

# **Collana Ravenna Capitale**

## **Comitato scientifico**

Manuel Jesús García Garrido (UNED Madrid)

Francesco Amarelli (Università di Napoli Federico II)

Jean Michel Carrié (École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris)

Federico Fernández de Buján (UNED Madrid)

Salvatore Puliatti (Università di Parma)

La presente pubblicazione è stata curata da Gisella Bassanelli Sommariva,  
Simona Tarozzi, Paola Biavaschi.

I contributi pubblicati all'interno del volume sono stati sottoposti  
a doppio referaggio anonimo.



# RAVENNA CAPITALE

DISCIPLINA DEGLI ATTI NEGOZIALI  
*INTER VIVOS* NELLE FONTI DI  
IV - VII SECOLO, IN OCCIDENTE

**© Copyright 2019 by Maggioli S.p.A.**  
**Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.**  
**Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001: 2008**

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8  
Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622595  
[www.maggiolieditore.it](http://www.maggiolieditore.it)  
e-mail: [clienti.editore@maggioli.it](mailto:clienti.editore@maggioli.it)

Diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione  
e di adattamento, totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i Paesi.

Finito di stampare nel mese di novembre 2019  
nello stabilimento Maggioli S.p.A.  
Santarcangelo di Romagna (RN)

## Indice

<b>Presentazione</b>	pag. vii
<b>A proposito delle <i>obligationes ex contractu</i> nell'<i>Epitome Gai</i> di <i>Silvia Schiavo</i>.....</b>	» 1
<b>Sulla buona fede contrattuale nelle fonti tardo antiche di <i>Paola Bianchi</i> .....</b>	» 27
<b>La disciplina degli atti negoziali <i>inter vivos</i> nei rescritti <i>ex</i> <i>Gregoriano</i> ed <i>Hermogeniano</i> accolti nel <i>Breviarium</i> di <i>Giorgia Maragno</i> .....</b>	» 73
<b>C. 7.39.2 e il precario in Occidente tra Tardoantico e Medioevo di <i>Paola Biavaschi</i> .....</b>	» 103
<b>Gli atti costitutivi di diritti reali in età tardoantica: spunti per una prospettiva sistematica di <i>Saverio Masuelli</i> .....</b>	» 119
<b>Forme di pubblicità degli atti di alienazione nel tardo antico: dall'intervento dei vicini all'<i>insinuatio apud acta</i> di <i>Francesco Fasolino</i> .....</b>	» 131
<b>Gli atti compiuti <i>a non tutore</i>: la disciplina in Occidente alla luce di PS. 1.4.8 di <i>Alessia Spina</i>.....</b>	» 145
<b><i>Interpretatio visigotica</i> a C.Th. 8.12.1 e la <i>donatio post</i> <i>obitum</i> della prassi nelle province occidentali di <i>Simona Tarozzi</i>.....</b>	» 165
<b>Emancipazione come <i>rite de passage</i> di <i>A.J.B Sirks</i>.....</b>	» 177



# A proposito delle *obligationes ex contractu* nell'*Epitome Gai*

Silvia Schiavo

(Università degli Studi di Ferrara)

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. *Obligationes re contractae*. – 3. *Obligationes verbis contractae*: aspetti della stipulazione. – 4. Cenni all'*obligatio litteris*. – 5. I contratti consensuali. Il consenso e *in verba*. – 6. Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa

L'*Epitome Gai* offre diversi spunti per la ricostruzione della materia contrattuale nell'Occidente tardoantico, attraverso una trattazione al confine fra l'adesione al modello gaiano delle *Institutiones* e l'apertura verso i cambiamenti del diritto privato postclassico, di cui il testo è fortemente imbevuto.

Nelle pagine che seguono è rielaborata la relazione presentata al convegno Ravenna Capitale del 2018; come in quell'occasione, non verranno affrontati tutti i numerosissimi problemi relativi alle *obligationes ex contractu*, trattate in Ep. Gai. 2,9<sup>1</sup>, ma l'attenzione sarà rivolta ad alcuni aspetti puntuali. In particolare, la nostra riflessione ruoterà attorno a come sono presentati dall'epitomatore i *quattuor genera obligationum* e ad alcune osservazioni sul momento perfezionativo dei singoli contratti.

Prima di procedere, è utile ripercorrere rapidamente alcune caratteristiche generali della *Epitome Gai* nel suo insieme, importanti pure per le osservazioni più specifiche sul tema dei contratti che ci accingiamo ad avanzare.

---

<sup>1</sup> Per un approfondimento delle varie questioni e dei diversi problemi emergenti da questo titolo rimandiamo alla importante ricerca di G.G. ARCHI, *L'Epitome Gai. Studio sul tardo diritto in Occidente*, Milano, 1937, 365 ss. L'opera è stata ristampata nel 1991: G.G. ARCHI, *L'Epitome Gai. Studio sul tardo diritto in Occidente* (rist. dell'ed. Milano, 1937, con una *Nota di lettura* di C.A. Cannata), Napoli, 1991. Un convegno napoletano ha celebrato tale ristampa. I vari interventi, che hanno ripercorso i contenuti del libro, sono stati raccolti nel volume di *Index* del 1993: v. A. GUARINO, 'La vita fugge e non si arresta un'ora', in *Index*, 21, 1993, 387 ss.; L. VACCA, *Archi e l'Epitome Gai*, *ibidem*, 391 ss.; CANNATA, *Giustiniano ravennate*, *ibidem*, 398 ss.; ARCHI, *Io e l'Epitome*, *ibidem*, 405 ss.

Inserita nel *Breviarium Alaricianum* come *Liber Gai*, probabilmente l'opera era strutturata in origine in un solo libro<sup>2</sup>. Sulla base dei risultati raggiunti da Archi nelle sue fondamentali ricerche, essa rivestirebbe una funzione pratica, e non sarebbe invece, come si sosteneva in precedenza, un manuale della tarda tradizione scolastica<sup>3</sup>. L'*Epitome*, inoltre, sarebbe autonoma rispetto al *Breviarium Alaricianum*: non sarebbe stata creata dai visigoti, ma avrebbe avuto una diversa origine<sup>4</sup>. Si tratterebbe, secondo l'autorevole studioso, di una *Interpretatio* delle Istituzioni gaaiane, ricavata, in ambiente gallico nel V secolo, da un'opera intermedia, probabilmente una parafrasi di tipo scolastico, affine ai *Fragmenta Augustodunensia*. L'*Epitome* si distaccherebbe però dalla precedente rielaborazione, con modifiche volte ad armonizzarne i contenuti rispetto al diritto vigente<sup>5</sup>.

Nel *Breviarium*, l'*Epitome* sarebbe stata inserita in quanto già conosciuta e dotata evidentemente della necessaria autorità: si poteva dire che era stata scelta un'opera di Gaio. Secondo Archi, inoltre, non avrebbe subito tagli da parte dei commissari alariciani, come altri avevano sostenuto, e nemmeno interventi aggiuntivi.

Queste le principali conclusioni raggiunte dallo studioso. La dottrina successiva le ha accolte quasi completamente. Diversi autori hanno fatto propria la suggestione circa la natura pratica dell'*Epitome*, escludendo la funzione scolastica dell'opera, che sarebbe quindi in tal senso lontana dai *Fragmenta Augustodunensia*<sup>6</sup>. Molti hanno poi aderito all'idea della sua autonomia rispetto all'attività dei commissari alariciani.

<sup>2</sup> Per questi aspetti cfr. H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau, und Stil von Gai Institutiones*, in *Studia Gaiana*, 6, Leiden, 1981, 127; J.H.A. LOKIN, *Quelques remarques sur l'Épitome Visigothique de Gaius*, in *TJ.*, 52, 1984, 257; R. LAMBERTINI, *Sull'Épitome Gai nel Breviarium*, in *Labeo*, 41, 1995, 231, nota 8; R. MARTINI, *Qualche osservazione a proposito della c.d. Épitome Gai*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, vol. XIV, Napoli, 2003, 625.

<sup>3</sup> Cfr. ARCHI, *L'Épitome Gai* cit., 86. Lo studioso sottolinea la distanza, da questo punto di vista, rispetto ad un'opera considerata invece scolastica: i *Fragmenta Augustodunensia*. Precedentemente, molti studiosi sostenevano la natura scolastica dell'opera tardoantica: T. KIPP, *Geschichte der Quellen der römischen Rechts*, Leipzig, 1903, 135; E. LEVY, *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts*, in *ZSS*, 49, 1929, 236; E. ALBERTARIO, *Sulla Épitome Gai*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano (Roma, 22-29/4/1933)*, vol. I, Pavia, 1934, ora in *Studi di diritto romano*, vol. 5, Milano, 1937, 275.

<sup>4</sup> Al contrario, riconnetteva la creazione dell'opera a quella del *Breviarium Alaricianum* M. CONRAT, *Die Entstehung des westgotischen Gaius*, Amsterdam, 1905 (rist. 1967); *Idem*, *Der westgotische Paulus. Eine rechtshistorische Untersuchung*, Amsterdam, 1907, 11 e ss. Sulla questione v. LAMBERTINI, *La codificazione di Alarico II*, Torino, 1991, 5, nota 2.

<sup>5</sup> Cfr. ARCHI, *L'Épitome Gai* cit., 52 ss. Sulla questione si vedano anche le osservazioni di CANNATA, *Sui Fragmenta Augustodunensia*, in *Scritti in onore di Biondo Biondi*, I, Milano, 1963, ora in CANNATA, *Scritti scelti di diritto romano*, I, Torino, 2011, 107 ss.

<sup>6</sup> J. GAUDEMET, *Le Bréviaire d'Alaric et les Épitomes*, in *IRMAE*, I, 2b, Milano, 1965, 35; CANNATA, *Nota di lettura* cit., X s.; VACCA, *Archi e l' "Épitome Gai"* cit., 392 ss.; J.M. COMA FORT, J.D. RODRÍGUEZ MARTÍN, *Épitome Gai. Traducción y notas*, Madrid, 1996, 9; RODRÍGUEZ MARTÍN, *Fragmenta Augustodunensia*, Granada, 1998, 417 ss.; *Idem*, *A Handbook*



Tuttavia, vanno registrate alcune voci discordanti, fondate su valutazioni diverse, che mettono in discussione la natura pratica dell'*Epitome Gai* e il fatto che i commissari alariciani non siano per nulla intervenuti sul testo. Di conseguenza, si è in parte rivalutata la possibilità che l'opera tarda abbia la funzione di manuale didattico<sup>7</sup>, e che ai visigoti andrebbero collegate le diverse lacune e omissioni che la caratterizzano<sup>8</sup>.

Come dicevamo, non è possibile riprendere qui tali questioni; bisogna comunque tenere presente che anche per la ricostruzione della materia contrattuale il libro di Archi rimane un importante riferimento, seppure imbevuto di una visione che ten-

---

for *Alaric's Codification*, in *RIDA*, 46, 1999, 455 ss. Lo studioso spagnolo sottolinea che l'*Epitome* sarebbe stata incorporata nel *Breviarium Alaricianum* con funzione di 'ius' e non di 'institutiones', così come sostenuto da A.M. HONORÉ, *Gaius*, Oxford, 1962, 129, e CANNATA, *I rinvii al ius nella interpretatio al Codice Teodosiano*, in *SDHI*, 28, 1962, 301. Si veda inoltre MARTINI, *Qualche osservazione* cit., 616 ss. Per quanto riguarda i *Fragmenta Augustodunensia*, diversi studiosi parlano di una loro natura scolastica. Fra tutti, CANNATA, *Sull'origine dei Fragmenta Augustodunensia*, in *SDHI*, 29, 1963, ora in CANNATA, *Scritti scelti di diritto romano*, I cit., 117 ss.; RODRÍGUEZ MARTÍN, *Fragmenta Augustodunensia*, cit., *passim*. Di recente ha valorizzato il fatto che i *Fragmenta* avrebbero le caratteristiche di un prontuario utile per la pratica P. BIANCHI, *Sui Fragmenta Augustodunensia e il processo*, in *Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, vol. II. *Studi sulle fonti* (a cura di G. Bassanelli Sommariva, S. Tarozzi, P. Biavaschi), Santarcangelo di Romagna, 2015, 1 ss.; 45 s.

<sup>7</sup> Si vedano L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, 510 e nota 220 (che la descrive come manuale da utilizzare "in den Rechtsschulen des Westens und möglicherweise auch zum Teil der östlichen Reichwelt anstatt der original Werk"); ancora, LOKIN, *Quelques remarques*, cit., 258. A. GUARINO, 'La vita fugge e non si arresta un'ora' cit., 390, pur mettendo in guardia dall'alternativa troppo rigida tra carattere pratico e carattere teorico, pone in discussione, sulla base di diversi indizi, la natura pratica dell'opera. Sempre GUARINO, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1996, 567, parla dell'*Epitome Gai* come di un'opera ad uso di insegnamento elementare nata in Gallia. Si tratterebbe di opera redatta a fini didattici per L. DE GIOVANNI, *Diritto romano tardoantico. Lezioni*, Napoli, 2001, 129. Ancora, per D. LIEBS, *Römische Jurisprudenz in Gallien (2. bis. 8. Jahrhundert)*, Berlin, 2002, 127 ss. e *Idem*, *Zur Überlieferung und Entstehung des Breviarium Alaricianum*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, vol. XIV, cit., 643 s. le numerose lacune dell'opera renderebbero di estrema difficoltà l'applicazione pratica dei concetti spiegati dall'epitomatore; si tratterebbe più che altro di materiale scolastico, appunti di un maestro postclassico che sarebbero poi stati integrati in altro modo.

Anche a nostro modo di vedere l'*Epitome Gai* aveva per lo più natura scolastica; era un manuale per lo studio elementare del diritto, che teneva lontana perché troppo complessa la materia processuale (praticamente assente nell'opera). Ancora, diversi indizi permettono forse di ricollegare, per il tramite di una parafrasi intermedia delle Istituzioni gaiane da cui l'*Epitome* sarebbe stata ricavata, il materiale trattato nell'*Epitome* e la situazione degli studi giuridici descritta da Giustiniano nella costituzione *Omnem*. Su tutti questi profili ci permettiamo di rinviare a S. SCHIAVO, *Aspetti processuali nell'Epitome Gai*, in *Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, vol. II. *Studi sulle fonti* cit., 55 ss.; 61 s.; 93.

<sup>8</sup> Per questi aspetti si veda MARTINI, *Qualche osservazione* cit., 623.

denzialmente poggia sull'idea della decadenza del sapere giuridico, da cui l'opera sarebbe condizionata.

Il punto di partenza per la nostra analisi è Ep. Gai. 2.9, dove è collocata la trattazione delle *obligationes ex contractu*. Questo l'esordio:

Ep. Gai. 2.9 *pr.* Obligatio in duas species dividitur; nam omnes obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex culpa. Quae ex contractu nascuntur, quattuor genera sunt, quae singula hoc ordine distinguuntur: aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu.

L'epitomatore afferma che tutte le obbligazioni nascono da contratto o da *culpa*, connotando in questo modo le obbligazioni da delitto, alle quali invece si riferisce, nella scarna trattazione di seguito a loro dedicata (Ep. Gai. 2. 11), con l'impiego della parola *delictum*<sup>9</sup>.

Per quanto riguarda l'organizzazione del discorso in Ep. Gai. 2.9, bisogna segnalare una certa aderenza al modello gaiano<sup>10</sup>. Si esplicita infatti immediatamente che tutte le obbligazioni nascono *re, verbis, litteris, consensu*; l'epitomatore procederà poi, nei paragrafi successivi, con la spiegazione delle singole figure<sup>11</sup>.

Il discorso si muove dunque sul filo della bipartizione gaiana contratto/delitto, anche se, a ben vedere, il termine *contractus* qui impiegato sembrerebbe connettersi più che altro all'area del negozio bilaterale produttivo di obbligazioni<sup>12</sup>. Non ci sono accenni al pagamento di indebito, come accade invece nelle Istituzioni<sup>13</sup>.

Bisogna notare ancora che l'epitomatore mantiene il modo di esprimersi gaiano: non si parla di contratti, bensì di obbligazioni che si contraggono. Il fulcro del discorso rimane l'*obligatio*; il *contractus* è solo uno dei modi attraverso cui essa nasce.

<sup>9</sup> Il termine *culpa*, secondo l'approccio di ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 365, sarebbe indicativo di una forte decadenza anche dal punto di vista terminologico. Lo studioso si chiede inoltre se, sostituendo la parola *delictum* a *culpa* nella parte dedicata alle obbligazioni *ex delicto*, l'epitomatore non abbia inteso modificare pure il contenuto della categoria: la scarna trattazione dei delitti, ove solo il furto trova spazio, non permette però di approfondire la questione.

<sup>10</sup> Sulla trattazione gaiana dei *quattuor genera* rimandiamo, fra tutti, a C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 427 ss. Nel confronto fra Gaio e l'epitomatore, lo studioso (452 ss.) sottolinea come l'*Epitome Gai* mostra "la capacità di persistenza del modello".

<sup>11</sup> Nota CASCIONE, *Consensus* cit., 453, che nel *principium* vi è una prima partizione in specie e una successiva *per genera*, con l'usuale ordine *re, verbis, litteris, consensu*.

<sup>12</sup> Sul termine *contractus* qui impiegato cfr. ARCHI, *L'Epitome Gai* cit. 367 ss.

<sup>13</sup> La mancanza di cenni al pagamento di indebito potrebbe forse dipendere dal fatto che, nelle Istituzioni gaiane, la sua descrizione era fortemente imbevuta di riferimenti processuali, puntualmente soppressi dall'epitomatore. Su questo problema rinviamo al nostro lavoro: SCHIAVO, *Aspetti processuali* cit., 59 ss., dove abbiamo esaminato alcuni casi specifici in cui vengono eliminati richiami al processo presenti invece nella trattazione gaiana.

## 2. *Obligationes re contractae*

Alcune osservazioni sulle obbligazioni *re contractae*. Nella trattazione dei contratti nel libro terzo delle Istituzioni gaiane l'unico contratto reale ad essere spiegato è il mutuo, e così accade anche nell'*Epitome Gai*<sup>14</sup>. Mentre però Gaio mostrava di conoscere una nozione "astratta" di *obligatio re contracta*, ciò non accadrebbe nell'opera più tarda, ove sembrerebbe, piuttosto, che la categoria delle obbligazioni che nascono *re* coincida, in qualche modo, proprio con il contratto di mutuo.

Questa idea è avanzata da Archi, che pone a confronto Gai Inst. 3.90 (... *Re contrahitur obligatio velut mutui datione*...) e Ep. Gai. 2.9.1, dove, in modo differente, si dice:

Ep. Gai. 2.9.1. *Re contrahitur quoties aliqua cuiicumque mutuo dantur, quae in his rebus contingunt, quae pondere, numero, mensura continentur; hoc est, si pecunia numeretur, vel frumentum detur, vinum aut oleum, aut aes, aut ferrum, argentum vel aurum. Quae omnia numerando aut pensando aut metiendo ad hoc damus, ut eorum fiant, qui ea accipiunt, et ad nos statuto tempore non ipsae res, sed aliae eius naturae, quales datae sunt, atquae ipsius ponderis, numeri vel mensurae reddantur. Propter quod mutuum appellatum est, quasi a me tibi ita datum sit, ut ex meo tuum fieret.*

L'aspetto saliente, che allontana l'*Epitome* da Gaio, sta nel fatto che i contratti reali sembrano "identificati" con il mutuo, e ciò attraverso l'impiego del *quotie(n)s* in luogo del *velut* gaiano<sup>15</sup>: nelle Istituzioni il mutuo era solo un esempio di *obligatio re contracta*, che non esauriva ovviamente la categoria. L'uso di *quotie(n)s*, al contrario, implica una vera e propria sovrapposizione fra il mutuo e le obbligazioni *re*.

Ciò sarebbe causato dalla incapacità del giurista tardo di configurare in maniera astratta gli istituti classici, che dunque vengono concretizzati in casi specifici<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> A proposito dell'assenza della trattazione di deposito, comodato e pegno cfr. R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli, 1979 11, 69 ss. Si tratterebbe di una scelta consapevole del giurista, che evita di appesantire la trattazione, limitandosi, per finalità didattiche, a dare delle prime informazioni sulla materia. Da questo punto di vista, lo studioso nota una estrema fedeltà dell'*Epitome Gai* al modello originario.

<sup>15</sup> Si veda Gai. 3.90. *Re contrahitur obligatio velut mutui datione. Mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.* Sul *velut* gaiano si vedano le osservazioni di QUADRATO, *Le Institutiones* cit. 78 ss.; come si è già detto a proposito dell'assenza di deposito, comodato e pegno, secondo lo studioso l'impiego di esempi ha una funzione didattica.

<sup>16</sup> Su tutto ciò si veda ancora ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 370 ss.

Per il resto, non vi sono invece grandi differenze: in Ep. Gai. 2.9.1, infatti, si insiste sul momento in cui nel mutuo sorge l'obbligazione, il momento della trasmissione della proprietà delle *res* dal mutuante al mutuatario.

Dunque, nel primo paragrafo di Ep. Gai. 2.9, in materia di *obligationes re contractae*, si può notare un approccio dell'epitomatore per certi versi ambiguo: fedele al modello gaiano ma, allo stesso tempo, indicativo di un atteggiamento differente, connotato dalla necessità di ancorare la spiegazione dei contratti reali ad un caso ben preciso, quello del mutuo.

Tutto questo, però, non è a nostro modo di vedere indicativo ad ogni costo di incapacità di astrazione, quanto di necessità di concretezza, che forse potrebbe meglio spiegarsi riconoscendo all'opera funzione didattica di base, più che di prontuario pratico: l'epitomatore usa una fattispecie evidentemente molto diffusa, quella del mutuo, per chiarire il significato delle *obligationes re contractae* a chi si avvicina allo studio del diritto. Tra l'altro, l'impiego di *quotie(n)s* al posto di *velut* non per forza va interpretato nel senso di una totale sovrapposizione fra il mutuo e le *obligationes* che si contraggono *re: quotie(n)s* potrebbe forse avere qui la funzione, semplicemente, di aprire la strada ad un esempio, esattamente come accade nelle Istituzioni di Gaio<sup>17</sup>.

### 3. *Obligations verbis contractae*: aspetti della stipulazione

Pure nella descrizione dei contratti verbali si riscontra un modo di presentare la materia simile a quello impiegato per le *obligationes re contractae*. Illuminante è l'esposizione della stipulazione, contratto che, da certi punti di vista, appare essere qui fortemente marginalizzato<sup>18</sup>:

Ep. Gai. 2.9.2. Verbis contrahitur obligatio ex interrogatione dantis et responsione accipientis, ita ut, si ille, qui dat interroget HOC MIHI DABIS? qui accipit, respondeat DABO: aut in obligatione debitoris, si aliquis fideiussor accedat, ille, qui cum persona fideiussoris contrahit, interroget ipsum: FIDE TUA ESSE IUBES? et ille respondeat: FIDE MEA ESSE IUBEI, hac condicione non solum ille, qui debitor est, sed et is, quid fideiussor extitit, obligantur. Et non solum fideiussor ipse, dum vivit, sed et heredes ipsius, si ille defecerit, tenentur obnoxii. Creditor autem, qui pecuniam dedit, in potestate habet ad reddendam pecuniam, quem velit tenere, utrum ipsum debitorem an fideiussorem. Sed si debitorem tenere elegerit, fideiussorem absolvet: si vero fideiussorem tenuerit, debitorem absolvet; quia uno electo, quem idoneum creditor iudicavit, alterum liberat.

<sup>17</sup> Lo stesso ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 371, pur insistendo su questo punto, afferma che si tratta di "sfumature".

<sup>18</sup> Oltre alla stipulazione, vengono trattate la *dotis dictio* (Ep. Gai. 2.9.3) e la *promissio iurata liberti* (Ep. Gai. 2.9.4).

Il testo mostra con una certa chiarezza il ricorso a casi concreti di stipulazione. Infatti, nell'affermare che la stipulazione si perfeziona attraverso lo scambio di *interrogatio* e *responsio*<sup>19</sup>, l'epitomatore precisa che si tratta di *interrogatio dantis* e di *responsio accipientis*. Ancora, nel definire il contenuto della domanda, *hoc mihi dabis?*, evidenzia ulteriormente che essa viene posta da *ille, qui dat*, mentre la risposta proviene da (*ille*) *qui accipit*.

Non è dunque esposta la stipulazione in generale, ma viene affrontato un caso concreto, nel quale l'*obligatio verbis* è riconnessa al preciso ambito della restituzione.

L'impiego del verbo *do* rimanda al mutuo, descritto, come abbiamo visto, proprio nel paragrafo precedente, Ep. Gai. 2.9.1<sup>20</sup>: si sta dunque plausibilmente parlando di una stipulazione con cui chi ha ricevuto cose fungibili o denaro a titolo di mutuo, si impegna a *dare*<sup>21</sup>. È un caso ben noto ai giuristi classici, che avrà rilievo anche nel diritto giustiniano<sup>22</sup>.

Significativo, da questo punto di vista, è che nelle Istituzioni gaiane, nel libro quarto, nell'ambito della trattazione dedicata alla *exceptio doli*, sia ricordata l'ipotesi di una promessa di restituzione di *pecunia* (che successivamente risulta non essere stata *numerata*) contratta attraverso una stipulazione<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Su cui cfr. le osservazioni *infra*, in questo paragrafo.

<sup>20</sup> Ep. Gai. 2.9.1 ... *Quae omnia numerando aut pensando aut metiendo ad hoc damus, ut eorum fiant, qui ea accipiunt, et ad nos statuto tempore non ipsae res, sed aliae eius naturae, quales datae sunt, atque ipsius ponderis, numeri vel mensurae reddantur...*

<sup>21</sup> ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 382 s., si sofferma sul problema, per nulla affrontato dall'epitomatore, del rapporto fra le due *causae debendi*, sottolineando che non vi è nessun appiglio che permetta di trattare la questione.

<sup>22</sup> Cfr. a questo proposito ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 382, il quale richiama l'ampio lavoro giurisprudenziale condotto su questa fattispecie in età classica, e l'attenzione ad essa dedicata, parimenti, in età giustiniana. Sulle obbligazioni *re et verbis* rinviamo, fra molti, a G. SEGRÈ, *Mutuo e stipulatio nel diritto romano classico e in età giustiniana*, in *Studi giuridici in onore di V. Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917, ora in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 141 ss.; A. DELL'ORO, *A proposito del regime classico e giustiniano della obligatio re et verbis*, Milano, 1950, ora in *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di A. Dell'Oro*, Milano, 2015, 103 ss.; V. GIUFFRÈ, s.v. *Mutuo (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, 27, Milano, 1977, 429 s.; M. TALAMANCA, 'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta', in *Iura*, 50, 1999, 7 ss.; G. LUCHETTI, *Il prestito di denaro a interesse in età giustiniana*, in *Cultura giuridica e diritto vivente, Special issue, L'economia delle passioni. Etica, diritto e mercato finanziario tra antico e moderno* (a cura di M. FRUNZIO), 2016, 4 ss.

<sup>23</sup> Sulla connessione fra l'esempio fatto dall'epitomatore in Ep. Gai. 2.9.2 e Gai Inst. 4.116, cfr. MARTINI, *Qualche osservazione* cit., 624. Sul brano di Gaio, nel quale vi è un impiego della *exceptio doli* che anticipa la funzione della *exceptio non numeratae pecuniae*, si vedano, tra gli altri, M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'ambito dell'esperienza giuridica romana*, II, Milano, 1973, 723, nota 154; M.R. CIMMA, *De non numerata pecunia*, Milano, 1984, 1 ss.; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 567.

L'epitomatore, invece di ricorrere ad una spiegazione su di un piano astratto, ancora la trattazione della *stipulatio* ad una situazione ben precisa, quella della stipulazione collegata al contratto di mutuo.

Lo stesso dicasi per il secondo esempio di Ep. Gai. 2.9.2, ove vi è il riferimento alla fideiussione<sup>24</sup>, altro caso di applicazione della stipulazione. Bisogna notare inoltre che, dove si parla della possibilità, in capo al creditore, di scegliere se rivolgersi al debitore principale o al fideiussore<sup>25</sup>, torna, di nuovo, un collegamento con il mutuo: *creditor autem, qui pecuniam dedit...*<sup>26</sup>.

Infine, un ulteriore caso concreto di stipulazione, quello della *promissio dotis*, è richiamato in Ep. Gai. 2.9.3<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> A proposito della spiegazione della fideiussione cfr. ARCHI, *L'Epitome Gai cit.*, 397 ss., il quale nota diverse omissioni rispetto al discorso gaiano.

<sup>25</sup> Questo punto dell'opera, in cui si parla della possibilità di scelta in capo al creditore di farsi pagare dal fideiussore o dal debitore principale, con la conseguente liberazione dell'altro soggetto, manca, com'è noto, nelle Istituzioni gaiane; sarebbe dunque stato aggiunto. Cfr. ARCHI, *L'Epitome Gai cit.*, 48 ss., il quale, notando la differenza rispetto all'approccio in Oriente (ove, con Giustiniano, sarà ammesso il principio del *beneficium excussionis*), afferma che non è immaginabile che sia stato l'autore stesso dell'*Epitome* ad operare tale integrazione, data la sua tendenza all'estrema semplificazione, evidente in numerose altre parti dell'opera. Secondo Archi, l'aggiunta in questione sarebbe stata già presente nella parafrasi delle Istituzioni di Gaio da cui il maestro postclassico ha successivamente ricavato l'*Epitome*: si tratta dunque di un indizio del fatto che l'*Epitome* non deriverebbe direttamente da Gaio, ma da una rielaborazione scolastica delle Istituzioni. Sulla questione, v. oggi anche MARTINI, *Qualche osservazione cit.*, 621 s., che, in particolare dal confronto tra Ep. Gai. 2.9.3 e Int. ad PS. 2.17.16, ricava indizi per sostenere l'idea dell'intervento dei visigoti sul testo.

<sup>26</sup> Cfr. ancora ARCHI, *L'Epitome Gai cit.*, 398; F. BRIGUGLIO, *Fideiussoribus succurri solet*, Milano, 1999, 164.

<sup>27</sup> Ep. Gai. 2.9.3. *Sunt et aliae obligationes, quae nulla praecedenti interrogatione contrahi possunt, id est, ut si mulier sive sponso uxor futura, sive iam marito, dotem dicat. Quod tam de mobilibus rebus, quam de fundis fieri potest. Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligatur, sed et pater eius, et debitor ipsius mulieris, si pecuniam, quam illi debebat, sponso creditricis ipse debitor in dotem dixerit. Hae tantum tres personae nulla interrogatione praecedente possunt dictione dotis legitime obligari. Aliae vero personae, si pro muliere dotem viro promiserint, communi iure obligari debent, id est, ut et interrogata respondeant, et stipulata promittant.* Dopo avere indicato chi può accedere alla *dotis dictio*, l'epitomatore ricorda che le *aliae personae* dovranno invece impiegare la stipulazione. Si veda ARCHI, *L'Epitome Gai cit.*, 369.

Queste modalità di illustrazione della stipulazione<sup>28</sup>, lontane da quelle impiegate da Gaio nelle *Institutiones* - dove il discorso si svolgeva su un piano generale, e la *stipulatio* veniva dipinta come un negozio imperniato sullo scambio di domanda e risposta, senza il ricorso a casi concreti<sup>29</sup>- sono state spiegate anzitutto con l'idea della incapacità dell'epitomatore di condurre l'esposizione astrattamente, con la conseguenza che si giunge a parlare non della *stipulatio* bensì di *stipulationes*<sup>30</sup>. Secondo un differente approccio, il giudizio può forse risultare meno drastico: la particolare trattazione della stipulazione dipenderebbe dall'atteggiamento di concretezza che pervade questi paragrafi<sup>31</sup>.

Anche con riferimento a Ep. Gai. 2.9.2 si può forse pensare, più che a incapacità di astrazione e di impiego di strumenti dogmatici, alla scelta di rielaborare la materia delle obbligazioni che si contraggono *verbis*, e in particolare della stipulazione, puntando l'accento su situazioni che dovevano essere assai frequenti nella prassi negoziale<sup>32</sup>, quindi con un atteggiamento semplificante rispetto a quello del modello gaiano.

Tutto ciò, forse, potrebbe far pensare una volta di più ad una funzione didattica elementare rivestita dall'opera, dove il ricorso a situazioni concrete avrebbe lo scopo di facilitare l'apprendimento dei discenti.

Dopo un primo approccio marginalizzante, focalizzato su casi specifici, un certo spazio è comunque riservato in Ep. Gai. 2.9 al contratto di stipulazione, di cui vengono trattati vari aspetti, con modalità che aprono squarci sull'evoluzione della materia rispetto al quadro emergente dalle *Institutiones* gaiane.

<sup>28</sup> Un atteggiamento simile, anche se con alcune differenze, può risultare dal confronto fra *Pauli Sententiae* e *Interpretationes*. Per esempio, mentre in PS. 2.3.1 si sottolinea che la stipulazione richiede, in generale, scambio di domanda e risposta, e si riportano alcune delle parole che potevano essere impiegate per il perfezionamento del contratto (*Stipulatio est verborum conceptio, ad quam qui congrue interrogatus respondet: velut spondes? spondeo: dabis? Dabo: promittis: promitto: fidei tuae erit? Fidei meae erit: et tam pure quam sub conditione concipi potest*), nella relativa *Interpretatio*, che pure contiene una definizione generale del contratto, il discorso viene integrato da un esempio concreto, quello della fideiussione, introdotto dal *veluti* (*Stipulatio est inter praesentes haec verba, quibus se invicem partes obligare possunt; ubi necesse est, ut interrogatione petentis pulsatus ad interrogata respondeat. Veluti si quis pro alio fideiussorem se dicat accedere; qui cum se hac responsione obligaverit, ad solutionem etiam sine scriptura poterit retineri*).

<sup>29</sup> Gai Inst. 3.92. *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut dari spondes? spondeo, dabis? dabo, promittis? Promitto, fidepromittis? Fidepromitto, fideiubes? Fideiubeo, facies? Faciam*. Cfr. ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 68.

<sup>30</sup> ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 368 s.

<sup>31</sup> MARTINI, *Qualche osservazione* cit., 624.

<sup>32</sup> Come d'altra parte sottolinea lo stesso ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 369, affermando che il caso della stipulazione conclusa fra un mutuante e un mutuatario doveva essere riconosciuto dal maestro postclassico come "il più frequente nella prassi", seguito dalla fideiussione, altra situazione molto diffusa. Si veda pure MARTINI, *Qualche osservazione* cit., 624, che si riferisce alla *fideiussio* come il caso più frequente.

Si è già visto che la definizione dell'*obligatio verbis* ruota attorno allo scambio di *interrogatio* (*dantis*) e *responsio* (*accipientis*) e che ha sullo sfondo l'ambito della restituzione, plausibilmente collegato al mutuo.

Un ulteriore profilo di interesse evidenziato da Archi è il seguente: mentre nelle Istituzioni gaiane sono ricordate le parole precise che dovevano essere impiegate nella domanda e nella risposta (*spondeo, dabo, promitto, fidepromitto, ecc.*)<sup>33</sup>, nel brano dell'*Epitome* non vi è alcuna attenzione per tale aspetto, rimasto del tutto in ombra.

Per Gaio le formalità della stipulazione consistono anche nell'impiego di una ben precisa terminologia; l'epitomatore invece enfatizza, più che altro, la necessità della domanda e della risposta, schema evidentemente sufficiente perché si possa dire perfezionato il contratto di stipulazione<sup>34</sup>.

Da questo punto di vista, nota l'autorevole studioso, le parole dell'epitomatore mostrerebbero con chiarezza una certa evoluzione rispetto alla struttura classica della *stipulatio*: come in Oriente si registrano forti cambiamenti nella stipulazione dal punto di vista formale<sup>35</sup>, così pure per l'Occidente la testimonianza di Ep. Gai. 2,9,2 svela un cambiamento, fa cioè apparire l'idea di un abbandono del formalismo dei *verba* con l'accentuazione, piuttosto, della necessità del consenso, della *voluntas*<sup>36</sup>. Nello stesso tempo, non è possibile arrivare a sostenere addirittura la totale libertà delle parti nella formulazione della domanda e della risposta<sup>37</sup>.

Ancora, in Ep. Gai. 2,9,8-9 si ricorda che nella stipulazione deve esserci corrispondenza tra contenuto della *interrogatio* e della *responsio*<sup>38</sup>:

<sup>33</sup> Medesima impostazione si rinviene anche nelle Istituzioni giustinianee, dove, dopo la precisazione relativa al fatto che la stipulazione si perfeziona con *interrogatio* e *responsio*, sono indicati i *verba* attraverso i quali la stipulazione si conclude: I. 3.14.1.

<sup>34</sup> Ciò accade anche in un altro punto, Ep. Gai. 2.9.7, ove, nella trattazione dedicata alla *stipulatio inutilis*, non si parla espressamente di *stipulatio* ma di *interrogatio* e *promissio*, laddove invece Gaio usava semplicemente la parola *stipulatio*. Con riguardo a questo aspetto è possibile effettuare un paragone con le *Interpretationes* delle *Pauli Sententiae*: infatti, in PS. 2.3 sono richiamate le precise parole necessarie per il perfezionamento del contratto, nella relativa *Interpretatio* l'attenzione è invece focalizzata sullo scambio della domanda e della risposta (*ubi necesse est, ut interrogatione petentis pulsatus ad interrogata respondeat*). Una impostazione simile emerge pure dal confronto tra PS. 5.7.2 (Brev. 5.8.2) e la relativa *Interpretatio*: cfr. ARCHI, *L'Epitome Gai cit.*, 385. Un ulteriore punto dell'*Epitome Gai* che permette di confermare questa idea è Ep. Gai. 2.9.7

<sup>35</sup> Si pensi alla celebre legge di Leone del 472, C. 8.37.10.

<sup>36</sup> Così ARCHI, *L'Epitome Gai cit.*, 386 ss.

<sup>37</sup> In tal senso HITZIG, *Beiträge zur Kenntnis* cit., 204. ARCHI, *L'Epitome Gai cit.*, 387, ribatte osservando che nelle *Interpretationes* alle *sententiae* rimane comunque traccia delle precise parole che erano richieste (si riprendono infatti il verbo *do, facio, ecc.*).

<sup>38</sup> Così ARCHI, *L'Epitome Gai cit.*, 387.



Ep. Gai. 2,9,8-9. Item inutilis est obligatio, si dicat creditor: PRIDIE QVAM MORIAR DARE SPONDES? vel interroget debitorem: PRIDIE QVAM MORIARIS? similiter et haec stipulatio inutilis iudicatur, quia non potest sciri, quando sit pridie, quam aliquis moriatur, nisi post quam mortuus fuerit. 9. Item si pure interroget creditor, et debitor sub conditione promittat.

Va comunque notata una certa evoluzione, che porta verso la valorizzazione del consenso nella stipulazione, anche negli ambienti occidentali: pur non potendosi sostenere l'idea dell'abbandono completo di ogni formalità, che condurrebbe a considerare la *stipulatio* un *pactum*, è possibile affermare che l'*Epitome* mostra una certa distanza dal diritto classico<sup>39</sup>.

A proposito di tale problema, crediamo sia necessario evidenziare anche un altro aspetto. Abbiamo visto che il discorso relativo alla stipulazione è fortemente connesso a dei casi concreti: principalmente, quello della stipulazione collegata al mutuo e quello della fideiussione. La prospettiva è dunque limitata, e l'epitomatore non ha, forse, interesse a discutere su un piano più generale dei vari *verba* da utilizzarsi per il perfezionamento del contratto: è sufficiente il richiamo, preciso, alle espressioni relative alle situazioni specifiche da lui trattate (*hoc mihi dabis?... dabo; fide tua esse iubes?... fide mea esse iubei*).

Un altro profilo da sottolineare, che ha sempre a che fare con l'evoluzione di questo contratto in Occidente nel periodo tardoantico, è quello del rapporto fra *stipulatio* e scrittura.

Il paragrafo che interessa è Ep. Gai. 2.9.11:

Ep. Gai. 2.9.11. Si aliquis nobis pecuniam debet, possumus debitorem nostrum compellere, ut pecuniam quam nobis redditurus erat, alteri se caveat redditurum, neque potest ei, cui pro nostro debito cavit, de cauto et non numerato, sicut fieri solet, aliquid disputationis adferre, cum id, quod a nobis accepit, alteri caverit redditurum.

Il verbo *caveo* nonché il richiamo alla *exceptio non numeratae pecuniae*, qui esclusa, sono indicativi della presenza di una *cautio*, evidentemente stipulatoria<sup>40</sup>. Si tratterebbe di un documento dispositivo, e non con mero valore probatorio: segno,

<sup>39</sup> Su tutto ciò, essenzialmente, ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 387 s. Lo studioso parla, secondo noi a ragione, di distanza tra i testi classici e i loro commenti, di un divario che, seppure non si traduca ancora in un abbandono completo delle formalità, indica importanti cambiamenti. Più di recente, sottolinea la distanza, da questo punto di vista, fra le Istituzioni di Gaio e l'*Epitome* M. SALAZAR REVUELTA, *La forma litteris como instrumentum crediticio en el derecho justiniano*, in *RIDA*, 45, 1998, 512, nota 18.

<sup>40</sup> Sull'esclusione della *exceptio non numeratae pecuniae* in questo caso v. la discussione in ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 391 ss.; CIMMA, *De non numerata pecunia* cit., 67.

questo, del fatto che l'*Epitome* segue lo stato del diritto del suo tempo, riferendosi pure alla stipulazione scritta<sup>41</sup>.

Interessante, inoltre, è il fatto che questo punto dovrebbe corrispondere alla trattazione gaiana dell'*adstipulator*<sup>42</sup>. Ciò di cui si parla è, invece, riconducibile all'ambito della delegazione attiva: è detto infatti che un creditore può costringere il proprio debitore a redigere una *cautio* con cui promette ad altri la stessa somma di denaro dovuta al creditore<sup>43</sup>. Siamo dunque in presenza di un fenomeno novatorio.

Come mai l'epitomatore, trattando della stipulazione, passa bruscamente dalla *stipulatio* orale a quella scritta e si occupa di stipulazione novatoria scritta e non orale? Secondo Archi, ciò è dovuto proprio ai cambiamenti intercorsi nel periodo tardoantico: la *cautio* assumerebbe nel mondo postclassico la medesima centralità che la *stipulatio* classica aveva nel sistema contrattuale; così, si sarebbe sviluppata l'idea di fondo per cui la novazione avviene trasfondendo il debito in una *cautio*.

Vi è qui, inoltre, il riferimento alla *exceptio non numeratae pecuniae*: pur mancando l'espressione tecnica, viene indicata con le parole *de cauto et non numerato... aliquid disputationis adferre*<sup>44</sup>.

Un modo analogo di citare questa eccezione, senza impiegarne il nome, compare pure in altre fonti tarde. Per esempio, in una costituzione di Onorio, C.Th. 2.27.1, dove si parla di *obstaculum cavillationis*: da notare, in queste fonti, una certa connotazione negativa attribuita al rimedio processuale<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Sulla stipulazione scritta nell'*Epitome Gai* si vedano già cenni in HITZIG, *Beiträge zur Kenntnis* cit., 207 ss.; CONRAT, *Die Entstehung* cit., 45, nt. 141. Scrive ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 389: "Questo accenno ha una grande importanza. Esso, infatti, ci rivela come l'*Ep. Gai.* anche su questo punto così importante, così centrale nello sviluppo storico del diritto romano, non si attardi su vecchie posizioni, ma, sotto l'apparenza dei passati schemi, che non si volevano, non si potevano abbandonare, segua lo stato di diritto del suo tempo". Si veda, inoltre, MARTINI, *Qualche osservazione* cit., 624.

<sup>42</sup> I paragrafi gaiani sono infatti dedicati alla figura dell'*adstipulator*, mentre il brano della *Epitome* non ha nulla a che fare con tale istituto, che all'epoca doveva essere caduto in disuso. Si veda sulla questione ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 389 ss.

<sup>43</sup> Facciamo notare che il richiamo a qualcuno che deve una somma di denaro conduce, ancora una volta, a pensare all'ipotesi di un mutuo retrostante, scenario che costituisce il filo conduttore nell'esposizione della stipulazione da parte dell'epitomatore.

<sup>44</sup> Cfr. ancora ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 392. Lo studioso torna sul problema in ARCHI, *Studi sulla stipulatio. I. La querella non numeratae pecuniae*, Milano, 1938, ora in ARCHI, *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, 544 s., notando un atteggiamento simile in *Lex. Rom. Burg.* 31.2, dove si parla di *proponere et peragere de cauta et non numerata pecunia*.

<sup>45</sup> Su questi profili, rimandiamo ancora a SCHIAVO, *Aspetti processuali* cit., 79 ss. Come si può notare, nel passo dell'*Epitome Gai* non vi sono cenni all'istituto della *contestatio*, attraverso cui il debitore poteva bloccare i termini di prescrizione della *exceptio non numeratae pecuniae*. Per questi profili del brano, si veda ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 547; lo studioso afferma che non è possibile comprendere il motivo del silenzio dell'epitomatore sulla questione. Allargando lo sguardo ad altre fonti del *Breviarium*, la *contestatio* sarebbe evocata, secondo alcuni,

#### 4. Cenni all'*obligatio litteris*

Nella trattazione dei contratti un certo interesse ha spesso suscitato il modo in cui l'epitomatore si accosta alla *obligatio litteris*<sup>46</sup>, con un discorso che risulterebbe secondo alcuni autori anacronistico<sup>47</sup>. Questo è il paragrafo di riferimento:

Ep. Gai. 2.9.12. *Litteris obligatio sit, aut a re in personam, aut a persona in personam. A re in personam, velut si id, quod ex emptione aut ex conductione, aut societate debes, alii reddas. A persona in personam, velut si id, quod mihi alter debet, alteri personae delegem, ut reddere debeat.*

Il brano descrive la *litteris obligatio* con modalità molto diverse rispetto a quelle impiegate nelle Istituzioni di Gaio. Secondo il giurista classico, il *nomen transscripticium* presentava una duplice struttura. L'ipotesi *a re in personam* implicava che chi era debitore sulla base di un contratto consensuale lo diveniva *litteris*, mentre nell'ipotesi *a persona in personam* il debitore originario veniva sostituito con un altro: si trattava dunque di una sorta di novazione<sup>48</sup>.

Nella rielaborazione fornita dall'epitomatore, invece, nel primo caso, *a re in personam*, parrebbe esserci una sostituzione del creditore (*A re in personam, velut si id, quod ex emptione aut ex conductione, aut societate debes, alii reddas*); nel caso *a persona in personam* il creditore autorizza invece il debitore a pagare un altro. Dunque, in entrambe le situazioni è prospettato il cambiamento del creditore<sup>49</sup>. Tutto ciò, evidentemente, avveniva attraverso la redazione di un documento.

---

invece nell'*Interpretatio* di Brev. Herm. 1.1., oltre che in C.Th. 2.27.1. Su tutto ciò si veda il lavoro di G. MARAGNO, *La disciplina degli atti negoziali inter vivos nei rescritti ex Gregoriano ed Hermogeniano accolti nel Breviarium*, in questo volume, 98 ss.

<sup>46</sup> Per quanto riguarda i contratti letterali cfr. CANNATA, *Qualche considerazione sui "nomina transscripticia"*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, II, Milano, 2007, ora in CANNATA, *Scritti scelti di diritto romano* (a cura di VACCA), II, Torino, 2012, 613 ss.; F. LA ROSA, *Appunti sui contratti "letterali" nel diritto romano*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, IX, 2007-2008, 71: "Nei contratti letterali, come sappiamo, la scrittura era l'elemento costitutivo del contratto per cui è facile capire che, quando l'uso del documento scritto andò sempre più diffondendosi, i contratti *litteris* cominciarono a perdere la loro specificità fino a scomparire. Per questo motivo a noi manca totalmente il magnifico apporto dell'elaborazione giurisprudenziale che per altri istituti ci è pervenuto attraverso i *Digesta*".

<sup>47</sup> V. per esempio NELSON, *Überlieferung* cit., 135.

<sup>48</sup> Cfr. Gai. 3.128-130. *Litteris obligatio fit veluti nominibus transscripticiis. Fit autem nomen transscripticium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam. 129. A re in personam transscriptio fit, veluti si id quod tu ex emptiois causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. 130. A persona in personam transscriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi.*

<sup>49</sup> Cfr. E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, 142.

Per Archi questa ricostruzione è frutto di incomprensione del testo gaiano<sup>50</sup>, che conduce l'epitomatore a parlare in entrambi i casi di mutamento del creditore, mentre, in origine, ciò non era necessario là dove variava la causa (*transcriptio a re in personam*).

Nello stesso tempo, l'autorevole studioso, notando la stretta correlazione con quanto esposto nel paragrafo precedente, in tema di stipulazione scritta, riprende un'idea già in circolazione: quella secondo cui la *obligatio litteris*, non avendo più nulla a che fare con il *nomen transcripticium* gaiano, si riferirebbe alla *cautio* stipulatoria (con la quale nel caso specifico si realizzano casi di delegazione). Secondo tale approccio, forte è dunque la continuità con la descrizione della stipulazione scritta di Ep. Gai. 2.9.11<sup>51</sup>.

Insomma, più che di anacronismo, o incomprensione dell'epitomatore, saremmo in presenza di un caso in cui si utilizza una forma 'superata' per descrivere contenuti nuovi, aggiornati e agganciati ai mutamenti avvenuti, nel caso di specie con una certa valorizzazione della delegazione<sup>52</sup>.

D'altra parte, proprio con riferimento alla *obligatio litteris*, bisogna evidenziare che anche in altre fonti si trovano richiami formali a questo contratto, che nella sostanza corrisponde però a qualcosa di molto diverso rispetto al modello gaiano.

Pensiamo, per esempio, alle Istituzioni giustiniane.

Giustiniano, da un lato, nel Digesto tralascia completamente l'elaborazione giurisprudenziale in materia di contratti letterali: essendo contratti nei quali la scrittura era elemento costitutivo, con la progressiva diffusione del documento essi persero la loro specificità, fino a decadere completamente<sup>53</sup>. Dall'altro, però, egli dedica un titolo delle Istituzioni alla *obligatio litteris*, I. 3.21:

<sup>50</sup> ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 393; per LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht* cit., 142 ss., l'epitomatore in questo paragrafo sarebbe impreciso perché la delegazione non sarebbe più stata così comune nel diritto privato volgare.

<sup>51</sup> L'idea che la *litteris obligatio* di Ep. Gai. 2.9.12 non sia altro che una *Stipulationkaution* è espressa da CONRAT, *Die Entstehung* cit., 43 ss. Lo studioso vede nei paragrafi 11 e 12 una trattazione 'unitaria' della delegazione. ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 394, pur accettando l'idea di fondo espressa da Conrat, sottolinea che dal punto di vista formale fra i due paragrafi appare esservi un netto distacco. Dunque l'epitomatore farebbe rientrare la trattazione della novazione in parte nella *stipulatio*, in parte nella *litteris obligatio*.

<sup>52</sup> Sulla questione, più di recente, si veda MARTINI, *Qualche osservazione* cit., 623, il quale rigetta l'accusa di anacronismo avanzata nei confronti dell'epitomatore: ci si accorge che solo apparentemente qui si parla di una cosa superata, poiché il discorso gaiano viene reimpiegato "valorizzando al massimo l'accenno alla delegazione che già Gaio aveva fatto in proposito" (anche se lo studioso afferma che ritiene essere misteriosa l'ipotesi *a re in personam*).

<sup>53</sup> Per questi aspetti, nella letteratura più recente, v. CANNATA, *Qualche considerazione* cit., 614, il quale evidenzia che nel Digesto sono rimaste alcune espressioni che rimandano ai contratti letterali, che non mantengono però il significato tecnico originario; LA ROSA, *Appunti* cit., 72; secondo la studiosa, il testo più recente in cui tali contratti sarebbero in uso è *Frag. Vat.* 329, che riporta un passo di Papiniano.

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.

Dopo avere ricordato che in passato esisteva una *obligatio* nascente dalla *scriptura*, oggi non più in uso<sup>54</sup>, Giustiniano afferma che anche per i contemporanei esiste la possibilità che una obbligazione sia assunta attraverso il documento.

È il caso di quel soggetto che ha scritto di dover restituire una somma di denaro, somma che non gli è stata versata<sup>55</sup>; passato un certo periodo di tempo, non può più sollevare l'*exceptio non numeratae pecuniae*, come stabilito da numerose costituzioni imperiali. Così, accade che nel periodo di tempo in cui non può impiegare la suddetta eccezione risulti obbligato *scriptura*<sup>56</sup>.

Teofilo, nella Parafrasi<sup>57</sup>, contribuisce a chiarire il discorso giustiniano: in passato, chi aveva un credito di denaro basato su compravendita, locazione, mutuo o stipulazione, per trasformare il rapporto in un contratto *litteris*, scrivendo doveva utilizzare determinate espressioni (*expensos mihi tulisti*)<sup>58</sup>; oggi invece esiste l'*obligatio litteris* che non richiede l'impiego di tali parole, ma di altre. E queste dichiarazioni, che provengono dal debitore e non dal creditore come accadeva per il *nomen transcripticium* classico, possono essere impiegate anche se manca la *numeratio* (non c'è quindi *obligatio re contracta*) oppure anche quando il documento porta la menzione della stipulazione o la menzione della stipulazione è inutile perché una delle parti era assente<sup>59</sup>.

L'*obligatio litteris* delle fonti giustiniane, dunque, è altro rispetto a quella descritta nelle Istituzioni gaiane, ed è il risultato di un mutamento di cui Giustiniano offre testimonianza.

<sup>54</sup> Cfr. CANNATA, *Qualche considerazione cit.*, 614, che evidenzia che *nomina* sta ad indicare la scrittura in se stessa.

<sup>55</sup> Si tratta di un documento non stipulatorio di mutuo. Cfr. M.R. CIMMA, *De non numerata pecunia cit.*, 217.

<sup>56</sup> Sul passo delle Istituzioni giustiniane, in modo approfondito, CIMMA, *De non numerata pecunia cit.*, 217 ss. La studiosa sottolinea che l'espressione *cessante scilicet verborum obligatione*, presente nel passo giustiniano, come da più risalente interpretazione, sta ad indicare il fatto che la stipulazione non era stata compiuta. LA ROSA, *Appunti cit.*, 72 ss.

<sup>57</sup> Theoph. 3.21.

<sup>58</sup> Nota CANNATA, *Qualche considerazione cit.*, 615, che Teofilo mostra di non conoscere il contratto classico, e costruisce l'antica *expensilatio* in forma dialogica, come una specie particolare di stipulazione novatoria scritta, cercando così di interpretare quanto trovava in Gaio.

<sup>59</sup> Si vedano ancora CIMMA, *De non numerata pecunia cit.*, 218; LA ROSA, *Appunti cit.*, 73.

Come è stato evidenziato, si tratta di un istituto fondato su elementi eterogenei, tra cui la scrittura e il fatto che non sia stata sollevata la *exceptio non numeratae pecuniae*<sup>60</sup>; è una categoria che ha dato luogo a diverse difficoltà interpretative, come dimostrano l'ampiezza del dibattito dottrinale sviluppatosi a proposito e le critiche avanzate dagli studiosi nei confronti dell'approccio dei giustinianeî, che avrebbero creato una figura censurabile da molti punti di vista sul piano dogmatico<sup>61</sup>.

Il titolo in discorso, dedicato appunto ai contratti letterali, che non sono pi i *nomina transcripticia* classici, è plausibilmente costruito perché sia comunque mantenuta la quadripartizione delle obbligazioni *quae ex contractu nascuntur*, a fini didattici<sup>62</sup>.

Perché ciò accada, è necessario procedere all'individuazione di un caso particolare, seppure marginale, quale è quello descritto da Giustiniano. Tutto questo risulta molto significativo in un momento in cui i contratti scritti erano, nella prassi, prevalenti; ancora, l'esigenza di identificare comunque la categoria della *obligatio litteris* doveva essere particolarmente forte in un contesto in cui la stipulazione, seppure nella pratica trasfusa nel documento, nella concezione dogmatica dei compilatori era pur sempre un contratto verbale<sup>63</sup>. Mentre altrove all'interno delle Istituzioni Giustiniano opera la scelta di non dare conto di istituti caduti in disuso, in questo caso, poiché la

<sup>60</sup> Sul punto si vedano le osservazioni di LUCHETTI, *Il prestito di denaro* cit., 4 ss.

<sup>61</sup> Dell'accesso dibattito e dei numerosi problemi emergenti dal brano delle Istituzioni dà conto essenzialmente CIMMA, *De non numerata pecunia* cit., 219 ss. I problemi affrontati in dottrina sono numerosi: quella descritta nelle Istituzioni non sarebbe una *obligatio litteris* poiché non si può ammettere che con il decorso del tempo muti il titolo dell'obbligazione; i giustinianeî avrebbero piuttosto confuso l'origine dell'obbligazione con la sua prova (per esempio, C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Le obbligazioni. Parte speciale, I: Contratti; patti; quasi contratti*, Torino 1905, 139, nota 2; F. MESSINA VITRANO, *La litterarum obligatio nel diritto giustiniano*, in *Archivio giuridico*, 80, 1908, 104). Per altri, è corretto parlare di *obligatio litteris*, che sorgerebbe immediatamente e non con il passare del tempo (F. SCHUPFER, *Singrafe e chirografi. Ricerche sui titoli di credito dei Romani*, in *RISG*, 7, 1889, 376 ss.). Secondo Cimma (cfr. *De non numerata pecunia* cit., 222) è possibile invece ammettere il mutamento del titolo dell'obbligazione dovuto al trascorrere del tempo, pur avendo però l'ipotesi prospettata da Giustiniano un valore eminentemente scolastico.

Di recente, parla di "insipienza dommatica" dei giustinianeî CANNATA, *Qualche considerazione* cit., 636.

<sup>62</sup> Così LUCHETTI, *Il prestito di denaro* cit., 5; lo studioso parla di un "consapevole intervento dell'imperatore".

<sup>63</sup> Per queste riflessioni rimandiamo ancora a LUCHETTI, *Il prestito di denaro* cit., 5. Sulla questione si veda anche R. BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*<sup>4</sup>, Bologna, 1985, 52 e 90, ove lo studioso sottolinea la marginalità del caso presentato dai giustinianeî nell'ambito della categoria *obligatio litteris*, mantenuta però per la volontà di non trascurare del tutto, in un'opera destinata ai futuri giuristi, la categoria del contratto scritto, così importante nella prassi dell'epoca.

quadripartizione delle obbligazioni è essenziale per condurre un discorso sistematico, essa viene conservata pienamente<sup>64</sup>.

A noi pare che osservazioni simili possano forse essere avanzate anche con riferimento alla trattazione dell'*obligatio litteris* dell'*Epitome Gai*. Lungi dall'essere frutto di incomprensione, o di errore, da parte dell'epitomatore, che non avrebbe avuto gli strumenti teorici per capire fino in fondo la descrizione gaiana, Ep. Gai. 2.9.12 così come formulata potrebbe invece essere un estremo tentativo di mantenere in piedi la struttura delle Istituzioni classiche, con la conservazione della categoria dei contratti letterali.

L'epitomatore (o l'autore dell'opera intermedia da cui l'autore dell'*Epitome Gai* è partito<sup>65</sup>) opera in un contesto in cui non esistono più i *nomina transcripticia* classici<sup>66</sup>; in un ambiente in cui lo scritto ha una grande diffusione e dove la stipulazione (pur avendo già conosciuto l'evoluzione della forma scritta) è comunque un contratto *verbis*.

Per 'creare' la categoria della *obligatio litteris* ricorre quindi ad alcuni casi che dovevano essere frequenti nella prassi, incasellandoli nelle antiche categorie *a re in personam* e *a persona in personam* e legandoli, come si è già evidenziato, alla trattazione della stipulazione del paragrafo precedente.

Questa circostanza, crediamo, consente di riflettere ulteriormente sulla natura, pratica o scolastica dell'*Epitome Gai*. La necessità 'sistematica', che spinge l'epitomatore a mantenere una categoria oramai desueta, riempiendola di contenuti evidentemente attualizzati anche se non del tutto chiari per l'interprete moderno, potrebbe costituire un ulteriore piccolo indizio della funzione didattica dell'opera.

## 5. I contratti consensuali. Il consenso e i *verba*

Un altro aspetto sul quale vale la pena soffermarsi è quello relativo alle modalità con cui l'epitomatore tratta dei contratti consensuali, ai quali, nel contesto di Ep. Gai.

<sup>64</sup> Cfr. M. AMELOTI, *Giustiniano Maestro d'Istituzioni*, in *Annali Genova*, 5, 1966, ora in AMELOTI, *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*, vol. II, Torino, 1983, 92 s. Lo studioso evidenzia la differenza rispetto a quanto accade nel Digesto, ove le obbligazioni vengono ricondotte a tre categorie (*re, verbis, consensu*, cui deve essere aggiunta talvolta la complessa categoria delle obbligazioni *re et verbis*). Sulla esigenza didattica di mantenimento di questa categoria cfr. pure CASCIONE, *Consensus* cit., 448, nota 182.

<sup>65</sup> Vale infatti la pena ricordare che secondo i risultati raggiunti da Archi l'epitomatore sarebbe partito non dalle Istituzioni gaiane ma da un'opera intermedia, presumibilmente di natura scolastica (cfr. *supra*, par. 1).

<sup>66</sup> Sottolinea AMELOTI, *Giustiniano* cit., 92, che forse già in età classica il *nomen transcripticium* cade in desuetudine. Come si è visto, LA ROSA, *Appunti* cit., 71, ricorda che un cenno ai contratti letterali è presente nei *Fragmenta Vaticana*.

2.9, è riservato un certo spazio, seppure con molte omissioni rispetto alla descrizione delle Istituzioni gaiane<sup>67</sup>.

Questo il paragrafo con cui la categoria viene introdotta dall'epitomatore:

Ep. Gai. 2.9.13. *Consensu fiunt obligationes ex emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus et mandatis, quia in huiusmodi rebus consensus magis quam scriptura aliqua aut sollemnitatis quaeritur.*

La definizione dei contratti consensuali data in questo paragrafo è, ancora una volta, molto aderente al modello gaiano<sup>68</sup>: si dice infatti che nascono con il consenso le obbligazioni da compravendite, locazioni, società e mandati<sup>69</sup>. Inoltre, come accade nel manuale classico, si insiste sul fatto che il consenso è sufficiente per il perfezionamento di tali contratti, per i quali non sono richieste *scriptura aliqua aut sollemnitatis*<sup>70</sup>. Tutto ciò viene comunicato attraverso l'impiego di un *quia* esplicativo<sup>71</sup>.

Quando si va ad osservare la trattazione dei vari tipi contrattuali, il discorso si allontana, almeno in parte, da quanto espone Gaio<sup>72</sup>.

Se, infatti, con riferimento all'*emptio venditio* si afferma, come nelle Istituzioni, che il contratto è perfezionato quando vi sia l'accordo sul prezzo (Ep. Gai. 2.9.14. *Emptio igitur et venditio contrahitur, cum de pretio inter emptorem et venditorem fuerit definitum, etiamsi pretium non fuerit numeratum, nec pars pretii aut*

<sup>67</sup> Precisa CASCIONE, *Consensus* cit., 452, che l'*Epitome Gai* è "l'unica fonte a matrice giurisprudenziale del tardoantico in cui v'è traccia esplicita del *consensus* contrattuale".

<sup>68</sup> Si veda ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 375 ss.

<sup>69</sup> Gai. 3.135-136. *Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. 136. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.* Sulle caratteristiche del discorso gaiano in materia di *obligationes consensu contractae* v. CASCIONE, *Consensus* cit., 439 ss.; per il confronto con il lavoro dell'epitomatore, v. 453 ss.

<sup>70</sup> Cfr., oltre ad ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 375 ss., pure LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht* cit., 19.

<sup>71</sup> Cfr. ancora CASCIONE, *Consensus* cit., 454.

<sup>72</sup> Per quanto riguarda gli altri aspetti relativi ai contratti consensuali, sui quali non possiamo qui soffermarci, rimandiamo alle riflessioni di ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 410 ss. Notevoli sono le parti mancanti rispetto alla trattazione di Gaio: l'epitomatore, per esempio, omette completamente le diverse opinioni giurisprudenziali circa il *pretium certum* in tema di compravendita, nonché le complesse discussioni segnalate da Gaio in materia di locazione-conduzione (Gai. 3.143-147); allo stesso modo, vengono tagliate fuori dalla trattazione le dispute relative al contratto di società; con riguardo al mandato, vengono saltati completamente i paragrafi gaiani 3.163-167.



*arra data fuerit*)<sup>73</sup>, le cose cambiano allorché l'epitomatore si avvicina alla *locatio conductio*:

Ep. Gai. 2.9.15. *Locatio et conductio simili ratione consistunt, ut consensu, etiam verbo, definitio inter consentientes firma permaneat.*

Pur essendo mantenuta la cornice creata da Gaio, nella quale, come è noto, la *locatio conductio* è descritta in modo simmetrico rispetto alla *emptio venditio* (è detto infatti *simili ratione consistunt, ut...*), a differenza di quanto accade nelle Istituzioni, dove si parla della necessità, per la sicurezza dell'essersi perfezionato il contratto, che la *merces* sia certa<sup>74</sup>, nell'*Epitome* viene evidenziata invece la necessità che la *definitio* raggiunta dalle parti *firma permaneat*.

Non solo: è posto l'accento sull'essere queste obbligazioni fondate sul consenso. Nel fare ciò, l'epitomatore introduce l'espressione *etiam verbo*<sup>75</sup>.

Qualcosa di simile si legge a proposito della *societas*:

Ep. Gai. 2.9.16. *Societatem inire possumus aut omnium bonorum aut unius alicuius negotiationis. Et potest ita iniri societas, si tamen hoc inter socios convenit, ut unus pecunia det, alter operam suam pro pecunia ponat. Et huius rei definitio etiam verbo inita valet ita, ut quidquid societatis tempore quolibet modo fuerit adquisitum, sociis commune sit.*

Dopo avere ricordato le varie tipologie di contratto, l'epitomatore dice che si può contrarre la *societas* cosicché un socio conferisce la sua opera, e l'altro invece denaro, se ciò è stato convenuto. A questo punto, come si è osservato per la locazione-conduzione, vi è pure qui l'espressione *etiam verbo* in connessione con l'idea del raggiungimento del consenso (*et huius rei definitio etiam verbo inita valet*), presupposto perché, a partire da questo momento, ciò che si acquista entri in comunione dei soci. Dunque, una *definitio etiam verbo*<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Gai. 3.139. *Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit...* A proposito dei cenni relativi alla compravendita, ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 411 ss., nota che l'epitomatore non dedica alcuna attenzione alla evoluzione postclassica subita dal contratto, limitandosi, appunto, a riprenderne la definizione gaiana.

<sup>74</sup> Gai. 3.142. *Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi.* Per questi aspetti della trattazione gaiana cfr. ora G. FALCONE, *La trattazione di Gai 3.140-141 sul pretium nella compravendita, tra 'regulae' e 'ius controversum'*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, 58, 2015, 51 ss.

<sup>75</sup> ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 411, ribadisce che l'epitomatore appare attratto esclusivamente da questo problema, quello del consenso *etiam verbo*, trascurando così aspetti importanti come quello relativo alla *merces certa*.

<sup>76</sup> Anche in relazione alla società, dunque, vi è una certa distanza fra l'epitomatore e la trattazione gaiana, che non insiste su questi aspetti: cfr. ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 413.

Infine, una impostazione analoga torna nella descrizione del contratto di mandato:

Ep. Gai. 2.19.18. Similiter et mandari verbo potest, et cum verbis mandatum fuerit, obligatio contrahitur ...

Anche in tale occasione ricompaiono i *verba*: è precisato infatti, con un approccio molto diverso rispetto a quello delle Istituzioni gaiane, che il mandato si può contrarre *verbo, verbis*.

Perché? Che significato ha questa particolare modalità di trattazione dei contratti consensuali, ove entrano in gioco anche i *verba*?

Preliminarmente bisogna far notare che il riferimento ai *verba* ha qui un senso differente rispetto a quanto accade nel resto di Ep. Gai. 2.9. Infatti, locazione-conduzione, società, mandato, che si concludono *etiam verbo/verbis*, non sono, ovviamente, contratti verbali, *obligationes quae verbis contrahuntur*, come la stipulazione. Si potrebbe quindi dire che nella trattazione dell'epitomatore il riferimento alle 'parole' persegue scopi diversi nei vari paragrafi del titolo dedicato alle obbligazioni da contratto; non è omogenea<sup>77</sup>.

Secondo le conclusioni raggiunte da Archi, il riferimento ai *verba* in relazione ai contratti consensuali si spiegherebbe con il bisogno, profondamente sentito all'epoca, di 'prendere le distanze' dall'idea che la scrittura fosse necessaria nei contratti.

L'insistenza sulla conclusione *verbo, verbis* riferita alla categoria dei contratti consensuali andrebbe ricollegata, secondo l'autorevole studioso, alla diffusa tendenza, nel mondo postclassico, a confondere il documento, lo scritto, con il contratto o il rapporto giuridico. Segno, questo, di estrema decadenza dei 'pratici', sostituitisi ai giuristi<sup>78</sup>.

Diversi esempi (dalla *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* alle *Interpretationes* ove in qualche occasione il contratto verrebbe fatto materializzare nella scrittura<sup>79</sup>), offrirebbero prova di ciò. La stessa *Epitome Gai* mostrerebbe di seguire ten-

<sup>77</sup> Da questo punto di vista si veda ancora ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 397, il quale, facendo leva sulla circostanza che in Ep. Gai. 2.9.13, la parola *verba* (che era stata impiegata per la *stipulatio*, per la *dotis dictio*, per il *iusiurandum liberti*) è sostituita con *sollemnitatis*, afferma: "Il vero è che la tripartizione gaiana fondata sull'elemento determinante l'obbligazione, si è risolta in una bipartizione, in cui da una parte stanno i contratti, che si concludono senza formalità "verbo", e dall'altra quelli che questa richiedono, sia essa una formalità scritta o altra *sollemnitatis* (domanda e risposta). Sulla questione si veda pure BIANCHI, *Sulla buona fede contrattuale nelle fonti tardo antiche*, in questo volume, 40 ss.

<sup>78</sup> Cfr. ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 372: "La dove all'arte del diritto è succeduta la pratica non illuminata e guidata, e ai giuriconsulti i pratici, può ben darsi che, siccome in effetti un negozio che non si può provare non ha nessun pratico valore, si sia potuto oscurare il concetto di rapporto giuridico, sia che lo si consideri dal lato del soggetto attivo che da quello passivo".

<sup>79</sup> Per gli esempi, v. ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 374 ss.

denze di questo tipo: l'epitomatore, parlando delle *res incorporales*, all'interno di tale categoria inserisce anche le obbligazioni. Mentre Gaio diceva "*obligationes quoquo modo contractae*"<sup>80</sup>, l'epitomatore parla di "... *obligationes de diversis contractibus scriptae*" (Ep. Gai. 2.1.2), riferendosi, con ogni probabilità, non solo alle *obligationes litteris*. Mostrerebbe quindi di considerare le obbligazioni, seppure *res incorporales*, come materialmente concretizzate nell'elemento della scrittura, che ne forniva la prova dell'esistenza<sup>81</sup>.

Orbene, proprio perché consapevole di tali tendenze, in cui egli stesso era immerso, nella parte dedicata ai contratti consensuali l'epitomatore avvertirebbe invece la necessità di spiegare che la locazione-conduzione, la società e il mandato si perfezionano *etiam verbo* o *verbis*, senza, cioè, la necessità del ricorso alla scrittura o alla *sollemnitas*. La questione di fondo, dunque, è, secondo Archi, far comprendere che è sufficiente esprimersi *verbis* senza che sia indispensabile ricorrere alla scrittura o alla solennità<sup>82</sup>.

Pur non essendo possibile negare che nel mondo tardoantico è assai frequente l'assimilazione del documento al negozio giuridico cui la scrittura si riferisce<sup>83</sup>, pensiamo che quella proposta da Archi non sia l'unica via interpretativa possibile, e che vi sia un'altra spiegazione, o comunque una soluzione un po' diversa, un differente significato da attribuire a quei *verba* che entrano in gioco a proposito dei contratti consensuali.

<sup>80</sup> Si veda Gai Inst. 2.14.

<sup>81</sup> Così ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 373. Si tratterebbe per lo studioso di una ulteriore prova di incapacità di astrazione da parte dell'epitomatore. In realtà a noi pare che vi sia una certa lucidità dell'epitomatore nel prosieguo del discorso: *Et licet hereditas vel emptio aut diversi contractus res corporales in se habeant, ius tamen ipsius hereditatis vel emptiois aliorumque contractuum incorporale est*. L'epitomatore dunque fa suo il medesimo discorso condotto in precedenza da Gaio (Gai Inst. 2.14). Si sottolinea infatti in questo punto che, se anche l'eredità o vari contratti hanno per oggetto cose corporali, il diritto che ne scaturisce è una cosa incorporale. Tra l'altro, questa frase fa pensare ad un approccio che non è di tipo "pratico", ma di didattica di base, di didattica elementare: di un maestro che si trova a dover spiegare con chiarezza un concetto di tipo basilare, esattamente come era stato fatto nel modello gaiano, del quale, in questo punto, è mantenuta la medesima impostazione.

<sup>82</sup> Così ARCHI, *L'Epitome Gai* cit., 376. Cfr., inoltre, L. BOVE, s.v. *Documento (storia del diritto)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, VII, Torino, 1991, 20 s.; G. PURPURA, *Diritto, papiri e scrittura*<sup>2</sup>, Torino, 1999, 195.

<sup>83</sup> Su questo problema, utili le pagine di L. DE SARLO, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Firenze, 1935, 71 ss. Un esempio per tutti: una costituzione di Graziano del 376, C.Th. 9.19.4, in tema di falso documentale, dove, nell'ambito dell'elencazione di documenti che potevano essere oggetto di impugnazione, si parla anche di *emptiones, donationes, pacta*.

Alcuni fra gli esempi portati dallo studioso non sono a nostro modo di vedere del tutto convincenti: non provano cioè una sicura confusione tra rapporto giuridico e scrittura, fra documento dotato di funzione probatoria e scrittura necessaria per la conclusione del contratto<sup>84</sup>.

Spunti interessanti provengono da alcuni formulari, ove appare essere ben chiaro che il contratto e il rapporto giuridico vincolante sono altro rispetto alla scrittura.

Ci riferiamo alle *formulae visigothicae*, risalenti al VII secolo e nelle quali appare sicura una certa influenza del diritto romano<sup>85</sup>, ove talvolta si intravede una impostazione di questo tipo: è ben presente la distinzione tra scrittura e contratto o rapporto giuridico. L'impiego del documento viene comunque consigliato perché mette in sicurezza la parte contrattuale.

Così leggiamo per esempio in Form. Visig. 12, proprio in tema di compravendita: *Distrahentium definitio, licet fidei vinculi adligetur, tamen solidius est, ut scripturae firmitas emittatur, ut nec distractoris per metas temporum quolibet ingenio dissimulando subripiat, quae tacendo firmaverat, nec partium comparantis ulla adversitas calumniantis eveniat...*<sup>86</sup>.

Ancora, sempre in tema di compravendita, approccio analogo testimonia Form. Visig. 13: *Licet in contractibus empti et venditi, quae bona voluntate definiuntur, venditionis instrumenta superflue requirantur tamen ad securitatem comparatoris adiungitur, si definitio ipsa scripturae soliditate firmatur*<sup>87</sup>.

In entrambi i testi<sup>88</sup> risulta percepita nettamente la distinzione tra il contratto in sé e il documento, che riveste funzione probatoria e che mette al riparo i contraenti da futuri problemi<sup>89</sup>. La *definitio* raggiunta dai contraenti trova ulteriore supporto nell'*in-*

<sup>84</sup> Per esempio, il richiamo alla scrittura da parte dell'epitomatore nell'ambito della spiegazione relativa alle cose incorporali (Ep. Gai. 2.1.2) potrebbe forse rivestire una ben precisa funzione didattica: si vuole cioè insistere sul fatto che anche quando viene redatto uno scritto relativo ad un determinato contratto, comunque l'obbligazione che sorge fa parte delle *res incorporales*. Cfr. pure *supra*, nota 81.

<sup>85</sup> Cfr. K. ZEUMER, *Formulae Visigothicae*, in *Monumenta Germaniae Historica, Legum sectio V, Formulae Merovingici et Karolini aevi*, Hannoverae 1886, 572 ss. Redatte probabilmente nel periodo di Sisebut, attorno al 620, si tratta di 46 formule. Influenzate del diritto romano, danno un'idea generale della prassi giuridica dei visigoti. Cfr. per alcuni cenni E. CÓRCOLES OLAITZ, *The Manumission of Slaves in the View of the Formulae Visigothicae*, in *Veleia*, 23, 2006, 339 ss. Sulla commistione fra diritto romano e diritto visigotico in queste *formulae* v. oggi S. TAROZZI, *Spunti di riflessione sulla diiudicatio visigota in Form. Visig. 40*, in *Glossae. European Journal of Legal History*, 14, 2017, 920, con rassegna bibliografica.

<sup>86</sup> K. ZEUMER, *Formulae Visigothicae* cit., 581.

<sup>87</sup> K. ZEUMER, *Formulae Visigothicae* cit., 581.

<sup>88</sup> Sui quali v. E. CÓRCOLES OLAITZ, *El contrato de compraventa a la luz de las fórmulas visigodas*, in *Revista internacional de derecho romano*, octubre 2008, 309 ss.

<sup>89</sup> A proposito di Form. Visig. 13, notano un collegamento con Int. ad PS. 2.17(18).13(14) ZEUMER, *Formulae Visigothicae* cit., 581, nota 4; CÓRCOLES OLAITZ, *El contrato de compraventa* cit., 326.

*strumentum*, che previene dissimulazioni e rafforza l'accordo, ma è altro rispetto al rapporto giuridico<sup>90</sup>.

Tornando all'*Epitome Gai*, invece che intravedere il bisogno dell'epitomatore di superare questi problemi, ossia l'incapacità di distinguere il rapporto giuridico dal documento in cui sarebbe materializzato, la particolare impostazione di questi paragrafi potrebbe spiegarsi con esigenze didattiche di estrema semplificazione: far comprendere cioè che il consenso, elemento necessario e sufficiente per il perfezionarsi del contratto, si raggiunge "con una sola parola"<sup>91</sup>.

Nello stesso tempo, potrebbe essere il modo con cui l'epitomatore pone l'accento sull'opportunità che il consenso medesimo trovi una espressione esteriore, un cenno che renda palese che l'accordo è stato raggiunto: è come se l'epitomatore, nell'evidenziare la libertà delle forme di cui godono questi contratti, constatasse l'esistenza di un livello minimo che andava comunque rispettato, pena il verificarsi di numerosi problemi pratici.

Come altri studiosi hanno sottolineato, le espressioni *verbo/verbis* qui ricorrenti potrebbero cioè voler indicare che il consenso deve in qualche modo trovare espressione.

Dire che il mandato può contrarsi *verbis* significherebbe riferirsi ad un mandato espresso, implicitamente contrapposto ad uno 'tacito'. Pure con riferimento alla *societas*, le parole *definitio etiam verbo inita* evidenzerebbero il perfezionarsi di un contratto consensuale in modo espresso, con le parole (che potrebbero essere orali ma anche scritte), in contrapposizione ad un contratto di società che si perfeziona tacitamente: d'altra parte, una impostazione di tal genere si trova già nei giuristi classici<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> Interessanti, da questo punto di vista, anche ulteriori formule, seppure riferite ad altri negozi. Per esempio, *Form. Visig.* 27 e 28 (relative a *commutationes*) e *Form. Visig.* 33 (*Cartula pactionis*), dove nuovamente viene evidenziata l'utilità della scrittura, che, seppure non essenziale, previene però il verificarsi di numerosi contrattempi. Un quadro di insieme sulla funzione del documento nelle *formulae visigothicae* è offerto da E. OTÓN SOBRINO, *El elogio de la escritura en las fórmulas notariales*, in *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios Latinos*, 5, 1993, 113 ss.

<sup>91</sup> E in questo senso, come nota Archi, senza la necessità di scrittura o di solennità alcuna.

<sup>92</sup> Si veda A. D'ORS, *Re et verbis*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano e di storia del diritto, Verona 27-29 IX 1948* (a cura di G. MOSCHETTI), III, Milano, 1951, 297. Lo studioso evidenzia la plausibile somiglianza fra le espressioni che ricorrono in questi paragrafi dell'*Epitome Gai* e quanto si legge, a proposito di società, nel celebre D. 17.2.4 *pr.*, di Modestino (*Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est*), ove, come in letteratura è stato ben evidenziato, vi è qui il contrapporsi tra la società consensuale contratta tacitamente (*re*) e la società consensuale contratta in maniera espressa, con le parole (*verbis*). Questo brano, insieme ad altri richiamati da D'Ors (PS. 4.4.1; D. 36.1.38 *pr.*) mostrano un utilizzo delle espressioni *verbo/verbis* per indicare meccanismi di manifestazione della volontà negoziale: come abbiamo rilevato per l'*Epitome Gai*, non si allude all'area della

Tra l'altro, bisogna osservare che si tratta tendenzialmente di contratti di durata, diversamente dalla compravendita; dunque, un perfezionamento 'tacito' può risultare non certo ottimale, portando con sé molti problemi circa la definizione di numerosi profili.

Insomma, oltre allo scopo di contrapporre i contratti consensuali a quelli che si perfezionano con la scrittura o la *sollemnitatis*, potrebbe essere presente un ulteriore aspetto, diverso, quello relativo alla espressione del consenso, che l'epitomatore affronta riconnettendo i *verba* anche alla locazione, alla società, al mandato<sup>93</sup>. Ancora, affermare che in tali contratti è opportuno che il consenso trovi una qualche forma di

---

stipulazione, dei contratti verbali. Sull'espressione *re et verbis et per nuntium* nel brano di Modestino v. GUARINO, *Solutio societatis*, in *Labeo*, 14, 1968, 154 s. Secondo Guarino, il quale ritiene genuino il passo, qui viene detto che essendo la società un contratto *nudo consensu*, si costituisce con qualsivoglia manifestazione di volontà, cioè sia per fatti concludenti (*re*), sia con manifestazioni orali (*verbis*), sia a mezzo di *nuntius*. Su D. 17.2.4 *pr.*: si veda inoltre la ricostruzione del quadro dottrinale offerta da TALAMANCA, *La 'societas'*. *Corso di lezioni di diritto romano*, Padova, 2012, 66 s., ove lo studioso sottolinea che '*re*' e '*verbis*' sono qui impiegate per indicare modalità espressive del consenso. Cfr. inoltre *Idem*, s.v. *Societas*, in *Enciclopedia del diritto*, XLII, Milano, 1990, 820; C. MASI DORIA, *Civitas operae obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli, 1993, 122, nota 103.

Con riguardo, invece, al contratto di mandato, rinviando ad alcune riflessioni di GUARINO, *Mandatum credendi*, Napoli, 1982, 79; lo studioso, parlando del consenso nel mandato e, dunque, della libertà di forme relativa a questo contratto, nel quale è sufficiente l'accordo, sottolinea come nella pratica le cose dovessero andare diversamente: "Se questa era la regola, che i giuristi mai mancavano di enunciare e sottolineare, la realtà pratica era un'altra. Era difficile che un mandato seriamente inteso non fosse riversato per iscritto in un'*epistula*... o non fosse comunque confortato, a fini probatori, dalla predisposizione di testimoni o di scritture confermativ...". Sempre a tal proposito, l'autore ricorda che in D. 17.1.1.2 sarebbe contenuto un *lapsus* del giurista Paolo; dopo avere detto che il mandato si conclude anche attraverso un *nuncius* o una *epistula*, afferma: '*item sive "rogo" sive "volo" sive mando sive alio quocumque verbo scripserit... mandati actio est*', riferendosi dunque alle parole scritte. Questo *lapsus* rilevarebbe, secondo Guarino, che cosa accadeva nella prassi.

Interessante può essere, a tale proposito, riprendere il contenuto di Form. Visig. 12 (cfr. *supra*, in questo paragrafo). Qui, il documento, oltre a rivestire funzione probatoria sul piano processuale, renderebbe espresso il consenso (come dice l'epitomatore usando *verbo/verbis*). E ciò impedisce, per esempio, che il venditore elimini le cose che '*tacendo firmaverat*': ciò che era stato concordato in modo tacito, senza manifestazione esteriore, è percepito evidentemente come fragile.

<sup>93</sup> Da questo punto di vista si veda CASCIONE, *Consensus* cit., 454, il quale afferma: "... il *consensus* ha perso la sua comprensibilità dogmatica, scolorendosi in un concetto piuttosto debole, che in sostanza semplicemente si oppone a scritture e solennità, e s'esprime (almeno) attraverso il *verbum* perdendo quella silenziosa caratteristica che era stata tipica (anche nella proposizione didattica) dell'età classica". Ancora, con riferimento all'*etiam* lo studioso afferma (454, nota 206) che appare darsi per scontata una prassi in cui "si adibisce una qualche formalità ulteriore ad un contratto che può "anche" porsi in essere meramente *verbo*".

espressione potrebbe ulteriormente fare intravedere una finalità didattica di queste pagine, costruite per far comprendere ai discenti l'utilità che la *definitio* raggiunta dai contraenti trovi una manifestazione esterna.

## 6. Considerazioni conclusive

Veniamo ora a qualche cenno di sintesi sul tema dei contratti nell'*Epitome Gai*, tema che non è stato affrontato compiutamente bensì in una prospettiva parziale: si è analizzato il modo in cui è impostata la descrizione dei *quattuor genera obligationum*, con particolare attenzione al meccanismo di perfezionamento dei vari contratti.

Da questo punto di vista, nella narrazione di Ep. Gai. 2.9 abbiamo riscontrato, come già molti studiosi, l'aderenza formale dell'*Epitome* alla struttura delle Istituzioni di Gaio: le obbligazioni da contratto vengono spiegate con uno schema esteriore analogo a quello impiegato dal giurista antoniniano, così simile che l'epitomatore se ne serve mantenendo in piedi, almeno apparentemente, perfino l'*obligatio litteris*, riempiendola però di contenuti nuovi, e comunque lontani dai *nomina transscripticia* classici<sup>94</sup>.

Andando oltre la somiglianza esteriore fra *Epitome* e *Institutiones*, si notano però frequenti aggiornamenti della materia. Gli adeguamenti sono molto chiari, per esempio, in tema di stipulazione: nei paragrafi dedicati a questo contratto, l'epitomatore evidenzia alcune sue caratteristiche formali frutto di innovazione rispetto al diritto classico (si pensi al rapporto fra stipulazione e scrittura)<sup>95</sup>.

Un ulteriore aspetto emerso nell'ambito della ricerca è quello della maggiore 'concretezza' nel discorso dell'epitomatore rispetto a quello condotto da Gaio: con riferimento ai contratti reali, ma anche al caso della stipulazione, nell'*Epitome Gai* si nota un procedere attraverso esempi, una narrazione incentrata su casi specifici, forse quelli più frequenti nella prassi dell'epoca<sup>96</sup>.

Tale atteggiamento è stato spesso collegato ad una pretesa incapacità di astrazione dell'epitomatore, figlio di un'epoca di decadenza, di un momento storico in cui le categorie classiche hanno oramai perso di importanza e non possono essere comprese pienamente.

Pur non potendo affrontare qui un tema così vasto, ci sembra però plausibile che altre siano le ragioni di siffatta concretezza, di tale modo di procedere dell'epitomatore che 'vola basso'.

---

<sup>94</sup> Cfr. *supra*, par. 4.

<sup>95</sup> Si vedano le osservazioni di par. 3.

<sup>96</sup> Cfr. par. 2 e, ancora, par. 3.

Queste ragioni sono strettamente connesse alla funzione dell'opera, da moltissimi autorevoli studiosi ricondotta all'ambito della pratica ma che a noi appare essenzialmente quella di uno strumento per la didattica elementare del diritto<sup>97</sup>.

Ciò spiegherebbe l'urgenza dell'autore di ricorrere ad esempi pratici, la necessità di mantenere l'architettura sistematica gaiana reimpiegando la categoria della *obligatio litteris* (cosa che avverrà anche nelle Istituzioni giustinianee)<sup>98</sup>, l'insistere sul bisogno che il consenso sia in qualche modo manifestato<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Sulla questione cfr. par. 1 con la bibliografia indicata.

<sup>98</sup> Si riveda par. 3.

<sup>99</sup> Ci riferiamo all'*etiam verbo* presente nella descrizione dei contratti consensuali: *supra*, par. 5.