
RECENSIONI

A. Berger, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden*, 8°, pagg. 246.
Leipzig und Berlin 1911.

La materia di questa larga monografia sulle clausole penali nel diritto dei papiri, è opportunamente divisa in tre capitoli, seguiti da un'aggiunta sulle clausole penali nelle disposizioni di ultima volontà.

Il primo capitolo (pp. 1-50) è dedicato alla terminologia, la cui esatta determinazione è elemento indispensabile per la trattazione d'indole dommatica che è contenuto del secondo capitolo (51-101). La terza parte riguarda le clausole penali nei vari negozi. Chiude il volume un indice accurato delle materie e delle fonti.

Il termine usato a designare la pena convenzionale è ἐπίτιμον e πρόστιμον, usati indifferentemente; πρόστιμον è il termine proprio del tardo periodo bizantino (cfr. ora Mitteis, *Grundzüge*, p. 77¹). La pena convenzionale è dovuta dalla parte inadempiente; il suo ammontare è in arbitrio delle parti (la somma dovuta a titolo di pena sarà più o meno elevata secondo la coazione indiretta all'esecuzione che si voglia ottenere); non v'ha rapporto alcuno tra l'ammontare della pena convenzionale e il valore o l'ammontare della prestazione.

Altro termine che incontrasi nelle clausole penali è ἡμιολία.

S'incontra in relazione con una somma determinata e significa la metà in più della somma a cui aggiungesi ($1 + \frac{1}{2}$: τὸ ἡμισυ τοῦ κεφαλαίου); può avere funzione penale, non essendo, in sè e per sè, che un modo di computare; si trova pure a designare un accrescimento convenzionale d'interessi (cfr. per un caso simile D. 32. 37. 5 [Scevola]).

L'A., a questo proposito, dibatte due questioni: una d'indole linguistica, cioè che la forma corretta da usarsi è ἡμιολία, più frequente

della forma aggettivale (non sostantivale, come si è pur sostenuto) ἡμιόλιον (la forma neutra è però mantenuta dal Mitteis, op. cit., 119¹); l'altra relativa al computo dell' ἡμιολία, che egli dimostra non potersi intendere il 150 per cento, come si è affermato (Leemans, Révillout, Freundt).

Frequente è la stipulazione dei danni e delle spese (βλάβη καὶ δαπανήματα ο ἂναλώματα) sia nel *simpulum* che nel doppio, insieme o separatamente; il trovarsi essi nelle clausole penali non significa che abbiano il carattere proprio di pena; solo e piuttosto indicano il risarcimento del danno e della spesa, sia che debbano esigersi con la prestazione, sia che si presentino come un surrogato della prestazione stessa; hanno carattere penale quando sono stipulati nel doppio.

La pena o multa fiscale, che appare ancora nel iv secolo d. C., differisce dalla convenzionale in quanto deve pagarsi alla cassa dello Stato (nell'epoca tolemaica alla cassa del re, nell'epoca imperiale al fisco); essa ha la sua ragione e il suo fondamento nella volontà delle parti, che, nel periodo imperiale, la fissano normalmente in una somma eguale a quella da pagarsi dal contraente inadempiente (es. in un contratto di compravendita: καὶ προσαποτίσω - ἐπιτίμου ὡς ἴδιον χρέος διπλὴν τὴν τιμὴν καὶ εἰς τὸ δημόσιον τὴν ἴσην; dove ἴση riferito a quanto precede non deve intendersi διπλὴ τιμή, ma il prezzo semplice di compera). L' A. si occupa poi del ὀρισμένον πρόστιμον, e, con maggiore e diverso rilievo del Brassloff e de'lo Schubart, giunge a concludere che l' ὄρ. πρόστ. non è se non una multa fiscale, che si distingue da quella fissata dalle parti εἰς τὸ δημόσιον per ciò che le parti si richiamano a disposizioni di legge regolanti la multa fiscale.

Quindi non è pena convenzionale come incidentalmente affermò il Wilcken (*Griech. Ostr.*, 1, 368); e neppure, come volle il nostro Ferrari, è il πρόστιμον bizantino il τὸ ὀρισμένον πρόστιμον nel senso di pena convenzionale privata, il cui ammontare era fissato dalla legge.

L' A. chiude il primo capitolo trattando della clausola per cui le parti dichiarano che nonostante il pagamento della penale, il contratto resta valido ed effettivo (... χωρὶς τοῦ [ο μὴδὲν ἦσσαν] μένειν κύρια τὰ προγεγραμμένα).

Il secondo capitolo studia la pena convenzionale sotto il rispetto storico e dommatico. La pena convenzionale greco-egizia appare sempre nel contratto stesso di cui garantisce l'adempimento, nè si

incontra fissata per contratto speciale con riferimento a un diritto di credito già costituito. Dev'essere prestata al contraente fedele alle convenzioni dal contraente inadempiente; in caso di pluralità di debitori o creditori si trova spesso determinata la responsabilità solidale, che non appar quindi la regola. Il Berger si sofferma poi ad esaminare il significato delle espressioni *οἱ παρὰ τοῦ δεινοῦς* e *ὁ ὑπερ τ. ἕ.*, persone queste le quali non partecipano al contratto, ma che sono tenute alla prestazione della pena convenzionale. Con la prima di queste espressioni s'indicano i successori a titolo universale (se anche i successori a titolo particolare non è possibile decidere); con la seconda il rappresentante nel senso più lato del termine.

Teoricamente, nel primo caso, si tratta di vera e propria pena convenzionale dovuta dai successori universali, per questa loro posizione giuridica; nel secondo, invece, piuttosto di multa contrattuale, non partecipando il rappresentante al contratto, nè essendo legato dal vincolo giuridico che v'ha per i successori; ma poi mancano, il Berger afferma, elementi per ritenere che le pratiche conseguenze siano quelle derivanti logicamente dal rapporto, o che trattisi di un'aggiunta meramente di stile.

La pena può chiedersi, senza necessità d'interpellazione (cfr. però alcune sporadiche eccezioni, in casi di matrimonio, per la restituzione della dote e in un contratto di mutuo P. Gen. 43), ove l'obbligo principale consista in un *facere* o in un *dare* alla scadenza del termine apposto; ove l'obbligo consista in un *non facere*, al momento in cui il debitore fa quello che non dovrebbe fare.

Il soddisfacimento parziale del debito non influisce sull'obbligo della prestazione integrale della pena, salvo che le parti abbiano convenuto una proporzionale diminuzione.

Se la pena convenzionale si cumuli con l'interesse alla prestazione, il Berger ricerca a pagg. 80-93; e arriva a concludere che, contrariamente al diritto romano, il cumulo, nel diritto dei papiri, ha luogo, conforme al carattere strettamente penale delle clausole; e ciò non solo per l'epoca tolemaica (in cui la prassi costante dimostra un diritto consuetudinario), ma anche nel periodo romano e nel primo periodo bizantino; nel v secolo d. C. si ha invece in questo rispetto un cambiamento, che l'A. attribuisce alla persistente influenza del diritto romano e che si rileva da varî indizi: come lo scomparire

dell' ἡμιολία, l'abbassarsi delle pene pecuniarie, tendendo queste, a poco a poco, a perdere il loro carattere strettamente penale per assumere piuttosto quello di risarcimento dell' interesse alla prestazione.

Il Berger ha occasione di rilevare un fr. di Scevola (D. 45, 1. 122. 6) che, a suo avviso, rappresenta un caso di cumulo della pena convenzionale e dell' interesse alla prestazione. Scevola si sarebbe, nel suo responso, ispirato a quanto avveniva nel diritto greco-egizio. Ma non parmi si possa aderire alle vedute del Berger.

Il diritto romano, è l'opinione comune (ora, contro, per le stipulazioni concatenate, Perozzi, *Ist.* 2. 137), non ammise, come norma, il cumulo; questo unicamente era ammesso per l'accordo delle parti; la decisione di Scevola discende dalle circostanze stesse di fatto e di diritto che il caso presentava, e quindi è, per lo meno, indifferente.

Il caso prospettato è questo: due fratelli si sono divisa l'eredità « et caverunt sibi nihil se contra eam divisionem facturos, et, si contra quis fecisset, poenam alter alteri promisit »; uno di essi muore, l'altro agisce contro gli eredi di questi, sostenendo che la intera eredità, già divisa, gli spettava « ex causa fideicommissi »; e « adversus eum pronuntiatum est quasi de hoc quoque transactum fuisset ». Quid della pena? Scevola risponde che essa è dovuta.

La stipulazione intervenuta era una stipulazione concatenata di questa forma: ' spondes nihil te contra divisionem facturum et si contra feceris C dare? ' Sia che si consideri la stipulazione penale come condizionale, sia che la si consideri come novatoria della precedente stipulazione, secondo i principii essa è che si può far valere (D. 44. 7. 44. 6; e su questo testo le interessanti osservazioni del Marchi, *Disposiz. testam. a titolo di pena* in *Bull. Istit. dir. rom.*, 21, 86, lavoro che non vedo citato dall'A.). Colui che ha contravvenuto intentando l'azione da fedecommesso e attaccando per tal modo l'avvenuta divisione, è quindi tenuto dalla stipulazione penale; non è necessario ricorrere al cumulo per spiegare come colui che intenta l'azione per ottenere la pena stipulata, ritenga anche la parte assegnatagli del patrimonio ereditario diviso; ciò dipende dal fatto che all'avversario non è stato riconosciuto il diritto accampato, « quasi de hoc quoque transactum fuisset », e a chi agisce con l'azione della stipulazione penale non può opporre alcuna eccezione.

Nel caso in cui la stipulazione fosse stata semplice ' si quid contra

divisionem feceris, C dare spondes?' si sarebbe avuto: una stipulazione di 100 sotto condizione, e solo i 100 in obligatione (cfr. D. 45, 115. 2 e Ferrini, *Pand.* 3, p. 611³).

Il quarto capitolo è il più esteso (pp. 100-234), come quello che studia la clausola penale nei singoli negozi (mutuo, compra-vendita, locatio rei e operarum, divisione, compromesso, matrimonio, e, in fine, nelle disposizioni di ultima volontà); ma, data l'indole analitica della ricerca, non ci è possibile qui dirne altro se non ch'essa costituisce un pregevole e ricco contributo allo studio del diritto delle obbligazioni nel diritto greco-egizio, condotto con ammirevole diligenza.

Così come, del resto, per diligenza e metodo è ammirevole tutto il lavoro del Berger. Nel quale, se per l'indole stessa del tema, la parte espositiva prevale sulla critica, vanno rilevate e la completa conoscenza del materiale e della letteratura, anche italiana, e la quasi sempre accettabile interpretazione dei documenti e il ricco corredo di dottrina. Se non vi si agitano gravi questioni, quelle che si presentano sono con sicuro criterio risolte; se in questo o quel punto si può dissentire, non menomata ne riesce la impressione complessiva di lavoro lungamente curato e degnamente condotto.

G. BORTOLUCCI.
