

LR

Legal Roots

The International Journal of Roman Law,
Legal History and Comparative Law



4

2015



Edizioni Scientifiche Italiane

LR

Legal Roots

The International Journal of Roman Law,
Legal History and Comparative Law

4

2015



Edizioni Scientifiche Italiane

LR Legal Roots
The International Journal of Roman Law,
Legal History and Comparative Law
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015
pp. 452; 24 cm
ISBN 978-88-495-3029-2 ISSN 2280-4994

© 2015 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

LR – Legal Roots è un'iniziativa del Network ELR – European Legal Roots – The International Network of Legal Historians <http://europeanlegalroots.weebly.com> – email: europeanlegalroots@gmail.com. Registrazione presso il Tribunale di Catania n. 14 del 13.4.2012. La Rivista ha sede presso l'Istituto di Diritto Romano del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania, Via Gallo, 24. Tutti i diritti riservati in tutti i paesi del mondo.

CINECA: Codice rivista: E214880 - Titolo rivista: LR - LEGAL ROOTS - ISSN 2280-4994.

Direttore Responsabile prof. Salvatore Randazzo.



LR

Legal Roots

The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law

COMITATO SCIENTIFICO E DI REFERAGGIO INTERNAZIONALE

ILIAS N. ARNAOUTOGLOU (Athens) – PATRICIO CARVAJAL (Santiago) – ALESSANDRO CORBINO (Catania)
ADAM CZARNOTA (Sydney) – FEDERICO R. FERNANDEZ DE BUJAN (Madrid)
PETER GRÖSCHLER (Mainz) – NADI GÜNAL (Ankara) – MARIT HALVORSEN (Oslo)
GABOR HAMZA (Budapest) – EVELYN HÖBENREICH (Graz) – MICHAEL H. HOEFLICH (Lawrence)
DENNIS KEHOE (New Orleans) – LEONID KOFANOV (Moscow) – MATS KUMLIEN (Uppsala)
MARJU LUTS-SOOAK (Tartu) – THOMAS A.J. MCGINN (Nashville) – DAG MICHALSEN (Oslo)
MARKO PETRAK (Zagreb) – DITLEV TAMM (København) – KONSTANTIN TANEV (Sofia)
PHILLIP J. THOMAS (Pretoria) – KAIUS TUORI (Helsinki) – TAMMO WALLINGA (Rotterdam)
DAVID V. WILLIAMS (Auckland) – WITOLD WOŁODKIEWICZ (Warszawa)

COMITATO SCIENTIFICO – EDITORIALE

FRANCESCO ARCARIA (Catania) – FILIPPO BRIGUGLIO (Bologna) – LUCETTA DESANTI (FERRARA)
PATRIZIA GIUNTI (Firenze) – XUE JUN (Peking) – FRANCESCA LAMBERTI (Lecce) – PAOLA LAMBRINI (Padova)
LAURETTA MAGANZANI (Milano) – CARLA MASI DORIA (Napoli) – THOMAS A.J. MCGINN (Nashville)
MASSIMO MIGLIETTA (Trento) – FRANCESCO MILAZZO (Catania) – CAPUCINE NEMO-PEKELMAN (Paris)
ISABELLA PIRO (Catanzaro) – FREDERIK VERVAET (Melbourne)

SEGRETERIA SCIENTIFICA

STEFANO BARBATI – SALVATORE A. CRISTALDI – MICHELE GIAGNORIO
PAOLO MARRA – ANTONINO MILAZZO – MARINA ONDEI
ELVIRA QUADRATO – ALESSIA SPINA – ENRICO SCIANDRELLO
COORDINAMENTO: ROBERTO SCEVOLA – SALVATORE MARINO

DIREZIONE

ERNEST METZGER (Glasgow) – MICHAEL PEACHIN (New York)
SALVO RANDAZZO (Bari/Catania – Direttore Responsabile)

Indice

Quo vadimus? <i>di Philip J. Thomas</i>	1
Zur Spätphase des Usus modernus pandectarum <i>di Gunter Wesener</i>	11
Consideraciones sobre la particularidad del derecho de sucesiones en España <i>di Alejandro Valiño</i>	33
The Network Contract: a Comparative Survey <i>di Andrea Borroni</i>	89
La responsabilità civile è una sola: una notazione sistematica <i>di Paola Lambrini</i>	129
Unione europea e tutela dei diritti della persona nella procedura penale. I diritti dell'accusato <i>di Patrizia De Pasquale</i>	137
Le autonomie territoriali negli indirizzi della più recente storiografia giuridica italiana <i>di Gianfranco Stanco</i>	155
La revisione della sentenza penale fra <i>officium proconsulis</i> e <i>auctoritas principis</i> . A proposito di D.48.18.1. 27 (Ulp. 8 <i>de off. proc.</i>) <i>di Pietro Cerami</i>	185
Condizione della donna romana e divieto di <i>intercedere pro aliis</i> <i>di Francesco Musumeci</i>	207

D. 1.2.1: Gaio fra storia e retorica <i>di Renato Quadrato</i>	227
Il negozio della <i>παρακαταθήκη</i> in un passo di Cervidio Scevola <i>di Alessia Spina</i>	243
La specificità del <i>commodare</i> nelle fonti letterarie di età repubblicana (Plauto, <i>Trinummus</i> , 1130) <i>di Antonino Milazzo</i>	273
Francis Palgrave's historico-legal world of science and theology <i>di Michael Stuckey</i>	297
Per Arrigo Diego Manfredini, Emerito a Ferrara <i>di Lucetta Desanti</i>	313
La penna e la spada. Fustel de Coulanges vs. Mommsen, una pagina dimenticata <i>di Salvo Randazzo</i>	321
'Osservatorio critico' della letteratura a cura di <i>Massimo Miglietta</i>	343
Auctores	435
LR – Reportages	439

Il negozio della παρακαταθήκη in un passo di Cervidio Scevola

Alessia Spina

Abstract. – The work aims to study some cases concerning the irregular deposit; we can read these cases in Cervidius Scaevola's case works (*Digesta* and *Responsa*). The existence of an Ellenic act, whose nature is hybrid, – the παρακαταθήκη – shows the structure of a simple deposit along with another cause, similar to the protection of a pupillary heritage. The text of D. 32.37.5 contains a case hard to reconstruct for a modern jurist: some important elements come out from the text, and we can find some of them in other Scaevola's cases, too.

Keywords: *Deposit, Irregular deposit, Παρακαταθήκη, Pupillary heritage, Cervidius Scaevola, Greek-Roman law, Case works.*

Sommario: 1. *La παρακαταθήκη nell'interpretazione della dottrina: brevi cenni alla sua configurazione in riferimento ai cd. depositi irregolari.* – 2. *Il caso di D. 32.37.5 (Scaev. 18 dig.).* – 3. *La conferma di una plausibile ricostruzione: il confronto con D. 31.88.10.* – 4. *La formulazione del 'quaesitum' ed il significato della risposta di Scevola tra 'verba codicillorum' e 'scriptura'. Il valore del giuramento nelle fonti extragiuridiche e giurisprudenziali.* – 5. *Lo scopo di gestione pupillare sotteso al deposito di D. 32.37.5 nella lettura della dottrina tedesca. La responsabilità del tutore e la corresponsione degli interessi in alcuni luoghi del titolo D. 26.7: la configurazione di un regime parallelo.* – 6. *Brevi considerazioni conclusive.*

243

1. *La παρακαταθήκη nell'interpretazione della dottrina: brevi cenni alla sua configurazione in riferimento ai cd. depositi irregolari.* – Definita «das Schuldverhältnis, das die Verwahrung einer beweglichen Sache zu treuen Händen im Interesse des Hintelegers im griechischen Rechtskreis zum Gegenstand hatte, entsprache grundsätzlich und in den meisten Stücken dem *depositum* des römischen Rechts»¹, la παρακαταθήκη è stata oggetto di studio da parte di spe-

¹ Le voci enciclopediche, seppur sfumandone i contorni, descrivono la figura negoziale *de qua* come un deposito, di cui mettono in luce la matrice orientale; sono da ricordare i contributi di W. HELLEBRAND, παρακαταθήκη, in *PW*, 18.3, Stuttgart-Waldsee-J.B. Metzler 1949, col. 1186 ss., il quale parla di «*depositum* wuchsen zwanglos nebeneinander und aneinander in der mediterranen Welt heran (...); eine gesonderte Behandlung der π. in hellenischer, hellenistischer und römischer Zeit ist nicht nötig, ja gar nicht am Platze. Im übrigen ist für das römische *deposi- tum*, speziell für gewisse Besonderheiten an ihm sowie für seine Stellung im System des römischen Rechts, endlich für die Quellenstellen, wo παρακαταθήκη lediglich die Wiedergabe des

cialisti di diversi settori disciplinari, studiosi del mondo greco, del diritto antico, papirologi ed epigrafisti. L'ampiezza degli interessi suscitati e degli esiti raggiunti valgono da sé a prospettare l'estrema complessità della figura negoziale in esame, alla cui definizione concorrono fonti letterarie, fonti giuridiche e schemi della prassi, che ne tratteggiano una pluralità di usi ed applicazioni difficilmente sintetizzabili in un'unica formula².

romanistischen Terminus *depositum* in griechischer Sprache ist...»; E. BERNEKER, παρακαταθήκη, in *Der kleine Pauly*, IV, München-Deutscher Taschenbuch 1972, col. 502 s.; G. THÜR, Parakatatheke (παρακαταθήκη), in *Der neue Pauly*, IX, Stuttgart-Weimar-J.B. Metzler, 2000, col. 316 s., nonché le voci in *Thesaurus Graecae Linguae*, 6, Parisiis-A. Firmin-Didot 1842-1847, col. 277 ss., v. παρακαταθήκη, laddove si precisa che la valenza di «*depositum, fideicommissum*» è frequente nei testi di Platone e, più tardi, presso gli scrittori cristiani; F. PREISIGKE, *Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden mit Einschluß der griechischen Inschriften, Aufschriften, Ostraka, Mumienbilder usw. aus Ägypten*, 2, Berlin-Selbstverlag der Erben 1927, col. 245, v.; *Ibidem*, 3 (*Besondere Wörterliste*), Berlin-Selbstverlag der Erben 1931, 141, v. παρακαταθήκη; *Ibidem*, Suppl. 1.2, Amsterdam-Hakkert 1969, 213, v. παρακαταθήκη; *Ibidem* (hsg. H.A. RUPPRECHT), Suppl. 3 (1977-1988), Wiesbaden-Harrassowitz 2000, 256, v.; H.G. LIDDELL, R. SCOTT, *A Greek-English Lexicon*, Oxford-Clarendon Press 1968, 1312, v. παρακαταθήκη, che connota il negozio quale «*deposit of money or property entrusted to one's care... of persons entrusted to guardians... of children*»; S. DARIS (a cura di), *Spoglio lessicale papirologico* 3, Milano-Istituto di Papirologia dell'Università Cattolica del Sacro Cuore 1968, 110 (1172 dell'intera raccolta), v. παρακαταθήκη; H.G. LIDDELL, R. SCOTT, H. STUART JONES, R. MCKENZIE, *Greek-English Lexicon. Revised Supplement*, Oxford-Clarendon Press 1996, 238, v. παρακαταθήκη; F. PASSOW, *Handwörterbuch der griechischen Sprache*, 2, Leipzig- Wissenschaftliche Buchgesellschaft 2004, 685, v. παρακαταθήκη parla di «*das bei einem Niedergelegte, Anvertraute, Pfand, von Pers. u. Sachen... 2. das Einem zum Aufbewahren anvertraute Geld od. Vermögen*».

² Tra gli autori che si sono occupati, sotto profili vari e complementari, della figura negoziale e del relativo utilizzo merita di essere menzionato G. OLIVERIO, *La stele di Tolomeo Neoteris re di Cirene*, in *Documenti antichi dell'Africa italiana. Cirenaica* 1, Bergamo-Istituto italiano d'arti grafiche 1932, 11 ss., il cui lavoro, dedicato all'analisi lessicale e storiografica del documento epigrafico attribuito a Tolomeo Euergete II, re di Cirene, è stato oggetto della recensione di E. BICKERMANN, in *Gnomon* 8, 1932, 424 ss. ed ha costituito la base su cui si sono mossi i successivi studi, di natura prettamente filologica e storica, tra i quali si ricordano: U. WILCKEN, *Das Testament des Ptolemaios von Kyrene vom Jahre 155 v.Chr.*, Berlin-Verlag der Akademie der Wissenschaften 1932, 317 ss.; P. FREZZA, *La stele di Tolomeo Neoteris re di Cirene*, Roma-Studium 1933, 3 ss. (ora in *Scritti di P. Frezza*, I, Romae-Pontificia Universitas Lateranensis-Mursia 2000, 171 ss.); L. WENGER, *Zum Testamente des Ptolemaios Neoteris von Kyrene*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, 1, Aalen-Scientia 1974 (ristampa dell'edizione di Palermo 1936), 529 ss.; W. SCHUBART, *Παρακατατίθεσθαι in der hellenistischen Amtssprache*, in *Philologische Wochenschrift* 35/38, 1932, 133 ss. e, pur occupandosi di diversa fonte, K.T.M. ATKINSON, *A Hellenistic Land-Conveyance: the Estate of Mnesimachus in the Plain of Sardis*, in *Historia. Zeitschrift für alte Geschichte* 21, 1972, 45 ss. Anche l'esperienza della prassi, emersa dai papiri, è stata oggetto di peculiari attenzioni, come testimonia ad esempio il contributo di R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri. 332 B.C.-*

Nel linguaggio degli antichisti che si sono accostati allo studio della figura, la παρακαταθήκη è stata fatta coincidere con un generico contratto di deposito, sebbene su tale equivalenza la letteratura anche meno recente, soprattutto sulla base delle fonti papirologiche, abbia messo a fuoco una plausibile e significativa differenza tra di essa e la παραθήκη, termine che designerebbe il mero deposito³: lo schema precipuo della παρακαταθήκη sarebbe caratterizzato, infatti, dalla presenza di una componente fiduciaria⁴. I termini della questione sono stati definiti, in un lavoro volto ad indagare a trecentosessanta gradi le ricorrenze del termine greco nelle fonti giuridiche, letterarie, epigrafiche e papirologiche, da Paolo Frezza, il quale premette alla sua indagine una professione di metodo, a tenore della quale «si può cogliere la presenza di questo negozio del mondo ellenico ed ellenistico nella evoluzione della morfologia negoziale romana, a condizione che lo storico di questa morfologia negoziale voglia orientare la sua ricerca raggruppando le fattispecie studiate, non

640 A.C., New York-Herald Square press 1944, 264 ss. Sono, invece, orientati a scorgere la struttura giuridica del negozio di παρακαταθήκη gli studiosi tedeschi dello scorso secolo, ad esempio A. EHRHARDT, *Parakatatheke*, in ZSS. 75, 1958, 32 ss.; ID., *Prinzipielles und Nachträgliches zu 'Parakatatheke'*, in ZSS. 76, 1959, 480 ss.; D. SIMON, *Quasi-ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ. Zugleich ein Beitrag zur Morphologie griechisch-hellenistischer Schuldrechtstatbestände*, in ZSS. 82, 1965, 39 ss. Specificamente volti a descrivere le applicazioni della παρακαταθήκη come emergenti, sotto il profilo giuspubblicistico, nelle fonti letterarie sono i lavori di P. SCHEIBELREITER, *Die Hintergründe des Konflikts zwischen Athen und Mytilene im Jahre 428/427 v. Chr. (Thukydides III.1-50)*, in RIDA., 49, 2004, 13 ss.; ID., *Der ungetreue Verwahrer in Herodot 6,86*, in ZSS. 125, 2008, 189 ss.; E.M. HARRIS, *Law and Economy in Classical Athens: [Demosthenes] Against Dionysodorus*, in *Democracy and the Rule of Law in Classical Athens. Essays on Law, Society and Politics*, New York-Cambridge University Press 2006, 143 ss.; precedentemente, si era accostato ad una pluralità di testimonianze, giuridiche ed extragiuridiche, P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ, in *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*, 1, Vratislaviae-Varsaviae-Ossolineum 1956 (= *Eos* 48, 1956), ora in *Scritti di P. Frezza II*, Romae-Pontificia Universitas Lateranensis-Mursia 2000, 140 ss.

³ Ad esempio P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ cit. 143 s., dall'esame di Ryl. Pap. 569 (SB 7652) arguisce che «sebbene non sia chiaro il contorno giuridico della fattispecie ... in termini romanistici si potrebbe pensare ad una fiducia sia *cum amico* che *cum creditore*» ed, anzi, prosegue e conclude che «l'insegnamento che dalla stessa incertezza del contenuto giuridico di questo testo deriva alla presente ricerca è che ciò che caratterizza come παρακαταθήκη una *datio* non è la causa di essa, ma la pattuizione fiduciaria che l'accompagna ... Una *datio* che fonda un'obbligazione di restituire, ma che non sottopone questa obbligazione ad una pattuizione fiduciaria (...) non è una παρακαταθήκη, ma, volta a volta, sia una παραθήκη (o παράθεσις) sia un δάνειον, sia un *tertius genus* tra le due specie».

⁴ A. EHRHARDT, *Parakatatheke* cit. 55, nella sezione del suo lavoro in cui affronta il problema dell'oggetto della παρακαταθήκη, alla luce delle testimonianze degli storici greci, afferma, che «wir finden daß der Gestellungsbürge die Person, die er vor Gericht zu stellen versprochen hatte, bis zum Termin als Parakatatheke in seinem Gewahrsam hielt».

secondo le categorie sistematiche della romanistica, ma secondo quella caratteristica, un po' sfuggente, di negozio fiduciario, che è propria della *παρακαταθήκη*⁵. Pur omettendo in questa sede l'analisi dei brani della letteratura latina e greca che confermerebbero tale posizione⁶, si può ricordare che l'Autore sostiene la ricorrenza di una struttura fissa caratterizzante il negozio e costituita dalla consegna di una *res*, accompagnata da un patto di fiducia tra il *dans* e l'*accipiens*⁷: siffatta costruzione sarebbe riscontrabile anche nelle fonti di rango giuridico⁸, laddove sarebbe proprio l'elemento fiduciario il *quid pluris* idoneo a discriminare la *παρακαταθήκη* rispetto alla *παραθήκη*, e a consentire a chi la pone in essere il perseguimento di scopi ulteriori e diversi rispetto a quelli di una semplice custodia⁹, quali, ad esempio, la gestione di un patrimonio pupillare o la costituzione di una dote, come la dottrina successiva ha avuto modo di precisare¹⁰.

⁵ Così P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ cit. 139 s. Allo Studioso italiano va ascritto, a mio parere, il merito di avere analizzato la presenza e l'utilizzo del termine in fonti di origine, collocazione cronologica e valore diversissimi, pervenendo a risultati che, per quanto verificabili, aspirano ad una configurazione unitaria delle fattispecie.

⁶ In particolare, Isocr., *Demon.* 22; Demosth., XXV, II; Lys. XXXII, 5-6; Thuc. II, 72,3 e Liv. XXXII, 38,1-3.

⁷ A parere di P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ cit. 143, sarebbe «il secondo elemento quello che rende tipica la fattispecie; il primo può attenuarsi fino al punto da restare latente in una consegna simbolica della cosa».

⁸ Come si avrà modo di precisare ed argomentare *infra*, oltre ai passi in cui compare il termine *παρακαταθήκη* od il verbo *παρακατατίθημι* ad esso corrispondente, nel Digesto si potrebbero rinvenire ulteriori luoghi, sparsi in diversi titoli, ma concentrati in quelli dedicati ai legati e fedecommissi, in cui la figura ellenistica sarebbe riconoscibile (talora intuitivamente dietro la presenza del verbo *commendare*). Se ne riporta ora un elenco sommario, rimandando ad un momento successivo l'esegesi di alcuni di essi: D. 16.3.26 pr. (Paul. 4 *resp.*); D. 17.1.12.12 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 30.77 (Ulp. 5 *disput.*); D. 30.84 pr.-1 (Iul. 33 *dig.*); D. 32.11.2 (Ulp. 2 *fideic.*); D. 34.3.3.2 (Ulp. 23 *ad Sab.*); D. 36.1.1.83(81) (Paul. *imper. sent. in cognit. prolat. ex libr. VI 1 seu decr. 2*); D. 39.6.18.2 (Iul. 47 *dig.*).

⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *Lineamenti del sistema contrattuale nel diritto dei papiri*, Milano-Giuffrè 1928, 58 s., distingue la *παραθήκη* o *πάράθεσις*, con cui s'identificherebbe, nelle fonti papirologiche, il negozio «largamente praticato a scopo usuraio» e avente «le parvenze del deposito», da altre figure, in cui le «somme sono date in *παραθήκη* con l'obbligo di restituire, anziché le specie, il *tantundem*, e con l'intento di contravvenire a divieti che non hanno niente a che fare con le usure: così nelle famose *παρακαταθήκαι* consegnate a soldati romani per dissimulare una dote, a proposito delle quali ci è conservata la rigida discussione di Lupus (BGU.114)». La distinzione è ripresa anche da K. GEIGER, *Das 'depositum irregulare' als Kreditgeschäft*, München-Schubert 1962, 14 ss.

¹⁰ Sulla differenza tra *παρακαταθήκη* e *παραθήκη*, P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ cit. 172 nt. 46, ora in *Scritti* cit. 206 nt. 46 ritorna affermando che «la *παρακαταθήκη* deve considerarsi differenziabile dalla *παραθήκη* (*πάράθεσις*) all'incirca come il significato di *commendare* si deve

Esaminando la presenza del vocabolo παρακαταθήκη e del corrispondente verbo παρακατίθημι nelle Pandette di Giustiniano, si comprende immediatamente che il relativo utilizzo sia esclusivo di giuristi attivi dal II secolo d.C. in poi (da Cervidio Scevola a Modestino) e legati ad un ambiente provinciale. I passi coinvolti sono D. 16.3.26.1 (Paul. 4 resp.)¹¹, D. 31.34.7 (Mod. 10 resp.),

distinguere da quello di *deponere*»; si possono ricordare anche le posizioni di F. PASSOW, *Handwörterbuch* cit. 685, v. παρακαταθήκη, laddove sottolinea che «bei den Att. ist Π. (n.d.a. = παρακαταθήκη) üblicher als παραθήκη»; cita i due termini senza segnalare una differenza di significato e di applicazione, E. KIESSLING, *Über den Rechtsbegriff der Paratheke*, in *Mitteilungen aus der Papyrussammlung der österreichischen Nationalbibliothek* (Papyrus erzherzog Rainer), Wien-Rudolf M. Rohrer Verlag 1956, 69 ss. La distinzione è stata messa in luce nitidamente da K. KASTNER, *Die zivilrechtliche Verwahrung des gräko-ägyptischen Obligationenrechte im Lichte der Papyri* (παραθήκη), diss. Nürnberg 1962, soprattutto 70 ss., allorquando precisa che «die zivilrechtliche Verwahrung des gräko-ägyptischen Obligationenrechts zeigt sich in drei Erscheinungsformen, nämlich der παρακαταθήκη als Grundform, und den ihr artverwandten Rechtsinstituten der παρακαταθήκη, die sich durch ein, die reine Vertragsbindung übersteigendes, Treueverhältnis auszeichnet und des μεσεγγύημα, welches der römisch-rechtlichen 'sequestratio' nahekommt.... Diese quasi-παραθήκαι zeigen sich aber nur in ihrer äußeren Form als Verwahrungsverträge, Pfandbestellungen oder – unter Umständen verbotene – Mitgiftbestellungen». Si limita a richiamare il discrimine tracciato da Kastner, B. TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten (1.-2. Jh. n. Chr.)*, St.Katharinen-Scripta Mercaturae 1993, 61 e nt. 216, mentre il giurgrecista U.E. PAOLI, *Deposito (Diritto attico)*, in *NNDI. V*, Torino-Utet 1975, 494 riteneva che παρακαταθήκη fosse termine usato per il normale deposito in uso nel mondo greco, e παραθήκη sarebbe stata la «forma che invece prevale nell'età ellenistica e romana»; propongono una lettura parzialmente diversa M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano-Giuffrè 1990, 551, laddove egli sostiene che «nella prassi greca, le due funzioni socio-economiche venivano tenute, terminologicamente, distinte: da una parte, il 'dáneion', il mutuo, da parte di chi ha necessità di denaro; dall'altra la 'parakatathéke' (o 'parakatathéke), il deposito, principalmente bancario, di chi vuole far conservare, ed eventualmente fruttare, i propri capitali» e E.E. COHEN, *Athenians Economy and Society*, Princeton-Princeton University Press 1992, 44 ss., asserendo che «the terms 'deposit' (parakatathéke, enthema) was applied without differentiation to both bank and nonbank placements (...), and even to 'deposits' of contracts (...)». Integralmente sulla παραθήκη sono F. PREISIGKE, *Girowesen im griechischen Ägypten. Korngiro Geldgiro Girobanknotariat mit Einschluß des Archivwesens. Ein Beitrag zur Geschichte des Verwaltungsdienstes im Altertume*, Straßburg-Verlag von Schlesier & Schweikhardt 1910, 454 ss.; W.D. ΡΟΤΗ, *Untersuchungen zur Kredit-ΠΑΡΑΘΗΚΗ im römischen Ägypten. Ein Beitrag zum Zinsrecht der Papyri und zum νόμος τῶν παραθηκῶν*, diss. Marburg, 1970, 1 ss., attraverso l'esegesi di fonti letterarie, soprattutto di età repubblicana.

¹¹ D. 16.3.26.1 (Paul. 4 resp.) *Lucius Titius ita cavitt: "Ελαβον καὶ ἔχω εἰς λόγον παρακαταθήκης τὰ προγεγραμμένα τοῦ ἀργυρίου δηνάρια μύρια, καὶ πάντα ποιήσω καὶ συμφωνῶ καὶ ὠμολόγησα, ὡς προέγραπται· καὶ συνεθέμην χορηγῆσαι σοι τόκον ἐκάστης μνᾶς ἐκάστου μηνὸς ὀβόλους τέσσαρας μέχρι τῆς ἀποδόσεως παντὸς τοῦ ἀργυρίου'. quaero an usurae peti possunt. Paulus respondit eum contractum de quo quaeritur depositae pecuniae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt.*

D. 32.37.5 (Scaev. 18 *dig.*) e D. 40.5.41.4 (Scaev. 4 *resp.*) e tra di essi soltanto due – quello attribuito a Scevola ed escerto dai suoi *Digesta* e quello dell'allievo di quest'ultimo, Paolo –, appalesano un utilizzo tecnico del lemma, descrivendo una figura negoziale affine al cosiddetto deposito irregolare¹².

In questa sede l'indagine verterà su D. 32.37.5, alla cui esatta ricostruzione si ritengono funzionali le analisi di testi aventi ad oggetto un deposito di cose consumabili, per lo più denaro; verranno, invero, omessi i termini dell'annoso dibattito sulla configurabilità o meno di tale fattispecie contrattuale nel diritto romano classico e sulle relative modalità di tutela¹³. Basterà ricordare come,

¹² Affronta il rapporto tra *depositum* romano e παραθήκη ellenistica H.T. KLAMI, 'Mutua magis videtur quam deposita'. *Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsinki-Helsingfors 1969, 21 ss., giungendo alla conclusione che «man kann nicht sagen, dass in den römischen Quellen eine ähnliche parakatathéke-Ideologie vorkäme, wie wir sie in den hellenistischen Quellen beobachtet haben. In eigenen Fällen ist es möglich, eine Hinterlegung anzunehmen, für die eine Rückerstattungspflicht *in genere* gilt ... Das Material schliesst zwar in keiner Weise eine solche Möglichkeit aus, aber mangels positiven Wissens dürfte nur die Schlussfolgerung berechtigt sein, dass die depositum-Denkweise keine ebenso grosse Tragweite hatte wie ihr hellenistisches Vergleichsobjekt».

¹³ Sul deposito in generale e, in particolare, sulla figura del deposito irregolare, la letteratura è vasta; come sintetizza M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. 551, «molto discusso è il deposito irregolare, avente ad oggetto una somma di denaro, da restituire nel *tantundem eiusdem generis*: codesta fattispecie si contrappone al deposito regolare di denaro, in cui sono i *nummi* depositati a dover essere restituiti nella loro individualità». Tra i numerosi lavori, si vedano *in primis* le voci enciclopediche di G. ASTUTI, v. *Deposito (storia)*, in *ED.* XII, Milano-Giuffrè 1964, 212 ss.; F. BONIFACIO, v. *Deposito (Diritto romano)*, in *NNDI.* V, Torino-Utet 1975, 495; E. SIMONETTO, v. *Deposito irregolare*, in *NNDI.* V, Torino-Utet 1965, 528 ss. Con riferimento ai testi della giurisprudenza classica, cfr. C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in *BIDR.* 18, 1906, 121 ss.; G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, in *BIDR.* 19, 1907, 197 ss.; P. COLLINET, *Études historique sur le droit de Justinien*, 1. *Le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en occident*, Paris-Librairie du Recueil Sirey 1912, 120; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano-Giuffrè 1946, 59 ss.; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in *BIDR.* 49-50, 1947, 80 ss.; F. SCHULZ, *The Postclassical Edition of Papinians 'libri quaestionum'*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, 4, Milano-Giuffrè 1949, 254 ss.; J. BURILLO, *Las formulas de la 'actio depositi'*, in *SDHI.* 28, 1962, 233 ss.; specificamente la monografia di H.T. KLAMI, 'Mutua magis videtur' cit. 45 s. e 118 s. (recensito da H.P. BENÖHR, in *ZSS.* 89, 1972, 438 e 442 nt. 16 e da W. LITEWSKI, *Tra mutuo e deposito*, in *Index* 3, 1972, 559); G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano-Giuffrè 1971, 148 ss.; W.M. GORDON, *Observations on 'depositum irregolare'*, in *Studi in onore di A. Biscardi III*, Milano-Giuffrè 1982, 363 ss.; R.B. SIOLA, *Variazioni pregiustinianee al principio classico «Depositum ei qui dedit reddendum est» (D. 16,3,31 pr.-1)*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano, Milano, 7-9 aprile 1987 II*, Milano-Cisalpin Goliardica 1987, 183 ss.; H.T. KLAMI, 'Depositum' of Documents in Roman Law, in 'Iuris vincula'. *Studi in onore di M. Talamanca IV*, Napoli-Jovene 2001, 413 ss.; W. LITEWSKI, *Hauskinder im römischen Verwahrungsverhältnis*, in 'Status familiae'. *Festschrift für A. Wacke zum 65. Geburts-*

per lungo tempo, sebbene fosse individuabile una tendenza in grado di diversificare i due negozi sul piano socio-economico, nella prassi romana le ipotesi in cui le parti si riferivano al deposito di una somma di denaro da restituire nel *tantundem* siano state valutate alla stregua di un normale mutuo, in cui l'obbligazione da parte del depositario di corrispondere interessi poteva sorgere esclusivamente a seguito di una *stipulatio*. Soltanto al termine dell'età classica e probabilmente sotto l'influsso delle pratiche ellenistiche¹⁴ si può pensare che taluni giuristi siano giunti ad ammettere l'esperibilità di un'*actio depositi* con *formula in ius concepta* e con *intentio in fide bona*¹⁵. Testimonie-

tag, München-Beck 2001, 251 ss.; A. CASTRO SÁENZ, *Responsabilidad y duplicidad formularia: los casos del depósito y el comodato en época clásica*, in *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno IV. Congreso internacional y 7. Congreso iberoamericano de derecho romano*, Burgos- Universidad de Burgos 2001, 187 ss.; S. BELLO RODRIGUEZ, *La responsabilidad del naviero en el transporte de mercancías según D. 19.2.31*, in *RIDA*. 49, 2002, 45 ss.; C. BOTELLA VICENT, *'Lex Iulia peculatus' y depósito irregular*, in *El derecho penal: de Roma al derecho actual. VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho Romano*, Madrid-Edisofer 2005, 149 ss.; J. KRANJIC, *'In ius' und 'in factum' konzipierte Klageformeln bei der Leihe und bei der Verwahrung*, in *'Usus Antiquus Juris Romani'. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung*, Berlin-Heidelberg-Springer 2005, 133 ss.; L. MAGANZANI, *La 'diligentia quam suis' del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano-Led 2006, 7 ss. (e la relativa recensione di A. BURDESE, in *SDHI*. 74, 2008, 815 ss.); G. PFEIFER, *Das 'depositum' als funktionale Mitgift in D. 16,3,27 (Paul. 7 resp.)*, in *ZSS*. 123, 2006, 309; A. VÖLKL, *Zur 'diligentia quam in suis' des Verwahrers*, in *Festschrift für H. Hausmaninger zur 70. Geburtstag*, Wien-Manz 2006, 293 ss.; E. DOVERE, *Cl. 4.34.9: giacenza ereditaria, deposito 'per servum', legittimazione processuale*, in *φύλια. Studi per G. Franciosi II*, Napoli-Satura 2007, 739 ss.; F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino-Giappichelli 2008, 1 ss.; P. CERAMI-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino-Giappichelli 2010, 121 ss.; 153 ss.; T. WALTER, *Die Funktionen der 'actio depositi'*, Berlin-Duncker&Humblot 2012.

¹⁴ Lo schema negoziale, che unendo contratto di mutuo e previsione stipulatoria di interessi avrebbe dato origine ad vero e proprio *kombinierter Vertrag*, doveva essere assai frequente nella prassi, come dimostrerebbero i numerosi (undici o dodici su centoventisette atti) chirografi, proprio relativi ai *mutua cum stipulatione*, presenti nell'archivio dei Sulpici, come osserva G. CAMODECA, *Il credito negli archivi campani. Il caso di Puteoli e di Herculaneum*, in *Credito e moneta nel mondo romano. Atti degli Incontri capresi di storia dell'economia antica (Capri 12-14 ottobre 2000)*, a cura di E. Lo Cascio, Bari-Edipuglia 2003, 80 ss. Tuttavia l'Autore aveva già osservato come, se quella sopra descritta rimane la struttura tipica anche dei chirografi di età severiana citati in D. 12.1.40 (Paul. 3 *quaest.*) ed in D. 45.1.126.2 (Paul. 3 *quaest.*), i documenti provenienti dall'Egitto e pure risalenti al I sec. a.C. contengono la previsione di interessi, ma senza il richiamo ad alcuna *stipulatio* e sarebbero perciò da considerarsi specchio di una pratica tipicamente ellenistica, estranea al diritto romano (Ib., *L'archivio puteolano dei Sulpicii I*, Napoli-Jovene 1992, 174 nt. 32).

¹⁵ Così M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. 551 precisando che «non si trattava di una semplice

rebbero un simile approdo della giurisprudenza classica e tardoclassica tre passi, D. 16.3.28 (Scaev. 1 *resp.*), D. 16.3.24 (Pap. 9 *quaest.*) e D. 16.3.26.1 (Paul. 4 *resp.*)¹⁶.

Per ora è opportuno richiamare il contenuto dei primi due:

D. 16.3.28 (Scaev. 1 *resp.*): *Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistulam scripsit in verba infra scripta: "Caecilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Viginti quinque nummorum, quos apud me esse voluisti, notum tibi ista hac epistula facio, ad ratiunculam meam ea pervenisse: quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est usuras eorum accipias, curae habebō". quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possunt. respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua usus est*¹⁷.

questione di tecnica formulare: nell'*actio depositi* come *iudicium bonae fidei* il giudice poteva tener conto degli interessi convenzionali, anche se solo pattuiti, nel che si deve trovare la spinta per riportare la fattispecie in questione non al mutuo, bensì al deposito (irregolare)». Sulla base dell'affermazione versata in Paul. Sent. 2.12.9, P. CERAMI-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino-Giappichelli 2010, 121 s., affronta le difficoltà di inquadramento del deposito cd. irregolare fruttifero «anche se senza specifici riferimenti a quello concluso con un banchiere», affermando che «il contratto con cui si permette al depositario di usare il denaro depositato (e di pagare eventuali interessi) viene ricondotto al mutuo più che al deposito». L'Autore ammette, però, che «un diverso inquadramento, che apre la strada verso la configurazione di tali contratti come deposito, si riflette invece in altri giuristi degli ultimi decenni del II e degli inizi del III sec. d.C., i quali, ai fini della tutela processuale, concedono in questi casi al deponente un'azione di deposito di buona fede (...) per il pagamento degli interessi sulle somme depositate» (del medesimo Studioso, sulla questione cfr. *'Mensam exercere'*. *Studi sull'impresa finanziaria romana, Il secolo a.C.-metà del 3. secolo d.C.*, Napoli-Jovene 1991, 217 ss.).

¹⁶ L'analisi del contenuto di tali passi, a parere di A. PETRUCCI, in *Diritto commerciale romano* cit. 125 permetterebbe di cogliere «in presenza di una diffusione pratica della figura di deposito qui in esame (*nda*: irregolare) ... la difformità di vedute tra giuristi e l'evoluzione del pensiero giurisprudenziale verso il suo inquadramento giuridico definitivo, che risulta compiuto nell'età di Giustiniano».

¹⁷ Entrambi i passi da certa dottrina sono stati letti come significativi in tema di deposito irregolare: alcuni dicono che Scevola riconoscesse il deposito irregolare; altri lo escludono, come W. LITEWSKI, *Figure speciali di deposito* (rec. di J. SONDEL, *Szczególne rodzaje depozytu rzymskim = Figure speciali di deposito nel diritto romano*, Kraków, 1967), in *Labeo* 20, 1974, 405 ss., aderendo alla tesi dell'autore della monografia recensita (ma premetto che, essendo il lavoro recensito scritto in polacco, lingua che non conosco, non mi è stato possibile verificare se quanto affermato da Litewski corrisponda esattamente alle posizioni di Sondel) ritiene che D. 34.3.28.8 e D. 36.1.80(78).1 «non dimostrano affatto che Cervidio Scevola riconosceva il deposito irregolare.... L'a. difende la tesi di Bonifacio secondo il quale il diritto classico non ammetteva usure convenzionali. Si tratta di una tesi giusta, anche se... si può individuare già nel pensiero di Cervidio Scevola il nocciolo della futura ammissibilità generale». Ancora su entrambi i passi, letti congiuntamente: W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, in *RIDA*. 21, 1974, 245 ss., che esclude la possibilità di riscontrare in essi un riconoscimento del deposito irregolare e di usure convenzionali:

Si legge che Quinto Cecilio Candido scrisse una lettera a un tale Paccio Rogaziano, del seguente tenore: «Cecilio Candido saluta il suo Paccio Rogaziano. Con questa mia lettera ti rendo noto che le tue venticinque monete, che volesti che fossero presso di me, sono arrivate sul mio conto; ed avrò cura quanto prima perché non siano per te improduttive, cioè che tu ne riceva degli interessi». Ci si è domandato se, in base a questa lettera, si possano chiedere giudizialmente anche gli interessi. Risposi che, in base ad un giudizio di buona fede, gli interessi sono dovuti sia da chi li percepì, sia da chi usi il denaro a suo favore¹⁸.

Sintetizzando, la prima parte del passo è stata ritenuta esemplificativa della prassi, ammessa dalla giurisprudenza della fine del II secolo, di richiedere interessi che fossero sorti in forza di un *pactum* aggiunto ad un contratto di buona fede quale il deposito irregolare¹⁹; la seconda sezione del brano, invece, sembra sancire la regola per cui gli interessi dovevano essere corrisposti anche da colui – nella fattispecie presumibilmente il banchiere²⁰ – che avesse utilizzato il denaro per i propri scopi (*pecunia in re sua usus est*), sia nel senso di utilizzo non consentito dal depositante del denaro per scopi propri, sia nel senso di utilizzo non impedito dal cliente e perciò lecito²¹. Una simile interpretazione

«Disons d'emblée que, malgré certaines apparences, ils n'apportent aucune preuve de la reconnaissance de dépôt irrégulier par Cervidius Scaevola... Nous ne pouvons tirer aucune conclusion concernant les intérêts... Tout au plus pourrait-on relever l'existence d'une certaine pratique en la matière; mais il convient de souligner que le juriste ne s'est pas prononcé à son sujet, son avis n'ayant d'ailleurs pas été sollicité»; J. DE CHURRUCA, *Die Gerichtsbarkeit des 'praefectus urbi' über di 'argentarii' in klassischen römischen Recht*, in ZSS. 108, 1991, 321 s.

¹⁸ Per descrivere la fattispecie, ci si è avvalsi della traduzione del brano versata in S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*. *Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione* III, 12-19, Milano-Giuffrè 2007, 257.

¹⁹ Più problematica e controversa è la possibilità di richiedere le cd. *usurae ex intervallo*, ovvero concordate in un momento successivo alla conclusione del contratto: v. A. PETRUCCI, in *Diritto commerciale romano* cit. 136, che richiama V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli-Jovene 1998, 355. La tendenza illustrata avrebbe visto le proprie prime manifestazioni tra i pareri dei giuristi antoniniani e avrebbe trovato conferma sotto la dinastia severiana, come attesterebbero i citati brani papiniano e paolino.

²⁰ Lo ritiene con convinzione A. PETRUCCI, in *Diritto commerciale romano* cit. 150 (e già in precedenza Id., *Mensam exercere* cit. 218 ss.), nonché A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in ZSS. 104, 1987, 539, mentre più prudente è J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain: les métiers de manieurs d'argent*, 4. siècle av. J. C.-3. ap. J.-C., Roma-École française de Rome 1987, 540 ss. e 698.

²¹ Così A. PETRUCCI, *L'organizzazione delle imprese bancarie alla luce della giurisprudenza romana del Principato*, in *Credito e moneta nel mondo* cit. 102 ss., ritenendo che il brano rispecchi quello schema organizzativo in cui il banchiere conduce personalmente e direttamente la pro-

risulterebbe coerente con quanto si legge nel testo di D. 16.3.29.1²², che richiama le *Pauli Sententiae* (2.12.5a²³) e nel provvedimento di Gordiano III versato in C. 4.34.4²⁴, dalla cui lettura congiunta si dovrebbe potere arguire che «a partire dalla fine del II sec. d.C., si riconosceva che l'*usus* del denaro depositato, anche in mancanza di un accordo, potesse costituire la fonte giuridica di un'*obligatio usurarum*, da farsi valere con l'azione di buona fede», sicché «risulta ... pienamente plausibile la congettura che già in questo periodo si manifestasse, almeno presso alcuni giuristi e nella cancelleria imperiale, la tendenza a riconoscere la nascita di interessi da un uso consentito del denaro altrui nel deposito irregolare»²⁵.

Significativo è pure:

D. 16.3.24 (Pap. 9 quaest.): *'Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti²⁶ mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi confestim tibi numerabo'. quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est idem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in*

252

pria impresa, similmente a quanto viene descritto in D. 2.14.4.2 (Paul. 3 ad ed.): *Huius rei argumentum etiam stipulatio dotis causa facta est: nam ante nuptias male petitur, quasi si hoc expressum fuisset, et nuptiis non secutis ipso iure evanescit stipulatio. idem Iuliano placet.*

²² D. 16.3.29.1 (Paul. 2 sent.): *Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur.*

²³ Paul. Sent. 2.12.5a: *Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur.*

²⁴ C. 4.34.4 (Imp. Gord.): *Imperator Gordianus. Si deposita pecunia is qui eam suscepit usus est, non dubium est etiam usuras debere praestare. Sed si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri: non enim duae sunt actiones alia sortis alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur.* Gord. A. Timocrati Mil.

²⁵ È la posizione di A. PETRUCCI, in *Diritto commerciale romano* cit. 152, argomentando anche alla luce dei succitati passi.

²⁶ Sull'utilizzo del verbo *commendare* nel significato di *deponere*, si veda l'elencazione proposta da R. PANERO, *'Deponere' y 'reddere' en la 'actio depositi in factum'*, Barcelona-PPU 1989, 26 nt. 28, laddove l'Autore richiama la posizione di J. BURILLO, *Las formulas de la 'actio depositi'* cit. 244.

suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.

Il brano si apre con la citazione letterale di un documento scritto, di forma epistolare, del seguente tenore: «Lucio Tizio saluta Sempronio. Con questa lettera scritta di mia mano ti rendo noto che le cento monete, che mi affidasti oggi e che il servo agente Stico mi ha consegnato contandole, sono presso di me. Quando vorrai e dove vorrai, io te le pagherò prontamente in contanti». Si pone la questione relativa all'incremento, a causa degli interessi. Risposi che si applica l'azione di deposito: infatti, che altro è 'affidare' se non 'depositare'? ed è vero che è così, se si è concluso che fossero restituite le stesse identiche monete: infatti, se fu convenuto che se ne restituissero altrettante, la cosa eccede dai limiti assai noti del deposito. In merito alla questione degli interessi, se pure, essendosi convenuto che fossero restituite altrettante monete e non le stesse, non si sia tenuti con l'azione di deposito, non si può dire facilmente che si calcolino degli interessi. Ed invero fu stabilito con una costituzione imperiale che nei giudizi di buona fede, per quanto riguarda gli interessi, l'ufficio del giudice possa far tanto quanto l'averli stipulati; ma è contrario alla buona fede e alla natura del deposito il pretendere gli interessi del periodo di tempo anteriore alla mora, nei confronti di colui che fece un favore nell'accettare denaro. Se però sin dal principio si convenne che venissero prestati interessi, si osserverà la clausola del contratto²⁷.

253

2. *Il caso di D. 32.37.5 (Scaev. 18 dig.)*. – Il brano scevoliano che si analizzerà, in quanto ritenuto paradigmatico dei problemi che si intendono affrontare, è D. 32.37.5, escerpito dal diciottesimo libro dei *Digesta* di Cervidio Scevola in cui una clausola in lingua greca viene riportata letteralmente²⁸:

D. 32.37.5 (Scaev. 18 dig.): *Codicillis ita scripsit: 'Βούλομαι πάντα τὰ ὑποτεταγμένα κύρια εἶναι. Μαξίμω τῷ κυρίῳ μου δηνάρια μύρια πεντακισχίλια, ἄτινα ἔλαβον*

²⁷ Sul regime degli interessi, a fronte di una produzione variegata in forza della natura delle *usurae* medesime, si rimanda ai contributi più recenti: F. FASOLINO, *Studi sulle 'usurae'*, Salerno-Brunolibri 2006; ID., *L'anatocismo nell'esperienza giuridica romana*, in *SDHI*. 72, 2006, 415; A. CHERCHI, *Ricerche sulle 'usurae' convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli-Jovene 2012, in particolare 73 ss.

²⁸ Va sottolineato che la produzione scevoliana, proprio per la presenza di elementi di derivazione provinciale che la caratterizza in maniera speciale rispetto all'ambiente cui mostrano di riferirsi i giureconsulti tardoclassici, permette di meglio indagare la figura della παρακαταθήκη, che è estranea al diritto dell'*Urbs*. Tale affermazione risulta confermata dall'ampio lavoro di M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR*. 103-104, 2000-2001 [pubbl. 2009], 677 ss.

παρακαταθήκην παρὰ τοῦ θείου αὐτοῦ Ἰουλίου Μαξίμου, ἵνα αὐτῷ ἀνδρωθέντι ἀπολώσω, ἃ γίνονται σὺν τόκῳ τρὶο μύρια, ἀποδοθῆναι αὐτῷ βούλομαι οὕτω γὰρ τῷ θείῳ αὐτοῦ ὤμωσα'. *quaesitum est, an ad depositam pecuniam petendam sufficientiant verba codicillorum, cum hanc solam nec aliam ullam probationem habeat. respondi: ex his quae proponerentur, scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit, credenda est scriptura*²⁹.

Un testatore inserì nei codicilli la seguente previsione: «voglio che tutto quanto è qui scritto abbia efficacia. Al mio signore Massimo voglio che si restituiscano i quindicimila denari che ho ricevuto in deposito da suo zio Giulio Massimo, per renderglieli quando fosse divenuto adulto. La somma dovuta con gli interessi ammonta a trentamila denari; così, infatti, ho giurato a suo zio». Si domanda se, per chiedere in giudizio la somma oggetto di deposito siano sufficienti le parole dei codicilli, essendoci questa sola prova e nessun'altra. Scevola risponde che, in base a quanto esposto, è evidente che se il testatore ha affermato di avere prestato giuramento riguardo alle vicende esposte, deve darsi credito alla scrittura.

Nessun dubbio sorge, neppure nelle parole del giureconsulto, sulla configurabilità giuridica di un deposito cosiddetto irregolare e neppure sulla correlata questione della corresponsione di interessi maturati sulla somma depositata³⁰. Invero, come emerge dalla formulazione del quesito, l'incertezza investe l'idoneità delle parole contenute nei codicilli a fondare la richiesta di restituzione della somma depositata. Si tratta di un profilo di ordine squisitamente probatorio, che non riguarda – per lo meno nella versione di chi ha proposto il quesito a Scevola – la capacità del documento di essere mezzo di prova, bensì la sufficienza delle parole in esso versate a fondare la domanda: sono le parole a costituire “*haec sola et alia nulla probatio*”. La risposta di Scevola, nei limiti

²⁹ Circa l'uso della lingua greca nelle opere della giurisprudenza classica e in particolare nelle clausole testamentarie, si rimanda al contributo di A.S. SCARCELLA, *Il bilinguismo nei fedecomessi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e 'novi cives', come strumenti di integrazione sociale*, in *AUPA*. 55, 2012, 621 ss., anche per l'accurata bibliografia di riferimento.

³⁰ P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ cit. 139 collega l'interesse degli studiosi per la παρακαταθήκη alla scoperta della cd. stele di Neoteros, precisando che «questo non chiaro istituto della tipologia negoziale ellenica ed ellenistica ha avuto il suo ultimo quarto d'ora di celebrità quando il mondo dei papirologi e degli storici dell'antichità conobbe il testamento di Tolomeo Euergete II (Neóteros)... È di Bickermann la constatazione che questo negozio è rimasto fuori dalla cerchia dell'attenzione dei giuristi, oppure è stato frainteso attraverso la identificazione col romano *depositum*». Più precisamente, sul documento epigrafico cfr. *Id.*, *La stele di Tolomeo* cit. 7 ss.

di quanto espostogli (“*ex his quae proponerentur*”), è affermativa: “*credenda est scriptura*”. Assume rilievo la motivazione, piuttosto una rarità nei responsi del giurista, ma che nel caso *de quo* serve a spostare dai *verba* alla *scriptura* i termini della disputa e ad individuare l’elemento discrezionale per la soluzione del caso. Scevola aggiunge, infatti, che “*scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit*”, ossia il contenuto dell’affermazione di avere prestato giuramento relativamente a quanto descritto nella clausola riportata è di tale pregnanza da rendere il documento scritto prova idonea a fondare la *petitio* della *pecunia deposita*. Quale sia l’oggetto del giuramento si deve dedurre dal testo stesso della clausola (‘γὰρ τῷ θεῖῳ αὐτοῦ ὤμωσα’), nonché dalla precisazione “*super hoc*”: il contenuto della promessa inerisce alla restituzione della somma depositata dal depositario/testatore al beneficiario del lascito, Massimo.

Ai fini della presente indagine, prima di soffermarsi sulla *quaestio* e sul relativo responso, conviene porre l’attenzione soprattutto sugli elementi della fattispecie così come emergenti dalle parole della clausola. Il testatore inserisce la previsione *de qua* in alcuni codicilli; egli crea un fedecommesso (βούλομαι) con cui grava l’erede dell’obbligo di restituzione (ἀποδοθῆναι) di una somma di denaro a Massimo. Quest’ultimo viene definito κύριος del testatore, ossia ‘signore’, ‘padrone’: ma poiché uno schiavo non è certamente legittimato a disporre *ex testamento*, la traduzione tecnicamente più precisa appare quella di ‘patrono’; stando anche a quanto emerge dalla narrazione potrebbe essersi trattato di un discendente che aveva manomesso il *de cuius*, che aveva poi continuato a sentirsi legato da un vincolo di ‘signoria’ verso chi lo aveva liberato. La somma *de qua* era già stata oggetto di un contratto di deposito intercorso tra il testatore e Giulio Massimo, zio (paterno o materno, a fronte dell’ambivalenza del vocabolo greco) di Massimo. La consegna della *pecunia* era stata accompagnata da un preciso scopo (ἵνα): il *de cuius* avrebbe dovuto rendere la somma a Massimo – che dunque all’epoca dell’accordo deve presumersi impubere – una volta divenuto adulto (αὐτῷ ἀνδρωθέντι ἀπολώσω) e la struttura negoziale intervenuta tra il testatore e Giulio Massimo viene definita παρακαταθήκη (ἄτινα ἔλαβον παρακαταθήκην παρὰ τοῦ θεοῦ αὐτοῦ Ἰουλίου Μαξίμου). Un altro dato significativo ai fini della ricostruzione della fattispecie è costituito dalla menzione del giuramento: la promessa di restituzione del denaro al nipote del depositante è stata sancita da un impegno di natura religiosa.

A questo proposito possono essere svolte alcune osservazioni. Innanzitutto si può escludere la ricostruzione della figura greca proposta dagli storici del diritto, allorché hanno tentato di farla coincidere con l’istituto del fedecommesso. Anche quando, come nel caso in esame, il fedecommesso effettiva-

mente esista e svolga il compito di imporre a un terzo – l’erede – l’obbligazione in origine assunta dal testatore mediante una promessa formale, la παρακαταθήκη, così come descritta nella clausola, rimane una costruzione negoziale *inter vivos*. Si può dire che il fedecommesso è qui scelto come lo strumento in grado di realizzare lo scopo ultimo del contratto – il trasferimento della somma maggiorata degli interessi al fanciullo divenuto adulto – laddove la morte del testatore avrebbe reso irrealizzabile la promessa del giuramento. Appare significativo che, tanto nell’accordo originario, quanto nella disposizione *mortis causa*, l’obbligazione di restituzione poggia su di un vincolo di natura *lato sensu* extragiuridica: il giuramento nel primo momento, la *fides* nel secondo.

Saremmo perciò dinanzi ad un contratto a struttura trilaterale, con due contraenti, Giulio Massimo/creditore/depositante ed il testatore/debitore/depositario, ed un beneficiario, Massimo³¹; trilaterale è anche la configurazione del fedecommesso laddove i soggetti coinvolti sono testatore-erede/debitore-beneficiario, quest’ultimo ancora impersonato da Massimo. Con la previsione testamentaria, il *de cuius* ha fatto ‘slittare’ l’obbligo di restituzione su di lui gravante, per impedire che esso decadesse alla sua morte, creando un nuovo vincolo, di natura fedecommissaria, a carico di un diverso soggetto sulla cui diligenza faceva verosimilmente assegnamento, a beneficio di una medesima persona, Massimo. In altri termini, nel caso in esame il fedecommesso sembra fungere da mezzo per rendere più intensamente coercibile un impegno di natura morale assunto dal testatore in vita; e che si tratti di un desiderio di realizzazione avvertito in maniera peculiare si desume dall’esordio del testo codicillare: “Βούλομαι πάντα τὰ ὑποτεταγμένα κύρια εἶναι”.

3. *La conferma di una plausibile ricostruzione: il confronto con D. 31.88.10.* – Al passo dei *Digesta* è stato sovente accostato, per similitudine di fattispecie, un brano del terzo libro dei *Responsa* scevoliani:

D. 31.88.10 (Scaev. 3 resp.): ‘*Quisquis mihi heres erit, sciat debere me Demetrio patruo meo denaria tria et deposita apud me a Seleuco*³² *patruo meo denaria*

³¹ Scrive P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ cit. 149: «Per analizzare la fattispecie è necessario distinguere tra la disciplina negoziale romanistica e quella ellenistica. Da questo secondo punto di vista possiamo dire trattarsi di παρακαταθήκη: ossia di una *datio* di Massimo *senior* a L (n.d.a: il liberto testatore), con patto fiduciario di restituzione a Massimo *junior* al momento in cui questi sarà diventato *sui iuris*. L, che non ha soddisfatto in vita alla obbligazione contratta per mezzo del patto fiduciario (rafforzato da giuramento), dispone in un codicillo che la restituzione sia compiuta dai suoi eredi».

³² Il passo sembra riportare un caso concreto anche per i nomi degli individui interessati, *Demetrius* (cfr. *Thesaurus Linguae Latinae, Suppl. Nomina propria*, 3.1, Lipsiae-In aedibus B.G.

*tria*³³, quae etiam protinus reddi et solvi eis iubeo': quaesitum est, an, si non deberentur, actio esset. respondi, si non deberentur, nullam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommisso.

Il testatore dispone per fedecommeso (tale è, infatti, il negozio che l'espressione "sciat" introduce) che chiunque sia suo erede (quindi sia qualora si apra la successione testamentaria, sia, invece, qualora si debba procedere, per invalidità della scheda, all'apertura di quella legittima) restituisca ed adempia il debito di tremila denari nei confronti dello zio paterno *Demetrius* e di tremila depositati presso di lui dallo zio paterno *Seleucus*. Il dubbio sorge allorché i debiti menzionati non siano dovuti: Scevola decide che, in una simile ipotesi, non possa esperirsi un'azione "quasi ex debito", ma i beneficiari della disposizione possano agire con un'azione "ex fideicommisso".

Dalle parole del testatore appare inequivoco il desiderio di attribuire i due lasciti pecuniari ai due beneficiari, legando i relativi debiti, né sorprende l'esito dell'interpretazione scevoliana che, proprio al fine di realizzare tale volontà, pur escludendo il rimedio propriamente civilistico, non azionabile in caso di insussistenza del debito, opta per la tutela fedecommissaria, che, dunque, qui opera con una funzione che si potrebbe definire sussidiaria. Quel che sorprende il lettore è, piuttosto, immaginare che un testatore abbia meditato di inserire tra le previsioni *mortis causa* la restituzione di una somma di denaro non dovuta. Pare da escludersi che nella vicenda *de qua*, nel tempo intercorso tra la redazione della scheda testamentaria e l'apertura della successione, vi sia stato un adempimento da parte del debitore/*de cuius*, che avrebbe reso inutile la previsione: non si capirebbe, infatti, perché allora Scevola abbia comunque salvato l'interesse dei presunti creditori e, ancora, si può osservare come rientri tra le conseguenze fisiologiche della successione *mortis causa* che il subingresso degli eredi non pregiudichi gli interessi e, quindi, i rapporti obbligatori vantati da terzi. Non si comprenderebbe, quindi, ipotizzando che si trattasse di un normale debito, perché il *de cuius* abbia ritenuto di farne apposita menzione nel suo testamento. Tali perplessità da un lato confermano la posizione assunta da chi scrive in un precedente lavoro, tesa ad individuare la *ratio* della risposta

Teubneri 1989, col. 96 ss., v. '*Demetrius*') e *Seleucus*, i quali, lungi dall'essere nomi convenzionali, sembrano riferirsi a cittadini di origine greca.

³³ O. LENEL, '*Palingenesia iuris civilis*' II, Roma-Il Cigno Galileo Galilei 2000, col. 298 nt. 2 così corregge l'espressione *denaria tria: X III (i. e. denarium tria milia)*. La correzione viene accettata da R. RÖHLE, *Zur Bedeutung der 'lex locationis' in CIL 6, 33840, L. 2-4*, in ZSS. 104, 1987, 447 nt. 13, il quale compie anche una puntuale ricognizione dei testi del Digesto contenenti il termine *denarium* (o *aureus* o *nummus*) e ritenuti interpolati.

scevoliana nell'evidente contrapposizione tra *actio quasi ex credito* ed *actio ex fideicommisso*, dall'altro suscitano la curiosità di approfondire gli antefatti storici da cui deve essere sorto il quesito sottoposto al giurista: in quest'operazione fondamentale si rivela proprio il confronto con D. 32.37.5³⁴.

Se si volesse sintetizzare la struttura di D. 31.88.10, si potrebbe dire che: nella clausola sottoposta ad interpretazione è contenuto il riferimento a due obbligazioni *ex contractu*, la prima delle quali è stata, da taluna dottrina risalente, interpretata come derivante da un contratto di mutuo³⁵, nonostante, anche alla luce dell'obbligazione citata successivamente, appaia più opportuno qualificarla come deposito irregolare; infatti, il secondo debito può pacificamente essere considerato come originato da un deposito irregolare, recando, già nella formulazione del quesito sottoposto a Scevola, il verbo *depositare* (nella forma *deposita*) ed avendo ad oggetto una somma di denaro. Ne deriva, quindi, che le due previsioni presentano un oggetto esattamente coincidente, sia per quanto riguarda la natura del debito (derivante da un deposito irregolare), sia per quanto attiene all'entità del lascito (tremila); anche i beneficiari vantano, nei confronti del *de cuius*, il medesimo rapporto parentale, poiché sono entrambi qualificati come suoi zii paterni. Il dubbio sorge dalla constatazione che entrambe le obbligazioni, aventi un identico contenuto, risultino non dovute: ciò spingerebbe ad escludere che si tratti di un errore del disponente e a cercare, invece, una più completa e corretta connotazione della fattispecie che ne consenta una migliore comprensione.

L'identità del negozio concluso e dell'oggetto – una somma di denaro – del deposito rappresenta il principale e più evidente elemento di collegamento tra i due passi scevoliani, all'interno dei quali, peraltro, spicca, quale ulteriore dato comune, la natura del rapporto tra il *de cuius*, il creditore del negozio *inter vivos* e il beneficiario del fedecommesso, rapporto che appare caratterizzato dalla presenza di un legame parentale. Se in D. 31.88.10 è esplicitato che i creditori e insieme beneficiari del fedecommesso siano gli zii paterni del testatore, in D. 32.37.5 quest'ultimo è liberto del beneficiario del lascito e, contemporaneamente, debitore dello zio (non si sa se paterno o materno, stante l'ambiguità del vocabolo greco) del patrono: entrano in gioco, dunque, nelle due fattispecie, anche relazioni familiari simili.

³⁴ Si rimanda alle considerazioni svolte in A. SPINA, *La successione testamentaria nei 'Responsa' di Cervidio Scevola*, Milano-Giuffrè 2012, 226 ss.

³⁵ Si veda gl. *Sed ex fideicommisso*, a D. 31.88.10; J. CUJACIUS, *'In librum tertium responsorum Cervidii Scaevolae recitationes solemnes'*, in *'Opera'* IV, Goldbach-Keip 1996, col. 516, ad D. 31.88.10.

Poste tali premesse e prima di affrontare il contenuto delle *quaestiones* e dei *responsa* offerti da Scevola nei due casi esaminati, si può ricostruire la παρακαταθήκη come un negozio caratterizzato dalla compresenza di due elementi: la consegna di una cosa e una pattuizione fiduciaria tra il *dans* e l'*accipiens*³⁶, elemento quest'ultimo che è possibile funga da discriminare tra il mero deposito e la figura *de qua*. Effettivamente i due requisiti menzionati possono essere rinvenuti anche in D. 32.37.5: l'espressione "*pecunia deposita*" sottintende infatti una consegna³⁷, mentre il riferimento al giuramento appare idoneo a sancire la natura fiduciaria dell'accordo intercorso tra le due parti. Peraltro, proseguendo nella comparazione tra i due brani scevoliani, se pure in D. 31.88.10 è agevole riconoscere il primo elemento 'materiale', quanto al secondo requisito, ossia alla presenza di un patto fiduciario, i dubbi sono numerosi, non presentando il testo alcun dato tale da legittimarne la presenza. Assente è pure qualunque cenno al raggiungimento della maggiore età da parte dei creditori del *de cuius*, ossia gli zii del testatore, e manca, altresì, una previsione relativa agli interessi maturati sulla somma.

Per quanto attiene al requisito fiduciario, la scelta scevoliana di indicare la tutela *ex fideicommissum* potrebbe essere indizio (oltre che dell'indubbio riconoscimento, nelle parole del *de cuius*, di una volontà di attribuzione patrimoniale) di un legame preesistente già connotato dalla presenza di un vincolo fiduciario: la previsione testamentaria avrebbe potuto fungere da strumento ausiliario di realizzazione *mortis causa* esattamente come pare accadere per D. 32.37.5.

4. *La formulazione del quaesitum ed il significato della risposta di Scevola tra verba codicillorum e scriptura. Il valore del giuramento nelle fonti extragiuridiche e giurisprudenziali.* – Occorre ora ritornare al testo di D. 32.37.5 e analizzare il riferimento ivi contenuto alla forza probatoria attribuibile al codicillo. Due regimi probatori vengono sfiorati nel *responsum* in esame; da un lato

³⁶ Sarebbe «il secondo elemento quello che rende tipica la fattispecie; il primo può attenuarsi fino al punto da restare latente in una consegna simbolica della cosa» (P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ cit. 143).

³⁷ Il riferimento alla consegna è presente pure in D. 36.1.64.1 (Scaev. 4 resp.): *Alumno certam pecuniam legavit et eam recipi a Sempronio mandavit et certas usuras alumno praestari, donec ad vicensimum annum pervenerit: deinde alumni fidei commisit, ut, si sine liberis decederet, partem restitueret Sempronio, partem septiciae. quaesitum est defuncto alumno intra annum vicensimum, an substituti fideicommissum petere possint an vero in id tempus sustinere, quo, si viveret, alumnus vicensimum annum impleteret. respondi secundum ea quae proponerentur posse.*

vi è quello che regola il contratto di deposito; nella prassi, il depositante riceve un documento, proveniente dal debitore e contenente la descrizione della cosa depositata e le modalità di attuazione del deposito, comprendenti, qualora si tratti di deposito irregolare, anche l'indicazione degli eventuali interessi dovuti³⁸. Qualora tale documento manchi, del negozio, comunque validamente perfezionatosi, sarebbe difficile dare adeguata prova³⁹ e la difficoltà si aggraverebbe proprio nell'ipotesi di παρακαταθήκη, dal momento che «è la stessa natura fiduciaria nel negozio che sottrae questa particolare fattispecie alla regola generale del possesso del documento probatorio da parte del creditore»⁴⁰. Nella vicenda in esame tale documento manca: verosimilmente il destinatario del lascito si sarà rivolto a Scevola domandando se la previsione codicillare possa supplire alla lacuna probatoria dell'atto *inter vivos*. Il *quaesitum*, cioè, allude attraverso una sineddوحة (i *verba codicillorum* ad indicare il codicillo), alla possibilità di agire con una *petitio* (dunque fedecommissariamente) per ottenere la somma oggetto di un contratto di cui manca qualunque prova.

La risposta di Scevola fa riferimento al giuramento menzionato nella clausola dal testatore, sostenendo che l'affermazione che lo richiama sia idonea a fornire efficacia probatoria alla *scriptura*, con essa ovviamente riferendosi non già al documento relativo al negozio *inter vivos*, bensì al codicillo. Dunque, il giurista indirettamente risponde in senso affermativo alla specifica domanda postagli, aggiungendovi una precisazione in base alla quale la menzione del giuramento sarebbe elemento idoneo a rendere coercibile l'obbligo nascente dalle vicende narrate nella clausola. In altri termini, si può dire che qui Scevola legge nell'accenno al giuramento il dato che consente di rendere giuridicamente tutelabile, *ex fideicommisso*, l'obbligazione.

5. *Lo scopo di gestione pupillare sotteso al deposito di D. 32.37.5 nella lettura della dottrina tedesca. La responsabilità del tutore e la corresponsione de-*

³⁸ Più in generale, sul problema dell'onere della prova in fattispecie riconducibili al cosiddetto diritto commerciale romano, si rimanda alle considerazioni di A.M. GIOMARO, *Mutuo, inadempimento e onere della prova nel diritto commerciale romano*, Fano-Aras Edizioni 2012, 37 ss.

³⁹ Siffatta difficoltà emergerebbe dal tenore di D. 2.14.2.1 (Paul. 3 *ad ed.*): *Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit.*

⁴⁰ P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ cit. 150 ritiene che la parte compresa tra *scilicet* e *adfirmavit* non possa essere di Scevola «sol che si rifletta non esser questione della validità del giuramento del testatore come fondamento della sua obbligazione, ma della validità del codicillo come unica prova della ragione che il creditore intende proporre in giudizio», sebbene sembri contraddirsi laddove (p. 151) conclude: «di qui la sostanziale genuinità della risposta che il nostro testo attribuisce a Scevola: *credenda est scriptura*».

gli interessi in alcuni luoghi del titolo D. 26.7: la configurazione di un regime parallelo. – Occorre ricordare che in dottrina è stata affacciata l'idea che depositi irregolari come quello effettuato da Giulio Massimo in D. 32.37.5 celassero in realtà una causa diversa da quella del contratto di deposito, ed addirittura ulteriore rispetto a quella del contratto di mutuo, configurandosi specificamente quale gestione di un patrimonio pupillare, come prospettato da Alfons Bürge, in un ampio lavoro dedicato allo studio del regime degli interessi bancari a Roma⁴¹. Occorre partire dalla non trascurabile presenza, nel caso proposto nei *Digesta*, della menzione agli interessi; il giurista, in particolare, riporta letteralmente l'espressione della *consultatio* "σὺν τόκῳ", senza che ciò sembri stupirlo né essere stato oggetto di discussione tra le parti⁴². Tale menzione indurrebbe a classificare il caso sottoposto a Scevola quale esempio di «verzinlichen offenen *depositum*», per definire il cui regime risulterebbero fondamentali, a parere di Bürge, due considerazioni: in primo luogo il dato che si discuta di rapporti processualmente tutelati in giudizi di buona fede, nell'ambito dei quali anche gli interessi sarebbero presi in considerazione; in secondo luogo, che tali interessi siano da prestare anche quando si tratti di *usus in re sua*⁴³.

La struttura ricostruita dall'Autore risulterebbe quella di un deposito in senso tecnico, avente ad oggetto una certa somma di denaro⁴⁴, cui verrebbe aggiunta una pattuizione relativa alle *usurae*: il capitale e gli interessi sarebbero custoditi – ed ovviamente gestiti – dal soggetto che in D. 32.37.5 è il *de cuius*, a beneficio di un minorenni nipote del depositante, fino a quando non fosse di-

⁴¹ Si tratta del contributo già citato; il legame tra deposito, tutela e mandato è individuato, ma in nessun modo sviluppato in T. RUNDEL, 'Mandatum' zwischen 'utilitas' und 'amicitia'. *Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, Münster-LIT 2004, 208.

⁴² Così A. BÜRGE, *Fiktio* cit. 538 s.: «Rechtsgedanken, die dort tragend sint, könnten erklären, warum Scaevola die Verzinlichkeit des depositum nur beiläufig erwähnen kann und dabei keinerlei Anstoß nehmen muß».

⁴³ Illustrerebbe con chiarezza tale regime il sopra riportato D. 16.3.28.1; nella ricostruzione proposta da A. BÜRGE, *Fiktio* cit. 540, il testo di D. 32.37.5 avallerebbe la tesi avanzata dalla lettura di D. 16.3.28: sul passo cfr. A. PETRUCCI, *L'organizzazione delle imprese bancarie alla luce della giurisprudenza romana nel Principato*, in E. Lo Cascio (a cura di), *Credito e moneta nel mondo romano. Atti degli incontri capresi di storia dell'economia antica (Capri 12-14 ottobre 2000)*, Bari-Edipuglia 2003, 99 ss. soprattutto 103.

⁴⁴ S. DI SALVO, 'Legatum debiti' e riconoscimento dell'obbligazione, in 'Fides', 'Humanitas', 'Ius'. *Studii in onore di Luigi Labruna III*, Napoli-Editoriale Scientifica 2007, 1531 ss.: «non mi pare, tuttavia, che quel riferimento al deposito ("ad depositam pecuniam petendam") possa davvero essere inteso come riferito ad un deposito in senso stretto: sia la menzione degli interessi stessi senza alcuna perplessità, sia il fatto che *nulla quaestio* viene sollevata né dall'interrogante, né da Scevola stesso sulla loro legittimità. Riterrei piuttosto che fossero parte 'normale' del contratto stipulato dalle parti».

venuto adulto. La causa di tale negozio non sarebbe quella tipica del deposito e neppure quella del mutuo, bensì si tratterebbe di uno scopo assimilabile a quello di una gestione tutelare, realizzato attraverso *Geschäftsführungsverhältnissen*. Quanto, poi, agli interessi, essi sarebbero previsti come somma fissa, *Zinspflicht*, probabilmente calcolata come interessi anatocistici⁴⁵. Essi, pertanto, non potrebbero costituire un onere direttamente gravante sul deposito, il quale è esattamente qualificato come gratuito, ma collocandosi all'interno di un rapporto *lato sensu* tutelare potrebbero ambire a realizzare un duplice risultato. Da un lato, l'obbligo di corrispondere interessi costringerebbe ad impiegare il capitale pupillare in maniera fruttifera; dall'altro lato, si otterrebbe la protezione di colui che subentri nella posizione del tutore dall'incremento degli interessi, attraverso un'esplicita previsione di gratuità del contratto di deposito. Conferma di tale ricostruzione sarebbe da leggersi nelle parole di D. 34.3.28.8 (Scaev. 16 *dig.*), laddove il testatore prevede che "*eiusque pecuniae usuram exigi veto*" e di D. 36.1.80.1 (Scaev. 21 *dig.*), allorquando si specifica "*pro deposito sine usuris*": entrambi i brani saranno tra poco oggetto di più approfondita analisi.

La ricostruzione così prospettata dall'Autore non appare totalmente persuasiva, soprattutto nel riferimento alla gratuità del deposito cui si accosterebbe una previsione ulteriore, estranea al contratto, finalizzata a rendere 'coercibili' gli obblighi di tutela. La narrazione scevoliana richiede pertanto un puntuale confronto con altri frammenti che possano confermare o precisarne la portata.

I brani che si prenderanno ora in esame sono collocati in due diverse 'zone' del Digesto; alcuni, escerpti dai titoli relativi alla tutela in senso stretto⁴⁶ per-

⁴⁵ A. BÜRGE, *Fiktion* cit. 540 s. scrive che «Für die Verwaltung von Mündelgelder können wir aufgrund von Äußerungen Scaevolus von einer Zinspflicht ausgehen, die sich ohne weiteres auf den curatores überträgt, und die auch di Zinsen für bereits eingenommene Zinses umfaßt».

⁴⁶ La bibliografia sull'*officium tutelare* è assai ampia. Nel modesto tentativo di offrire una carrellata dei lavori più significativi ai fini della presente indagine, si possono ricordare: S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore. Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano*, Roma-Istituto di diritto romano 1910, 5 ss.; ID., *La minore età nel diritto romano*, Roma-Athaeneum 1912, 5 ss.; ID., *Studi sulla tutela*, Modena-Università degli Studi di Modena 1925, 1 ss.; ID., *Istituti tutelari*, Napoli-Jovene 1929, 1 ss.; ID., *La prestazione dell' 'auctoritas' e la pluralità dei tutori*, Napoli-Jovene 1935, 5 ss.; ID., *Il momento finale della tutela e il senatoconsulto di Gai. 1.182*, in *AG. 137.2*, 1949, 3 ss.; L. AMIRANTE, 'Captivitas' e 'postliminium', Napoli-Jovene 1950, 59 ss.; B. BIONDI, *Aspetti morali della tutela*, in *Festschrift F. Schulz I*, Weimar-H. Böhlau 1951, 52 ss.; J. ALTMANN, *Die Wiedergabe römischen Rechts in griechischer Sprache bei Modestinus "de excusationibus"*, in *SDHI. 21*, 1955; M. LAURIA, *Possessiones. Età repubblicana II*, Napoli-L'arte tipografica 1957, 82 ss.; F. GRELLI, 'Datio tutoris'

metteranno di valutare l'esistenza di un regime degli interessi nei casi di gestione – esercitata dal tutore o affidata a un terzo – del patrimonio pupillare;

e organi cittadini nel Basso Impero, in *Labeo* 6, 1960, 216 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana* II, Bari-Cacucci 1964, 429 ss.; G. CRIFÒ, *Rapporti tutelari nelle Novelle giustiniane*, Napoli-Morano 1965, 15 ss.; A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Aalen-Scientia 1964, 102 ss.; C.A. MASCHI, *Tutela, fedecommessi, contratti reali. (Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, in *Studi in onore di E. Volterra* IV, Milano-Giuffrè 1971, 667 ss.; S. SOLAZZI, F. SITZIA, v. *Tutela e curatela (diritto romano)*, in *NNDI*. XIX, Torino-Utet 1973, 911 ss. (anche per la nota bibliografica ivi contenuta); A. GUZMÁN, *Caucion tutelar en derecho romano*, Pamplona-EUNSA 1974, 19 ss.; ID., *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona-EUNSA 1976, 17 ss. (opera recensita da O. ROBLEDA, in *SDHI*. 43, 1977, 543 ss. e da P.L. ZANNINI, in *Iura* 28, 1977, 211 ss.); T. MASIELLO, *La donna tutrice* cit. 3 ss.; A. LOVATO, *Aspetti immorali della tutela nel Basso Impero*, in *Diritto e società nel mondo romano*, 1. Atti di un incontro di studio – Pavia, 21 aprile 1988, Como-Ed. New Press 1988, 125 ss.; A. MARKUS, 'Tutela impuberis'. Einfluß des Volksrechts auf das klassische römische Vormundschaftsrecht unter besonder Berücksichtigung der gräko-ägyptischen Papyri, Marburg-DDD, 1989, 1 ss.; F. CANCELLI, v. *Ufficio (dir. rom.)*, in *ED*. XLV, Milano-Giuffrè 1992, 599 ss.; P.L. ZANNINI, v. *Tutela (dir. rom.)*, in *ED*. XLV, Milano-Giuffrè 1992, 305 ss. (anche per l'ampia bibliografia ivi citata); C. FAYER, *La 'familia romana'. Aspetti giuridici e antiquari* 1, Roma-L'Erma di Bretschneider 1994, 379 ss.; F.F. de BUJÁN, *Contribución al estudio de la tutela testamentaria plural en Derecho Romano*, Madrid-Dykinson 1995, 19 ss. (recensito da G. PAPA, in *SDHI*. 62, 1996, 670 ss.); A. GÓMEZ IGLESIAS CASAL, *La tutela en las XII Tables*, in *Rev. de Estudios Hist.-Jur.* 17, 1995, 67 ss.; D. DALLA, *Note minime di un lettore delle Istituzioni di Giustiniano. Libro I*, Torino-Giappichelli 1998, 192 ss.; C. VENTURINI, *Note a margine dell'immagine della tutela nell'opera di Giorgio La Pira*, in *Index* 34, 2006, 147 ss.; F. BRIGUGLIO, *Servio Sulpicio Rufo e la definizione di tutela: 'is ac potestas' o 'ius ac potestas'*, in *Studi in onore di A. Metro* I, Milano-Giuffrè 2010, 163; sulla responsabilità del tutore, anche sotto un rilievo penale, cfr. R. LAPRAT, *Le 'crimen suspecti tutoris'*, Nancy-Imprimerie M. Colin 1926, 19 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari-Cacucci 1960, 11 ss.; P. VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini*, in *Iura* 21, 1970, 71 ss. (= *Studi Donatuti* III, Milano-Ist. ed. Cisalpino La Goliardica 1973, 1305 ss.); sull'*excusatio* del tutore, cfr. G. VIARENGO, *L'excusatio tutelae nell'età del Principato*, Genova-ECIG 1996, 11 ss.; E. GERMINO, *Una causa di 'excusatio tutelae' in un testo di Erennio Modestino: D. 27.1.6*, in *'Fides Humanitas Ius'*. *Studii in onore di L. Labruna* IV, Napoli-Editoriale Scientifica 2007, 2189 ss.; sul diritto familiare romano nelle province, si veda, ad esempio, A. D'ORS, *Epigrafia jurídica de la España romana*, Madrid-Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas 1953, 402 ss.; per l'interpretazione degli istituti tutelari nel pensiero dei Glossatori, si veda G. DI RENZO VILLATA, *La tutela. Indagini sulla Scuola dei Glossatori*, Milano-Giuffrè 1975, 1 ss.; sulla conferma del tutore, L. DESANTI, *'De confirmando tutore'* cit. 1 ss.; per uno studio della tutela a Roma e nelle province, condotto con l'ausilio delle fonti epigrafiche, cfr. D. NÖRR, *Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze*, in *ZSS*. 118, 2001, 1 ss.; G. MAININO, *Riflessioni intorno al 'caput' XXIX della 'lex Irnitana'*, in *SDHI*. 72, 2006, 369 ss.; con particolare attenzione alle fonti papirologiche, T.J. CHIUSI, *Babatha vs. the Guardians of her Son: A Struggle for Guardianship – Legal and Practical Aspects of P.Yadin 12-15, 27*, in *Law in the Documents of the Judaean Desert*, Leiden [u.a.]-Brill 2005, 105 ss.; si vedano anche: E. VOLTERRA, v. *Fami-*

altri passi sono tratti, invece, dai libri dedicati ai lasciti *mortis causa* a titolo particolare, a testimonianza della frequenza con cui previsioni simili a quelle finora analizzate fossero riversate in testamenti e potessero vantare, in evenienze analoghe a quella descritta in D. 32.37.5, una tutela fedecommissaria.

Si consideri innanzitutto:

D. 26.7.58.1 (Scaev. 11 dig.): *Ex duobus tutoribus pupilli altero defuncto adhuc impubere pupillo, qui supererat ex persona pupilli sui iudice accepto consecutus est cum usuris, quantum ex tutela ad tutorem defunctum pervenerat: quaesitum est, iudicio tutelae, quo experitur pubes factus, utrum eius tantum portionis, quae ab initio quod ex tutelae ratione pervenerat ad defunctum contutorem, usurae veniant, an etiam eius summae, quae ex sortis usuris pupillo aucta post mortem eius ad superstitem aequae cum sorte translata sit aut transferri debuit. respondit, si eam pecuniam in se vertisset, omnium pecuniarum usuras praestandas: quod si pecunia mansisset in rationibus pupilli, praestandum, quod bona fide percepisset aut percipere potuisset, sed, faenori dare cum potuisset, neglexisset, cum id, quod ab alio debitore nomine usurarum cum sorte datur, ei qui accipit totum sortis vice fungitur vel fungi debet⁴⁷.*

Morto uno dei due tutori del pupillo quando questi era ancora impubere, il tutore sopravvissuto, adito il giudice, in nome del pupillo ottenne tutto quanto al tutore precedente era pervenuto dalla tutela, con gli interessi: si domanda se, con il giudizio di tutela intentato dal pupillo divenuto pubere, si comprendano solo gli interessi di quel capitale che, in ragione della tutela, abbia dall'i-

glia (dir. rom.), in ED. XVI, Milano-Giuffrè 1967, 723 ss.; U.E. PAOLI, v. *Famiglia (Diritto attico)*, in NNDI. VII, Torino-Utet 1968, 35 ss.; F. DE MARTINO, v. *Famiglia (Diritto romano)*, in NNDI. VII, Torino-Utet 1968, 42 ss.

⁴⁷ Il passo è messo a confronto da S. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma-Aethnaeum 1912, 63 s. con il paragrafo 4 dello stesso frammento, che conterrebbe il medesimo caso «solo che qui (n.d.a.: nel paragrafo 1) il denaro dovuto dal tutore morto è stato pagato al tutore superstite e nel § 4 dal tutore al curatore»; secondo l'Autore, la soluzione del paragrafo 4 sarebbe «chiara e semplice», mentre nel paragrafo 1 «è enunciata in uno stile contorto ed oscuro e nemmeno risponde esattamente alla questione proposta... Il quesito del § 4 è stato aggiunto da Triboniano, il quale voleva insegnare che le norme del § 1 si applicano anche al passaggio dell'amministrazione dal tutore al curatore». Sul passo, S. SOLAZZI, *'Iudex acceptus'*, in SDHI. 22, 1956, 343 s.; sull'espressione *accipere iudicem*, presente nella forma *"iudice accepto"*, si veda R. VIGNERON, *'Offerre aut deponere'*, Liège-Éditions de l'Université de Liège 1979, 156 nt. 191; P. VOCI, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali*, in SDHI. 56, 1990, 87 e nt. 3 («I maiores avevano stabilito una graduatoria dei doveri. Quello verso il pupillo veniva dopo quello verso i genitori») e 89 nt. 11; sull'espressione *"id quod"* nell'ultima parte del passo, cfr. C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in Iura 44, 1993, 25 nt. 275; sull'uso del vocabolo *usura*, *ibidem*, 27 nt. 312.

nizio percepito il contutore defunto o se si comprendano anche gli interessi di quella somma che si è accresciuta al pupillo con gli interessi del capitale e che, dopo la morte del primo tutore, sia ugualmente passata al tutore superstite o sarebbe dovuto passare a lui. Scevola risponde che, qualora quella somma sia stata versata nel patrimonio del tutore, occorre pagare gli interessi su tutte le somme; qualora, invece, il denaro sia rimasto fermo nel patrimonio del pupillo, occorre pagare ciò che in buona fede avrebbe percepito o avrebbe potuto percepire; ma egli, pur potendo prestare il denaro ad interesse, non lo ha fatto per negligenza, poiché ciò che a titolo di interessi viene dato da un altro debitore insieme al capitale, a colui che lo riceve è richiesto tutto sottoforma di capitale, o almeno così deve essere richiesto. Il passo è esplicito nel configurare un obbligo in capo al tutore di corrispondere interessi sul patrimonio depositato qualora il denaro sia stato versato *in rem suam* e qualora sia rimasto *in ratione pupilli*, ossia tanto nell'ipotesi di investimento, quanto nell'evenienza contraria di una fattispecie assimilabile al deposito infruttifero⁴⁸.

Un altro escerto dei *Digesta* definisce in capo ai tutori un'obbligazione di corrispondere gli interessi su somme facenti parte del capitale pupillare non adeguatamente e fruttuosamente impiegate per colpa del tutore:

D. 26.7.58.3 (Scaev. 11 dig.): *Pupillo herede instituto filiae exheredatae duo milia nummorum aureorum legavit eosdemque tutores utrisque dedit: quaesitum est, an ex eo die, quo duo milia potuerunt a substantia hereditatis⁴⁹ et in nomina collocare neglexerint, usurarum nomine pupillae tutelae iudicio teneantur. respondit teneri⁵⁰.*

265

Un testatore, istituito erede il figlio impubere, diseredò la figlia e a lei legò una somma di duemila aurei e diede ad entrambi i medesimi tutori: si domanda se i tutori, nel giudizio di tutela, debbano rispondere nei confronti della

⁴⁸ A. BÜRGE, *Fiktion* cit. 541 e nt. 359 a proposito del regime degli interessi sottolinea appunto come questi siano comunque dovuti, tanto quelli giustamente riscossi quanto quelli che si sarebbero dovuti riscuotere, laddove osserva che «es wird nämlich davon gesprochen, daß *usus* (si *eam pecuniam in se vertisset*) eine Zinspflicht auslöse, und daß bei getrennter Verwaltung der Mündelgelder die redlicherweise eingenommenen Zinsen oder jene, die man hätte einnehmen müssen, geschuldet sein».

⁴⁹ L'*editio minor* Mommsen-Krüger propone qui l'inserimento del verbo *separare*, per rendere più chiaro il contenuto del brano.

⁵⁰ Secondo L. BOYER, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, in *RHDE*. 43, 1965, 358 s., il riferimento alla somma di denaro dovrebbe fare pensare che si tratti della dote, poiché «la dot consiste le plus souvent en une somme d'argent, aureos tot» e, in particolare, nel passo *de quo*, «la dot n'est pas expressément mentionnée mais le legs évidemment en tient lieu: *filiae exheredatae duo millia nummorum legavit...*» (nt. 29).

pupilla degli interessi che per negligenza non hanno ottenuto dal giorno in cui avrebbero potuto separare dall'asse ereditario i duemila e darli a credito. Scevola risponde che sono tenuti.

I due passi non paiono rievocare fattispecie vicine a quella di D. 32.37.5, né sembra ci siano elementi per collocare la provenienza dei clienti di Scevola al di fuori di un contesto propriamente italico; non si pone neppure un problema di riacquisizione, da parte del tutore del denaro gestito da un terzo, come risulta invece dalla clausola di D. 32.37.5 (laddove, peraltro, la questione viene sollevata dal debitore, non dal tutore). Tuttavia, entrambi i brani permettono di cogliere all'interno del regime ordinario della tutela alcuni elementi attinenti alla gestione del patrimonio pupillare – e tra di essi soprattutto gli interessi – talmente importanti da assurgere, in un giudizio a carico del tutore, a criteri di valutazione della responsabilità⁵¹.

Innanzitutto, come si evince da D. 26.7.58.1, obbedirebbe ad un ovvio criterio di buona gestione che il capitale pupillare non stagnasse nelle *rationes* del pupillo, ma venisse investito; tra i modi di investimento più frequenti e meno impegnativi per il tutore vi è il mutuo accompagnato dalla previsione di interessi: in una simile ipotesi il vantaggio per il minore verrebbe ulteriormente incrementato, poiché la somma data a mutuo dal tutore comprenderebbe il capitale e gli interessi da questi dovuti per avere versato il denaro “*in se*”. D'altra parte, come si chiarisce nel § 3 di D. 26.7.58, il tutore risponderà se, per negligenza, avrà omesso di dare il denaro a credito, precludendo così al pupillo la riscossione di un capitale incrementato⁵².

I due passi, soprattutto se letti congiuntamente, chiariscono sia l'opportunità che il denaro pupillare fruttasse, sia che la *datio* del denaro avveniva normalmente con gli strumenti tipici del diritto contrattuale commerciale romano, cui seguiva un'altrettanto tipica forma di tutela processuale: l'elemento di significativa diversità rispetto alla previsione di D. 32.37.5 sta piuttosto nella cir-

⁵¹ Per l'ampia analisi del tipo di responsabilità gravante sul tutore e per la discussione delle ipotesi interpolazionistiche su D. 26.7.58.1, cfr. F. DE ROBERTIS, *La responsabilità* cit. 120 s. e nt. 116; 154 nt. 214 («... parlandosi di ciò che il tutore “*ex fide bona percepisset aut percipere potuisset*”, sembra che si voglia richiamare appunto la *diligentia*... pur se si debba – a nostro avviso – escludere la sostenuta interpolazione dell'inciso “*percipere-potuisset*”, dato che esso appare superfluo, anzi incongruo, rispetto al seguente richiamo alla *neglegentia* di origine palesemente emblematica»); 187 nt. 317.

⁵² Sull'obbligo di *faenerare pecunias pupilli*, cfr. F. DE ROBERTIS, *La responsabilità* cit. 79 e, con particolare riferimento a D. 26.7.58.3, nt. 213, dove il passo viene citato insieme ad altri frammenti che sono stati ritenuti interpolati: l'interpolazione confermerebbe appunto «il preciso indirizzo giustiniano in questo senso»; cfr. anche, *ibidem* 187 nt. 317.

costanza che la somma comprensiva degli interessi non appare fissata *ex ante* al momento della consegna, ma sembra destinata a maturare fino al momento dell'effettiva restituzione del capitale. Soprattutto manca, nei due passi escerpiti dal titolo 26.7 *De administratione et periculo tutorum et curatorum qui gesserint vel non et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus*, la presenza di un vincolo fedecommissario con cui il tutore affidi in gestione il denaro pupillare esplicitamente includendovi il pagamento degli interessi: il denaro viene consegnato ad un terzo, ma vi è una causa contrattuale tipica alla base dell'accordo delle parti e manca il vincolo fiduciario che risulta *prima facie* dalla lettura di D. 32.37.5.

La presenza del vincolo fedecommissario è invece individuabile in altri due passi, in cui, omesso qualunque riferimento alla figura del tutore, si può risalire ad una celata causa di tutela attraverso il riferimento al raggiungimento dell'età di venti o venticinque anni da parte del soggetto beneficiario della gestione⁵³ e in cui – occorre sottolineare – è espressamente esclusa la possibilità di richiedere al depositario il pagamento di alcun interesse⁵⁴. Si tratta del succitato:

D. 34.3.28.8 (Scaev. 16 dig.): *'Centum, quae apud Apronianum deposita habeo, apud ipsum esse volo, donec filius meus ad annos viginti pervenerit, eiusque pecuniae usuram exigi veto'. quaesitum est, an ex causa fideicommissi Apronianus consequi possit, ne ante tempus a testatore praescriptum ea summa ab eo exigatur. respondit secundum ea quae proponerentur consequi posse*⁵⁵.

267

⁵³ L. DESANTI, *De confirmando* 316 nt. 10; l'Autrice (*ibidem* 315) annovera i passi che tra poco si riporteranno tra i casi in cui «il testatore, talvolta, pregava invece l'erede affinché i beni destinati all'incapace fossero affidati alla custodia di un terzo fiduciario. E pregava altresì quest'ultimo di restituirli, ad una certa scadenza».

⁵⁴ Osserva in questo senso A. BÜRGE, *Fiktion* cit. 540: «Wie an andern Stellen aus Scaevola klar wird, in welchen dem Depositär die hinterlegten Gelder fideikommissarisch überlassen werden, bis die Bedachten das Alter von 20 bzw. 25 Jahren erreicht haben werden, Erwähnung durch den Erblasser, wenn damit ein Unmündiger oder ein *minor* beschwert wird. Das hängt nun nicht mit dem Charakter des *depositum* zusammen, aus dem doch gerade die Unentgeltlichkeit hervorgehen würde, sondern mit den Eigenarten der *tutela*».

⁵⁵ B. SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio nel diritto romano*, Napoli-Morano Stampa 1964, 139 («Il divieto di richiedere la somma affidata dal disponente ad un terzo, e le usure di essa, finché il figlio non raggiunga i vent'anni, non porta alla possibilità di agire per la liberazione; l'unico effetto che deriva dalla disposizione è che il terzo *consequi posse, ne ante tempus a testatore praescriptum ea summa ab eo exigatur*»); J. DE CHURRUCA, *Die Gerichtsbarkeit des 'praefectus urbi' über die 'argentarii' in klassischen römischen Recht*, in ZSS. 108, 1991, 321 s.: «Scaevola spricht von Geldhinterlegungen auf Zinsen auch an anderen Stellen. In einem von ihm wörtlich abbeschriebenen Fideikommiss erwähnt der Erblasser eine von ihm bei einem Dritten hintergelegte Geldsumme: er bittet den Beschwerten, deren Rückzahlung während einer gewissen

In un testamento è contenuta una clausola del seguente tenore: “I cento, che ho depositato presso *Apronianus*, voglio che rimangano presso di lui fino a che mio figlio non abbia raggiunto i venti anni e vieto che su di quella somma vengano richiesti interessi”. Si domanda se, in forza del fedecommesso, *Apronianus* possa ottenere che prima della scadenza fissata dal testatore non gli venga richiesta la somma depositata. Scevola risponde che, in base a quanto esposto, egli può vietarlo.

Anche nel passo in esame la clausola testamentaria allude all’esistenza di un deposito irregolare, avente ad oggetto una somma di *centum*, che il testatore – qui coincidente con il depositante (mentre in D. 32.37.5 è il depositario) – vuole che rimanga presso il depositario Aproniano sino al raggiungimento dei vent’anni del figlio. Viene in tal modo costituito un fedecommesso, di cui beneficiario è il figlio ed onerato quell’Aproniano che aveva ricevuto in deposito la somma. Unica espressa formula di protezione per il depositario è che sulla somma non possano essere domandati interessi (*eiusque pecuniae usuram exigi veto*): se tale previsione è stata necessaria, si può pensare che almeno nella prassi fosse invalso l’uso di fissare e domandare interessi sulle somme depositate.

Rispetto a D. 32.37.5 mutano i soggetti del rapporto che risulta però assai simile nella sua originaria e concreta configurazione, nel senso che non si può escludere che tra il testatore/depositante ed il depositario Aproniano fosse intercorso un patto di fiducia che prevedeva la consegna della somma al figlio del testatore una volta raggiunta l’età adulta. In questa prospettiva, il fedecommesso versato in D. 34.3.28.8 avrebbe lo scopo di sostituire ad un accordo *inter vivos* basato sulla *fides* un’obbligazione *mortis causa* pure fondata su di un legame fiduciario; meno verosimilmente, le due forme di tutela si sarebbero potute accumulare.

Utile appare, altresì, la lettura di:

D. 36.1.80(78).1 (Scaev. 21 *dig.*): *Maevia duos filios heredes reliquerat et eodem testamento ita cavit: ‘fidei autem heredum meorum committo, uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium, quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis, ut hi restituant nepotibus meis, prout quis eorum ad annos viginti quinque pervenerit, pro portione, vel si unus, ei omnem’. quaesitum est, an fideicommissum praestari a scriptis heredibus Lucio Titio et Gaio Seio debeat. respondit secundum ea quae proponerentur Lucium Titium, item Gaium Seium fideicommissum petere non posse*⁵⁶.

Zeit nicht zu fordern und verbieten, daraus Zinsen zu verlangen», P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ cit. 155.

⁵⁶ Sul paragrafo 1, cfr. M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento* 1, Torino-Giappichelli

Maevia lascia eredi due figli e nel medesimo testamento inserisce una previsione dal seguente contenuto: «Commetto alla *fides* dei miei eredi che tutto il mio patrimonio rimanga “*pro deposito sine usuris*” presso *Gaius Seius* e *Lucius Titius*, che, se fosse stato lecito, avrei nominato come curatori di tutte le mie sostanze, escludendo tutti gli altri, affinché questi restituiscano il mio patrimonio ai miei nipoti, quando raggiungano i venticinque anni, in porzione o interamente qualora uno solo di loro raggiunga la maggiore età». Si domanda se il fedecommesso debba essere adempiuto dagli eredi testamentari a favore di *Lucius Titius* e *Gaius Seius*. Scevola risponde che, in base a quanto esposto, né l’uno né l’altro potranno chiedere il fedecommesso.

Il passo è stato letto quale testimonianza dell’inesistenza, nel diritto romano classico, della figura dell’esecutore testamentario⁵⁷; invero, se si tenta di ricostruire la vicenda retrostante la clausola riportata, non si può escludere che in essa vi sia menzione di un negozio *inter vivos* anche in questo caso costituito da un deposito – ancora irregolare, come si evince dall’esclusione delle *usurae* – accompagnato da un patto di fiducia. In altre parole, *Maevia* avrebbe depositato le sue sostanze da viva, affidandone la custodia a *Lucius Titius* e *Gaius Seius* sino al momento in cui i suoi nipoti non avessero raggiunto la maggiore età: la parte di frammento compresa tra “*quos etiam*” e “*remotis aliis*”, sulla quale si sono riversati gli sforzi esegetici della letteratura non avrebbe, dunque, alcun rilievo nell’economia del passo, né tantomeno ai fini di correttamente definire i termini di *quaesitum* e *responsum*. Nella scheda testamentaria *Maevia* inserisce un fedecommesso, che al sopra descritto negozio si riferisce: con esso la testatrice pare creare in capo ai suoi due figli nominati eredi *ex testamento* l’obbligazione di fare permanere le somme depositate presso i due fiduciari della donna. Ad essere incerto, semmai, è il soggetto beneficiario del fedecommesso medesimo: chi devono ritenersi legittimati attivi alla *petitio fideicommissi*, *Lucius Titius* e *Gaius Seius* – presso i quali il denaro doveva materialmente permanere secondo il volere di *Maevia* – oppure i due nipoti? E Scevola non ha dubbi nel propendere per questi ultimi.

1984, 189 s.; L. DESANTI, ‘*De confirmando*’ cit. 316 nt. 10; G. IMPALLOMENI, *L’efficacia del fedecommesso pecuniario nei confronti dei terzi. La ‘in rem missio’*, in *BIDR.* 70, 1967, 12 nt. 21 annovera il passo tra quelli in cui il sostantivo *petitio* o il verbo *petere* sarebbero utilizzati «nel senso di sequela».

⁵⁷ Cita il passo per negare l’esistenza della figura dell’esecutore testamentario, A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford-Clarendon Press 1961, 149 s.: «The natural interpretation of this is that the appointment of testamentary executors was not valid. It is possible, but hardly likely, that there were special reasons for not permitting *Gaius Seius* and *Lucius Titius* to be executors in this case».

Conforterebbe siffatta lettura anche la qualificazione del contratto stipulato tra *Maevia* e i due fiduciari alla stregua di un negozio *pro deposito*: non si tratta di un deposito *stricto sensu*, ma di una fattispecie accostabile e non sovrapponibile a quella del deposito, ossia potrebbe trattarsi di una figura negoziale accostabile a quella della παρακαταθήκη descritta in D. 32.37.5. Ancora, la precisazione “*sine usuris*” farebbe pensare ad un’eccezione rispetto ad una prassi più consolidata che prevedeva la corresponsione di interessi, ed il riferimento al raggiungimento della maggiore età da parte dei beneficiari rende plausibile l’idea che lo scopo reale dell’attività negoziale posta in essere dalla donna fosse quella di assicurare una corretta gestione del patrimonio che ella stessa ha inteso destinare a soggetti incapaci. Elementi simili – perché simile era la causa negoziale perseguita, pur nella diversità degli strumenti utilizzati – si rinvengono in taluni passi, da cui spicca un peculiare regime dei lasciti alimentari: nella maggior parte di essi, a realizzare il lascito è un negozio *mortis causa* – per lo più un legato – in cui si attribuisce la somma apponendo un termine coincidente coi venti o venticinque anni dell’alunno, mentre nel tempo intercorrente gli interessi sono versati all’alunno a titolo di alimenti⁵⁸.

270

6. *Brevi considerazioni conclusive.* – Le valutazioni scaturenti dall’indagine svolta devono necessariamente muoversi ancora sul piano della plausibilità; le esegesi, infatti, hanno chiarito la complessità e l’ampia articolazione delle questioni relative sia, in generale ai depositi irregolari, sia alla figura da cui si sono prese le mosse, la παρακαταθήκη. La maggior parte dei testi del Digesto presi in esame sono escerpiti da opere di natura casistica ed attribuiti al giurista Cervidio Scevola, la cui provenienza extraurbica e la competenza a risolvere questioni di diritto provinciale è stata da più voci affermata: la scelta di siffatta antologia consente di sottolineare non soltanto l’atteggiamento del giurista nei confronti di un istituto estraneo allo *ius civile*, ma altresì di aggiungere un – seppur modesto – tassello agli studi relativi alle tecniche di penetrazione e di interpretazione del diritto provinciale nelle maglie degli schemi giuridici tipicamente civilistici.

Certamente l’esegesi di D. 32.37.5 lascia ancora oggi aperti numerosi dubbi di ricostruzione, ma il dato emergente dall’analisi del testo è la forte presenza di una componente provinciale, visibile non soltanto nell’utilizzo della lingua greca, ma anche negli elementi che caratterizzano la fattispecie, come la menzione di *usurae* e la citazione di un giuramento dalla funzione ignota nella prassi

⁵⁸ Si pensi a D. 33.1.18.1 (Scaev. 14 *dig.*); D. 33.1.21.4-5 (Scaev. 22 *dig.*); D. 34.1.15 pr. (Scaev. 17 *dig.*); D. 34.1.16.2 (Scaev. 18 *dig.*); D. 36.1.64(62).1 (Scaev. 4 *resp.*).

romana. Come si è avuto modo di evidenziare, la stessa struttura della παρακαταθήκη reca in sé una componente ulteriore rispetto al semplice deposito, un *quid* che il giurista è chiamato a tradurre nel linguaggio tipico della giurisprudenza dell'Urbe: il dubbio, dunque, coinvolge la forma di tutela – *actio depositi* o *petitio fideicommissi* – e, in particolare, il regime dell'onere della prova relativo ai due negozi coinvolti (contratto di deposito e fedecommesso).

Persuasiva è apparsa la tesi che scorge, nella struttura del negozio greco-romano una causa diversa rispetto a quella del semplice deposito: in particolare, la παρακαταθήκη con la sua duttilità si presta a realizzare lo scopo di una corretta ed indirizzata gestione del patrimonio pupillare e l'esame di fattispecie analoghe a quelle di D. 32.37.5 rivelerebbe come la prassi conosca ed identifichi come efficaci previsioni analoghe a quelle riportate da Scevola. Semmai, il confronto con i brani versati dai compilatori nel titolo D. 26.7 sembrerebbe rivelare come la giurisprudenza abbia scelto di non estendere l'istituto della tutela vera e propria oltre lo spazio dello *ius civile*, sistema all'interno del quale la tutela nasce e si mantiene saldamente. L'analogia di regimi – messa in luce, ma con le accennate prudenze, nell'analisi di D. 34.3.28.8 (Scaev. 16 *dig.*) e di D. 36.1.80(78).1 (Scaev. 21 *dig.*) – sembra rappresentare un indizio a favore della consapevolezza da parte della giurisprudenza romana della similitudine tra gli scopi negoziali, ma, contemporaneamente, la tendenza a non coinvolgere istituti di natura potestativa e di arcaica memoria per inquadrare al loro interno figure negoziali di recente introduzione. Più funzionali a tale scopo appaiono i contratti che recano in sé una componente fiduciaria – nello specifico, il contratto di deposito – e, tra i negozi *mortis causa*, il duttile fedecommesso.

