

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

Diritto privato e valori sociali in una
prospettiva diacronica

Giovanni Berti de Marinis, Maria Vittoria Bramante,
Alice Cherchi, Maria Cheri, Corrado Chessa,
Laura d'Amati, Carlo Dore, Maurilio Felici,
Angela Galato, Giovanni Gandino,
Anna Maria Mancaleoni, Marco Manna,
Raimondo Motroni, Rosanna Ortu,
Maria Pia Pignalosa, Giovanni Maria Uda

XXX

2025-2

INSCHIBBOLETH

Luglio - Dicembre

A Eleonora Nicosia

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO, CONTEMPORANEO E DELL'ECONOMIA

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Co-Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Vice-Direttore scientifico

Luigi NONNE (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco CAPRIGLIONE (Università LUISS “Guido Carli” – Università telematica G. Marconi); Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Catherine GINESTET (Università di Tolosa); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Valerio LEMMA (Università di Roma G. Marconi); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Mirella PELLEGRINI (Università LUISS “Guido Carli”); Diego ROSSANO (Università di Napoli “Parthenope”); Illa SABBATELLI (Università Telematica San Raffaele Roma); Andrea SACCO GINEVRI (Università telematica internazionale Uninettuno); Christoph SCHMID (Università di Brema); Marco SEPE (Università di Roma Unitelma Sapienza); Vincenzo TROIANO (Università di Perugia); Alberto URBANI (Università Ca’ Foscari di Venezia)

Comitato di redazione

Maria Teresa NURRA (Caporedattrice – Università di Sassari)

Annamaria ABBRUZZESE (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Davide ACHILLE (Università del Piemonte Orientale); Carlo ATTANASIO (Università di Sassari); Claudia BENANTI (Università di Catania); Tania BORTOLU (Università di Sassari); Gianluca DE DONNO (Università di Sassari); Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Lorenzo GAGLIARDI (Università di Milano Statale); Domenico GIURATO (Università di Sassari); Maria Alessandra IANNICELLI (Università Roma Tre); Daniele IMBRUGLIA (Sapienza Università di Roma); Arturo MANIACI (Università di Milano Statale); Raimondo MOTRO-

NI (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno); Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Emanuela ANDREOLA (Università Telematica UniCusano); Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Marco BODELLINI (Università di Bergamo); Maria Vittoria BRAMANTE (Università Telematica Pegaso); Maria Novella BUGETTI (Università di Ferrara); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Macerata); Fausto CAGGIA (Università “Kore” di Enna); Ilaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Rosa CALDERAZZI (Università di Bari “Aldo Moro”); Valeria CAREDDA (Università di Cagliari); Maria Luisa CHIARELLA (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Alessandro CIATTI CÀIMI (Università di Torino); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Iole FARGNOLI (Università di Milano Statale); Sara CORRÊA FATTORI (Università di Araraquara “UniAra”); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Emanuela FUSCO (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università della Tuscia Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Claudia IRTI (Università Ca’ Foscari di Venezia); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Simone MEZZACAPO (Università di Perugia); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Massimo MIGLIETTA (Università di Trento); Maria Concetta NANNA (Università di Bari “Aldo Moro”); Eleonora NICOSIA † (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München “LMU”); Roberto PUCCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Carmela ROBUSTELLA (Università di Foggia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università Roma Tre); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Pieremilio SAMMARCO (Università di Bergamo); Gianni SANTUCCI (Università di Bologna); Roberto SCEVOLO (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università Ca’ Foscari di Venezia); Domenico SICLARI (Sapienza Università di Roma); Eduardo Cesar SILVEIRA VITA MARCHI (Università di San Paolo “USP”); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”); Elena TASSI (Sapienza Università di Roma); Noah VARDI (Università Roma Tre); Mario VARVARO (Università di Palermo); Paola ZILLOTTO (Università di Udine)

Segreteria di redazione

Roberta BENDINELLI; Lorenzo BOTTA; Federica CHIRONI; Giovanni GANDINO; Roberta GUAINELLA; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Claudia MARASCO; Salvatore MISTRETTA; Enrico NIEDDU; Anna Maria PANCALLO; Edoardo PINNA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.

Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.

Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019 (ISSN print: 2240-4856; ISSN on line: 2240-4864). Periodicità: semestrale.

Serie attuale: Archivio Giuridico Sassarese.

ISSN print: 2785-034X

ISSN on line: 2785-0803

ISBN print: 978-88-5529-688-5

© 2025, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni – via G. Macchi, 94, 00133, Roma – Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 2/2025, luglio-dicembre, pubblicato online il 30 luglio 2026.

I contributi del presente volume di cui sono autori Giovanni Berti de Marinis, Corrado Chessa, Raimondo Motroni e Maria Pia Pignalosa sono pubblicati a cura di Paoloefisio Corrias e costituiscono la rielaborazione degli interventi presentati in occasione del Convegno “Il diritto civile della finanza: principi, mercato, contratti e sostenibilità. Riflessioni in occasione della pubblicazione del volume I contratti del mercato finanziario di Daniele Maffei”, tenutosi a Cagliari il giorno 9 maggio 2025.

INDICE

Diritto privato e valori sociali in una prospettiva diacronica

LAURA D'AMATI, In memoriam. <i>Eleonora Nicosia</i>	p. 351
GIOVANNI BERTI DE MARINIS, <i>Il neoformalismo nei contratti finanziari</i>	p. 353
CORRADO CHESSA, <i>La responsabilità dell'intermediario per fatto del consulente o del preposto</i>	p. 367
RAIMONDO MOTRONI, <i>L'«oro da investimento» nei canali distributivi bancari</i>	p. 373
MARIA PIA PIGNALOSA, <i>Scommesse autorizzate e razionalità</i>	p. 397
MARIA VITTORIA BRAMANTE, <i>La condizione della donna in epoca romana. Il contributo dei testimoni della cultura materiale e giuridica da Ercolano antica</i>	p. 407
ALICE CHERCHI, <i>Ancora sul perfezionamento del mutuo nel cd. contractus mohatrae: tra divergenze «apparenti» ed elaborazioni bizantine. La riflessione di Stefano</i>	p. 441
MARIA CHERI, <i>Metodologie, esperienze e pratiche della ricerca storico-giuridica: le fonti (Bertinoro 24-26 luglio 2025)</i>	p. 477
CARLO DORE, <i>Patto commissorio, patto marciano e «articolazioni sequenziali» di prestazioni sussidiarie attuative del rapporto obbligatorio</i>	p. 485
MAURILIO FELICI, <i>Schiavi affrancati e relazioni con i patroni a Roma e nelle realtà provinciali dell'impero</i>	p. 511

ANGELA GALATO, <i>Valutazione automatizzata di appropriatezza e tutela dell'investitore</i>	p. 535
GIOVANNI GANDINO, <i>Transizione energetica e terzo settore. Le potenzialità applicative della fondazione di partecipazione nell'ambito delle comunità energetiche rinnovabili</i>	p. 549
ANNA MARIA MANCALEONI, <i>I magazzini generali alla luce della Legge Modello UNCITRAL/UNIDROIT "on warehouse receipts"</i>	p. 561
MARCO MANNA, <i>L'Ars loquendi dell'avvocato. Prime considerazioni tra deontologia e tecnica della persuasione giudiziaria</i>	p. 595
ROSANNA ORTU, <i>Os vitia animi do servus no edito de mancipiis emundis vendundis. Categoria jurisprudencial e tutela do comprador</i>	p. 617
GIOVANNI MARIA UDA, <i>Introduzione a Mario Segni, Autonomia privata e valutazione legale tipica, Padova, 1972</i>	p. 643

Ancora sul perfezionamento del mutuo nel
cd. *contractus mohatrae*: tra divergenze “apparenti”
ed elaborazioni bizantine
La riflessione di Stefano*

Alice Cherchi

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il *contractus mohatrae* e i problemi relativi al perfezionamento del mutuo nella giurisprudenza classica. – 2.1. Afr. 8 *quaest.* D. 17.1.34 pr. – 2.2. Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.11 pr. (e Ulp. 31 *ad ed.* D. 12.1.15). – 3. Il dibattito presso i giuristi bizantini: le posizioni di Teofilo e del primo Anonimo. – 4. Il contributo ermeneutico di Stefano. – 4.1. Sch. 8 *ad B.* 14.1.34 (D. 17.1.34 pr.). – 4.2. Sch. 2-4 *ad B.* 23.1.15 (D. 12.1.15). – 4.3. Sch. 7 *ad B.* 23.1.15 (D. 12.1.15). – 4.4. Il richiamo al *contractus mohatrae*. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Nel corso di una recente indagine, mi sono occupata delle soluzioni elaborate dai giuristi bizantini in ordine al perfezionamento del mutuo nel cd. *contractus mohatrae*¹; tuttavia, dato che in quella sede l'attenzione si era focalizzata soltanto su alcuni profili del dibattito sviluppatosi attorno a tale problema, non era stato possibile approfondire la riflessione di Stefano, la quale, vista la sua ampiezza e complessità, avrebbe meritato un'analisi autonoma.

Pertanto, il presente contributo, ponendosi in un'ideale linea di continuità e approfondimento rispetto al precedente, mi fornisce l'occasione per esaminare più da vicino il contributo ermeneutico di Stefano in relazione alla specifica questione qui considerata.

L'interesse per il tema deriva anzitutto dalla circostanza che, con riguardo alla possibilità di considerare concluso un mutuo nel *contractus mohatrae*, il Digesto pare riportare una divergenza di opinioni tra Africano e Ulpiano sulla quale la dottrina si è a lungo soffermata². Non meno importante appare poi

* Dedico queste pagine, con commozione e affetto, alla cara Eleonora Nicosia, la cui vivacità intellettuale e profondità d'animo restano indelebili nel ricordo.

¹ A. CHERCHI, *Divergenze 'apparenti' e soluzioni dei giuristi bizantini. Note sul perfezionamento del mutuo nel cd. contractus mohatrae*, in *Codex 7* (2026), in corso di pubblicazione.

² Cfr., *ex multis*, D. GOTHOFREDUS, *Corpus Juris Civilis Romani, in quo Institutiones*,

la circostanza, cui abbiamo già fatto cenno, che, proprio su tale divergenza, sembra essersi sviluppato un dibattito di un certo rilievo tra i giuristi bizantini³, i quali, come è noto, in virtù delle direttive loro impartite da Giustiniano, si trovarono di fronte a un compito tutt'altro che facile.

Nelle intenzioni dell'Imperatore, infatti, il Digesto avrebbe dovuto essere un *opus sacrum, perfectum* e, perciò, privo di contraddizioni⁴: cionondimeno, lo stesso *Basileus*, resosi verosimilmente conto dell'impossibilità di pervenire a un simile risultato, nonché di verificarne l'effettivo raggiungimento, dati i tempi assai ristretti concessi ai Compilatori, impose ai suoi contemporanei e agli interpreti successivi il gravoso compito di risolvere le contraddizioni eventualmente presenti nell'antologia, in modo da farle risultare, ad un'attenta analisi (*suptili animo*), soltanto "apparenti"⁵.

Digesta ad codicem florentinum emendata, Codex item et Novellae [...] ², II, Neapoli 1828, p. 62, ntt. 17-18; W. SELL, *Ueber bedingte Traditionen zugleich als Revision der Lehre von den Wirkungen der Bedingungen bei Verträgen im Allgemeinen: eine civilistische Erörterung*, Zürich 1839, pp. 59 s.; G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig 1849, pp. 281 s.; P.H.E. HUSCHKE, *Die Lehre des Römischen Rechts vom Darlehen und den dazu gehörigen Materien*, Stuttgart 1882, pp. 61 s.; E. ZITELMANN, *Digestenexegese. 20 Fälle aus dem römischen Recht*, Berlin-Grunewald 1925, pp. 34 ss.; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht mit Beiträgen zur Delegation und Novation*, Berlin 1965, pp. 52 ss.; A. D'ORS, *Las Quaestiones de Africano*, Roma 1997, pp. 361 ss. e, in tempi più recenti, B.-H. JUNG, *Darlehensvaluation im römischen Recht*, Göttingen 2002, p. 148; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano 2002, pp. 392 ss.; ID., *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino 2020, pp. 102 ss., con ulteriore letteratura, R. LAURENDI, *La fattispecie negoziale «pecunia debita ex pretio mercis venditae et traditae» in una tabella cerata da Londinium e nella riflessione giurisprudenziale*, in *MEP* 18-19, 2013-2014 [2017], pp. 27 ss.

³ Su tale dibattito, cfr. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, *Prolegomena et Manuale Basilicorum*, VI, Lipsiae 1870, p. 35 e nt. 45; 269 e nt. b; K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Die Meinungsverschiedenheiten unter den Justinianischen Juristen*, in *ZSS* 6 (1885), pp. 7 s.e. più di recente, E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas*, Valencia 1992, pp. 83 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 404 s. e ntt. 62-64; ID., *Il mutuo*, cit., pp. 102 s. e ntt. 209 e 211, e H. DE JONG, *Ἐντολή (mandatum) in den Basiliken*, Leiden-Boston 2019, pp. 229 ss.

⁴ Sulla cd. "sacralizzazione" del Digesto e sulle altre caratteristiche appena menzionate, cfr., *ex multis*, J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione – educazione – purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, pp. 112 s., con bibliografia; nonché G. FALCONE, *Premessa per uno studio della produzione didattica degli antecessores*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione*, cit., p. 148.

⁵ Come si legge nella notissima disposizione conservata in *C. Tanta* 15: *Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis suptili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querellam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem*. Nel quadro dell'estesissima riflessione della dottrina sul punto, cfr. J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione*, cit., p. 112; pp. 130 s.; F. GORIA, *Il giurista nell'Impero romano d'Oriente (da Giustiniano agli inizi del secolo XI)*, in *Fontes Minores*, XI, Frankfurt am Main 2005, 160 ss., con letteratura (ora in P. GARBARINO, A. TRISCIUOGGIO, E. SCIANDRELLO (a cura di), *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di F. Goria*, Alessandria 2016, pp. 718 ss.); M. BRUTTI, *Dal Digesto ai giuristi*, in D. MANTOVANI, A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Interpretare il Digesto*.

Nel quadro di tale sforzo di ricomposizione, l'apporto ermeneutico di Stefano si mostra, sin da subito, dotato di un potenziale non trascurabile: egli, invero, non solo è l'interprete bizantino del Digesto del quale ci sono pervenute le esegesi più ampie e approfondite⁶, ma si distingue anche per una particolare attenzione alle differenze tra le posizioni dei vari *antecessores* a lui precedenti⁷. Una simile caratteristica appare strettamente connessa alla circostanza che Stefano appartenne alla seconda generazione degli *antecessores* – che operò intorno al 540 d.C., ossia subito dopo quella dei professori menzionati nella *C. Omnem* (la cd. prima generazione) –, e probabilmente si formò, durante gli studi universitari, sotto il magistero di Teofilo⁸.

2. Il *contractus mohatrae* e i problemi relativi al perfezionamento del mutuo nella giurisprudenza classica

Posta questa breve premessa, possiamo ora prendere le mosse dai frammenti del Digesto relativi al cd. *contractus mohatrae*, dai quali pare emergere la divergenza di opinioni cui abbiamo fatto cenno. Si tratta, in particolare, di D. 17.1.34 pr. (Afr. 8 *quaest.*) e D. 12.1.11 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*), che verranno qui presi in considerazione in maniera sintetica e facendo in larga misura riferimento alle conclusioni cui è giunta la dottrina maggioritaria, in modo da porre le basi per la comprensione del profilo specifico sul quale si concentrerà l'attenzione dei giuristi bizantini⁹.

Storia e metodi, Pavia 2014, pp. 605 ss., il quale opportunamente si sofferma sulla necessità di coordinare tale direttiva giustiniana con il parimenti noto “divieto di interpretazione” del Digesto conservato in *C. Tanta* 21. Al riguardo, l'Autore osserva che la via tracciata da Giustiniano per risolvere le contraddizioni – l'unica compatibile con il suddetto divieto – dovette allora consistere nell'individuare «i dati di fatto (o naturali), che spiegano le divergenze», ossia gli «elementi della realtà oggetto di regolamentazione, che non si erano individuati prima».

⁶ Come è noto, infatti, il suo commentario al Digesto, frutto dell'attività didattica che egli svolse quale *antecessor* presso la scuola di diritto di Berito, fu talmente ampio da essere denominato, dalla tradizione bizantina successiva, τὸ πλάτος (τῶν Διγέστων), ossia la “vastità” del Digesto. Con riguardo al suo metodo d'insegnamento, inoltre, risulta comunemente ammesso che si trattò di un metodo ‘bipartito’, cioè frutto di due corsi distinti: il primo (*l'index*) era volto a consentire agli studenti di approcciarsi ai testi e di comprenderne, mediante la traduzione in greco, il contenuto nelle sue linee essenziali, e l'altro (le *paragraphai*) era finalizzato all'approfondimento dei medesimi. Su questi profili, *ex multis*, H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécédents*, Leiden 1970, pp. 24 ss.; N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris graeco-romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, pp. 41 s.; nonché lo studio *ex professo* di H. DE JONG, *Stephanus en zijn Digestenonderwijs*, Den Haag 2008, pp. 23 ss.; J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione*, cit., p. 127.

⁷ G. FALCONE, *Premessa*, cit., pp. 155 s.

⁸ Su questi aspetti, ormai unanimemente accolti in dottrina, cfr. gli Autori citati alle ntt. 6 e 7.

⁹ Va inoltre segnalato che il *contractus mohatrae* risulta preso in considerazione in due altri frammenti di Ulpiano conservati nel Digesto, ossia in D. 19.5.19 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*), sul quale anche *infra* ntt. 30 e 33, e nel segmento finale di D. 12.1.4 (Ulp. 34 *ad ed.*), nonché in

Prima di cominciare, tuttavia, appare di una certa utilità rammentare che il *contractus mohatrae*, come rilevato da più parti¹⁰, consisteva in un peculiare contratto di finanziamento, nel quale il creditore, avendo ricevuto la richiesta di un mutuo pecuniario, ma non disponendo del denaro contante richiestogli, consegnava al richiedente un bene di sua proprietà, affinché questi lo vendesse e usasse il ricavato come capitale oggetto del prestito. Cionondimeno, va altresì rilevato che la denominazione *contractus mohatrae*, utilizzata anche in questa sede, non si riscontra nelle fonti romane, ma risulta ormai accettata in letteratura (seppur sovente accompagnata da formule come «cosiddetto» o «sogenannt», presumibilmente volte a sottolinearne l'estraneità rispetto al linguaggio delle fonti)¹¹.

2.1. Afr. 8 quaest. D. 17.1.34 pr.

Il primo frammento che rileva ai nostri fini è quello che riporta l'opinione di Africano, collocato dai Compilatori giustinianeî nel titolo *Mandati vel contra* del Digesto (D. 17.1).

D. 17.1.34 pr. (Afr. 8 quaest.): *Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere*

una *lex* diocleziana conservata nel *Codex* in C. 4.2.8 (*Impp. Diocl. et Max.*, 293 d.C.). Su tali fonti, cfr. M. KASER, *Die Verteilung der Gefahr beim sogenannten «contractus mohatrae»*, in A. GUARINO, L. LABRUNA (a cura di), *Syntelesia V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, pp. 74 ss., da cui si cita (ora in ID., *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli 1976, pp. 301 ss.).

¹⁰ P. KOSCHAKER, *Die Verteilung der Gefahr beim sogenannten «contractus mohatrae»*, in *Gerichts-Zeitung. Sondernummer für J. Schey* (1923), IX ss.; M. KASER, *Die Verteilung*, cit., pp. 74 ss.; B.-H. JUNG, *Darlehensvaluation*, cit., pp. 146 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 394; ID., *Il mutuo*, cit., pp. 101 ss.

¹¹ Così, oltre alla dottrina romanistica citata alla nt. precedente, soprattutto la civilistica tedesca tra Ottocento e Novecento: ex multis, cfr. H. HAHNE, *Über den sogenannten contractus mohatrae, den auf Hingabe einer Sache zum Verkauf und Behalten des Erlöses als Darlehn gerichteten Vertrag, nach dem heutigen bürgerlichen Recht*, Hildesheim 1911, pp. 9 ss.; H. KINNE, *Der contractus mohatrae*, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts* 56 (1912), pp. 463 ss.; H. BURHORN, *Der contractus mohatrae und ähnliche Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf 1935, pp. 7 ss. (ora in ID., *Il «contractus mohatrae» e i negozi giuridici affini. Introduzione e traduzione critica a cura di A. Cherchi. Prefazione di C. Cicero*, Pisa 2026, pp. 75 ss.). Si noti infine che l'utilizzo di formule come «cosiddetto» o «sogenannt» appare altresì collegato alla necessità di distinguere tale contratto da quello, omonimo, attestato nel diritto islamico, che consisteva in una doppia compravendita volta ad aggirare il divieto di interessi imposto dalla *Shari'a*. Su di esso mi permetto di rimandare alla mia introduzione in H. BURHORN, *Il «contractus mohatrae»*, cit., p. 18 s., e alla letteratura ivi citata.

pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. his argumentum esse eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat.

Il frammento, che proviene dal libro ottavo delle *quaestiones* del giurista¹², prende in esame quattro distinte ipotesi contrattuali, in ordine alle quali Africano discute se sia possibile ammettere la “conversione” in un mutuo. Va da subito segnalato che la prospettiva dalla quale muove il giurista, secondo l’approccio caratteristico della giurisprudenza classica, è anzitutto processuale¹³: Africano, infatti, si chiede in primo luogo se il creditore, a fronte dell’inadempimento del debitore, potesse agire in giudizio con la *condictio certae creditae pecuniae* (*ex ea causa credita pecunia peti possit...*) e, soltanto in un secondo momento, si riferisce alla circostanza che la *pecunia* potesse considerarsi *credita*, verosimilmente a titolo di mutuo (*pecuniam...non esse creditam, pecunia...credita fiat, pecuniam creditam recte petiturum*).

La prima fattispecie, che d’ora in poi indicheremo semplicemente come caso a), rappresenta il “caso-base”, ovvero il caso al quale il giurista dedica attenzione in via principale; a essa seguono altri tre casi collegati: il caso del deposito, che chiameremo caso b), quello del *iussum* (caso c), e quello del *contractus mohatrae* (caso d)¹⁴.

Caso a): risulta preso in considerazione nella prima (*Qui negotia Lucii Titii procurabat...fieri posse*) e nell’ultima parte del testo (*et in proposito...debeat*). Esso riguarda un *procurator*, verosimilmente incaricato con un mandato ge-

¹² In specie, dalla sezione *De mandato* delle medesime (cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae 1889, § 92; ID., *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig 1927, § 108).

¹³ Sull’«*aktionenrechtliches Denken*» dei giuristi classici – che, semplificando, può essere inteso come l’approccio che accordava priorità alla titolarità dell’*actio* quale presupposto della titolarità della situazione giuridica soggettiva o del diritto soggettivo –, cfr., *ex multis*, R. SANTORO, *Per la storia dell’obligatio*, I, Palermo 2020, pp. 37 ss., ove ampia disamina della letteratura. Segnaliamo inoltre che, pur con la consapevolezza delle peculiarità di tale approccio, si è scelto in questa sede di riferirsi direttamente al problema del “perfezionamento” o della “conclusione” del mutuo, dal momento che, nella logica dell’epoca giustiniana adottata dai giuristi bizantini, il rapporto tra diritto soggettivo e azione risulta ormai tendenzialmente invertito (il diritto soggettivo, e dunque la sussistenza di un determinato contratto, risultano infatti concepiti come il *prius* dell’azione). Sul punto, *ex multis*, C. LONGO, “*Natura actionis*” nelle fonti bizantine, in *BIDR* 17 (1905), pp. 34 ss. e, in tempi più recenti, G. FALCONE, *Sull’inquadramento sistematico delle obbligazioni nella Parafrasi di Teofilo (e nelle Istituzioni giustiniane)*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per A. Corbino*, II, Tricase 2016, pp. 503 ss., nonché quanto emergerà *infra* § 3, in ordine alle riflessioni dei giuristi bizantini sul problema qui considerato.

¹⁴ La schematizzazione qui proposta segue quella già prospettata da U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 24 ss., e A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 392 ss.; ID., *Il mutuo*, cit., pp. 64 ss.

nerale, che, dopo aver riscosso alcuni crediti del mandante, gli comunicava di avere presso di sé una certa somma ricavata dall'amministrazione (*certam summam ex administratione apud se esse*) e di volerla considerare come somma data a mutuo da Lucio Tizio, impegnandosi a restituirla con interessi al 6% (*eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus*)¹⁵.

Al riguardo, il giurista affronta il *quaesitum* relativo alla possibilità per Lucio Tizio di agire in giudizio come se si trattasse di una *pecunia credita* a titolo di mutuo, ovvero con l'*actio certae creditae pecuniae*, nonché alla possibilità per costui di richiedere in giudizio anche le *usurae* (*quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint*). La soluzione, che Africano verosimilmente fonda su una precedente risposta del suo maestro Giuliano (*respondit*), è negativa (*non esse creditam*) e viene spiegata mediante una *deductio ad absurdum*¹⁶. Infatti, se si fosse ammesso il contrario, ossia la sussistenza del mutuo, si sarebbe giunti ad ammettere che una somma dovuta in virtù di un qualsivoglia rapporto contrattuale precedente potesse considerarsi *credita* sulla base di un mero patto (*alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse*), che, nel nostro caso, era presumibilmente intervenuto tra le parti dopo le dichiarazioni del *procurator*, configurando così un *pactum ex intervallo* rispetto al contratto iniziale¹⁷.

Nel segmento finale del frammento, dopo aver esaminato i casi collegati, Africano torna sul caso a), fornendo ulteriori chiarimenti: il mandante avrebbe comunque potuto ottenere la somma e le *usurae* agendo in giudizio con l'*actio mandati* contro il *procurator* (*et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem*), e quest'ultimo avrebbe altresì sopportato il *periculum* relativo alla somma riscossa (*ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat*).

Come sottolineato da più parti¹⁸, la soluzione negativa prospettata da Africano, sulla scorta di Giuliano, sembra fondarsi sulla circostanza che nella fattispecie non fosse riscontrabile un'effettiva *numeratio pecuniae* – né una *traditio brevi manu* – da parte del mutuante al mutuatario, la quale avrebbe determinato il trasferimento dei *nummi* al mutuatario e, così, il perfezionamento del mutuo. Appare infatti probabile che la somma riscossa fosse già divenuta del

¹⁵ Sulla possibilità di ricostruire la fattispecie, quantomeno nelle sue linee essenziali, nei termini qui descritti, cfr. E. ZITELMANN, *Digestenexegese*, cit., pp. 36 ss.; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 24 ss.; P. ANGELINI, *Il «procurator»*, Milano 1971, pp. 112 s.; A. D'ORS, *Las Quaestiones*, cit., pp. 359 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I, Napoli 1999, pp. 245 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 392 ss.; ID., *Il mutuo*, cit., pp. 64 ss., ove ulteriore letteratura.

¹⁶ U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 24 ss.; A. D'ORS, *Las Quaestiones*, cit., pp. 359 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 392 ss.; ID., *Il mutuo*, cit., pp. 64 ss.

¹⁷ Sul punto, cfr., per tutti, A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit., p. 66 e nt. 105, ove approfondita disamina della dottrina precedente.

¹⁸ E. ZITELMANN, *Digestenexegese*, cit., p. 38; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 24 ss.; A. D'ORS, *Las Quaestiones*, cit., pp. 360 s.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 398 s.; ID., *Il mutuo*, cit., p. 68.

procurator in virtù del mandato e che, dunque, il patto intervenuto tra le parti non potesse in alcun modo considerarsi idoneo a determinare la conclusione del mutuo.

Invero, come è noto, la circostanza che il giudizio intentato con la *condictio certae creditae pecuniae* fosse un *iudicium stricti iuris* avrebbe impedito al giudice di tener conto degli eventuali *pacta adiecta* al contratto, dovendosi egli limitare a verificare l'avvenuta *numeratio* della somma richiesta. Una simile conclusione si attaglia altresì al diniego della possibilità, per Lucio Tizio, di richiedere in giudizio le *usurae*, dal momento che esse avrebbero potuto richiedersi in giudizio con la suddetta azione (o con l'*actio ex stipulatu*), soltanto laddove fossero state previamente promesse dal mutuatario con un'apposita *stipulatio*.

Tuttavia, dall'ultima parte del passo pare potersi evincere che Lucio Tizio avrebbe potuto richiedere la somma e le *usurae* agendo nei confronti del *procurator* con l'*actio mandati* e, dunque, in virtù del mandato. Infatti, appare verosimile che la natura di *iudicium bonae fidei* del processo intentato con tale azione, avrebbe consentito al giudice di tener conto del *pactum* sia in relazione alla somma riscossa, sia con riguardo alle *usurae*¹⁹. Inoltre, risulta di particolare interesse il chiarimento in ordine alla sopportazione del *periculum* dei *nummi* in capo al *procurator*, dal momento che esso, essendo prospettato in chiave concessiva, sembrerebbe volto a sottolineare che, per quanto il *procurator* fosse tenuto in base all'*actio mandati*, in ordine al *periculum* sarebbe stato possibile adottare una soluzione analoga a quella relativa al mutuo²⁰.

Caso b): riguarda l'ipotesi, che viene prospettata come una soluzione dissimile rispetto alla precedente (*nec huic simile esse*), nella quale le parti avevano convenuto che la *pecunia* depositata potesse essere utilizzata dal depositario come somma data a mutuo (*si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas*). In tale circostanza, Africano ritiene, verosimilmente facendo ancora leva sull'opinione di Giuliano, che la *pecunia* potesse considerarsi *credita* (*credita fiat*) – e che dunque il mutuo potesse considerarsi concluso –, presumibilmente perché i *nummi*, che inizialmente appartenevano al depositante, sarebbero divenuti di proprietà del depositario (*quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt*). Di conseguenza, il giurista avrebbe ravvisato in tale

¹⁹ Si noti, tuttavia, che il testo del frammento a noi pervenuto contiene un espresso riferimento soltanto alle *usurae* (*tamen usuras...praestare debeat*): per quanto una simile anomalia abbia indotto la dottrina più datata a ritenere lo stralcio interpolato, si tende ormai ad ammettere la sostanziale genuinità e, in particolare, che esso avesse altresì presupposto la possibilità, per il mandante, di ottenere con l'*actio mandati* anche il rimborso del capitale. Invero, tale possibilità sembra potersi desumere dalla circostanza che la prosecuzione del testo precisi che il *procurator* avrebbe sopportato il *periculum* dei *nummi* – e dunque delle monete utilizzate come capitale –, proprio perché sarebbe stato tenuto a rimborsarlo. Pertanto, è stato altresì ipotizzato che, nello stralcio riportato, vi fosse originariamente un *et* prima di *usurae*. Sul punto, cfr. A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit., p. 68 e nt. 110, ove ampia discussione della letteratura precedente.

²⁰ Così, P.H.E. HUSCHKE, *Die Lehre*, cit., p. 62.

fattispecie la presenza, seppur attraverso una *traditio brevi manu*, del presupposto indefettibile per il perfezionamento del mutuo, ossia il passaggio della proprietà della somma oggetto del prestito dal mutuante al mutuatario²¹.

Caso c): riguarda l'ipotesi nella quale il mutuante avesse autorizzato il mutuatario a ricevere una somma da un proprio debitore (*si a debitore meo iussero te accipere pecuniam*)²². Anche in questo caso, Africano sembra ammettere il mutuo (*item quod...credita fiat*), sebbene dalle parole *id enim benigne receptum est* si desuma che la possibilità di ravvisare il mutuo avesse richiesto uno sforzo ermeneutico, che faceva perno sulla *benignitas*, superiore rispetto al caso b)²³. Infatti, come sottolineato da von Lübtow²⁴, appare verosimile che, per ammettere la sussistenza del mutuo e, in particolare, l'integrazione del presupposto della *numeratio pecuniae*, fosse stato necessario ricorrere a una "doppia finzione", ossia ad ammettere implicitamente che il denaro fosse stato trasferito dal debitore al mutuante e che questi, poi, l'avesse trasferito al mutuatario. Come si vede, dunque, la soluzione prospettata dal giurista, in virtù della possibilità di ammettere la conclusione del mutuo, risulta analoga rispetto al caso b), ma, ancora una volta, dissimile rispetto al caso a).

Caso d): il *contractus mohatrae*. Si tratta dell'ipotesi analizzata da Africano nella seguente parte di testo

²¹ Così, la dottrina dominante, la quale ha evidenziato che una siffatta soluzione testimonierebbe che Africano (e Giuliano) ritenessero preferibile l'azionabilità della pretesa creditoria mediante la *condictio certae creditae pecuniae* – e dunque la conversione del deposito in mutuo –, piuttosto che la possibilità per il creditore di ottenere il *tantundem*, e le eventuali *usurae*, agendo con l'*actio depositi*. In buona sostanza, ci troveremmo di fronte a un'opinione giurisprudenziale che non era ancora giunta ad ammettere la conversione del deposito regolare o chiuso in deposito "irregolare". Sulla questione, ampiamente analizzata in dottrina, ci limitiamo qui a rimandare a U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 54 ss. e A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit., pp. 71 ss., ove ampi ragguagli bibliografici.

²² Si noti che, per quanto questa ricostruzione sembri emergere dal testo, e faccia quindi pensare a una *delegatio accipiendi*, la dottrina ha altresì teso a ricostruire la fattispecie come una *delegatio credendi* e, in specie, come l'ipotesi in cui *Ego* avesse conferito a un suo precedente debitore il *iussum* di adempiere presso colui che aveva richiesto il mutuo, in modo che quest'ultimo potesse così acquisire il capitale oggetto del prestito (così, U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 25 ss.; A. D'ORS, *Las Quaestiones*, cit., p. 361; A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit., 66). Tuttavia, già E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano. Sez. I-III*, Roma 1956, p. 111, aveva ricostruito la fattispecie in termini aderenti al frammento, ossia come il caso in cui «taluno ritenga a titolo di mutuo la somma esatta da altro precedente debitore del suo mutuante e per delegazione di questo». Sul punto, in tempi più recenti, anche L. ZANDRINO, *La delegatio nel diritto romano. Profili semantici ed elementi di fattispecie*, Napoli 2010, pp. 93 ss., la quale ha sottolineato, da un lato, come nella fattispecie possa ravvisarsi, quantomeno *prima facie*, un *iussum accipiendi*, ma ha rilevato, dall'altro lato, come le altre testimonianze conservate nel Digesto facciano emergere notevoli difficoltà ad ammettere un *iussum* di tal genere, pur attestando la configurabilità del *mandatum accipiendi*.

²³ Cfr., *ex multis*, U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 27 e 29 ss.; A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit., pp. 66 ss., con letteratura.

²⁴ U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., p. 27.

his argumentum esse eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum.

Come si vede, la fattispecie, seppur esaminata dal giurista in via soltanto incidentale, pare riguardare un soggetto che, volendo concedere una somma a mutuo, avesse consegnato un bene (*argentum*) alla controparte affinché questa lo vendesse e, verosimilmente, trattenesse il ricavato della vendita come somma oggetto del prestito. In relazione a tale ipotesi, il frammento afferma che la parte che aveva consegnato l'argento da vendere *nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum*: proprio questa affermazione rappresenta il nodo esegetico relativo al perfezionamento del mutuo sul quale si è a lungo concentrata l'attenzione della dottrina.

Infatti, ad avviso della dottrina maggioritaria²⁵, la locuzione *nihilo magis* dovrebbe essere intesa nel senso di «nient'affatto» o «per nulla»: di conseguenza, con la frase appena riportata, Africano avrebbe voluto affermare che il creditore non avrebbe potuto richiedere in giudizio la *pecunia* ricavata dalla vendita come *credita* – ovvero con la *condictio certae creditae pecuniae* –; pertanto, ad avviso del giurista, il mutuo non avrebbe potuto considerarsi perfezionato, così come nel caso a).

Tuttavia, secondo un altro orientamento, che pare potersi evincere soprattutto da alcune traduzioni moderne del frammento, *nihilo magis* potrebbe intendersi in maniera diversa, cioè come «altrettanto» o «per niente di più» o, ancora, come «cionondimeno»²⁶. Pertanto, il giurista avrebbe inteso affermare che, nonostante la *numeratio pecuniae* non fosse avvenuta in maniera diretta, il mutuo avrebbe potuto considerarsi concluso, dal momento che il creditore avrebbe potuto agire nei confronti della controparte inadempiente con la *condictio certae creditae pecuniae*. Dunque, con riguardo a tale ipotesi, Africano avrebbe adottato una soluzione opposta rispetto al caso a), ma analoga a quella accolta con riguardo ai casi b) e c).

²⁵ D. GOTHOFREDUS, *Corpus Juris Civilis*, cit., p. 62 e nt. 17; G.E. HEIMBACH, *Die Lehre*, cit., pp. 281 s.; P.H.E. HUSCHKE, *Die Lehre*, cit., p. 61 s.; E. ZITELMANN, *Digestenexegese*, cit., pp. 34 ss.; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 52 ss.; A. D'ORS, *Las Quaestiones*, cit., pp. 361 s.; B.-H. JUNG, *Darlehensvaluation*, cit., p. 148; A. SACCOCCIO, *Si certum petitur*, cit., pp. 401 s.; ID., *Il mutuo*, cit., pp. 102 ss.; R. LAURENDI, *La fattispecie*, cit., pp. 27 ss.

²⁶ Per la traduzione nel primo e nel terzo modo, cfr. S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, III, Milano 2007, p. 285 e I.L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano. A doble texto, traducido al castellano del latino*, I, Barcelona 1889 [rist. an. Valladolid 1990], p. 859. In questo senso pare orientarsi anche la traduzione inglese, più libera, di A. WATSON, *The Digest of Justinian. Latin Text edited by T. Mommsen with the aid of P. Krueger. English Translation*, II, Philadelphia 1985, p. 490. Per la seconda possibilità, cfr. R. LAURENDI, *La fattispecie*, cit., p. 28, la quale però propende infine per la soluzione prospettata dalla dottrina dominante. Va inoltre ricordato che, in favore dell'ipotesi qui descritta, si era già orientato, pur senza soffermarsi sulla traduzione del frammento, anche W. SELL, *Ueber bedingte Traditionen*, cit., pp. 59 s.

Nel tentativo di risolvere tale nodo esegetico, la dottrina maggioritaria ha inoltre attribuito particolare rilievo alla successiva affermazione relativa al *periculum* (*et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum*)²⁷. Invero, mediante tale precisazione, il giurista avrebbe inteso chiarire, analogamente a quanto affermato nel caso a), che, pur non potendosi considerare perfezionato il mutuo, colui che aveva ricevuto il prezzo della vendita avrebbe dovuto sopportare il *periculum pecuniae*, così come accadeva nel mutuo.

Eppure, neanche questo argomento appare del tutto risolutivo: infatti, a ben riflettere, il riferimento al *periculum* potrebbe avere avuto una qualche giustificazione anche laddove il giurista avesse ritenuto che il mutuo si fosse invece perfezionato²⁸. Le peculiarità della fattispecie – e, in specie, la circostanza che il mutuatario avrebbe conseguito la somma oggetto del mutuo soltanto in seguito alla vendita del bene – avrebbero potuto rendere opportuno precisare il momento a partire dal quale il rischio della *pecunia* sarebbe gravato su di lui, individuandolo nel momento dell'incasso del prezzo della vendita da parte del mutuatario (*pecuniam ex argento redactam*).

Ad ogni modo, nonostante i dubbi appena prospettati, non pare potersi negare che il frammento di Africano, stando al testo a noi pervenuto e, in particolare, all'inciso *nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum*, paia deporre a favore dell'opinione dominante, ossia nel senso che il giureconsulto avesse escluso il perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*. Tuttavia, appare *prima facie* possibile – anche se su questo punto dovremo tornare in seguito²⁹ – che, analogamente al caso a), la parte che aveva consegnato il bene da vendere potesse agire, per ottenere la condanna della controparte alla restituzione della somma ricavata dalla vendita, con l'*actio mandati*, soprattutto laddove si ravvisi, nel precedente accordo tra le parti, un incarico ad alienare il bene e, dunque, un contratto rientrante nel perimetro del mandato (*mea et tua gratia*)³⁰.

²⁷ Cfr. *supra* nt. 25.

²⁸ A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit., p. 103 e nt. 223.

²⁹ *Infra* § 2.2.

³⁰ A sostegno della possibilità di considerare l'incarico di vendere come un mandato *mea et tua gratia* sembra inverosimile deporre, seppur indirettamente, anche D. 19.5.19 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*): *Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio uteris. si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*. Tuttavia, va parimenti segnalato che il fatto che Ulpiano affermi, sulla scorta di Labeone, che sarebbe stato più sicuro (*tutius est*) per il creditore *agere praescriptis verbis*, piuttosto che con l'*actio mandati*, deriva verosimilmente dalla circostanza che il creditore poteva avere conferito l'incarico di vendere al solo fine di perseguire l'interesse del debitore a ottenere la somma. Infatti, in quest'ultimo caso, qualora il creditore avesse scelto di agire con l'*actio mandati*, avrebbe rischiato che la fattispecie venisse valutata come un (invalido) *mandatum tua gratia tantum*, e che il processo si concludesse quindi con un esito a lui sfavorevole. In ordine a tale questione e all'ampia disamina a essa dedicata dalla dottrina, mi permetto di rinviare alla mia *Introduzione* in H. BURHORN, *Il 'contractus mohatrae'*, cit., pp. 31 ss.

2.2. Ulp. 26 ad ed. D. 12.1.11 pr. (e Ulp. 31 ad ed. D. 12.1.15)

Giunti a questo punto, possiamo esaminare il frammento dal quale sembra potersi dedurre che Ulpiano, in ordine al perfezionamento del mutuo, avesse maturato un'opinione opposta rispetto a quella di Africano.

Ulp. 26 ad ed. D. 12.1.11 pr.: *Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa perdidideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi.*

Il testo, tratto dal ventiseiesimo libro dell'*ad edictum* – dedicato alla clausola *Si certum petetur*³¹ – e inserito dai Compilatori giustinianeî nel titolo del Digesto relativo alla *condictio* (D. 12.1, *De rebus creditis si certum petetur et de conductione*), descrive la fattispecie del *contractus mohatrae* in maniera più precisa rispetto al frammento precedente, presumibilmente perché essa costituiva l'oggetto principale dell'attenzione del giurista, mentre Africano, come abbiamo visto, l'aveva richiamata in via soltanto incidentale.

Ulpiano, infatti, tratteggia il caso nel quale *Ego*, a fronte della richiesta di mutuo di *Tu*, non disponeva del denaro contante richiestogli e, pertanto, consegnava a *Tu* un vassoio – o una massa d'oro – affinché questi lo vendesse e usasse il ricavato come somma oggetto del finanziamento. Con riguardo a tale ipotesi, il giurista afferma altresì che, laddove la vendita fosse avvenuta, la somma ricavata da essa si sarebbe potuta considerare una *mutua pecunia* (*si vendideris, puto mutuam pecuniam factam*): così, Ulpiano sembra voler ammettere che, nel *contractus mohatrae*, il mutuo si sarebbe perfezionato³², presumibilmente nel momento in cui *Tu* avesse incassato il prezzo della vendita³³. Di conseguenza, da tale affermazione sembrerebbe in effetti emergere che Ulpiano fosse giunto a una soluzione opposta rispetto a quella di Africano in ordine alla conclusione del mutuo nel nostro contratto.

³¹ O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, cit., § 769; ID., *Das Edictum*³, cit., § 95.

³² Cfr., ex multis, U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 64 s.; M. KASER, *Die Verteilung*, cit., pp. 78 s.; B.-H. JUNG, *Darlehensvalutierung*, cit., p. 147 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 409 ss.; ID., *Il mutuo*, cit., p. 105.

³³ Infatti, che Ulpiano considerasse concluso il mutuo in virtù dell'effettivo incasso del prezzo da parte di *Tu* pare potersi desumere da una lettura del nostro frammento coordinata con la trattazione del medesimo giurista conservata in D. 19.5.19 pr., riportata *supra* nt. 30, e in particolare dalle indicazioni *non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam* ivi conservate. Sul punto, mi permetto ancora di rinviare alla mia *Introduzione* in H. BURHORN, *Il 'contractus mohatrae'*, cit., pp. 28 ss., e alla letteratura indicata alla nt. 29.

Cionondimeno, non possiamo omettere di rilevare come, dalla formulazione *puto mutuum pecuniam factam*, emerga anche una certa cautela da parte di Ulpiano nell'ammettere una siffatta conclusione. Invero, il giureconsulto pare avere espresso un'opinione personale (*puto*), forse perché si trattava di un profilo dibattuto in precedenza, formulandola peraltro senza fare direttamente riferimento al perfezionamento del mutuo, ma a una *mutua pecunia facta*, ossia a una somma di denaro "diventata" un mutuo, presumibilmente perché era consapevole del fatto che, nell'ipotesi considerata, non poteva ravvisarsi una *numeratio* diretta di tale somma da parte del mutuante al mutuuario³⁴.

Nel prosieguo del frammento (*quod si lancem...credidi*), Ulpiano si sofferma sulla *quaestio* della sopportazione del *periculum* della perdita del bene prima della vendita: come è agevole intuire, questa parte della trattazione appare meno rilevante ai nostri fini, perché riguarda l'ipotesi nella quale la vendita non fosse avvenuta e, dunque, non si fosse perfezionato il mutuo; perciò, possiamo qui limitarci a ripercorrerla rapidamente.

Invero, il giurista risolve la *quaestio* richiamando una distinzione elaborata da Nerva (*mihi videtur Nervae distinctio verissima...*), che faceva perno sulla circostanza che *Ego* avesse o meno intenzione di vendere il bene prima della *rogatio* di *Tu*. In presenza di una simile intenzione, il *periculum* sarebbe stato a carico di *Ego*, presumibilmente perché l'*utilitas* che egli avrebbe conseguito dalla vendita era alta, mentre, nell'ipotesi opposta, cioè laddove avesse deciso di vendere il bene soltanto per soddisfare la richiesta di mutuo di *Tu*, il *periculum* sarebbe stato sopportato da quest'ultimo, verosimilmente perché l'operazione era volta a perseguire – principalmente o esclusivamente – la sua *utilitas*³⁵.

Ad ogni modo, se torniamo ora al problema di nostro interesse, non pare potersi negare che, come sostenuto dalla dottrina maggioritaria³⁶, dal raffronto tra la soluzione di Ulpiano e quella di Africano, stando ai testi a noi pervenuti (e, in particolare, all'affermazione *nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum* contenuta nel frammento di Africano) sembri trasparire che Ulpiano, quale esponente di una riflessione giurisprudenziale successiva e più avanzata rispetto a quella di Africano, fosse giunto ad ammettere il perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*, seppur con una certa cautela.

Di conseguenza, siamo ora in grado di cogliere con chiarezza la ragione che indusse i giuristi bizantini a percepire in tali frammenti una contraddizione e a tentare di risolverla prospettando diverse ricostruzioni dogmatiche tese a dimostrare che essa fosse in realtà soltanto "apparente". Tuttavia, prima di

³⁴ Cfr. dottrina citata *supra* nt. 32.

³⁵ Così, in particolare, M. KASER, *Die Verteilung*, cit., pp. 74 ss. e R. CARDILLI, *Il «periculum» e le «usurae» nei giudizi di buona fede*, in S. TAFARO (a cura di), *Lusura ieri ed oggi. Atti del Convegno su: "Lusura ieri ed oggi" Foggia, 7-8 aprile 1995*, Bari 1997, pp. 31 ss., ove attenta disamina dell'ulteriore letteratura precedente.

³⁶ *Supra* nt. 25.

passare all'esame di tali ricostruzioni, appare opportuno soffermarsi, seppur concisamente, su un altro frammento ulpiano, escerpito, ancora una volta, dai libri *ad edictum*, che riveste un certo rilievo ai fini della presente indagine, dal momento che proprio con riguardo a esso Stefano svilupperà la sua riflessione più significativa.

Si tratta di

Ulp. 31 *ad ed.* D. 12.1.15: *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.*

Il frammento, per quanto inserito dai Compilatori, così come il precedente, nel titolo del Digesto dedicato alla *condictio*, risultava probabilmente riferito, nell'opera del giurista, alla clausola *Mandati vel contra* e si collocava all'interno di un approfondimento dedicato ad alcuni casi nei quali il mandato si sarebbe potuto "convertire" in un mutuo³⁷.

In particolare, il giurista riferisce che tra i *singularia quaedam recepta*, cioè tra le ipotesi nelle quali si era ammessa eccezionalmente la sussistenza del mutuo – o, *rectius*, di una *pecunia credita* –, nonostante la *numeratio* non fosse avvenuta in via diretta, vi fosse altresì il caso di un *iussum* impartito dal futuro mutuante a un suo debitore, affinché questi versasse la somma dovuta al futuro mutuatario³⁸. Al riguardo, infatti, il giurista severiano chiarisce che colui che aveva ricevuto il denaro dal debitore sarebbe stato obbligato nei confronti del mutuante (*obligaris mihi*), sebbene non avesse ricevuto denaro di proprietà

³⁷ In particolare, O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, cit., § 928; ID., *Das Edictum*³, cit., § 108, ipotizza che la trattazione conservata in D. 12.1.15 facesse seguito a quella contenuta in D. 17.1.10.4 (Ulp. 31 *ad ed.*), ove Ulpiano aveva affermato, sulla scorta di Papiniano, che colui che avesse conferito a Tizio il mandato di ricevere, dai propri *actores*, una somma a mutuo, non avrebbe potuto agire nei confronti del medesimo Tizio con l'*actio mandati*, poiché quest'ultimo, una volta ricevuta la *pecunia*, sarebbe stato obbligato a titolo di mutuo. Pertanto, dato che il creditore avrebbe dovuto agire con la *condictio certae creditae pecuniae*, il nostro giurista aveva altresì precisato che non avrebbe potuto richiedere le *usurae*, come se gli fossero dovute in forza del mandato, a meno che esse non fossero state promesse mediante *stipulatio* (*Si quis Titio mandaverit, ut ab actoribus suis mutuum pecuniam acciperet, mandati eum non acturum Papinianus libro tertio responsorum scribit, quia de mutua pecunia eum habet obligatum: et ideo usuras eum petere non posse quasi ex causa mandati, si in stipulationem deductae non sunt*).

³⁸ Come sottolineato da più parti in dottrina, la fattispecie integrerebbe, dunque, un *iussum* o una *delegatio dandi* (o *promittendi*), ove il creditore/mutuante sarebbe il delegante, il debitore di costui il delegato e il mutuatario il delegatario. Sul punto, *ex multis*, E. BETTI, *Appunti*, cit., p. 111; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., pp. 67 s.; G. SACCONI, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano 1971, pp. 7 s.; E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo*, cit., pp. 95 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 409 ss.; ID., *Il mutuo*, cit., pp. 70 s., 100 s.; L. ZANDRINO, *La delegatio*, cit., 59, nt. 128; 69, nt. 162; 169, nt. 169.

di quest'ultimo (*quamvis meos nummos non acceperis*), ma, comunque, «una somma destinata» a lui³⁹.

Nella seconda parte del frammento, Ulpiano pare voler confermare tale assunto, chiarendo dapprima che ciò che era stato ammesso con riguardo a due persone distinte (*quod igitur in duabus personis recipitur*), ossia la possibilità di considerare integrata la *numeratio pecuniae* anche se posta in essere da un debitore del mutuante – e, dunque, da una persona diversa da quest'ultimo –, avrebbe dovuto ammettersi anche per un'unica persona (*hoc et in eadem persona recipiendum est*), ossia rispetto a un'unica parte contrattuale sulla quale già gravava un debito, nei confronti del futuro mutuante, in virtù di un contratto precedente⁴⁰.

Infatti, il giurista, poco oltre, prospetta un'ulteriore conseguenza di quanto appena affermato, ossia che una soluzione analoga, in ordine al perfezionamento del mutuo, si sarebbe dovuta ammettere anche laddove una parte risultasse obbligata nei confronti dell'altra in forza di un mandato (*ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas*), ma si fosse altresì accordata con il mandante nel senso di trattenere la somma dovuta considerandola oggetto di un mutuo erogato nei suoi confronti dal medesimo mandante (*et convenerit, ut crediti nomine eam retineas*). In ordine a tale ipotesi, Ulpiano pare quindi ammettere che il mutuo avrebbe potuto considerarsi concluso in virtù della medesima doppia finzione che abbiamo già rilevato, come se il denaro fosse stato previamente trasferito al mutuante e da questi poi trasferito al mutuuario (*videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta*)⁴¹.

A questo punto, siamo in grado di renderci conto che la soluzione di Ulpiano prospettata in D. 12.1.15 pare fornire ulteriore supporto all'esito cui il nostro giurista era giunto – seppur cautamente – in ordine al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae* in D. 12.1.11 pr. Infatti, D. 12.1.15 sembra confermare che il presupposto per tale perfezionamento potesse considerarsi integrato anche se la *pecunia* oggetto del mutuo non fosse stata direttamente trasferita dal mutuante al mutuuario, ma fosse stata conseguita da quest'ultimo mediante l'incasso di una somma versata dal compratore di un bene originariamente appartenente al medesimo mutuante. Di conseguenza, anche da questa soluzione parrebbe potersi desumere che l'opinione di Africano che emerge dal testo a noi pervenuto di D. 17.1.34 pr. fosse stata superata dalla giurisprudenza successiva.

Ma, a ben riflettere, dal raffronto tra quest'ultimo frammento e quello di Africano, sarebbe potuta emergere anche un'ulteriore divergenza tra i due giu-

³⁹ E. BETTI, *Appunti*, cit., p. 111.

⁴⁰ Così, G. SACCONI, *Ricerche*, cit., pp. 7 s. e E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo*, cit., p. 96 s.

⁴¹ U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung*, cit., p. 73; A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit., pp. 71 s. e 100, il quale ha però sottolineato che dal *videatur* utilizzato dal giurista per ammettere tale soluzione emerge una maggiore cautela da parte sua rispetto alla precedente ipotesi del *iussum dandi*.

risti, questa volta con riguardo al caso a), cioè alla fattispecie esaminata in via principale in D. 17.1.34 pr. Infatti, mentre in relazione a tale fattispecie Africano aveva affermato che il mutuo non avrebbe potuto considerarsi concluso, ma che il *procurator* sarebbe stato comunque obbligato a restituire la somma alla controparte in virtù del mandato, da D. 12.1.15 si potrebbe desumere, come sottolineato in dottrina⁴², che Ulpiano fosse giunto ad ammettere che il debito derivante dal mandato potesse “convertirsi” in un debito da mutuo anche in tale caso e che, dunque, il mutuo potesse considerarsi perfezionato in virtù di un mero patto successivo rispetto all’accordo iniziale. Pertanto, siamo già in grado di comprendere perché anche questo profilo fu percepito dai giuristi bizantini – e, in particolare, da Stefano –, quale contraddizione da risolvere.

3. Il dibattito presso i giuristi bizantini: le posizioni di Teofilo e del primo Anonimo

Le informazioni sull’esistenza di un dibattito tra i giuristi bizantini con riguardo al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae* provengono dall’Enantiofane, che, come è noto, operò nei primi decenni del VII secolo⁴³: infatti, egli, in sch. 7 ad B. 14.1.34 (D. 17.1.34 pr.) e sch. 3 ad B. 23.1.11 (D. 12.1.11 pr.), riferisce che Teofilo si era orientato in favore della sussistenza del mutuo, mentre (tutti) gli altri non erano d’accordo (Θεόφιλος φησιν καὶ ἐπὶ τούτου συνίστασθαι δάνειον, οἱ δὲ ἄλλοι οὐδαμοῦ συμφωνοῦσιν τῷ ῥητῷ...).⁴⁴

⁴² G. SACCONI, *Ricerche*, cit., p. 8, nt. 29, la quale rileva che però, nel caso discusso da Africano, il consenso del creditore emergerebbe con meno evidenza (effettivamente, abbiamo visto *supra* § 2.1, come, in tale fattispecie, la circostanza che il creditore avesse acconsentito a quanto dichiarato dal *procurator* nell’epistola emerga soltanto in via indiretta e, in particolare, dal fatto che la risposta del giurista si riferisca al *pactum*).

⁴³ Così, *ex multis*, J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione*, cit., pp. 130 s., ove ampi ragguagli bibliografici.

⁴⁴ Questa affermazione si legge, in particolare, nello sch. 7 ad B. 14.1.34 (D. 17.1.34 pr.): Ἐναντίου. Ἀνάγνωθι βιβ. ιβ'. tit. ε'. διγ. ιθ'. (?). Θεόφιλος φησιν καὶ ἐπὶ τούτου συνίστασθαι δάνειον, οἱ δὲ ἄλλοι οὐδαμοῦ συμφωνοῦσιν τῷ ῥητῷ. Τὴν δὲ λύσιν τοῦ δοκοῦντος ἐναντίου τοῦ πλάτους πρὸς τὸ ια'. κεφ. τοῦ α'. tit. τοῦ κγ'. βιβ. τῶν Βασιλικῶν ἐκεῖ παρεγραψάμεθα (H.J. SCHELTEMA ET AL., BII, p. 772). Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 122: *Enantiophanis. Lege lib. 12. tit. 5. dig. 19. Theophilus hoc quoque casu mutuum contrahi dicit, cui reliqui nequaquam assentiuntur. Quod autem textus capiti 11. tit. 1. lib. 23. Basilicorum contradicere videtur, id illic conciliare in adnotatione studuimus*. Tuttavia, la notizia riferita in sch. 3 ad B. 23.1.11 (D. 12.1.11 pr.): Τοῦ Ἐναντιοφανοῦς. Πρόσσχες τῷ χρήσασθαι, ὅπερ μὴ προσκειμένον ἐστὶν ἐν τῷ τελευτ. θεμ. τοῦ λδ'. διγ. τοῦ α'. tit. τοῦ ιζ'. βιβ. Τὸ δοκοῦν ἐναντίον λύει τὸ ἐνταῦθα εἰπεῖν συστήναι δάνειον, ἐκεῖ δὲ μηδαμῶς. Ἰστέον δέ, ὅτι κακεῖ Θεόφιλος λέγει συστήναι τὸ δάνειον, οἱ δὲ ἄλλοι τὸ ἐναντίον συμφωνῆσαν τῷ ἐκεῖσε ῥητῷ (H.J. SCHELTEMA ET AL., BIV, pp. 1522 s.) presenta un tenore testuale leggermente diverso, tanto che non pare potersi escludere che si tratti di un testo rimaneggiato. Da tale testo pare infatti emergere, quantomeno *prima facie*, che “gli altri” si fossero orientati diversamente “essendo d’accordo” (συμφωνῆσαν τῷ ἐκεῖσε ῥητῷ) con Teofilo. Cionondimeno, il testo potrebbe comunque interpretarsi in maniera conforme a quanto riportato nello scolio precedente, in specie laddove si intenda il ῥητόν come

L'Enantiofane, dunque, pur avendo espressamente attribuito a Teofilo l'opinione che ammetteva la conclusione del mutuo, non aveva identificato con precisione i giuristi che sostenevano la soluzione opposta. Cionondimeno, dalla *summa* in greco del primo Anonimo riferita a D. 17.1.34 pr. e D. 12.1.11 pr., la quale fu probabilmente elaborata intorno al 550 d.C. e poi confluita nei Basilici (IX-X sec.)⁴⁵, è possibile desumere che tra tali oppositori vi fosse anzitutto questo giurista⁴⁶.

Infatti, nella *summa* conservata in B. 14.1.34 (= D. 17.1.34 pr.), in corrispondenza del testo latino *nihil magis pecuniam creditam recte petiturum* si legge semplicemente οὐ συνίσταται δάνειον, ovvero «il mutuo non si perfeziona»⁴⁷, mentre in quella riportata in B. 23.1.11 (= 12.1.11 pr.), in relazione alla frase *puto mutuum pecuniam factam*, si legge soltanto συνέστη τὸ δάνειον, cioè che «il mutuo si costituì»⁴⁸. Si evince, dunque, che il primo Anonimo tradusse le frasi conservate nei frammenti del Digesto in maniera ancora più assertiva rispetto al testo latino, mostrando così di interpretarle come espressione di orientamenti diametralmente opposti in ordine al perfezionamento del mutuo.

Di conseguenza, dalle *summae* appena ripercorse risulta chiaro che il primo Anonimo considerasse effettiva la divergenza tra la soluzione di Africano e quella di Ulpiano e che, attraverso la sua traduzione, avesse ulteriormente accentuato la distanza tra le medesime. Al proposito, va altresì osservato che,

il frammento dell'antologia imperiale (ossia D. 17.1.34 pr.): invero, proprio da tale frammento, secondo gli oppositori di Teofilo, sarebbe emersa la negazione del perfezionamento del mutuo. Così, K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Die Meinungsverschiedenheiten*, cit., p. 8. Al proposito, si può altresì segnalare che nell'edizione C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. II, p. 602, l'ultima frase risulta συμφωνῆσαι τὸ ἐκέισε ῥητόν, tanto che viene tradotta in latino nel senso appena prospettato: *Enantiophanis. Observa verbum uti, quod additum non est in them. 1. dig. 34. tit. 1. lib. 17. seu lib. 14. quod ob stare videtur. Solve, hoc loco dici mutuum contrahi, illic autem non item. Sciendum autem est, Theophilum illic quoque dicere mutuum contractum. Alii vero contra putant, convenisse quod ibi dicitur*. Infine, per l'esame della posizione assunta dal medesimo Enantiofane in seno al dibattito qui descritto, mi permetto di rinviare ad A. CHERCHI, *Divergenze*, cit., in corso di pubblicazione.

⁴⁵ J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione*, cit., pp. 128 s., ove ulteriore letteratura.

⁴⁶ K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Die Meinungsverschiedenheiten*, cit., p. 8.

⁴⁷ Lo stralcio di testo da cui è tratta l'informazione è il seguente: B. 14.1.34 (= D. 17.1.34 pr.): [...] εἰ δὲ θέλων σοι δανείσαι παράσχω ἄργυρον ἐπὶ τῷ πωλῆσαι, οὐ συνίσταται δάνειον, εἰ καὶ κινδυνεύεις ἐπὶ τοῖς ἐκ τοῦ ἀργύρου χρήμασιν (H.J. SCHELTEMA ET AL., AII, p. 751). Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 121: [...] *Si vero, cum mutuum tibi dare pecuniam vellem, argentum vendendum dederō, mutuum non contrahitur, quamvis periculum pecuniae ex argento redactae ad te pertineat*.

⁴⁸ Il contenuto integrale della *summa* risulta: Ἐὰν αἰτήσης με δανείσαι σοι καὶ μὴ ἔχων χρήματα παράσχω σοι βῶλον ἐπὶ τῷ πωλῆσαι καὶ χρήσασθαι τοῖς νομίμασιν, εἰ μὲν πωλήσεις, συνέστη τὸ δάνειον· εἰ δὲ τὸ σκευὸς ἢ τὴν βῶλον ἄνευ ῥαθυμίας ἀπολέσεις, εἰ μὲν καὶ χωρὶς τῆς σῆς προφάσεως πράσιμον εἶχον αὐτό, ἐμοὶ ἀπώλετο, εἰ δὲ μὴ, σοί, καὶ μάλιστα εἰ χωρὶς τόκων ἐδάνεισα (H.J. SCHELTEMA ET AL., AIII, p. 1096). Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 602: *Si rogaveris me, ut tibi pecuniam crederem et cum pecuniam non haberem, lancem tibi dederō, ut eam venderes, et nummis uteris, si quidem vendideris, mutuum contractum est: si vero vas et lancem sine tua culpa perdidideris, si quidem citra occasionem tuam venalem habui, mihi perii: sin minus, tibi: et maxime, si sine usuris credidi*.

nel periodo nel quale la *summa* fu elaborata, la riflessione dei giuristi bizantini si fondava ormai soltanto sui testi conservati nell'antologia imperiale, in quanto si era ormai inevitabilmente reciso qualsiasi rapporto con la riflessione originaria della giurisprudenza classica⁴⁹.

Se, dunque, siamo in grado di capire che l'opinione che interpretava le soluzioni di Africano e Ulpiano relative al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae* come nettamente contrastanti dovette essersi già formata intorno al 550 d.C., vale ora la pena di avere contezza anche della posizione di Teofilo, la quale fu invece elaborata in un momento anteriore, ossia, con tutta verosimiglianza, nell'anno immediatamente successivo all'entrata in vigore del Digesto (534 d.C.)⁵⁰. Tuttavia, dato che la testimonianza di Teofilo risulta particolarmente ampia ed è già stata oggetto di approfondimento in altra sede⁵¹, possiamo qui limitarci a richiamarne i profili più significativi ai nostri fini, ossia quelli necessari a comprendere la riflessione di Stefano e il rapporto di quest'ultima con l'opinione del maestro costantinopolitano.

Sch. 2 *ad* B. 14.1.34 (D. 17.1.34 pr.): [Θεοφίλου]⁵². [...] Ἀνάγνωθι τοῦτο· τῶν παρὰ κανόνος ἐστίν. Οὐδέποτε δὲ τὰ παρὰ κανόνος πρὸς ἀνατροπὴν ἄγεσθαι τῶν ζητουμένων ὀφείλει. Ἄλλ' ἔστιν γ'. θέμα· ἤτησέ μὲ τις αὐτῷ δανεῖσαι νομίσματα ρ'. Οὐκ ἔχων χρυσίον ἄργυρον αὐτῷ δέδωκα ἐπιτρέψας αὐτῷ πωλῆσαι τοῦτον καὶ συγχρήσασθαι τῷ χρυσίῳ. Ἐφ' ᾧ πάντες λέγουσι συνίστασθαι δάνειον, καὶ τὴν ἀπὸ τῆς διατιμῆσεως τοῦ ἀργύρου συναχθεῖσαν ποσότητα κινδυνεύεσθαι τῷ λαβόντι τὸν ἄργυρον. [...] ⁵³.

Ἦγουν λέγω, ὅτι διαπώλησον τὸ ἀργύριον καὶ δός μοι τὴν τοῦ ἀργύρου διατίμησιν καὶ ταῦτα ἀπαριθμήσω σοι, ὣν οὐδέν ἐστιν ἐπὶ τῷ τοῦ πάντων προκουράτωρος

⁴⁹ Sul punto, torneremo *infra* § 4.1 e nt. 65.

⁵⁰ Come è noto, Teofilo, pur avendo preso parte alla Compilazione del primo *Codex*, del Digesto e delle Istituzioni, non risulta menzionato tra i Compilatori del secondo *Codex* nella *C. Cordi* (16 novembre 534 d.C.): pertanto, si ritiene comunemente che egli, in tale momento storico, fosse già morto o avesse del tutto cessato la sua attività. Così, *ex multis*, J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione*, cit., pp. 123 s., con bibliografia.

⁵¹ A. CHERCHI, *Divergenze*, cit., in corso di pubblicazione.

⁵² In favore della possibilità di attribuire a Teofilo la paternità dello scolio si è infatti espressa la dottrina dominante: C.G.E. e G.E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., p. 35 e nt. 45; p. 269 e nt. b); K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Die Meinungsverschiedenheiten*, cit., p. 8; H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement*, cit., p. 31. Sugli indizi che inducono a propendere per questa ipotesi, cfr., ancora, A. CHERCHI, *Divergenze*, cit., in corso di pubblicazione.

⁵³ H.J. SCHELTEMA ET AL., BII, pp. 770 s., cui rimando per la lettura dell'intero scolio. Peraltro, nella versione accolta da C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 121, il segmento di nostro interesse presenta le seguenti varianti: ἀναγν. τοῦτο ἐν τῷ περὶ δανείου, in luogo di Ἀνάγνωθι τοῦτο· τῶν παρὰ κανόνος ἐστίν, e τὰ περὶ δανείου, in luogo di τὰ παρὰ κανόνος, anche all'inizio della frase successiva e, perciò, risulta così tradotto in latino: [...] *Hoc in titulo de rebus creditis legi potest. Nec vero quae de mutuo dicta ibi sunt, ad infirmanda ea, de quibus quaeritur, trahenda sunt. Verum datur tertius casus. Rogavit me quis, ut centum aureus ei crederem. Cum pecuniam non haberem, argentum ei dedi vendendum, ut pecunia inde redacta uteretur. Hoc casu omnes mutuum contrahi dicunt, et pecuniam ex pretio argenti redactam periculo eius esse, pecuniam qui argentum accepit [...]*.

συναλλάγματι. Οὐ γὰρ ἐδέσποσα τοῦ χρυσίου, οὐδὲ παρέσχον αὐτῷ, οὐδὲ ἐπέτρεψα βουλόμενος αὐτῷ δανείσασθαι λαβεῖν ἀπὸ τῶν ἐμῶν δεβιτῶρων χρυσίον καὶ τοῦτω συγχρήσασθαι· ἀλλ' αὐτὸς ἀπαιτήσας ὡς γενικὸς προκουράτωρ ἤτησε με ἔχειν εἰς δάνειον ἢν ἔτυχεν παρὰ τῶν ἐμῶν δεβιτῶρων ὑποδεξάμενος ποσότητα. Ἐπὶ τοῦ προκειμένου τοίνυν ἐροῦμεν ἔνοχον ἔσεσθαι τῇ μανδᾷ τὸν προκουράτωρα ἐκ τυχηρᾶς τῶν νομισμάτων ἀπωλείας κινδυνεύοντα. Πλατύνεται γὰρ ἐνταῦθα ἡ φύσις τῆς μανδᾷ διὰ τὸ αὐτὸν ἀδίκως εἰπεῖν, ὅτι βούλεται τοῖς νομίσμασιν συγχρήσασθαι, παρέχειν δὲ καὶ τόκους ἀπὸ τοῦ γενομένου συμφώνου, ἐπειδὴ τῶν βόνα φίδε τὸ συνάλλαγμα. Ἐπὶ γὰρ τῶν βόνα φίδε ἀγωγῶν ἀνεπερώτητος ἔρρωται τόκος ὀφικίῳ τοῦ δικάζοντος ἀπαιτούμενος⁵⁴.

Come si vede, con riguardo al contenuto di D. 17.1.34 pr., Teofilo afferma dapprima, verosimilmente riferendosi alla soluzione che ammetteva il perfezionamento del mutuo nel caso c), cioè quello del *iussum*⁵⁵, che si trattava di una soluzione “contraria alla regola” (τῶν παρὰ κανόνος ἐστίν), cioè una soluzione che derogava al requisito della *numeratio pecuniae* diretta. Inoltre, il maestro evidenzia che deroghe del genere si sarebbero dovute ammettere con prudenza, senza sovvertire i principi relativi alle questioni esaminate (Οὐδέποτε δὲ τὰ παρὰ κανόνος πρὸς ἀνατροπὴν ἄγεσθαι τῶν ζητουμένων ὀφείλει).

L'antecessor, quindi, focalizza l'attenzione sul *contractus mohatrae* – che viene introdotto come il terzo caso collegato (Ἄλλ' ἔστιν γ' ἔμα) alla fattispecie principale (caso a). Segnatamente, egli fa riferimento alla richiesta di un mutuo di cento monete pervenuta a *Ego*, il quale, però, non disponendo del denaro necessario, aveva consegnato un bene – presumibilmente una massa d'argento – al richiedente e lo aveva altresì autorizzato a vendere tale bene e a utilizzare il denaro ricavato dalla vendita come somma oggetto del mutuo (ἤτησέ... τῷ χρυσίῳ.).

A questo punto, egli fornisce un'informazione particolarmente interessante ai nostri fini: osserva, infatti, che “tutti” ritenevano che il mutuo si perfezionasse (Ἐφ' ᾧ πάντες λέγουσι συνίστασθαι δάνειον), ricordando inoltre che il *periculum* relativo al ricavato dalla vendita sarebbe ricaduto su *Tu* (καὶ τὴν ἀπὸ τῆς διατιμήσεως... τὸν ἄργυρον). Invero, dato che Teofilo, come già ricordato,

⁵⁴ H. J. SCHELTEMA ET AL., BII, p. 771. Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 121: *Sive dico: vende argentum eiusque pretium mihi redde, idque tibi numerabo: quorum nihil in contractu procuratoris generalis reperitur. Neque enim pecuniae dominus eram, neque eam ipsi dedi, neque, cum credere ei vellem, iussi eum a debitoribus meis pecuniam accipere eaque uti: verum ipse tanquam procurator generalis exegit et petiit a me, ut pecuniam a debitoribus meis exactam ex causa crediti sibi habere liceret. Proposita igitur specie dicemus, procuratorem mandati teneri, ad quem fortuitae nummorum amissionis periculum pertinet. Augetur enim hoc casu mandati actionis natura, quia idem iniuria dicit, se pecunia uti velle. Praestat et usuras ex pacto inito, quia contractus bonae fidei est. Nam in bonae fidei iudiciis usurae in stipulationem non deductae officio iudicis petuntur.*

⁵⁵ Sul punto, mi permetto ancora di rinviare ad A. CHERCHI, *Divergenze*, cit., in corso di pubblicazione.

apparteneva alla prima generazione di *antecessores*, appare verosimile che egli, con tale affermazione, più che riferirsi ad altri giuristi bizantini, si riferisse agli stessi giuristi classici.

Di conseguenza, sembra potersi evincere che non solo il medesimo Teofilo, come riportato anche dall'Enantiofane, ammettesse il perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*, ma anche che egli ritenesse che si fosse orientato in questo senso già Africano, la cui soluzione era infatti l'oggetto principale del suo approfondimento, e presumibilmente anche Ulpiano in D. 12.1.11 pr. (oltre che altri *prudentes*), dato che tale frammento, con tutta verosimiglianza, era stato già esaminato dal maestro nel corso della sua trattazione precedente⁵⁶. Perciò, appare ora ancor più chiaro come Teofilo non considerasse contraddittorie le soluzioni dei due giuristi in ordine al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*.

Nella seconda parte dello scolio (Ἦγουν λέγω...δικάζοντος ἀπαιτούμενος), l'*antecessor* si sofferma a chiarire la ragione per la quale si sarebbe dovuta ammettere la conclusione del mutuo nel *contractus mohatrae*, nonché quella per la quale sarebbe stato invece impossibile ammettere una simile conclusione nel caso a), cioè in quello del *procurator*: in questo modo, dunque, Teofilo mostra di aver scelto di precisare le motivazioni della diversa disciplina relativa alle due ipotesi.

In particolare, egli evidenzia che, nel *contractus mohatrae*, doveva ammettersi che il creditore, mediante la consegna del bene da vendere, avesse implicitamente impartito al richiedente le seguenti istruzioni: «vendi l'argento, trasferiscimi il ricavato e io, a mia volta, te lo trasferirò con *numeratio*» (Ἦγουν λέγω, ὅτι διαπώλησον τὸ ἀργύριον καὶ δός μοι τὴν τοῦ ἀργύρου διατίμησιν καὶ ταῦτα ἀπαριθμήσω σοι). Pertanto, siamo in grado di percepire come, nella ricostruzione dogmatica proposta da Teofilo in relazione al *contractus mohatrae*, la conclusione del mutuo si fondasse sulla doppia finzione cui abbiamo già fatto cenno in relazione ai casi precedenti e, in particolare, al caso c)⁵⁷.

Il maestro sottolinea, poi (ὧν οὐδέν...συναλλάγματι), che una simile soluzione doveva invece escludersi in relazione al caso a), in quanto il mandante non era divenuto proprietario del denaro, né lo aveva trasferito al *procurator*, né aveva autorizzato quest'ultimo a ricevere la somma dai propri debitori e a utilizzarla come mutuo. Al contrario, era stato il medesimo *procurator*, una volta ottenuto il denaro dai debitori del mandante in forza del suo incarico (ἀλλ' αὐτὸς ἀπαιτήσας ὡς γενικὸς προκουράτωρ), a domandare a quest'ultimo di poter trattenere tale somma a titolo di mutuo (ἤτησε...ποσότητα).

⁵⁶ La trattazione didattica della parte del Digesto *de rebus* ricomprendeva invero i libri 12-19. Con riguardo alla possibilità che Teofilo abbia tenuto questo corso nell'anno immediatamente successivo all'entrata in vigore dell'antologia imperiale, cfr. J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione*, cit., pp. 123 s., i quali hanno altresì evidenziato che l'insegnamento del maestro probabilmente si interrompe, a causa della sua morte, al libro 17.

⁵⁷ Cfr. *supra* § 2.1 e nt. 24.

L'*antecessor*, infine, si concentra sull'ultima parte di D. 17.1.34 pr., ricordando che, nel caso a), il *procurator* sarebbe stato tenuto mediante l'*actio mandati* e avrebbe altresì sopportato il *periculum* (Ἐπὶ τοῦ προκειμένου... κινδυνεύοντα). Nel segmento Πλατύνεται... συνάλλαγμα troviamo poi un altro dato significativo: Teofilo specifica infatti che, in tale caso, l'*actio mandati* avrebbe avuto una natura (φύσις) più ampia del consueto, poiché il *procurator* aveva dichiarato di voler utilizzare il denaro e di obbligarsi a versare anche gli interessi, pur non avendone diritto (ἡδίκως), ossia discostandosi dall'accordo iniziale. Cionondimeno, egli ricorda, ancora sulla base del contenuto del frammento di Africano, che gli interessi, vista la natura di giudizio di buona fede del *iudicium mandati*, avrebbero potuto richiedersi con l'*actio mandati* anche in assenza di un'apposita *stipulatio* (παρέχειν δὲ καὶ τόκους... ἀπαιτούμενος).

Ad ogni modo, tornando ora al problema oggetto del nostro interesse, la trattazione qui ripercorsa sembra confermare che Teofilo non avesse ravvisato alcuna contraddizione tra le soluzioni di Africano e Ulpiano in relazione al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*: egli, infatti, come abbiamo appena visto, preferì chiarire con attenzione le ragioni della differenza tra la soluzione prospettata da Africano con riguardo al nostro contratto, ove, a suo avviso, il mutuo poteva ammettersi, e quella relativa al caso a), ove, invece, esso non poteva ammettersi. Di conseguenza, sembra ora trovare ulteriore conforto anche la possibilità che l'*antecessor*, mediante l'affermazione πάντες λέγουσι συνίστασθαι δάνειον, avesse inteso sostenere che tutti i giuristi classici – e, in particolare, Africano e Ulpiano – fossero concordi sulla questione.

A questo punto, se teniamo altresì presente che Teofilo ebbe probabilmente a disposizione un lasso di tempo assai breve per predisporre i suoi corsi sul Digesto⁵⁸, non pare potersi escludere, come peraltro abbiamo già avuto occasione di sostenere in precedenza⁵⁹, che egli avesse fondato la sua riflessione su un testo diverso (e antecedente) rispetto a quello del frammento di Africano a noi pervenuto nell'antologia imperiale. . In particolare, Teofilo potrebbe aver avuto in mente la versione del frammento che aveva usato nei suoi corsi anteriori⁶⁰, dalla quale emergeva la possibilità di interpretare tale soluzione in maniera opposta da quella che sembra suggerire la frase *nihil magis pecuniam creditam recte petiturum* conservata in D. 17.1.34 pr., ossia come se Africano,

⁵⁸ Ciò emerge dalla circostanza che la *C. Tanta*, che promulgò il Digesto, risalga al 16 dicembre del 533 d.C. e che Teofilo dovette aver cominciato i nuovi corsi già all'inizio del 534 d.C. Sul punto, cfr. A. GUARINO, *La compilazione dei «Digesta Iustiniani»*, in ANA 79 (1968), p. 560 (Id., *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994, p. 450).

⁵⁹ A. CHERCHI, *Divergenze*, cit., in corso di pubblicazione.

⁶⁰ Più in generale, sulla possibilità che gli *antecessores* si siano serviti di testi giurisprudenziali diversi rispetto a quelli a noi pervenuti nel Digesto, cfr. F. GORIA, *Il giurista*, cit., p. 721 e F. SITZIA, *Lettori del Digesto nel mondo bizantino*, in D. MANTOVANI, A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Interpretare*, cit., pp. 215 ss., (ora in Id., *Scritti di diritto romano*, II, F. BOTTA, A. CHERCHI, O. DILIBERTO, M.V. SANNA (a cura di), Napoli 2020, pp. 571 ss.), ove ulteriori fonti e letteratura.

alla fin fine, avesse ammesso, così come farà poi Ulpiano, che il mutuo potesse considerarsi concluso.

Inoltre, non va dimenticato che una simile possibilità potrebbe scaturire anche dal peculiare “profilo scientifico” di Teofilo, ossia dal fatto che egli non soltanto aveva impartito i corsi relativi ai *iura* già prima dell’entrata in vigore del Digesto, ma aveva altresì preso parte alla Compilazione del medesimo, procedendo quindi all’ulteriore disamina dei testi giurisprudenziali in quella sede⁶¹. Pertanto, possiamo desumere che egli avesse una conoscenza delle opere dei giuristi classici ben più ampia rispetto a quella dei giuristi bizantini delle generazioni successive, per i quali, come già sottolineato, il rapporto con la giurisprudenza si era ormai del tutto reciso in virtù dell’entrata in vigore dell’antologia imperiale e delle direttive giustinianee relative a essa⁶².

4. Il contributo ermeneutico di Stefano

Alla luce delle considerazioni svolte, possiamo ora passare all’esame della posizione di Stefano, che, con tutta verosimiglianza, si colloca cronologicamente in un periodo intermedio rispetto a quelle appena ripercorse. Come già anticipato, la trattazione di Stefano di maggior rilievo è riferita a D. 12.1.15, sebbene egli prospetti alcune considerazioni di un certo interesse anche con riguardo al frammento di Africano conservato in D. 17.1.34 pr.

4.1. Sch. 8 ad B. 14.1.34 (D. 17.1.34 pr.)

Dal momento che abbiamo appena ripercorso la riflessione di Teofilo riferita a D. 17.1.34 pr., appare opportuno prendere le mosse dalle osservazioni di Stefano relative alla medesima fonte:

Sch. 8 ad B. 14.1.34 (D. 17.1.34 pr.): Στεφάνου. Τουτέστιν, ὅτι ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου δάνειον οὐ συνίσταται, εἰ μὴ ἐν δεσποτείᾳ ἐγὼ τῶν νούμων γενόμενος ἀριθμήσω σοι ταῦτα, καὶ μετατεθῇ πᾶρ’ ἐμοῦ ἐπὶ σὲ τούτων ἡ δεσποτεία, κἂν ὁ κίνδυνος τῶν νομισμάτων σὲ τὸν λαβόντα ὀρᾷ. Μαρτυρεῖ τὸ κείμενον βιβ. α’. τιτ. α’. διγ. δ’. (?), ὅστις χρήματα δανεῖσαι βουλόμενος δέδωκεν ἄργυρον ἐπὶ τῷ πραθῆναι μὴ δύνασθαι ὡς δάνειον ἀπαιτεῖν τὰ νομίσματα ἤτοι τὴν τοῦ δίσκου διατίμησιν, μήπω δηλονότι πραθέντος. Καὶ ὅμως τὰ ἐκ τῆς πράσεως τοῦ ἀργύρου συναχθέντα νομίσματα κινδυνεύεται τῷ λαβόντι τὸν ἄργυρον. Μὴ δόξη δέ σοι ἐναντίως...⁶³

⁶¹ Cfr. *supra* nt. 50.

⁶² *Infra* § 4.1 e nt. 65.

⁶³ H.J. SCHELTEMA ET AL., BII, p. 772. Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 122 (ove lo scolio è edito al n. 6 e principia con Τέλος, anziché con Τουτέστιν): *Stephani. Summa haec est, nudo pacto mutuum non contrahi, nisi ego, dominus nummorum, hos tibi numeravero, eorumque dominium a me ad te translatus fuerit, licet periculum pecuniae ad te, qui accepisti, pertineat. Testatur enim. lib. 1. tit. 1. dig. 4. eum, qui mutuum daturus argentum vendendum*

Come si vede, l'*antecessor* si sofferma dapprima sul caso a) e, in particolare, sulla circostanza che, in tale ipotesi, il perfezionamento del mutuo non potesse fondarsi su un semplice patto (Τουτέστιν, ὅτι ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου δάνειον οὐ συνίσταται), dal momento che sarebbe stato necessario che il mutuante fosse divenuto proprietario del denaro e lo avesse poi trasferito con *numeratio* al mutuatario (ἀριθμήσω... ἢ δεσποτεία). Al riguardo, il nostro *antecessor* specifica poi che il *periculum* del denaro sarebbe comunque gravato su colui che lo aveva ricevuto (κἂν ὁ κίνδυνος τῶν νομισμάτων σὲ τὸν λαβόντα ὀρᾷ).

A riprova di quanto appena affermato, Stefano richiama un frammento del Digesto (Μαρτυρεῖ τὸ κείμενον βιβ. α'. τίτ. α'. διγ. δ'. [?]), il quale, seppur indicato in maniera incerta, potrebbe forse identificarsi con D. 12.1.11 pr., in quanto, poco oltre, l'*antecessor* descrive la fattispecie del *contractus mohatrae*. Egli, infatti, evidentemente presupponendo che il creditore avesse consegnato del metallo prezioso o un vassoio, così come indicato in D. 12.1.11 pr., osserva che tale soggetto non avrebbe potuto richiedere, a titolo di mutuo, il denaro, ovvero il prezzo ricavato dalla vendita del vassoio (ἥτοι τὴν τοῦ δίσκου διατίμησιν), finché esso non fosse stato venduto (μήπω δηλονότι πραθέντος). Infine, Stefano specifica che, anche in questo caso, il *periculum* relativo alla somma ricavata dalla vendita sarebbe gravato su colui che aveva ricevuto l'argento (κινδυνεύεται τῷ λαβόντι τὸν ἄργυρον) e invita il discente a non considerare contraddittorio quanto appena enunciato (Μὴ δόξη δὲ σοι ἐναντίως).

Come si rileva dall'edizione di Scheltema qui utilizzata, lo scolio è giunto incompleto, anche se in esso è comunque possibile ravvisare alcuni dati degni di nota. In primo luogo, la circostanza che Stefano avesse fatto verosimilmente rinvio al frammento di Ulpiano relativo al *contractus mohatrae* a riprova di quanto affermato in precedenza (Μαρτυρεῖ...), come se dal collegamento tra la soluzione di Africano relativa al caso a) e quella di Ulpiano potesse cogliersi un profilo che avrebbe consentito di comprendere perché, nella fattispecie principale, il mutuo non potesse considerarsi concluso in virtù di un mero *pactum ex intervallo*⁶⁴.

In secondo luogo, appare altresì significativo che Stefano, invece che riferirsi alla soluzione relativa al *contractus mohatrae* contenuta nel frammento di Africano che stava esaminando, avesse preferito tratteggiare tale contratto sulla base del passo di Ulpiano conservato in D. 12.1.11 pr. Tuttavia, l'aspetto per noi più rilevante pare essere un altro, ossia la circostanza che l'*antecessor* non si fosse espressamente pronunciato sulla conclusione del mutuo. Invero, per quanto non si possa escludere che su tale profilo egli si fosse soffermato

dederit, pecuniam sive lancis, nondum scilicet venditae, aestimationem tanquam creditam petere non posse. Tamen periculum pecuniae ex vendito argento redactae ad eum pertinet, qui argentum accepit. Quod ne tibi obstare credas.

⁶⁴ Al riguardo, si potrebbe forse pensare che si trattasse del fatto che, nel *contractus mohatrae*, l'utilizzo del ricavato dalla vendita come somma oggetto del mutuo fosse stato previsto dalle parti sin dal momento dell'accordo iniziale (e non in una fase successiva). Sul punto, cfr. *infra* § 4.4.

nel prosiegua dello scolio a noi non pervenuto, il testo a noi giunto consente di rilevare soltanto che il creditore non avrebbe potuto agire per ottenere la somma corrispondente al valore del bene prima della vendita (μήπω δηλονότι προθέντος). Ad ogni modo, da tale affermazione si potrebbe forse desumere, seppur attraverso un ragionamento *a contrario*, che Stefano ritenesse che, una volta realizzata la vendita, il mutuo dovesse considerarsi concluso.

Se così fosse, allora, l'*antecessor* sarebbe stato nella sostanza concorde con la soluzione di Teofilo, nel senso di ritenere ammissibile il perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*, ma, nel contempo, avrebbe assunto un atteggiamento ben più prudente rispetto al maestro. Una simile prudenza, infatti, si evince dai dati appena sottolineati e, in specie, dal fatto che egli avesse scelto di citare, in ordine al nostro contratto, non già la soluzione di Africano che stava spiegando, bensì quella di Ulpiano. La prudenza appena rilevata, dunque, potrebbe testimoniare un certo disagio da parte di Stefano nel fondare l'ammissibilità del mutuo sul frammento di Africano, forse perché egli era consapevole che il testo di tale frammento – e, in particolare, l'inciso *nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum* – avrebbe potuto condurre alla conclusione opposta.

Infatti, Stefano, a differenza di Teofilo – ma in maniera analoga al primo Anonimo –, aveva presumibilmente fondato la sua interpretazione soltanto sul testo della trattazione di Africano pervenuto nel Digesto, dal momento che, come già ricordato, sulla base delle direttive di Giustiniano, era ormai preclusa all'interprete la consultazione delle opere giurisprudenziali anteriori all'antologia imperiale⁶⁵. Tuttavia, ci rendiamo conto che l'ipotesi interpretativa qui prospettata necessita di ulteriori appigli: pertanto, giova ora passare all'esame degli altri scolii di Stefano (riferiti a D. 12.1.15) che forniscono alcuni spunti importanti.

4.2. Sch. 2-4 ad B. 23.1.15 (D. 12.1.15)

Leggiamo, in primo luogo,

Sch. 2 ad B. 23.1.15 (D. 12.1.15): Στεφάνου. Τοῦτο νόησον, ὥς ὑπὲρ τῶν ἀνωτέρω εἰρημένων θεμάτων ἀπολογούμενός φησι. Εἰπὼν γὰρ ἀνωτέρω θέμα παρὰ κανόνας,

⁶⁵ Come è noto, la direttiva giustiniana di fondare l'insegnamento e la scienza giuridica, in via esclusiva, sui testi della Compilazione imperiale e il divieto di utilizzare le opere giurisprudenziali precedenti si rinviengono in C. *Deo Auctore* 5 (*prout hoc vobis commodius esse patuerit, ut nihil extra memoratam consummationem possit esse derelictum, sed his quinquaginta libris totum ius antiquum, per millesimum et quadringentesimum paene annum confusum et a nobis purgatum, quasi quodam muro vallatum nihil extra se habeat*), nonché, in termini ancora più perentori, in C. *Tanta* 10 (*nemine audente comparare ea quae antiquitas habebat et quae nostra auctoritas introduxit, quia multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt*), così come dalle indicazioni, indirizzate agli *antecessores*, in C. *Omnem pr. (ex libris autem quinquaginta nostrorum digestorum sex et triginta tantummodo sufficere tam ad vestram expositionem quam ad iuventutis eruditionem iudicamus)*. Su tali indicazioni, *ex multis*, M. BRUTTI, *Dal Digesto*, cit., pp. 600 ss., con letteratura.

οἷον ἐπὶ τοῦ λαβόντος τὸν δίσκον ἐφ' ᾧ πωλῆσαι καὶ ἔχειν ἐν δανείῳ τὴν τούτου τιμὴν, ἀπολογούμενος ὥσπερ φησὶν, ὅτι μὴ θαυμάσης, εἰ ταῦτα οὕτως ἔχει· πολλὰ γὰρ παρὰ κανόνα ἐπὶ τοῦ δανείου κρατεῖ.⁶⁶

Sch. 3 *ad* B. 23.1.15 (D. 12.1.15): Τοῦτο γὰρ ἐστὶ τὸ παρὰ κανόνα, ὅτι μήτε ἀριθμήσας μήτε δεσπότης ἤδη τῶν νομισμάτων γενόμενος ποιεῖ τὸν λαμβάνοντα δεσπότην, ὅπερ ἐστὶν ἐπὶ τοῦ δανείου ἀναγκαῖον. Τοῦτο δὲ εἶπεν ὑπεραπολογούμενος, διὰ τί ἐπὶ τοῦ λαβόντος τὸν δίσκον ἐπὶ τῷ πωλῆσαι καὶ ἔχειν ἐν δανείῳ τὴν τούτου τιμὴν συνίσταται δάνειον καίτοι μὴ δεσπότης γενομένου τῶν νομισμάτων τοῦ δεδοκότες τὸν δίσκον ἐπὶ τῷ παραῖναι.⁶⁷

Sch. 4 *ad* B. 23.1.15 (D. 12.1.15): Τοῦτο παρὰ κανόνα λέγει εἰσαχθῆναι ὁ Θεόφιλος ἐν τῷ λδ'. κεφ. τοῦ ιδ'. βιβλ., φιλαγάθως δὲ δεχθῆναι· ἐν ᾧ φησιν, ὥς τὰ παρὰ κανόνα εἰσαχθέντα φιλαγάθως δέχεσθαι χρή, οὐ μὴν εἰς ἀναίρεσιν τῶν κανόνων ἢ τῶν ζητουμένων ἔλκειν. Ἀνάγνωθι οὖν αὐτόν.⁶⁸

Nel primo scolio, il n. 2, Stefano invita gli studenti a leggere D. 12.1.15 come un'ulteriore conferma delle soluzioni prospettate nei passi precedenti (...ὥς ὑπὲρ τῶν ἀνωτέρω εἰρημένων θεμάτων ἀπολογούμενός φησι) e, in particolare, di quella ammessa in ordine al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*. Egli ricorda che lo stesso Ulpiano aveva avallato la possibilità di considerare concluso un mutuo *παρὰ κανόνας*, contro le regole, e, al proposito, menziona proprio il nostro contratto, prendendo presumibilmente spunto, ancora una volta, dalla descrizione tratteggiata in D. 12.1.11 pr.

La fattispecie viene infatti descritta come il caso nel quale una parte aveva ricevuto un vassoio allo scopo di venderlo e trattenere il ricavato dalla vendita come somma oggetto del mutuo (ἐπὶ τοῦ λαβόντος τὸν δίσκον ἐφ' ᾧ πωλῆσαι καὶ ἔχειν ἐν δανείῳ τὴν τούτου τιμὴν). Stefano precisa, inoltre, come non vi fosse ragione di meravigliarsi (μὴ θαυμάσης), in quanto, relativamente alla conclusione del mutuo, le ipotesi che derogavano alla regola erano in realtà numerose (πολλὰ γὰρ παρὰ κανόνα ἐπὶ τοῦ δανείου κρατεῖ).

⁶⁶ H.J. SCHELTEMA ET AL., BIV, p. 1535. Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 611 (ove, invece, la trattazione risulta edita in un unico scolio, lo sch. 2): *Stephani. Hoc ita intellige, ut quasi pro defensione supra dictorum thematum haec dicat. Nam cum supra proposuerit thema contra iuris regulas, utputa de eo, qui discum accepit, ut eum venderet, et pecuniam redactam tanquam mutuum haberet, quasi pro sui defensione dixit, non esse, cur mireris, si haec ita se habeant: multa enim contra iuris regulas in mutuo obtinent.*

⁶⁷ H.J. SCHELTEMA ET AL., BIV, p. 1535. Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 611: *Hoc enim contra iuris regulas est, ut qui neque numeravit, necdum dominus nummorum effectus est, accipientem dominum faciat, quod in mutuo necessarium est. Hoc autem dixit quasi pro sui defensione, quia mutuum contrahitur, si quis discum acceperit, ut eum venderet, et pretio uteretur ex causa mutui, licet ego, qui discum vendendum dedi, nummorum dominus factus non sim.*

⁶⁸ H.J. SCHELTEMA ET AL., BIV, pp. 1535 s. Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, p. 611: *Hoc Theophilus contra regulam inductum ait cap. 34. lib. 14. benigne autem receptum: ubi ait, ea, quae contra iuris rationem inducta sunt, benigne accipi oportere, nec vero ad tollendas regulas, vel ea, de quibus agitur, trahenda esse. Lege igitur ipsum.*

Poco oltre, nello sch. 3, Stefano chiarisce perché simili soluzioni avevano carattere derogatorio (Τοῦτο γάρ ἐστι τὸ παρὰ κανόνα). In particolare, egli, riprendendo verosimilmente le parole *videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta* conservate in D. 12.1.15, precisa che la deroga avrebbe avuto luogo quando una parte, pur non avendo effettuato direttamente la *numratio pecuniae* e pur non essendo previamente divenuta proprietaria dei *nummi* (μήτε ἀριθμήσας μήτε δεσπότης ἤδη τῶν νομισμάτων γενόμενος), avrebbe reso il ricevente proprietario dei medesimi (ποιεῖ τὸν λαμβάνοντα δεσπότην). Chiarito tale aspetto, il giurista torna sul *contractus mohatrae* e rammenta che la spiegazione appena fornita costituiva, per Ulpiano, una giustificazione (Τοῦτο δὲ εἶπεν ὑπεραπολογούμενος...) del fatto che, in tale contratto, il mutuo potesse considerarsi perfezionato (συνίσταται δάνειον) nonostante il debitore non avesse previamente trasferito al creditore il ricavato della vendita (καίτοι μὴ δεσπότης... ἐπὶ τῷ πραθῆναι).

Nella trattazione che segue, ossia nello sch. 4, Stefano richiama la soluzione di Africano conservata in D. 17.1.34 pr., sebbene da una prospettiva molto particolare: infatti, egli non si riferisce direttamente al contenuto del frammento, ma cita l'opinione maturata da Teofilo con riguardo a esso (λέγει ὁ Θεόφιλος...). In specie, egli ricorda che anche il maestro era consapevole che si trattava di una soluzione contro la regola (Τοῦτο παρὰ κανόνα), specificando altresì che essa era frutto, al pari di quanto avveniva nel caso del *iussum* (caso c), di un accoglimento “benevolo” (φιλαγάθως δὲ δεχθῆναι), ovvero di un approccio flessibile che ammetteva il perfezionamento del mutuo nonostante l'assenza di una *numratio pecuniae* diretta da parte del mutuante al mutuuario⁶⁹.

Appare inoltre significativo che Stefano non faccia alcun cenno all'opinione contraria a quella di Teofilo: una siffatta peculiarità, visto che il nostro *antecessor* era di norma attento a segnalare le divergenze di opinioni tra i giuristi bizantini a lui precedenti⁷⁰, potrebbe essere dovuta sia alla circostanza che l'opinione avversa non fosse stata ancora prospettata – non va dimenticato, invero, che la *summa* del primo Anonimo dovette essere di poco successiva (550 d.C.) –, sia al fatto che Stefano non intendesse prospettare un'opinione personale che ravvisava un netto contrasto tra la soluzione di Africano e quella di Ulpiano.

Cionondimeno, non può sfuggire che, anche in questa sede, Stefano abbia evitato di richiamare direttamente il contenuto di D. 17.1.34 pr. in ordine al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*: ancora una volta, dun-

⁶⁹ Si noti che Stefano, nella parte finale dello scolio (οὐ μὴν ... ἔλκειν), riporta anche che, così come rammentato da Teofilo in sch. 2 ad B. 14.1.34, un simile atteggiamento benevolo non avrebbe dovuto comportare lo stravolgimento delle norme o delle questioni indagate. Infine, l'*antecessor* invita gli studenti a leggere direttamente il passo di Teofilo (Ἀνάγνωθι οὖν αὐτόν). Su queste indicazioni, cfr., ancora, A. CHERCHI, *Divergenze*, cit., in corso di pubblicazione.

⁷⁰ G. FALCONE, *Premessa*, cit., pp. 155 s.

que, il nostro *antecessor* pare assumere un atteggiamento più cauto di quello di Teofilo, presumibilmente perché egli, pur senza voler giungere a prospettare un'interpretazione del frammento in contrasto con la soluzione di Ulpiano conservata in D. 12.1.11 pr. (e con quella del suo maestro), come farà poi il primo Anonimo, era consapevole del fatto che il testo di Africano pervenuto nel Digesto avrebbe potuto effettivamente condurre a un simile esito.

4.3. Sch. 7 ad B. 23.1.15 (D. 12.1.15)

A questo punto, assume rilievo ai nostri fini un altro scolio nel quale Stefano torna a rivolgere l'attenzione alle divergenze che potevano affiorare tra le soluzioni di Ulpiano racchiuse in D. 12.1.11 pr. e D. 12.1.15 e quella di Africano contenuta in D. 17.1.34 pr. Dato che si tratta di uno scolio molto lungo, ove il perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae* viene preso in considerazione soltanto nella parte conclusiva, conviene qui concentrarsi soltanto sulle parti più rilevanti ai nostri fini.

Sch. 7 ad B. 23.1.15 (D. 12.1.15): Στεφάνου. Τοῦτό ἐστιν τὸ θαυμαστὸν καὶ δοκοῦν ὥσπερ παρὰ κανόνα, ὅτι μηδὲ ἀπαριθμήσεως γενομένης ἐπὶ δανείῳ μηδὲ ἐπερωτήσεως κατὰ νοβατίονα τίκεται ὁ κονδικτικίος ἥτοι ἡ μανδάτι ἀναδυομένη τοῦ κονδικτικίου τὴν φύσιν, ὡς ὁ Ἀφρικανὸς ἐν τῷ ζ'. βιβ. τοῦ παρόντος συντάγματος τιτ. α'. διγ. λδ'. φησίν. Τίς δὲ ἡ διαφορὰ; Ὅτι ἡ μανδάτι βοναφίδε τυγχάνουσα καὶ τὸν ἀπὸ συμφώνου δύναται τόκον ἀπαιτεῖν, ὡς φησιν ὁ Ἀφρικανὸς ἐν τῷ αὐτῷ ζ'. βιβ. τιτ. α'. διγ. λδ'. Ἀνάγνωθι τὴν ἐκεῖσε κειμένην παραγραφὴν [...]⁷¹.

Ἐνταῦθα δὲ οὐ μετετέθη δεσποτεία τῶν ἐποφειλομένων ἀπὸ τοῦ μανδάτου· παρ' αὐτῷ γάρ ἦν καὶ πρῶν τῷ ἐνταλθέντι. Καὶ εἰκότως δεσποτείας μὴ μετενεχθείσης μένει μὲν μανδάτι, ἀναδύεται δὲ τοῦ κονδικτικίου τὴν φύσιν διὰ τὸ συνδόξαι ταῦτα ὡς ἀπὸ δανείου εἶναι παρὰ τῷ ἐποφλήσαντι καὶ δοκεῖν ὥσπερ λαβεῖν μὲν τὰ νομίσματα τὸν ἐντειλάμενον, αὐθις δὲ αὐτὸν παρασχεῖν τῷ πρῶν ἐνταλθέντι, οὐ μὴν ταῖς ἀληθείαις μετενηνέχθαι, ὡς ἐπὶ τοῦ δεποσίτου. Μὴ δόξη δὲ σοι ἐναντίως ἔχειν τοῖς οὕτως εἰρημένοις ἡμῖν τὸ ἐν τῷ ια'. διγ. κείμενον θέμα τοῦ δίσκου τοῦ δοθέντος ἐπὶ τῷ πραθῆναι τῷ βουληθέντι δανείσασθαι καὶ χρήσασθαι αὐτοῖς τοῖς νομίσμασιν, ἔνθα μετὰ τὴν πρᾶσιν τοῦ δίσκου καὶ τὴν χρῆσιν τῶν νομισμάτων δάνειον συνέστη. Τεθεμάτισται γάρ ἐκεῖ τὴν ἀρχὴν ὁ λαβὼν τὸν δίσκον ἐπὶ τῷ δανείσασθαι πρὸς τὸν δεδοκότα τοῦτον ἐλθόν. Ἄει δὲ οἱ νομικοὶ τῇ ἀρχῇ τῶν συναλλαγμάτων προσέχουσι

⁷¹ H.J. SCHELTEMA ET AL., BIV, p. 1536, ove la parte del testo qui omessa risulta: [...] καὶ μὴ ἐναντιωθῇ σοι τὸ εἰρημένον πρὸς τῷ τέλει τοῦ θ'. διγ. τοῦ παρόντος τιτ., ἔνθα τις εἶπε τῷ ἔχοντι τὴν παραθήκην χρῆσαι τοῖς νομίσμασι, καὶ πάντα μετετυπώθη, ὡς μηκέτι δεποσίτι, ἀλλὰ δανειακὸν κινεῖσθαι κονδικτικίον· ἐκεῖ γάρ, ἐπειδὴ ἡ δεσποτεία τῶν νομισμάτων τῶν παρατεθέντων ἦν ἐτι παρὰ τῷ παραθέντῳ, ἅμα δὲ καὶ εἶπε χρῆσαι τοῖς νομίσμασιν, εἰκότως ὡς δεσποτείας μετατεθείσης δανειακὸς συνέστη κονδικτικίος. Εὔρε γάρ τι κατὰ φύσιν τῷ δανείῳ παρεπόμενον, τὴν τῆς δεσποτείας λέγω μετάθεσιν. Cfr. altresì la traduzione in latino dell'intero scolio adottata dagli Heimbach (*infra* nt. 72), nonché quelle in spagnolo, olandese e tedesco, elaborate, rispettivamente, da E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo*, cit., pp. 100 ss.; H. DE JONG, *Stephanus*, cit., pp. 313 ss.; EAD., *Ἐντολή*, cit., pp. 230 ss.

καὶ ἐξ αὐτῶν τὰς ἀγωγὰς ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον παρέχουσιν, ὡς ἔστι μὲν μαθεῖν καὶ ἀλλαχόθεν αὐτό, φησὶ δὲ αὐτὸ κανονικῶς καὶ ὁ Οὐλπιανὸς βιβ. ζ'. τοῦ παρόντος συντάγματος τίτ. α'. θεμ. α'. τοῦ η'. διγ.⁷²

Stefano apre l'approfondimento richiamando la soluzione che poteva apparire per certi versi sorprendente e contraria alla regola (τὸ θαυμαστὸν, δοκοῦν ὥσπερ παρὰ κανόνα): pur in assenza dei requisiti necessari per il perfezionamento del mutuo e, in particolare, della *numeratio* (ἀπαριθμησις) – alla quale Stefano aggiunge la stipulazione novatoria (ἐπερώτησις κατὰ νοβατίονα) –, il creditore avrebbe potuto agire con la *condictio* e, pertanto, il mutuo avrebbe potuto considerarsi concluso. Cionondimeno, accanto al riferimento alla possibilità di agire con *condictio*, egli aggiunge che il creditore avrebbe potuto agire con l'*actio mandati*, la quale avrebbe però assunto la natura di *condictio* (τοῦ κονδικτικίου τὴν φύσιν)⁷³, come emergeva proprio dalla soluzione di Africano conservata in D. 17.1.34 pr.

Sin da queste prime considerazioni, si evince dunque che l'*antecessor* intendesse risolvere la contraddizione che poteva rilevarsi tra la soluzione elaborata da Ulpiano, in D. 12.1.15, in ordine al mandato, e quella prospettata da Africano in ordine al caso a), ossia alla fattispecie relativa al *procurator*. Invero, come già evidenziato, Africano aveva negato che il mandato potesse conver-

⁷² H.J. SCHELTEMA ET AL., BIV, p. 1536. Trad. C.G.E. e G.E. HEIMBACH, II, pp. 611 s. (i quali propongono l'edizione del testo allo scolio n. 5, con alcune varianti testuali, tra le quali la più rilevante è θαυμαστὸν γὰρ ἐκεῖ in luogo di Τεθεμάτισται γὰρ ἐκεῖ): Stephani. Hoc mirabile est, videturque quasi contra regulam, quod nec facta numeratione, nec stipulatione novandi animo, nascatur condictio, seu actio mandati, quae assumit naturam conductionis, ut ait Africanus lib. 17. tit. 1. dig. 34. seu lib. 14. Quatenus autem differentia est? Quod mandati actio, quae bonae fidei est, usuras etiam ex pacto petere potest, ut ait Africanus in eodem dig. 34. Lege ibi positam adnotationem. Non obstat, quod dicitur circa finem dig. 9. huius tituli, ubi quis permisit habenti depositum, ut nummis uteretur, et omnia transformata sunt, ut non amplius depositi actioni, sed conductioni ex mutuo locus sit: ibi enim quia dominium nummorum depositorum adhuc erat penes depositorem, simul autem dixit, utere nummis, merito quasi dominium nummorum translato condictio ex mutuo constituit. Invenit enim aliquid, quod mutuum secundum naturam subsequitur, dominii, inquam, translationem. Hoc autem loco non est dominium translatum eorum, quae ex causa mandati debebantur: erat enim et primum penes mandatarium. Et merito dominio non translato manet quidem mandati actio, assumit autem naturam conductionis, quod convenerit, ut ex causa mutui esset apud debitorem, et quod videatur mandator nummos quidem recepisse, rursus autem pristino mandatario tradidisse, non revera transtulisse, ut in deposito. Nec videatur his, quae a nobis dicta sunt, tibi ob stare thema dig. 11. positum de disco dato ei, qui mutuari voluit, ut eum venderet, et nummis uteretur, ubi post conductionem disci et usum nummorum mutuum contraxit. Mirabile enim ibi est, quod initio qui discum accepit, ut mutuaretur, ad eum, qui discum dedit, accessit. Semper autem Iureconsulti initium contractuum spectant, et ex ipsis actiones ut plurimum dant, quod et aliunde disci potest, et regulariter definit Ulpianus lib. 18. tit. 1. them. 1. dig. 8. seu lib. 14.

⁷³ Sulle peculiarità di tale soluzione, la dottrina si è a lungo soffermata: cfr. C. LONGO, "Natura actionis", cit., pp. 82 ss.; E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo*, cit., pp. 100 ss., con ulteriore letteratura; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 404 e nt. 62; H. DE JONG, *Stephanus*, cit., pp. 314 s.; EAD., *Ἐντολή*, cit., pp. 231 s.; S. SCIORTINO, *Il nome dell'azione nel libellus conventionis giustiniano*, Torino 2018, p. 127.

tirsi in un mutuo in virtù di un mero *pactum ex intervallo*, mentre Ulpiano, in D. 12.1.15, sembra ammettere una siffatta “conversione”, presupponendo che potesse operare la doppia finzione già descritta (*ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta*).

Inoltre, siamo ora in grado di percepire che Stefano, per risolvere la contraddizione, fece probabilmente leva su uno spunto offerto da Teofilo, il quale, in relazione al caso a), aveva sostenuto che, per quanto Lucio Tizio avrebbe potuto agire soltanto con l'*actio mandati*, tale *actio* avrebbe assunto una natura più ampia di quella consueta (Πλατύνεται...μандάτι). Tuttavia, si evince altresì che Stefano sviluppò un simile spunto mediante un apporto ermeneutico personale tutt'altro che trascurabile, che faceva ricorso, con tutta verosimiglianza, allo strumentario concettuale che aveva assimilato in precedenza e, segnatamente, alle concezioni relative alla *natura actionis* (e alla *natura contractus*) proprie della sua epoca.

In particolare, come sottolineato da Longo⁷⁴, l'*antecessor* sembra aver trovato il modo per appianare la contraddizione facendo leva su una logica tipicamente giustiniana, la quale ammetteva una sorta di «transazione tra le due azioni»⁷⁵. Una simile logica, peraltro, era diametralmente opposta a quella dei giuristi classici, i quali, invece, «miravano a stabilire quale delle due azioni (*actio certae creditae pecuniae* oppure *actio mandati*) dovesse applicarsi in modo esclusivo», sulla base del presupposto che esse presentassero caratteristiche diverse. Infatti, come abbiamo già evidenziato, Africano e Ulpiano, basandosi su tale logica, avrebbero finito per ricostruire il rapporto tra le parti in chiave alternativa – come un mutuo, oppure, laddove quest'ultimo contratto non potesse ritenersi perfezionato, come un mandato⁷⁶ –. Stefano, invece, ammettendo la possibilità che il frammento di Africano potesse interpretarsi come se il mandante avesse a disposizione un'*actio mandati* che avrebbe assunto la funzione della *condictio certae creditae pecuniae*, sarebbe giunto a ravvisare nella fattispecie un “mandato irregolare”⁷⁷ il quale, alla fin fine, non sarebbe stato poi così distante dal mutuo, dal momento che avrebbe consen-

⁷⁴ C. LONGO, “*Natura actionis*”, cit., pp. 82 ss.

⁷⁵ Così ancora C. LONGO, “*Natura actionis*”, cit., p. 82. Sulle novità relative alla disciplina dell'azione nel periodo giustiniano (e, in particolare, sul fatto che l'azione inizialmente intentata potesse “mutare” in un'altra nel corso del giudizio), cfr. S. SCIORTINO, *Il nome*, cit., p. 127, nt. 218, il quale ha recentemente osservato che, anche laddove l'azione fosse «mutata» durante il processo, non si sarebbe potuto agire una seconda volta per la medesima pretesa con altra azione.

⁷⁶ Cionondimeno, va rammentato che lo stesso Ulpiano, con riguardo al rapporto contrattuale intervenuto tra le parti prima della vendita del bene, pare altresì ammettere che il creditore avrebbe potuto agire con l'*actio praescriptis verbis* e che, dunque, la fattispecie potesse considerarsi come un contratto innominato. Una siffatta deduzione si evince infatti dal contenuto di D. 19.5.19 pr., sul quale cfr. *supra* nt. 30.

⁷⁷ Così, H. DE JONG, *Εντολή*, cit., p. 230 s.

tito al mandatario l'utilizzo delle somme ricavate dall'esecuzione del mandato come capitale oggetto di un prestito concesso dal mandante.

Cionondimeno, nel prosieguo della trattazione (Τίς δέ... παραγραφὴν), Stefano mostra di voler conciliare questa soluzione con quella di Africano, tanto che, dopo essersi posto l'interrogativo in ordine alla differenza sussistente tra le due azioni (Τίς δέ ἡ διαφορά;), risponde, proprio sulla base di D. 17.1.34 pr.⁷⁸, che l'*actio mandati*, in quanto azione di buona fede (βοναφίδε τυγχάνουσα), avrebbe consentito al creditore di conseguire anche le *usurae ex pacto* (τὸν ἀπὸ συμφώνου... τόκον ἀπαιτεῖν), mentre, come già abbiamo visto, la *condictio certae creditae pecuniae* no. Con tale osservazione, dunque, l'*antecessor* sembra sforzarsi di raccordare l'impostazione classica con quella giustinianea da lui adottata poco prima, chiarendo che l'*actio mandati*, per quanto idonea a svolgere una funzione analoga a quella della *condictio* con riguardo al capitale, si sarebbe differenziata da quest'ultimo rimedio, sulla base della logica adottata da Africano, con riguardo alla possibilità per l'attore di ottenere le *usurae*. Pertanto, Stefano invita i discenti a leggere la παραγραφὴ riferita al frammento di Africano (Ἀνάγνωθι τὴν ἐκεῖσε κειμένην παραγραφὴν): si tratta, forse, della spiegazione conservata nello sch. 8 ad B. 14.1.34, che, però, come già rilevato, è a noi giunto incompleto.

A questo punto, possiamo passare alla disamina dell'ampio stralcio di testo riportato nella seconda parte dello sch. 7 ad B. 23.1.15 (Ἐνταῦθα... διγ.), nella quale il nostro *antecessor*, dopo aver dedicato un breve approfondimento al caso del deposito (caso b)⁷⁹, allo scopo di ricordare che la "conversione" in mutuo – e in particolare, l'esperibilità della *condictio* – poteva ammettersi, dal momento che, pur in assenza di una *numeratio* diretta, il trasferimento della somma dal mutuante al mutuatario poteva considerarsi avvenuto in virtù di una *traditio brevi manu*, torna a concentrarsi sulle peculiarità della fattispecie del mandato (caso a), presa in esame in D. 17.1.34 pr.

Stefano osserva che, in seno a tale fattispecie, non poteva invece ravvisarsi il trasferimento della proprietà della somma oggetto del finanziamento dal mandante al mandatario (Ἐνταῦθα δέ... ἀπὸ τοῦ μανδάτου), dal momento che tale somma era già di proprietà del mandatario (παρ' αὐτῷ γὰρ ἦν καὶ πρώην τῷ ἐνταλθέντι). Tuttavia, poco oltre, egli sottolinea, ancora una volta, che il mandante avrebbe potuto richiedere in giudizio la restituzione della somma con l'*actio mandati*, che avrebbe assunto la natura di *condictio* (... μένει μὲν μανδάτι, ἀναδύεται δὲ τοῦ κονδικτικίου τὴν φύσιν), e collega una simile possibilità al fatto che le parti si fossero accordate nel senso di considerare la somma come se fosse stata data a mutuo (διὰ τὸ συνδόξαι ταῦτα ὡς ἀπὸ δανείου

⁷⁸ Infatti, il rinvio che si ritrova nello scolio, per quanto non del tutto preciso con riguardo all'indicazione del libro del Digesto (ἐν τῷ αὐτῷ ζ'. βιβ. τιτ. α'. διγ. λδ'), pare potersi riferire a D. 17.1.34.

⁷⁹ Come si legge nello stralcio riportato *supra* nt. 71, sul quale cfr. E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo*, cit., pp. 102 s.

εἶναι παρὰ τῷ ἐποφλήσαντι), nonché alla circostanza che, in apparenza, poteva sembrare che il mandante avesse acquisito la proprietà della somma e la avesse poi ritrasferita al mandatario (δοκεῖν...ἐνταλθέντι), anche se in realtà non era avvenuto alcun trasferimento.

Di conseguenza, possiamo ora percepire come Stefano, anche in questa sede, adotti una posizione estremamente conciliante: da un lato, infatti, egli esclude che, nel caso a) esaminato da Africano in D. 17.1. 34 pr., potesse ammettersi la conclusione del mutuo – tanto che il creditore non avrebbe potuto agire con la *condictio certae creditae pecuniae* –. Dall'altro lato, però, egli pone l'accento sul fatto che, in tale fattispecie, le parti si fossero accordate per la “conversione” del mandato in mutuo, come se avesse operato una doppia finzione analoga a quella che abbiamo evidenziato per il caso c) e per lo stesso *contractus mohatrae*. Ebbene, appare altresì evidente che Stefano non giunge ad ammettere che un simile percorso argomentativo potesse indurre a considerare il mutuo effettivamente perfezionato, ma afferma che comunque avrebbe condotto a far assumere all'*actio mandati* la natura della *condictio*.

A questo punto, si evince in maniera ancora più nitida come Stefano avesse inteso conciliare la contraddizione tra il frammento di Ulpiano conservato in D. 12.1.15 e quello di Africano in ordine alla fattispecie del mandato (caso a), dato che, come abbiamo visto, dalla soluzione ulpiana – e, segnatamente, dalla frase *videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta* – poteva emergere la possibilità di ravvisare il perfezionamento del mutuo, che veniva però escluso da Africano. Infatti, alla luce del ragionamento prospettato da Stefano, le due soluzioni non sarebbero state del tutto antitetiche, dal momento che, se dal frammento di Ulpiano sarebbe emersa la possibilità di ravvisare il mutuo e la possibilità per il creditore di agire con la *condictio*, dal frammento di Africano – o, *rectius*, dall'interpretazione del medesimo fondata sulla logica della *natura actionis* propria dell'epoca giustiniana – sarebbe comunque emersa la possibilità di agire con l'*actio mandati* avente natura di *condictio*.

Tuttavia, dalla trattazione del nostro *antecessor* e particolare dal fatto che egli ribadisca più volte che, nel caso del mandato, la proprietà del denaro non sarebbe stata trasferita al mandatario nonostante potesse apparire il contrario, sembra potersi altresì percepire che egli, verosimilmente, considerasse preferibile la soluzione di Africano.

4.4. Il richiamo al *contractus mohatrae*

Nella parte conclusiva del testo (Μὴ δόξη...*finem*), il nostro *antecessor* torna a riflettere sul *contractus mohatrae*, sottolineando come la soluzione prospettata in ordine al mandato non dovesse ritenersi contraddittoria rispetto al caso, contemplato nel frammento 11 (ἐν τῷ ἰ. διγ.), ossia in D. 12.1.11 pr. In relazione a questo caso – che viene ancora una volta tratteggiato come la fattispecie nella quale un soggetto aveva consegnato un vassoio da vendere a colui che aveva richiesto un mutuo, affinché quest'ultimo utilizzasse il ricavato

dalla vendita come somma oggetto del mutuo –, Stefano afferma che si sarebbe potuta ravvisare la conclusione del mutuo, una volta che la vendita si fosse realizzata e l'accipiente avesse utilizzato la somma (ἐνθα μετὰ τὴν πρᾶσιν τοῦ δίσκου καὶ τὴν χρῆσιν τῶν νομισμάτων δάνειον συνέστη)⁸⁰. Mediante questa precisazione, Stefano ci consente di capire ciò che dallo sch. 8 ad B. 14.1.34 avevamo potuto soltanto dedurre, ossia che, anche a suo avviso, il mutuo si sarebbe perfezionato nel *contractus mohatrae*, una volta avvenuta la vendita del bene.

Cionondimeno, possiamo ancora osservare che il nostro giurista non analizza la contraddizione che poteva emergere in D. 17.1.34 pr. e D. 12.1.11 pr. in ordine al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*, ma, come già aveva fatto Teofilo, si concentra sulla possibile contraddizione – o meglio sulla ragione del distinguo – tra la soluzione relativa a tale contratto e quella relativa al caso a) esaminato in D. 17.1.34 pr. Invero, nel prosieguo della sua spiegazione, egli pone l'accento sul fatto che, nel *contractus mohatrae*, a differenza che nel caso a), poteva ravvisarsi un mutuo in quanto le parti avevano concordato, sin dall'inizio, che l'intera operazione negoziale mirava a consentire al ricevente di ottenere e utilizzare, a titolo di mutuo, il capitale del quale aveva bisogno (...τὴν ἀρχὴν ὁ λαβὼν τὸν δίσκον ἐπὶ τῷ δανείσασθαι πρὸς τὸν δεδωκότα τοῦτον ἐλθόν).

Perciò, una siffatta argomentazione sembra far emergere che, ad avviso di Stefano, lo scopo iniziale dell'operazione negoziale divisata dalle parti consentisse di ravvisare la volontà del creditore di rendere il richiedente proprietario della somma ottenuta dalla vendita, pur in assenza di una *numeratio pecuniae* da parte sua. Infine, a conforto di tale osservazione, Stefano ricorda che i giureconsulti classici, nel valutare i rapporti contrattuali, prestavano attenzione alle caratteristiche da essi rivestite sin dall'inizio (τῇ ἀρχῇ τῶν συναλλαγμάτων προσέχουσι) e che, in ragione di esse, accordavano le tutele giurisdizionali (ἐξ αὐτῶν τὰς ἀγωγὰς ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον παρέχουσιν), come d'altronde emergeva anche da quanto affermato da Ulpiano in D. 7.1.8 (da leggersi, presumibilmente, come D. 17.1.8 [B. 14.1.8])⁸¹.

Dunque, ci rendiamo ora conto che, nella ricostruzione dogmatica prospettata da Stefano, l'impossibilità di ammettere il perfezionamento del mutuo nel caso a) derivava dal fatto che le parti avessero previsto che il *procurator* utilizzasse la somma ricavata nell'esecuzione del mandato come somma ricevuta a mutuo soltanto in un momento successivo rispetto all'accordo originario. In tale momento, infatti, la proprietà della somma era già stata trasferita al *procurator* dai debitori del mandante e, di conseguenza, non si sarebbe potuto ammettere che il trasferimento provenisse, per quanto indirettamente, dal mandante.

⁸⁰ Sul punto, cfr., ancora, E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo*, cit., pp. 102 s.

⁸¹ D. 17.1.8 pr. (Ulp. 31 ad ed.): [...] *uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam*.

Ad ogni modo, se ci fermiamo un attimo a riflettere su quest'ultima argomentazione di Stefano, siamo in grado di rilevare che essa avrebbe forse potuto condurre ad ammettere, seppur mediante un ragionamento *a contrario*, che, nel caso di un mandato che avesse previsto, sin dall'inizio, l'autorizzazione per il mandatario di trattenere e utilizzare la somma ricavata dall'esecuzione del mandato come somma data a mutuo, il mutuo avrebbe potuto considerarsi concluso. In questo modo, quindi, Stefano avrebbe indicato all'interprete, seppur indirettamente, la strada per risolvere anche la possibile contraddizione tra la soluzione indicata da Ulpiano in D. 12.1.15 e quella prospettata da Africano in D. 17.1.34 pr. in ordine alla possibilità di "convertire" in mutuo un precedente rapporto di mandato.

Ma, se ora torniamo alla problematica di nostro interesse con riguardo al *contractus mohatrae*, possiamo evidenziare due ulteriori dati che, ancora una volta, denotano una maggiore cautela del nostro *antecessor* rispetto a Teofilo: Stefano, infatti, non si spinge fino a dichiarare apertamente, come aveva fatto Teofilo, che nel *contractus mohatrae* operasse la doppia finzione – in virtù della quale si sarebbe presupposto che la somma ricavata dalla vendita del bene fosse stata trasferita al creditore da colui che aveva richiesto il mutuo e che lo stesso creditore l'avesse poi, a sua volta, trasferita al medesimo richiedente –, ma si limita ad affermare che un simile trasferimento si sarebbe potuto ammettere in virtù dell'assetto conferito dalle parti sin dall'inizio all'operazione negoziale. Inoltre, ci rendiamo ora conto che, anche nella trattazione conservata in quest'ultimo scolio, Stefano aveva fondato la possibilità di considerare concluso il mutuo nel *contractus mohatrae* soltanto sulla soluzione di Ulpiano conservata in D. 12.1.11 pr. e non, come aveva fatto Teofilo, sulla base del frammento di Africano. Perciò, una simile scelta parrebbe celare, ancora una volta, una certa difficoltà di Stefano nell'ammettere che il perfezionamento del mutuo nel nostro contratto potesse desumersi dalla soluzione di Africano, presumibilmente proprio in virtù della frase *nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum* in esso contenuta.

Di conseguenza, alla luce delle riflessioni sin qui prospettate, pare ora emergere con maggiore chiarezza che Stefano, a differenza di Teofilo, nutrisse una qualche incertezza in merito alla possibilità di desumere il perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae* dal frammento di Africano contenuto in D. 17.1.34 pr. Tuttavia, se ripercorriamo con attenzione le argomentazioni prospettate da Stefano nello scolio appena esaminato, possiamo altresì capire che da esse si sarebbero potute ricavare le coordinate utili ad appianare anche l'eventuale contraddizione tra Africano e Ulpiano con riguardo a questo profilo.

Infatti, a ben guardare, laddove si fosse ritenuto, come poi farà il primo Anonimo, che la soluzione di Africano attestasse l'impossibilità di considerare perfezionato il mutuo nel *contractus mohatrae*, la divergenza rispetto alla soluzione offerta da Ulpiano avrebbe potuto essere superata ammettendo che, in virtù dell'incarico di vendere il bene conferito al richiedente anche nella

fattispecie esaminata da Africano, il creditore avrebbe potuto agire per ottenere la restituzione della somma mediante un'*actio mandati* avente natura di *condictio*.

A questo punto, si può forse cogliere il valore della riflessione di Stefano sin qui analizzata nel fatto che egli, attraverso la sua cauta disamina, pur non avendo affrontato direttamente la contraddizione che il Digesto avrebbe potuto far affiorare in relazione al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*, avesse comunque prospettato una via interpretativa che avrebbe condotto a superarla.

5. Osservazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni svolte, appare ora opportuno tirare le fila del nostro discorso sul contributo ermeneutico di Stefano in relazione alla contraddizione che pare emergere, in ordine al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*, tra il frammento di Africano conservato in D. 17.1.34 pr. e quello di Ulpiano contenuto in D. 12.1.11 pr.

Come abbiamo potuto constatare, Stefano non sembra essersi limitato a recepire le soluzioni elaborate dai suoi predecessori e, in particolare, da Teofilo, ma elaborò un contributo ermeneutico che, pur prendendo spunto da quello del maestro, si caratterizza indubbiamente per alcuni profili di originalità. Egli infatti, così come Teofilo, sostenne la possibilità di ammettere la conclusione del mutuo nel *contractus mohatrae*, ma, a differenza del maestro, evitò di fondare tale esito su D. 17.1.34 pr., preferendo ricavarlo dalla soluzione di Ulpiano.

Pertanto, la riflessione di Stefano appare ben più cauta di quella del maestro, presumibilmente perché egli, basando ormai la propria interpretazione soltanto sul testo di D. 17.1.34 pr. pervenuto nell'antologia imperiale, si era reso conto che esso – e, in specie, l'inciso *nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum* – avrebbe potuto condurre alla conclusione opposta rispetto a quella prospettata da Teofilo, ossia a negare il perfezionamento del mutuo. Di conseguenza, come sin qui emerso, Stefano probabilmente non ritenne di poter affermare la concordanza tra le due testimonianze, ma neppure di poterla escludere apertamente.

Egli giunse così a prospettare un'argomentazione che tentava di raccordare la logica su cui si fondava la soluzione di Africano, con quella giustiniana, in virtù della quale, anche laddove non fosse stato possibile ravvisare il perfezionamento del mutuo, il creditore avrebbe potuto agire nei confronti del debitore con un'*actio mandati* che avrebbe assunto la natura della *condictio*. Dunque, pur senza affrontare direttamente la possibile contraddizione tra la soluzione di Africano e quella di Ulpiano con riguardo al perfezionamento del mutuo nel *contractus mohatrae*, Stefano giunse a proporre un percorso argomentativo che avrebbe comunque consentito di risolverla.

Per questo motivo, possiamo ora evincere ancor più chiaramente come la riflessione di Stefano, all'interno del dibattito che scaturì tra i giuristi bizantini in ordine alla divergenza tra Africano e Ulpiano, possa collocarsi in una posizione intermedia non soltanto sotto il profilo cronologico, ma anche sotto quello contenutistico. Essa, invero, appare distante dall'affermare la piena concordanza tra le due soluzioni, come invece emergeva dalla trattazione di Teofilo, ma neanche mostra di approdare alla netta contrapposizione tra le medesime che sarà poi ravvisata dal primo Anonimo.

Abstract [Ita]

L'articolo, prendendo le mosse dall'apparente divergenza tra le soluzioni conservate in D. 17.1.34 pr. (Afr. 8 *quaest.*) e D. 12.1.11 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*), esamina il problema del perfezionamento del mutuo nel cd. *contractus mohatrae*, con specifico riguardo alle interpretazioni dei giuristi bizantini che operarono nei decenni immediatamente successivi all'entrata in vigore del Digesto. Particolare attenzione è dedicata alla riflessione di Stefano, il quale, pur adottando una posizione cauta – che non giunse né a sostenere la concordanza tra Africano e Ulpiano né a negarla –, fornisce un contributo significativo nel percorso ermeneutico intrapreso dai giuristi bizantini al fine di armonizzare la contraddizione che emergeva dal Digesto.

Parole chiave: perfezionamento del mutuo; *contractus mohatrae*; divergenze nel Digesto; giuristi bizantini; Stefano.

Abstract [Eng]

The paper examines the problem of loan completion in the so-called *contractus mohatrae*, starting from the apparent divergence between the solutions preserved in D. 17.1.34 pr. (Afr. 8 *quaest.*) and D. 12.1.11 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*). It focuses on the interpretations developed by Byzantine jurists in the decades immediately following the implementation of the Digest. Particular attention is devoted to the thought of Stephanus, who, while adopting a cautious position – neither affirming nor denying the concordance between Africanus and Ulpian – makes a notable contribution to the hermeneutic process through which Byzantine jurists aimed to reconcile the contradiction arising from the Digest.

Keywords: loan completion; *contractus mohatrae*; divergences in the Digest; Byzantine jurists; Stephanus.