costituzione è sintomatica di una certa tendenza della prassi, fin dall’età classica, ad impiegare l’*exceptio non numeratae pecuniae* per invalidare chirografi che contenevano promesse di pagamento di vario genere. Dalla costituzione si ricava una netta demarcazione, sul piano teorico, tra chirografi di mutuo relativi ad una *pecunia quasi credita* (in ordine ai quali l’*exceptio non numeratae pecuniae* poteva operare) e tutte le altre *cautiones* che contenevano la promessa di pagamento o di restituzione di un precedente debito (per le quali, invece l’*exceptio* non poteva operare). La nettezza del regime dipendeva, evidentemente, dalla chiara distinzione teorica tra gli istituti del mutuo (anche se stipulatorio) e della *stipulatio* (in funzione novatoria di un precedente debito), nonché dall’attribuzione ai chirografi, semplici o di mutuo che fossero, di un mero valore probatorio dei negozi in essi attestati.

Le conclusioni alle quali siamo giunti dall’esame di C. 4.30.5, circa il campo di applicazione dell’*exceptio non numeratae pecuniae* in età classica, trovano conferma nel dettato di alcune costituzioni dei Severi e di Diocleziano contenute nel titolo 4.30 del Codice ‘*De non numerata pecunia*’. Particolarmente significativo, ai nostri fini, appare un rescritto di Antonino Caracalla pervenuto anch’esso privo di *scriptio* e di data:

C. 4.30.4: IMP. ANTONINUS A. BASSO. *Cum fidem cautionis agnoscens etiam solutionem portionis debiti vel usurarum feceris, intellegis de non numerata pecunia nimium tarde querellam te deferre*⁷².

⁷² Secondo A. SUMAN, ‘*De non numerata pecunia*’, I, cit., 248 ss., il testo si riferirebbe ad una scrittura di mutuo sfornita di clausola stipulatoria; similmente, ad avviso di M.R. CIMMA, ‘*De non numerata pecunia*’, cit., 60 ss. e 92, il chirografo presupposto dal ragionamento della cancelleria di Antonino Caracalla sarebbe consistito in un documento non stipulatorio, ovvero in una *cautio* semplice. A.M. BUSCA, *Ancora in tema di ‘exceptio n.n.p.’*, cit., 485, riferisce il provvedimento all’*exceptio non numeratae*

L'imperatore rigetta la richiesta del postulante, qualificandola come tardiva, di valersi della *querella non numeratae pecuniae* dopo che egli aveva già riconosciuto l'autenticità e la veridicità – dunque la validità⁷³ – di una *cautio* e aveva di conseguenza provveduto al pagamento parziale del *debitum* e delle *usurae*: correttamente il rimedio (nel caso in questione, inibito dalla cancelleria) contro la mancata *numeratio pecuniae* viene connesso ad un *mutuum cum stipulatione*, del quale era stata redatta una *cautio*, nella quale era stato anche stabilito l'ammontare degli interessi.

Altrettanto correttamente in

C. 4.30.6: IMP. ALEXANDER A. IUSTINO. *Frustra opinaris exceptione non numeratae pecuniae te esse munitum, quando, ut fateris, in eius vicem qui erat obligatus substitueris te debitorem.* PP.⁷⁴

pecuniae, nonostante nel testo si parli espressamente di ‘*querella*’. Quest’ultimo segno, secondo W. LITEWSKI, ‘*Non numerata pecunia*’, cit., 422 s., andrebbe inteso come sinonimo di *contestatio*; lo studioso, tuttavia, non crede ad una alterazione della costituzione, piuttosto ne difende la genuinità (422, nt. 150) e la riferisce, correttamente, ad una *cautio* semplice. Intende invece il segno *querella* in senso ampio (doglianza) e capace di comprendere al suo interno anche l'*exceptio*: M.T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGÓ, *La “exceptio non numeratae pecuniae”*, cit., 95 s., ad avviso della quale il testo sarebbe genuino (96, nt. 65) e potrebbe anche riferirsi ad una *cautio* stipulatoria (in questo caso, tuttavia, aggiungiamo, trattandosi di un mutuo stipulatorio, caratterizzato dalla *causa credendi*, correttamente era stato richiesto dal postulante un rimedio contro la mancata *numeratio pecuniae*).

⁷³ Il significato dell'espressione ‘*fides cautionis*’ è particolarmente analizzato da H. KRELLER, *Zur Geschichte*, cit., 313 s., ad avviso del quale il passo avrebbe fatto originariamente riferimento al processo dell'*ordo* e, dunque, non avrebbe menzionato la *querela*, quanto piuttosto l'*exceptio* o un'*actio*.

⁷⁴ Si occupano del testo: G.G. ARCHI, *Studi*, cit., 604; M.R. CIMMA, ‘*De non numerata pecunia*’, cit., 67, nt. 184, con indicazione di ulteriore letteratura; W. LITEWSKI, ‘*Non numerata pecunia*’, cit., 425, il quale nota come il testo non precisi se sia intervenuta una *cautio* o una *stipulatio*.

si esclude da parte della cancelleria di Alessandro Severo l'*exceptio non numeratae pecuniae* in una ipotesi nella quale il richiedente si era sostituito al precedente debitore⁷⁵ attraverso una *stipulatio* non collegata ad alcuna operazione di credito.

Di conseguenza, la presenza di un debito fondato su di una precedente causa, come si deduce dalla sostituzione del debitore⁷⁶, impedisce all'*exceptio non numeratae pecuniae* di operare, secondo i principi classici.

Infine, per il diritto classico, rileva:

⁷⁵ Il provvedimento non chiarisce se la sostituzione sia avvenuta su mandato del debitore originario o meno, quindi, se essa sia da ricondurre ad una delegazione ovvero ad una espromissione: A. SUMAN, '*De non numerata pecunia*', II, cit., 252, pensa ad entrambe le possibilità negoziali perfezionate attraverso una *stipulatio*. M.R. CIMMA, '*De non numerata pecunia*', cit., 66 s., congetture una espromissione attuata attraverso una stipulazione novatoria, mentre M.T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGU, *La "exceptio non numeratae pecuniae"*, cit., 98 s. riferisce il testo ad un caso di «delegación pasiva».

⁷⁶ L'idea secondo la quale l'*exceptio non numeratae pecuniae* sarebbe stata negata in virtù dell'esistenza di una *causa debendi* anteriore che l'avrebbe impedita – secondo i dettami di C. 4.30.5 – è sostenuta dagli studiosi citati da M.R. CIMMA, '*De non numerata pecunia*', cit., 67, nt. 184, mentre secondo Archi (*supra*, nt. 74) e Suman (*supra*, nt. 75) l'*exceptio* sarebbe stata negata solo perché inerente ad una *stipulatio*. Invece, secondo M.R. CIMMA, '*De non numerata pecunia*', cit., 67, il testo della costituzione non offre indizi che consentano di aderire all'una o all'altra soluzione, ma sarebbe «a causa della stessa natura dell'espromissione che si esclude l'applicabilità dell'*exceptio n.n.p.*, non per l'esistenza di una causa anteriore, e soprattutto non per l'esistenza di una *stipulatio*, come il confronto con la successiva c. 7, anch'essa di Alessandro Severo, dove si tratta sicuramente di una *cautio stipulatoria* e, tuttavia l'*exceptio n.n.p.* viene concessa». Tuttavia, la concessione dell'*exceptio* in C. 4.30.7 è relativa ad una ipotesi di *mutua pecunia quae numerata non est*, quindi ad un mutuo, forse anche stipulatorio; ma anche a volere credere alla ricorrenza di una *stipulatio*, essa sarebbe pur sempre stata caratterizzata dalla *causa credendi*, giustificando così la spettanza dell'*exceptio non numeratae pecuniae*.

C. 4.30.7: IMP. ALEXANDER A. IULIANO ET AMMONIANO. *Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per conditionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis.* PP. NON NOV. MAXIMO II ET AELIANO CONSS. [a. 223]⁷⁷

costituzione che, partendo dal presupposto che un debitore avesse prestato all'avversario una *cautio* nella quale si obbligava a restituire la somma che avrebbe in futuro ricevuto a titolo di mutuo, prevede: da un lato, che, caso di inerzia del creditore o comunque prima della sua azione, il debitore avrebbe potuto agire con una *condictio (liberationis)*⁷⁸ per la liberazione dall'obbligazione (*obligationem repetere*) assunta nei confronti del creditore mutuante, dimostrando il mancato versamento del denaro; dall'altro lato, che

⁷⁷ Sul provvedimento v.: A. SUMAN, *‘De non numerata pecunia’*, II, cit., 252 ss., convinto che il testo originariamente non facesse riferimento né alla *condictio* né all'*exceptio non numeratae pecuniae*, quanto piuttosto ad una *exceptio doli in factum*, opponibile ad una *stipulatio*; G.G. ARCHI, *Studi*, cit., 606; M.R. CIMMA, *‘De non numerata pecunia’*, cit., 67 ss., secondo la quale l'*exceptio* sarebbe stata concessa contro una *condictio*, ma in una ipotesi di *cautio* stipulatoria; W. LITEWSKI, *‘Non numerata pecunia’*, cit., 426 ss.; C. CARRASCO GARCIA, *Supuestos*, cit., 45 ss.; T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO, *La “exceptio non numeratae pecuniae”*, cit., 100, la quale riferisce la fattispecie espressamente ad una ipotesi di mutuo. Il testo è nel complesso considerato genuino in letteratura, appaiono deboli i sospetti di interpolazione della frase finale *exceptione-potestis* avanzati da S. RICCOBONO, *La gestione intrapresa ‘necessitate cogente’ nel diritto giustiniano*, in *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito del fr. 14 D. X, 3 Paulus III ‘ad Plantium’*, in *AUPA*, 3, 1917, 218, nt. 2.

⁷⁸ Sulla *condictio liberationis* implicata da questo passo e per la difesa della sua genuinità v. M.R. CIMMA, *‘De non numerata pecunia’*, cit., 69: «D'altra parte la *condictio liberationis*, come mezzo concesso al debitore per ottenere la liberazione dall'obbligazione assunta attraverso la *stipulatio* in caso di mancato versamento della somma, è menzionata anche in altri rescritti [...]». In termini generali sulla *condictio liberationis*, cfr. da ultimo: H. VERHAGEN, *Chirographs*, cit., 302 ss.

all'azione del creditore il debitore avrebbe potuto opporre l'*exceptio non numeratae pecuniae*.

Ancora, dunque, l'*exceptio non numeratae pecuniae* opera in materia di *pecunia* data a mutuo, un mutuo bisogna intendere stipulatorio, in relazione al quale il debitore aveva prestato una *cautio* nella quale si obbligava alla restituzione della somma (e normalmente anche degli interessi), prima ancora della *numeratio pecuniae*⁷⁹.

⁷⁹ Infine, per il diritto classico, sebbene l'*exceptio non numeratae pecuniae* non venga espressamente menzionata, rileva anche C. 4.30.2: IMP. ANTONINUS A. MATORIO. *Minorem pecuniam te accepisse et maioris cautionem interposuisse si apud eum qui super ea re cogniturus est constitit, nihil ultra quam accepisti cum usuris in stipulatum deductis restituere te iubebit* D. ID APRIL. ANTONINO A. IIII ET BALBINO CONSS. [a. 213]. Il rescritto, probabilmente, presuppone l'opposizione di una *exceptio* limitatamente alla parte di *pecunia* non versata, in relazione ad un caso di *mutuum cum stipulatione* nel quale vi era stata la *numeratio* di una somma di denaro di importo inferiore rispetto a quanto risultava dalla *cautio*. Si prescrive che il debitore mutuatario non possa essere costretto a restituire al mutuante nulla più di quanto ricevuto, unitamente alle *usurae*. Riferendo il testo alle *cognitiones extra ordinem* si supererebbe l'ostacolo rappresentato dal dovere inquadrare questa *exceptio* in funzione di diminuzione della condanna; a meno di non volere riferire la sua opposizione alla sola parte di capitale non versato; l'*exceptio* dovrebbe identificarsi più che con una *exceptio in factum*, come anche proposto in dottrina, con l'*exceptio non numeratae pecuniae*, dato l'inserimento del testo nel titolo 4.30 del Codice. Il testo è particolarmente analizzato da: F. MESSINA-VITRANO, *La ‘litterarum obligatio’*, cit., 26; M.R. CIMMA, *‘De non numerata pecunia’*, cit., 50 ss., la quale sostiene che ci troviamo di fronte ad un processo *extra ordinem*; A.M. BUSCA, *Ancora in tema di ‘exceptio n.n.p.’*, cit., 483, il quale invece ritiene, sulla base della riduzione del testo presente nei Basilici (Bas. 23.1.64), che l'*exceptio* avrebbe operato in funzione assolutoria anche per il caso di parziale *numeratio*; W. LITEWSKI, *‘Non numerata pecunia’*, cit., 417 ss.; C. CARRASCO GARCIA, *Supuestos*, cit., 122 ss. e 154 s., la quale riferisce il testo ad un caso di *usurae illicitae* verificatosi nel contesto di un processo cognitorio che si sarebbe potuto concludere con una sentenza di condanna/assoluzione parziale; M.T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGÓ, *La ‘exceptio non numeratae pecuniae’*, cit., 80 s., 103, dove la studiosa precisa che la costituzione presuppone una *cautio stipulatoria* e non una *stipulatio* orale, e 133.

2.3.1. Inoltre, anche da alcuni rescritti dioclezianei conservati nel titolo 4.30 del Codice è possibile desumere il mantenimento dei medesimi principi classici tendenti, da un verso, a circoscrivere il campo di applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* alle operazioni di mutuo e, dall'altro, ad escludere la sua operatività con riferimento alle stipulazioni, causali e novatorie, ossia che sostituivano una precedente causa del debito con la *causa stipulationis*.

Nel primo dei sensi appena indicati, si legga:

C. 4.30.10: IMPERATORES DIOCLETIANUS, MAXIMIANUS AA. ET CC. MUCAZANO. *Adseveratio debitum solutum contendentis temporis diuturnitate non excluditur. nec huic obloquitur, quod exceptio non numeratae pecuniae certa die non delata querella prius evanescat, cum inter eum, qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem, cuius naturali ratione probatio nulla est, et ob hoc ad petitozem eius rei necessitatem transferentem magna sit differentia* [a. 293?]⁸⁰

nel rescritto l'*exceptio non numeratae pecuniae* viene in rilievo nel contesto di un'operazione di credito, in relazione alla quale era

⁸⁰ Gli studiosi che si sono occupati della costituzione concordano nel riferirla ad una *cantio* di mutuo e non ad una *stipulatio*: cfr.: C. FACELLI, *L' 'exceptio non numeratae pecuniae'*, cit., 59 s.; G.G. ARCHI, *Studi*, cit., 609 s.; M.R. CIMMA, *De non numerata pecunia'*, cit., 81 ss.; H. TROFIMOFF, *La cause*, cit., 364, nt. 140; W. LITEWSKI, *'Non numerata pecunia'*, cit., 436 ss.; C. CARRASCO GARCIA, *Supuestos*, cit., 67; T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO, *La "exceptio non numeratae pecuniae"*, cit., 93 ss. e 105 s. Sospetti di interpolazione, per vero in alcun modo motivati, sono stati avanzati da B. FRESE, *Zur Lehre*, cit., 269 s.; R. TAUBENSCHLAG, *Das römische Privarecht zur Zeit Diokletian's*, Cracovie 1923, 183 nt. 7. Difendono, invece, con argomentazioni convincenti la genuinità del testo: A. SUMAN, *De non numerata pecunia'*, II, cit., 275 ss.; G.G. ARCHI, *Studi*, cit., 609; H. KRELLER, *Zur Geschichte*, cit., 310 s., il quale rinviene solo alcune mende formali che non hanno toccato la sostanza del testo, relativo all'inversione dell'onere della prova.

mancata la *numeratio pecuniae*, esattamente come accadeva in diritto classico.

Nel secondo dei sensi sopra indicati rileva:

C. 4.30.11: IMPERATORES DIOCLETIANUS, MAXIMIANUS AA. ET CC. EUTYCHIANO. *Si transactionis causa dare Palladio pecuniam stipulanti spondisti, exceptione non numeratae pecuniae defendi non potes.* D. IIII ID. APRIL⁸¹.

Il testo conferma il principio secondo il quale l'assunzione di un debito di *dare pecuniam* attraverso una *stipulatio transactionis causa* precludeva al debitore di servirsi dell'*exceptio non numeratae pecuniae*. Ci saremmo trovati di fronte ad una *stipulatio 'ex praecedenti causa debiti'* – per impiegare la terminologia di C. 4.30.5 – e, dunque, l'*exceptio* non sarebbe stata utilizzabile sia perché fuori dall'ipotesi della *causa credendi* ordinaria, sia perché in presenza di una stipulazione causale, in funzione novatoria, la quale imponeva di fare riferimento alla regolarità e alla validità della causa del credito (e non all'avvenuta *numeratio* della *pecunia*) per valutare la fondatezza del debito. Va registrata, in ogni caso, la richiesta pervenuta alla cancelleria di Diocleziano e Massimiano di una *exceptio non numeratae pecuniae* fuori dai casi di *pecunia quasi credita*: ciò è significativo di una

⁸¹ Sul provvedimento cfr. A. SUMAN, '*De non numerata pecunia*', II, cit., 276 s.; G.G. ARCHI, *Studi*, cit., 612 s., il quale giustamente nega che sia solo la *causa transactionis* ad escludere l'*exceptio non numeratae pecuniae*, essa infatti si deve considerare preclusa per ogni *causa stipulationis* diversa dalla *causa credendi*; M.R. CIMMA, '*De non numerata pecunia*', cit., 83 s., la quale afferma (92) condivisibilmente che «Diocleziano inoltre riafferma la non opponibilità dell'*exceptio n.n.p.* quando il debito fosse sorto non da una *pecunia credita*, ma da una causa diversa ed antecedente»; W. LITIEWSKI, '*Non numerata pecunia*', cit., 438 s.; T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGU, *La "exceptio non numeratae pecuniae"*, cit., 101, la quale sostiene che il rifiuto della cancelleria di Diocleziano di concedere l'*exceptio non numeratae pecuniae* non dipende dalla specifica *causa transactionis*, ma opera in quanto qui si tratta di una *causa debendi* anteriore, esattamente come disposto da Alessandro Severo in C. 4.30.5.

certa tendenza della prassi, già sul finire del III secolo d.C., a dilatare il campo di operatività dell'*exceptio* al di fuori delle operazioni di mutuo⁸².

2.3.2. Come descritto nei paragrafi precedenti, la tendenza della prassi tardo antica a riconoscere quali contratti letterali i mutui (*cum stipulatione*) redatti per mezzo di chirografi, ad apporre la clausola stipulatoria in maniera indistinta a negozi di vario genere e, infine, l'inclinazione ad affidare sempre più spesso la conclusione della *stipulatio* ad uno scritto, avvicinarono sensibilmente tra loro mutui stipulatori, stipulazioni causali e contratti letterali; inoltre, i confini tra chirografi di mutuo e *cautiones* stipulatorie caratterizzate da cause diverse dalla *causa credendi* si resero sempre meno percepibili.

In questo contesto assai confuso, non può stupire che anche la disciplina classica del campo di applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* ne risentisse e fosse caratterizzata da un indebito tentativo di estensione dai chirografi di mutuo *cum stipulatione*, in ipotesi di *pecunia quasi credita non numerata*, ai chirografi contenenti promesse stipulatorie ‘*ex praecedenti causa debiti*’. Per questo tipo di *instrumenta*, si ricorderà⁸³, Alessandro Severo (in C. 4.30.5) aveva escluso che l'*exceptio* potesse operare, presupponendo che il debitore dimostrasse *an iusta causa debiti praecesserit*.

Orbene, questi stessi principi dovevano essere stati elusi nella pratica, tanto che, alle soglie dell'età giustiniana, l'imperatore Giustino tenta di riaffermarli, adattandoli al mutato contesto giuridico nel quale l'*exceptio non numeratae pecuniae* ormai si trovava ad operare:

⁸² In questo specifico senso, cfr. C. CARRASCO GARCIA, *Supuestos*, cit., 209, la quale sottolinea in relazione a questo rescritto di Diocleziano, come la prassi doveva pretendere di opporre l'*exceptio* nei casi in cui la causa documentata del chirografo era diversa dal prestito di consumo.

⁸³ *Supra*, § 2.3.

C. 4.30.13: IMP. IUSTINUS A. THEODOTO P. U. *Generaliter sancimus, ut, si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscumque pecuniis ex antecedente causa descendentibus eamque causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit causae probationes stipulatorem exigere, cum suis adquiescere deceat, nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem iudicis possit instruere, quod in alium quemquam modum et non in eum quem cautio perhibet negotium subsecutum sit. nimis enim indignum esse iudicamus, ut, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere.*

La costituzione dispone che se taluno ha assunto un’obbligazione *pro quibuscumque pecuniis* fondata su di una precedente causa, quindi anche fuori dalla *causa credendi*, indicata specificamente dal debitore promittente nell’*instrumentum*, egli non avrebbe potuto esigere la prova della causa del credito dal creditore impugnando il documento, salvo che per mezzo di evidenti argomenti egli non potesse dimostrare che l’affare era stato condotto in un modo diverso da quello che risultava dallo scritto.

Ora, soltanto ove il debitore avesse *specialiter* indicato la causa del debito gli era impedito di impugnare il documento e, pertanto di invertire l’onere probatorio e addossando al creditore la prova della sussistenza della *insta causa*, di guisa che nelle ipotesi nelle quali la causa non fosse stata indicata o fosse stata indicata *generaliter* dal debitore, tale inversione era possibile. Orbene, poiché l’*exceptio non numeratae pecuniae* produceva esattamente questo effetto e dato anche l’inserimento della nostra costituzione nel titolo del Codice ‘*De non numerata pecunia*’, appare sensato dedurre che la costituzione permetteva al debitore chirografario di impiegare l’*exceptio* per impugnare chirografi di debito non solo astratti – come nel regime

classico – ma anche causali, addirittura *ex antecedente causa*, se tale causa fosse indicata in modo generico all'interno del documento⁸⁴.

Dalla costituzione si ricava, quindi, un tentativo di limitare l'impiego ormai generalizzato dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, ma senza segnare un ritorno al ristretto ambito di applicazione del rimedio quale risultava dalla costituzione di Alessandro Severo conservata in C. 4.30.5 e più su considerata, consentendo Giustino di impiegare l'*exceptio non numeratae pecuniae* anche nelle ipotesi di chirografi stipulatori causali, allorquando la causa del credito fosse stata indicata *generaliter*. Soprattutto, il testo di Giustino apre uno spaccato sull'indebita estensione del campo di applicazione

⁸⁴ In letteratura è accolta in maniera unanime l'idea secondo la quale la costituzione di Giustino tradisce un impiego dell'*exceptio non numeratae pecuniae* in casi di obbligazioni fondate su cause diverse dalla *pecunia credita*. B. FRESE, *Zur Lebre*, cit., 270 e 272, il quale riporta l'ipotesi analizzata da Giustino ad un caso di stipulazione novatoria; A. SUMAN, '*De non numerata pecunia*', II, cit., 277 ss. e 295, dove l'autore evidenzia la tendenza della prassi ellenistica ad estendere l'operatività dell'*exceptio non numeratae pecuniae* a tutte le dichiarazioni di *debere*; G. SEGRÉ, *Recensione a A. SUMAN, 'De non numerata pecunia'*, cit., in *Riv. dir. comm.*, I, 1919, 548, ora in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 649, pagine nelle quali lo studioso ammette come nel diritto romano classico la nostra *exceptio* avrebbe trovato applicazione ai soli chirografi di mutuo, mentre nel diritto ellenistico vi fu il tentativo di estenderla a tutte le dichiarazioni di debito, anche se era espressa un'altra causa e proprio contro questo stato di cose reagì Giustino; M.R. CIMMA, '*De non numerata pecunia*', cit., 129 e s., nt. 105, per il possibile collegamento tra la costituzione di Giustino e il precedente rappresentato da Paul. 3 *quaest.* D. 22.3.25.4, che avrebbe rappresentato il modello cui si sarebbe ispirata la cancelleria di Giustino e, infine, 171, dove la studiosa ammette che la costituzione dimostri come nella pratica si tendeva ad applicare l'*exceptio* anche nei confronti di documenti non di mutuo; C. CARRASCO GARCIA, *Supuestos*, cit., 210 e 220; T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGU, *La "exceptio non numeratae pecuniae"*, cit., 122; J.J. DE LOS MOZOS TOUYA, *La carga*, cit., 315 s.

dell'*exceptio* ben al di fuori dei chirografi astratti di mutuo *cum stipulatione*⁸⁵ nei quali era mancata la *numeratio pecuniae*.

Evidentemente, l'intorbidamento degli istituti che abbiamo descritto in queste pagine dovette favorire l'illegittima estensione del campo di applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* anche a quelle ipotesi di chirografi stipulatori novatori causali *ex antecedente causa* in ordine ai quali, fino all'età diocleziana compresa, l'*exceptio* non poteva trovare applicazione. Non può stupire, quindi, anche l'atteggiamento di sfavore che caratterizzava la nostra *exceptio* in età tardo antica e giustiniana quando, non a caso, essa era definita una *cavillatio*, a causa della sua indebita e ingiustificata estensione⁸⁶.

L'età tardo antica dovette consegnare a Giustiniano uno stato del diritto piuttosto incerto in tema di contratti letterali, *stipulatio* ed *exceptio non numeratae pecuniae*, nonché in relazione all'efficacia dei documenti talvolta dispositivi (come nel caso dei mutui) e talvolta probatori (come nel caso delle stipulazioni, per le quali operava la presunzione ai sensi della quale, in presenza di una *responsio*, si doveva presupporre come avvenuta anche l'*interrogatio*). Alle soglie dell'età giustiniana i contratti letterali sembrano nascere da qualunque scritto attestante una promessa di pagamento, facile da confondere con una *stipulatio* ed al quale, tendenzialmente, sarebbe stata opponibile l'*exceptio non numeratae pecuniae*.

2.4. Esponiamo, a questo punto la nostra ipotesi di lavoro. Ci sforzeremo di provare come il titolo 3.21 delle Istituzioni di Giustiniano non sia stato escogitato dai compilatori solo per esigenze di sistema e senza tenere conto del diritto del VI secolo

⁸⁵ Di lì a breve, Giustiniano (C. 4.30.14) avrebbe vietato l'applicazione diffusa nella prassi di opporre l'*exceptio non numeratae pecuniae* a documenti attestanti contratti di deposito e a ricevute di ogni genere, cfr. *infra*, § 6.

⁸⁶ Così viene denominata l'*exceptio non numeratae pecuniae* in CTh. 2.27.1.4, trascritta *supra*, nt. 24.

d.C. in tema di contratti letterali. Lo stato del diritto dell'età tardo antica che abbiamo fin ora esposto, infatti, dovette indurre Giustiniano a disciplinare in modo coordinato contratti letterali, *stipulatio* scritta ed *exceptio non numeratae pecuniae*, tutti istituti che si erano sviluppati in modo caotico nella pratica del tardo antico, fino a perdere i contorni che ne avevano caratterizzato la disciplina classica.

Ponendoci in questa prospettiva, potremo apprezzare I. 3.21 quale tassello di un più ampio mosaico legislativo, attraverso il quale Giustiniano ha ridisegnato il regime giuridico e i confini tra i tre istituti implicati nel nostro titolo: naturalmente non è stato possibile riaffermare puramente e semplicemente i principi classici, ma è stato in parte necessario riscriverne il regime. I *nomina transcripticia* erano ormai desueti; anche la *stipulatio* doveva fare i conti sia con la possibilità di essere conclusa *quibuscumque verbis*, sia con la diffusione dello scritto che, se anche non aveva del tutto scalzato la *stipulatio* orale, quanto meno ne aveva limitato l'applicazione⁸⁷.

Dedicheremo i prossimi paragrafi alla legislazione giustiniana in tema di contratti letterali, *stipulatio* ed *exceptio non numeratae pecuniae*, ponendoci l'obiettivo di dimostrare come essa ebbe tra i suoi scopi quello di riscrivere per ciascun istituto specifici caratteri ed un campo di applicazione armonico con gli altri, superando così le incertezze caratteristiche del diritto tardo antico.

3. *La ‘litterarum obligatio’ nel diritto giustiniano. La genesi del titolo in due costituzioni tardo antiche (CTh. 2.2.7.1.4 e C. 4.21.16.1).*

Abbiamo avuto modo di constatare come il diritto tardo antico tendesse a riconoscere efficacia di contratto letterale a qualunque chirografo contenente una promessa di pagamento o un

⁸⁷ Sul punto v. *infra*, § 2.2.1.

riconoscimento di debito certo, a vario titolo. Dallo scritto nasceva un’azione che, forse, avrebbe incardinato un procedimento direttamente esecutivo, il quale poteva fare anche a meno delle formalità caratteristiche della *litis denuntiatio*, introduttiva del processo tardo antico⁸⁸.

Verosimilmente a questa azione sarebbe stata opponibile l’*exceptio non numerata pecuniae* e nella prassi si dovette verificare, con sempre maggiore frequenza, l’ipotesi di creditori i quali producevano in giudizio chirografi posti a fondamento di pretese di vario genere; ciò dovette contribuire all’estensione del campo di applicazione dell’*exceptio non numeratae pecuniae* fuori dal naturale ambito di applicazione rappresentato dai contratti di mutuo *cum stipulatione* contenuti in chirografi astratti; la prassi tardo antica – sottesa fin da un rescritto di Diocleziano (C. 4.30.11) – di tentare di applicare l’*exceptio* fuori dai casi di *pecunia quasi credita*, trovò un parziale riconoscimento in una costituzione di Giustino (C. 4.30.13) con la quale si permise di opporre l’*exceptio non numeratae pecuniae* oltre che nei confronti di chirografi astratti di mutuo, anche nei confronti di chirografi contenenti una descrizione generica della causa del debito, che poteva anche essere diversa dal mutuo; l’*exceptio non numeratae pecuniae* sarebbe stata così opponibile anche nei confronti di chirografi stipulatori, estranei ad operazioni di credito⁸⁹.

A nostro avviso, la creazione da parte di Giustiniano di un nuovo contratto letterale, che sostituì i precedenti *nomina transcripticia* ormai desueti, oltre naturalmente a contribuire al mantenimento⁹⁰ della quadripartizione gaiana dei contratti accolta

⁸⁸ *Supra*, § 2.

⁸⁹ *Supra*, § 2.3.2.

⁹⁰ B.H. STOLTE, *The Byzantine Law of Obligations*, in *Obligations in Roman Law. Past, Present, and Future*, ed. by Th. McGinn, Michigan, 2012, 320 ss. e 331, in particolare, ha sottolineato la tendenza del diritto bizantino delle obbligazioni a mantenere la struttura classica del sistema, innovando solo la disciplina di singoli

nelle Istituzioni imperiali, servì a mettere ordine nel confuso diritto tardo antico che tendeva a riconoscere valore dispositivo a documenti di vario genere. Del resto, non può essere un caso che nessuna delle costituzioni del Codice Teodosiano che informano dei contratti letterali nel tardo antico, di cui ci siamo occupati⁹¹, sia stata inserita all’interno del Codice di Giustiniano: esse non erano più compatibili con la *litterarum obligatio* giustiniana, i cui caratteri sono descritti nelle Istituzioni imperiali⁹²:

I. 3.21: *Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur: quae nomina hodie non sunt in usu. plane si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. sic fit ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur*⁹³.

istituti, come ad esempio accade per i *pacta*. Emblematica, poi la posizione di M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 580: «Nelle *Institutiones* giustiniane, le *obligationes litteris contractae* rivivono soltanto per un gusto antiquario. La commissione imperiale, che espressamente faceva notare la desuetudine degli antichi *nomina transcripticia* (I. 3.21), non ebbe il coraggio di eliminare la quadripartizione dei *genera contractuum*, fortemente radicata nella tradizione dell’insegnamento e andò alla ricerca di una nuova *litterarum obligatio*».

⁹¹ Ossia CTh. 2.27.1, CTh. 2.4.3 e CTh. 2.4.6, costituzioni analizzate *supra*, §§ 2 e 2.1.

⁹² Mentre nessuna menzione di essa è presente né nel Digesto, né nel Codice: sulla questione v. *infra*, § 3.4.

⁹³ Sul passo cfr. le riflessioni dei seguenti studiosi: A. VINNIUS, *Institutionum imperialium Commentarius*, II, Matriti, 1723, 781 ss.; A. WUNDERLICH, *De antiqua litterarum obligatione. Dissertatio philologico-juridica*, Göttingen, 1832, 11 ss.; C. EINERT, *Ueber das Wesen und die Form des Literalcontracts wie dieser zur Zeit der Iustinianischen Gesetzgebung ausgebildet gewesen und Vergleichung desselben mit dem*

Il passo si apre con una duplice premessa contenuta nel tratto *Olim-constitutum est*, dalla quale conviene prendere le mosse per inquadrare la prospettiva dalla quale i commissari di Giustiniano hanno presentato la disciplina dell’obbligazione letterale.

In apertura vengono ricordati i vecchi *nomina transscripticia* e, a causa del fatto che essi sono ormai desueti, si giustifica la riforma. In effetti, il nuovo contratto letterale nasce a causa di un vuoto di disciplina determinato, da un verso dalla desuetudine del contratto letterale classico e, dall’altro verso, dalla legislazione tardoantica che non era riuscita a colmare la lacuna. Come abbiamo visto⁹⁴, infatti, l’età del Basso Impero era stata caratterizzata dall’assenza di ogni regolamentazione precisa circa la figura dell’obbligazione letterale; la legislazione era stata solo attenta al profilo dell’efficacia dei documenti, tendendo ad attribuire in maniera indiscriminata effetti costitutivi ai chirografi, con la conseguenza di identificare l’obbligazione letterale con ogni promessa di pagamento contenuta in una *cautio evidens*. Naturalmente questo stato del diritto non aveva colmato il vuoto di disciplina lasciato dalla desuetudine dei *nomina transscripticia* classici.

A questo punto, nel passo delle Istituzioni si ricorda il regime precedente dell’*exceptio non numeratae pecuniae*, sotto il profilo in base al quale *saepissime constitutum est* che l’*exceptio* fosse sottoposta ad un

Wechsel, Leipzig, 1852, 12; M. KROELL, *Du role de l’écrit*, cit., 164 ss.; F. MESSINA-VITRANO, *La ‘litterarum obligatio’*, cit., 1 ss.; P. COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, cit., 59 ss.; S. RICCOBONO, ‘*Stipulatio*’ ed ‘*instrumentum*’ nel Diritto giustiniano, I, cit., 227 ss.; ID., ‘*Stipulatio*’ ed ‘*instrumentum*’ nel Diritto giustiniano. (Fortsetzung), cit., 333 s.; V. DE GAUTARD, *Les rapports*, cit., 58; G. FERRARI DALLE SPADE, *L’obbligazione letterale*, cit., 122 ss.; B. BIONDI, *Contratto e ‘stipulatio’*. Corso di lezioni, Milano, 1953, 307 s.; H.F. JOLOWICZ-B. NICHOLAS, *Historical Introduction*, cit., 511; M.R. CIMMA, ‘*De non numerata pecunia*’, cit., 218 s.; G. MACCORMACK, *The Oral and Written Stipulation*, cit., 106 ss.; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 425 ss.; P. BIRKS, *The Roman Law of Obligations*, ed. by E. Descheemaeker, Oxford, 2014, 41 ss.; F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 82 s.

⁹⁴ *Supra*, § 2.

termine di prescrizione⁹⁵, trascorso il quale, il debitore che avesse promesso per iscritto di restituire *quod numeratum ei non est*, non avrebbe più potuto opporla.

⁹⁵ La *querela* e l'*exceptio non numeratae pecuniae* in origine dovettero essere perpetue; la prima notizia a nostra disposizione circa l'introduzione di un termine di prescrizione risale ad una costituzione di Alessandro Severo, la quale accenna sì alla sottoposizione dell'*exceptio* ad un termine di prescrizione, ma senza specificare quale: C. 4.30.8: IMP. ALEX. A. MATERNO. *Si intra legibus definitum tempus qui cautionem exposuit nulla querimonia usus defunctus est, residuum tempus eius heres habebit tam adversus creditorem quam adversus heredes eius. 1. Sin autem questus est, exceptio non numeratae pecuniae heredi et adversus heredes perpetuo competit. 2. Sin vero legitimum tempus excessit in querimoniam creditore minime deducto, omnimodo heres eius, et si pupillus sit, debitum solvere compelletur.* PP XII K. APRIL. MODESTO ET PROBO CONSS. [a. 228]. Soccorre una costituzione di Diocleziano, dalla quale ricaviamo che il precedente termine di prescrizione annuale, con tutta probabilità introdotto da Alessandro Severo, era stato aumentato a cinque anni proprio da Diocleziano: Epit. Cod. Herm. Wis. [HAENEL] 1.1 AURELIO ALEXIO. *Exceptione non numeratae pecuniae non anni, sed quinquennii spatium defecere, nuper censuimus.* SCRIPTA VII ID. APRIL. SIRMIO CAES. A. COS. [293-301]. INTERPRETATIO: *Secundum legem ex corpore Theodosiani: Si certum petatur de chirographis, quia de quinquennio habetur expositum, ideo hanc legem ex Hermogeniano credidimus adiungendam, quae tempora, intra quae contestari convenit de cauta et non numerata pecunia, id est intra quinquennium, evidenter extendit.* Il termine quinquennale venne, infine, abbassato a due anni da Giustiniano: C. 4.30.14 pr.: IMP. IUSTINIANUS A. MENAE PP. *In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium, quod antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem obicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius, sed intra solum biennium continuum, ut eo lapsu nullo modo querella non numeratae pecuniae introduci possit: his scilicet, qui propter aliquas causas specialiter legibus expressas etiam lapsu quinquennio in praeteritis temporibus adiuvabantur, etiam in posterum, licet biennium pro quinquennio statutum est, eodem auxilio potituris* [a. 528]. La disposizione sarebbe stata confermata successivamente in I. 3.21: *multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metus huiusmodi exceptio minime extendatur.* Dello stesso tenore P.T. 3.21: ὁ δὲ πολὺς χρόνος πάλαι μὲν εἰς πενταετίαν περιεστήκει· μετὰ γὰρ τοῦτον τὸν χρόνον οὐκ ἦν ἀντιθῆναι τὴν τῆς ἀναγκυρίας παραγραφὴν, τοῦτέστι τὴν NON NUMERATAE PECUNIAE, καὶ λέγειν τῷ δανειστῇ «δεῖξον ὅτι ἀπειρήμησας» τοῦτο γὰρ πολλαῖς βασιλέων εἴρηται διατάξεσιν. ἐπειδὴ δὲ τοῦτο

Anche questa premessa appare funzionale alla riforma che sarebbe stata di lì a breve descritta. Per un verso, perché si evidenzia il profilo della prescrizione dell'*exceptio*, regolata sulla base di un termine quinquennale introdotto da Diocleziano e sulla quale si fonda proprio il meccanismo dell'obbligazione letterale

δυσχερὲς ἦν τοῖς CREDITORSIN, ὁ ἡμέτερος βασιλεύς, ἵνα μὴ πολλοῦ παραδραμόντος χρόνου, τούτέστι τριετίας ἢ τετραετίας, μετὰ τοσοῦτον χρόνον οἱ CREDITORES ἀποδεικνύειν ἀπαιτούμενοι ὡς ὅτι ταῦτα ἀληθῆ ἐστί διὰ τὸ μῆκος τοῦ χρόνου τοῦ παρελθόντος εἰς δυσχέρειαν τῶν ἀποδείξεων ἐπίπτοιεν καὶ ἐντεῦθεν τῶν οἰκειῶν στεροῖντο χρημάτων, διάταξιν ἐποίησεν ἥτις τὴν πενταετίαν εἰς διετίαν περιέστησεν ὥστε οὐδ' εἰσω τοῦτου τοῦ χρόνου καλῶς ἢ τοιαύτη ἀντιτεθήσεται παραγραφὴ, μετὰ δὲ διετίαν οὐδὲ ὄλωσ. [G.O. Reitz]: *Multum autem tempus olim quidem intra quinquennium constitit: nam post hoc tempus non licebat opponere exceptionem non acceptae, id est non numeratae pecuniae, & dicere creditori, Proba te numerasse: hoc enim multis Imperatorum constitutionibus cautum est. Quoniam autem hoc creditoribus difficile erat, Imperator noster, ut ne multo elapso tempore id est triennio aut quadriennio, creditores post tantum temporis probare jussi, haec esse vera, propter logarithmum elapsi tempore in difficultatem probationum inciderent, atque exinde pecuniis suis spoliarentur, constitutionem fecit, quae quinquennium intra biennium conclusit. Itque intra hoc tempus huiusmodi exceptio recte opponetur: post biennium autem nequaquam.* [A.F. Murison]: Formerly the expression 'some considerable time' meant five years; for after that time it was not permissible to plead the *exceptio non numeratae pecuniae* (of unpaid money) and say to the creditor 'Prove that you paid out the money': a rule that has been laid down in many Imperial constitutions. But since this rule bore hard on creditors, our Emperor, with a view to prevent creditors that were challenged, on the lapse of some considerable time – say three or four years – to prove after such a long period that their claim was good, from being landed in difficulties of proof by reason of the length of time that had elapsed, and being in consequence deprived of their money, made a constitution reducing the five years to two. Accordingly, within this time such exception will be well pleaded, but after the period of two years not at all. In *litteratura*, in senso adesivo alla ricostruzione proposta, v.: M. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, 133 ss.; H. TROFIMOFF, *La cause*, cit., 368 ss.; G. PAPA, *Recensione a M.R. CIMMA, 'De non numerata pecunia'*, cit., 478; C. CARRASCO GARCIA, *Supuestos*, cit., 59 ss.; M.T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGU, *La "exceptio non numeratae pecuniae"*, cit., 122 ss. Diversamente, secondo A.M. BUSCA, *Ancora in tema di 'exceptio n.n.p.'*, cit., 485 ss., si dovrebbe a Marco Aurelio la disposizione di un termine quinquennale di prescrizione dell'*exceptio*.

giustiniana; per altro verso, perché si colgono fin da questa premessa i confini precisi entro i quali i compilatori hanno voluto racchiudere l’obbligazione letterale: ci riferiamo alla frase ‘*si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est*’. Il riferimento è evidentemente a chirografi astratti di mutuo, scritti di pugno dal solo debitore, nei quali egli dichiara di dovere restituire una somma di denaro che ancora non gli è stata *numerata*: ci renderemo conto dal prosieguo del passo che, in base a queste premessa, risulta tracciata la strada della *litterarum obligatio* giustiniana.

Infine, l’avverbio *plane*, introduttivo del discorso che abbiamo appena riferito, ci pare che sottenda ad una precisa scelta di campo compiuta da parte dei compilatori; costoro si devono essere imbattuti in documenti con valore dispositivo, come sanzione per il debitore negligente che aveva lasciato scadere i termini di prescrizione della *querela*. Orbene, il *plane* introduttivo del periodo, ci pare alluda proprio alla chiarezza con la quale è stato possibile dedurre dalla disciplina tardo antica uno specifico caso di obbligazione letterale, ora riproposto.

3.1. La *litterarum obligatio* viene descritta da Giustiniano con le seguenti parole: «*sic fit ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione*». Come accennavamo, esse si legano al discorso appena condotto: così come *olim* dallo scritto nasceva un’obbligazione, ancora ai tempi di Giustiniano ciò accade (*sic fit ut et hodie*).

Infatti, l’obbligazione letterale sorge durante tutto il periodo o, forse, diremmo meglio, a partire dal momento in cui non poteva più essere messa in discussione (*dum queri non potest*) la *scriptura* con la quale il debitore dichiarava di dovere *quod numeratum ei non est*. L’impossibilità di contestare la *numeratio* discendeva dalla prescrizione tanto dell’*exceptio* quanto della *querela non numeratae pecuniae* (con la proposizione *dum queri non potest* in posizione prolettica), entrambe utili ad accertare il mancato versamento del

denaro promesso. Decorso il termine di prescrizione della *exceptio* e della *querela non numeratae pecuniae* il debitore non avrebbe più potuto dolersi e la *scriptura* sarebbe divenuta intangibile quanto ai contenuti. Salva una impugnazione di falso, la mancata *numeratio pecuniae* non si sarebbe più potuta accertare da parte del debitore il quale, per negligenza, aveva fatto scadere i termini di prescrizione: dal documento sarebbe sorta l'azione, precisamente una *condictio*⁹⁶.

Esiste, tuttavia, una condizione che occorre si verifichi affinché, una volta decorso il termine di prescrizione della *querela non numeratae pecuniae* sorga una *litterarum obligatio*: ossia che la *scriptura* non faccia menzione di alcuna *stipulatio*⁹⁷, poiché la sua presenza impedirebbe alla *scriptura* di ottenere efficacia costitutiva.

Quest'ultima disposizione è contenuta nell'inciso «*cessante scilicet verborum obligatione*». Esso richiama alla mente il «*si eo nomine stipulatio non fiat*», impiegato da Gaio⁹⁸ e, probabilmente era funzionale a

⁹⁶ Sebbene il passo delle Istituzioni faccia espresso riferimento all'*exceptio*, nella pratica si sarebbe più spesso configurata la *querela non numeratae pecuniae*. Infatti, nel caso di mutuo non stipulatorio descritto in I. 3.21, il mutuante attore avrebbe dovuto provare la *numeratio* e, se non lo avesse fatto, la *condictio* gli sarebbe stata denegata: di qui la scarsa efficacia di un rimedio come l'*exceptio non numeratae pecuniae* che avrebbe prodotto un'inutile inversione dell'onere probatorio. Piuttosto, nelle more della scadenza del termine biennale, il debitore mutuatario avrebbe potuto intentare la *querela non numeratae pecuniae* per fare accertare l'assenza di *numeratio*.

⁹⁷ Diversamente, secondo un'opinione che non ci sentiamo di potere condividere, espressa dagli studiosi indicati da F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 84, nt. 155, la *stipulatio* poteva anche concludersi, solo che essa sarebbe stata novata dalla nascente *litterarum obligatio*. Tuttavia, se così fosse, ci troveremmo di fronte ad una ipotesi di *stipulatio credendi causa* disciplinata appositamente e diversamente in I. 4.13.2. Per restituire a I. 3.21 senso, occorre presumere che la *stipulatio* non intervenisse affatto, come del resto si premura di chiarire Teofilo nel corrispondente passo della Parafrasi (3.21) che tosto analizzeremo.

⁹⁸ In Gai 3.134, esaminato *supra*, § 2. S. RICCOBONO, *Stipulation*, cit., 170, dal confronto tra i due passi rileva come, mentre Gaio con l'inciso '*si eo nomine stipulatio non fiat*' faccia riferimento alle formalità di una *stipulatio* orale, Giustiniano con l'inciso

precisare che la *condictio* sarebbe nata in presenza di un mutuo privo di *stipulatio*⁹⁹. Grazie alla precisazione che la *litterarum obligatio* sorge solo in assenza di una *stipulatio*, Giustiniano ottiene l’effetto di ricondurre la *litterarum obligatio* nell’alveo dei chirografi astratti di mutuo, quelli nei quali il debitore promette di restituire una *pecunia quasi credita*, ossia che non è stata ancora *numerata*. Così facendo, anche l’*exceptio non numeratae pecuniae* viene fatalmente ricondotta al suo naturale ambito di applicazione, ossia il mutuo, poiché è solo dopo la scadenza del termine biennale di prescrizione che la *scriptura* non avrebbe più potuto essere messa in discussione e sarebbe sorta la *litterarum obligatio*.

Dunque, per il sorgere della *litterarum obligatio*, la *scriptura* non doveva contenere una *stipulatio*¹⁰⁰, sia nel senso di una clausola stipulatoria che valesse a ricondurre il negozio descritto nel chirografo ad una *stipulatio*, sia nel senso della descrizione di un contratto verbale che poteva essere concluso tra le parti *quibuscumque verbis*: non a caso ed opportunamente, infatti, il passo delle Istituzioni si riferisce al debitore che *debere se scripserit*, quindi dobbiamo credere autonomamente e senza la presenza della

‘*cessante verborum obligatione*’ si riferisca ad una *stipulatio* ormai scritta. G. MACCORMACK, *The Oral and Written Stipulation*, cit., 106 ss., nota che, diversamente da Gaio il quale riferiva l’inciso sia a singrafi sia a chirografi, nelle Istituzioni di Giustiniano si discorre solo di chirografi, scritti di pugno dal debitore e contenenti la promessa di restituire una *pecunia quasi credita*. D’altra parte, aggiungiamo, un riferimento alle singrafi non sarebbe stato configurabile, sia perché esse ormai erano desuete, sia perché, essendo scritte in forma oggettiva e menzionando entrambe le parti, avrebbero configurato pur sempre una *stipulatio* rendendo impossibile il nascere della *litterarum obligatio*.

⁹⁹ Tenuto conto che la trattazione sulla *verborum obligatio* si era aperta proprio con la precisazione secondo la quale, la *condictio* sarebbe nata in presenza di una *stipulatio certi*. I. 3.15 pr.: [...] *Ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta.*

¹⁰⁰ Sui caratteri della *stipulatio* in età giustiniana e sulla riforma di Giustiniano (C. 8.37[38].14.2) relativa a questo contratto v. *infra*, § 5.

controparte, come cura di precisare Teofilo.¹⁰¹ Quest’ultima tipologia di chirografi stipulatori non avrebbe mai potuto dare luogo ad una *litterarum obligatio*, la quale si sarebbe potuta configurare solo relativamente a mutui i quali fossero stati scritti dal debitore, senza la presenza del creditore.

Così disponendo, Giustiniano mirava a dissipare le incertezze che avevano caratterizzato l’età tardo antica: i contratti letterali venivano ricondotti solamente ai mutui ed anche l’*exceptio non numeratae pecuniae*, inevitabilmente, tornava all’interno dei confini classici, ossia quelli della *pecunia quasi credita*. Restavano fuori dalle *obligationes litterarum* le stipulazioni e i relativi chirografi stipulatori: si superavano così le incertezze che avevano caratterizzato l’età

¹⁰¹ Riferendosi alle modalità con le quali doveva essere redatta la *cautio* per potere dare luogo ad un contratto letterale, Teofilo (P.T. 3.21) precisa che: «ἐδανείσάμην ἐγὼ κατὰ τὴν σήμερον ἡμέραν παρὰ τοῦδε καὶ ταῦτα ἐποφείλω», ἐπερωτήσις δὲ οὐκ ἐτέθη ἤγουν καὶ ἐντεθεῖσα ἄχρηστος ἦν διὰ τὸ γεγενησθαι τὸ τοιοῦτον συμβόλαιον οὐ παρόντος τοῦ δανεισαμένου». [G.O. Reitz]: *Ego mutuatus sum hodierno die ab illo, eaque debeo, sed stipulatio non inserta sit, aut inserta etiam inutilis sit, quia huiusmodi instrumentorum factum est non praesente creditore*. [A.F. Murison]: ‘On this date I borrowed (such-and-such a sum) from So-and-so, and that sum I owe’, but a stipulation was not inserted, or even if it was inserted, it was void, because the creditor was not present when such an instrument was made. Per potere dare luogo ad un contratto letterale, una *cautio* non doveva essere stipulatoria, dunque, non doveva menzionare alcuna *stipulatio* intervenuta tra le parti come contratto in base al quale il debitore mutuatario prometteva la restituzione della somma, poiché in un caso del genere il contratto letterale non poteva sorgere. In ogni caso, se le parti avessero menzionato una *stipulatio*, anche solo mediante l’inserimento della clausola stipulatoria (ἐπερωτηθεῖς ὠμολόγησα), l’assenza del mutuante il quale, come era stato detto in precedenza, aveva solo autorizzato la redazione del chirografo, avrebbe permesso di considerare il contratto verbale invalido (ἄχρηστος), con la conseguenza che il documento, dopo il decorso del biennio, avrebbe potuto fondare la *litterarum obligatio*.

tardo antica e, come appresso vedremo, anche i dubbi relativi al campo di applicazione dell’*exceptio non numeratae pecuniae*¹⁰².

Prima di prendere in esame le difficoltà che la *litterarum obligatio* delle Istituzioni crea sul piano dogmatico e sistematico, analizziamo i precedenti tardo antichi del meccanismo adottato da Giustiniano, secondo il quale la *litterarum obligatio* nasceva ‘automaticamente’ a seguito del decorso del termine di prescrizione della *querela* e dell’*exceptio non numeratae pecuniae*: individueremo una precisa genesi di I. 3.21.

3.2. L’ottica dalla quale ci siamo posti, ci consente di apprezzare I. 3.21, da un punto di vista fin ora non tenuto in considerazione da parte degli studiosi. Questi ultimi¹⁰³, da tempo e senza tentennamenti, hanno ritagliato al passo delle Istituzioni imperiali un ruolo di semplice riempitivo della casella dei contratti letterali, rimasta vuota a causa della desuetudine dei *nomina transcripticia*.

Tuttavia, l’aver evidenziato l’incertezza che caratterizzava la materia dei contratti letterali in età tardo antica, ci ha convinti della precisa intenzione di Giustiniano di mettere ordine all’interno del caotico stato del diritto dei suoi tempi, disciplinando il contratto letterale non sganciandolo dalla pratica del diritto, come generalmente creduto, ma isolando tra i vari modelli disponibili di chirografi dotati di efficacia dispositiva diffusi a quell’epoca, una tipologia contrattuale la quale, proprio per il fatto di provenire da un periodo storico nel quale i contorni del contratto letterale non erano ben delineati, ha posto notevoli problemi dogmatici, dei quali ci occuperemo nel prossimo paragrafo.

A conferma dell’attenzione prestata dai commissari di Giustiniano alla storia del contratto letterale e alla pratica del diritto

¹⁰² Della riforma giustiniana in tema di *exceptio non numeratae pecuniae* ci occuperemo, *infra*, § 6.

¹⁰³ Cfr. *supra*, gli autori citati in nt. 22.

dell'età pregiustiniana, si noti come I. 3.21 sia stato costruito tutto in chiave storica. Prima ricordando la desuetudine dei *nomina transcripticia* classici (*Olim scriptura fiebat obligatio [...] quae nomina hodie non sunt in usu*); poi ribadendo la legislazione precedente, classica e tardo antica in tema di prescrizione dell'*exceptio non numeratae pecuniae*¹⁰⁴ (*post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est*), e infine introducendo, verosimilmente per mano di Triboniano, lo stato del diritto attuale (*sic fit, ut et hodie*), significativamente collegato, in termini di continuità, con il regime pregresso relativo all'efficacia obbligante dello scritto che caratterizzava i *nomina transcripticia*.

La linea di continuità che ci sembra emerga dall'ordito del passo delle Istituzioni, crediamo trovi conferma nella presenza di un preciso precedente del contratto letterale descritto in I. 3.21. Esso non appare, come si crede comunemente, quale una semplice invenzione dei commissari di Giustiniano, visto che corrisponde ad un preciso modello di contratto letterale già esistente nell'età tardo antica e disciplinato da un paio di costituzioni imperiali che descrivono il medesimo meccanismo adottato dai compilatori delle Istituzioni Imperiali.

Cominciamo da una costituzione di Onorio, Teodosio e Costante del 421 d.C. che, non a caso, non è stata recepita nel Codice, evidentemente perché ormai assorbita dalla previsione delle Istituzioni. Ci riferiamo a:

CTh. 2.27.1.4 IMPPP. HONORIUS, THEODOSIUS ET CONSTANTIUS AAA PALLADIO PRAEFECTO PRAETORIO. *Sin vero suam quidem manum fateatur obnoxius, sed nihil sibi numeratum pro hac obligatione causetur, tunc chirographi discuti oportebit aetatem, ut, si iure delata contestationibus tempora*

¹⁰⁴ Abbiamo ricostruito la legislazione in tema di prescrizione dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, *supra*, nt. 95.

debitor taciturnus exegit, cavillationis istius perdat obstaculum. DAT. V KAL. AUG. RAVENNA EUSTATHIO ET AGRICOLA CONSS. [a. 421]¹⁰⁵.

Il testo prospetta il caso di un debitore il quale, pur avendo riconosciuto l'autenticità e la veridicità di un chirografo, neghi che sia avvenuta la *numeratio* la quale avrebbe dovuto rappresentare la causa della sua obbligazione di restituire¹⁰⁶. Il provvedimento dispone che occorre accertare l'*aetas* del chirografo, ossia la data sotto la quale era stato emesso, per verificare se il debitore abbia lasciato trascorrere o meno il tempo a sua disposizione per contestare la mancata *numeratio pecuniae*. Ecco, se ciò è accaduto e, dunque, è scaduto il termine, a quel tempo quinquennale, di prescrizione della *querela non numeratae pecuniae*, il *debitor*, qualificato *taciturnus*, perde il diritto di contestare la mancata *numeratio* attraverso la *querela* o l'*exceptio*, definite dagli imperatori *cavillationes*.

Ora, poiché la sottoscrizione e l'autenticità del documento è stata riconosciuta da parte del debitore, la scadenza del termine di prescrizione della *querela non numeratae pecuniae* rende incontestabile il documento e fa sorgere un'obbligazione letterale che non poteva più essere messa in discussione.

Per vero, il testo non dice espressamente che l'obbligazione del debitore sia letterale; tuttavia, quest'ultima è una necessità imposta dalla mancata *numeratio* che ha impedito il sorgere di una *obligatio re*.

¹⁰⁵ Abbiamo indicato la letteratura aggregatasi intorno a questa costituzione, *supra*, nt. 43.

¹⁰⁶ P. SILLI, *CTh.2.27.1*, cit., 432 ss. e 408, nt. 18, precisa come sia preferibile rendere in italiano l'espressione «*pro hac obligatione*» nei termini di 'corrispettivo di questo suo riconoscimento di debito', perché *obligatio* è segno impiegato qui in modo atecnico. Tuttavia, lo studioso riconosce come l'obbligazione sorga direttamente dalla scrittura, secondo le vedute della prassi orientale, abituata da sempre a considerare il documento come elemento genetico del rapporto obbligatorio.

La fattispecie descritta dalla costituzione è identica, dunque, a quella prevista dalle Istituzioni e, probabilmente per questo motivo, essa non è stata inserita nel Codice: il mancato esperimento dei rimedi volti a rilevare la mancata *numeratio* da parte del debitore rende l'obbligazione di restituire non più contestabile; siccome è mancata la *numeratio* e l'*obligatio re* non è sorta, l'unica obbligazione configurabile è l'obbligazione letterale, nascente dal chirografo di mutuo. Sarebbero state le Istituzioni imperiali a recuperare questo identico meccanismo, collocandolo sotto il titolo 3.21 *De litterarum obligatione*; nella Parafrasi di Teofilo, poi, troviamo l'elaborazione in base alla quale l'obbligazione letterale si pone in termini residuali sia rispetto all'obbligazione verbale, che non può sorgere perché il chirografo non deve fare riferimento alla *stipulatio* (*cessante scilicet verborum obligatione*, come si ricorderà); sia rispetto all'obbligazione reale, che non può sorgere a causa della mancata *numeratio*¹⁰⁷.

Il meccanismo appena descritto non è esente da carenze e sconessioni sul piano giuridico, come ci renderemo conto nel prossimo paragrafo, probabilmente proprio per il fatto che i

¹⁰⁷ Teofilo precisa che, alla scadenza del biennio, l'obbligazione letterale nasceva quale soluzione residuale. Infatti, non poteva sorgere l'*obligatio re*, perché era mancata la *numeratio*; non poteva nascere nemmeno l'*obligatio verbis*, perché non ricorreva la *stipulatio*: non restava che la *litterarum obligatio*: P.T. 3.21: καὶ λέγομεν ὅτι οὐδὲ ἀπὸ τῆς RE δυνατὸν ἐναχθῆναι τὸ παρὸν πρόσωπον (οὐ γὰρ γέγονεν ἀπαριθμησις) οὐδὲ ἀπὸ τῆς UERBIS, ἐπειδὴ μὴ παρόντων τῶν δύο μερῶν γέγονεν ἡ ἐπερώτησις ἢ αὐτὸ τοῦτο οὐδὲ γέγονεν ἡ ἐπερώτησις. λείπεται οὖν ἀπὸ μόνων τῶν γραμμάτων ἔνοχον αὐτὸν γενέσθαι· καὶ ἰδοῦ, πότε καὶ σήμερον γίνεται τις ἔνοχος τῇ LITTERIS. [G.O. Reitz]: *Et dicimus, neque ex obligatione re contracta hanc personam conveniri posse, neque enim numeratio facta est; neque ex verborum obligatione, quoniam non praesentibus ambabus partibus stipulatio facta est, aut nec ulla omnino facta est stipulatio. Restat igitur, ex solis eum litteris obligari. Et ecce, interdum et hodie aliquis obligatur litteris.* [A.F. Murison]: And we hold that such person can be sued neither on the obligation *re*, for there was no paying over of money, nor on the obligation *verbis*, because both parties were not present when the stipulation was made, or no stipulation was made at all; it remains, therefore, that he came under obligation by reason of the writing alone. So, you see when even nowadays a man comes under the obligation *litteris*.

commissari giustiniani hanno riproposto una figura di contratto letterale che hanno trovato disciplinata da CTh. 2.27.1.4 e diffusa nella pratica, tuttavia nel contesto di una temperie culturale assai povera e non in grado di rendersi conto delle conseguenze che da questa figura di contratto letterale sorgevano sul piano teorico. L'aver generalizzato uno specifico caso di attribuzione di effetti dispositivi ad un chirografo di mutuo, probabilmente senza riflettere abbastanza sulle conseguenze che, sul piano dogmatico, questa figura avrebbe comportato, potrebbe spiegare alcune difficoltà poste dal testo di I. 3.21.

3.3. Ma prima di soffermarci su quest'ultimo aspetto e a conferma che l'ottica giustiniana in tema di obbligazione fosse quella di collegare la nascita dell'obbligazione letterale con la perdita della *querela non numeratae pecuniae*, può leggersi un'altra costituzione tardo antica che abbraccia la medesima logica ma che, questa volta è stata recepita all'interno del Codice, forse perché giudicata compatibile con il modello disegnato nelle Istituzioni imperiali:

C. 4.21.16.1 (= Bas. 22.1.75.1): Ἐὰν δὲ ἡ συμβολαιογράφος παρενεχθῆ παρ' ᾧ τὸ συμβόλαιον ἐγράφῃ, ἢ καὶ ἕτεροὶ τινες μαρτυροῦντες τῇ ἀληθείᾳ, τότε αὐτὸν πρὸς τῷ ἐπιτιμῳ τῶν κδ' νομισμάτων οὐδὲ παρρησίαν δύνασθαι ἔχειν πρὸς τὸ ἀντιτιθέναι τὴν τῆς ἀναγκυρίας παραγραφὴν, λέγοντα ὅτι, κὰν τὸ συμβόλαιον ἐγενέτο, οὐκ ἐδόθησαν τὰ ἐν αὐτῷ γεγραμμένα, ἀλλὰ πάντως καταδικάζεσθαι κὰν εἰ μηδὲν, αὐτῷ ταῖς ἀληθείαις κατεβλήθε¹⁰⁸.

¹⁰⁸ [Krüger]: *Si vero vel tabellio productus est, apud quem instrumentum confectum est, vel alii qui verum id esse attestantur, tunc praeter XXIII solidorum poenam nec exceptionem non numeratae pecuniae opponere ei licebit dicendo, quod, et si instrumentum verum sit, tamen quae in eo vera scripta sunt data non fuerint, sed omnimodo condemnetur, licet re vera nihili numeratum sit.*

La costituzione in tema di *civiliter agere de fide*, certamente pregiustiniana¹⁰⁹, priva di *inscriptio* e *restituta* solo grazie ai Basilici¹¹⁰, è volta a tutelare l'autenticità dei documenti contro

¹⁰⁹ Invero, in dottrina non si è consolidato un orientamento maggioritario in ordine alla paternità della costituzione. G.G. ARCHI, «*Civiliter vel criminaliter agere*», cit., 1658 s., ritiene che la costituzione sia successiva al regno di Leone. M. TALAMANCA, voce *Documento e documentazione* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 557, nt. 79, attribuisce il testo a Giustino o Giustiniano; M.R. CIMMA, ‘*De non numerata pecunia*’, cit., 180 ss. e 208 s., nt. 104, semplicemente colloca la costituzione in età pregiustiniana; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana*, in *IVRA*, 54, 2003, 42, nt. 85, riferisce il provvedimento a Zenone; mentre A.D. MANFREDINI, *Documento di comparazione*, cit., 129, attribuisce la costituzione a Leone; tale posizione è rinsaldata con buoni argomenti da S. SCHIAVO, *Impugnazione di falso*, cit., 159 ss., ad avviso della quale in età postclassica si registra la tendenza della prassi ad estendere l'*exceptio non numeratae pecuniae* fuori dalle ipotesi della *pecunia (quasi) credita*; EAD., *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. ‘Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere’*, Milano, 2007, 260 ss. Sulla *lex* v. ancora: J. CUACIUS, *Observationum et emendationum libri X*, cap. 8, in *Opera Omnia*, Prati, 1836, 407-410; O. BAHR, *Die Anerkennung*, cit., 289; P. COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien*, IV. *La procédure par libelle*, Paris, 1932, 351; M. AMELOTTI, *Giustiniano e la ‘comparatio litterarum’*, in ‘*Subseciva Groningana*’. *Studies in Roman and Byzantine Law*, IV. ‘*Novella Constitutio*’. *Studies in Honour of N. van der Wal*, 1990, 1 ss.

¹¹⁰ Una valida esegesi del testo è contenuta in uno scolio adespota, probabilmente da attribuire alla *Summa Codicis* di Teodoro di Ermopoli (C.G.E. HEIMBACH, *Basilicorum Libri LX*, VI. *Prolegomena et manuale Basilicorum continens*, Lipsiae, 1870, 366) si tratta di *sch.* 1 *ad Bas.* 22.1.75 = C. 4.21.16 (BS IV 1381/9-23; Hb. II 501): Τυχὸν γὰρ ἐν συμβολαίοις τις τὴν ἰδίαν χεῖρα ἀρνούμενος, εἰ ἐλεγχθῆ ἀπὸ συγκρίσεως ἰδικῶν γραμμάτων, προστιμᾶται νομίσματα κδ'. Εἰ δὲ ἀπομαρτυρίας ἢ ἄλλως ἀπλῶς ἀγράφου παραγωγῆς δειχθῆ ψευδόμενος, καταδικάζεται ἐπὶ τῷ ζητούμενῳ πρὸς τῷ δίδοναι τὰ κδ'. νομίσματα μηδὲ ἀναγυρίας παραγραφῆς ἀξιούμενος. Ὑπέξελε τὸν ἐπίτροπον καὶ τὸν κουράτωρα· οὗτοι γὰρ τοῦτο ποιοῦντες προστιμῶνται μη'. νομίσματα ἀπὸ τελείας ἀποδείξεως. ἔχουσι μέντοιγε <τῆν> τῆς ἀναγυρίας παραγραφῆν. Ἀνάγνωθι βιβ. θ'. τιτ. κη'. διατ. ιθ'. Καὶ ταῦτα μὲν ἦν πρὸς τὸ πάλαι κρατοῦν. Κελεύει γὰρ ἢ <ιη'> νεαρὰ τὸν ἀρνούμενον τὴν ἰδίαν χεῖρα διπλοῦν ποσὸν τῶν ἐν συμβολαίῳ ἐγκειμένων ἀπαιτεῖσθαι ἀδιαστικτῶς. Ἰσθι δὲ ἔξωθεν, ὅτι κατὰ πρόληψιν πιστεύεται τὰ ἐν τῷ συμβολαίῳ ὄντα, εἰ μὴ ἄρα ἀποδείξῃ ὁ χειρογραφῆσας, ὅτι οὐ παρῆν ἐν τῷ τόπῳ ἐκείνῳ κατ'ἐκείνον τὸν καιρὸν, ἐν ᾧ

dolose o, comunque, infondate impugnazioni di falso. Con specifico riferimento ai documenti prodotti in giudizio dall'attore e redatti *apud tabelliones*, essa sanziona, oltre che con la multa di ventiquattro solidi, con la perdita dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, il debitore che abbia infondatamente contestato l'autenticità di un chirografo di mutuo redatto con l'ausilio di un *tabellio*, negando che la scrittura contenuta nel chirografo gli appartenesse, allorquando la veridicità del documento fosse stata invece dimostrata grazie alla deposizione del *tabellio* o di altri testimoni.

La conseguenza che il provvedimento connette alla dimostrazione dell'autenticità del chirografo di mutuo, peraltro garantita dalla fede pubblica discendente dalla redazione da parte del *tabellio*, consiste nell'attribuzione di veridicità alle attestazioni in esso contenute; di conseguenza, se anche la *numeratio pecuniae* non vi era stata, l'obbligazione di restituire attestata dal chirografo non avrebbe più potuto essere messa in discussione e, considerato che la querela di falso era già stata esperita, il debitore non avrebbe più potuto difendersi: egli, in ogni caso, sarebbe stato condannato

γέγονε τὸ συμβόλαιον, ὡς κεῖται βιβ. η', τιτ. λζ'. Πλὴν μὴ λάθῃ σε ἡ β'. (?) διάταξις τοῦ κβ' τιτ. τοῦ θ', βιβ. λέγουσα τὸν ἀρνούμενον τὴν ἴδιαν χεῖρα ὡς πλαστογράφον εὐθύνεσθαι, δηλονότι μετὰ τὰς ἀποδείξεις. Ανάγνωθι τὴν κ'. διατ. τοῦ παρόντος τιτ. [Heimbach]: *Si quis in instrumentis manum suam negaverit, et convictus sit comparatione litterarum propriarum, damnatur in aureos XXIV. Si vero testibus aut alia scripta productione mandacii convictus sit, praeter poenam XXIV aureorum damnatur in id, quod petitur, denegata ei exceptione non numeratae pecuniae. Excipias tutorem et curatorem. Hi enim hoc facientes damnantur in aureos XLVIII, si plena probatio sit: habent tamen hi, qui in tutela vel curatione sunt exceptionem non numeratae pecuniae. Lege lib. 9. tit. 28. const. 19. Atque haec quidem secundum ius quod olim obtinebat. Nam Novella iubet, ab eo, qui manum suam infitiatur duplum eius quantitatis, quae cautione continetur, exigi indistincte. Scias autem extrinsecus, ex praesumptione fidem adhiberi iis, quae instrumento continentur, nisi is, qui cautionem emisit approbaverit, se eo tempore, quo conficiebatur instrumentum, in eo loco non fuisse, ut est in lib. 8. tit. 38. const. 14. Verum non te lateat const. 2 tit. 22 lib. 9. Quae dicit, eum, qui manum suam negat, quasi falsarium teneri, post probationes scilicet. Lege const. 24. huius tituli.*

(ἀλλὰ πάντως καταδικάζεσθαι) a pagare al creditore attore la somma di denaro risultante dal chirografo.

La sanzione prevista da C. 4.21.16.1 attribuiva al chirografo di mutuo la funzione di causa di un’obbligazione che, una volta venuta meno la possibilità di accertare la *numeratio pecuniae*, sarebbe divenuta incontestabile, secondo l’identico meccanismo descritto in I. 3.21 e CTh. 2.27.1.4. Infatti, se anche la *numeratio* non ci fosse stata, l’obbligazione di restituire sarebbe sorta ugualmente, né il debitore avrebbe più potuto contestare la mancanza della *numeratio pecuniae*. Era nata un’obbligazione letterale seguendo un meccanismo sanzionatorio identico a quello descritto in I. 3.21, circostanza che conferma come questa figura giuridica non fosse né distante dalla pratica del tempo, né sganciata dai precedenti tardo antichi i quali, piuttosto, dovevano essere stati tenuti in conto da parte dei compilatori di Giustiniano, i quali ne hanno mutuato il meccanismo di funzionamento.

3.4. La conclusione alla quale perveniamo è che la genesi di I. 3.21 e del meccanismo da esso individuato per il sorgere dell’obbligazione letterale affondi le proprie radici nella legislazione tardo antica. Non è un caso che costituzioni come CTh. 2.4.3 e 2.4.6¹¹¹ non siano state recepite nel Codice, perché ritenute incompatibili con la *litterarum obligatio* giustiniana. In quei provvedimenti, infatti, si finiva con l’attribuire effetti dispositivi a qualunque chirografo, anche non di mutuo, che avesse per oggetto un debito di ammontare certo, salvo l’esperimento dell’*exceptio non numeratae pecuniae*, ormai opponibile anche a contratti diversi dal mutuo.

I commissari di Giustiniano, invece, hanno individuato una specifica figura di ‘contratto letterale’, forse non adeguatamente teorizzata, ma comunque disciplinata dalla legislazione tardo

¹¹¹ Analizzate *supra*, § 2.

antica. Infatti, la fattispecie descritta in I. 3.21 = P.T. 3.21 coincide con quella delineata in CTh. 2.27.1.4, la quale deve avere rappresentato il modello seguito dai compilatori ai fini dell'estensione di I. 3.21. Questi ultimi hanno scartato il testo, perché assorbito dalla previsione generale delle Istituzioni di Giustiniano; piuttosto nel Codice è stata recepita una costituzione (C. 4.21.16), probabilmente di Leone, che prevede un caso specifico di contratto letterale attraverso la sanzione della perdita della *querela* e dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, assolutamente compatibile e armonica rispetto alle previsioni delle Istituzioni.

Ad accogliere il nostro punto di vista, ancora, si potrebbe spiegare come mai, né nel Digesto né nel Codice, si rinvenivano tracce del contratto letterale¹¹²: poiché i testi dei giuristi classici come delle costituzioni imperiali avrebbero dovuto fare riferimento ai *nomina transscripticia*, che ormai erano desueti, essi vennero cancellati¹¹³. D'altra parte, i compilatori del Codice non poterono selezionare neppure quelle costituzioni tardo antiche – come ad esempio CTh. 2.4.3 e CTh. 2.4.6 – le quali accedevano ad una nozione di obbligazione letterale incompatibile con quella congegnata in I. 3.21, perché l'efficacia costitutiva era riconosciuta a qualunque tipologia documentale attestante una promessa di pagamento o un riconoscimento di debito. L'unico caso di

¹¹² Sulla questione cfr. C. FACELLI, *L' 'exceptio non numeratae pecuniae'*, cit., 40 ss. Non ci pare accettabile la proposta di A. VINNIUS, *Institutionum imperialium Commentarius*, II, cit., 782, secondo il quale l'assenza di cenni alla *litterarum obligatio* nel Digesto e nel Codice dipenderebbe dalla riconduzione di questa obbligazione all'*obligatio re* da parte dei giuristi romani, visto che in base al chirografo di mutuo si sarebbe agito con una *condictio*, perché così ragionando verrebbe meno proprio il senso della categoria 'autonoma' che la *litterarum obligatio* rivestiva in diritto classico, come in diritto giustiniano.

¹¹³ Giustamente, G. LUCHETTI, *Il prestito di denaro a interesse in età giustiniana*, in *Cultura giuridica e diritto privato*, 2016, 5, ritiene che i compilatori non disponessero di materiali per costruire una figura estranea alle fonti classiche come quella individuata dalle Istituzioni.

obbligazione letterale presente nel Codice (C. 4.21.16.1) è compatibile con il nuovo contratto letterale delle Istituzioni, perché connette l'attribuzione di efficacia dispositiva ad un chirografo con la sanzione della perdita dell'*exceptio* a carico del debitore, per la pretestuosa contestazione di un documento redatto da un *tabellio*: in effetti, anche l'obbligazione letterale giustiniana nasce in virtù di una sanzione, quella comminata al debitore il quale ha fatto scadere il termine di prescrizione della *querela non numeratae pecuniae*.

Tuttavia, l'assenza di un adeguato approfondimento sul piano dogmatico della figura ha generato alcuni profili problematici, sul piano della teoria generale delle obbligazioni, che analizzeremo nel prossimo paragrafo, prendendo in esame il pensiero degli antecessori bizantini in ordine alla problematica configurazione dell'accordo delle parti intorno al documento che costituiva il contratto letterale¹¹⁴.

4. *Le difficoltà degli antecessori bizantini in ordine alla problematica configurazione del consenso nel contratto letterale: esame di P.T. 3.21 e di sch. 3 ad Bas. 11.1.1 = Ulp 4 ad ed. D. 2.14.1 (BS I 178/10-22; Hb. I 554)*

Alla luce delle conclusioni alle quali siamo giunti intorno alla genesi di I. 3.21, si possono comprendere i problemi che la *litterarum obligatio* giustiniana presenta sul piano dogmatico.

¹¹⁴ F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 90, avvertito delle difficoltà che presentano i passi sulla *litterarum obligatio* giustiniana, ritiene che essi contengano più che una erronea opinione dei compilatori giustiniani, la mera descrizione di una situazione di fatto. Teofilo, in particolare, avrebbe fatto ricorso ad un espediente didattico, più che ad una descrizione dell'istituto, per inquadrare una situazione discendente dal combinarsi di disposizioni differenti. Se si accoglie la tesi che il presente lavoro propone, le difficoltà di inquadramento dogmatico potrebbero spiegarsi facendo riferimento al modello rappresentato dalla legislazione tardo antica, poco attenta alle conseguenze prodotte sul piano dogmatico dagli istituti da essa previsti.

Essi si spiegano perché tale figura – diffusa tra le tante ipotesi di obbligazioni letterali conosciute nel diritto postclassico, nel quale si attribuiva valore dispositivo a chirografi di vario genere nei confronti dei quali era opponibile l'*exceptio non numeratae pecuniae* – venne elevata dai commissari di Giustiniano ad istituto di carattere generale.

I giuristi bizantini sono testimoni delle criticità che presentava la *litterarum obligatio*. Dal canto nostro, prenderemo in esame, prima, la problematica configurazione dell'accordo delle parti sul chirografo di mutuo; successivamente, affronteremo la questione dell'esistenza e della fonte dell'obbligazione prima del decorso del biennio nel quale si prescrivono la *querela* e la *exceptio non numeratae pecuniae*.

4.1. Nella Parafrasi, a differenza delle Istituzioni nelle quali non si accenna al punto (se non che l'obbligazione letterale sorgesse *cessante scilicet verborum obligatione*), Teofilo è attento nel precisare come si configurassero i rapporti tra mutuante e mutuatario al momento della redazione del γραμματεῖον:

P.T. 3.21: «εἰ γάρ τις βουλόμενος δανείσασθαι παρ' ἐμοῦ διελέχθη μοι περὶ τούτου, ἐγὼ δὲ ἐπέτρεψα αὐτῷ ποιῆσαι γραμματεῖον, καὶ διή καθ' ἑαυτὸν οὐ παρόντος ἐμοῦ τὸ γραμματεῖον ἐποίησεν»¹¹⁵.

¹¹⁵ [G.O. Reitz]: *Nam si quis a me mutuari cupiens, ea de re mihi locutus sit, egoque ei concesserim ut mihi cautionem scriberet, atque is solus me non praesente cautionem scripserit.* [A.F. Murison]: For if a man wished to borrow from me and talked the matter over with me, and I allowed him to make me a written acknowledgment (γραμματεῖον, *cautio*), and he did in fact by himself, I not being present, make the written acknowledgment in these terms. Su P.T. 3.21, sebbene non dal punto di vista preso in esame nel presente contributo si v.: C. EINERT, *Ueber das Wesen*, cit., 16 ss.; G. FERRARI DALLE SPADE, *L'obbligazione letterale*, cit., 122 ss.; C. TOMULESCU, *Die griechische Paraphrase des Theophilus – 3-21 – und der 'contractus litteris'*, in *RIDA*, 22, 1975, 345 ss.; M.R. CIMMA, *'De non numerata pecunia'*, cit.,

Poiché l'obbligazione letterale giustiniana nasceva da un chirografo (γραμματαῖον) di mutuo che non doveva recare tracce di *stipulatio*, occorre che il documento fosse redatto in prima persona dal solo debitore mutuatario, in assenza del creditore mutuante. Ma Teofilo tiene a sottolineare che il γραμματαῖον era scritto in base ad una espressa autorizzazione proveniente dal creditore mutuante, il quale acconsentiva che il debitore mutuatario scrivesse il γραμματαῖον, evidentemente nei termini concordati e glielo consegnasse: sullo sfondo di questo insieme di atti non può non scorgersi il raggiungimento di un accordo tra le parti sui termini del documento scritto¹¹⁶.

219 ss.; F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 88 ss.; M. MOLINARI, *La Parafrasi Greca delle Istituzioni di Giustiniano tra ‘methodus docendi’ e mito. Ἐχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρία*, Bologna, 2021, 81; R. LAMBERTINI, *La Parafrasi, il metodo, gli ‘svarioni’ dell’ ‘antecessor’*, in *Tess. Iur.*, 3.1, 2022, 336.

¹¹⁶ D'altronde, anche con riferimento ai *nomina transcripticia*, la sola annotazione contabile da parte del creditore all'interno del *codex accepti et expensi* verosimilmente non sarebbe stata sufficiente, da sola, a fare sorgere l'obbligazione letterale se non fosse stata accompagnata dal consenso del debitore (*iussus*) alla trascrizione. In caso di contestazione, la prova del consenso del debitore doveva essere fornita dal creditore o attraverso la produzione della simmetrica annotazione del debitore nel suo *codex* o mediante testimoni o, ancora, attraverso una dichiarazione in forma libera da parte del debitore medesimo. Sul punto cfr.: V. ARANGIO-RUIZ, *Les tablettes d'Herculanum*, in *RIDA*, 1, 1948, 9-25; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 578; I. CREMADES, *El contrato literal*, cit., 537 ss.; C.A. CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., 181 s., 207 e 209; L. ZANDRINO, *Osservazioni sul ‘codex accepti et expensi’*, in *SDHI*, 83, 2017, 131 ss.; EAD., *Dalla «pecunia expensa lata» alla «transcriptio»: tracce di una evoluzione del contratto letterale*, in A.P. Zannini, *Scritti di diritto romano e giusantichistici*, a cura di F. Zuccotti e M.A. Fenocchio, Torino, 2018, 370 s.; R. LAMBERTINI, *La Parafrasi*, cit., 337, con riferimento a P.T. 3.21. La prova del consenso del debitore poteva anche avvenire a seguito dell'esibizione delle annotazioni da parte dei *pararii*, cfr. C. TOMULESCU, *Der «contractus litteris» in den «Tabulae Herculanenses»*, in *Labeo*, 15, 1969, 285 ss.

Teofilo sembra, dunque, volere precisare che non solo in relazione al mutuo, ma anche in ordine al contratto letterale possa configurarsi un accordo delle parti, perché il γραμματεῖον è stato scritto, sì dal debitore senza la presenza del creditore, ma solo per evitare il perfezionarsi di una *stipulatio* e, comunque su espressa autorizzazione del creditore. L'insistenza di Teofilo sul punto ci pare che si spieghi nell'ottica di volere fugare ogni dubbio circa il ricorrere dell'accordo delle parti in ordine alla redazione del γραμματεῖον: di conseguenza, non potrebbero nutrirsi dubbi intorno la riconducibilità della *litterarum obligatio* ai contratti.

Se oltre al mutuo, anche il documento è frutto di un accordo tra le parti, il debitore negligente nell'esercizio della *querela non numeratae pecuniae*, prima della scadenza dei termini di prescrizione, non potrà certo dolersi di non avere voluto concludere il contratto letterale, essendosi esposto al rischio che il documento divenisse dispositivo fin dal momento in cui aveva accettato di redigerlo su espressa autorizzazione del creditore mutuante.

Ora, l'insistenza di Teofilo sul profilo del consenso, ci sembra si possa spiegare tenendo presenti le perplessità avanzate da Stefano (con tutta probabilità) proprio sul punto della possibilità di rinvenire l'accordo delle parti all'interno della *litterarum obligatio* descritta in I. 3.21.

In questo senso, ci pare deponga il seguente scolio adespota, ma verosimilmente da attribuire a Stefano:¹¹⁷

Sch. 3 ad Bas. 11.1.1 = Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.1 (BS I 178/10-22; Hb. I 554): Κονβεντίων οὖν ἔστιν, ὡς εἴρηται, πᾶν, ὅπερ ἐπὶ συστάσει

¹¹⁷ Sicuramente da ricondurre ad un antecessore, visto il ricordo del pensiero, oltre che di Pedio, anche di Ulpiano e Paolo, che ancora gli antecessori leggevano dal latino, in un paio di passaggi di poco precedenti al segmento trascritto. Come accennavamo nel testo, C.G.E. HEIMBACH, *Prolegomena et manuale Basilicorum*, cit., 224, attribuisce il testo a Stefano.

ἢ λύσει γίνεται ἐνοχῆς, ἐξ ὧν πράττεται ἢ λέγεται ἢ γράφεται ἢ νοεῖται, δηλούμενον. Ἐπὶ τοσοῦτον δὲ γενικόν ἐστι τῆς κομβεντίονος τὸ ὄνομα, ὅτι σοφῶς που καὶ Παιδίος ὁ νομικὸς φησί, μηδὲν εἶναι συνάλλαγμα, μηδεμίαν ἐνοχὴν κομβεντίονος χηρεύουσας, τουτέστιν ἥτις οὐκ ἔχει τὴν τῶν συναλλαζάντων συναίνεσιν. Οὐτε γὰρ τὴν ρὲ ἀγωγὴν ἀπαρίθμησις μόνη, οὐτε τὴν ἀγωγὴν τὴν ἐν ρέμασι, δώσεις; δώσω, ῥῆμα συνίστησιν, εἰ μὴ παρακολουθήσει καὶ διάθεσις τοσοῦτον, ὅτι ἐὰν καθεύδοντι γένηται ἀπαρίθμησις, οὐ συνίσταται ἢ ρὲ ἐνοχῆ. Κὰν μαινόμενος, δώσεις; δώσω, φθέγγεται ῥῆμα, τὴν ἀγωγὴν οὐ συνίστησιν. Ἐὼ γὰρ τὴν περὶ συναινέσεως ἀγωγὴν μηδὲν ἕτερον ἢ κομβεντίονα τυγχάνουσας· ἐὼ καὶ τὴν λίτερσις, ὡς μὴ κατ’ἀκρίβειαν κατὰ τοῦ μηδὲν εἰληφότος διετία κομμυτευομένην τοῦτο βουλομένης τῆς διατάξεως¹¹⁸.

Il testo prende in esame la *conventio*¹¹⁹, l’accordo delle parti necessario a fare nascere o ad estinguere un’obbligazione, presente

¹¹⁸ Riportiamo la traduzione di Heimbach, avvertendo tuttavia il lettore, che il testo greco tenuto presente da quest’ultimo non corrisponde al testo che abbiamo trascritto e desunto dall’edizione olandese dei Basilici: [Heimbach]: *Conventio igitur est, ut dictum est, quicquid ad constituendam aut dissolvendam obligationem fit, et per ea, quae vel aguntur, vel dicuntur, vel scribuntur, vel intelleguntur, contractum esse ostenditur. Nullam obligationem, quae sine conventionione sit, id est quae non habeat contrahentium consensum. Neque enim rerum obligationem sola numeratio, neque obligationem in verbis: Dabis: Dabo: verborum obligationem gignit. Etsi furiosus dixerit: Dabis? Dabo: obligationem non contrahit. Mitto enim obligationem ex consensu, quae nihil aliud quam conventio est: mitto et obligationem ex literis, ut pote non revera semper cum eo, qui nihil accepit, contractam, quum hoc velit constitutio.*

¹¹⁹ Sulla portata della *conventio*, appellata «σύννοδος καὶ συναίνεσις» da Teofilo ed identificata con il συνάλλαγμα nella definizione di P.T. 3.13.2 e, più in generale, sul valore dell’accordo delle parti in relazione alla concezione bizantina del contratto, v.: G. FALCONE, *L’origine della definizione di συνάλλαγμα nella Parafrasi di Teofilo. 1. Le fonti*, in *Sem. Compl.*, 11, 1999, 27 ss.; ID., *Genesi e valore della definizione di συνάλλαγμα nella Parafrasi di Teofilo*, in *‘Ivris Vincula’. Studi in onore di M. Talamanca*, III, Roma, 2001, 65 ss.; ID., *‘ΑΝΩΝΥΜΟΝ ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ’ e anonimo ‘antecessor’ in PSI 55*, in *MEP*, 6, 2001, 513 ss.; ID., *Postilla sulla definizione teofilina di συνάλλαγμα*, in *Scritti in onore di G. Nicosia*, III, Milano, 2007, 269 ss.

in tutte le quattro categorie di contratti, reali, verbali, letterali e consensuali (ἐξ ὧν πρᾶττεται ἢ λέγεται ἢ γράφεται ἢ νοεῖται) che vengono richiamate.

Il passo prosegue ricordando il celebre pensiero del giurista Pedio (Παίδιος ὁ νομικός), secondo il quale nessuna obbligazione contrattuale può sorgere senza l'accordo dei contraenti: «μηδὲν εἶναι συνάλλαγμα, μηδεμίαν ἐνοχὴν κονβεντίονος χηρεύουσαν, τουτέστιν ἥτις οὐκ ἔχει τὴν τῶν συναλλαζάντων συναίνεσιν».

E così si fa l'esempio dell'*obligatio re*, la quale non sorgerebbe con la sola *numeratio*, se non ci fosse l'accordo delle parti; e, similmente, senza la *conventio*, neppure l'obbligazione verbale nascerebbe dalla pronuncia delle sole parole δώσεις; δώσω, le quali, infatti potrebbero anche essere pronunciate da un *furiosus* (μαινόμενος) ma, naturalmente, non potrebbero fare sorgere alcuna obbligazione verbale per l'incapacità di quest'ultimo di esprimere validamente la propria volontà.

Il giurista bizantino, a questo punto, dice di non occuparsi delle obbligazioni *ex consensu*, perché nei contratti consensuali l'obbligazione sorge solo dall'accordo delle parti e, quindi, non ci sono altri fatti o elementi che l'accompagnano i quali potrebbero essere descritti.

Giunti alla *litterarum obligatio*, Stefano, un po' sorprendentemente, dice del pari di non occuparsene: «ἐὼ καὶ τὴν λίτερης, ὡς μὴ κατ'ἀκρίβειαν κατὰ τοῦ μηδὲν εἰληφότος διετία κομμυτευομένην τοῦτο βουλομένης τῆς διατάξεως». Il brano, di non semplice lettura, potrebbe tradursi come segue: 'tralascio l'*obligatio litteris*, perché non in accordo allo stretto rigore giuridico si configura nei confronti di chi non ha ricevuto la *numeratio*, infatti, essa produce effetti per volere della legge'.

Nei confronti del debitore mutuatario che non ha ricevuto la *numeratio*, una volta decorso il termine biennale di prescrizione tanto della *exceptio* quanto della *querela non numeratae pecuniae* non può dirsi, conformemente alla stretta logica giuridica (μὴ

κατ’ἀκριβειαν)¹²⁰, che l’obbligazione sia stata perfezionata (κομμιτευομένην)¹²¹. Il giurista non esplicita il motivo di siffatta

¹²⁰ L’espressione è caratteristica degli antecessori e la si ritrova in una serie di scolii antichi ai Basilici nel significato di ‘stretta logica giuridica’. Per esempio, in riferimento ai patti, in *sch.* 12 *ad Bas.* 12.1.27 = Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.27 (BS I 248/34; Hb. I 601): κατὰ ἀκριβειαν ἐπὶ τῶν πάκτων (Heimbach: *stricto iure in pactis*); sempre nello stesso significato si v. *sch.* 1 *ad Bas.* 11.1.57 = Ner. 3 *membr.* D. 2.14.58 (BS I 303/11; Hb. I 637). Nello *sch.* 3 *ad Bas.* 11.2.15 = Paul. 3 *sent.* D. 2.15.15 (BS I 391/19; Hb. I 688) l’inciso μὴ γενομένη κατὰ τὴν ἀκριβειαν, riferito ad una *transactio*, viene tradotto da Heimbach ‘*secundum ius strictum non facta*’. Nello scolio 1 *ad Bas.* 14.1.45 (CA) = Paul. 5 *ad Plaut.* D. 17.1.45 (BS II 773/8; Hb. II 124) l’inciso κατὰ τὴν ἀκριβειαν οὐχ ἄρμόσει σοι ἢ μανδᾶτι indica la mancata spettanza dell’*actio mandati* ‘a stretto diritto’. Si v. ancora *sch.* 3 *ad Bas.* 14.1.1 (P) = Paul. 32 *ad ed.* D. 17.1.1 (BS II 813/30; Hb. II 66); *sch.* 17 *ad Bas.* 15.4.3 = Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.3 (II) (BS III 912/20; Z 53); *sch.* 2 *ad Bas.* 18.5.42 = Ulp. 12 *ad ed.* D. 15.1.42 (II) (BS III 1135/14; Z 227); *sch.* 3 *ad Bas.* 20.1.15 = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15 (BS III 1180/11; Hb. III 343); *sch.* 25 *ad Bas.* 23.3.32 (Pa) = Marcian. 4 *reg.* D. 22.1.32 (BS IV 1678/8; Hb. II 711); *sch.* 4 *ad Bas.* 23.3.41 (BS IV 1686/21; Hb. II 717); *sch.* 5 *ad Bas.* 29.1.70 = Herm. 5 *epit.* D. 23.3.74 (BS V 2072/13; Hb. III 416); *sch.* 1 *ad Bas.* 38.4.1 = Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.4.1 (BS VI 2220/18; Hb. III 728); *sch.* 3 *ad Bas.* 41.1.85 = Iul. 40 *dig.* D. 35.2.86 (BS VI 2438/15; Hb. IV 124); *sch.* 3 *ad Bas.* 42.1.50 = Pap. 6 *quaest.* D. 5.3.50 (BS VI 2563/29; Hb. IV 233); *sch.* 1 *ad Bas.* 42.2.1 = Ulp. 5 *ad ed.* D. 5.4.1 (BS VII 2577/12; Hb. IV 244); *sch.* 5 *ad Bas.* 42.2.9 = Paul. 3 *ep. Alf. dig.* D. 5.4.9 (BS VII 2582/10; Hb. IV 248); *sch.* 2 *ad Bas.* 42.3.74 = C. 3.36.18 (BS VII 2629/10; Hb. IV 286); *sch.* 7 *ad Bas.* 45.1.27 = Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.17.1 (BS VII 2662/5; Hb. IV 486); *sch.* 1 *ad Bas.* 48.2.4 = Iul. 42 *dig.* D. 40.2.4 (BS VII 2818/24; Hb. IV 623); *sch.* 2 *ad Bas.* 48.3.19 = Iul. 2 *ad Urs. Fer.* D. 40.4.18 (BS VII 2832/3; Hb. IV 634); *sch.* 4 *ad Bas.* 48.4.4 = Ulp. 60 *ad ed.* D. 40.5.4 (BS VII 2853/35; Hb. IV 653); *sch.* 1 *ad Bas.* 48.5.29 = Iav. 6 *ex Cass.* D. 40.7.28 (BS VII 2906/25; Hb. IV 704); *sch.* 1 *ad Bas.* 48.5.37 = Pap. 2 *def.* D. 40.7.36 (BS VII 2910/33; Hb. IV 708); *sch.* 19 *ad Bas.* 60.12.57 = Iul. 22 *dig.* D. 47.2.57 (BS VIII 3413/34; Hb. V 510). Anche Teofilo impiega la nostra espressione, ad esempio in P.T. 4.14 pr.: κατὰ τὸ ἀκριβῆς per sottolineare l’esistenza di *exceptiones* valide ‘a stretto rigore’, ma inique di fronte al diritto naturale. L’espressione è stata, invero, tradotta diversamente: nella traduzione del passo da parte di A.F. Murison, la si intende nel senso

affermazione, ma poiché egli, mediante il riferimento alla διατάξις (C. 4.30.14) con la quale Giustiniano aveva ridotto i termini di prescrizione dell'*exceptio* e della *querela non numeratae pecuniae* da cinque a due anni, collega la nascita dell'*obligatio litteris* alla legge, si deve ritenere che il mancato rispetto della logica giuridica discenda da un accordo delle parti non perfezionato attorno al documento.

In altri termini, nel ragionamento del giurista ci pare si annidi una perplessità circa la possibilità di riconoscere l'accordo delle parti nella *litterarum obligatio*. Ed in effetti, a ben riflettere, l'obbligazione letterale non nasce in seguito ad un accordo delle parti allo scadere del biennio; l'accordo, piuttosto, era intervenuto solo in precedenza, in ordine al mutuo, all'obbligazione *re* quindi; mentre, l'obbligazione letterale nasce solo per il decorso del tempo, in base ad una precisa disposizione legislativa, senza che al momento della conclusione del mutuo le parti si fossero minimamente accordate in ordine al sorgere dell'obbligazione letterale: per queste ragioni Stefano decide di tralasciarne la trattazione¹²².

di 'stretto rigore di fatto' (valid in point of fact); contrariamente, C. Ferrini traduce l'inciso con '*stricto iure*', quindi facendo riferimento ad una stretta applicazione del diritto. Infine, G.O. Reitz traduce '*secundum veritatem*'.

¹²¹ Nell'edizione dei Basilici curata da Heimbach, filologicamente meno attrezzata di quella olandese, a causa del fatto che Heimbach non ha visionato personalmente i manoscritti dei Basilici, troviamo κοῦβεντίαα al posto di κομμιττεομένην. Tuttavia, la divergenza aiuta nell'interpretare il testo nel senso da noi proposto, ossia che nei contratti letterali giustiniani mancherebbe la *conventio*, l'accordo delle parti, perché essi nascono per il semplice e meccanico decorso del tempo. Le parti non si accordano circa la conclusione del contratto letterale, ma solo sul mutuo descritto nel γράμματειον predisposto dal debitore mutuatario.

¹²² Proprio per la ragione che un'obbligazione nata *re* avrebbe mutato titolo per effetto del solo decorso del tempo, studiosi come F. MESSINA-VITRANO, *La ‘litterarum obligatio’*, cit., 32 s.; C. BERTOLINI, *Diritto romano*, cit., 123 ss. e V. DE GAUTARD, *Les rapports*, cit., 58, ritengono preferibile discorrere di *obligatio ex lege*,

Nel senso dell’interpretazione che abbiamo appena proposto, ci pare deponga l’impiego del verbo *committo*, translitterato in greco, come spesso accade agli antecessori, quando essi non trovano nella lingua greca termini tecnici corrispondenti al concetto giuridico che vogliono esprimere¹²³. Ed infatti, questo verbo si riscontra un’altra volta, in campo contrattuale, sempre in riferimento alla *stipulatio* (τὴν ἐπερώτησιν κομιττεύεσθαι), per indicare che la *stipulatio* produce effetti e fa sorgere l’obbligazione verbale in quanto, dobbiamo dedurne, regolarmente perfezionata¹²⁴.

piuttosto che di *obligatio ex litteris*: nell’opinione degli studiosi appena citati il diritto giustiniano non avrebbe conosciuto alcuna obbligazione letterale la quale, infatti, non viene menzionata né nel Codice né nel Digesto.

¹²³ Un lessico giuridico bizantino si deve ora ad un gruppo di bizantinisti spagnoli coordinati da Juan Signes Codoñer: J. SIGNES CODOÑER, J.D. RODRÍGUEZ MARTÍN, F.J. ANDRÉS SANTOS, *Diccionario Jurídico Bizantino Grieco-Español. Sobre a base de la Introducción al derecho del patriarca Focio y de las Novelas de León VI el Sabio*, Granada, 2019, sul quale ci permettiamo di rinviare al nostro *Il lessico giuridico dell’Eisagoge e delle Novelle di Leone VI il Saggio*, in LR. 11, 2022, 320-330.

¹²⁴ Si tratta di *sch. 2 ad Bas.* 29.1.112 = C. 5.12.25 (BS V 2099/18; Hb. III 442): [...] καὶ ἀδιαθέτου ὁμοίως τῆς γυναικὸς τελευτώσης τὴν ἐπερώτησιν κομιττεύεσθαι ποιεῖ. [Heimbach]: [...] *intestata quoque muliere defuncta, stipulationem committi efficit*. Il verbo *committo* si trova traslitterato in greco, in varie forme, altre quattro volte negli scolii ai Basilici, tutte relative alla materia processuale, ma in un significato riconducibile alla sfera semantica del ‘fare nascere’. Così accade, con riferimento all’*actio commodati* in *sch. 1 ad Bas.* 13.1.6 = Marc. 5 *dig.* D. 13.6.16 (BS II 618/21 = Hb. II 17) la quale nasce e spetta (*committi*) al comodante, in virtù del dolo negoziale che aveva inficiato la conclusione del contratto di comodato. Similmente nello *sch. 14 ad Bas.* 18.2.7 = Ulp. 29 *ad ed.* D. 14.4.7.8 (BS III 1088/18; Z. *Suppl.* 186) si legge che ἀπό δόλου κομιττεύεται ἡ τριβουτορία, nel senso, ancora una volta, che spetta l’*actio tributoria* in virtù del dolo che aveva caratterizzato l’agire del *pater* nella ripartizione dell’importo dei beni peculiari tra i creditori. Infine, nello *sch. 1 ad Bas.* 29.1.89 = C. 5.12.2 (BS V 2089/26; Hb. III 432), con l’espressione ἀγωγὴν συνθεθεῖσα καὶ κομιττευθεῖσά ἐστι si fa riferimento ad un’azione concordata, nel senso che sul suo testo (formulare) le parti hanno trovato un accordo e che, dunque, è nata e spetta. Infine, nello *sch. 2 ad Bas.* 60.7.6 = C. 6.1.1 (BS

VIII 3277/16; Hb. V 410) l'espressione κομμιττενῆναι κατά τοῦ πεπρακότος αὐτόν την δούπλαν, fa riferimento, ancora una volta, alla spettanza di un'azione (al *duplum*) contro il venditore. D'altra parte, l'impiego del verbo *committo* da parte dei giuristi bizantini corrisponde a quello dei giuristi classici, segnalato dal *VR*, I, Berlino, 1903, 817 s., in materia contrattuale e, precisamente, con riferimento alla *stipulatio*; l'espressione *committere stipulationem* significa *stipulatio vim habere incipit*, sulla base del presupposto del suo regolare perfezionamento. In questo significato, il verbo *committo* si trova impiegato numerose volte: Iul. 45 *dig.* D. 2.11.13: *nec committitur stipulatio nec fideiussore tenentur*; Ulp. 8 *ad ed.* D. 3.3.15.1: *stipulationis clausola committitur*; Paul. 2 *ad Ner.* D. 3.5.18(19)3: *stipulationem evictionis committat*; Pap. 11 *resp.* D. 21.1.9: *usurarum stipulatio, quamvis debitor non convenitur, committitur*; Pomp. 9 *ad Sab.* D. 21.2.16: *duplae stipulatio committi*; Pomp. 1 *ex Plaut.* D. 21.2.22: *stipulatio de evictione pupillo adversus venditorem committitur*; Afr. 6 *quaest.* D. 21.2.24: *committi stipulationem dicamus*; Iul. 47 *dig.* D. 21.2.39.1: *duplae stipulatio ei non committetur*; Gai. 2 *ad ed. aed. cur.* D. 21.2.57: *alioquin semel commissa stipulatio resolvi non potest*; Pap. 28 *quaest.* D. 21.2.66 *pr.*: *omnimodo nocebit ei dolus suus nec committitur stipulatio*; Pap. 27 *quaest.* D. 22.1.4 *pr.*: *committi incerti stipulatione*; Pap. 4 *resp.* D. 23.4.26.5: *post verum autem divortium renovatis nuptiis non committitur fisco stipulatio*; Iul. *lib. sing. de ambig.* D. 34.5.13(14).2: *stipulatio committatur*; Iul. 45 *dig.* D. 35.1.24: *stipulationes committi*; Iav. 11 *ep.* D. 35.1.67: *commissa stipulatione*; Pap. 1 *def.* D. 35.1.79.2: *stipulatione commissa etiam fructus heredi restituet*; Pap. 29 *quaest.* D. 35.2.11.6: *duobus committatur stipulatio*; Gai. 14 *ad ed. prov.* D. 38.1.22: *cum patronus operas stipulatus sit, tunc scilicet committitur stipulatio cum poposcerit nec libertus preaestiterit*; Iul. 41 *dig.* D. 39.1.13: *si dominus opus novus nuntiaverit intra diem quae stipulatione ex operis novi nuntiatione interposita comprehensa esset, committitur stipulatio: si praeterita ea die dominus nuntiaret, non committitur*; Afr. 7 *quaest.* D. 44.7.23: *non committi stipulationem*; Paul. 12 *ad Sab.* D. 45.1.44: *stipulatio committatur*; Afr. 6 *quaest.* D. 45.1.63: *stipulationem committat*; Paul. 58 *ad ed.* D. 45.1.77: *ante diem mortuo promissore committitur poena*; Paul. 75 *ad ed.* D. 45.1.85.6: *poena committitur*; Pap. 2 *quaest.* D. 45.1.115 *pr.*: *quasi qualibet stipulatio sub condicione concepta vires habebit, nec ante committeretur*; Scaev. 28 *dig.* D. 45.1.122.5: *si condicio non exstisset stipulationem non commissam*; Pap. 2 *def.* D. 45.1.124: *scilicet ut ante diem stipulatio non committatur*; Scaev. 13 *quaest.* D. 45.1.133: *amplius ex heredis committi non poterit (scil. stipulatio)*; Iul. 52 *dig.* D. 45.3.1.6: *secunda obligatione Maevio commissa*; Iul. 13 *dig.* D. 46.2.15: *committitur stipulatio*; Pomp. 5 *ex Plaut.* D. 46.2.24: *committi stipulationem; novatio non potest contingere ea stipulatione quae non committitur*; Ulp. 7 *disp.* D. 46.3.31: *quo minus committatur stipulatio*; Pap. 28 *quaest.* D. 46.3.95.1: *nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem*; Ner. 4 *membr.* D.

Invece, secondo Stefano, la *litterarum obligatio* μὴ κατ’ἀκρίβειαν [...] κομμιττεομένην: sul contratto letterale, a stretto rigore, non è stato raggiunto alcun accordo, su di esso non si è formato il consenso delle parti; esso produce effetti solo per volontà del legislatore, il cui intervento legislativo (διόταξις) è infatti richiamato per rinviare alla disciplina della prescrizione dell’*exceptio* e della *querela non numeratae pecuniae* sulla quale si fonda il perfezionamento dell’obbligazione letterale.

In conclusione, dal testo ci pare emerga una certa perplessità circa il ricorrere dell’accordo delle parti nella *litterarum obligatio*; si tratta di una spia delle difficoltà che, sul piano dogmatico, il contratto letterale giustiniano doveva presentare, per il fatto che il semplice decorso del tempo arrivava a modificare un’obbligazione *re* in una obbligazione *litteris*.

Ciò, tuttavia, non poteva mettere in discussione la riconducibilità di questo istituto al novero dei contratti; né, del resto, l’antecessore avrebbe potuto contestare la categoria dei contratti letterali nel contesto normativo nel quale i giuristi bizantini ormai operavano. Tanto è vero che, in un altro scolio contenente un testo espressamente attribuito a Stefano, pur non prendendosi in esame il profilo dell’accordo delle parti, non si mostra alcun indugio circa l’efficacia della *litterarum obligatio* nei

46.6.11: *committitur stipulatio*; Gai. 27 *ad ed. prov.* D. 46.7.7: *an stipulatio committatur? Et nihil aliud dici potest quam committi*; Scaev. 20 *dig.* D. 46.7.20: *an stipulatio commissa esset, respondit secundum ea quae proponerentur non esse iure commissam*; Pap. 28 *quaest.* D. 46.8.1: *committi stipulationem placuit*; Pap. 12 *resp.* D. 46.8.3.1: *stipulatio de rato committeretur in eam pecuniam*; Pap. 12 *resp.* D. 46.8.3: *stipulationem committi constabat*; Scaev. 13 *quaest.* D. 46.8.5: *denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem*; Pomp. 26 *ad Sab.* D. 46.8.18: *sine dubio committeretur stipulatio pro ea parte, pro qua ratum non habebitur, quia in id committitur, quod stipulatio intersit*. L’idea che *committo* indichi, quando riferito alla *stipulatio*, la produzione di effetti del contratto, è sostenuta da R. TRIFONE, *La ‘stipulatio’*, cit., 189.

confronti del debitore mutuatario, dopo il decorso del biennio entro il quale si sarebbe potuta intentare la *querela non numeratae pecuniae*:

Sch. 1 ad Bas. 23.1.30 = Paul. 5 ad Plaut. D. 12.1.30 (BS IV 1553-1554/31-1; Hb. II 623): Στεφάνου. Τοῦτο νόησον, ἔνθα πρὸ τῆς ἐπὶ τῇ ἀναργυρία διετίας ὁ χειρογραφῆσας ἐχρήσατο παραγγελία· τῆς γὰρ διετίας παραδραμούσης κομμιτεύεται ἡ λίτερις κατ’ αὐτοῦ¹²⁵.

Si noti l’impiego da parte di Stefano del medesimo verbo, *committo*, traslitterato ancora una volta in greco, come nello scolio precedentemente analizzato, al fine di segnalare la produzione di effetti giuridici dell’obbligazione letterale nei confronti del debitore mutuatario, autore del chirografo di mutuo¹²⁶.

A questo punto possiamo tornare alle riflessioni di Teofilo con le quali abbiamo aperto questo paragrafo. Il parafraste si era curato di precisare che l’obbligazione letterale discendeva da un accordo delle parti circa la redazione del γραμματεῖον da parte del solo debitore e sulla sua consegna al creditore; infatti, il creditore

¹²⁵ [Heimbach]: *Stephani. Hoc intellige, quando is, qui cautionem emisit, intra biennium exceptionis non numeratae pecuniae denuntiatione usus est: nam biennio praeterlapso committitur adversus eum litterarum obligatio*

¹²⁶ Stesso contenuto e stesso linguaggio dello scolio appena analizzato presenta un altro scolio adespota, ma significativamente attribuito da C.G E. HEIMBACH, *Prolegomena et manuale Basilicorum*, cit., 260, proprio a Stefano: *sch. 5 ad Bas. 25.1.11 = Ulp. 28 ad ed. D. 13.7.11 (BS V 1775/11-15; Hb. III 57):* Τοῦτο νόησον, ἐν ᾧ πρὸ τῆς διετίας κινεῖται πηνερατικία. Μετὰ γὰρ τὴν διετίαν κομμιτευομένη λοιπὸν ἡ λίτερις ἐνοχὴ ποιεῖ τὸ ἐνέχυρον ὑποκεῖσθαι ὡς μὴ δυναμένου λοιπὸν τοῦ χειρογραφῆσαντος ἀναργυρίας ἀντιτιθέναι παραγραφὴν μηδὲ κινεῖν τὴν πηνερατικίαν εἰς ἀνάληψιν τοῦ ὑποτεθέντος, εἰ μὴ καταβάλῃ τὸ χρέος. [Heimbach]: *Hoc intellige, si ante biennium agitur pignoratitia. Post biennium enim confirmata in posterum litterarum obligatio efficit, ut obligationis nomine pignus obstringatur cum is, qui cautionem emisit, exceptionem non numeratae pecuniae amplius non possit, nec pignoratitia ad pignus recipiendum, nisi debitum solverit.*

mutuante autorizzava il debitore a redigere il chirografo da solo, al fine di evitare il perfezionarsi di una *stipulatio*: ἐγὼ δὲ ἐπέτρεψα αὐτῷ ποιῆσαι γραμματεῖον. Dobbiamo dedurre che le parti si sarebbero accordate anche intorno al contenuto del chirografo; l’antecessore evidentemente voleva fugare ogni dubbio circa la formazione e la ricorrenza dell’accordo delle parti anche con riferimento al γραμματεῖον: se anche esso era stato redatto dal solo debitore, comunque il contenuto del chirografo doveva essere frutto dell’accordo delle parti.

La presenza dell’accordo delle parti, così come riconosciuto da Teofilo, giustifica la riconduzione della *litterarum obligatio* giustiniana all’interno del novero dei contratti e permette di superare l’obiezione di quanti, ancora oggi, preferiscono discorrere di un’obbligazione ‘legale’, piuttosto che letterale, ossia di un’obbligazione fondata per volontà del legislatore sul decorso del tempo, piuttosto che sulla *conventio*¹²⁷.

Inoltre, le riflessioni dei giuristi bizantini che abbiamo analizzato in questo paragrafo mostrano come i contratti letterali erano oggetto di spiegazione agli studenti e di dibattito tra i giuristi, un dibattito giustificato dalla novità rappresentata da questo istituto di recente introduzione. Se legghiamo questi dati alla diffusione dei contratti letterali in età tardo antica, troviamo un filo conduttore capace di confutare l’idea che i contratti letterali in età giustiniana fossero esistenti solo in teoria e non avessero alcun riscontro né nella vita giuridica del VI secolo d.C. né nella riflessione dei giuristi¹²⁸.

¹²⁷ Cfr. gli studiosi citati *supra*, in nt. 22.

¹²⁸ In questo senso depone, ad esempio, lo *sch.* 43 *ad Bas.* 11.1.27 = D. 2.14.27 (BS I 257 s./28-2; Hb. I 609) che presuppone la vitalità della categoria dei contratti letterali escludendo la validità dell’*acceptilatio* quando fosse intervenuta con riferimento ad *obligationes re o litteris*.

4.2. Infine, la nostra tesi circa la genesi di I. 3.21 nella legislazione tardo antica, la quale ha fornito un modello di contratto letterale coincidente con quello accolto nelle Istituzioni Imperiali consente di spiegare come mai la *litterarum obligatio* non sia stata oggetto di adeguata riflessione e presenti, dunque, un ulteriore profilo problematico in termini di teoria generale dell’obbligazione. Intendiamo riferirci alla dubbia esistenza di un’obbligazione prima del decorso del biennio.

La mancata *numeratio*, infatti, rendeva l’obbligazione reale non configurabile prima del decorso del biennio e, considerato che neppure si poteva dire sorta una *obligatio verbis*, per l’assenza della *stipulatio* e, naturalmente fino a quando non fosse decorso il biennio, neppure una *litterarum obligatio*, alcuni studiosi hanno proposto di configurare fin da subito l’obbligazione letterale, ossia fin dal momento in cui era stato redatto il $\gamma\rho\alpha\mu\mu\alpha\tau\epsilon\acute{\iota}\omicron\nu$ ¹²⁹.

¹²⁹ Così C. FACELLI, *L’ ‘exceptio non numeratae pecuniae’*, cit., 48 ss., con valutazione critica della precedente letteratura, con particolare riferimento alle posizioni di H.R. GNEIST, *Die formelle Verträge*, cit., 256 ss. e O. BAHR, *Die Anerkennung*, cit., 289 ss., i quali negavano l’esistenza dell’obbligazione letterale in diritto giustiniano, ritenendo che il documento avesse solo valore probatorio e non dispositivo e che, nell’ipotesi di I. 3.21, l’obbligazione nascesse non dal documento, ma dal solo decorso del tempo. Il Facelli è avvertito della circostanza, ma non riesce a superare l’ostacolo proveniente dall’inciso *dum queri non potest*, se non proponendo (48 s.) che: «il testo non deve intendersi alla stretta stregua delle sue parole, sibbene nel suo spirito» (cfr. *supra*, nt. 20). L’idea che l’obbligazione letterale giustiniana sarebbe sorta da subito con la redazione del chirografo è sostenuta ancora da F. SCHUPFER, *Singrafé*, cit., 376 s. La questione della nascita e del fondamento dell’obbligazione letterale giustiniana è sintetizzata da S. RICCOBONO, *‘Stipulatio’ ed ‘instrumentum’ nel Diritto giustiniano*, I, cit., 227 ss., alle cui pagine rinviamo per un riepilogo delle idee che, fin dai tempi della Glossa, hanno cercato di trovare una spiegazione alla strana figura di un’obbligazione letterale che però nasce *re*, quantunque non abbia avuto luogo la *numeratio pecuniae*. Lo studioso ripercorre i vari tentativi di ricostruzione, da quelli che hanno negato l’esistenza stessa dell’obbligazione letterale in diritto giustiniano, a quelli che

La tesi è inaccoglibile, perché il dettato delle Istituzioni imperiali è limpido nel collegare la nascita dell’*obligatio litterarum* al tempo in cui non era più possibile esercitare la *querela non numeratae pecuniae: dum quaeri non potest, scriptura obligetur*.

Come ammettevano già Cuiacio¹³⁰, Donello¹³¹ e Vinnio¹³² e, in tempi più recenti Ferrari dalle Spade¹³³, Brasiello¹³⁴ e Collinet¹³⁵,

hanno fondato l’obbligazione letterale su di un mutuo ‘finto’, o su di un chirografo rilasciato sulla base di una *spes futurae numerationis*, che si sarebbe convertita in obbligazione letterale una volta decorso il biennio per effetto dell’autorità della legge.

¹³⁰ J. CUIACIO *Notae in librum III Institutionum Iustiniani*, in *Opera Omnia*, Neapoli, 1723, tomo 1, col. 209.

¹³¹ H. DONELLUS, *Ad titulum XXX cod. de non numerata pecunia*, cit., col. 250 ss.

¹³² A. VINNIUS, *Institutionum imperialium Commentarius*, II, cit., 781 ss., pagine nelle quali si può scorgere una marcata attenzione da parte del rappresentante della giurisprudenza elegante olandese dell’aspetto del consenso, che avevamo visto particolarmente sottolineato da Teofilo. Infatti, secondo Vinnio *«litterarum obligatio est cum quis scripto alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, quam non accepit, nec intra biennium confessionem retractavit»*, una definizione nella quale spicca il riferimento al mutuo consenso nella redazione dello scritto e nel suo trasferimento al creditore mutuante; del resto, lo stesso giurista aveva avuto modo di precisare, poco prima, *«litterae ad conventiones accedentes obligationem pariunt, quae specie obligationis tertio loco posita est in divisione earum quae nascuntur ex contractu»*. E, ancora, Vinnio sottolinea la necessità che la *conventio* ricorresse anche nei contratti letterali: *«Exigimus ut scriptum, mutuo consensu traditum sit creditori: nam sine conventionem nulla est ex contractu obligatio»*. Queste precisazioni ci pare si giustifichino in virtù della consultazione della Parafrasi da parte di Vinnio il quale, solo ufficialmente commenta le Istituzioni, ma in realtà ci pare condizionato dal pensiero di Teofilo. Egli, infatti, sviluppa il tema del consenso del tutto omesso nel passo delle Istituzioni Imperiali.

¹³³ G. FERRARI DALLE SPADE, *L’obbligazione letterale*, cit., 117 ss.

¹³⁴ U. BRASIELLO, *In tema di categorie contrattuali*, cit., 149, il quale significativamente nota: «non si guarda più l’elemento causa, non l’elemento consenso; fonte del vincolo qui è la forma, onde non può più distinguersi elemento causale ed elemento perfezionatore».

¹³⁵ P. COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, cit., 60 ss., sulle cui affermazioni v. i rilievi critici di M.R. CIMMA, *‘De non numerata pecunia’*, cit., 221.

non resta che riconoscere che l’obbligazione letterale nasceva, esattamente nei termini descritti da Giustiniano, da una scrittura che assumeva efficacia dispositiva in seguito alla scadenza del termine biennale di prescrizione della *querela non numeratae pecuniae*.

Ora, per il periodo precedente al decorso del biennio, un arco temporale non disciplinato né nelle Istituzioni né da Teofilo, occorre ritenere che non ci sarebbe stata nessuna *obligatio verbis*, perché il chirografo doveva essere redatto dal debitore in assenza del creditore, e neppure alcuna *obligatio litteris*, per la mancanza di effetti dispositivi del documento prima del decorso del biennio di prescrizione della *exceptio* e della *querela non numeratae pecuniae* (come invece sarebbe successo in età tardo antica). Infine, quanto all’*obligatio re*, riteniamo si debba convenire con le valutazioni di Maria Rosa Cimma, ad avviso della quale «prima dell’accertamento giudiziale, infatti, dato che esisteva una controversia sulla *numeratio pecuniae*, non si può dire in astratto se il debito esistesse o meno. Spettava appunto al giudice accertare se il denaro fosse stato versato, ed in caso di condanna del convenuto costui doveva pagare perché si era accertato giudizialmente la sussistenza dell’*obligatio re*. In ogni caso entro il biennio l’accertamento verteva sull’esistenza o meno di un’*obligatio re*, e quindi hanno torto anche lo Schupfer e il Facelli nel sostenere l’esistenza *ab initio* di un’*obligatio litteris*. Ciò a maggior ragione se si considera che il presunto debitore, poteva attraverso la *denuntiatio*, ottenere l’effetto di poter proporre in perpetuo la questione della *numeratio pecuniae*, e quindi dell’esistenza o meno di un’*obligatio re* [...]Sembra pertanto che si debba effettivamente ammettere, per rimanere nei termini di I. 3.21, la possibilità di un mutamento del titolo dell’obbligazione dovuto solo al trascorrere del tempo: ragionando in termini moderni occorre però riconoscere che hanno visto giusto il

Bertolini ed il Messina Vitrano, ed in realtà il discorso contenuto nel passo in esame è tutt’altro che soddisfacente»¹³⁶.

Le ragioni di insoddisfazione, giustamente rilevate dalla studiosa, si spiegano alla luce della genesi che abbiamo cercato di rinvenire del titolo 3.21 delle Istituzioni; una genesi che affonda le proprie radici nella legislazione tardo antica, sviluppatasi senza il necessario approfondimento dogmatico, che solo i giuristi avrebbero potuto fornire. Pertanto, occorre riconoscere che «se il termine era trascorso senza che nessuna delle due parti prendesse l’iniziativa, e cioè senza che il creditore agisse per ottenere la restituzione della somma e senza che il presunto debitore effettuasse la *denuntiatio*, l’indagine sulla *numeratio pecuniae* non sarebbe stata comunque ammessa e quindi la distinzione tra le due ipotesi (versamento o meno del denaro) ha un valore esclusivamente scolastico [...] quando il denaro non era stato versato si avrebbe non un’*obligatio litteris*, ma una presunzione legale del suo versamento, fosse o no avvenuta in realtà la *numeratio pecuniae*».

Aggiungiamo solo che il titolo vantato dal creditore era il chirografo di mutuo che faceva sorgere un’obbligazione letterale, esistente grazie alla presunzione *iuris et de iure*, introdotta dal legislatore, una volta scaduto il termine di prescrizione biennale per intentare la *querela non numeratae pecuniae*.

4.3. È tempo di pervenire a delle conclusioni intorno al titolo delle Istituzioni imperiali dedicato alla *litterarum obligatio*. I. 3.21 non è stato frutto di una semplice costruzione teorica sganciata dalla realtà, ma esso affondava le proprie radici nella legislazione tardo antica. Se anche il titolo *de litterarum obligatione* delle Istituzioni imperiali svolse certamente anche una funzione di sistema, permettendo di recuperare i contratti letterali dall’oblio nel quale

¹³⁶ M.R. CIMMA, ‘*De non numerata pecunia*’, cit., 221 s.

erano caduti per effetto della desuetudine dei *nomina transcripticia*, al fine di ripristinare la quadripartizione gaiana dei contratti, ciò non implica affatto che i contratti letterali non esistessero nella realtà giuridica, non fossero insegnati agli studenti e non fossero oggetto di riflessione da parte dei giuristi bizantini.

Non è tutto. Una volta delimitato il contratto letterale ai soli chirografi di mutuo¹³⁷, con esclusione dei chirografi stipulatori, si delineava una precisa linea di demarcazione tra i mutui (i cui rispettivi chirografi potevano dare luogo ad una obbligazione letterale, verificatesi le condizioni di I. 3.21) e le *stipulationes*, astratte come erano sempre state in diritto classico o anche causali, come erano diventate ormai in età giustiniana. Tale demarcazione si riverberava pure sugli *instrumenta* che attestavano questi negozi: da una parte i chirografi di mutuo e dall'altra gli *instrumenta* stipulatori. Ancora, l'aver ripristinato il campo di operatività della *querela* e dell'*exceptio non numeratae pecuniae* alle sole ipotesi di *pecunia quasi credita*, determinava anche una precisa selezione del campo di applicazione di un istituto che, come abbiamo verificato, aveva registrato uno sviluppo caotico e un'applicazione generalizzata in età tardo antica.

In altri termini, l'obbligazione letterale giustiniana segue una linea di sviluppo che finisce in un punto di inevitabile intersezione con gli istituti della *stipulatio* e dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, anche loro oggetto non a caso degli interventi riformatori di Giustiniano, che analizzeremo nei prossimi due paragrafi, mettendo in relazione le riforme di quest'ultimo imperatore, proprio con i caratteri della *litterarum obligatio* giustiniana: ci accorgeremo come le discipline di tutti e tre gli istituti coinvolti nella nostra indagine si intreccino l'una con l'altra.

¹³⁷ Sul mutuo in età giustiniana v. G. LUCHETTI, *Il prestito*, cit., 1 ss.; E. GIANNOZZI, *La loi 'Lecta' du Digeste (D. 12.1.40) aux Basiliques (Bas. 23.1.42): les destinées d'un fragment difficile de Paul*, in *AUPA*, 66, 2023, 112 ss.

5. L'efficacia probatoria rinforzata degli ‘*instrumenta*’ stipulatori: analisi di C. 8.37(38).14.2 e I. 3.19.12.

Alla luce della ricostruzione dell'obbligazione letterale giustiniana che il presente lavoro propone, abbiamo potuto constatare come i chirografi dotati di effetti dispositivi e costitutivi dell'obbligazione fossero i soli chirografi di mutuo; mediante l'inciso «*cessante scilicet verborum obligatione*», infatti, i compilatori di I. 3.21 non si sono solo limitati a riproporre il contenuto di Gai 3.134 (*si eo nomine stipulatio non fiat*), ma hanno anche posto una precisa linea di demarcazione tra i chirografi di mutuo e quelli stipulatori.

Come abbiamo appreso dalla Parafrasi di Teofilo¹³⁸, è possibile affermare che laddove un chirografo recasse la clausola stipulatoria ovvero descrivesse nei contenuti una *stipulatio* intervenuta alla presenza delle parti, quel γραμματεῖον non avrebbe potuto produrre effetti costitutivi dell'obbligazione; per questo motivo, Teofilo si premura di specificare che il chirografo di mutuo che poteva dare luogo ad una obbligazione letterale doveva essere redatto dal solo debitore, senza la presenza del creditore, ma previa autorizzazione di quest'ultimo.

Infatti, come ci renderemo subito conto, in età giustiniana sarebbe bastato che un chirografo facesse riferimento alla compresenza di entrambe le parti nel giorno e nel luogo in cui era stato concluso il contratto¹³⁹, per fare presumere che la *stipulatio* si fosse perfezionata, escludendo, per ciò solo, che quel chirografo potesse dare luogo ad una obbligazione letterale. La disciplina della *litterarum obligatio* delle Istituzioni imperiali, dunque, risulta utile

¹³⁸ *Supra*, §. 4.1.

¹³⁹ L'unico requisito di forma che caratterizzava ormai la *stipulatio*, una volta liberata dalle solennità orali per effetto della celebre costituzione di Leone (C. 8.37[38].10), che abbiamo avuto modo di analizzare in precedenza, cfr. *supra*, §. 2.2.1.

anche perché consente di operare una netta demarcazione tra chirografi di mutuo, destinati ad ottenere efficacia dispositiva in seguito all’inutile decorso del termine biennale di prescrizione della *querela non numeratae pecuniae* e chirografi stipulatori dotati, invece, di sola una efficacia probatoria, sebbene rafforzata.

Infatti, Giustiniano si è premurato di disciplinare gli effetti del documento stipulatorio sulla scia della disciplina tardo antica che, come si ricorderà dall’analisi di un passo delle *Pauli Sententiae*¹⁴⁰, lasciava presumere la ricorrenza della *interrogatio* allorquando il documento attestava la sola *responsio* del debitore. Giustiniano ribadisce l’idea che gli *instrumenta* stipulatori fossero dotati di una efficacia probatoria rinforzata, introducendo una presunzione che integrava la disciplina tardo antica:

C. 8.37(38).14.2: IMP. IUSTINIANUS A. IOHANNI PP. *Et si inter praesentes partes res acta esse dicitur, et hoc esse credendum, si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo huiusmodi instrumentum scriptum est, nisi is, qui dicit sese vel adversarium abesse, liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem, si per scripturam, sed saltem per testes undique idoneos et omni exceptione maiores ostenderit sese vel adversarium suum eo die civitate afuisse: sed huiusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas.* DAT. K. NOV. POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTIS VV. CC. [a. 531].

Il paragrafo della costituzione di nostro interesse segue una prima parte del provvedimento in materia di *stipulationes* servili che non abbiamo trascritto¹⁴¹: con tutta probabilità doveva trattarsi di

¹⁴⁰ Paul. Sent. 5.7.2, esaminato *supra*, § 2.2.1. Non a caso, il contenuto del passo è riproposto in I. 3.19.17: *Si scriptum fuerit in instrumento, promississe aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit.*

¹⁴¹ C. 8.37(38).14. pr.-1: IMP. IUSTINIANUS A. IOHANNI PP. *Optimam quaestionem et frequenter in iudiciis versatam satis humanum est saltem in praesenti dirimere, ne diutius nostram rem publicam molestare concedatur. in multis etenim contractibus et maxime in*

distinte disposizioni contenute in costituzioni diverse, tuttavia congiunte da parte degli stessi commissari giustiniani nel momento dell’inserimento del testo all’interno del Codice¹⁴².

feneraticis cautionibus solitum est adscribi, stipulationes per certos servos celebrari. sed quidam indevotione tenti ex hoc materiam altercationis acceperunt: et alii quidem non esse servum adhibitum contendebant, alii vero non eius esse servum, ad quem pertinere scriptura protestabatur: et si non per servum, sed inter praesentes celebratam esse rem fuerit scriptum, et hoc iterum dubitabatur, debere ostendi partes esse praesentes. 1. Cum itaque satis utile est in contractibus et servos adhiberi et praesentes esse personas adscribi, forte propter personas dignitate excelsas vel mulieres, quas naturalis pudor non omnibus perperam sese manifestare concedit, sancimus tales scripturas omnifariam esse credendas et, sive adscriptus fuerit servus et ad quandam personam dicitur pertinere, credi omnimodo et servum adesse et fecisse stipulationem et eam esse scripto domino acquisitam et non dubitari, si servus ipse praesto fuerit vel eius domini fuit is, pro quo scriptus est fecisse stipulationem. DAT. K. NOV. POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTIS VV. CC. [a. 531]. Giustiniano introduce il testo presentandolo come una misura volta a dirimere una questione giuridica che spesso si agitava nei tribunali, al fine di evitare che in futuro fosse turbato il regolare funzionamento degli uffici giudiziari. La questione riguardava le contestazioni, evidentemente spesso pretestuose, circa l’effettivo status di schiavo di chi figurava nel documento o circa la sua appartenenza al sedicente *dominus*. Sulla premessa dell’utilità della partecipazione al contratto da parte di schiavi – ad esempio con riferimento a persone *dignitate excelsae* o *mulieres* le quali, per pudore, preferivano non palesarsi –, si dispone, con riferimento a tutti i contratti e, in particolare alle cauzioni di mutuo, che laddove i documenti attestassero il perfezionamento dei contratti tramite *servi*, essi facessero piena prova, sia dello *status* dello schiavo che aveva partecipato al contratto, sia della sua appartenenza al *dominus*.

¹⁴² L’ipotesi si fonda su diversità di stile tra le due parti della costituzione e su alcune difformità sintattiche particolarmente lumeggiate da K.-H. FRITZ, *Studien zur Justinianischen Reformgesetzgebung*, Quakenbrück, 1937, 33 ss., secondo il quale la costituzione avrebbe in origine riguardato solo la *stipulatio per servum*, mentre la seconda parte relativa alla *stipulatio inter praesentes* sarebbe stata contenuta in una diversa costituzione, come può dimostrare I. 3.19.12 che ne riporta il contenuto, omettendo però ogni riferimento alla problematica rappresentata dalla partecipazione degli schiavi all’atto. In tema v. ancora F. PRINGSHEIM, *Stipulations-Klausel*, cit., 218 ss. La questione è stata ripresa in tempi recenti da R. MARTINI, *Sulla presenza delle parti alla «stipulatio» nel diritto giustiniano*, in *Labeo*, 47, 2001 245 ss., ora in *A l’Europe du troisième millénaire. Melanges offerts à G. Gandolfi*,

Nella prima parte del provvedimento Giustiniano aveva presentato la questione giuridica che intendeva disciplinare, come

III, Milano, 2004, 1233 ss., il quale ha confermato la tesi della fusione di due diversi provvedimenti giustiniani con argomenti sostanziali condivisi da F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 36, il quale aggiunge un ulteriore argomento discendente dai destinatari della costituzione: «Giustiniano, menzionandola nelle *Institutiones*, la definisce rivolta ‘*ad Caesarienses advocatos*’ [...] mentre il testo pervenuto tramite il *Codex* risulta indirizzato al prefetto del pretorio Giovanni [...] Tutto ciò potrebbe lasciare ipotizzare che la questione sollevata dagli avvocati di Cesarea e risolta da Giustiniano con un primo provvedimento (di tipo particolare) fosse solamente quella relativa alla presenza delle parti, mentre quella in tema di rappresentanza degli schiavi fosse oggetto di una distinta disposizione generale, indirizzata al prefetto del pretorio (e quindi non necessariamente destinato ad essere poi inoltrato all’avvocatura di Cesarea). Del resto, un rilievo (di Martini) di per sé non decisivo, ma che assume spessore alla luce degli altri elementi finora emersi, è constatare come l’esordio della costituzione parli di una sola ‘*optima quaestio et frequenter in iudiciis versata*’, e non di due, come ci si potrebbe aspettare in base al dettato della *lex* come pervenuta». Diversamente, R. BONINI, «*Interrogationes*» *forensi*, cit., 38, nt. 62, si oppone alla tesi della natura composta di C. 8.37(38).14 ed è convinto che la costituzione affrontasse due questioni diverse perché diversi erano i quesiti che erano stati posti dall’avvocatura di Cesarea. Della costituzione hanno avuto modo di occuparsi: H. BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, I, Berlino, 1880, 60 ss.; L. STOUFF, *Étude*, cit., 18 s.; M. KROELL, *Du role de l’écrit*, cit., 157; S. RICCOBONO, ‘*Stipulatio*’ ed ‘*instrumentum*’ nel *Diritto giustiniano*, I, cit., 273; ID., ‘*Stipulatio*’ ed ‘*instrumentum*’ nel *Diritto giustiniano*. (*Fortsetzung*), cit., 269 ss., il quale tende ad attribuire valore assoluto al documento stipulatorio, con la conseguenza che ai fini della validità della *stipulatio* in età giustiniana non sarebbe stata richiesta né l’*unitas actus* né la presenza delle parti, sostituita ormai dall’attestazione documentale (una specifica confutazione di questa tesi in R. BONINI, «*Interrogationes*» *forensi*, cit., 36, nt. 66 e 38, nt. 71); ID., *Stipulation*, cit., 55 ss.; F. BRANDILEONE, *La “stipulatio”*, cit., 476 ss.; B. NICHOLAS, *The Form*, cit., 247 ss.; U. BRASIELLO, *In tema di categorie contrattuali*, cit., 115 ss.; J.-C. VAN OVEN, *La stipulation*, cit., 412 ss.; A. GUARINO, ‘*Mandatam credend?*’, Napoli, 1982, 34 s.; G. DIÓSDI, *Giustiniano e la ‘stipulatio’*, cit., 47 ss.; G. MACCORMACK, *The Oral and Written Stipulation*, cit., 104; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 425.

segue: «*et si non per servum, sed inter praesentes celebratam esse rem fuerit scriptum, et hoc iterum dubitabatur, debere ostendi partes esse praesentes*».

Tutte le volte in cui le *stipulationes* erano concluse direttamente tra le parti e non per mezzo di schiavi, soleva sollevarsi la questione in ordine alla reale presenza delle parti al momento della conclusione del contratto – come attestato nell’*instrumentum* – pretendendo che l’attore, il quale voleva fare valere in giudizio un credito nascente da una *stipulatio* desse prova che la *stipulatio* era stata conclusa alla presenza delle parti, esattamente come attestato dal documento.

Giustiniano dispone che di fronte a *instrumenta* stipulatori redatti *inter praesentes* occorresse prestare fede ai documenti e presumere che il contratto si fosse perfezionato alla presenza delle parti, a condizione che le parti fossero entrambe presenti nella medesima *civitas* nel giorno in cui era stato redatto l’*instrumentum*. Sarebbe gravato su chi contestava che sé stesso o la controparte fossero stati assenti dimostrarlo, con prove liquide e manifestissime, preferibilmente scritte o, se testimoniali, per mezzo di testimoni di sicura affidabilità.

La natura relativa della presunzione e la possibilità del suo superamento mediante la dimostrazione della mancata presenza delle parti, ci paiono significativi, tanto nella natura solo probatoria, per quanto rafforzata da una presunzione, delle *cautiones* stipulatorie giustinianee; quanto della necessità che la *stipulatio*, pur se affidata alla redazione di uno scritto, fosse conclusa alla presenza delle parti oralmente.

La costituzione è nota anche attraverso la testimonianza delle Istituzioni imperiali:

I. 3.19.12: *Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus et non praesentes esse vel se vel adversarios suos contententibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium*

introducitur est, quam ad Caesarienses advocatos scripsimus, per quam disposuimus, tales scripturas quae praesto esse partes indicant omnimodo esse credendas, nisi ipse qui talibus utitur improbis allegationibus manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit, in ipso toto die, quo conficiebatur instrumentum sese vel adversarium suum in aliis locis esse.

Dopo avere riaffermato il principio classico secondo il quale la *stipulatio inter absentes inutilis est*, il passo delle Istituzioni affronta la questione delle liti pretestuose che si potevano verificare tutte le volte in cui si mettesse in discussione la presenza propria o della controparte negoziale attestata in una *cautio stipulatoria*; si richiama il dettato di C. 8.37(38).14, costituzione che qui si presenta rivolta all'avvocatura di Cesarea¹⁴³. Si ribadisce che, *propter celeritatem dirimendarum litium*, occorre prestare fede alle *cautiones stipulatorie* in base alle quali la *stipulatio* sarebbe stata conclusa in presenza delle parti, a meno che con prove manifestissime – ossia *per scripturam vel per testes idoneos* – non si dimostri che per l'intero giorno durante il

¹⁴³ Rinviamo *supra*, nt. 142, per la questione se la differenza di destinatari che apprendiamo da I. 3.19.12 (i *Caesarienses advocati*) e C. 8.37(38).14 (il prefetto del pretorio Giovanni) sia un indizio dell'originaria distinzione della costituzione in due parti separate, riunite solo all'atto dell'inserimento all'interno del Codice, ovvero se il testo fosse stato, anche prima del 534 d.C., unico, venendo incaricato il prefetto del pretorio del compito di inoltrare la risposta imperiale agli avvocati di Cesarea che dovevano avere richiesto il provvedimento. Si noti, in favore della originaria distinzione del provvedimento in due parti, che nel passo delle Istituzioni non si fa menzione delle stipulazioni servili; sebbene si debba riconoscere che, in sé, l'argomento non sia decisivo in quanto esse potrebbero non essere state ricordate in I. 3.19.12 perché non utili ai fini del discorso condotto nel passo, relativo unicamente alle *stipulationes inter praesentes*, affidate a *cautiones stipulatorie*.

quale l'*instrumentum* era stato redatto, sé o la controparte si fossero trovati in luoghi diversi (*in aliis locis*)¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Si deve ad un rilievo di G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 413, l'aver evidenziato una differenza di regime probatorio tra il testo di C. 8.37(38).14, ai sensi del quale, per privare il documento stipulatorio dell'efficacia probatoria occorrerebbe dimostrare l'assenza di una delle parti dalla *civitas* in cui è stato redatto l'*instrumentum* nel giorno della sua redazione, mentre, secondo il dettato delle Istituzioni, sarebbe stato sufficiente per il *promissor* convenuto dimostrare che una delle due parti, per quanto presente nella stessa città, si trovasse tuttavia in un luogo diverso da quello in cui era stato redatto l'*instrumentum*. Di contrario avviso R. MARTINI, *Sulla presenza*, cit., 247 ss., il quale ritiene la divergenza solo apparente e spiegabile alla luce delle modalità di estensione dei documenti, nei quali non veniva riportato il luogo esatto in cui l'*instrumentum* veniva redatto, ma solo la città, con la conseguenza che la prova che il debitore avrebbe dovuto fornire per privare la *cautio* stipulatoria di effetti probatori comunque doveva passare attraverso la confutazione dell'attestazione documentale secondo la quale *stipulator* e *promissor* erano presenti nella stessa città, nel giorno in cui era stato redatto il documento. Appaiono ben fondate, a tal riguardo, le considerazioni di F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 46 ss., il quale, condividendo il rilievo di Giovanni Luchetti, crede che le Istituzioni abbiano generalizzato le previsioni della costituzione, probabilmente richiamanti la *civitas* in virtù del caso concreto che l'aveva occasionata: «sembrebber allora che la prova richiesta potesse essere fornita tanto con riferimento ad elementi strettamente oggettivi, ossia la dimostrazione che una delle parti si trovasse nel giorno di asserita conclusione del contratto ad una distanza tale dalla *civitas* da non poter essere coperta in sole ventiquattro ore con alcun mezzo, ovvero facendo riferimento anche ad elementi maggiormente circostanziati, ma comunque irrefutabili: volendo esemplificare, ci possiamo chiedere se sarebbe stata sufficiente la dimostrazione che una delle parti, pur presente in città, si trovasse in condizione di prigionia. Diventa allora condivisibile la sopra riportata opinione di Luchetti, secondo cui, in base alle risultanze del manuale istituzionale (verrebbe quasi da dire «paradossalmente», stante il dato testuale di C. I. 8.37(38).14), sarebbe stata sufficiente, quale prova contraria alle risultanze documentali, perfino la dimostrazione che *stipulator* e *promissor*, pur compresenti nella stessa città nello stesso giorno di redazione del documento, per i più svariati motivi non ebbero modo di incontrarsi, perché *in aliis locis*, per l'intero giorno». In effetti, nel corrispondente passo

Si ribadisce, dunque, il principio classico secondo il quale la *stipulatio* deve concludersi *inter praesentes* e che la prova della compresenza di *stipulator* e *promissor* non poteva essere fatta gravare sull'attore (*stipulator*) che produceva in giudizio la *cautio* stipulatoria. A questa veniva riconosciuta un'efficacia probatoria rinforzata ma non invincibile: il debitore *promissor* avrebbe potuto dimostrare il contrario, sarebbe bastato provare che una delle parti fosse in un'altra città o, sulla base del dettato delle Istituzioni, anche in un altro luogo all'intero della stessa città, per privare di efficacia probatoria il chirografo stipulatorio.

Ai nostri fini, dall'esame dei passi condotto in questo paragrafo, conta sottolineare come in età giustiniana l'affidare la conclusione di una *stipulatio* ad un documento scritto non avrebbe potuto condurre a nessuna confusione, come forse accadeva in età tardo antica, tra contratti letterali e stipulazioni scritte: per quanto scritta, la *stipulatio* restava un contratto verbale, sebbene ormai sganciato dalle forme classiche e la relativa *cautio* stipulatoria avrebbe solo potuto fare presumere *iuris tantum*¹⁴⁵ che il contratto si era svolto

della Parafrasi di Teofilo (P.T. 3.19.12) i due requisiti appaiono insieme e si completano a vicenda.

¹⁴⁵ Un caso eccezionale di presunzione *iuris et de iure* era, invece, quello che caratterizzava le stipulazioni fideiussorie le quali, se venivano affidate ad un *instrumentum*, facevano presumere, senza possibilità di prova contraria, che fossero state adempiute tutte le solennità che caratterizzavano la *stipulatio*, a cominciare naturalmente dalla compresenza delle parti nel giorno e nel luogo in cui il contratto era stato concluso: I. 3.20.8: *In stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut, quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum: ideoque constat, si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta*. Sul passo v.: F. BRANDILEONE, *La “stipulatio”*, cit., 472; S. RICCOBONO, *Stipulation*, cit., 68; G. MACCORMACK, *The Oral and Written Stipulation*, cit., 105 ss. Ciò non deve fare credere, tuttavia, che anche la *fideiussio* in diritto giustiniano fosse ormai redatta solo per iscritto, una chiara attestazione della possibilità che la *fideiussio* potesse concludersi oralmente proviene da: C. 8.40.27 pr.: IMP. IUSTINIANUS A. IULIANO PP. *Si fideiussor nullam quidem cautionem faciat ostendens se fideiussorem exstitisse,*

alla presenza delle parti¹⁴⁶, un requisito, quest’ultimo, ancora richiesto in età giustiniana ai fini della validità del contratto¹⁴⁷. Tuttavia, trattandosi di una presunzione relativa, essa sarebbe stata superabile e la dimostrazione che le parti non erano state compresenti nella stessa *civitas* o, comunque, nello stesso luogo nel giorno della conclusione del contratto avrebbe privato lo scritto dell’efficacia probatoria sua propria, facendo riemergere la struttura orale del contratto, che doveva ancora sopravvivere.

Possiamo, dunque, tirare le fila del discorso condotto all’interno di questo paragrafo. Coerentemente con lo stato del diritto giustiniano, l’inciso di I. 3.21 «*cessante scilicet verborum obligatione*» rinvia all’impossibilità che un *instrumentum* stipulatorio potesse tradursi in una obbligazione letterale e produrre effetti obbligatori.

I chirografi stipulatori in diritto giustiniano erano dotati di mera efficacia probatoria, sebbene rinforzata dalla presunzione – introdotta da Giustiniano con C. 8.37(38).14 – che il documento facesse piena prova della validità della *stipulatio*, salva la prova contraria che il *promissor* poteva fornire dimostrando che, per l’intera giornata in cui era stato perfezionato il contratto, sé o la controparte si trovasse in un’altra *civitas* o in un altro luogo della

praesentibus autem tabulariis hoc confessus est, quod in fide sua eum suscepit, dubitabatur a Palaestina advocatione, utrumne post duos menses liberatur quasi sine scriptis fideiussione facta, secundum generalia edicta sublimissimae praetorianae sedis, an utpote scriptura interveniente teneatur: et divisio alia introducebatur, si id iuris esse debet tam in publicis causis quam in privatis. DAT. X KAL. MART. CONSTANTINOPOLI POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTIS VV. CC. [a. 531].

¹⁴⁶ In questo senso cfr. P. COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, cit., 71. Diversamente, secondo L. CHIAZZESE, *Confronti testuali – contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane (Parte generale)*, in *AUPA*, 16, 1931, 384 ss., la *stipulatio* scritta avrebbe assorbito il contratto letterale, fondendo l’*obligatio verbis* e quella *litteris* all’interno di un unico istituto.

¹⁴⁷ Sul requisito della necessaria compresenza delle parti nel regime della *stipulatio* giustiniana si sofferma in particolare F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 49 ss.

stessa *civitas*: in questa maniera il documento non avrebbe fatto prova dell'avvenuta conclusione del contratto.

Le aree del mutuo e della *stipulatio* vengono allora ripristinate da Giustiniano, sia mediante una precisa differenziazione tra gli istituti, sia mediante l'attribuzione di una diversa efficacia – costitutiva dell'obbligazione nel primo caso e probatoria rafforzata nel secondo – dei documenti che li attestavano.

Si era trattato di un intervento che avrebbe prodotto i suoi effetti sul terzo degli istituti richiamati in I. 3.21, l'*exceptio non numeratae pecuniae*, alla cui disciplina in età giustiniana è dedicato il seguente paragrafo.

6. *La disciplina giustiniana dell' 'exceptio non numeratae pecuniae' e la testimonianza di Taleleo: esame dello sch. 2 ad Bas. 23.1.67 = C. 4.30.5 (BS IV 1601/15-19; Hb. II 657) e dello sch. 5 ad Bas. 23.1.67 = C. 4.30.5 (BS IV 1601/25-29; Hb. II 658)*

I risultati ai quali siamo pervenuti circa la specifica delimitazione dei confini esistenti tra i contratti letterali e le *stipulationes*, nonché circa l'attribuzione di precisi effetti agli *instrumenta* che li accompagnavano, dispositivi nel primo caso e probatori rinforzati nel secondo, trova riscontro nella disciplina giustiniana della *exceptio non numeratae pecuniae*.

Anche in questa materia Giustiniano si era trovato a dovere tenere conto della legislazione tardo antica, la quale aveva finito per allargare indebitamente il campo di applicazione della nostra *exceptio*, limitato in età classica ai soli chirografi di mutuo stipulatori. Ne è testimone il suo predecessore Giustino, il quale, con una costituzione che abbiamo avuto modo di analizzare in precedenza¹⁴⁸, aveva disposto che il debitore chirografario avrebbe potuto impiegare l'*exceptio* per impugnare non solo i chirografi di

¹⁴⁸ Si tratta di C. 4.30.13, esaminata *supra*, § 2.3.2.

debito astratti, come normalmente erano congegnati i chirografi di mutuo, conformemente ai principi classici, ma anche i chirografi causali, che facessero riferimento ad una precedente causa del debito, rispetto alla quale la *stipulatio* interveniva con effetti novatori, sempre che tale causa fosse indicata in modo generico all'interno del documento.

Per mettere ordine a questo stato del diritto, che aveva finito anche con l'estendere il campo di applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* al contratto di deposito e a ricevute di pagamento (*securitates*) di vario genere, Giustiniano intervenne con una costituzione rivolta ad abbassare il termine di prescrizione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* da cinque a due anni, costituzione che noi analizzeremo sotto il profilo del campo di applicazione di questo rimedio:

C. 4.30.14 pr.-1: IMP. IUSTINIANUS A. MENAE PP. *In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium, quod antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem obicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius, sed intra solum biennium continuum, ut eo lapso nullo modo querella non numeratae pecuniae introduci possit: his scilicet, qui propter aliquas causas specialiter legibus expressas etiam lapso quinquennio in praeteritis temporibus adiuvabantur, etiam in posterum, licet biennium pro quinquennio statutum est, eodem auxilio potituris. 1. Sed quoniam securitatibus et instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum talem exceptionem opponere litigatores conantur, iustum esse prospicimus huiusmodi potestatem in certis quidem casibus prorsus amputare, in aliis vero brevi tempore concludere* rell. DAT. K. IUL. CONSTANTINOPOLI IPSO A. II CONS. [a. 528]¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Sul testo v.: F. MESSINA-VITRANO, *La ‘litterarum obligatio’*, cit., 13 s.; A. SUMAN, *‘De non numerata pecunia’*, II, cit., 285 ss.; G. DIÓSDI, *Giustiniano e la ‘stipulatio’*, cit.,

Nell'esordio si identifica l'area di applicabilità dell'*exceptio non numeratae pecuniae* con i contratti nei quali *pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur*. Ci troviamo di fronte alle operazioni di mutuo aventi ad oggetto *pecunia (numerata)* o *aliae res fungibili (datae)*. Ancora Giustiniano apre uno spaccato sulla pratica del diritto dei suoi tempi, disponendo una disciplina di dettaglio – che qui non interessa approfondire – circa l'applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* in materia di ricevute di vario genere (*securitates*) e di contratto di deposito: per entrambi si dispone che i debitori possano opporre l'*exceptio non numeratae pecuniae* all'azione del creditore, salve certe fattispecie nelle quali l'*exceptio* o non è ammessa o è sottoposta a strettissimi tempi di prescrizione¹⁵⁰.

Siffatte disposizioni mostrano un atteggiamento tendente a limitare le ulteriori indebite estensioni dell'*exceptio non numeratae pecuniae* al deposito e alle *securitates*, così confermando le tendenze della prassi già attestate da Giustino. Quanto, poi, allo specifico campo di applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, con l'espressione *«in contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel*

47 ss.; M.R. CIMMA, *‘De non numerata pecunia’*, cit., 172 ss.; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 429 s.; F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 80 s. e 97.

¹⁵⁰ Su tali fattispecie v. M.R. CIMMA, *‘De non numerata pecunia’*, cit., 177 ss., secondo la cui opinione tra i contratti *in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur* andrebbe annoverato anche il deposito irregolare. Quanto alle ricevute, Giustiniano vieta di opporre l'*exceptio* alle *securitates* rilasciate da funzionari pubblici, relativamente al pagamento totale o parziale di tributi e a quelle attestanti il versamento, ancora una volta totale o parziale, della dote avvenuto successivamente alla redazione degli strumenti dotali. In altri casi, invece, si ammette l'opponibilità dell'*exceptio*, sottoponendola però ad un termine di prescrizione di trenta giorni: entro tale termine 'ridotto' – secondo la studiosa (179) – l'*exceptio* sarebbe stata opponibile «non soltanto alle ricevute di mutuo, come vorrebbero il Gneist ed altri, ma a tutte le ricevute attestanti il pagamento totale o parziale di un debito solvibile attraverso il versamento di una somma di denaro o la consegna di una certa quantità di cose fungibili».

datae esse conscribuntur», ci pare che Giustiniano tenti di ripristinare il campo di applicazione del nostro istituto vigente in diritto classico.

In particolare, certamente Giustiniano ha voluto fare riferimento agli *instrumenta* di mutuo non stipulatori destinati a divenire contratti letterali, una volta scaduto il termine di prescrizione per l'esercizio dell'*exceptio* e della *querela non numeratae pecuniae*. Proprio nel passo delle Istituzioni imperiali si rinvia a C. 4.30.14, costituzione che aveva ridotto a due anni il precedente termine quinquennale di prescrizione della *querela* – nonché dell'*exceptio – non numeratae pecuniae*:

I. 3.21: [...] *sic fit ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.*

Tuttavia, il riferimento presente in C. 4.30.14 ai contratti *in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur*, con tutta probabilità rinvia anche alle *cautiones* stipulatorie caratterizzate dalla *causa credendi*, come si desume da un altro luogo delle Istituzioni imperiali, dove ricorre ancora una volta un rinvio alla nostra costituzione del 528:

I. 4.13.2: *Idem iuris est, si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit neque numeravit. nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est: dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis: sed quia iniquum est eo nomine te condemnari, placet, exceptione pecuniae non numeratae te defendi debere,*

*cuius tempora nos, secundum quod iam superioribus libris scriptum est, constitutione nostra coartavimus*¹⁵¹.

¹⁵¹ Sul frammento v.: F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 83 s. e 106, il quale analizza opportunamente il testo unitamente a I. 3.21 e conclude in maniera condivisibile affermando che: «i due passi delle *Istituzioni* giustiniane sembrano quindi trovare coordinamento solo riconoscendo che l'*exceptio non numeratae pecuniae* era opponibile sia ai documenti di mutuo non muniti di clausola stipulatoria sia a quelli stipulatori; tuttavia, solo nel primo caso il decorso del biennio di opponibilità dell'*exceptio* avrebbe portato al sorgere della singolare figura della «nuova» *obligatio litteris*, mentre nel secondo l'obbligazione avrebbe continuato ad essere qualificabile *verbis*, salva l'impossibilità di fruire dell'eccezione. L'apparente contraddizione fra i due frammenti non si spiega, pertanto, sul piano dogmatico dell'*exceptio*, ma in considerazione del diverso ambito cui si riferiscono le due esemplificazioni: da un lato la trattazione delle fonti delle obbligazioni (*Iust. Inst.* 3.21), dall'altro (*Iust. Inst.* 4.13.2) il regime delle eccezioni». Sul punto cfr. anche F. SITZIA, *Recensione* a F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 534. Nella Parafrasi di Teofilo si ripete il dettato delle *Istituzioni* imperiali, arricchito da un esempio: P.T. 4.13.2: Ἀντιτίθεται παραγραφή και ἐπὶ ἐκείνου τοῦ θέματος ἤτησάς με ὥστε ἐκδανείσαι σοι ῥ' νομίσματα: ὑπεσχόμεν τοῦτο πρᾶξι. ἤγουν πρότερον ἐκτιθεμένου σου γραμματεῖον {παρέχειν} λαβὼν ἐγὼ τοῦτο ὑπεσχόμεν τῇ ἐξῆς ποιεῖσθαι τὴν ἀπαριθμησιν οὐκ ἐποιήσαμην δὲ ταύτην. παρήλθε χρόνος· εἰδὼς ἐγὼ ὅτι ἢ ἐπερωτήσις ἐποίησε τὰ ἐαυτῆς, κινῶ κατὰ σοῦ τὸν CONDICTICION ὡς ἀπὸ τῆς ἐπερωτήσεως διὰ τὴν τοῦ νόμου ἀκρίβειαν. ἀλλ' ἐπειδὴ ἀδικόν ἐστι καταδικάζεσθαι σε, ὡς τῆς ἀπαριθμήσεως μὴ γενομένης, δοθήσεται σοι παραγραφή ἢ τῆς ἀναγγυρίας, ἦν οἱ νομικοὶ λέγουσι PECUNIAE NON NUMERATAE. ἀλλὰ πάλαι μὲν μέχρι πενταετίας ἠδύνατο ἀντιτίθεσθαι ἢ τοιαύτη παραγραφή, σήμερον δὲ, καθὰ εἰρήκαμεν ἐν τῇ τρίτῃ INSTITUTIONI περὶ τῆς LITTERIS διαλεγόμενοι, διάταξις τοῦ ἡμετέρου βασιλέως ἐστένωσε ταύτην διετία. και εἰ μὲν εἴσω διετίας κινῶ, ἀντιτίθεται μοι παραγραφή· ταύτης παραδραμούσης ἀρνηθήσεται τῷ REO ἢ παραγραφή. [A.F. Murison]: An exception is put forward in defence also in this case: You asked me to lend you 100 *solidi* and I promised to do so; or before I asked you have given an acknowledgement, which I accepted, promising to make payment next day, which I failed to do. Afterwards, a period has elapsed. I, knowing that the stipulation has been operative, bring the condition against you, basing it on the stipulation according to the rigour of the law; but, since it is unjust that judgment should be given against you, seeing that the money was not paid over, there will be given to you an exception: the *exceptio pecuniae non numeratae*, as the jurists call it. Formerly this exception could be put forward in defence at any time withing

L'*exceptio non numeratae pecuniae*, dunque in diritto giustiniano, poteva essere opposta, come già in diritto classico, anche alle *cautiones* stipulatorie nelle quali il debitore promettesse la restituzione di una *pecunia quasi credita*, senza che poi fosse seguita la *numeratio*. Si tratta di una opportuna estensione, intanto a quei casi nei quali la promessa per mezzo di *stipulatio* non avrebbe consentito a chirografi di questo genere di diventare contratti letterali, con la conseguenza di non potere essere disciplinati dalle regole dettate da I. 3.21. Inoltre, la diffusione della clausola stipulatoria a numerose fattispecie contrattuali avrebbe lasciato fuori, senza la previsione di I. 4.13.2, un gran numero di contratti che venivano equiparati alle *stipulationes* per mezzo dell'inserimento della relativa clausola e che però andavano riportati ad operazioni di credito; d'altra parte, fin dall'età classica, per consentire l'operatività dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, il mutuo doveva pur sempre essere almeno accompagnato da una *stipulatio*¹⁵².

Dall'insieme dei dati fin qui raccolti si può, in prima approssimazione, identificare il campo di operatività della *querela* e dell'*exceptio non numeratae pecuniae* in diritto giustiniano con quello

five years; but now (as we stated in the Third Institutes when treating of the contract *litteris*) a constitutions of our Emperor has limited it to two years; and if I bring an action within the period of two years, I am met by an exception, but if this period has elapsed, the exception will be refused to the defendant. [G.O. Reitz]: *Opponitur quoque exceptio in hac specie: Rogasti me, ut tibi centum aureos darem mutuos: promisi hoc facere: si igitur, priusquam ego solverem, cautionem tradas: ego illam accipiens, promisi postridie solutionem facere, sed non feci: postea tempus praeteriit. Ego sciens, stipulationem esse efficacem, conditionem adversus te instituo, tamquam ex stipulatu propter juris rigorem: sed quoniam iniquum est te condemnari, utpote solutione non facta, exceptio tibi dabitur, quam Jurisconsulti vocant Pecuniae non numeratae. Sed olim quidem ad quinquennium usque huiusmodi exceptio poterat opponi: hodie autem (uti diximus in tertia Institutione, Titulo XXI de obligatione litterarum differentes) constitutio Imperatoris nostri eam ad biennium coangustavit: & si quidem intra biennium ago, exceptio mihi opponitur; illo autem elapso, reo denegabitur exceptio.*

¹⁵² *Supra*, nt. 11.

che era stato delineato in età classica – in particolare da una costituzione di Alessandro Severo, non a caso recepita da Giustiniano nel Codice¹⁵³ – campo relativo al mutuo *cum stipulatione* e, sotto il profilo documentale, ai chirografi che oltre, a dare luogo ai contratti letterali (sconosciuti in età classica), fossero relativi ad alcune *stipulationes*. Certamente quelle *credendi causa*, delle quali si occupa I. 4.13.2, in cui la causa di mutuo era espressa dalle parti; similmente, deve credersi che l'*exceptio* potesse essere opposta all'*actio ex stipulatu* discendente da una *stipulatio* astratta o con causa generica (*ex* C. 4.30.13 di Giustino), in relazione alla quale il debitore si limitava a promettere la restituzione di una somma di denaro (non ancora versata) senza fare riferimento ad alcuna causa antecedente, perché in un caso del genere sarebbe stato iniquo pretendere la restituzione di una somma non ancora *numerata*, in relazione alla quale non era stata indicata alcuna causa¹⁵⁴.

6.1. Oltre ai chirografi di mutuo e agli *instrumenta stipulatori* astratti, con causa generica o recanti la *causa credendi*, l'*exceptio non numeratae pecuniae* avrebbe potuto trovare applicazione in altri casi tipici, che rappresentano altrettante deroghe rispetto al regime classico.

Un quadro di insieme viene fornito da Taleleo. L'analisi del pensiero di quest'ultimo antecessore interessa, specialmente perché permette di aprire uno squarcio che consente di gettare uno sguardo sulla prassi applicativa dell'*exceptio non numeratae pecuniae* in età giustiniana. Cominciamo dalla prima parte dello

¹⁵³ C. 4.30.5, esaminata *supra*, § 2.3.

¹⁵⁴ Un appiglio testuale potrebbe essere rinvenuto nello *sch.* 2 *ad Bas.* 23.1.67 = C. 4.30.5 (BS IV 1601/15-16; Hb. II 657) in cui si fa riferimento proprio all'ipotesi di una promessa astratta di restituzione di una somma non versata. In maniera del tutto condivisibile F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 106, ritiene che l'*exceptio non numeratae pecuniae* operasse in diritto giustiniano in relazione a documenti stipulatori non di mutuo astratti.

Sch. 2 ad Bas. 23.1.67 = C. 4.30.5 (BS IV 1601/15-16; Hb. II 657): Θαλελαίου. Οὐ μόνον ἐπὶ δανείου, ἀλλὰ καὶ ἐπὶ προικὸς καὶ ἐπὶ χρέους καταβολῆς καὶ ἐπὶ ἄλλων πολλῶν δύναται ἀντιτίθεσθαι ἡ ἀναγυρία¹⁵⁵.

Nel commentare la costituzione di Alessandro Severo (C. 4.30.5) che dettava il regime classico dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, assai opportunamente Taleo introduce ai suoi studenti un riepilogo dei casi di applicazione dell'*exceptio*. Non si trattava, infatti, di un campo di applicazione limitato alle sole operazioni mutuo (οὐ μόνον ἐπὶ δανείου), così come le abbiamo ricostruite nel paragrafo precedente. Infatti, Taleo menziona, innanzi tutto, lo strumento dotale (ἀλλὰ καὶ ἐπὶ προικὸς), disciplinato legislativamente da Giustiniano, il quale aveva esteso l'opponibilità dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, «entro l'anno dallo scioglimento del matrimonio per morte di uno dei coniugi o per ripudio»¹⁵⁶:

C. 5.15.3: IMP. IUSTINIANUS A. MENAE PP. *In dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat non numeratae pecuniae exceptionem opponere non solum marito contra uxorem vel heredes eius morte mulieris vel repudio dissoluto matrimonio, sed etiam heredibus mariti, cuius morte dissolutum est matrimonium, socero etiam vel eius heredibus, si cum filio suo dotem suscepisse dotalibus instrumentis scriptum sit, omnique personae, quam*

¹⁵⁵ [Heimbach]: *Non solum in mutuo, sed et in dote et in debiti solutione et in pluribus aliis exceptio non numeratae pecuniae opponi potest.* Sul passo v. F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 94.

¹⁵⁶ Così M.R. CIMMA, 'De non numerata pecunia', cit., 174 s., con indicazione di letteratura. Secondo la studiosa C. 5.15.3 farebbe parte dello stesso provvedimento da cui è tratta C. 4.30.14, ed in effetti il destinatario è lo stesso, il prefetto del pretorio Mena. Quanto alla *subscriptio*, la differenza di data tra le *kalendae* di giugno e quelle di luglio potrebbe essere stata causata da un errore diplomatico in uno dei due casi. D'altra parte, coincide anche la materia, ossia il campo di applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae*.

dotem suscepisse una cum marito conscriptur, et eius similiter heredibus, ita tamen, ut intra annum tantum continuum a morte mariti vel mulieris vel missione repudii computandum ea licentia detur. DAT. K. IUN. DN. IUSTINIANO A. II CONS. [a. 528]¹⁵⁷.

L’antecessore, ancora, individua le quietanze di pagamento dei debiti (καὶ ἐπὶ χρέους καταβολῆς) quali ulteriori fattispecie nelle quali l’*exceptio non numeratae pecuniae* trovava applicazione: anch’esse, come si ricorderà erano state oggetto di specifica disciplina da parte di Giustiniano (in C. 4.30.14).

Infine, Taleo avverte i propri studenti che l’*exceptio non numeratae pecuniae* si sarebbe potuta applicare in molti altri casi (καὶ ἐπὶ ἄλλων πολλῶν δύναται ἀντιτίθεσθαι ἢ ἀναργυρία) i quali, tuttavia, non vengono elencati: non possiamo escludere che l’antecessore preferisse tracciare oralmente, durante la lezione, un quadro orientativo. In ogni caso, l’affermazione secondo la quale l’*exceptio* trovasse applicazione in molti altri casi apre uno squarcio sulla prassi giuridica dell’età giustiniana, la quale doveva ancora risentire della già descritta tendenza, risalente all’età tardo antica, di dilatare l’ambito di applicazione dell’*exceptio non numeratae pecuniae*: nonostante i tentativi di Giustiniano di ridelimitarne il campo, la prassi dovette in qualche maniera ancora orientare le ipotesi in cui l’*exceptio* veniva opposta fuori dai casi ‘ufficiali’.

Se volessimo provare a ricostruire i casi ai quali l’antecessore doveva pensare, potremmo riferirci a fattispecie eterogenee rinvenibili qua e là all’interno della legislazione giustiniana e, innanzi tutto, alle ipotesi di stipulazioni astratte o causali nelle quali, tuttavia, la causa fosse indicata *generaliter*, secondo la disposizione

¹⁵⁷ Sul testo v., da ultima, E. PEZZATO, ‘*Si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali?*. Gli apporti patrimoniali alla moglie superstite in età tardoantica e giustiniana’, Bologna, 2022, 215 e nt. 3, con indicazione di letteratura.

dell'imperatore Giustino (C. 4.30.13) che Giustiniano aveva accolto nel Codice.

6.2. Lo scolio di Taleo, che stiamo esaminando, prosegue con un'affermazione piuttosto criptica, che ha dato molto filo da torcere agli studiosi¹⁵⁸:

Sch. 2 ad Bas. 23.1.67 = C. 4.30.5 (BS IV 1601/17-19; Hb. II 657): Ἐν πάσαις δὲ ταῖς διατάξεσι τούτου τοῦ τίτλου θεματίζει, ὅτι ἐπερώτησις γέγονεν· ἐὰν γὰρ μὴ γέγονεν ἡ ἐπερώτησις, [[αὐτῇ]] οὐδὲ συνέστη οὐδέμια ἐνοχῆ. Καὶ ποῦ δεόμεθα παραγραφῆς κατὰ ἐνοχῆς ἀνυποστάτου¹⁵⁹;

¹⁵⁸ In particolare, S. RICCOBONO, *Stipulation*, cit., 4, adduce questo scolio a dimostrazione dell'inattendibilità delle testimonianze degli antecessori in tema di *stipulatio*, perché esso dimostrerebbe che il giurista bizantino era imbevuto di dottrine classiche, in quanto pretendeva che si configurasse una *stipulatio* anche laddove essa non compariva. Similmente, secondo H. KRELLER, *Zur Geschichte*, cit., 297 ss., l'affermazione di Taleo si spiegherebbe con il fatto che questo giurista guardava alle costituzioni del Codice con gli occhi del diritto classico mentre, in diritto giustiniano, non sarebbe stata necessaria alcuna *stipulatio* affinché l'*exceptio non numeratae pecuniae* potesse operare. Anche G. FERRARI DALLE SPADE, *L'obbligazione letterale*, cit., 127, ritiene non esatto il pensiero di Taleo, perché l'*exceptio* si sarebbe potuta opporre anche a mutui non stipulatori. Del testo ha avuto modo di occuparsi anche G.G. ARCHI, *Studi*, cit., 623. Da ultimo, F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 95, ritiene che Taleo avrebbe suggerito agli studenti di ipotizzare di trovarsi di fronte ad un caso di *stipulatio* (e non di mutuo, di dote etc.) al fine di comprendere i casi nei quali la pretesa dell'attore non fosse fondata su di un mutuo. In effetti, la precisazione finale secondo la quale la mancanza di *stipulatio* avrebbe reso l'obbligazione invalida induce a pensare ai casi di mutui stipulatori, perché in assenza di *stipulatio* e anche di *numeratio*, non si sarebbe potuta configurare alcuna valida obbligazione, né *re* né *verbis*.

¹⁵⁹ [Heimbach]: *In omnibus autem constitutionis huius tituli pone, factam esse stipulationem: nam si stipulatio facta non sit, nulla obligatio contracta est. Et quomodo necessaria nobis est exceptio adversus obligationem invalidam?* In letteratura, cfr.: G.G. ARCHI, *Studi*, cit., 623 ss.; M.R. CIMMA, 'De non numerata pecunia', cit., 78 ss. e nt. 233; F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 94 s.

L’antecessore invita i suoi studenti a supporre che in tutte le costituzioni del titolo 4.30 del Codice sia intervenuta una *stipulatio*; altrimenti ragionando non sarebbe sorta alcuna *obligatio* (οὐδὲ συνέστη οὐδεμία ἐνοχή) e, di conseguenza, non ci sarebbe stato alcun bisogno di opporre l’*exceptio non numeratae pecuniae* in relazione ad una obbligazione invalida.

La precisazione trova, a nostro avviso, due livelli di spiegazione: uno sul piano dogmatico generale; l’altro, con specifico riferimento alle fattispecie prospettate dalle costituzioni inserite nel titolo *De non numerata pecunia* del Codice.

[1] Sotto il primo profilo, la necessità di presupporre come verificata una *stipulatio* si può spiegare alla luce di un’altra affermazione dello stesso antecessore, contenuta nello

Sch. 6 ad Bas. 23.1.75 = C. 4.30.13 (BS IV 1609/13; Hb. II 663):
Ἐπὶ τοῦ καθαροῦ δανείου ὁ δανείσας βαρεῖται δεῖξαι τὴν ἀρίθμησιν¹⁶⁰,

nel quale Taleleo ricorda che la *numeratio* deve essere provata dal creditore nel caso di mutuo ‘puro’: ciò vuol dire che, se un mutuo non fosse stato accompagnato da *stipulatio*, l’*exceptio non numeratae pecuniae* non avrebbe potuto operare perché sarebbe gravato sul creditore l’onere di provare la *numeratio*, senza alcun bisogno dell’inversione dell’onere della prova prodotto dalla nostra *exceptio*.

Ora, tornando al ragionamento di Taleleo espresso nel testo contenuto nello scolio 2 con il quale abbiamo aperto questo paragrafo, esso presuppone l’assenza di *numeratio*. L’esigenza di ipotizzare come intervenuta una *stipulatio*, a nostro avviso, si spiega considerando che non fosse intervenuta la *numeratio pecuniae*, necessaria al fine di consentire di attivare l’*exceptio non numeratae pecuniae* che l’antecessore stava commentando. Infatti, l’assenza di

¹⁶⁰ [Heimbach]: *In mutuo puro is, qui credidit, numerationem probare debet.*

numeratio avrebbe impedito il sorgere dell’*obligatio re* e se fosse mancata pure la *stipulatio*, neppure l’obbligazione (*verbis*) di restituire sarebbe potuta sorgere: di conseguenza, mancando la *numeratio*, l’obbligazione del debitore sarebbe stata invalidamente assunta in assenza di *stipulatio*, né l’*exceptio non numeratae pecuniae* avrebbe potuto operare¹⁶¹.

Allora, la notazione di Taleo nell’ultimo scolio (*Sch. 6 ad Bas. 23.1.75 = C. 4.30.13*) preso in esame doveva valere per tutti gli altri negozi, non per i mutui *cum stipulatione* richiamati dalla costituzione di Giustino (4.30.13) oggetto di commento. In effetti, in questo provvedimento ricorre un chiaro riferimento al *mutuum cum stipulatione*, perché si rinvia ad un prestito di *pecunia* (*cautum fuerit pro quibuscumque pecuniis ex antecedente causa descendantibus*) accompagnato da una *stipulatio* (*eamque causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit causae probationes stipulatore exigere*). La posizione di Taleo, a ben riflettere, ricalca il regime classico dell’*exceptio non numeratae*

¹⁶¹ Se si accoglie la ricostruzione che abbiamo proposto, potrebbe trovarsi una soluzione al corretto rilievo di F. SITZIA, *Recensione* a F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 534, nt. 5, ad avviso del quale l’idea secondo cui l’*exceptio non numeratae pecuniae* in diritto giustiniano si sarebbe potuta opporre a chirografi di mutuo che non facessero menzione alcuna della *stipulatio*, si scontrerebbe con lo *sch. 2 ad Bas. 23.1.67 = C. 4.30.5* (BS IV 1601/15-16; Hb. II 657) in cui Taleo afferma che l’assenza di *stipulatio* determina l’invalidità dell’obbligazione. Tuttavia, per comprendere il ragionamento di Taleo, crediamo che occorra tenere distinte l’*exceptio* dalla *querela non numeratae pecuniae*. Nel caso di mutuo semplice, non accompagnato da *stipulatio*, se non ricorreva la *numeratio*, non si potrebbe configurare né l’obbligazione *re* né l’obbligazione *verbis*: infatti, considerato che l’attore non avrebbe potuto assolvere l’onere di provare la *numeratio* (visto che non era intervenuta), non sarebbe sorta alcuna obbligazione e, dunque, non avrebbe potuto essere opposta l’*exceptio non numeratae pecuniae* alla *condictio* del creditore, perché essa avrebbe prodotto una inversione dell’onere probatorio del tutto inutile. Diversamente, il debitore avrebbe potuto intentare la *querela non numeratae pecuniae* proprio per accertare l’assenza di *numeratio*, anche perché, se non lo avesse fatto, alla scadenza del termine di prescrizione biennale il chirografo di mutuo non stipulatorio sarebbe divenuto un contratto letterale.

pecuniae – esposto da C. 4.30.5 oggetto proprio del commento contenuto nello *sch. 2 ad Bas. 23.1.67 = C. 4.30.5* – che spettava proprio nelle ipotesi non di mutui semplici, ma di mutui accompagnati da una *stipulatio* con la quale il mutuatario promettesse di restituire una somma non ancora *numerata*. Se non fosse stata perfezionata alcuna *stipulatio* e nemmeno la *numeratio* avesse avuto luogo, l'*exceptio non numeratae pecuniae* non avrebbe potuto operare per l'invalidità – in questi termini ragiona Taleleo – dell'obbligazione assunta dal debitore¹⁶².

[2] Sotto un secondo profilo, ci sembra che l'invito di Taleleo (*sch. 2 ad Bas. 23.1.67 = C. 4.30.5*) a presumere come avvenuta una *stipulatio* in tutte le costituzioni del titolo *De non numerata pecunia* del Codice abbia senso, perché egli invita gli studenti a dare per concluso un mutuo stipulatorio in tutte le fattispecie presupposte dalle costituzioni del titolo. Del resto, gli studenti fin dal primo anno avevano imparato ad identificare l'ambito di applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* con quello della *stipulatio credendi causa*: I. 4.13.2: *si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit neque numeravit [...] placet exceptione pecuniae non numeratae te defendi debere*.

Ed in effetti, la precisazione non è superflua, perché le costituzioni del titolo non sempre sono chiare nell'esplicitare se la *stipulatio* fosse occorsa accanto al mutuo nella fattispecie che aveva dato luogo alla risposta da parte della cancelleria imperiale: trovandoci al di fuori delle ipotesi del contratto letterale, non contemplato né nel Digesto né nel Codice, solo presupponendo una *stipulatio* i prestiti di consumo oggetto delle costituzioni del titolo potevano fare sorgere validamente un'obbligazione; ai fini del suo adempimento il mutuante avrebbe potuto agire in giudizio con un'azione *ex stipulatu* o con una *condictio*, alle quali era opponibile l'*exceptio non numeratae pecuniae*.

¹⁶² Cfr. *supra*, Premessa.

Passiamo in rassegna le costituzioni contenute nel titolo 4.30 del Codice, al fine di verificare la fondatezza dell’invito di Taleleo a presupporre come intervenuta, in queste fattispecie, una *stipulatio*:

1. nella prima costituzione del titolo¹⁶³ non si precisa se la *cautio* che era stata emessa dal debitore – che ora intendeva recuperare con la *vindicatio pignoris* un pegno dato a garanzia dell’obbligazione – fosse una *cautio* stipulatoria;

2. nella seconda costituzione del titolo¹⁶⁴, invece, occorre ritenere esistente una *cautio* relativa ad un mutuo rispetto al quale era certamente intervenuta una *stipulatio*, visto che il testo rinvia alle *usurae* (*nihil ultra quam accepisti cum usuris in stipulatum deductis*);

3. non ricorrono, invece, indicazioni utili ai fini dell’identificazione della *cautio*, se stipulatoria o meno, menzionata nella terza costituzione del titolo¹⁶⁵;

4. la quarta costituzione¹⁶⁶, pur non qualificando in alcun modo la *cautio*, parrebbe fare riferimento ad una *cautio* stipulatoria visto il riferimento alla *solutio portionis debiti vel usurarum*, dunque al

¹⁶³ C. 4.30.1: IMPP. SEVERUS ET ANTONINUS AA. HILARO. *Si pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam adseris et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes: nam intentio dati pignoris neque numeratae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit.* PP. K. SEPT. LATERANO ET RUFINO CONSS. [a. 197].

¹⁶⁴ C. 4.30.2: IMP. ANTONINUS A. MATORIO. *Minorem pecuniam te accepisse et maioris cautionem interposuisse si apud eum qui super ea re cogniturus est constiterit, nihil ultra quam accepisti cum usuris in stipulatum deductis restituere te iubebit.* DAT. ID. APRIL. ANTONINO A. IIII ET BALBINO CONSS. [a. 213].

¹⁶⁵ C. 4.30.3: IMP. ANTONINUS A. DEMETRIAE. *Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelleter petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur.* DAT. IIII. K. IUL. LAETO ET CEREALE CONSS. [a. 215].

¹⁶⁶ C. 4.30.4: IMP. ANTONINUS A. BASSO. *Cum fidem cautionis agnoscens etiam solutionem portionis debiti vel usurarum feceris, intellegis de non numerata pecunia nimium tarde querellam te deferre.*

pagamento di *usurae* che dovevano essere convenute per mezzo di una *stipulatio*;

5. nella quinta costituzione¹⁶⁷, la cancelleria tratta la questione della natura astratta o causale del chirografo, senza specificarne la natura;

6. nella sesta costituzione¹⁶⁸, neppure viene menzionata la *cautio*, anche se la ricostruzione della fattispecie¹⁶⁹ dovrebbe lasciare individuare il ricorrere di una *stipulatio*;

7. per la settima costituzione¹⁷⁰, l'ammonimento di Taleo pare quanto mai opportuno, perché ci troviamo di fronte ad una *cautio* di mutuo, rispetto alla quale si concede da parte della cancelleria l'*exceptio non numeratae pecuniae*, sul presupposto, come ricorda Taleo, che fosse intervenuta anche una *stipulatio*, altrimenti la prova della *numeratio* sarebbe gravata direttamente sul creditore mutuante;

8. neppure l'ottava costituzione¹⁷¹ reca elementi utili ad identificare la *cautio* come semplice o stipulatoria;

¹⁶⁷ C. 4.30.5: IMP. ALEXANDER A. AUGUSTIANO. *Adversus petitiones adversarii si quid iuris habes, uti eo potes. ignorare autem non debes non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur, cum autem ex praecedenti causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiri, an tunc cum cavebatur numerata sit, sed an iusta causa debiti praecesserit.*

¹⁶⁸ C. 4.30.6: IMP. ALEXANDER A. IUSTINO. *Frustra opinaris exceptione non numeratae pecuniae te esse munitum, quando, ut fateris, in eius vicem qui erat obligatus substitueris te debitorem.* PP.

¹⁶⁹ *Supra*, § 5.

¹⁷⁰ C. 4.30.7: IMP. ALEXANDER A. IULIANO ET AMMONIANO. *Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per conditionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis.* PP. NON. NOV. MAXIMO II ET AELIANO CONSS. [a. 223].

¹⁷¹ C. 4.30.8: IMP. ALEXANDER A. MATERNO. *Si intra legibus definitum tempus qui cautionem euit nulla querimonia usus defunctus est, residuum tempus eius heres habebit tam adversus creditorem quam adversus heredes eius. [1] Sin autem questus est, exceptio non numeratae pecuniae heredi et adversus heredes perpetuo competit [2] Sin vero legitimum tempus excessit in querimonia creditore minime deducto, omnimodo heres eius, et si pupillus sit, debitum solvere compellatur.* PP. XII K. APRIL. MODESTO ET PROBO CONSS. [a. 228].

9. la nona costituzione¹⁷² è una delle poche nelle quali compare un riferimento espresso alla *stipulatio* (*stipulatione interposita*) che, dunque, non è necessario presupporre come avvenuta;

10. nella decima costituzione del titolo¹⁷³ non appare alcun riferimento alla *cautio* che consenta di identificarne la natura;

11. l'undicesima costituzione del titolo¹⁷⁴ resta fuori dall'ambito di applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* perché contempla un caso di *stipulatio* causale, nella quale ricorre un riferimento ad una precedente causa che sbarrata la strada all'opponibilità dell'*exceptio non numeratae pecuniae*.

12. Infine¹⁷⁵, la dodicesima costituzione¹⁷⁶ non reca alcun riferimento alla *cautio* e non permette di stabilire se l'operazione di mutuo era stata accompagnata o meno da una *stipulatio*.

¹⁷² C. 4.30.9: IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. ZOILO. *Cum ultra hoc quod accepit re obligari neminem posse constet et stipulatione interposita placita creditor non dederit, in factum dandam exceptionem convenit: si necdum tempus, intra quod huius rei querella deferrri debet, transiit vel intra hoc in testando iuri paritum sit, nihil ultra hoc quod accepisti sortis a te nomine praeses provinciae exigi patietur.* DAT. III. ID. DEC. IPSIS [...]CONSS. [a. 293?].

¹⁷³ C. 4.30.10: IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. MUZACANO. *Adseveratio debitum solutum contententis temporis diuturnitate non excluditur. nec huic obloquitur, quod exceptio non numeratae pecuniae certa die non delata querella prius evanescat, cum inter eum, qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem, cuius naturali ratione probatio nulla est, et ob hoc ad petitoem eius rei necessitatem transferentem magna sit differentia.*

¹⁷⁴ C. 4.30.11: IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. EUTYCHIANO. *Si transactionis causa dare palladio pecuniam stipulanti sponondisti, exceptione non numeratae pecuniae defendi non potes.* DAT. III. ID. APRIL.

¹⁷⁵ Non prendiamo in esame le ultime quattro costituzioni del titolo. Nella tredicesima, di Giustino, la spettanza dell'*exceptio non numeratae pecuniae* è trattata in una prospettiva del tutto peculiare e comprendente una *cautio* nella quale ricorre un riferimento *specialiter* ad una precedente causa del debito: in ogni caso, non ricorre alcun riferimento alla natura stipulatoria o meno della *cautio*. Le tre costituzioni finali, tutte di Giustiniano, riscrivono il regime dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, toccando profili diversi da quelli qui presi in esame.

¹⁷⁶ C. 4.30.12: IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. SEVERIANO. *Tam mandatori quam fideiussori non numeratae pecuniae exceptio exemplo rei principalis competit.*

In conclusione, l’invito di Taleleo a presupporre come avvenuta una *stipulatio* in relazione alle fattispecie trattate nel titolo 4.30 *De non numerata pecunia* del Codice è funzionale alla riconduzione dell’ambito di operatività dell’*exceptio non numeratae pecuniae* ai mutui stipulatori che non rientrano, né nei chirografi di mutuo semplici destinati a diventare contratti letterali *ex I. 3.21* (in ordine ai quali in assenza di *numeratio* l’unico rimedio configurabile era la *querela non numeratae pecuniae*), né nelle *stipulationes credendi causa*, né, infine, nelle altre ipotesi eterogenee rispetto alle quali l’*exceptio non numeratae pecuniae* avrebbe ormai potuto operare in età giustiniana per innescare l’accertamento circa la mancata *numeratio*. Si tratta dunque di una precisazione opportuna, in quanto funzionale alla riconduzione dell’*exceptio non numeratae pecuniae* all’interno del campo di applicazione desumibile dal frammentato complesso della legislazione giustiniana.

6.3. Esiste un ultimo, discusso, ambito di operatività dell’*exceptio non numeratae pecuniae* in età giustiniana: quello delle stipulazioni causali. A questo fine occorre esaminare un ultimo testo sempre dell’antecessore Taleleo:

Sch. 5 ad Bas. 23.1.67 = C. 4.30.5 (BS IV 1601/25-29; Hb. II 658): Θαλελαίου. Τουτέστι μὴ χρήση μὲν τῆ ἀναργυρία, εἰ δέ τινα νομίζης ἔχειν αἰτίαν κατὰ τῆς προτέρας ἐνοχῆς, ταύτη κέχηρσο, τυχὸν ὅτι ἀπὸ ληγάτου ἰνδεβίτου γέγονεν ἢ ἐπερώτησις αὕτη ἢ ἀπὸ ἀγορασίας μὴ συστάσης γέγονεν ἢ ἐπερώτησις αὕτη· τὸ γὰρ λέγειν, ὅτι ἀρίθμησις οὐκ ἐγένετο, οὐκ ἔστιν ἰσχυρὸν κατὰ τῆς διηγηματικῆς ὁμολογίας [...] Ἐὰν γὰρ ἀπλούστερον ἢ ὁμολογία συνετάγη, ὁ ἐνάγων ἀναγκάζεται δεῖξαι τὰς αἰτίας, ἐξ ὧν συνετέθησαν αἱ ὁμολογία¹⁷⁷.

¹⁷⁷ [Heimbach]: *Thalelai. Id est, non uteris quidem exceptione non numeratae pecuniae. Sed si quam causam adversus priorem obligationem te habere putas, ea utere: puta, stipulationem factam esse ex causa legati indebiti, vel ex causa emtionis invalidae: dicere enim, pecuniam non esse numeratam, non est satis firma defensio adversus confessionem in qua causa*

Il commento riguarda il testo cardine del regime classico dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, ossia la costituzione di Alessandro Severo contenuta in C. 4.30.5 la quale, si ricorderà¹⁷⁸, escludeva l'applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* nelle ipotesi di promesse di pagamento che deducevano all'interno di un chirografo un debito *ex praecedenti causa*, quindi stipulazioni novatorie causali le quali, se anche formulate nei termini della restituzione di una somma ricevuta a titolo di mutuo, facevano comunque riferimento alla precedente causa del debito: in queste fattispecie l'*exceptio* non si sarebbe potuta opporre, perché non rilevava il fatto della mancata *numeratio*, occorreva piuttosto che il debitore provasse la mancata sussistenza della *iusta causa debiti*. Questo regime venne travolto dalla prassi tardo antica che allargò a dismisura il campo di applicazione dell'*exceptio*, fino a quando Giustino (C. 4.30.13) fu costretto ad ammettere l'opponibilità dell'*exceptio non numeratae pecuniae* anche nelle stipulazioni causali, purché la precedente causa del debito non fosse indicata *specialiter*.

Ora lo stato del diritto giustiniano in materia di applicabilità dell'*exceptio non numeratae pecuniae* nelle ipotesi di stipulazioni causali – fuori naturalmente dai casi di *stipulationes credendi causa*, appositamente disciplinate da I. 4.13.2¹⁷⁹ – non doveva essere di facile ricostruzione, in virtù della simultanea presenza nel Codice tanto della costituzione di Alessandro Severo, che riproponeva il regime classico, quanto della costituzione di Giustino, che invece attestava gli ampliamenti avvenuti in età tardo antica.

specialiter expressa est [...] Nam si cautio simpliciter exposita sit, actor probare cogitur causas, pro quibus cautiones interpositae sunt. Sul testo, v. F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 98 s., il quale, diversamente dalla lettura che qui si propone, ritiene che il testo escluda che il debitore chirografario potesse fare ricorso all'*exceptio non numeratae pecuniae* nelle ipotesi di *instrumenta* causali.

¹⁷⁸ *Supra*, § 2.3.

¹⁷⁹ *Supra*, § 6.

Forse anche per evitare che insorgessero equivoci sul punto, Taleleo dedica un apposito approfondimento a questo tema. Rivolgendosi direttamente allo studente, l’antecessore lo invita a pensare ad una precedente causa del debito nascente da una *stipulatio* (εἰ δέ τινα νομίζεις ἔχειν αἰτίαν κατὰ τῆς προτέρας ἐνοχῆς), isolando dunque il caso di una *stipulatio* causale in funzione novatoria: contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare pensando alla disciplina classica, ai sensi della quale l’*exceptio* in questo caso non si sarebbe potuta impiegare, Taleleo invece invita lo studente, prossimo operatore di diritto ormai al quinto anno di corso, ad usarla: ταύτη κέχηρσο.

Tuttavia, prosegue l’antecessore, siffatta difesa non potrebbe considerarsi soddisfacente (οὐκ ἔστιν ἰσχυρὸν) a fronte di una causa espressa *specialiter* nella *cautio* stipulatoria. E qui ci pare si richiami il disposto della costituzione di Giustino (C. 4.30.13) che aveva ammesso l’opposizione dell’*exceptio non numeratae pecuniae* solo nei casi di *cautiones* stipulatorie nelle quali la causa fosse indicata in maniera generica.

Per rendere maggiormente perspicuo il suo ragionamento, Taleleo fornisce due esempi: quello della *stipulatio*, la cui causa fosse rappresentata da un legato di indebito¹⁸⁰ e quello della *stipulatio*, la cui *causa* fosse costituita da una *emptio* invalida: in queste ipotesi, sembra suggerire Taleleo ai suoi studenti, opporre l’*exceptio non numeratae pecuniae* e difendersi adducendo che la somma non è dovuta perché è mancata la *numeratio* non sarebbe una difesa efficace; piuttosto, si dovrebbe dimostrare da parte del debitore convenuto l’invalidità della causa del debito; così nel debito ἀπὸ

¹⁸⁰ F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 99, nt. 189, ammette che non è facile capire a cosa alludesse, di preciso, Taleleo, se ad un debito nascente da un legato di una somma di denaro necessaria per estinguere un debito in realtà non sussistente, oppure, (più probabilmente per lo studioso) se Taleleo pensasse all’obbligazione di restituire quanto versato in forza di un legato invalido.

ληγάτου ἰνδεβίτου, era preferibile che il debitore convenuto provasse l'indebito, quindi una prestazione non dovuta, ovvero, nel caso di un debito ἀπὸ ἀγορασίας μὴ συστάσης, che l'*emptio* fosse affetta da qualche vizio e, quindi, invalida, con la conseguenza che questo fosse il motivo per il quale il debitore non doveva il prezzo, senza tirare in ballo questioni di mancata *numeratio pecuniae*.

Con riferimento alle stipulazioni causali, riteniamo di dovere concludere nel senso che, al di fuori della *causa credendi*, l'*exceptio non numeratae pecuniae*, probabilmente anche per l'influsso della prassi tardo antica che tendeva ad ampliarne l'applicazione, potesse essere impiegata anche in diritto giustiniano (ταύτη κέχηρσο); solo che si sarebbe trattato di una difesa da evitare perché poco efficace, meglio provare l'assenza o l'invalidità della causa del debito, al fine di ottenere con maggiore sicurezza l'assoluzione. Il passo si conclude con un prezioso riferimento alle *cautiones* semplici, quindi alle stipulazioni astratte, in relazione alle quali la prova della *iusta causa debiti* sarebbe gravata sull'attore, con la conseguenza che il debitore chirografario avrebbe senz'altro potuto impiegare l'*exceptio non numeratae pecuniae*.

6.4. Possiamo, a questo punto, ricapitolare i campi di applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* in diritto giustiniano. A differenza della prassi tardo antica che aveva allargato a dismisura l'ambito di operatività dell'*exceptio*, Giustiniano, in primo luogo, provvede a ripristinare il regime classico.

Infatti, mediante l'inserimento di una costituzione di Alessandro Severo nel Codice, si identifica nel mutuo il campo di applicazione privilegiato del rimedio, escludendo le stipulazioni novatorie che facessero espresso riferimento a precedenti cause si debito.

Più precisamente, l'*exceptio non numeratae pecuniae* poteva essere opposta nelle ipotesi di mutui *cum stipulatione* (come ricorda Taleleo

nello *sch. 2 ad Bas. 23.1.67 = C. 4.30.5*) e nelle *stipulationes credendi causa* (come precisato in *I. 4.13.2*). A queste ipotesi dovevano essere equiparate le *cautiones* di stipulazioni astratte, nelle quali i debitori promettevano attraverso una *stipulatio* la restituzione di una somma di denaro, senza indicare la causa, come si desume dallo scolio (*sch. 5 ad Bas. 23.1.67 = C. 4.30.5*) con il quale Taleo, addossando all'attore l'onere di provare la *insta causa debiti* nelle *cautiones* semplici, ammette il convenuto, sgravato da questo onere, ad opporre l'*exceptio non numeratae pecuniae*. Similmente accadeva per le *cautiones* indicanti solo genericamente la causa del debito, secondo quanto si ricava dalla costituzione di Giustino (*C. 4.30.13*) che aveva implicitamente ammesso l'opposizione dell'*exceptio* alle stipulazioni nelle quali la causa del debito venisse indicata *generaliter*.

A queste fattispecie, fuori dal mutuo o, meglio, dalle operazioni di mutuo, sono da aggiungere i nuovi casi introdotti da Giustiniano, figure eterogenee, rappresentate dagli strumenti dotali (*C. 5.15.3*), e, in alcuni limitati casi, dalle ricevute di pagamento (*securitates*) come si può desumere da *C. 4.30.14* sempre di Giustiniano.¹⁸¹

Restano fuori i contratti letterali contenuti in chirografi di mutuo redatti di pugno dal solo debitore mutuatario, previa autorizzazione del creditore mutuante, con i quali egli, senza che ricorresse alcuna *stipulatio*, promettesse di restituire una somma di denaro non ancora *numerata*: *I. 3.21* ammette esplicitamente l'estensione ad *instrumenta* simili della *exceptio non numeratae pecuniae* ma, a ben vedere a rilevare era la sola *querela non numeratae pecuniae*;

¹⁸¹ Ed inoltre, Giustiniano avrebbe introdotto previsioni speciali con riferimento all'applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* ai contratti conclusi dagli *argentarii* (Nov. 136 del 535); alla sanzione del *duplum* a carico di chi avesse opposto pretestuosamente l'*exceptio* nel corso di un processo che si fosse concluso con la sua soccombenza (Nov. 18.8 del 536) e, infine, prevedendo termini specifici di opponibilità dell'*exceptio non numeratae dotis*, nel caso di doti che fossero state solamente promesse (Nov. 100 del 539): su queste fattispecie, rinviamo a F. LOMBARDO, *Studi*, cit., 82.

infatti, in assenza di *numeratio* e nell'impossibilità di fornirne prova, il creditore non avrebbe potuto intentare validamente la *condictio* – la quale gli sarebbe stata verosimilmente denegata – e l'*exceptio* sarebbe stata inutile.

Infine, resta il campo delle stipulazioni causali, la cui causa fosse diversa dalla *causa credendi*. Un campo estraneo all'applicazione dell'*exceptio* in diritto classico (C. 4.30.5) e solo parzialmente inglobato nell'area di applicazione del rimedio da Giustino (C. 4.30.13) almeno con riferimento alle stipulazioni con causa indicata in modo generico. Per tutti gli altri casi di stipulazioni novatorie che facessero riferimento ad una precedente causa del debito, in mancanza di una espressa previsione normativa, è l'antecessore Taleleo (*sch.* 5 *ad Bas.* 23.1.67 = C. 4.30.5) ad offrire uno spaccato della prassi dell'età giustiniana: nei tribunali gli avvocati avrebbero anche potuto chiedere l'*exceptio non numeratae pecuniae* in relazione a debiti, di solito ricondotti alla *stipulatio* per mezzo della clausola stipulatoria, provenienti da varie cause; tuttavia, l'*exceptio* non avrebbe assicurato una tutela efficace: secondo il parere dell'antecessore sarebbe stato preferibile, per il debitore, dimostrare la mancanza o l'illiceità della causa per ottenere l'assoluzione.

7. Conclusioni

Giunti alla conclusione del nostro percorso di indagine, crediamo di potere individuare nel titolo 3.21 delle Istituzioni di Giustiniano un punto di intersezione di almeno tre direttrici di riforma varate da Giustiniano e destinate a sostenersi reciprocamente.

La prima importante innovazione ha riguardato la *litterarum obligatio* che ha sostituito i *nomina transcripticia* ormai desueti in età giustiniana. Il contratto letterale giustiniano nasce a seguito dell'attribuzione di effetti costitutivi dell'obbligazione ad un

documento di mutuo non stipulatorio, a causa della scadenza del termine biennale di prescrizione della *exceptio* e della *querela non numeratae pecuniae*. Questa scelta ha consentito di mettere ordine all’interno del diritto che, fin dall’età tardo antica, tendeva ad attribuire a chirografi di vario genere effetti costitutivi dell’obbligazione, rendendo non sempre agevole l’identificazione degli effetti probatori o costitutivi dei titoli addotti in giudizio dagli attori.

Tuttavia, l’aver da parte dei commissari di Giustiniano connesso la nascita dell’obbligazione letterale ad un preciso meccanismo sanzionatorio esattamente coincidente ad un modello rinvenibile nella legislazione tardo antica (CTh. 2.27.1.4 e C. 4.21.16.1), se da un lato ha messo ordine all’interno dell’efficacia dei documenti, dall’altro ha creato non pochi problemi sul piano dogmatico, all’indomani della pubblicazione delle Istituzioni, agli stessi giuristi bizantini. Questi ultimi, infatti, hanno dubitato del ricorrere dell’accordo delle parti nel contratto letterale, visto che mutuante e mutuatario si erano accordati solo in ordine alla nascita dell’*obligatio re*, mentre l’obbligazione letterale sarebbe sorta ‘automaticamente’. Probabilmente, proprio per dissipare questo dubbio – presente anche in *sch. 3 ad Bas.* 11.1.1 = Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1 (BS I 178/10-22; Hb. I 554) – Teofilo, nella Parafrasi, si premura di ricordare che anche in relazione al documento destinato a produrre effetti costitutivi dell’obbligazione si poteva configurare un accordo tra i contraenti: infatti, il *γραμματαίον* era redatto sì dal solo debitore mutuatario per evitare la *stipulatio*, ma previa autorizzazione del creditore mutuante con il quale, prima della redazione del chirografo, egli aveva raggiunto un preciso accordo circa i contenuti del chirografo. Ci è sembrato di dovere riportare l’insistenza di Teofilo circa il profilo dell’accordo, alla necessità di trovare una giustificazione dell’appartenenza dell’obbligazione letterale al novero dei contratti.

Più in generale ci è parso, che l’aver accolto da parte dei compilatori delle Istituzioni imperiali un modello di obbligazione letterale esistente nella pratica del tempo, senza un’adeguata riflessione sulle conseguenze discendenti dal modello, abbia causato le questioni discendenti dalla difficile identificazione del consenso sul *γραμματεῖον* e anche dall’attribuzione di effetti dispositivi ad un documento per il solo decorso del tempo, aprendo il problema di quale obbligazione esistesse prima della scadenza del biennio, visto che era mancata tanto la *numeratio* (rendendo inconfigurabile l’*obligatio verbis*) quanto la pronuncia dei *verba stipulatori* (rendendo inconfigurabile l’*obligatio litteris*).

In ogni caso, la riforma giustiniana consentiva di segnare una precisa linea di demarcazione tra i mutui, le stipulazioni *credendi causa* e altre *stipulationes*; nonché di ricondurre l’operatività dell’*exceptio non numeratae pecuniae* nell’alveo classico dei prestiti di consumo (I. 3.19.2).

Sotto il primo profilo, la seconda importante innovazione legislativa di Giustiniano è consistita nella disciplina della *stipulatio*, per mezzo dell’attribuzione ai chirografi stipulatori di soli effetti probatori rinforzati dalla presunzione della presenza delle parti, se tale requisito veniva indicato nell’*instrumentum* (C. 8.37[38].14.2), con la conseguenza di dovere ammettere la sopravvivenza della *stipulatio* orale.

Sotto il secondo profilo, anche l’*exceptio non numeratae pecuniae*, a sua volta oggetto di una specifica, terza, riforma (C. 4.30.14 pr.-1), è stata ridisegnata al fine di ripristinare un campo di applicazione che si era dilatato a dismisura nel corso dell’età tardo antica, tanto da venire invocata anche nei confronti di contratti come il deposito: l’*exceptio* è stata, invece, ricondotta ai soli mutui stipulatori e alle *stipulationes credendi causa*, oltre che ad altri casi specifici (la dote, le *securitates*, le stipulazioni astratte o indicanti una causa generica). Sul punto, tuttavia, la prassi doveva continuare ad essere seguita, se ancora Taleo testimonia sia che il campo di

applicazione dell'*exceptio* riguardava molte altre fattispecie eterogenee rispetto a quelle ricostruibili dalla legislazione ufficiale, sia che anche in riferimento alle *stipulationes* causali l'*exceptio* fosse invocabile, sebbene in maniera non efficace, perché sarebbe occorso che il debitore dimostrasse l'inesistenza di una *insta causa* del debito per essere assolto.

ABSTRACT

Il titolo 3.21 delle Istituzioni di Giustiniano è considerato da parte della generalità degli studiosi un titolo inventato dai commissari di Giustiano solo per mantenere la quadripartizione gaiana dei contratti, ma senza che il contratto letterale esistesse nel VI sec. d.C.

Il contributo è volto a recuperare il significato di detto titolo. Il contratto letterale, infatti, coincideva nel diritto giustiniano con l'attribuzione di effetti costitutivi dell'obbligazione ad un chirografo di mutuo non stipulatorio, come sanzione a carico del debitore negligente nell'esercitare la *querela* e l'*exceptio non numeratae pecuniae*. Questo meccanismo non è stato invento dai commissari di Giustiniano, ma corrisponde ad una precisa tipologia di contratto letterale tardo antico, disciplinato da CTh. 2.27.4 e C. 4.21.16.1.

Tuttavia, l'aver reso un contratto letterale specifico come figura generale, ha creato alcuni problemi sul piano dogmatico, specie in ordine alla dubbia configurazione del consenso, problemi che sono stati affrontati dagli antecessori bizantini.

Infine, I. 3.21 è utile anche a ridisegnare i confini, che si erano sbiaditi in età tardo antica, tra contratto letterale, *stipulatio* ed *exceptio non numeratae pecuniae*.

Title 3.21 of Justinian’s Institutions according to the scholars is a title invented by Justinian’s commissioners, only to maintain the Gaian fourfold division of contracts, but without the literal contract existing in the 6th century AD.

This paper aims to recover the meaning of this title. The literal contract, in fact, coincided in Justinian’s law with the attribution of constitutive effects of the obligation to a non stipulatory chirograph of *mutuum*, as a sanction against the debtor, negligent in exercising the *querela* and the *exceptio non numeratae pecuniae*. This mechanism was not invented by Justinian’s commissioners but matches to a precise template of late ancient literal contract, regulated by CTh. 2.27.4 and C. 4.21.16.1.

However, having made a specific literal contract a general figure, generated some troubles on the dogmatic level, especially with regard to the dubious existence of the agreement: Byzantine *antecessores* tried to find a solution to these troubles.

Finally, I. 3.21 is also useful in redrawing the boundaries, which had faded in late antiquity, between literal contract, *stipulatio* and *exceptio non numeratae pecuniae*.

PAROLE CHIAVE

Contratto letterale – *chirographum* – *querela* ed *exceptio non numeratae pecuniae* – *stipulatio* scritta

Literal contract – *chirographum* – *querela* and *exceptio non numeratae pecuniae* – written *stipulatio*

SALVATORE SCIORTINO
salvo.sciortino@unipa.it