



CENTRO DI ECCELLENZA IN DIRITTO EUROPEO
“GIOVANNI PUGLIESE”

CARLO AUGUSTO CANNATA

SCRITTI SCELTI DI DIRITTO ROMANO

Volume I

a cura di

LETIZIA VACCA



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

CENTRO DI ECCELLENZA IN DIRITTO EUROPEO
“GIOVANNI PUGLIESE”

Collana diretta da Letizia Vacca



COLLANA DEL CENTRO DI ECCELLENZA IN DIRITTO EUROPEO
“GIOVANNI PUGLIESE”

CARLO AUGUSTO CANNATA

SCRITTI SCELTI DI DIRITTO ROMANO

Volume I

a cura di

LETIZIA VACCA



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2011 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-8485-0

Composizione: Compograf - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

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.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

INDICE

	<i>pag.</i>
TOMO I	
<i>Presentazione</i>	IX
ALCUNE OSSERVAZIONI ED IPOTESI SU PSI 1449	1
L'ANIMO POSSIDERE' NEL DIRITTO ROMANO CLASSICO	9
DALLA NOZIONE DI 'ANIMO POSSIDERE' ALL'ANIMUS POSSIDENDI' COME ELEMENTO DEL POSSESSO	39
I RINVII AL 'IUS' NELLA 'INTERPRETATIO' AL CODICE TEODOSIANO	79
SUI 'FRAGMENTA AUGUSTODUNENSIA'	99
SULL'ORIGINE DEL 'FRAGMENTA AUGUSTODUNENSIA'	111
SU ALCUNI PROBLEMI RELATIVI ALLA 'LOCATIO HORREI' NEL DIRITTO ROMANO CLASSICO	125
IL PASSAGGIO DALL'ANTICHITÀ AL MEDIOEVO NELLA STORIA GIURIDICA DELL'OCCIDENTE	151

	<i>pag.</i>
APPUNTI SULLA IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA E LA 'CULPA DEBITORIS' NELLE OBBLIGAZIONI DA 'STIPULATIO IN DANDO'	169
PREMESSA	169
I. L'IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA	173
1. L'impossibilità sopravvenuta: il perimento dell'oggetto di una obbligazione generica.	173
2. Esame della casistica contenuta in Paul. D. 45, 1, 83, 5: distinzione di Paolo fra estinzione dell'obbligazione e sua inesigibilità temporanea, secondo il carattere più o meno definitivo dell'impossibilità sopravvenuta	176
3. Conferma tratta da Paul. D. 46, 3, 98, 8: esame della nuova casistica in esso contenuta	182
4. La diversa opinione di Celso (D. 45, 1, 83, 5; D. 46, 3, 98, 8; D. 32, 79, 2 e 3): individuazione del significato della opposizione di Paolo a Celso	186
II. 'CULPA DEBITORIS'	191
1. La terminologia con cui le fonti esprimono il principio della responsabilità del debitore, quando il perimento dell'oggetto sia avvenuto durante la mora o sia stato da lui causato	191
2. La ' <i>culpa debitoris</i> ': a) in relazione al perimento fisico della cosa: Paul. D. 45, 1, 91 pr.	195
3. Insufficienza della interpretazione tradizionale di questo testo, in quanto tende a dedurne una nozione di <i>culpa debitoris</i> come colpa commissiva in senso stretto. Un esempio di <i>factum debitoris</i> attuato mediante omissione (<i>fame necare</i>).	197
4. Il comportamento attivo dovuto dal debitore di cosa altrui (Ulp. D. 30, 53, 4 e 6)	198
5. Il comportamento attivo dovuto da chi ha promesso di <i>dare certo loco</i> (Ven. D. 45, 1, 137, 2)	200
6. La ' <i>culpa debitoris</i> ': b) in relazione al perimento giuridico della cosa (Paul. D. 45, 1, 91, 1)	203
7. Considerazioni conclusive	210
LA 'DISTINCTIO' RE-VERBIS-LITTERIS-SENSU ET LES PROBLEMES DE LA PRATIQUE	213
SULLA 'DIVISIO OBLIGATIONUM' NEL DIRITTO ROMANO REPUBBLICANO E CLASSICO (STUDI SULLE OBBLIGAZIONI II)	237
DIE VERTRAGLICHE HAFTUNG IN DER SICHT DER RÖMISCHEN JURISTEN	253

	<i>pag.</i>
LA CLASSIFICAZIONE DELLE FONTI DELLE OBBLIGAZIONI: VICENDE DI UN PROBLEMA DOMMATICO E PRATICO (I PARTE)	265
LE DEFINIZIONI ROMANE DELL'‘OBLIGATIO’ PREMESSE PER UNO STUDIO DELLA NOZIONE DI OBBLIGAZIONE	319
DAS ABGB UND DIE JURISTISCHE KULTUR IN DER LOMBARDEI	347
DAI GIURISTI AI CODICI, DAI CODICI AI GIURISTI (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)	359
VIOLENZA FITTIZIA E VIOLENZA REALE NELLE STRUTTURE PRIMIGENIE DEL PROCESSO PRIVATO ROMANO	375
‘TERTIIS NUNDINIS PARTIS SECANTO’	391
INTRODUZIONE AD UNA RILETTURA DI GAI. 4, 30-33	401
RABELAIS ET LE PROCES	413
APERÇU HISTORIQUE DU NOTARIAT EUROPÉEN	427
USUS MODERNUS PANDECTARUM E DIRITTO EUROPEO (a proposito di: H. COING, <i>Europäisches Privatrecht, I: Älteres Gemeines Recht [1500 bis 1800]</i> , München 1985)	443
DAS FAKTISCHE VERTRAGSVERHÄLTNIS ODER DIE EWIGE WIEDERKUNFT DES GLEICHEN	451
ONOFRIO TAGLIONI (1782-1823)	467
LE DROIT ECRIT A NEUCHATEL, PAYS DE COUTUMES	471

VIII

Scritti scelti di diritto romano

	<i>pag.</i>
IL DIRITTO EUROPEO E LE CODIFICAZIONI MODERNE	481
SYSTÉMATIQUE ET DOGMATIQUE DANS LES COMMENTARII <i>IURIS CIVILIS</i> DE HUGO DONELLUS	497
ATTO GIURIDICO E RAPPORTO GIURIDICO	509
<i>USUS HODIERNUS PANDECTARUM, COMMON LAW.</i> DIRITTO ROMANO OLANDESE E DIRITTO COMUNE EUROPEO	565
DELITTO E OBBLIGAZIONE	587

ALCUNE OSSERVAZIONI ED IPOTESI SU PSI 1449*

1. – La recente pubblicazione del reperto membranaceo PSI 1449¹ ha suscitato una vivace disputa. Ed era naturale: la scoperta giunge nel periodo di pieno sviluppo, almeno presso gli studiosi tedeschi, della «Textstufenforschung», e le induzioni che, sulla base dei confronti testuali permessi dalla pergamena², l'Arangio-Ruiz ha tratte³, non potevano non suscitare reazioni.

Contro l'Arangio Ruiz hanno scritto infatti il Wieacker e il Wolff⁴, in diverso senso.

* Pubblicato in *Archivio Giuridico*, vol. CLIX, Fasc. 1-2 (Sesta serie vol. XXVIII, Fasc. 1-2) 1960.

¹ PSI XIV, Firenze 1957, 159 ss., con commento dell'ARANGIO RUIZ, a cui rinvio per tutto ciò che concerne la descrizione fisica e paleografica del frammento. Riporto, qui di seguito, per comodità del lettore, i testi, con l'integrazione proposta dall'A.:

PSI 1449 R: +g+ [+++ esse actionem ex] locato pa[tri eius Iul(ianus)] dicit, in*iu*[riarum a(u)t(em) ne]gat, quia no[n iniuriae fa]ciendae c(ausa) id [fecerit,] sed preci[piendi. se]d et de Aquil[ia quid sen]tiamus alio [(com)m(en)tario tradi]dimus. [Seguono altre 5 righe che si iniziano 'Si servum', ma che non è possibile ricostruire].

Scolii: alla prima frase: Σημ(είωσαι) οὖν ὅτ(ι) [ἡ τ]οῦ πάκτου [κ(αὶ) οὐχ ἡ τ]ῶν ini[uria]rum [ἔστι]

alla seconda frase: [Ἐ]ν τῷ Aquilio τῶν de iud(iciis) ἐδέξατο δὲ ἐκ τοῦ(του) εἶναι Aquil(ιον) ο[ὐτ(ίλιον)].

PSI 1449 V: [aut villa no]n reficitur [v(el) stabulu]m v(el) ubi gre[ges eius s]tare oportet[at, v(el) si qui]d in lege [c]um[ductioni]s convenit, [si hoc non pr]aestetur, [ex conduc]to aget<ur>. Si [vis temp]estatis ca[lamitosae] conti[n]ge[rit, an l]ocator condu[ctori hoc] nomine ali[quid prae]stare debe[at, videamu]s. [E]t refert [Pomponius Servium existimasse omnem vim, cui resisti non potest, dom]inum colono praestare debere, ut puta *rell.*].

² Il più importante è il confronto possibile tra PSI 1449 R e D. 19, 2, 13, 4 (Ulp. 32 ed.): Item Iulianus libro octagesimo sexto digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius: quamvis enim magistris [levis] castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse[: sed et de Aquilia supra diximus]. Iniuriarum autem actionem competere Iulianus negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praecipendi.

³ Alla pubblicazione nei PSI ha fatto immediatamente seguito un più ampio studio, in AG 153 (1957), 140 ss., ove, dopo una parte che riprende quanto già era apparso in PSI, si fanno considerazioni sulla portata della nuova scoperta in relazione ai problemi di storia delle fonti (15 ss.). L'A. vede nella pergamena non certo una prova, ma almeno una testimonianza di un certo peso contro l'ipotesi di interpolazioni *frühnachklassischen* nei testi dei giuristi classici, ed a favore invece di una analogo attività delle scuole tardopostclassiche orientali.

⁴ WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, 255 ss.; WOLFF, *Zur Palingenesie und Textgeschichte Ulpianus Libri ad Edictum*, in IVRA 10 (1959), 1 ss. I due contributi sono menzionati in ordine logico, poiché il Wieacker (che del resto ha evidentemente potuto prender visione del contributo del Wolff solo durante la correzione delle bozze, e pertanto si limita a richiamarlo nelle note) assume una posizione intermedia, attribuendo, in sostanza, le modifiche più salienti ai compilatori, e

2. – Il dissenso fra tre studiosi di quella statura è la prova più chiara della forte percentuale di opinabilità insita in tale genere di ricerche. Ed è solo per questo, per questa fluidità dell'argomento che dà diritto di cittadinanza a qualunque ipotesi che sia in qualche modo sostenibile, che io oso inserirmi nella disputa.

Non si è finora, infatti, tenuto sufficientemente conto di una possibilità: che PSI 1449 R e D. 19,2,13,4 non siano due redazioni diverse dello stesso testo, ma PSI rappresenti un frammento tolto dal passo corrispondente dei *libri ad edictum* di un altro autore, poniamo dal l. 34 *ad ed.* di Paolo.

A me pare che gli indizi in questo senso siano cospicui. L'obiezione fondamentale, che consiste nell'addurre le affinità tra i due testi, si supera agevolmente considerando che il passo corrisponde, in entrambi i casi, ad una citazione dello stesso luogo di Giuliano, che gli autori avevano sotto gli occhi e da cui riportavano espressioni e concetti. Ciò posto, gli indizi favorevoli alla mia ipotesi mi paiono i seguenti:

a) Va tenuto anzitutto presente che l'integrazione del reperto è stata condotta sulla base del presupposto che esso rappresentasse un'altra versione dello stesso

concludendo in modo generico: «Erbringt der Papyrus also keinen zwingenden Beweis für spätere oströmische Interpolationen, so rechtfertigt er allerdings Arangio Ruiz' Warnung vor vorzeitigem Doktrinalismus in der Textstufenforschung» (p. 262). La posizione del Wolff è invece diametralmente opposta a quella di Arangio-Ruiz: egli vede nel nuovo frammento una prova delle rielaborazioni che si vogliono attribuire alla prima epoca postclassica. La sua ipotesi fa perno soprattutto (v. in part. p. 11) sull'attività di uno scoliaste già altrove da lui individuato e denominato Juliankenner (cfr. lo studio *Zur Überlieferungsgeschichte von Ulpian's Libri ad Sabinum*, in *Festschr. Schulz*, 2, Weimar 1951, 145 ss., in part. 161 ss.), e sulla postulata «seconda edizione» dei commentari *ad edictum* (su cui v. NIEDERMEYER, *Vorjustinianische Glossem und Interpolationen und Textüberlieferung*, in *Atti Congr. int. dir. rom.*, I, Roma 1934, 351 ss., in part. 369 ss.; SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford 1946, 199 ss.; WOLFF, *Ulpian XVIII ad ed. in Collatio and Digest and the problem of postclassical editions of classical works*, in *Scritti Ferrini*, Milano 1949, 4, 64 ss.; WIEACKER, *Lebensläufe klassischer Schriften in nachklassischer Zeit*, in *ZSS* 67 (1950), 360 ss.; SCHULZ, *Die Ulpianfragmente des Papyrus Rylands 474 und die Interpolationenforschung*, in *ZSS* 68 (1951), 15, 27 s.; KASER, *Zum heutigen Stand der Interpolationenforschung*, in *ZSS* 69 (1952), 64; WIEACKER, *Textstufen* cit., 231 ss.). Questa seconda edizione (la prima su pergamena) sarebbe anteriore alla *Collatio*, e quindi non posteriore al 323 (termine *ad quem* per la datazione della *Collatio*: cfr. NIEDERMEYER, *o.c.* in *Atti*, Roma 1934, 1, 369; e in part. LEVY, in *ZSS* 50 (1930), 701 s., in una recensione al fondamentale studio di VOLTERRA, *Collatio legum mos. et rom.*, in *Mem. Acc. Lincei, Classe di sc. morali*, 327 (1930), Ser. 3, 3, 1, che ha dato l'avvio definitivo agli studi più recenti; la data del 323 come termine *ad quem* è stata da ultimo accettata da GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV^e et V^e siècle*, Paris 1957, 323), ma anche non molto anteriore (cfr. WIEACKER, *Textstufen*, 231).

Oltre agli Autori dei quali ho tentato or ora di delineare sommariamente il pensiero, si sono anche, ma assai più brevemente, occupati di PSI 1449, il SEIDL (*SDHI* 24 (1958) 426 s.), l'AMELOTTI (ivi, 386 ss.) e il D'ORS (*AHDE* 27-28 (1957-58) 1259 s.). Il primo è favorevole ad un intervento dei compilatori in D. 19, 2, 13, 4, il secondo propende per ritenere che la pergamena non riporti il testo originale di Ulpiano, ma quello di un'epitome; il D'Ors, infine, aderisce alla linea di pensiero dell'Arangio Ruiz, aggiungendo dei rilievi critici contro la genuinità di D. 9, 2, 5, 3.

A tutte queste obiezioni, l'Arangio-Ruiz ha recentemente risposto in una nota (*Di nuovo sul frammento di Ulpiano in PSI 1449 R*, in *BIDR* 63 (1960) 281 ss.) nella quale ribadisce le sue posizioni, movendo soprattutto una serrata (e sostanzialmente, a mio avviso, decisiva) critica alle deduzioni del Wolff.

passo escerpito in D. 19,2; le affinità possono essere pertanto state artificiosamente aumentate, e tuttavia ancora così restano differenze assai difficilmente giustificabili:

D. 19,2,13,4: *Item Iulianus libro octagesimo sexto digestorum scripsit ... ex locato esse actionem patri eius.*

PSI 1449 R: *esse actionem ex locato patri eius Iulianus dicit*⁵.

E inoltre, soprattutto, l'argomentazione, che giustamente il Wieacker⁶ e il Wolff⁷ considerano imprescindibile, *'quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse'*⁸, che nel Digesto segue la decisione,

⁵ La differenza fra le due espressioni sta alla base delle citate deduzioni del SEIDL e dell'AMELOTTI (cfr. *supra*, nota 4), contro i quali v. Arangio-Ruiz, *BIDR* 63, 283 s., con argomenti, in questo, analoghi a quelli del WOLFF (*IVRA* 10, 4).

⁶ *Textstufen*, 260.

⁷ *IVRA* 10, 4.

⁸ La sola parola *'levis'* va espunta, trattandosi di un evidente glossema. Cfr. le argomentazioni che l'ALBANESE (*Studi sulla legge Aquilia*, in *Ann. Pal.* 21 (1950), 272 s.) ha svolte per sostenere la non genuinità del *'dumtaxat'* nel fr. 5, 3, D. 9, 2: esse vanno estese, a mio avviso, a comprendere la parola *'levis'* sia nel nostro fr. che in quello ora citato, di cui ecco il testo:

D. 9, 2, 5, 3 (Ulp. 18 *ed.*): Si magister in disciplina vulneraverit servum [vel occiderit], an Aquilia teneatur, [quasi damnum iniuria dederit?]. et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina [: multo magis igitur in occiso idem erit dicendum]. proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo filiofamilias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. dicit Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia [levis dumtaxat] castigatio concessa est docenti [: sed lege Aquilia posse agi non dubito].

Sul punto, analogamente all'Albanese, già prima RICCOBONO, *Tijdschr.* 9 (1929), 52. Non posso invece aderire alle ipotesi dell'Albanese sull'itp. di D. 19, 2, 13, 4 (*o. c.* 279 ss.): esse sono in realtà condotte con grande acume e con una rigorosa applicazione dei metodi d'indagine acquisiti alla tecnica della scienza romanistica; tuttavia i risultati paiono sconfessati dopo il ritrovamento di PSI 1449. Infatti l'A., confrontando D. 19, 2, 13, 4 e D. 9, 2, 5, 3 e fermando la sua attenzione sul problema dell'*actio ex locato*, di fronte al dubbio della l. 5,3 ed all'affermazione di 13,4, deduce l'itp. di quest'ultimo, perché «non è verosimile attribuire ai compilatori – che perseguivano, non si dimentichi, un fine legislativo – un'alterazione intesa a trasformare una soluzione certa in un dubbio dottrinale». Ma PSI 1449 R, chiunque ne sia l'autore, ci autorizza a pensare che la soluzione di Giuliano fosse, benché raggiunta con una discussione, affermativa: e quindi non c'è più ragione di dubitare del tenore, a tale proposito, di D. 19, 2, 13, 4.

Piuttosto si pone a questo punto il problema di spiegare il dubbio di D. 9, 2, 5, 3: il WOLFF (*IVRA* 10, 6 ss.) attribuisce tutta la parte *'dicit igitur-docenti'* all'opera del suo *Juliankenner*, a cui sarebbe piaciuta la progressione «nein – vielleicht – ja» (*iniuriarum – ex locato – ex lege Aquilia*) (p. 11 s.). Un aspetto curioso dello studio del WOLFF è che, malgrado il confronto testuale riguardi D. 19, 2, 13, 4, il suo «Haupttext» è in realtà D. 9, 2, 5, 3; ma, a parte ciò, è più semplice spiegare la divergenza attribuendola allo stesso Ulpiano, che voleva riportare brevemente, e senza compromettersi con una soluzione precisa, il succo di un'ampia discussione che si trovava in Giuliano, e che egli si riservava di delibare meglio a suo luogo, cioè nella trattazione relativa all'*actio ex locato*. Vi è, a mio avviso, una considerazione di cui bisogna tener conto sempre quando si crede di essere di fronte ad un intervento del

mentre in PSI la doveva precedere, come mi riprova il '+g++++' della pergamena, che credo di poter integrare⁹ con '(i)gi(tur)' (*dandam igitur esse actionem*).

b) il fr. del Digesto, d'altra parte, tolto il glossema «*levis*» e l'espressione parentetica (su cui tornerò più innanzi) «*sed et de Aquilia supra diximus*», appare talmente scorrevole e rigoroso, che non mi par sostenibile alcuna ipotesi di alterazione.

Che si trattasse di un rapporto di locazione «*ad docendum*», non era necessario precisare, dato il tenore del frammento che precede¹⁰; che si trattasse di un *filius familias* ingenuo (come è precisato in D. 9,2,5,3), neppure: Giuliano, nel l. 86 dei *Digesta* doveva precisare, trattandosi del problema dell'applicabilità dell'*actio ex lege Aquilia*¹¹; Ulpiano è in tema di locazione, e la differenza in tale ipotesi non ha rilevanza. Solo va notato che il fatto che Ulpiano si atteneva strettamente al linguaggio dell'autore da cui attingeva¹², lo ha indotto a scrivere ugualmente «*patri*».

L'argomentazione relativa alla *castigatio* è al suo posto, ed è essenziale; giustifica anzi la posizione stessa del problema, che altrimenti sarebbe stato di ovvia soluzione. Come il caso del precedente § 3 «*si quis servum*», nel quale pure la responsabilità del precettore risiede in un comportamento che esorbita dai limiti di quello che normalmente si ritiene dover essere tenuto dal precettore (non va dimenticato che l'*actio ex locato* è un *iud. bonae fidei*)¹³.

E veniamo al «*sed et de Aquilia supra diximus*». L'espressione, nel testo come si presenta ora, è parentetica. Ma questo non basta a giustificarla: essa rappresenta un'intrusione, non soltanto nel fluire della frase, ma anche in quello del ragionamento. Basta analizzare il discorso mettendone in evidenza i verbi principali: *scripsit - diximus - negat*; e i soggetti: *Iulianus - (nos) - Iulianus*.

fantomatico Juliankenner: Ulpiano, nelle sue grandi opere d'insieme, si avvaleva ampiamente, come è noto, di opere precedenti, che probabilmente, anzi, seguiva spesso pedissequamente, aggiornandole e integrandole. Nel caso dei commentari *ad edictum* il modello era costituito dalla monumentale opera analoga di Pomponio (cfr. SCHULZ, *History*, 198, soprattutto PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, Berlin 1885, estr. da *Sitzungsberichte der Berliner Akad. der Wiss.*), ma certo i *Digesta* di Giuliano erano pure tenuti presenti nel testo originale, che veniva usato con funzione integrativa: questo può spiegare una certa disarmonia nelle citazioni di Giuliano (per le citazioni di altri autori, che hanno fatto concepire al Wolff altri *Kenner* – cfr. *Festschr. Szblz cit., passim* – il discorso sarà talora analogo, e talora anche più semplice). V. anche WIEACKER, *Textstufen*, 17, 284.

⁹ L'integrazione *igitur* è ora proposta anche dall'Arangio-Ruiz (*BIDR*, 63, 287), che ha anche avuto modo di verificarne la possibilità paleografica. Per la ricostruzione che l'A. fa del testo in relazione alla nuova lezione, v. art. cit., p. 290 e 287 n. 4.

¹⁰ D. 19, 2, 13, 3 (Ulp. 32 ed.): *Si quis servum docendum conduxerit eumque duxerit peregre et [aut] hostibus captus sit [aut perierit], ex locato esse actionem placuit, [si modo non sic conduxit, ut et peregre duceret].*

¹¹ Ed è questa una prova che tale azione dovesse trovare applicazione in qualche modo; altrimenti, perché Giuliano vi avrebbe sollevato il problema? La risposta recisamente negativa avrebbe reso la questione troppo ovvia.

¹² Sul punto v. *supra* e la n. 7.

¹³ La testimonianza non muta significato se si vuol ritenere che '*aut*' '*aut perierit*' e '*si modo-fin*' siano glossemi. L'ipotesi mi pare probabile. È stata avanzata, limitatamente ad '*aut*' '*aut perierit*', dal MAYER-MALY, *locatio-conductio*, Wien-München 1956, 186.

È facile obiettare, sulla base di ciò, che il posto esatto del rinvio è quello rilevato dalla pergamena (*dicit - negat - tradidimus*); ma a questa obiezione, in sé perfetta, si può obiettare ancora, chiedendo la ragione dello spostamento e della modifica. La ragione addotta per la modifica è la seguente: una citazione di Ulpiano che faccia riferimento ad un altro luogo dei suoi commentari non poteva stare nel Digesto. La ragione dello spostamento è acutamente spiegata dal Wieacker con queste parole¹⁴: «Man könnte sich dabei denken, dass die törichte Versetzung auf ein technisches Versehen, etwa auf einen falsch gesetzten oder bezogenen Asterisk, Obulus (oder sonstiges Einfügungszeichen) für die Kopisten der Digestenreinschrift zurückgeht».

Ciascuno degli elementi della spiegazione proposta è assai brillante, ma la loro somma non riesce a convincere.

Anzitutto perché cambiare la forma della citazione, quando il «*supra diximus*» attuale ha più o meno la stessa portata (e si tenga anche conto che la lezione «*commentario*» – della parola non resta nulla in PSI – è assai incerta, e per essere ammessa impone di postulare la rara doppia abbreviazione >*mtario*¹⁵: molto più semplice pensare a *libro o loco*)?¹⁶ E quanto allo spostamento, esso, come si è visto, presuppone un'aggiunta, indicata con un segno di richiamo, ma in un testo ove non era scritto nulla, non dove c'era una frase cancellata che andava sostituita. Ché, se si vuole attribuire l'errore, non agli scribi che sedevano coi compilatori, ma ai copisti successivi, l'argomentazione perde tutta la sua forza.

Un punto mi pare sicuro: che lo spostamento documenta l'aggiunta: ma la modificazione mi pare improbabile. Ulpiano dunque, in questo luogo, o non parlava affatto del problema dell'Aquilia, o lo delibava in profondità. In ogni modo non doveva esservi rinvio.

Il rinvio è opera dei compilatori, che si ispirarono in ciò a quello che vedevano contenuto nel luogo corrispondente dei commentari *ad edictum* di Paolo: era appunto quello del nostro PSI 1449 R. Che i compilatori, nella redazione delle parti della compilazione tratte dai commenti edittali, tenessero sempre e soprattutto presenti i commentari di Paolo assieme a quelli di Ulpiano, è documentato dall'alternarsi delle citazioni, per cui si può dire che essi procedono sempre sulla base dell'uno (normalmente Ulpiano), integrando col pensiero dell'altro. Nel nostro caso la prova specifica è offerta dagli ampi squarci del l. 34 *ad ed.* di Paolo, contenuti nel tit. 19,2. Che poi in Paolo si parlasse del problema che risale a Giuliano, è documentato dal breve riferimento contenuto in D. 9,2,6, e tratto dal l. 22 *ad ed.* di Paolo, dedicato in gran parte alla *lex Aquilia*¹⁷: il che offre una sicura prova della

¹⁴ *Textstufen*, 258.

¹⁵ ARANGIO-RUIZ, PSI, 160 s.

¹⁶ V. D'ORS, *o. c.*; ARANGIO-RUIZ, *BIDR* 63, 282.

¹⁷ V. *Paling*, ad h. l. È ben vero che il fr. di Paolo, che considero una prova, è estremamente scarso: *praeceptoris enim nimia saevitia culpae adsignatur*. Nella sua brevità esso contiene però tutti gli ele-

possibilità che nei commentari di Paolo, là dove si parlava della locazione, si trovasse un rinvio alla trattazione della *lex Aquilia*.

3. – L'ipotesi proposta ha così preso corpo. Non v'è alcuna certezza in questo senso, ma mi pare di aver così mostrato come sia ben possibile pensare che il testo di PSI 1449 R non sia l'originale corrispondente al fr. ulpiano del l. 32 *ad ed.*, contenuto in D. 19,2, ma che provenga invece dal l. 34 *ad ed.* di Paolo.

Prendendo l'ipotesi raggiunta come punto di partenza per un'ulteriore indagine, restano da valutare due fatti: l'identità quasi totale del testo contenuto nel Verso di PSI 1449 con quello della parte corrispondente del fr. 15, D. 19,2 (Ulp. 32 *ed.*)¹⁸, e la presenza ed il tenore degli scolii greci del Recto.

4. – Nulla vieta di pensare che, malgrado la sua normale corrispondenza con il fr. ulpiano D. 19,2,15, PSI 1449 V sia un passo dei commentari di Paolo. È il tenore del testo che giustifica l'ipotesi: si tratta di una enumerazione di casi opinabili di legittimazione passiva all'*actio ex conducto*; l'autore di PSI 1449 V la trae (e l'acuta integrazione di Arangio-Ruiz «*refert Pomponius existimasse*», depone a favore di questa illazione) da Pomponio. Trattandosi di una enumerazione di casi discussi, con quel carattere pratico e generale insieme che denuncia le casistiche di scuola, può ben darsi che essa sia stata presa letteralmente di peso dagli autori delle *summae* del III sec.¹⁹, come già forse Pomponio l'aveva derivata dal Servio.

Se non si vuol seguire questa interpretazione e si ritiene invece che PSI 1449 V sia di Ulpiano, il frammento pergameneo assume un significato del tutto diverso da quello che si è voluto vedervi sinora: ci troveremmo infatti di fronte al manoscritto di una compilazione di passi di diverso autore. Ma pensare con ciò a compilazioni del tipo dei *Fragmenta Vaticana*, o di quell'opera che, secondo un'interessante ipotesi²⁰, sarebbe servita di base alla *Collatio*, è estremamente difficile: e ciò

menti che permettono di riferirlo inequivocabilmente al nostro problema: la collocazione, come si è detto, e la parola *culpa* (cfr. Gai. 3, 211) lo riferiscono al *damnum iniuria datum*; 'praeceptoris' al rapporto di apprendistato; 'nimia saevitia' più in particolare ancora alla nostra fattispecie.

¹⁸ Il testo di PSI 1449 V. è riportato nella n. 1. Faccio seguire qui il testo del Digesto, mettendo in corsivo le parti che non figurano nella pergamena:

D. 19, 2, 15 (Ulp. 32 *ed.*) 1. *Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur vel stabulum vel ubi greges eius stare oporteat) vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestetur, ex conducto agetur.* 2. *si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest etc.*

¹⁹ Che anche Paolo, benché forse meno servilmente di Ulpiano – per il quale cfr. n. 7 –, si sia avvalso ampiamente dei commentari di Pomponio, è certo. Del resto, data l'importanza dell'opera di Pomponio, non poteva essere altrimenti. Cfr. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur* etc. München-Leipzig 1912, 230.

²⁰ SCHULZ, *History*, 313.

per il tenore del secondo degli scolii greci²¹. Il rinvio ai *libri de iudiciis* in esso contenuto richiama la terminologia delle opere ordinate secondo il sistema dell'editto. E né i *Fragmenta Vaticana* né l'altra presunta opera paiono rispondere a questo requisito²².

Ma al menzionato rinvio può attribuirsi un ulteriore significato più fecondo.

Partendo dalla considerazione che la presenza di scolii greci ci documenta che il nostro manoscritto fu usato in oriente, e probabilmente nelle scuole (anche a questo fa pensare la presenza di scolii)²³, il trovare annotato un rinvio ai *libri de iudiciis*, in margine ad un frammento appartenente a quelli de *rebus*, induce a pensare alle *partes* che, così appunto denominandole, la cost. *Omnem* (1) dice essere state in uso presso le scuole orientali anteriormente alla riforma giustiniana. La piccola pergamena fiorentina potrebbe rappresentare così il frammento di uno di quei «predigesti», di cui il papiro Ryl. 479 ha forse già offerto un esempio²⁴.

²¹ Il primo dei due scolii, ai fini presenti, non interessa, essendo un semplice riassunto. Il testo degli scolii è riportato alla n. 1.

²² Per i *Vat. Fr.* fr. GAUDEMET, *La formation etc.* 69.

²³ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *AG* 156.

²⁴ Sul P. Ryl 479, in questo senso, v. SCHULZ, *Fragmente des liber singularis de legatis?*, in *Tijdschr.* 17 (1941), 19 ss. *Contra* DÜLL-SEIDL, *Ein Digestenfragment aus Ägypten, aber kein «predigesto de legatis»* in *WSS* 61 (1941), 406 ss. Quanto alla ipotesi di «predigesti», mi riferisco alla sua versione più recente, che ritengo non tanto verosimile quanto quasi certa: cfr. ARANGIO-RUIZ, *Precedenti scolastici del Digesto*, in *Conferenze per il XIV cent. delle Pandette*, Milano 1931, 297 ss., e la rec. di SCHERILLO, in *AG* 109 (1933), 103 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Storia del dir. rom.*⁷, Napoli 1957, 384 (con bibliografia); GUARINO, *La méthode de compilation des «Digesta Iustiniani»*, in *RIDA* 4 (1957), 269 ss. L'ostacolo maggiore a considerare PSI 1449 come il fr. di un predigesto è la sua data (IV sec.) troppo risalente. Tuttavia, a parte il fatto che, se non intendo male quanto scrive l'ARANGIO-RUIZ (in part. *AG*, 155 s.), la datazione è sicura nello stabilire il termine *a quo* e non il termine *ad quem*, noi non sappiamo assolutamente quando si sia iniziato a compilare opere del tipo che denominiamo «predigesti», né se vi sia stata una sola compilazione di ogni *pars* (parlo di compilazione a mosaico, e non di estratti dall'opera di un solo autore) prima delle Pandette, o ve ne siano state diverse. Sulle edizioni di *partes* v. da ultimo WIEACKER, *Textstufen*, 125 ss.

L'ANIMO POSSIDERE' NEL DIRITTO ROMANO CLASSICO *

SOMMARIUM. – De usu verbi 'animus', quod attinet ad possessionem, apud classicos Romanorum iurisconsultos hic disceptatur, et quam hic usus vim habuerit ab ineunte classica aetate usque ad Pauli scripta quaeritur.

Apud Proculianos 'animus' nihil aliud est nisi, ut videtur, vis spiritus hominis, qua possessio

* Pubblicato in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XXVI, 1960.

L'indagine esposta in questo studio non era destinata, inizialmente, a comparire in forma autonoma; essa è stata concepita come una introduzione, diretta a fornire alcuni elementi per un'impostazione esatta della materia relativa all'acquisto del possesso per intermediario. È stato infatti durante l'esame di questi problemi che mi parve veder affiorare dal sostrato delle fonti una certa impostazione del pensiero romano sulla struttura del possesso, che ho invano cercato chiaramente espressa dalla dottrina, pur così ricca di studi, alcuni dei quali costituiscono anzi veri modelli di indagine storico-giuridica.

Sono stato indotto a pubblicare separatamente il presente lavoro per il carattere generale dei risultati, e soprattutto per l'ampiezza che l'indagine ha assunto. Quello che ho cercato di mettere in luce è per altro solo un punto di vista, un profilo; pertanto ho compiuto un lavoro quasi esclusivamente esegetico: se talora sono andato un poco oltre i limiti di questo assunto, ciò è dovuto *rebus ipsis et factis*.

Il presente lavoro si limita all'esame del diritto classico. Seguirà uno studio relativo all'epoca post-classica e giustiniana.

NOTA BIBLIOGRAFICA. – Nella letteratura in materia, fondamentale importanza ebbe il trattato del SAVIGNY (*Das Recht des Besitzes*, 1^a ed. 1803; 7^a ed. Wien 1865, da me consultata. V. in part. 205 ss., 246 ss.). Al Savigny si oppose, verso la fine del secolo, lo JHERING (in part. con *Der Besitzwille*, Jena 1889). Tra i due e intorno ai due fiorì una vasta letteratura, talora in vivace polemica. Per un'idea d'insieme di questa letteratura ed una valutazione dei suoi risultati, v. per tutti RICCOBONO, *La teoria del possesso nel diritto romano*, in *AG*, 1 (1893), 227 ss. e FERRINI, *Manuale di Pandette*, § 236 ss. (1^a ed. Milano 1900, 292 ss.; 4^a ed. [Grosso], Milano 1953, 231 ss.).

La letteratura successiva abbandonò il carattere quasi esclusivamente dommatico dei lavori del sec. XIX, per dare maggiore risalto alla ricerca storico-giuridica, in ciò valendosi specialmente dei metodi della critica interpolazionistica. Si vedano, a tutt'oggi: VASSALLI, *Miscellanea critica di d. r.*, 2, in *Ann. Perugia* 1914, 31 ss.; ARNÒ, *Per la ricostruzione della teorica del possesso*, Modena 1919, 5 s. e *passim*; ROTONDI, *'Possessio quae animo retinetur'*, in *BIDR*, 30 (1921), 1 ss. [= *Scritti giuridici*, 3, 94 ss.]; HÄGERSTRÖM, *Der röm. Obligationsbegriff*, 1 (Uppsala 1927), 141 ss.; SIBER, *Röm. Recht*, 2 (*Röm. Privatrecht*, Berlin 1928), 136 ss., 142 ss.; PEROZZI, *Ist. di dir. rom.*², Roma 1928, 1, 844; ALBERTARIO, *I problemi possessori relativi al 'servus fugitivus'*, Milano 1929 = *Tijdschrift*, 10 (1930), 465 ss. (in francese) [= *Studi di dir. rom.* 2, 271 ss.]; D. 41, 2, 8 e *la perdita del possesso nella dottrina giustiniana*, in *AUM*, 5 (1929), 213 ss. = *RDH*, 10 (1931), 1 ss. [= *Studi*, 2, 245 ss.]; BESELER, *Juristische Miniaturen*, Leipzig 1929, 90, 95; ALBERTARIO, *La (cosiddetta) crisi del metodo interpolazionistico: D) Circa il problema dell'animus'*, in *Studi Bonfante* (1930), 1, 655 ss. [= *Studi*, 5, 125 ss.]; *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano*, in *Studi Ascoli* (1931), 153 ss. [= *Studi*, 1, 213 ss.]; *Il possesso romano*, in *BIDR*, 40 (1932), 5 ss. in part. 23, 30 ss. [= *Studi*, 2, 105 ss.]; BONFANTE, *Corso di dir. rom.* 3 (Roma 1933), 223 ss.; G. LONGO, *In tema di acquisto del possesso*, in *BIDR*, 42 (1934), 469 ss.; RABEL, *Zum Besitzverlust nach klassischer Lehre*, in *Studi Riccobono* (1936), 4, 205 ss.; PELÜGER, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht*, München und Leipzig 1937, 31 ss.; DE MARTINO, *'Vel etiam' nelle fonti giuridiche romane*, in *Atti Acc. Pontaniana* (Napoli),

adquiri, retineri, amitti potest, in quibus casibus corpore agere non opus est. Cuius scholae auctorum sententiam Ulpianus sine dubio sequitur, et fortasse Pomponius quoque; Papiniani autem opinionem haud perspicue fontes tradunt. Apud Paulum denique 'animus' et 'corpus' ut possessionis elementa quodammodo habentur.

De Sabinianorum quoque sententia coniectura in fine proponitur.

I. – L' 'ANIMUS' NEL PENSIERO DELLA SCUOLA PROCULIANA

1. – I frammenti nei quali è riferito, direttamente o indirettamente, il pensiero dei giuristi della scuola proculiana nella nostra materia, sono D. 41, 2, 51; eod. 27; eod. 3, 3; eod. 34 pr.; D. 43, 16, 1, 25; D. 12, 1, 9, 9. A parte va considerato D. 41, 2, 18, 3.

Li esaminerò cercando di seguire un ordine cronologico rispetto ai proculiani citati: pertanto il primo posto spetta a

D. 41, 2, 51 (Iavolenus, 5 *ex post. Labeonis*): Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emerò et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem [traditus mihi videtur]¹. idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. sed videamus, inquit, ne haec ipsa [corporis]¹ traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. in eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur [: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat]¹ [: utrobique animi quodam genere possessio erit aestimanda]².

58 (1937), 312 ss.; OLIVECRONA, *The acquisition of possession* (1938), ora in *Three Essay in Roman Law*, Copenhagen 1949, 52 ss. (rec. KADEN, ZSS, 70 [1953], 462 ss.); ALBERTARIO, *Possesso e quasi possesso*, Milano 1946, 5 ss. e *passim*; RICCOBONO, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione del dir. rom.*, in *Scritti Ferrini* (1946), 49, 63 ss.; FABI, *Aspetti del possesso romano*, Camerino 1946, 46 ss.; MONIER, *Manuel élém. de dr. rom.*, 1^a (Paris 1947), 389 s.; KUNKEL, *Röm. Privatrecht*, 2 (Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949), 113 ss.; SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 437 ss., 441 ss.; WIEACKER, *Der Besitzverlust an den heimlichen Eindringling*, in *Festschr. Lewald* (1953), 185 ss.; DEKKERS, 'Reciperare possessionem', in *Studi in memoria di Albertario* (1953), 1, 163 ss.; IGLESIAS CUBRIA, 'Usus', 'possessio', 'detentio'. *Evolución histórica del concepto de posesión en el der. rom.*, in *Rev. Fac. Der.* (Univ. de Oviedo), 16 (1955), 189 ss.; KASER, *Das röm. Privatrecht*, 1 (München 1955), 330 ss.; G. LONGO, 'Animo retinere possessionem', in *AUM*, 20 (1956), 113 ss.; RUIZ CARRILLO, *La posesión en Roma*, in *Rev. Fac. Der.* (Univ. Central de Venezuela) 1956, 199 ss.

È pure da ricordare la dottrina anteriore al Savigny, e in particolare, fra i glossatori, AZONE, *Summa* (Lugdoni 1564), in l. VII Cod., *de acq. et ret. poss.*, p. 198, nn. 1, 3, 4 e *passim*; *Ad singulas leges XII lib. Codicis* (Parisiis 1577), ad l. IV (p. 568), ad l. X (p. 569) del tit. XXXII; fra i culti, DONELLO, *Commentaria de iure civili* (Francoforti 1596), lib. V, cap. VI ss., *passim*, specialmente capp. VIII, IX, X, XIII (vol. I, p. 339 ss.), lib. XV, cap. XXXII ss., *passim* (vol. III, p. 475 ss.).

¹ SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916, 66, 71 ss.

² SCHULZ, *loc. cit.*; ROTONDI, *Scritti*, 3, 105 e 223. Cfr. Bas., 50, 2, 50, in cui la specie è senz'altro ricondotta all'acquisto *solo animo* (ψυχῆ). Sul testo v. pure BONFANTE, *Corso*, 3, 233 ss.

Nel testo è riferita una disquisizione di Labeone, in cui l'interpretazione della specie (che si tratti di acquisto *animus*) è però dallo stesso autore revocata in dubbio (*sed videamus... ne... traditio sit, quia nihil interest rell.*), dubbio ripreso da Giavoleno (*in eo puto*) che pare giungere all'interpretazione opposta (che si tratti di vera *traditio*). L'interpolazione da *nihil video* mi pare certa: il *iussus* è diventato un mandato, cosa ben diversa; l'espressione generica e arcaica *'animi quodam genere possessio'* contrasta troppo con la precisione del precedente *'animus possessionem apisci'*. Quel che in particolare importa ai nostri fini è di mettere in luce appunto il senso di quest'ultima espressione: il fatto stesso che si discuta se, nella specie, si tratti di tale figura o di *traditio* (che probabilmente un glossatore precisò come *corporis traditio*) ne chiarisce il significato. Si tratta di un modo di acquisto immateriale, ma che pur sempre si concreta in un atto precisamente determinato e istantaneo. E l'*animus* serve appunto a sostanziare tale atto, ma non ad altro. Dopo l'acquisto, attuato che sia esso *animus* oppure *corpore*, si ha *possessio*, e non una *animi possessio* come voleva il compilatore che aggiunse la chiusa: la funzione dell'*animus* è esaurita con l'acquisto.

2. – Un secondo frammento proculiano è:

D. 41, 2, 27 (Proculus, 5 *epist.*): Si is, qui animo possessionem saltus retineret, fure re coepisset, non potest, dum fureret, eius saltus possessionem amittere [, quia furiosus non potest desinere animo possidere].

La chiusa è chiaramente insitica³: il frammento si riferisce ad un caso particolare (quello dei *saltus* stagionali), e l'ultima frase, che vuole riportare la soluzione ad un principio generale, viene a togliere la ragion d'essere a quel che precede.

Limitiamo dunque, per ora, la nostra esegesi alla parte genuina.

A prima vista, si potrebbe fare un ragionamento di questo tenore: qui non si tratta di acquisto, ma di conservazione *animus* del possesso, e pertanto l'*animus* non può concretarsi in un atto cronologicamente determinato, e costituisce invece una condizione soggettiva permanente. Una analisi attenta mostra però che una simile interpretazione è vera solo in piccola parte: essa porterebbe alla conseguenza inevitabile che il sopravvenire del furore faccia perdere il possesso.

È necessaria dunque un'analisi più penetrante: ciò che resta di positivo in quanto detto sopra, è l'aver osservato che nel testo non si discute della possibilità di perdere il possesso *animus*⁴, ma della possibilità di perdere (comunque) un possesso che si conserva *animus*.

L'indagine, ai nostri fini, va quindi indirizzata ad individuare il senso sostanziale del regime della conservazione *animus* del possesso dei *saltus*.

³ ROTONDI, *Scritti*, 3, 139 ss. V. anche SIBER, *Röm. PrivR.* 144.

⁴ Mi pare che invece incorra in tale equivoco il ROTONDI, *Scritti*, 3, 140 n. 1.

A questo fine esamino subito tutti i frammenti che si riferiscono al problema, avvertendo che con ciò non viene spezzato, in linea di massima, l'ordine cronologico prefissato, poiché anche i giuristi posteriori, in questa materia, paiono ripetere né più né meno quanto la tradizione giurisprudenziale aveva loro insegnato.

Oltre a D. 41, 2, 27 cit. sopra, ecco i passi:

D. 41, 2, 44, 2 (Papinianus, 23 *quaest.*): nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo,

45 (2 *definit.*): licet neque servum neque colonum ibi habeamus,

46 (23 *quaest.*): quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tandiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. [ut enim eodem modo vinculum obligationis solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur]⁵.

D. 43, 16, 1, 25 (Ulpianus, 69 *ed.*): Quod volgo dicitur aestivorum hibernorumque saltuum nos possessionem animo retinere, id exempli causa didici Proculum dicere: nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omissem possessionem vellemus, idem est⁶.

D. 41, 2, 3, 11 (Paulus 54 *ed.*): Saltus hibernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus.

Paul. 5, 2, 1: Sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus, retinere tamen nudo animo possumus, sicut in saltibus hibernis aestivisque contingit.

Dal punto di vista della critica testuale, oltre alla interpolazione di D. 41, 2, 46, già segnata nel testo e che mi pare certa, vorrei esprimere ancora un dubbio a proposito del fr. di Paolo D. 41, 2, 3, 11⁷, se non per espungerne la parola 'animo', almeno per mettere in luce lo scarso rigore del dettato, che pone la legge in una posizione direi di isolamento rispetto alle altre. Dal punto di vista puramente formale viene fatto di notare che l'espressione usata è *animo possidere*, quando invece la terminologia tralazia per descrivere il fenomeno della conservazione del possesso dei pascoli è *animo possessionem retinere*: che è infatti l'unica che combaci con il fenomeno⁸. Nel testo di Paolo, dicendosi che i pascoli in questione si possiedono *animo*, benché periodicamente si abbandonino, si copre in realtà col *possidere animo* anche il periodo in cui il possessore è nei pascoli. È probabile che il brano sia stato dai compilatori riassunto: per tutto ciò credo sia meglio non tenerne conto.

⁵ Per l'itp., palese, della chiusa, v. ALBERTARIO, *Studi*, 2, 267; cfr. SIBER, *ZSS*, 42 (1921), 69 n. 5.

⁶ Sulla genuinità di 'nam et - fin.' nutrono dubbi il Perozzi, il Rotondi e l'Albertario (v. *Ind. itp.*). Ritornerei sull'esame del testo nel § 10; per ora non ne considero che la prima parte.

⁷ La critica interpolazionistica non ha toccato il fr.

⁸ In realtà la terminologia più generica *animo possidere* si venne sostituendo via via alle varie locuzioni specifiche; la si trova già in D. 41, 2, 25, 2 (Pomponio, v. *infra*, § 12), forse proprio a proposito dei *saltus*. In ogni modo tale uso, anche ammesse la genuinità, rispecchia il punto di vista di un'epoca in cui *animo possidere* è una figura più generale, e il caso dei *saltus* meno eccezionale. Più rigoroso è Paolo nel citato luogo delle Sentenze.

Quale era, dunque, il regime giuridico del possesso dei *saltus*? L'inizio del possesso di essi non rivestiva alcuna particolarità; il problema sorgeva al momento in cui, finito il ciclo stagionale, il possessore li abbandonava, per tornarvi all'inizio della nuova stagione. Questo intento pare da considerarsi comunque implicito (naturalmente finché la nuova stagione non sia sopravvenuta): vale a dire, non è l'intento di conservare il possesso che va manifestato, ma quello opposto, che deve apparire da un comportamento incompatibile col proposito di conservare il possesso; le fonti ne riferiscono un solo caso, quello descritto nel fr. di Papiniano: la consapevolezza che altri sia entrato nel pascolo *proposito possidenti*. È utile cercar di individuare in quali altri modi fosse possibile il trasferimento del possesso di un pascolo stagionale, nel periodo in cui questo possesso *animo retinetur*: il Rotondi⁹ a ragione esclude la *traditio longa manu* e ammette il costituito possessorio¹⁰. Con ciò si spiega benissimo perché il furioso non possa *saltus possessionem amittere*: non perché egli non sia capace di avere l'*animus* diretto in tal senso (come invece pensava chi scrisse la chiusa di D. 41, 2, 27), ma perché non può compiere la *mancipatio* (o la *in iure cessio*) e trovarsi pertanto nelle condizioni che rendono possibile il costituito possessorio, né d'altronde si può valutare con i criteri comuni la sua consapevolezza dell'occupazione altrui.

In conclusione, la conservazione del possesso dei *saltus* è fondata su di una presunzione giustificata da ragioni di pratica opportunità e dal *id quod plerumque accidit* in simili circostanze: è economicamente normale l'abbandono dei pascoli stagionali in certi periodi, assurdo (se non talora impossibile) richiedere che il perdere del possesso sia manifestato col lasciare nel luogo un custode, ed è normale altresì che con la nuova stagione il possessore ritorni. E pertanto il diritto considera inalterata questa normalità finché essa non sia incompatibile con quanto viene accadendo: in realtà come bene avverte Rotondi¹¹, l'elemento di fatto del possesso non è qui per nulla mancante: è la natura della cosa posseduta che esige un tale comportamento. Ma io non accuserei, come invece l'Autore, i Proculiani per aver dato una formulazione con i caratteri dell'eccezionalità ad una fattispecie perfettamente normale. Poiché, da un lato, se la situazione è normale, ha però dei caratteri peculiari che fanno sorgere per essa dei problemi che altrove non sorgono, dall'altro la formulazione è innocua in sé e certo lo era nella mente di Proculo. Il nostro pensiero ha infatti grande difficoltà a intendere la precisa portata che qui ha l'espressione *animo retinere possessionem*, poiché son secoli che ha imparato ad intendere l'*animus* come un elemento spirituale interiore al possesso: ma quando Proculo scriveva così (e magari senza che né lui né Labeone avessero coniato

⁹ Scritti, 3, 139 ss.

¹⁰ In questo caso: Tizio (possessore) mancipa o cede *in iure* (la *mancipatio* e la *in iure cessio* non esigono la presenza del fondo) il pascolo a Caio, dedottone l'usufrutto, o prendendolo in locazione. A questi modi si deve aggiungere la normale *traditio*, ma a noi non interessa, poiché essa esige che il primo possessore riprenda, almeno per un istante, il possesso materiale.

¹¹ Scritti, 3, 117.

l'espressione, ma semplicemente usando un modo di dire comune nella pratica giudiziaria¹², voleva solo indicare con una formulazione positiva una situazione che era in realtà caratterizzata dal venir meno di qualcosa: si trattava di un *retinere possessionem non corpore* e dato che l'uomo è fatto di corpo e di anima, se pure *non corpore*; conserva il possesso, è chiaro che lo conserva con l'anima¹³. Ma è un modo di dire, un'espressione colorita per indicare una situazione comunemente ben nota. E bisogna osservare altresì che, dicendo che il possesso non è attuato *corpore*, ciò non significa che manchi l'elemento materiale (essendo il possesso un rapporto di fatto, si esaurisce nella sua materialità): la funzione dell'*animus* è appunto quella di attuare tale elemento, in cui si risolve il possesso.

3. – È ipotesi molto probabile, che il caso dei *saltus* sia stato quello da cui nacque quest'uso terminologico. Se confrontiamo le espressioni che si riferiscono ai pascoli col dettato del fr. *quarundam rerum* (D. 41, 2, 51 cit.), notiamo qui un senso di rigore tecnico molto più forte. La frase iniziale *quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo* ha una *t o u r n u r e* che dà l'idea che chi scriveva partisse dall'acquisto *animus* per giungere alla casistica: come dunque se l'*animus apisci possessionem* fosse un particolare modo di acquistare il possesso, ben determinato, che trovava applicazione in una certa serie di casi: e abbiamo visto che esso consisteva in un modo di acquisto per così dire smaterializzato, ma che si concretava tuttavia in un atto preciso.

Fin qui dunque siamo giunti a constatare che il sistema relativo ai pascoli periodici va considerato a parte, e abbiamo cercato di precisarne le caratteristiche.

4. – Vediamo di fare altrettanto per gli altri impieghi di *animus*, proseguendo nell'esegesi dei frammenti relativi al pensiero dei Proculiani.

D. 41, 2, 3, 3 (Paulus, 54 ed.): Neratius et Proculus et¹⁴ solo animo non posse nos ad quirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. ideoque si thensaurum

¹² Il *volgo dicitur* di Ulpiano (D. 43, 16, 1, 25) pare indicare che non si tratta di uso strettamente dottrinale. Certo che però la prova è scarsa, potendo ben essere la frase entrata nell'uso comune nel tempo che corre fra Proculo e Ulpiano. O può anche darsi che *volgo* voglia indicare semplicemente un adagio tradizionale (ROTONDI, *op. cit.*, 117 n. 4).

¹³ È noto che l'italiano 'anima' non traduce propriamente il latino *anima*, ma *animus*. V. FORCELLINI, *Lexicon*, sub '*anima*', 5 (vol. I, 244): «anima enim est, ut aiunt, principium physiologicum, animus vero principium psychologicum; *anima* vivimus, *animus* autem intelligimus, sentimus et volumus»; e sub '*animus*', 1 b) (vol. I, 248): «saepe animus corpori opponitur».

¹⁴ L'*et* (omesso in F2) o è una corruzione di *aiunt* (che in ogni modo *desideratur*) o forse congiungeva Proculus col nome, ora caduto, di un terzo giurista. Il KNIEP (*Vacua possessio*, 165; cfr. BONFANTE, *Corso*, 3, 243) proponeva di leggere *Nerva* in luogo di *Neratius*. Si potrebbe aggiungere *Nerva* ai due, dopo *et*, conservando così un ordine cronologico a ritroso. Il problema però è alquanto ozioso.

in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat. sed et si sciat, non capiet longa possessione, qui a scit alienum esse. quidam putant Sabini sententiam veriore esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.

Si tratta di un frammento denso e complesso, che merita un attento esame¹⁵.

Anzitutto mi occuperò della critica testuale: rinviando alla nota¹⁶ per discussione e bibliografia, mi limito qui a dichiarare che credo nella sostanziale genuinità della frase iniziale, e nella inserzione posticcia di 'sed et si sciat - alienum esse'. Acutamente inoltre il Perozzi¹⁷ espunge, quale glossa, l'inciso 'quia quod desit - implet', notando esattamente che «per Nerazio e Proculo la *naturalis possessio* non mancava né in tutto né in parte; vedansi le parole *si non antecedit naturalis possessio*»¹⁸. È verosimile infine che nell'originale Paolo non concludesse con quel 'quibus consentio' alquanto insufficiente, ma ragionasse più a lungo.

Sulla base di quanto detto finora, ritengo opportuno riscrivere il testo nella parte in cui, ritenendolo genuino, mi propongo di prenderlo in considerazione.

Neratius et Proculus et +++ solo animo non posse nos acquirere possessionem (aiunt), si non antecedit naturalis possessio. ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero. ceterum quod Brutus et Manilius putant, eum, qui fundum usu cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat. Quidam putant Sabini sententiam veriore esse, nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco (thesaurus) motus sit.

¹⁵ Altre osservazioni sono espone *infra*, § 15, cui rinvio.

¹⁶ Tralascio di considerare le voraci ipotesi del BESELER. ZSS, 44 (1924), 374; *Juristische Miniaturen*, Leipzig 1929, 7. Fra gli altri critici: a) ritengono genuino il fr. lo SCHERILLO (*RIL*, 63 [1930], 518), che se ne occupa solo fino a *id animus implet*, e lo cita come il più antico dei testi in cui compare l'espressione *naturalis possessio*, nonché lo HÄGERSTRÖM (*op. cit.*, 143 n. 3); b) espungono *non* davanti a *posse* il BREMER (*Iur. anteadr.* 2, 2, 351) e il ROTONDI (*Scritti*, 3, 347). Il KÜBLER, in ZSS, 11 (1890), 51, toglie il detto *non*, e legge poi *et si non antecedit rell.*; il BONFANTE (*Corso*, 2, 243) dichiara l'emendazione «non priva di base». A me pare invece inaccettabile tale ricostruzione; non si vede come i Proculiani stessi potessero, in un'affermazione generale (anche se formulata in relazione ad un caso particolare), prescindere in tal modo dalla detenzione per l' *a c q u i s t o* del possesso. Del resto, nel caso particolare la detenzione c'è, poiché *thesaurum in fundo positum scio*. Per la non genuinità (probabilmente glossa) di 'sed et si sciat - alienum esse', v. APPLETON, *Studi Bonfante*, 3, 10 ss., col quale sostanzialmente concordo.

¹⁷ *Ist.*² 1, 847, n.

¹⁸ Il glossatore forse voleva dire un'altra cosa: che l'*animus* integra la detenzione con ciò che le manca per essere possesso. Ritorno sul punto nella parte dedicata all'epoca postclassica.

L'opinione di Bruto e Manilio non ci interessa: essa sgorga da una concezione che vede il tesoro come una parte del fondo¹⁹, punto di vista che gli altri autori citati hanno abbandonato. Vediamo perciò solo di esaminare la sostanza delle due controposte opinioni, quella dei Proculiani da un lato, quella di Sabino dall'altro, Per quest'ultimo l'acquisto del possesso non è possibile se non con l'apprensione materiale, realizzata sensibilmente (*loco thesaurum movere*). I Proculiani si accontentano, come al solito, dell'atto spiritualizzato: *simul atque possidendi affectum habuero, continuo me possidere*²⁰. Il che, come al solito ancora, non vuole dire attuare l'elemento soggettivo del possesso, ma indica semplicemente l'equivalente spirituale del '*loco thesaurum movere*' di Sabino. Ciò è tanto vero che per i seguaci di Labeone non si assiste qui all'integrarsi dei due elementi del possesso (come penserebbe un moderno, e come certo pensava il glossatore che inserì *quia quod desit - implet*), ma ad un acquisto *animo*²¹, possibile in queste circostanze, e cioè se *antecedat naturalis possessio*, la quale, a sua volta, non è l'elemento materiale, già attuato, del possesso, ma cosa diversa, benché sia la condizione che rende possibile l'acquisto siffatto²²⁻²³.

5. – Un breve esame è sufficiente per

D. 12, 1, 9, 9 (Ulpianus, 26 *ed.*): Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. [ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici].

Lo Schulz e lo Hägerström espungono '*animo - fin.*'²⁴. Effettivamente il salto dal *tu* generico alla terza persona fa sorgere fondati sospetti: però se '*ergo - condici*'

¹⁹ HUVELIN, *Etudes sur le 'furtum' dans le très ancien droit rom.*, Lyon, Paris 1915; sul fr. si veda 1, 273 ss., 278. Cfr. DEBRAY, in *NRHD*, 45 (1921), 301 s. (*Compte rendu* dell'op. prec.).

²⁰ L'ALBERTARIO (*AG*, 89 [1923], 255 n.) espunge '*simulatque - habuero*', ma ciò facendo toglie senso alla soluzione. non è pensabile che la sola consapevolezza della presenza del tesoro basti per l'acquisto del possesso.

²¹ Probabilmente la parola *solo* è aggiunta da Paolo. V. *infra*, § 15.

²² La fattispecie offre aspetti molto vicini a quelli della c.d. *traditio brevi manu*, in merito alla quale è insegnamento comune vi fosse una controversia del tutto analoga, che verteva sulla necessità (Sabiniiani) o meno (Proculiani) di un atto materiale, esteriormente sensibile, di apprensione per l'acquisto del possesso. Bene però nota il BONFANTE (*Corso*, 3, 241) che si può dubitare «che veramente l'opposizione in questi termini generali sia esatta». Per il furto: D. 47, 2, 1, §§ 1 e 2; D. 41, 2, 3, 18; per il deposito-mutuo cfr. D. 12, 1, 9, 9 che si vedrà tra poco. Se anche la portata della controversia era più generale, è certo che i classici procedevano, *more solito*, per casistica, tanto più che essi non conoscevano la c.d. *traditio brevi manu* come figura generale.

²³ Queste considerazioni vanno completate con quanto si dice *infra*, §§ 15 e 21.

²⁴ HÄGERSTRÖM, *ROB*, 1, 169 n.; SCHULZ, *Einführung*, 64: «Der Schluss ist wohl ein begründendes und resumerendes Glossem: die ich- und du-Konstruktion wird unvermittelt verlassen und in der dritten Person fortgeführt; 'et-condici' bringt schon Gesagtes noch einmal». V. per altre ipotesi *Ind. itp.*

è un'inutile ripetizione, *animo enim coepit possidere* è una spiegazione accettabilissima e consona con il pensiero di Labeone che appariva nel cit. fr. 51, D. 41, 2. La genuinità sostanziale non mi par dubbia: si noti bene che in tale inciso *animo* dipende da *coepit* e non da *possidere*. Siamo di fronte al consueto acquisto smaterializzato, in un caso in cui i Sabiniani avrebbero richiesto l'apprensione materiale.

6. – Il fr. 34 pr. D. 41, 2 ci porta in un'epoca un po' più recente.

D. 41, 2, 34 pr. (Ulpianus, 7 *disp.*): Si me in vacuum possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. quoniam autem in corpore consenserimus, an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest: et si animo adquiri possessio potest, numquid etiam acquisita est? sed non puto errantem adquirere: ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub condizione recessit de possessione.

I giuristi che dominavano nei frammenti precedenti erano i primi Proculiani: Labeone (D. 41, 2, 51), Proculo (D. 41, 2, 27; D. 41, 2, 3, 3; D. 12, 1, 9, 9); Nerva, che compare in D. 12, 1, 9, 9 e probabilmente era in origine menzionato pure in D. 41, 2, 3, 3²⁵; in D. 12, 1, 9, 9 accanto a Nerva e Proculo compare Marcello; ora abbiamo Celso e Marcello: così ci vien tracciata la strada che percorre la dottrina di cui ci occupiamo, attraverso la scuola proculiana, per giungere poi a Marcello²⁶ e infine ad Ulpiano, che già conosciamo come colui che volentieri riporta il pensiero di quei giuristi, ma che soprattutto vedremo poi ragionare con le loro categorie. Quanto al fr. in esame potremmo limitarci a notare che con Celso è ammesso *animo deponere et mutare possessionem*, e non più solo acquistarla o conservarla, cioè ora la possibilità di operare in modo immateriale sul possesso è diventata una possibilità generale. E questa è con ogni probabilità un'estensione che non risale oltre Celso, ché altrimenti Ulpiano avrebbe citato altri nomi. È da ribadire però l'osservazione che questo ampliamento del campo d'azione dell'*animus* non altera la sostanza del sistema. È sempre un modo di operare, non un elemento interiore del possesso; è sempre il preciso corrispondente spirituale degli atti fisici.

Dicevo che potrei limitarmi a notare quanto sopra, ma una più attenta esegesi è forse opportuna per gettar luce sul meccanismo del sistema.

Anzitutto è necessario depurare il testo dalle numerose incrostazioni. *Et in Cor-*

²⁵ V. anche D. 41, 2, 47, che non ci interessa direttamente, ma ha remota connessione col nostro problema.

²⁶ Il pensiero di Marcello ci è documentato solo da questi due testi poiché in D. 41, 2, 19, 1 l'inciso '*et corpore et animo possessioni incumbens*', «altrettanto cattedratico quanto superfluo» (ROTONDI, *Scritti*, 3, 106), è certo spurio.

nelianum iero è una glossa che vuol precisare una cosa già evidente²⁷; da *nisi forte* al secondo *consenserimus* è tutta un'interpolazione fuori tema²⁸, di cui la seconda parte non è che il necessario completamento della prima; *'et si animo - acquisita est?'* è una glossa²⁹; *'sed non puto errantem acquirere'* è la risposta alla glossa precedente: con tale risposta è stata collegata, forse dai compilatori, la frase finale, che, contrariamente al Rotondi, ritengo classica nella sostanza: è la risposta di Ulpiano al dubbio (*dubitari potest*) di Celso e Marcello. Pertanto tengo conto del testo nella seguente forma, avvertendo che la redazione della chiusa è, ovviamente, solo congetturale:

Si me in vacuum possessionem fundi Cornelianum miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum, non adquiram possessionem. an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest: sed te amisisse possessionem non puto, qui quodammodo sub conditione recessisti.

Il caso è chiaro: Tizio immette Caio nel possesso di un fondo; tale fondo è il Cornelianiano, ma Caio, che pure vi entra, crede di essere immesso nel possesso del Semproniano. Orbene, si dà per certo che Caio non acquista il possesso, poiché non è quello il fondo che crede di possedere. Problema: Tizio, poiché intendeva compiere la *traditio*, ha perso il possesso? Il dubbio sorge per il fatto che Celso³⁰ e Marcello ammettono che si possa *animo deponere et mutare possessionem*. Ma Ulpiano vede nella *traditio* un atto in certo modo condizionato, la cui efficacia è subordinata alla possibilità che gli effetti siano quelli intesi dal tradente.

Come si vede, qui l'indagine sulla volontà degli agenti è più raffinata: si è venuta creando tutta una sistematica relativa agli effetti che ha sul possesso l'*animus*, con cui ormai, come avvertivo sopra, non solo si può *acquirere*, ma anche *deponere* e *mutare*³¹ *possessionem*. Però non emerge in alcun modo una posizione che permetta di intendere l'*animus* come elemento del possesso.

È tempo di chiarire esattamente quanto intendo dire.

²⁷ LENEL e BESELER, v. *Ind. itp.*

²⁸ EISELE, SOLAZZI, SECKEL, LAURIA, BETTI, MOMMSEN ed altri in questa linea di pensiero, se non precisamente così. V. *Ind. itp.*

²⁹ ROTONDI, *Scritti*, 3, 217, vuole solo cambiare in *'amitti'* la parola *'acquiri'*: ma a me sembra che la domanda rappresenti un'osservazione di uno scolaro o di un pratico poco intelligente.

³⁰ Il quale Celso doveva propendere, nel nostro caso, per la soluzione positiva, poiché in una fattispecie analoga, sebbene più chiara, si esprime decisamente per la perdita del possesso (D. 41, 2, 18, 1, *libro 23 dig.*).

³¹ Con *mutare* credo debba intendersi qualunque modificazione giuridicamente rilevante diversa dall'acquisto e dalla semplice perdita: in part. il trasferimento del possesso.

7. – *Animus* è termine parallelo a *corpus*: ma ciò non nel senso della nota vecchia dottrina che contrapponeva il *corpus possessionis* (elemento materiale, obiettivo) all'*animus possidendi* (elemento spirituale, soggettivo), poiché, come già fu notato, la locuzione *corpus possessionis* è erronea, essendo il *corpus* nient'altro che il *c o r p o*, in senso proprio, del possessore (cioè la sua forza fisica)³², e non quello della cosa posseduta, né l'e l e m e n t o m a t e r i a l e concettualmente indicato. Ma, caduta la contrapposizione '*corpus possessionis - animus possidendi*', non si deve fare omaggio a quell'altra, asimmetrica e soprattutto non rispondente né al linguaggio né allo spirito delle fonti –, fra *corpore possidere* (= detenzione) e *animus possidendi*, intesi come i due elementi di cui consta il possesso. È un punto di vista questo che non esiste in epoca classica, nei testi della scuola proculiana e dei giuristi che ne seguono le vedute. Si deve tornare, per intendere il pensiero di costoro, ad una contrapposizione fra *corpus* e *animus*, intendendoli come i due mezzi che il soggetto ha per operare sul possesso. *Animus* (anzi *animo* all'ablativo di mezzo) va bensì riferito ad un'attività della volontà del soggetto, ma non ne esprime altro che un atto³³ del tutto equivalente agli atti fisici corrispondenti: invece che con la forza fisica (*corpore*) si può agire in alcuni casi mediante una '*mystischer Macht*', secondo l'immaginosa ma illuminante terminologia dello Hägerström.

L'*animus* così inteso non è dunque per nulla un elemento del possesso, come non lo è la detenzione: il primo è fuori del possesso, un mezzo immateriale per operare su di esso³⁴; la detenzione (*possessio naturalis*) è una situazione giuridica affatto distinta, e che può venire giuridicamente in considerazione quando il possesso non c'è.

8. – Per concludere l'esegesi dei testi che appartengono alla produzione della scuola proculiana, resta il singolare fr.:

D. 41, 2, 18, 3 (Celsus, 23 *dig.*): Si, dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desisse ilico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus, simul sciero.

Il testo deve essere considerato interamente genuino, né, a quanto mi risulta, alcuno ne ha mai dubitato. Ma è tuttavia un fr. che qui si cita unicamente per eliminarlo dalla discussione. L'*animus possessoris* quivi menzionato non è l'*animus* dei testi pre-

³² PEROZZI, *Ist.*² 845 n. 2.

³³ Ciò, salvo che nel caso dei *saltus*, che, come si è visto, va spiegato in un modo particolare: trattandosi del caso più antico, è facile pensare che è proposito dei pascoli la terminologia, come già ho accennato a suo luogo, fosse più immaginifica che rigorosa.

³⁴ Una felicissima intuizione di questa verità è nelle *Istituzioni* del PEROZZI (1², 844 s.; 847 n. 1) e in FABI, *Aspetti* cit. 47 ss.

cedenti³⁵: ‘*animus possessoris*’ equivale piuttosto a ‘*proposito possidendi*’ che già si è visto ricorrere analogamente in D. 41, 2, 46³⁶, e serve a precisare la fattispecie, caratterizzandone l’atteggiamento dell’*alius quis* nel suo ingresso nel fondo. Pertanto, dato l’isolamento in cui il testo si trova, non si può pensare se non che l’espressione che ci riguarda non sia affatto tecnica. È questa l’unica interpretazione possibile: poiché è evidente che in un cosiffatto sistema, cui, abbiamo visto, Celso aderisce, e nel quale *animus* e *corpore* sono due modi di possedere, la considerazione dell’un modo esclude quella dell’altro: nel senso che quando si attua materialmente (*corpore*) il possesso, non v’è alcun senso nel preoccuparsi dell’attuazione immateriale (*animus*), e, d’altra parte, se si è ricorso a quest’ultima, lo si è fatto perché non si scorgeva la prima.

Questo punto di vista è chiarissimo nell’ultimo seguace delle vedute della scuola proculiana, Ulpiano: e l’esegesi dei testi che di lui ci restano, contenuta nel capitolo che segue, vuole essere un ulteriore complemento dell’indagine sul pensiero dell’antica scuola.

II. – L’‘ANIMUS’ NEL PENSIERO DI ULPIANO

9. – Già sono stati esaminati D. 41, 2, 34, pr. (Ulp. 7 *disp.*), D. 12, 1, 9, 9 (Ulp. 26 *ed.*), nonché D. 43, 16, 1, 25, (Ulp. 69 *ed.*). Restano di Ulpiano: D. 41, 2, 29, (30 *Sab.*), D. 43, 16, 1, 24 e 26 (69 *ed.*), D. 47, 4, 1, 15 (38 *ed.*).

Il fr. tratto dai commentari *ad Sabinum* è alterato, ed è spuria tutta la parte che ci interessa: ne tratterò nel seguito di questo lavoro, dove mi occuperò delle stratificazioni postclassiche e giustinianee. Ora mi limito a riportarlo:

D. 41, 2, 29 (Ulpianus, 30 *Sab.*): Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat [non ut animo sed ut corpore desinat possidere]: quod est enim facti, potest amittere. [alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest]³⁷.

³⁵ S’è visto che l’*animus* dei proculiani è l’anima, cioè la parte spirituale dell’uomo, quella parte con cui egli opera quando, pur essendo in attività, non si scorge muoversi il suo *corpus*. Orbene, ove si dice *animus possessoris*, è chiaro che *animus* non può essere tradotto con *a n i m a*, poiché essa non sopporta specificazioni di tal fatta. *Animus possessoris* è dunque l’intenzione di possedere, mentre l’*animus* dei testi precedenti esprime qualcosa di diverso e di più dell’intenzione. È l’*affectum possidendi* (D. 41, 2, 3, 3), cioè non l’intento ma l’atto: l’intenzione di possedere sta all’atto con cui si acquista il possesso, nello stesso rapporto in cui l’intenzione di donare o di vendere sta agli atti con cui si dà vita ai rispettivi contratti. (Si noti che nel nostro frammento l’intenzione di possedere rimane tale, perché l’*alius quis* il possesso non lo attua). Cfr. FABI, *o. c.* 53 s.

³⁶ V. anche, analogamente, D. 41, 2, 1, 20 (Paul.) ove si legge ‘*animus possidentis*’.

³⁷ Cfr. con D. 41, 2, 1, 3 per la sostanziale genuinità dell’inciso ‘*quod enim - amittere*’.

Anche D. 47, 4, 1, 15 (Ulp. 38 *ed.*) è glossato: *...idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, [quae facti est et animi]*; e pertanto ne rinvio parimenti l'esame.

10. – Resta la coppia D. 43, 16, 1, 24 e 26; il § 25 è relativo al possesso dei *saltus* e l'abbiamo esaminato nel § 2, ma è d'uopo ritornarvi:

D. 43, 16, 1 (Ulpianus, 69 *ed.*) 24: *Sive autem corpore sive animo possidens quis deiectus est, palam est eum vi deiectum videri. idcircoque si quis de agro suo vel de domo processisset nemine suorum relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi vel ipsum praedium, vel si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit, vi deiectus videtur: ademisti enim ei possessionem, quam animo retinebat, etsi non corpore. 25: Quod volgo dicitur aestivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id exempli causa didici Proculum dicere: nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omissemus possessionem vellemus, idem est. 26: Eum, qui neque animo neque corpore possidebat, ingredi autem et incipere possidere prohibeatur, non videri deiectum verius est: deicitur enim qui amittit possessionem, non qui non accipit(ur).*

La critica interpolazionistica a proposito di questo passo è copiosa³⁸; ma non mi sento assolutamente di condividerne i risultati; credo anche di individuare in parte le ragioni che hanno condotto gli autori più radicali, e in particolare l'Albertario, alle loro posizioni. Ciò che più meraviglia, nell'Albertario, è che egli non consideri mai i tre paragrafi tutti insieme, nella loro naturale connessione, ma isola costantemente il paragrafo intermedio (25). Così l'A. fu indotto a interpretare erroneamente *possidere corpore*, affermando: «che *possidere corpore* significhi la mera detenzione, non è chi non veda»³⁹, e traendone la deduzione che i §§ 24 e 26 furono itp. per estendere l'interdetto *unde vi* a figure di detentori. Ma qui non si parla di detenzione, e *possidere corpore* è contrapposto a *possidere animo*⁴⁰, nel senso che

³⁸ Lo SCHERILLO (*RIL*, 63 [1930], n. 1) espunge «*sive autem - idcircoque*», «*ademisti - etsi non corpore*» dal § 24 e «*neque animo neque corpore*», cui sostituisce un «*non*», dal § 26. Variamente sospettati sono pure i testi dal BESELER (tutti i tre i §§) in *ZSS*, 45 (1925), 480; dal PEROZZI, *Ist.*² 1, 844 n. 2 (§ 24 «*ademisti - corpore*» itp.) e n. 7 (§ 25 itp. da *nam*); dallo HÄGERSTRÖM, *ROB*, 1, 108 n. 2 (§ 24 «*ademisti - corpore*» parafrasi?). L'Albertario ha rivolto contro i testi i suoi strali più volte: nel § 24 egli toglie «*sive - videri. idcircoque*», nel § 26 «*neque animo neque corpore*» (*AG*, 102 [1929], 241 [= *Studi*, 6, 580]; cfr. *BIDR*, 40 [1932], 37 n. 1 = *Tijdschrift*, 12 [1933], 25 n. 1 [= *Studi*, 2, 135 n. 1]); ancora nel § 24 «*ademisti - fin.*» (*AUM*, 5 [1929], 235 = *RHD*, 10 [1931], 26 [= *Studi*, 2, 269]); *Studi Bonfante*, 1, 664 [= *Studi*, 5, 136]; *Studi Ascoli*, 165 [= *Studi*, 1, 223]; sui §§ 24 e 26 v. anche *Studi*, 2, 210); nel § 25 sostituisce a *exempli utilitatis* e elimina «*nam fin.*» (*AUM* cit, 229 s. [= *Studi*, 2, 262]; *Studi Ascoli* cit. 157 n. 6 e 167 [= *Studi*, 1, 215 n. 3 e 225]; *BIDR*, 40 [1932], 28 n. 1 [= *Studi*, 2, 128 n.]).

³⁹ ALBERTARIO, *Studi*, 6, 580.

⁴⁰ Al dilà di questo caso particolare, io nutro forti dubbi sull'esattezza della tralatizia identificazione fra *corpore possidere* (e *corporalis possessio*) e *naturaliter possidere* o *tenere* (e *naturalis possessio*). Se è certo che la seconda serie di espressioni sta, nelle fonti, ad indicare la detenzione, le prime (quan-

vedremo: l'estensione di cui parla l'A. è contenuta nel § 9 dello stesso fr. 1, il cui linguaggio è affatto diverso⁴¹.

Neppure fondata, ed originata dalla stessa causa, mi pare la supposta itp. del § 25. È vero che l'estensione a tutti i fondi della soluzione conosciuta per i *saltus* va guardata con cautela; il caso dei pascoli stagionali rappresenta una situazione con caratteri assolutamente diversi da quelli che presenta il possesso degli altri fondi: nel primo infatti il loro uso normale comporta l'allontanamento periodico, mentre dai secondi ci si allontana per cause contingenti, del tutto estranee alla loro natura. Ma, se ciò giustifica l'oculata osservazione del Rotondi⁴², che tale estensione non rappresenta certo il pensiero di Proculo, l'estensione stessa non può essere soppressa senza togliere senso alla posizione del paragrafo in quel punto, tra gli altri due citati.

Vediamo dunque di indagare con cura il pensiero di Ulpiano.

Il giurista sta commentando l'*edictum* che promette l'*interdictum unde vi*: egli procede commentando la formula nei suoi vari elementi, e man mano che viene facendo affermazioni, le correda con spiegazioni e casistica. I nostri tre paragrafi seguono l'enunciazione del seguente principio, che riguarda la legittimazione attiva:

§ 23 *b. f. b. t.*: *interdictum autem hoc nulli competit nisi ei, qui tunc cum deiceretur possidebat, nec alius deici visus est quam qui possidet.*

Però, avverte Ulpiano, non si deve con ciò giungere a considerare *deiectus* solo colui che viene, letteralmente, *c a c c i a t o f u o r i* dal fondo, perché può ben possedere anche chi non è nel fondo, se possiede *animo* (§ 24, dove *ademisti enim rell.* è probabilmente un glossema, superfluo ma perfettamente conforme al pensiero di Ulpiano).

È vero, soggiunge Ulpiano, che, in generale (*volgo*), questa terminologia *animo possidere* la si usa solo per i pascoli stagionali, ma io ho imparato che Proculo, se parlava solo di tali *saltus*, ne parlava a titolo di esempio: infatti, la situazione di colui che si allontana dal fondo non per abbandonarlo, ma coll'intenzione di ritornarvi appena sarà opportuno (*mox*), si può ben verificare nello stesso modo (sebbene per altre ragioni e in diverse circostanze, aggiungeremmo noi, e forse spiegava lo stesso Ulpiano, poiché il § 25 appare riassunto nella seconda parte) a proposito di qualunque immobile. Intendiamoci bene, prosegue il giurista nel § 26, il possesso deve essersi iniziato prima che intervenga la *vis*: non è *deiectus* chi viene impedito nella presa di possesso.

Così inteso il passo, la sua sostanziale genuinità viene posta fuori discussione

do non sono spurie) mi paion ricorrere sempre nel senso in cui *possidere corpore* è usato nel fr. qui commentato. Cfr. SCHERILLO, *RIL*, 63 (1930), 514 ss.

⁴¹ D. 43, 16, 1, 9: *Deicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc edictum pertinet.*

⁴² *Scritti*, 3, 117 n. 1.

dalla coerenza intima delle varie parti. E non v'è dubbio che Ulpiano vi appaia incanalato nella scia del pensiero proculiano. Forse egli è anche un poco innovatore; l'estensione della figura dell'*animus retinere possessionem* al di fuori del limitato campo d'applicazione originario, è probabilmente sua: nel senso che egli può essere stato il primo giurista che abbia decisamente fissato in un'opera tale soluzione. '*Didici Proculum dicere*', afferma Ulpiano: ma con ciò rivela di non poter citare con precisione alcun giurista; verosimilmente l'insegnamento era già entrato nella scuola, benché senza grande successo.

Un'ultima considerazione: le disgiuntive '*sive-sive*' nel § 24, e '*neque-neque*' nel § 26 illuminano il punto di vista che descrivevo nel § 9: se si considera l'*animus* come mezzo per operare sul possesso, non si considera il *corpus*, e viceversa.

III. – L'ANIMUS' NEI FRAMMENTI DI POMPONIO E PAPINIANO

11. – Raccolgo ora i frammenti di Pomponio e Papiniano: ciò che mi ha condotto ad unirli è unicamente il fatto che il pensiero dei due giuristi non è documentato che parzialmente, voglio dire solo per certi rispetti, né essi sono mai citati da giuristi posteriori, in modo da poter essere inseriti in una corrente, come invece avveniva per Marcello, L'impressione che ho avuta è però che Pomponio fosse ancora nella scia proculiana, e Papiniano possa invece essere considerato un precursore di Paolo.

12. – Il pensiero di Pomponio è riferito da D. 41, 2, 25, 2.

D. 41, 2, 25, 2 (Pomponius 23 Q. M.): Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius [corpore (?)] ingressus sit [, ut potior sit illius corporalis possessio], an vero (quod quasi magis (Quinto Mucio?) probatur) usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem [: et videtur utilius esse].

Per le ipotesi d'itp. rinvio all'*Index*. Ho segnato nel testo quelle che ritengo accettabili: '*ut - possessio*' è un glossema; la chiusa è probabilmente riassunta. Non so se aderire alla lezione *Quinto Mucio* in luogo di *quasi magis*⁴³: il dubbio mi sorge dalla difficoltà ad ammettere che già Quinto Mucio conoscesse la *pos-*

⁴³ L'equivoco sarebbe derivato da un erroneo sviluppo dell'abbreviazione '*q m*': tale interpretazione è accettata da Van der Water, Mommsen, Lenel e Krueger. *Contra*, RICCOBONO, *Scritti Ferrini* (1946), 63.

*sessio animo retenta*⁴⁴. È chiaro però che se non si deve leggere così, almeno il *quasi* è spurio.

Il testo discorre della perdita della *possessio quae animo retinetur*, ed il discorso si adatta particolarmente al caso dei *saltus*. Da notare che qui l'espressione che si usa è *animo possidere*; i proculiani erano più cauti; nei loro scritti ricorrevano piuttosto espressioni di questo tenore: *animo possessionem apisci, retinere, deponere*. La differenza è sottile ma palese: l'*animus* è divenuto un mezzo per possedere, da quello che era, ossia un mezzo per operare sul possesso. Già abbiamo visto che Ulpiano farà egli pure uso di questa terminologia, in D. 43, 16, 1, 24, passo molto vicino a questo in parola. Per l'interpretazione esatta del quale è da tenere presente che il *susplicemur repelli* dell'ultima riga non va inteso come un semplice sospetto, ma come una vera e propria paura. Si veda l'analogo fr. di Paolo D. 41, 2, 3, 8: *si quis nuntiet domum a latronibus occupatam et dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet*⁴⁵.

In ogni modo, Pomponio appare ancora un seguace del pensiero proculiano. Se il fr. non va riferito ai soli *saltus* è già presente però l'estensione⁴⁶ che, s'è visto, sarà poi di Ulpiano (D. 43, 16, 1, 25).

L'altro testo di Pomponio è D. 43, 26, 15, 4, ma la parte che ci interessa è itp., e pertanto per ora non lo esamino⁴⁷.

13. – Il pensiero di Papiniano è documentato in particolare dalla sequenza:

D. 41, 2, 44 (Papinianus 23 *quaest.*), 1: Quaesitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaereretur. dixi utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere. nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio: nam si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem. 2: Quibus explicitis, cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuisset, ne possideremus: eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus. illa quoque possessionis amittendae separatio est. nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo.

D. 41, 2, 45 (Id. 2 *def.*): licet neque servum neque colonum ibi habeamus,

⁴⁴ Può ben darsi però che Quinto Mucio risolvesse in tal modo il caso usando una diversa terminologia.

⁴⁵ V. anche il fr. 7 *b. t.* (Paulus 54 *ed.*, con citazione di Nerazio).

⁴⁶ Il che però non credo: neppur Papiniano la conosce. V. *infra*, § 13.

⁴⁷ Cfr. per tutti CIAPESONI, *Il precarista detentore*, in *Atti del I Congr. naz. di Studi romani*, 1929, 2, 209; SILVA, *Possesso con precario e possesso con detenzione*, in *SDHI*, 6 (1940), 257.

D. 41, 2, 46 (Id. 23 *quaest.*): *quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret*⁴⁸.

Procediamo all'esegesi, che condurrò dal punto di vista che ci interessa ai fini della presente indagine⁴⁹.

Dal § 1 del fr. 44 si evince che l'acquisto del possesso per mezzo di un *subjectus* (nella specie uno schiavo) può avvenire in due modi: *ignorante domino*, solo se l'acquisto è attuato dal sottoposto *ex peculii causa*; *sciente domino*, comunque. Né nell'uno né nell'altro caso si tratta di acquisto *animo*: se il *dominus* è *sciens* l'acquisto è attuato *corpore servi*, e tanto meno potrà parlarsi di acquisto *animo* là dove la *scientia domini* non è necessaria.

C'è un fr. di Paolo in cui si discute della stessa questione:

D. 41, 2, 3, 12 (Paulus 54 *ed.*): *Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum, nec movere nos debet, quod quasdam etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt: nam videmur eas eorundem et animo et corpore possidere.*

Paolo, come si vede, parla un linguaggio del tutto nuovo rispetto a quello che avevamo visto esser proprio della scuola proculiana, nonché di Marcello e Ulpiano: *animo* e *corpore* non sono più disgiunti, ma congiunti, e l'acquisto del possesso avviene attuando sia l'apprensione materiale che l'atteggiamento spirituale. In particolare, nel caso dell'acquisto peculiare dello schiavo, il possesso del *dominus* è fondato sia *sull'animus* sia sul *corpus* del *subjectus*. Era già questo il pensiero di Papiniano? Non mi par possibile rispondere con certezza, sebbene forse un certo orientamento in questo senso sia visibile. Che già Papiniano considerasse congiuntamente *animus* e *corpus* sarebbe documentato dal § 2, là dove, parlando della perdita del possesso nel caso che si possieda *per nosmet ipsos*, si dice *possessionem amitti vel animo vel etiam corpore*, il che significa *vel animo vel animo et corpore*; sempre che *etiam* non sia, come vuole l'Albertario⁵⁰, insiticio.

⁴⁸ Il resto di questo fr. è itp. cfr. *supra*, p. 12 n. 5. Non prendo invece in considerazione, in linea di massima (e salvo quello che nel corso dell'esegesi citerò espressamente) le ipotesi di itp. (v. *Ind. itp.*) degli altri frr. Esse sono dovute principalmente al Beseler: e sono in funzione di una sua isolata e, per generale consenso, fondamentalmente errata opinione sull'acquisto del possesso per mezzo dei sottoposti; mi riservo di trattare l'argomento nel lavoro specifico che ho annunciato all'inizio di questo scritto, e a cui rinvio per maggiori particolari.

⁴⁹ Anche qui rinvio per il resto all'opera preannunziata sopra.

⁵⁰ *Studi*, 2, 252 s. Naturalmente l'A. deve però ritenere itp. anche l'esemplificazione '*si modo - possideremus*'. L'itp. si dovrebbe allo sforzo dei Giustinianeî che, intendendo non più il possesso come un rapporto di fatto, ma come un diritto, come tale lo disciplinano, e subordinano la perdita alla volontà del titolare in tal senso diretta, sia spontaneamente sia per effetto dell'altrui violenza. *Contra*, RABEL, *Studi Riccobono*, 4, 208 e n. 8. *Vel animo vel etiam corpore* è tutto un glossema secondo DE MARTINO, '*Vel etiam*' cit., in *Atti Acc. Pontaniana*, Napoli, 58 (1937), 212 ss. Rinviamo alla parte (che se-

Un'osservazione alquanto interessante mi pare la seguente: l'estensione della figura della *possessio animo retenta* dai *saltus hiberni et aestivi* a qualunque fondo, nel senso che si era visto nel fr. di Ulpiano D. 43, 16, 1, 25, è completamente esclusa dal tenore dei fr. che stiamo commentando. L'esclusione, è vero, è indiretta, e risulta semplicemente dal rilievo che viene dato da Papiniano al caso dei pascoli stagionali; ma non per ciò meno recisa. Del resto, a noi interessa constatare l'assenza dell'estensione. Ciò mi conferma nell'opinione che essa sia stata opera di Ulpiano⁵¹.

IV. – L'ANIMUS' NEL PENSIERO DI PAOLO

14. – L'idea del Rotondi⁵², che con Paolo la teoria dell'*animus possidendi* abbia cominciato ad esser portata ai suoi effetti più estremi, è sostanzialmente esatta. Non voglio anticipare le conclusioni, che verranno tratte dall'esegesi: ma già abbiamo visto, leggendo D. 41, 2, 3, 12, come Paolo parlasse congiuntamente di *animus* e *corpus*, facendo perciò derivare dalla loro unione l'attuazione del possesso: una simile posizione porta necessariamente a considerare i due termini come gli elementi della fattispecie.

Tralascio di esaminare D. 41, 2, 1, 20, in cui ricorre *animus possidentis* usato nel senso atecnico che in Celso (D. 41, 2, 18, 3 cit.) aveva *animus possessoris*; come non riesamino i già visti D. 41, 2, 3, 3 e 11.

Raggrupperò così gli altri fr.: testi relativi all'acquisto del possesso; testi relativi alla perdita del possesso; testi relativi alla conservazione.

guirà) di questo studio dedicata al diritto postclassico e giustiniano, ammetto per ora l'alterazione (forse nel senso voluto dal De Martino) come probabile.

Quanto invece al fr. di Paolo cit. (D. 41, 2, 3, 12), malgrado le numerose ipotesi in contrario (v. *Ind. itp.*) lo ritengo sostanzialmente e (salvo forse qualche difetto di trascrizione) formalmente genuino.

⁵¹ Una prova contraria potrebbe trarsi dall'unico luogo delle istituzioni di Gaio, in cui ricorre la menzione dell'*animus* con riferimento al possesso: Gai. 4, 153. Invero vi si descrive il fenomeno dell'*animo retinere possessionem* e non si menzionano i *saltus*. Ma io ritengo che ciò non voglia affatto dire che Gaio si riferisse a qualunque fondo (nel passo manca del tutto l'indicazione della cosa posseduta); solo, egli si limitava a delineare il fenomeno nei suoi contorni, senza precisarne (e si può anche fargli un appunto per questo) il campo di applicazione. Il passo offre piuttosto lo spunto per una considerazione. Tenuto conto che Gaio era un, sebbene tardo, seguace del pensiero Sabiniano – e tale si rivela anche qui, ove, poche righe sotto (alla fine del § 153) esclude recisamente l'acquisto *animo* – è invero degno di nota che egli tuttavia ammetta l'*animo retinere*, e ci informi anzi che praticamente al suo tempo l'ammettevano tutti (*plerique putant*). Questo fatto lascia intendere che la spiegazione proculiana della conservazione del possesso dei *saltus* (cui Gaio si riferiva) ebbe una diffusione autonoma rispetto alle altre applicazioni della dottrina dell'*animus*. Ne viene quindi anche confermato ciò che dicevo quando tentavo di costruire la conservazione dei pascoli stagionali come un caso a sé.

⁵² *Scritti*, 3, p. 106 e *passim*.

15. – I testi che appartengono al primo gruppo sono⁵³:

Paul. 5, 2, 1: *Possessionem adquiremus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus, retinere tamen nudo animo possumus, sicut in saltibus hibernis aestivisque contingit.*

D. 41, 2, 3, § 1. (54 *ed.*): *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.*

§ 12: *Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum, nec movere nos debet, quod quasdam etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt: nam videmur eas eorundem et animo et corpore possidere.*

Tranne «*et cogitatione*» del fr. 3, 1, che col Riccobono⁵⁴ ritengo ridondante, mi paiono genuini tutti e tre i passi⁵⁵.

Il pensiero di Paolo, come già lo avevamo delineato dall'esame incidentale del § 12, appare in tutta la sua pienezza: il possesso si acquista con un'apprensione materiale (*corpore*) e un corrispondente atteggiamento psicologico (*animo*); di più: si precisa espressamente che uno solo dei due atti non è sufficiente (*neque per se animo aut per se corpore*). Si ammette che l'apprensione materiale sia attuata da altri, ed eccezionalmente (§ 12) che si possieda *animo alieno*. Si esclude recisamente l'acquisto *solo animo* (Sent. 5, 2, 1).

Quest'ultima regola pauliana offre lo spunto per un interessante confronto, che dà la misura dell'evoluzione del pensiero classico dai proculiani a Paolo; tale evoluzione è più nella forma (nella interpretazione dei fenomeni giuridici) che nella sostanza (nel regolamento giuridico stesso): ma l'individuarela non è per nulla ozioso, poiché, se le conseguenze pratiche non sono ancora sensibili all'epoca di Paolo, il punto di vista che egli instaura o per lo meno accetta e diffonde con le sue opere (che sono quelle maggiormente utilizzate dai compilatori nella materia del possesso) avrà in seguito un'importanza notevole.

Ritorniamo dunque sopra un fr., che già avevamo esaminato nel paragrafo 4, in cui Paolo cita il pensiero proculiano:

⁵³ Ai testi qui riportati sarebbe da aggiungere D. 41, 2, 30, 5; ma il dettato del fr. non mi convince. Già l'Albertario ha proposto di sostituire ad *animo* «*per colonum*» (RHD, 1931, 9, n. 1). Forse «*retinere - non possumus*» è tutta una glossa, poiché quello che vi si dice è fuori luogo: l'inciso che espungo avrebbe senso solo ove sopra Paolo dicesse «*nisi ipse corpore nactus possessionem*»; ma non mi sento di proporre tale integrazione.

⁵⁴ ZSS, 43 (1922), 286 n. 2.

⁵⁵ Malgrado le critiche, per altro non unanimi, rivolte contro il § 12, D. 41, 2, 3. V. *Ind. itp.*

D. 41, 2, 3, 3: Neratius et Proculus et +++ solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio.

Nel primo esame di questo fr. avevo incidentalmente notato che l'aggettivo *solo* deve essere di conio pauliano; per quanto sappiamo è certo che i Proculiani non potevano esprimersi così, ed è naturale che Paolo, riferendo il loro pensiero, lo inserisca negli schemi alla sua mente familiari. Proculo e Nerazio non potevano pensare ad un acquisto *solo animo*, perché non conoscevano l'acquisto *animo et corpore*: essi guardavano il momento in cui il possesso s'inizia, e consideravano il fatto che produce questo *incipere possidere*. Se il fatto è materiale siamo di fronte a un acquisto *corpore*, se è spirituale (cioè se il fatto materiale non è visibile), ad un acquisto *animo*. Quest'ultimo caso, essi avvertivano, può verificarsi solo qualora colui che intende acquistare il possesso sia già detentore: cioè solo allora egli può rendersi possessore con un semplice atto spirituale, ma ciò facendo egli non aggiunge un nuovo elemento, integratore del possesso, ad un elemento già esistente: il rapporto che sorge è del tutto nuovo e si sostituisce all'antico.

Quando Paolo, nel passo delle Sentenze e nella l. *et apiscimur* esclude l'acquisto *nudo animo*, dimostra di ragionare in modo del tutto diverso; come già ho sinteticamente esposto all'inizio di questo capo⁵⁶.

16. – Quanto alla perdita del possesso, è d'uopo esaminare insieme i frammenti seguenti:

D. 41, 2, 8 (= D. 50, 17, 153) (Paulus 65 ed.): Quemadmodum (ut igitur D. 50, 17, 153) nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.

D. 41, 2, 3 (Paulus 54 ed.), 6: In amittenda quoque possessione affectio eius qui possidet intuenda est: itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. [igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest]. 7. Sed et si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. 8. Si quis nuntiet domum a latronibus occupatam et dominus timore conterritus noluerit accedere, amissione eum possessionem placet. quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem. 9. Et si alii tradiderim amitto possessionem. nam constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi deiecti fuerimus. 10. Si servus quem possidebam, pro libero se gerat [, ut fecit Spartacus.] et iudicium liberale pati paratus sit, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium praeparat. sed hoc ita verum est, si diu in libertate moratur: alioquin si ex possessione servitutis in libertatem reclamaverit et liberale iudicium imploraverit, nihilo minus in possessione mea est [et animo eum possideo], donec liber fuerit pronuntiat.

⁵⁶ Ci si può chiedere perché mai Paolo riferisca un pensiero che non accettava: ma leggendo il fr. ci si rende facilmente conto che si tratta di una vera e propria citazione, in funzione dell'esame di un caso pratico, a proposito del quale egli riporta anche le opinioni di Bruto e Manilio, nonché quella di Sabino.

Il problema più grave che si è agitato attorno a questi testi è quello che sorge dalla facilmente constatabile antinomia fra il fr. 8, D. 41, 2 e il fr. 3, 6, D. *h. t.* Il contrasto fu già rilevato dalla Glossa⁵⁷.

Riferisco in nota⁵⁸ i punti essenziali della secolare discussione, limitandomi qui a ricordare che in generale si ammette come vera, per Paolo, la soluzione che riconosce la possibilità di perdere il possesso *solo animo* (e ciò salvo le specifiche critiche al dettato del fr. 3, 6), mentre il fr. 8, D. 41, 2, sebbene riconosciuto essenzialmente genuino, avrebbe ricevuto la sua portata generale per opera dei compilatori, mentre Paolo l'avrebbe dettato in funzione della soluzione di un caso specifico.

Ritengo necessario procedere daccapo all'esegesi dei testi nel loro complesso.

Il fr. 8, D. 41, 2 è un'affermazione generale: su questo non c'è dubbio. Anche se riferita in occasione dell'impostazione di un problema particolare, il suo tenore non può essere inteso diversamente. Non v'è dubbio che dica bene il Savigny: «Allein der Jurist hat so offenbar die Absicht, eine allgemeine Regel aufzustellen, dass diese Erklärung (che vuol riferire l'enunciato ad una fattispecie speciale) durch alle Nebengründe, die man dafür aufgesucht hat, unmöglich entschuldigt werden kann». E ciò tanto più se si legge quel che è scritto in testa al fr. nel geminato D, 50, 17, 153: *Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus*. Frase interamente compilatoria? L'Albertario è di questo parere⁵⁹, e forse non a torto; ma a me pare sommamente probabile che qualcosa di simile in Paolo ci fosse, e forse anzi il dettato è genuino da '*quibus modis*': a questa opinione mi inclina la maggior eleganza dell'*ut igitur* che introduce in D. 50, 17 il testo che discutiamo, rispetto al crudo '*quemadmodum*' che si trova nell'altra sede.

Comunque, ripeto, per lo meno il fr. 8 è genuino, e contiene una affermazione generale di cui non si può non tener conto. Del resto, le difficoltà cui esso dà luogo si appianano (per risorgere però, come vedremo, ma con ben diverso aspetto) se

⁵⁷ V. la gl. *utrumque* alla *lex quemadmodum*, ove si nota anche il contrasto con D. 41, 2, 6, 1 di Ulpiano, in cui il possesso *amittitur naturaliter sine animo*.

⁵⁸ Già il SAVIGNY (*Das Recht des Besitzes*⁷, 1865, 330) che enunciava la regola che il possesso si perde quando viene a mancare uno dei due elementi, cercò di superare la difficoltà offerta dal fr. 153, D. 50, 17 intendendo *utrumque* in senso alternativo (*op. cit.*, 332); così pure l'ALIBRANDI (*Possesso*, 63; *Opere*, 264). Il BONFANTE (*Note al Windscheid*, 5, 568 ss.) pensa che «il testo di Paolo ... rappresenti o la sopravvivenza di una massima antica o uno spirito di euritmia formale che porta ad una generalizzazione eccessiva». «Ma – aggiunge il B. – il concetto più probabile è che esso sia formulato con facilità eccessiva in relazione alla *possessio quae solo animo retinetur*». Quest'ultima posizione era già degli autori precedenti il Savigny (v. le citt. a p. 331 n. 5) e fu ripresa dall'ALBERTARIO (*D. 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana*, in *Studi*, 2, 247 ss.; per una posizione diversa v. RABEL, *Studi Riccobono*, 4, 203 ss.). Ma mi sembra che la posizione dell'A. non sia del tutto coerente. Se egli sostiene (ed è una tesi che emerge da tutti i suoi lavori sul possesso) che per i giustinianeî la nozione del possesso si incentra sull'*animus* (v. ad es. *BIDR*, 40, 37), non può poi pensare che i medesimi scegliessero, per generalizzarla, una massima di Paolo che mette i due elementi esattamente sullo stesso piano.

⁵⁹ *Studi*, 2, 251.

si tien conto di questi due elementi: la proposizione ‘*igitur amitti - non potest*’ del § 6, che rende il contrasto più stridente, è spuria; l’altro testo generale che ci rimane (il § 9) ha sostanzialmente lo stesso tenore del fr. 8 D. 41, 2.

Cercherò di dar ragione di queste affermazioni.

La prima: la frase *igitur amitti et solo animo potest, quamvis adquiri non potest*, si presenta già a prima vista come mal scritta: la mancanza del soggetto fa pensare ad una glossa marginale, l’enunciazione di un principio in forma di commento conclusivo⁶⁰. Inoltre, ed è un rilievo che mi par decisivo, il § 6 e il § 7 sono strettamente collegati: ‘*si in fundo sis, et tamen nolis possidere ... si animo solo possideas, licet alius in fundo sit ...*’, tutto col *tu* generico. L’inciso è alla terza persona e spezza il discorso rendendone abnorme la costruzione. Infine, perché il ragionamento, volendovi comprendere l’enunciazione del principio, fosse logico, ci vorrebbe *quia, non igitur*: un principio generale inserito dopo una fattispecie, può servire a spiegarla, ma non può esser tratto da essa: non si generalizza da un solo dato.

La seconda: il § 9 da ‘*nam constat*’ è una specie di sintesi dei concetti sopra enunciati (e questa sì è una generalizzazione lecita): il possesso si perde o quando ‘*nostra voluntate discesserimus*’ (e con ciò Paolo si riferisce alla *traditio* e al costituito possessorio, che, come vedremo, è l’ipotesi del § 6), e quando ‘*vi deiecti fuerimus*’ (che sono le ipotesi del § 8: forse più numerose nell’originale?). Nell’una e nell’altra terminologia è compresa sia la perdita *corpore* (*discesserimus, deiecti fuerimus*), che il mutamento dell’*animus* (spontaneo nel primo caso, *nostra voluntate*; coatto nel secondo: *timore conterritus noluerit accedere*)⁶¹.

È pertanto sommamente verosimile che la regola generale di Paolo, in materia di perdita del possesso, fosse effettivamente quella di D. 41, 2, 8 e 60, 17, 163; cioè fosse concepita come regola uguale e opposta a quella relativa all’acquisto.

In questa nuova impostazione, il problema non è più di spiegare la *lex quemadmodum*, ma il § 6 *in amittenda*.

Come già accennavo sopra, in tale passo Paolo si riferiva evidentemente al costituito possessorio: è dunque qui ch’egli tratta di un caso particolare. Del resto, l’affermazione che vi è contenuta, se presa come generale, non ha senso. È per questo motivo, cioè l’assoluta eccezionalità della soluzione, che essa per Paolo non distruggeva il principio generale. È vero che così il sistema di Paolo non quadra più: ma questo è un effetto necessario della sua impostazione. Se si concepisce il possesso come risultato della connessione di *possessio corpore* (e, ancor peggio, se si identifica questa con la detenzione) ed *animus possidendi*, e si vogliono considerare questi elementi sullo stesso piano, ci si ingarbuglia in una selva di contraddizioni.

⁶⁰ Per questa ipotesi pare inclinare lo HÄGERSTRÖM (*ROB*, 1, 173). Si noti anche che è raro trovare in un classico *igitur* in testa alla frase.

⁶¹ I sospetti di itp. del passo (v. *Ind. itp.*), mi paiono del tutto infondati, ed ancor più l’arbitraria ricostruzione dell’ALBERTARIO (*Studi*, 2, 255).

Gli è perché Paolo non vede che l'attuazione materiale e l'attuazione spirituale del possesso sono due aspetti dell'identico fenomeno: e non è concepibile una conservazione puramente spirituale di un possesso venuto meno *corpore*: poiché il *retinere animo* esprime appunto il perdurare dello stato di fatto nella sua integrità. Questo era chiaro ai proculiani; nel capitolo seguente cercherò di delineare le ragioni storiche che hanno condotto Paolo su questa falsa pista⁶².

17. – Dopo quanto si è detto, i testi relativi alla conservazione *animo* del possesso posso limitarmi a richiamarli. Vi si accenna in Paul. 5, 2, 1, già visto, in cui ci si rifà alla solita fattispecie dei *saltus*, nonché qua e là nei testi discussi a proposito della perdita del possesso; quanto a Paul. 4, 14, 3 esso è probabilmente alterato dai Visigoti, e in ogni modo ne parlerò altrove, trattando i problemi concernenti il *servus fugitivus*.

V. – PARALIPOMENI

18. – Raccolgo in questo capo l'esegesi di alcuni testi, e alcune considerazioni che non hanno trovato posto in quanto precede, ma che mi paiono opportune per fare il punto sul pensiero dei giuristi classici.

E prenderò le mosse da un fr., la cui esegesi offre un interesse particolare:

D. 41, 2, 1, 3 (Paulus, 54 *ed.*): *Furiosus [et pupillus sine tutoris auctoritate] non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habe[n]t, licet maxime corpore suo rem continga[n]t, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse [: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant].*

Il fr. è stato oggetto di un cospicuo travaglio esegetico⁶³. La mia ricostruzione risponde sostanzialmente ai risultati di tale lavoro: voglio precisare che la chiusa probabilmente è stata solo riassunta; che sia stata inserita, nell'inizio, la figura del pupillo e non quella del furioso⁶⁴ è fuor di dubbio, oltre che per il fatto che solo pensando così s'individua la coerenza del testo, anche perché il paragone col *dormiens* richiama l'idea del folle, non del giovanissimo.

⁶² Tralascio l'esegesi di D. 41, 2, 3, 10, e per non appesantire la trattazione, e perché evidentemente *et animo eum possideo* è un ridondante glossema.

⁶³ V. per tutti: SOLAZZI, *Scritti di diritto romano*, 1, 305 ss.; BONFANTE, *Corso*, 3, 259.

⁶⁴ Come invece vorrebbe il VASSALLI, *Misc. crit.* cit. 31.

Il primo enunciato su cui intendo soffermarmi è comunque la frase meno sospetta: *Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere pupillum aiunt*⁶⁵: *eam enim rem facti, non iuris esse*.

L'individuare la portata giuridica di tale enunciato è assai più agevole che non il determinarne il significato storico. *Sub specie iuris* esso significa che l'acquisto del possesso, fenomeno puramente materiale, non esige nel soggetto alcuna forma di capacità giuridicamente riconosciuta (nella specie, capacità di agire); il diritto prende in considerazione il fatto in quanto verificatosi. L'acquisto del possesso è quindi considerato alla stregua dei fatti giuridici propriamente detti, come la morte di un uomo, la caduta in prigionia di guerra ecc.

Dal punto di vista storico i problemi sono più ardui: gli interrogativi che il fr. pone sono i seguenti: c'era controversia intorno alla soluzione? L'opinione di Ofilio e Nerva era comune a tutta la scuola proculiana? (voglio dire, da Ofilio, capostipite comune alle due scuole⁶⁶, essa era passata alla scuola proculiana o era opinione isolata di Nerva?). Se v'era un'opinione contraria, qual'era e a chi apparteneva?

È chiaro che il testo non dà modo di rispondere a tutte queste domande, né purtroppo abbiamo altre fonti sufficienti per una risposta esauriente.

Qualcosa però è possibile, io credo, dire.

Anzitutto, è fuor di dubbio che controversia ci fosse: il problema è troppo importante per pensare che Ofilio e Nerva siano citati come gli unici ad avere detto una parola in proposito; essi sono certo richiamati solo come esponenti di un'opinione. Del resto abbiamo altri fr. sull'argomento: D. 41, 2, 1, 9 (pure di Paolo, ma tale per cui, date le alterazioni, non si capisce quale idea Paolo professi); D. 41, 2, 1, 13 (ancora di Paolo, che pare genuino, e richiede *l'auctoritas tutoris*); D. 41, 2, 32, 2 (sempre di Paolo, che distingue tra *infans* e *pupillus*, in contrasto con la l. prec.); D. 41, 3, 4, 2 (itp., dello stesso); oltre al noto rescritto di Decio (C. 7, 32, 3), in cui si cita Papiniano. Ma si tratta di testi che tutti, ai nostri fini, si riferiscono ad un'epoca troppo avanzata.

Però un ultimo testo, di Venuleio, riferisce che Labeone riconosceva il possesso precario al pupillo che avesse compiuto la *precarii rogatio, sine tutoris auctoritate*

⁶⁵ Lo HÄGERSTRÖM vorrebbe riferire l'enunciato all'*infans*, sostituendo la menzione di costui a quella del pupillo: ma la proposta non mi pare accettabile (ROB, 1, 116 n.).

⁶⁶ Questa qualifica che do ad Ofilio vuol semplicemente dire che lo ritengo anteriore al formarsi delle due Scuole e pertanto estraneo alla duplicità di correnti che esse crearono. Non mi sento di accettare l'idea di Arnò, che vede nelle scuole proculiana e sabiniana solo un momento di un fenomeno ben più vasto. La giurisprudenza romana sarebbe dominata da due correnti: l'una (muciana) che, iniziata da Quinto Mucio, comprenderebbe Alfeno, gli autori della scuola proculiana, quindi Marcello ed infine Ulpiano; l'altra (serviana) che partendo da Servio, comprenderebbe i giuristi sabiniani, poi Venuleio, Gaio e Paolo. Tentativi di avvicinamento sarebbero in Pomponio e specialmente in Papiniano; ma senza seguito. Ofilio, benché talora poi seguito dai proculiani, sarebbe un serviano. V. ARNÒ, *Le due grandi correnti della giurisprudenza romana*, Modena 1926; *La mia congettura sulle due scuole dei giureconsulti romani in relazione a quella del Blubme sull'ordine tenuto dai compilatori delle pandette*, in AG, 93 (1925); su Ofilio in particolare v. *op. ult. cit.* 18 ss. dell'estr.

(D. 43, 26, 22, 1): tale soluzione (come *maius*) presuppone necessariamente il *minus*, di riconoscere al pupillo il possesso acquistato senza *auctoritas tutoris*⁶⁷.

Pertanto la nostra soluzione ha seguito la strada Ofilio-Labeone-Nerva: è dunque assai probabile che si tratti di una soluzione proculiana. Del resto, basata com'è su di una concezione materialistica ed unitaria del possesso, ben concorda con il pensiero (che abbiamo già visto emergere chiaramente) dei proculiani.

La soluzione opposta della specie in parola può essere duplice: *a*) l'impubere può *incipere possidere, tutoris auctoritate*; *b*) l'*auctoritas tutoris* è richiesta per l'acquisto da parte dell'infante, ammettendosi la soluzione di Ofilio, Labeone e Nerva per il pupillo *infantia maior*.

L'opinione *a*) si trova, prendendo i testi nel loro attuale stato, nel nostro D. 41, 2, 1, 3; meno chiaramente in D. 41, 2, 1, 11; ancora chiaramente in D. 41, 2, 1, 13, tutti di Paolo. L'opinione *b*) si trova approssimativamente nella chiusa di D. 41, 2, 1, 3 (non si parla di pupillo *infantia maior*, ma di pupillo in tale età *ut intellectum capiat*); chiaramente in D. 41, 2, 32, 2, entrambi di Paolo.

Dal citato rescritto di Decio, a mio avviso, è arduo trarre qualunque conclusione. A parte va considerato D. 41, 3, 4, 2, che pare prospettasse, nella sua presumibile forma originaria, una distinzione fra acquisto della *possessio (ad interdicta)* e della *possessio ad usucapionem*, esigendo l'*auctoritas tutoris* solo per quest'ultima⁶⁸.

Non mi sento di prendere una posizione precisa: mi limito ad alcune osservazioni ed ipotesi.

Anzitutto va osservato che la soluzione sub *b*) contrasta fieramente con la funzione e la struttura classica dell'*auctoritas tutoris*⁶⁹.

Stando nel regno delle ipotesi, sebbene delle ipotesi coerenti, direi in generale quanto segue: la soluzione che doveva essere in origine contenuta in D. 41, 3, 4, 2 (distinzione fra *possessio* semplice e *possessio civilis*), per la sua analogia con il regime dell'acquisto del possesso *per procuratorem* (che è di conio proculiano, come dimostrerò nell'annunciato lavoro) reca l'impronta proculiana, ma si affermò in tale scuola dopo Nerva: e ciò spiega perché Paolo in D. 41, 2, 1, 3 non cita tutta la scuola. Tale soluzione è perfettamente coerente con la concezione materialistica del possesso, richiedendosi l'*auctoritas tutoris* solo per l'usucapione (acquisto della proprietà). L'opinione Sabiniana era perciò con ogni probabilità quella della sub *a*).

È in ogni modo sommamente probabile che, in opposizione all'opinione di Labeone e Nerva, alla loro epoca, circolasse nella scuola sabiniana un'idea diversa (la precisa citazione di Paolo nel fr. 1, 3 induce a ritenerlo), e cioè la ridetta soluzione

⁶⁷ Così BONFANTE, *Corso*, 3, 263. Cfr. D. 43, 26, 6, 1, in cui, contrariamente ai principi comuni relativi all'acquisto del possesso *per procuratorem*, Ulpiano richiede per la *precarii rogatio* compiuta dal *procurator*, il mandato o la *ratihabitio* dell'interessato.

⁶⁸ Sarebbe questa la soluzione classica secondo il RICCOBONO, *ZSS*, 31 (1910), 362 s.

⁶⁹ Cfr. BONFANTE, *op. cit.*, 261.

a), ed è questo un indizio per ritenere che i Sabiniani trattavano il possesso non semplicemente come un rapporto di fatto, e ciò specialmente con riguardo all'elemento soggettivo. Il ricorso all'*auctoritas tutoris* non può avere altro senso.

19. – L'ipotesi che qui si fa, può essere dunque precisata in questi termini: mentre i Proculiani avevano del possesso, come tale, una concezione materialistica (e pertanto potevano, come abbiamo visto, dire che *incipere possidere facti non iuris est*, D, 41, 2, 1, 3), e consideravano lo stato del possessore in modo unitario; per converso, nell'ambito della scuola sabiniana, si fece strada un punto di vista che tendeva ad isolare nel possesso l'elemento soggettivo, conferendogli una certa autonomia, rendendolo oggetto di una particolare considerazione giuridica, considerandolo infine l'elemento giuridico del possesso, e richiedendo dunque per la sua esistenza una certa capacità nel soggetto. Quale capacità non saprei determinare: per poterlo fare sarebbe necessario saper risolvere compiutamente il rilevato problema dell'acquisto del possesso da parte del pupillo. Contentiamoci dunque di questi risultati approssimativi: e vediamo di confortarli con ulteriori prove o almeno indizi.

20. – Un indizio alquanto significativo si può trarre, a mio avviso, dal regime dell'acquisto del possesso per mezzo di un *subiectus*.

La trattazione del problema *ex professo* la rinvio all'annunziato lavoro sull'argomento: anticipando qui le conclusioni essenziali, dirò che l'indagine rivela che, laddove i Sabiniani ammettevano l'acquisto del possesso al *dominus* (o *pater*) per mezzo di uno schiavo (o figlio) qualora tale acquisto fosse avvenuto *ex peculii causa*, i proculiani esigevano l'acquisto peculiare solo perché il possesso potesse considerarsi idoneo all'usucapione. Ciò dimostra che i proculiani consideravano *iuris* il possesso, solo ove questo fosse qualificato, cioè era *iuris* la *possessio civilis*, idonea all'usucapione: l'elemento giuridico del possesso era la sua idoneità all'usucapione.

La *possessio* come tale è un fatto; la situazione che gli corrisponde è complessa, e certo comprende l'atteggiamento consapevole del possessore, ma tale atteggiamento è un elemento del fatto, e perché il soggetto sia così atteggiato non si richiede una capacità di natura giuridica; si richiede solo che egli tale atteggiamento lo abbia in realtà. Per i Sabiniani invece la volontà di possedere è già un dato giuridico: e pertanto, s'è visto, l'impubere non la può avere validamente, ma l'*auctoritas tutoris* la può integrare, come può integrare la volontà negoziale.

Ritorniamo all'acquisto del possesso per intermediazione di un *subiectus*: ai fini presenti, per illustrare un'applicazione del ragionamento dei Sabiniani in materia, è utile la lettura di

D. 41, 2, 1, 5 (Paulus, 54 *ed.*): Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum quas peculiariter tenent, etiam ignorantes,

sicut Sabino et Cassio et Iuliano placuit, quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permisserimus, ...

Malgrado le critiche del Beseler⁷⁰, possiamo senz'altro considerare genuino il frammento. La soluzione è attribuita alla scuola sabiniana (e solo ad essa), e Paolo mostra di riferirne il pensiero anche nella giustificazione *quia rell.*: l'uso del congiuntivo ne rende certi.

Nostra voluntate intellegantur possidere: l'espressione può avere un duplice senso, in ogni modo illuminante. O significa che lo schiavo possiede *corpore*, mentre si riferisce al *dominus* l'elemento soggettivo *voluntas*⁷¹, oppure che il sottoposto possiede per volontà del padrone, cioè per suo incarico. Questa esigenza si spiega col considerare che l'acquisto del possesso non è fra quegli atti che rendono senz'altro *meliozem* la condizione del *dominus*, perché dal punto di vista giuridico esso si risolve in una legittimazione attiva ma anche passiva agli interdetti.

Orbene, se si pensa che, in quest'ordine di idee, i Sabiniani non riconoscono il possesso senza la *voluntas domini*, ciò vuol dire che non lo considerano semplicemente un *factum*, che *infectum fieri nequit*.

Come si vede, per un verso o per l'altro, la l. *item adquirimus* conferma le ipotesi esposte⁷².

VI. – CONCLUSIONI

21. – Ho cercato di mettere in luce come una definizione precisa della portata della locuzione *animus possidere* e simili, nelle fonti classiche, non sia possibile, poi-

⁷⁰ *Beitr.* 4, 63.

⁷¹ In tal caso la spiegazione che Paolo dava alla soluzione (v. D. 41, 2, 3, 12) era diversa da quella dei giuristi che l'avevano creata.

⁷² Sull'acquisto del possesso per mezzo di un *subjectus*, v. DE FRANCISCI, *Sull'acquisto del possesso per mezzo dello schiavo*, in *RIL*, s. II, 40 (1907), 1002 ss.; RICCOBONO, *ZSS*, 31 (1910), 356 ss.; ALBERTARIO, *Un interessante testo di Giavoleno*, in *AUP*, 30 (1915) [= *Studi*, 2, 299 ss.]; SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, in *Mem. Acc. Mod.* s. III, 11 (1911) [= *Scritti*, 1, 345 ss. (§§ 11-13)]; BESELER, *Beitr.* 4 (Tübingen 1920), 61 ss.; MICOLIER, *Pecule et capacité patrimoniale*, Lyon 1932, 542 ss.; BONFANTE, *Corso*, 3, 266 ss.; FUENTESECA, *Possessio domino ignorant*, in *AHDE*, 24 (1954), 559 ss.

Una accurata indagine sui problemi possessori relativi al *servus fugitivus* sarebbe utilissima per trarne nuove prove a sostegno delle ipotesi sopra esposte, ma poiché la parte forse più significativa della materia concerne l'acquisto del possesso per mezzo dello schiavo in fuga, ne tratterò ove mi occuperò dell'acquisto del possesso. In ogni modo, oltre alle opere già menzionate nella bibliografia generale, ricordo qui in particolare i due scritti del PRINGSHEIM, *Acquisition of ownership through 'servus fugitivus'*, in *Studi Solazzi* (1948), 603 ss.; *Servus fugitivus sui furtum facit*, in *Festschr. Schulz* (1951), 1, 279 ss.

ché il concetto che corrisponde alla terminologia è talora incerto e in ogni modo sempre cangiante da epoca ad epoca, da autore ad autore, talora da caso a caso.

Mi limiterò quindi a raccogliere qui i punti essenziali dei risultati raggiunti, in modo da presentare una sorta di schema storico che mi pare possa dirsi il più precisabile risultato di queste mie indagini.

Nella materia del possesso, la più antica espressione contenente la menzione dell'*animus* fu probabilmente quella di *animo retinere possessionem*, applicata ai *saltus hiberni et aestivi*. È questa un'opinione comune fra gli studiosi⁷³, ed io pure la ritengo vera: l'indizio più cospicuo che mi induce in tale convinzione è l'aspetto ancora atecnico che la terminologia in parola aveva in quel caso. Va notato però che nelle fonti pervenuteci, di *animo retinere* si parla solo con Proculo (cfr. D. 41, 2, 27 e D. 43, 16, 1, 25), mentre da D. 41, 2, 51 sappiamo che già Labeone parlava di *animo possessionem apisci*, ma con un significato tecnico già ben preciso, anzi dando ad *animus* quel senso che esso avrà in tutta la dottrina della scuola proculiana e dei suoi seguaci. Perciò, malgrado l'ordine delle testimonianze, non mi pare vi sia ragione di scostarsi dalla *communis opinio*. Il significato tecnico di *animus* (o almeno il significato base, su cui tutto il resto si innesta) è quello che indica un atto immateriale, ma perfettamente corrispondente ad un atto materiale (cioè compiuto *corpore*), con cui si opera sul possesso. Sulla base di questo significato si chiarisce il contrasto tra la Scuola proculiana e la Scuola sabiniana su questo punto: il fatto che la Scuola sabiniana non conosca la dottrina dell'*animo possidere* (la chiamo genericamente così) non rappresenta un contrasto puramente teorico fra le due scuole, e nemmeno significa (abbiamo visto che è proprio il contrario) che la Scuola sabiniana non prendesse in considerazione l'elemento soggettivo del possesso. Il contrasto è di natura pratica, ed è sorto in materia di acquisto del possesso, dove in una serie di casi i Proculiani ammettevano che il possesso potesse acquistarsi con un atto spirituale (o spiritualizzato), mentre i sabiniani esigevano un atto materiale.

Si tratta di quelle situazioni in cui chi intende iniziare il possesso è già detentore della cosa: né l'una né l'altra scuola consideravano la detenzione come un elemento del possesso, cioè come una parte di possesso già attuata, che si completa mediante l'aggiunta dell'elemento soggettivo, ma entrambe le scuole vedevano nella detenzione qualcosa di assolutamente diverso, che con l'instaurarsi del possesso sparisce, facendo luogo alla nuova situazione. In questi casi in cui, come si dice in D. 41, 2, 3, 3, *antecedit naturalis possessio*, per l'attuazione della *possessio* i sabiniani esigono un preciso atto materiale (che il tesoro *loco motus sit*, fr. 3, 3 ora cit. che il denaro depositato *moveatur*, D. 12, 1, 9, 9, etc.), mentre i proculiani si accontentano del *possidendi affectum habere*, cioè di un atto spirituale. V'è poi un caso interessantissimo, e che conforta in modo decisivo questa interpretazione del loro pensiero, in cui i giuristi delle due scuole non sono per nulla in controversia sul lato

⁷³ *Contra*, però, RICCOBONO, *Scritti Ferrini* (1946), 63 s.

esteriore del problema, cioè su ciò che si richiede in pratica; il loro contrasto si riduce alla interpretazione dei fatti: parlo del caso discusso in D, 41, 2, 51, in cui Giavoleno e Labeone divergono soltanto sulla interpretazione della fattispecie, che per l'uno è *traditio*, per l'altro è acquisto *animus*.

Nell'ambito della Scuola proculiana, e poi per mezzo dei continuatori della sua linea di pensiero, Marcello e Ulpiano, questa concezione dell'operare spiritualizzato sul possesso, da quel che era, e cioè una figura particolare adottata nella casistica, viene sempre più estesa nel suo campo di applicazione, fino a diventare una figura generale. La strada che seguì fu probabilmente questa: usata in senso, originariamente almeno, atecnico nel caso dei *saltus* (*animus possessionem retinere*), viene poi impiegata con un più preciso senso tecnico in materia di acquisto del possesso (*animus possessionem apisci*), e quindi adottata anche per la perdita del possesso e per il trasferimento di esso (*animus deponere et mutare possessionem*) da Celso e Marcello (D. 41, 2, 34 pr.). Con Ulpiano la figura dell'*animus retinere possessionem*, ormai per assorbimento divenuta anch'essa tecnica, si estende dal semplice caso dei *saltus*, a cui era originariamente applicata, alla conservazione del possesso di qualunque fondo che il possessore lasci per ritornarvi (D. 43, 16, 1, 25).

Con tutto ciò, la concezione del possesso che discende dalla scuola proculiana è unitaria e materialistica: il possesso è un rapporto, una situazione di fatto; e tale è nella sua integrità. Voglio dire che l'aspetto soggettivo e l'aspetto oggettivo non sono scindibili, ed appartengono entrambi al fatto. Nei testi proculiani o di Ulpiano, dell'elemento soggettivo del possesso, sebbene esso sia sempre implicitamente presente, non si parla mai, non lo si isola mai, tranne che in un caso: parlo del frammento di Celso D. 41, 2, 18, 3, frammento prezioso, perché ci mostra come l'intenzione di possedere sia trattata come un aspetto del fatto⁷⁴.

Se qui si usa la parola *animus* per indicare l'intenzione, si tratta, come credo di avere chiaramente dimostrato a suo luogo, di una coincidenza: poiché il vocabolo è usato in un'accezione diversa rispetto agli altri testi. La coincidenza però induce a meditare: forse proprio in questa duplice possibilità dell'impiego di *animus* sta la radice degli equivoci successivi.

Si osservi la seguente impostazione della situazione nel diritto classico.

Da un lato v'era la Scuola proculiana, per la quale la volontà di possedere era idonea ad operare da sola sul possesso; l'esistenza e la validità della volontà stessa venivano valutate in base a criteri di fatto; inoltre essa non era presa in considerazione propriamente come volontà, non riceveva questo nome, ma si vedeva in essa lo spirito dell'uomo (*animus*) in atto.

Dall'altro lato la Scuola sabiniana, se son vere le mie ipotesi, non riteneva la volontà di possedere idonea ad operare da sola sul possesso, ma richiedeva che essa fosse accompagnata da particolari attività fisiche; è pertanto facile pensare che in

⁷⁴ Nel fr. *animus possessoris* è il complemento di modo di *intraverit*; esso sta ad indicare non l'attuazione di qualcosa di distinto dall'ingresso, ma il c o m e il soggetto entra.

tale sistema la volontà risultasse ridotta a poco più che una semplice intenzione. Forse per indicarla i sabiniani usavano proprio il termine *voluntas* (D. 41, 2, 1, 5), con un significato certo più pregnante, ma alquanto vicino a quello che *animus* ha nel fr. di Celso D. 41, 2, 18, 3, più volte ricordato.

Orbene, la nuova visione che si trova in Paolo appare una *contaminatio* di queste due concezioni. La sostanza è fondamentalmente quella del pensiero sabiniano, la terminologia è formalmente proculiana: però è facile vedere come l'*animus* vi sia invilito, ridotto ad esprimere una direzione psicologica, il riflesso interiore degli atti fisici o l'impulso che li genera ed accompagna.

In ogni modo lo sforzo di Paolo ebbe fortuna prevalente. Sarà su di esso, e non sulle concezioni precedenti, che si opererà nell'epoca postclassica e giustiniana, nonché, di conseguenza, in tutta l'elaborazione giuridica successiva. È quanto spero di potere dimostrare in ulteriori ricerche.

DALLA NOZIONE DI 'ANIMO POSSIDERE' ALL' 'ANIMUS POSSIDENDI' COME ELEMENTO DEL POSSESSO *

SUMMARIUM: De doctrina, quae ad 'animum possidendi' pertinet, pervestigatio hic continuatur. – 1-2. Quae de ea doctrina apud classicos iurisconsultos auctor, priori anno, proposuit, summam repetuntur. – 3. Fontium postclassicae, quae ita dicitur, aetatis incipit tractatio. In edictis imperatorum nihil de 'animo possidendi' invenitur: similibus verbis, de hereditatis aditione loquens, Constantinus (C. Th. 5, 1, 1, cfr. Fr. Aug. 44-47) utitur, sed ad substantiam haec non attingit similitudo. – 4-5. In rescriptis, contra, aliqua inveniuntur: Decius (C. 7, 32, 3) et Diocletianus (C. 7, 32, 4) Pauli sententiam sequuntur, et 'animi' doctrinam bene noverunt. – 6. In interpretatione Pauli, quae Wisigothica dicitur (5, 2, 1), doctrina, de qua loquitur, sublata est; quod forsitan expresse interpretes intendit. (Aliqua generaliter de 'Vulgarismo' in hoc paragrapho adiciuntur). – 7. Quae de 'animo possidere' apud Paul. 4, 14, 3 leguntur, postclassica aetate adiecta sunt, sed primis huius aetatis annis (III saec.), quo tempore glossae et scoliae ad iurisconsultorum libros addi incipiunt. – 8. De his scoliis generaliter disseritur, quorum divisio in duas partes diducitur: alia ad occidentis imperii partem et ad primam postclassicam aetatem ('Frühnachklassisch') tribuuntur, alia ad orientis, tardioribus annis. – 9. Occidentis scoliae, quae ad 'animo possidere' attinent, leguntur: ad D. 41, 2, 3, 6 et 10. – 10. Sequitur: ad D. 41, 2, 29 et 27. In his omnibus mens Pauli studiose considerari videtur, nec superatur. – 11. Orientis scoliae tractantur: ad D. 41, 2, 19, 1; D. 41, 2, 3, 3; D. 47, 4, 1, 15, ubi 'animus' et 'corpus' ut possessionis elementa, eo modo ut Savigny sensit, habentur. Haec opinio graeci textus confirmant: Teoph. 2, 9, 4; 3, 29, 2; sc. Cyrilli ad B. 60, 5, 22. – 12. Sententia orientis scholarum Basilicis confirmatur. – 13. Paralipomena adduntur (de D. 41, 2, 25, 2; D. 41, 2, 51). – 14. Studium concluditur.

1. – In uno scritto apparso nella precedente annata di questa rivista¹, ho cercato di mettere in luce l'evoluzione della dottrina dell'*animo possidere* durante l'epoca classica del diritto romano.

Sintetizzerò qui di seguito, per comodità del lettore, i risultati raggiunti (e che ora, dopo oltre un anno di rimediazione, condivido sostanzialmente ancora)².

* Pubblicato in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XXVII, 1961.

¹ *SDHI*, 26 (1960), 71 ss.

² La sintesi che segue, prescinde dall'esame delle fonti, che ho ampiamente svolto nel citato lavoro. Sarà mia preoccupazione invece, fin dove è possibile, precisare e chiarire i risultati.

La letteratura sull'argomento è pure elencata nell'articolo ricordato (nota a p. 72 s.), e non ripeterò qui l'elenco. Mi sento però in dovere di mettere ancora in particolare rilievo i contributi che mi sono stati di più prezioso ausilio, e prima fra tutti la 'vorbildliche Untersuchung' (come l'ha definita il Wieacker) del ROTONDI, '*Possessio quae animo retinetur*', in *BIDR*, 30 (1921), 1 ss. = *Scritti giuridici*, 3, 94 ss. Sebbene in un contesto assai debole, acute intuizioni sono contenute in FABI, *Aspetti del possesso romano*, Camerino 1946, 46 ss. Grande importanza hanno pure i due lavori del DEKKERS, '*Reciperare possessionem*', in *Studi Albertario*, Milano 1953, 1, 163 ss. (già nei *Travaux de*

I giuristi dell'epoca classica non conoscevano la figura dell'*animus possidendi* come elemento del possesso, né, pertanto, la terminologia che a tale concetto corrisponde.

Nel linguaggio dei giuristi classici si possono, in base alla esegesi delle fonti, individuare due filoni per quel che riguarda il modo d'intendere la dottrina dell'*animus*.

Quanto vi è di comune è il fatto che l'idea di un *animus possidendi* come tale è sempre ad essi estranea: essi si avvalgono tutti delle espressioni *animo possidere*, *animo possessionem apisci* e simili, nelle quali *animo* è complemento di mezzo retto dal verbo che indica l'attività possessoria, o che si compie in ordine al possesso.

Nelle due correnti di cui parlavo, però, la concezione ha ben diversa portata.

La prima fa capo alla scuola proculiana³, e trovò il suo seguito in Ulpiano, forse per il tramite di Marcello: il carattere distintivo del pensiero di questi, è che per essi *possidere animo* e *possidere corpore*⁴ sono attività distinte ed anzi contrapposte: il ricorso alla formula *animo possidere* è dettato dalla semplice constatazione che il possesso esiste, ma non è visibile la sua attuazione fisica. In questo ordine di idee è chiaro come l'*animus*, lungi dal rappresentare l'elemento soggettivo del possesso, sia piuttosto un modo per indicare l'insistenza sulla cosa; una insistenza smaterializzata, ma perfettamente corrispondente alla insistenza fisica. Infatti, anche se essa si attua con un moto dello spirito anziché del corpo, tuttavia tale moto va a so-

l'Ac. Roy. Flamande, 1949, col titolo: *Hoe juristen een leer opbouwen. het bezit*, che non ho potuto vedere, e del resto non avrei potuto leggere per l'inaccessibilità della lingua; v. il sommario in *Iura*, 1 [1950], 592) e del WIEACKER, *Der Besitzverlust an den heimlichen Eindringling*, in *Festschr. Lewald*, Basel 1953, 185 ss. Un notevole apporto indiretto alla soluzione dei nostri problemi ci è venuto dal BONFANTE, *Teoria del possesso (Corso)*, Pavia 1906, 18 s., ove l'A. ha chiarito gli equivoci che circondavano la nozione e la terminologia di *corpore possidere*. Si veda pure *Corso di dir. rom.*, 3, Roma 1933, 139 ss., ove però, con preciso riguardo al nostro tema, l'A. indugia in concezioni troppo generali, per cui oltre a quel chiarimento che ho menzionato, l'apporto più notevole del Bonfante va ricercato là ove discorre dei problemi particolari relativi all'acquisto del possesso (p. 223 ss.). (Questa mia valutazione dell'opera del Bonfante relativamente al nostro tema, coincide con talune osservazioni contenute nella nota del FREZZA, *A proposito della riedizione delle opere di P. Bonfante*, in *SDHI*, 25 [1959], 371 ss.).

Indico ancora qui alcune opere a completamento della letteratura richiamata nel mio precedente articolo: le due voci '*animus*' in *NssDI* (1, 1, Torino 1957), del BETTI, ed in *Enc. del Dir.* (2, Milano 1958, 437 ss., per quel che ci riguarda 443 s.), del PUGLIATTI; ed inoltre, G. LONGO, *In tema di acquisto del possesso*, in *BIDR*, 42 (1934), 469 ss.; LAURIA, *Possessiones (età repubblicana)*, Napoli 1953, 7, 10, 86, 97; un cenno già in *Note sul possesso*, in *Studi Solazzi*, Napoli 1948, 792 s.; BURDESE, *Sulla capacità intellettuale degli 'impuberes' in diritto classico*, in *AG*, 150 (1956), 14 ss.; MASCHI, *Il diritto romano nella prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milano 1957, 145 ss., in part. 169 ss.

³ Alla quale scuola va attribuita del tutto la creazione di questa dottrina, come l'introduzione dell'uso del termine *animus* nel senso che sarà descritto. Il merito di avere messo in luce il collegamento fra la dottrina dell'*animus* e l'attività dei giuristi proculiani, spetta al KLEIN, *Sachbesitz und Ersitzung; Forschungen im Gebiete des römischen Sachenrechtes und Civilprocesses; ein Beitrag zur Geschichte jener beiden Institute*, Berlin 1891, 77 ss., 123, ed al FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto in diritto rom. nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, in *AG*, 47 (1891), ora in *Opere*, 5, 145.

⁴ Parlo genericamente di *possidere*, volendo però riferirmi a tutte le espressioni che riguardano attività in relazione col possesso: conservazione, acquisto, perdita, trasferimento.

stituirsi alla attività fisica prendendone né più né meno lo stesso posto, ed usurpandone precisamente la funzione: per questo la considerazione dell' *animus*, nel pensiero proculiano, rappresenta una alternativa rispetto a quella del *corpus*.

Nella casistica che i proculiani e i loro seguaci propongono, non è sempre necessario che la menzionata attività spirituale sia effettiva. Quando lo è (è questo un punto che va assai ben ritenuto) essa non corrisponde alla semplice intenzione di possedere, ma bisogna che l'intenzione si sia concretata nella volontà di possedere, e ciò mediante un atto individuo.

La necessità di un effettivo atto spirituale si ha nei casi di operazioni determinate sul possesso: e precisamente, in particolare, per l'acquisto del possesso, ma anche per la perdita e il trasferimento. In questi casi l'operazione compiuta *animus* si concreta in un atto spirituale, che, come dicevo, rappresenta il preciso corrispondente dell'atto fisico normalmente richiesto⁵: è chiaro però che una tale costruzione non può essere adottata in materia di conservazione del possesso.

Per *retinere animo possessionem* è sufficiente non compiere attività in contrasto con la situazione di possessore⁶: la conservazione del possesso offre quindi una problematica e sé stante, che isola il sistema da quello delle operazioni compiute *animus* sul possesso.

Va notato però che questa volontà operante in ordine al possesso, non è, per i giuristi di cui vado ora illustrando il pensiero, una volontà con carattere precettivo⁷. Es-

⁵ V. in part. *SDHI*, 26 (1960), 101 ss.

⁶ V. in part. *SDHI*, 26 (1960), 74 ss.

⁷ Con i termini della dottrina moderna, diremmo volontà con carattere negoziale. Ho precisato 'con carattere' poiché l'atto di acquisto del possesso, se può essere avvicinato, nel suo regime giuridico (e particolarmente per quel che riguarda la valutazione della volontà in esso operante) al negozio giuridico, mai può essere con questo identificato. La differenza sta nel fatto che l'acquisto del possesso è un atto, in sé, per definizione, e non a causa: poiché il motivo che lo determina è l'appropriazione, e se il diritto lo elevasse al rango di causa negoziale, e gli collegasse effetti conformi, saremmo nel campo dell'acquisto della proprietà, e non in quello dell'acquisto del possesso. V'è un caso in cui ciò avviene: quello dell'occupazione; ma si tratta invero di una zona del tutto eccezionale, poiché, non essendovi in gioco in alcun modo interessi di terzi, la sfera del fatto e quella del diritto possono essere agevolmente portate a coincidere; una sorta di residuo del mondo pregiuridico o paleogiuridico (come bene intuì Nerva, cit. da Paolo, D. 41, 2, 1, 1; v. anche in glossa 'quia naturaliter' a D. 41, 2, 1 pr.). Questo discorso può estendersi – *mutatis mutandis* – alla derelizione e alla *traditio*: quanto a quest'ultima, essa si presenta come una sintesi di derelizione e occupazione, che, per l'immediata consecutività dei due atti non lascia che la cosa divenga mai *res nullius*, con la conseguenza che l'acquisto della proprietà che ne risulta è a titolo derivativo (alla intima relazione fra la *traditio* e il mutamento di proprietario in seguito a *derelictio* e *occupatio* è legata la nota controversia fra Proculiani e Sabiniani sugli effetti della derelizione: cfr. Paul. D. 41, 7, 2; Ulp. D. 47, 2, 43, 5). Siamo nella materia eccezionale dei cosiddetti negozi di attuazione (cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del dir. civile*⁶, Napoli 1959, 135): essi sono caratterizzati dal fatto che l'attività con cui si pongono in essere attua, sul piano materiale, il regolamento d'interessi che le parti, o la parte, perseguono sul piano giuridico, e che il diritto a tale attività ricollega. Con i negozi di attuazione non vanno confuse altre figure, nelle quali una attività dello stesso tipo – che può pure essere un atto di acquisto del possesso, come può avvenire nella *pro herede gestio*, di cui si parlerà più innanzi – non esaurisce il negozio, ma viene in considerazione come modo di manifestazione della volontà.

sendo essa un corrispondente degli atti fisici (o della attività fisica, nel caso della conservazione del possesso), alla stessa stregua di essi viene valutata. La conseguenza è che, per indagare sulla presenza di questa volontà e degli atti o delle attività che la esprimono, non si deve ricorrere alle categorie giuridiche che si riferiscono alla capacità (in particolare infanzia, impubertà, pubertà); l'indagine sarà condotta esclusivamente allo scopo di rivelare la sua concreta esistenza materiale, e non anche la sua possibilità di esistenza giuridica, come è per la volontà precettiva.

Il secondo filone del pensiero classico, è per noi legato al nome di Paolo: può ben darsi che la sua posizione abbia avuto dei precedenti (Papiniano in particolare) ma le fonti non ci permettono di stabilirlo con certezza: solo il pensiero di Paolo ci è perspicuamente documentato, ed è ad esso che dobbiamo riferirci⁸.

Ciò che caratterizza nel modo più chiaro ed appariscente la posizione del giurista, è che nei suoi scritti *animo possidere e corpore possidere* non sono più alternati in modo da escludersi, bensì sono congiunti ad esprimere il possesso come risultante dalla loro somma. Mi preme però mettere bene in chiaro un punto, che potrebbe generare confusione ed errori: la novità di Paolo non consiste nell'aver preso in considerazione l'elemento soggettivo del possesso, poiché anche i proculiani erano ben consapevoli della sua presenza: la innovazione del giurista dell'età dei Severi sta nel fatto di avere applicato la terminologia *animo possidere e corpore possidere* ad indicare i due fattori della fattispecie. La differenza concettuale che questa innovazione porta con sé sta pertanto semplicemente in un nuovo profilo. Se per i proculiani e i loro seguaci il possesso consisteva in un *c o m p o r t a m e n t o c o n s a p e v o l e*, ma unitario nel senso che l'attività materiale e la consapevolezza di essa non potevano essere risolte in due diversi elementi, Paolo opera questa scissione, e ne fa il fulcro di una nuova impostazione teorica del regime dell'istituto⁹. Il principio più fecondo di questa nuova teorica è quello, espresso in Paul. 5, 2, 1 e D. 41, 2, 3, 12, per il quale se *animo possidere* è imprescindibilmente¹⁰ attività del titolare del possesso, l'attività fisica può essere prestata da altri: e poiché uno degli esempi caratteristici di attuazione della componente fisica da parte di altri è per Paolo quello del colono, si viene delineando così la equiparazione tra *corpore possidere e naturaliter possidere*, che porta a costruire il possesso come una figura contenente in se stesso la detenzione, e precisamente come una detenzione arricchita dall'elemento spirituale, che si indica come *animo possidere*.

⁸ Il primo che attribuì a Paolo (e forse pure un poco troppo esclusivamente: «eine i n d i v i d u e l l e A n s i c h t» – lo spaziato è dell'A.) questa concezione, che è la matrice dei successivi sviluppi della dottrina dell'*animus*, fu lo JHERING, *Der Besitzwille*, Jena 1889, in part. 269 ss. Meglio sistemata la posizione storica del giurista appare in ROTONDI, *Scritti*, 3, 106 e *passim*. Io ho espresso l'opinione che il giurista dell'età dei Severi abbia tenuto conto, nella sua costruzione, anche di certe posizioni della scuola sabiniana, e che anzi ad esse principalmente si sia rifatto, sovrapponendovi però la terminologia proculiana: cfr. *SDHI*, 26 (1960), 104. Sul punto, v. anche *infra*, nel presente articolo.

⁹ Per la quale v. *SDHI*, 26 (1960), 91 ss.

¹⁰ Salvo nel caso, assai complesso per altro, del possesso attuato *per servum*.

La dottrina di Paolo ha pure un corollario: che sia l'*animo possidere*, sia il *corpore possidere* devono considerarsi presenti in ogni situazione possessoria, almeno all'inizio: l'*animo possidere*, poi, deve essere presente durante tutto il possesso, anche se la *possessio corpore* può eccezionalmente mancare, e precisamente nel caso in cui *possessio animo retinetur*. Quanto alla perdita del possesso, essa avviene mediante *acta contraria* a quelle dell'acquisto: è questo il punto più scabroso della dottrina di Paolo, e sulla sua genuinità sono stati avanzati più volte dei dubbi¹¹.

2. – La diffusa ed esatta opinione, già accennata, che vuole i proculiani come primi autori della dottrina dell'*animo possidere*, deve essere precisata dunque, a mio avviso, nel senso esposto: essi hanno infatti creato la detta dottrina, ma non hanno con questo mirato a porre in risalto l'elemento soggettivo del possesso, non facendo per nulla, anzi, riferimento ad esso. E pertanto Paolo non può essere considerato un loro continuatore in questa materia. Rispetto alla dottrina proculiana, Paolo è un vero innovatore. Un ulteriore problema è quello di vedere se questo carattere innovativo del pensiero di Paolo risulti non solo in relazione ai detti precedenti, ma anche in senso assoluto.

E mi pare di avere dato a suo tempo indizi sufficienti per ritenere che la tendenza ad isolare l'elemento soggettivo del possesso provenisse dalla impostazione della scuola sabiniana: le forme assunte da questa tendenza, ed i particolari della sua rilevanza pratica, sono e, credo, resteranno per lungo tempo ancora assai incerti in molti punti. Mi sembra però che siano a nostra disposizione elementi sufficienti per costruire una storia del pensiero giuridico¹².

¹¹ Esso costituisce il tema centrale del cit. studio del Wieacker, al quale rinvio per la letteratura anteriore. Io, per mio conto, ritengo che la dottrina degli *acta contraria* per la perdita del possesso, sebbene sia stata feconda di sviluppi e generalizzazioni nell'epoca successiva, appartenesse già al pensiero di Paolo. Cfr. *SDHI*, 26 (1960), 93 ss.

¹² Sul tema, v. *SDHI*, 26 (1960), 96 ss. Questa duplicità di tendenze, in ordine alla valutazione dell'elemento soggettivo del possesso, è stata ora individuata anche dal TONDO, *Acquisto del possesso da parte del pupillo*, estr. da *Studi Betti*, Milano 1960 (che citerò con le pagine dell'estr.). Una sola osservazione vorrei fare alle sue conclusioni (p. 37 ss.): poiché egli – usando la terminologia tradizionale – denomina ancora *animus possidendi* l'elemento soggettivo del possesso, il suo discorso risulta, in apparenza, strano. Secondo l'A. infatti, avrebbero potuto prescindere dalla considerazione dell'*animus possidendi* «quale elemento essenziale per la costituzione e la persistenza della situazione possessoria», oltre ad Ofilio, proprio «taluni giuristi della scuola proculiana» fra i quali Labeone, mentre l'altro orientamento, «impennato sulla considerazione dell'*animus possidendi*», farebbe capo a Sabino. L'equivoco del Tondo deriva unicamente, è chiaro, dall'uso della terminologia; e se, da un lato, la convergenza delle nostre vedute – formatesi in perfetta indipendenza – sul punto al quale si riferisce questa nota, accresce la verosimiglianza del nostro pensiero, la contraddizione nella quale egli cade mi conferma che, nell'epoca classica, la storia dell'*animus possidendi* e quella dell'elemento soggettivo del possesso non coincidono affatto.

Quanto poi al tema dell'acquisto del possesso da parte del pupillo, che già avevo sfiorato nel mio precedente articolo, devo dare atto all'A. del fatto che, se le sue conclusioni mi lasciano molti dubbi (in particolare per la sua forse eccessiva fiducia nella genuinità di alcuni frammenti), egli ha senza dub-

Sintetizzati così i risultati della mia ricerca passata¹³, veniamo al tema attuale.

3. – È mio proposito osservare gli sviluppi che, dopo l'opera di Paolo, ebbe la dottrina in parola. Esaminerò dapprima le fonti che provengono direttamente dalla cancelleria imperiale, e quindi le fonti con carattere giurisprudenziale, prima le occidentali, poi le bizantine.

Dato il carattere squisitamente giurisprudenziale della dottrina dell'*animus*, non fa meraviglia che essa sia totalmente assente dalle fonti legislative. Le accurate ricerche, che ho condotto in questo campo, non hanno dato risultato alcuno. L'unico testo, che arieggia la nostra terminologia, è una lunga costituzione di Costantino, di cui riporto qui la sola parte che direttamente ci interessa.

C. Th. 5, 1, 1 (Constantinus, Romae 19 [20] mai. 321 [317-19]): ...ita ut nec petita bonorum possessione, quoniam huius legis, non praetoris est beneficium, ilico, ut sibi delatae portionis die extiterit, aditione simpliciter arrepto rerum quolibet corpore, vel animi destinatione patefacta, plenum dominium delatae sibi portionis consequantur, facultate eis perpetua, dum advixerint, tribuenda in adeunda concessa sibi parte successionis.

Il passo riguarda l'adizione dell'eredità¹⁴. Come dicevo, esso è richiamato qui solo per essere il più affine, come linguaggio, a quelli che interessano il nostro tema, col quale però non ha relazione alcuna: lo scopo preciso delle righe che gli dedico, è quello di eliminarlo espressamente (e non solo non parlandone) dalla discussione, così da evitare eventuali equivoci.

bio il merito di avere riproposto il problema in termini atti a promuovere una nuova proficua discussione, alla quale spero di potere, in seguito, partecipare.

¹³ È necessario un ultimo chiarimento. La parola *animus* che entra nella terminologia di cui andiamo discutendo, è usata in un senso del tutto diverso da quello che essa ha in quei passi in cui sta ad indicare l'intenzione, la direzione della volontà, e ciò anche con un significato tecnico giuridico. Quest'uso (sul quale si vedano i noti studi del Pringsheim, oltre alle voci dell'*Enc. del Dir.* e del *NssDI* che ho già citate) ha però riscontro in taluni testi nella materia del possesso, dove sta ad indicare l'intenzione di possedere, ma, come appare dalla semplice lettura, senza alcun legame con i testi che si riferiscono alla dottrina di cui stiamo cercando di delineare la storia. Di questi testi D. 41, 2, 18, 3 (Celsus 23 *dig.*) è già stato discusso, in *SDHI*, 26, 83 s. Gli altri sono: D. 13, 7, 37 (Paul. 5 *ad Plautium*); D. 41, 2, 28 (Tertullianus, 1 *quaest.*); D. 41, 2, 1, 20 (Paul. 54 *ed.*).

¹⁴ Sul testo v. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, 2, Napoli 1933, 29 s. L'A. spiega: «Aditione simpliciter è l'accettazione libera da forme in antitesi alla *cretio* (oramai in disuso). *Arrepto rerum quolibet corpore vel animi destinatione patefacta* designa i due modi nei quali si poteva compiere l'adizione non solenne; il primo è la *pro herede gestio*, il secondo la volontà di assumere l'eredità manifestata esplicitamente (*patefacta*) fuori d'ogni formalismo». La spiegazione è perfettamente calzante. Sul problema della evoluzione dei modi di accettazione dell'eredità, cfr. BIONDI, *Degenerazione della 'cretio' ed accettazione espressa non formale. (Contributo alla storia della decadenza delle forme civili solenni)*, in *Studi Solazzi*, Napoli 1948, 67 ss. Sulla *destinatio animi* v. anche le considerazioni del TONDO, *Osservazioni intorno alla 'pro herede gestio'*, in *AG*, 153 (1957), 45 ss. (per il nostro testo, 46 s., 78).

Il termine *corpus* nell'espressione 'arresto rerum quolibet corpore', con la quale si indica la forma più materialistica dell'adizione non solenne (*pro herede gestio*), non indica, come è chiaro, una apprensione *corpore* ma l'apprensione di un *corpus*, cioè di una cosa ereditaria.

D'altro canto, la 'destinatio animi' manifestata nell'altro caso di adizione non solenne, non è l'intenzione di apprendere, cioè ordinata, in qualche modo, ad un comportamento possessorio, bensì la volontà diretta alla assunzione della qualità di erede. Il piano sul quale questi comportamenti si trovano, ed in base al quale vanno valutati, e del tutto diverso, dunque, da quello che ci interessa: giacché la volontà che sustanzia l'atto di adizione, qualunque esso sia, è una volontà negoziale, diretta al conseguimento di un effetto giuridico (l'acquisto dell'eredità) ulteriore rispetto all'effetto materiale dell'atto; una volontà cioè atta alla produzione, nel mondo del diritto, di una modificazione diversa da quella che è il risultato materiale dell'attività stessa che la manifesta. Nell'acquisto del possesso, invece, anche se di una analoga *destinatio animi* si volesse parlare, essa non sarebbe altro che l'impulso o il complesso di impulsi psichici (intenzione o volontà) che regge l'attività del soggetto, ed i cui effetti sono già tutti presenti sul piano materiale – anche se poi il diritto interviene a qualificarli, o ad offrire una tutela per la loro conservazione, o persino ne tiene conto per effetti diversi (come l'usucapione) che però si riconnettono con la situazione instaurata e non con l'atto di apprensione¹⁵.

Lo stesso linguaggio ora letto nella legge costantiniana, ricorre nel commentario di Autun, in una sequenza alla quale mi pare opportuno dare un rapido sguardo:

Fr. Aug. 44: Quid est pro herede gerere? Animum habere capiendae hereditatis. Ergo si aut rem teneat aut praesentibus amicis dicat velle se heredem esse, satisfacit aditioni hereditatis. 45: Nam duobus modis ab extraneis heredibus aditur hereditas, aut cretione, aut pro herede gerendo. Cretione, ut verba dicantur; pro herede, ut ostendat se animum habere capiendae hereditatis... 47: Quid est repudiare? Nolle capere hereditatem, contraria destinatio, repudiare. Quomodo destinatio capiendae hereditatis adquirat, sic destinatio contraria, hoc est voluntas non capiendi, tollit hereditatem. 48: Qui sine cretione scriptus est, si velit heres esse, est heres, et si nolit heres esse, perdit hereditatem. Nam quod nudo animo adquiritur, nudo animo amitti potest¹⁶.

Forse il commentatore aveva presente in qualche modo, al contrario del redattore della costituzione costantiniana, la dottrina dell'*animo possidere*, o più esattamente la sua versione in relazione alla dottrina del *contrarius actus* (*cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus*: D. 50, 17, 153; D. 41, 2, 8). In

¹⁵ Si tenga presente quanto ho detto *supra*, alla n. 7.

¹⁶ Non ho trovato menzionati questi testi nel cit. articolo del TONDO, *AG*, 153 (1957), 3 ss.: essi, specie se confrontati con i passi paralleli delle istituzioni di Gaio (3, 166; 167; 169, che in genere si ritengono glossati) avrebbero pur potuto illustrare meglio le corrette (se pur talora un poco rigide) tesi dell'A. Per un commento ai fr. cit. v.: SOLAZZI, *Dir. er. rom. cit.*, 2, 32 ss.; più brevemente e solo per il § 44, PEROZZI, *Ist.*², 2, Roma 1928, 627 n. 1; BIONDI, *o. c.*, in *Studi Solazzi*, 77 ss.

questa convinzione mi induce la massima che chiude la sequenza: tuttavia va rilevato che, messo in relazione con quanto precede, il senso dell'espressione non è che si possa perdere *animo* ciò che si è *acquistato animo*, bensì che è possibile una rinuncia *animo* a quanto allo stesso modo si potrebbe *acquistare*.

Questo *excursus* mi sembra sufficiente per eliminare i testi citati dalla discussione sul nostro tema attuale, testi che, d'altra parte, mi premeva non passare del tutto sotto silenzio, per quella parvenza di connessione che la loro lettura può, a tutta prima, rivelare¹⁷.

4. – Dato il carattere paragiurisprudenziale della funzione svolta dall'imperatore nella emanazione di rescritti, non fa meraviglia che, al contrario di quel che av-

¹⁷ I rapporti tra l'uso della terminologia composta con *animus* in relazione all'acquisto del possesso, e l'uso della stessa, riferita invece all'acquisto dell'eredità, non vanno però eccessivamente sminuiti. In queste fonti postclassiche, la distinzione è assai chiara e recisa: nella cost. di Cost., C. Th. 5, 1, 1, con l'espressione *animi destinatione patefacta* si indica la manifestazione di volontà del negozio di adizione (non solenne); nei Fr. Aug. 44 ss. siamo più o meno sullo stesso piano (nel § 45), oppure con *animus* (nel § 44) si indica genericamente l'intenzione, allo stesso modo in cui l'intenzione di possedere è indicata nei testi che abbiamo letto alla n. 13. Ma il problema si presenta diversamente per alcuni testi classici, in cui la terminologia con *animus* si trova riferita alla *pro herede gestio* (proprio i testi, io credo, che hanno indotto l'autore del commentario di Autun a fare un pasticcio fra adizione non solenne, ma attuata mediante dichiarazione espressa, e *pro herede gestio*). I frammenti che ci interessano non sono quelli (genuini o non) in cui *animus* indica generalmente l'intenzione nel senso più volte visto ed eliminato dalle nostre indagini (*supra*, qui e n. 13), e che sono: D. 29, 2, 20, 1 (Ulp. 61 *ed.*), D. 10, 2, 49 (Ulp. 2 *disp.*) verso la fine, e D. 5, 2, 17 pr. (*repudiantis animo*, Paul. 2 *quaest.*); così pure non ha interesse D. 29, 2, 20 pr., nel quale la frase '*pro herede autem - esse heres*' è, a mio avviso, un glossema (v. anche *infra*, n. 83). I luoghi sui quali è opportuno meditare, sono invece D. 29, 2, 21, 1 (Ulp. 7 *Sab.*), e soprattutto D. 29, 2, 88 (Paul. 1 *quaest.*). Mi riferirò a quest'ultimo, che del resto enuncia, alla fine, anche la fattispecie esaminata da Ulpiano nel primo. Ecco dunque il testo: *Gerit pro herede, qui animo adgnoscat successionem, licet nihil attingat hereditarium. unde et si domum pignori datam sicut hereditariam retinuit, cuius possessio qualisqualis fuit in hereditate, pro herede gerere videtur: idemque est et si alienam rem ut hereditariam possedisset*. È facile rendersi conto del fatto che qui siamo di fronte ad un impiego della nostra terminologia strettamente analogo a quello che i proculiani usavano in materia di acquisto del possesso: si ha un atto non fisico, che sta precisamente al posto di un atto fisico (*licet nihil attingat hereditarium*). Questa coincidenza, o meglio questa adozione della figura dell'acquisto *animo*, si spiega agevolmente, se si osserva che il comportamento preso in esame, è, in sé, un comportamento di carattere possessorio. La differenza (che giustifica anche il fatto che Paolo, contrario all'acquisto del possesso *solo animo*, qui invece adotti tranquillamente tale figura) è che l'atto complessivo (tenuto cioè conto non solo del comportamento, ma anche dei suoi effetti) non ha più tale carattere: non è un *animo adquirere possessionem*, bensì un *animo adgnoscare successionem*. Inoltre qui la ragione del ricorso alla considerazione dell'atto smaterializzato non sta nella effettiva assenza di una qualunque attività corporale, bensì nella erronea esplicitazione di tale attività da parte dell'agente. Là l'*animus* si vedeva agire in luogo del *corpus*, che invece stava fermo; qui l'*animus* è considerato invece del *corpus*, poiché questo agisce a vuoto, in ordine allo scopo: però esso offre pur sempre un segno tangibile di attività che, considerato dal punto di vista negoziale e non puramente possessorio, può bene essere preso in considerazione. Sui passi citati, da ultimo, TONDO, *o. c.*, in *AG*, 153 (1957), 44, che accanto esamina pure C. 6, 30, 6 (a. 290), che però, nella mia impostazione, appare da considerare su di un diverso piano.

viene per le *leges generales*, in essi si trovino alcuni riferimenti alla dottrina dell' *animo possidere*.

Connesso col nostro tema è anzitutto il noto, anzi famigerato, rescritto di Decio:

C. 7, 32, 3 (Decius, prop. 28 apr. 250): Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset adfectus, possessionem per traditionem esse quaesitam; alioquin, sicuti viri consultissimi Papiniani responso continetur, ne quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri.

Il rescritto ha dato luogo a lunghe dispute¹⁸, che mi avevano altra volta indotto ad esprimere, nei suoi confronti, una completa sfiducia¹⁹. Ma ora, dopo una nuova meditazione, credo che se, col Tondo²⁰, si abbandona la via, battuta in generale dalla dottrina precedente²¹, della ricerca interpolazionistica, e si considera il testo nel suo attuale tenore, si può giungere in qualche modo a spiegarlo, se pur riducendo un poco la sua portata in ordine alla discussione dei problemi generali.

Mi limiterò ad alcune osservazioni.

A me pare che, per l'intelligenza della decisione imperiale, sia necessario, quando si valuta il principio espresso nella prima parte, prescindere dal responso di Papiniano citato nella seconda, come, viceversa, per la valutazione della portata del responso, si deve prescindere dal principio: è necessario, insomma, guardarsi dall'errore di attribuire a Papiniano il pensiero di tutto il rescritto (che sarebbe stato poi più o meno interpolato). Dal rescritto risulta solo che Papiniano non riteneva possibile che l'*auctoritas tutoris* potesse sostituire la volontà dell'infante in ordine all'acquisto del possesso (ovvero – anche quest'altro senso può avere l'espressione *per tutorem* – che il tutore potesse fungere da rappresentante dell'infante in ordine a tale acquisto²²): e questo è tutto; né si può stabilire con qualche sicurezza

¹⁸ Per la dottrina fino al 1911, v. SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti* (Mem. Acc. Modena, ser. 3, 11 [1911]), *Scritti*, 1, 314 ss., sul quale LEWALD, in *ZSS*, 34 (1913), 451; *adde*: PETERS, *Generelle und spezielle Actionen*, in *ZSS*, 32 (1911), 204 s.; nella letteratura successiva, v. i cenni in ROTONDI, *Scritti*, 3, 219 n. 3, 220 n. 1; MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza nella legislazione imperiale*, in *Scritti Ferrini - Pavia*, Milano 1946, 415 s., n. 2; WOLFF, *Zur Geschichte des Gaiustextes*, in *Studi Arangio-Ruiz*, 4, Napoli 1953, 189 n. 57; diffusamente ne hanno trattato: ALBERTARIO, *L'acquisto del possesso da parte dell'infante e del pupillo 'infantia maior'* (articolo che si rifà al corso di Camerino, 1912-13), in *Studi*, 2, 236 ss.; *Corso di dir. rom. - Possesso e quasi possesso cit.*, 107 ss.; G. LONGO, *In tema di acquisto del possesso*, in *BIDR*, 42 (1934), 493 ss.; da ultimo: WEISS, *Das Willensmoment bei der 'occupatio' des römischen Rechts nebst einer vergleichenden Betrachtung des Willensmoment in Aneignungsrecht des BGB*, Marburg 1955, 126 s.; BURDESE, *Sulla capacità intellettuale degli 'impuberes' in diritto classico*, in *AG*, 150 (1956), 16 ss. (con altra letteratura); TONDO, *Acquisto del possesso cit.*, 35 ss.; 39.

¹⁹ *SDHI*, 26 (1960), 99.

²⁰ *Acquisto del possesso cit.*, 36 n. 75.

²¹ Con la eccezione del FERRINI, *Pandette*⁴, 249 n. 1, e del SOLAZZI, *Scritti*, 1, 314 (cit. alla n. 18).

²² SOLAZZI, *o. c.*, 316.

a che proposito Papiniano si fosse espresso in questo senso. In ogni modo, la citazione del giurista, nel rescritto, ha solo funzione di richiamo per giustificare, sul piano pratico, la decisione presa: che cioè la *traditio donationis causa* di una cosa all'infante è traslativa del possesso. La soluzione si giustifica solo sul piano pratico e, in vista puramente dello scopo pratico, supera ogni controversia sul piano teorico: *quamvis enim sint auctorum sententiae dissentintes, tamen consultius videtur... alioquin*. Ed è solo dopo questo *alioquin* che si ricorre al pensiero di Papiniano; il discorso dunque non è del seguente tenore: «gli autori sono discordi, e fra di essi appare più opportuna l'idea di Papiniano», bensì di quest'altro: «gli autori sono discordi, ma è opportuno, in pratica, decider così, perché altrimenti l'infante non ha alcun modo per acquistare il possesso delle cose: infatti, come dice Papiniano, l'intervento del tutore non gli giova».

Così intesa, la decisione di Decio ha, di per sé, un interesse solo come soluzione di specie. Ma una testimonianza in ordine ai nostri problemi è possibile trarla, considerando il modo nel quale tale soluzione è dettata: la *possessio, tradita* ad un *infans*, cioè ad un soggetto sugli elementi psichici del quale non si può far pieno conto²³, si acquista *corpore* (sc. *solo corpore*, facendo riferimento al solo aspetto materiale esteriore dell'atto di apprensione). La soluzione introdotta *utilitatis causa* dal rescritto, consiste appunto nell'ammettere questa eccezione al principio di Paolo, per il quale *possessionem adquirimus animo et corpore*, principio dal quale l'imperatore consapevolmente parte.

La cost. 3, C. 7, 32 ci offre quindi una testimonianza, se pure in certo senso indiretta, del credito di cui godeva la dottrina di Paolo presso la cancelleria imperiale durante il III sec.; testimonianza che si aggiunge a quella diretta, contenuta in C. 7, 32, 4, che passo ad esaminare.

5. – Si tratta di un rescritto di Diocleziano e Massimiano, di cui ecco il testo:

C. 7, 32, 4 (Diocl. Max., prop. 1 aug. 290): Licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest. Si igitur desertam praediorum possessionem, non derelinquendi affectione transacto tempore non coluisti, sed ex metus necessitate culturam eorum distulisti, praecidium tibi ex transmissi temporis iniuria generari non potest.

Nella prima frase si trova espressa la dottrina di Paolo, a noi ormai nota. A parte la corrispondenza formale con alcuni luoghi dei suoi scritti, e che ritengo superfluo mettere ulteriormente in evidenza²⁴, ciò che riporta il passo al pensiero del

²³ Questo è, a mio avviso, il senso dell'espressione '*licet animi plenus non fuisset adfectus*', che ha lasciato perplessi alcuni autori; ad es. ALBERTARIO, *ll. cc.*, BURDESE, *o. c.*, 17.

²⁴ Tuttavia richiamo ancora qui i testi per i quali ha un particolare significato un confronto testuale con la frase in esame: si tratta di Paul. 5, 2, 1 e D. 41, 2, 3, 3, nel quale luogo l'aggettivo *solo* appartie-

giurista è il fatto che vi si parla di acquisto *nudo animo*, e se ne afferma l'impossibilità.

Ma ciò che più interessa, nella esegesi del rescritto, non è l'enunciazione del principio, bensì l'applicazione che se ne fa.

La retta interpretazione della soluzione imperiale è assai problematica, poiché il caso prospettato non è, dal tenore del rescritto, interamente ricostruibile.

Ecco quanto mi pare risultare con certezza: Nepoziana, destinataria del provvedimento possedeva dei fondi. Essa li ha materialmente abbandonati, ma '*non derelinquendi affectione*': senza che il suo abbandono possa essere inteso come derelizione. L'assenza di Nepoziana è durata alquanto, ed in ogni modo più del tempo normale: infatti essa non è tornata per coltivare i terreni; anzi, espressamente si dice che la coltura è stata rinviata (*culturam eorum distulisti*), e ciò a causa di un pericolo imminente (*ex metus necessitate*). La frase conclusiva, che sintetizza la decisione del caso concreto (*praeiudicium tibi ex transmissi temporis iniuria generari non potest*) lascia intendere una soluzione favorevole a Nepoziana, e, se non si riferisce ad altri elementi che nel testo del codice siano stati pretermessi²⁵, va intesa nel senso che il decorso del tempo non nuoce al possesso di lei – e ciò, si deve intendere, agli effetti della tutela interdittale.

Questo è quanto dice il rescritto: ma gli autori non lo hanno ritenuto sufficiente per valutare la portata della decisione, e si sono pertanto sforzati di integrare il quadro del caso discusso.

Una diffusa opinione, salvo un isolato contrasto²⁶, afferma che la causa del *metus*, che ha consigliato il possessore a prolungare l'assenza fino a rimandare la coltivazione, non vada ricercata in una invasione del fondo da parte di terzi (caso che si concreterebbe in una *deiectio*, nel senso descritto da Pomponio in D. 41, 2, 25, 2²⁷), ma in una minaccia d'altro genere. Si è pensato ad una guerra, che abbia reso il ritorno del possessore troppo pericoloso²⁸. L'orientamento mi pare plausibile, soprattutto perché riterrei assurda sul piano generale, e contraddittoria rispetto ad

ne al linguaggio di Paolo e non a quello dei proculiani da lui citati. Ciò credo di avere dimostrato: cfr. *SDHI*, 26 (1960), in part. 79, 92.

²⁵ La riserva mi è dettata dalla possibilità che vedo, di intendere l'espressione *transmissi temporis iniuria* nel senso di 'il fatto dannoso (a te), che ha avuto luogo nel passato tempo (cioè durante la tua assenza)'. Ad es. il KLEIN, *Sachbesitz und Ersitzung* cit., 197 s., che pensa il fondo sia stato occupato clandestinamente durante l'assenza del possessore (*o. c.*, 168), identifica l'*iniuria* suddetta con tale occupazione. L'opinione del Klein è contrastata dal POUCHAIN, in UBBELOHDE, *Continuazione al 'Commentario alle Pandette' del Glück*, 43-44, parte 5, trad. it., 37 n. 38 b.

²⁶ Quello del Klein, di cui alla nota prec.

²⁷ Cfr. anche C. 8, 4, 11 (a. 532): in entrambi i testi l'invasione di cui si tratta, almeno dal momento in cui il possessore, venutone a conoscenza, si astenga, di conseguenza, dal ritornare nel fondo, porta alla perdita del possesso.

²⁸ Il ROTONDI, *Scritti*, 3, 120 n. 1, nel riferire questa ipotesi, fa riferimento al FERRINI, *Pandette*, 332 n. 3 (ora, nella 4ª ed., 256 n. 1); ma essa si trovava già in SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*⁷, Wien 1865, 360 s., n. 2, e risale ad AZONE, *Ad singulas leges XII lib. codicis Commentarium*, ad h. 1. (Parisiis 1577, 568).

altre fonti, una ricostruzione della fattispecie che portasse a vedere ammessa dal rescritto la conservazione del possesso da parte del *deiectus*.

Passando, sulla base di questo presupposto, ad una valutazione del provvedimento, va anzitutto riferita la interessante posizione del Rotondi²⁹. Credo sia utile citarlo testualmente: «La decisione imperiale deve, a mio avviso, trovare la sua giustificazione non nel fatto del timore come tale, ma nella natura degli avvenimenti... che determinarono il timore e il conseguente abbandono: se si tratta di un impedimento tale alla utilizzazione del fondo che corrisponda, come ipotesi eccezionale, a quello rappresentato normalmente, nel caso dei *saltus*, dal periodico avvicinarsi delle stagioni che ne possono rendere difficile o anche impossibile l'accesso, il regime giuridico può, senza alcuna offesa ai principi, essere lo stesso».

Più volte è ritornato sulla nostra costituzione l'Albertario, e con varie opinioni, non sempre conciliabili. Dapprima³⁰, partendo, come tutti, dalla genuinità del rescritto, ritenne che il possesso non si perdesse perché l'abbandono non era dovuto ad una libera risoluzione del possessore. Ma più tardi egli batté risolutamente la strada della critica interpolazionistica³¹. Partendo dall'osservazione che nel rescritto non è specificata la causa del *metus*, ed è quindi arbitrario ricercarla esclusivamente in avvenimenti d'ordine generale (come la guerra), egli pensa di dovere riferire la decisione anche al caso in cui il *metus* sia 'soggettivo': «relativo cioè alla persona del possessore e non ad altri». Così ricostruita, la fattispecie non offre più l'analogia con il possesso dei *saltus*, che il Rotondi aveva stabilita; da questi enunciati, l'A. traeva due conseguenze: a) che il richiamo all'istituto dell'*animo retinere possessionem* è spurio, e per tanto va espunta nel testo la prima frase, che a tale istituto si riferisce (*licet possessio - retineri potest*), come pure le espressioni che, nel seguito del dettato, sono con tale richiamo collegate, o sostanzialmente ('*non derelinquendi affectione*'; '*sed*') o formalmente ('*igitur*'); b) che la soluzione di Diocleziano doveva essere opposta, e pertanto la chiusa (*praeiudicium - non potest*) sia insitica. A sostegno di quest'ultimo assunto egli adduce l'affinità, invero unicamente e vagamente verbale, con la costituzione giustiniana C. 7, 32, 12 pr.³². In un al-

²⁹ *Scritti*, 3, 120 n. 1.

³⁰ *Corso di dir. rom.* (Camerino), 1913-14, 2, 28.

³¹ *D. 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana* (AUM, 5 [1929]), in *Studi* 2, 264 ss. La posizione è ribadita nella nota critica introduttiva della riedizione dell'articolo nel cit. vol. II degli *Studi* (1941), p. 248, e definitivamente consacrata nel *Corso di dir. rom. - Possesso e quasi possesso*, Milano 1946, 170 s.

³² Alla base dell'ipotesi di interpolazione proposta dall'Albertario, sta il convincimento che i giustiniani abbiano voluto uniformare il tenore del nostro rescritto a quello della cost. 11, C. 8, 4, e relativa al possesso dell'assente. Non sto qui a riprendere la discussione su C. 8, 4, 11, legge che rappresenta uno dei pomi della discordia della scienza romanistica. Del resto l'A. (*Studi*, 2, 247 nota; come già il ROTONDI, *Scritti*, 3, 179 ss. [con indicazioni per rintracciare la lett. prec.]) ha ragione di ritenere che in essa il possesso dell'assente sia considerato durare fino a momento dell'occupazione da parte del terzo invasore. Tuttavia si impongono alcune considerazioni. Anzitutto che C. 8, 4, 11 non ricorre, per spiegare la conservazione del possesso (neppure testualmente affermata), alla dottrina del-

tro scritto³³ poi, egli inserisce questa innovazione nel filone di quelle che testimoniarebbero l'influenza cristiana sul diritto romano, e precisamente il principio del rispetto della cosa altrui.

Ho voluto riportare con una certa ampiezza queste opposte opinioni, per l'interesse che il nostro testo offre, essendo l'unico, fra tutte le costituzioni imperiali postclassiche, che parli di *animo possidere*.

Il carattere estremistico della tesi dell'Albertario mi sembra, in sostanza, una prova del fatto che il riferimento al *metus* non può essere inteso nel senso da lui propugnato, e che pertanto, se si vuole utilizzare il nostro testo in qualche modo, si deve fare ricorso alla interpretazione tradizionale. Ad essa si rifà pure, ora, l'Amelotti, che però arricchisce la valutazione del rescritto di un profilo nuovo, ed a mio avviso assai calzante³⁴. Egli mette in luce (di sfuggita, è vero, ma in modo assai chiaro) come la decisione imperiale non derivi da una automatica applicazione dei principi tradizionali, ma sia una estensione del campo di applicabilità dell'istituto della conservazione *animo* del possesso. È il frutto, direi, di un tipico procedimento giurisprudenziale, di adattamento a nuove circostanze di un istituto già noto. Si tratta, né più né meno, di una applicazione analogica. La dottrina dell'*animo retinere possessionem*, creata nel tranquillo regime della *pax romana*, assume una funzione diversa nella turbolenta epoca in cui si inserisce la costituzione diocleziana. La novità del rescritto sta nell'aver saputo stabilire e *q u i v a l e n z a*, tenuto conto del rapporto fra i tempi, tra due situazioni: quella di colui che, ad esempio, non può accedere al pascolo estivo, perché impedito dalle nevi invernali, e quella di colui che non può accedere a coltivare il suo fondo, perché un grave pericolo sociale lo tiene lontano; e alla base di questa equiparazione sta la considerazione che, per il singolo, la calamità fa sì che la sua assenza possa essere considerata normale.

Come mi è già avvenuto di notare, la cost. C. 7, 32, 4 è l'unica fra le costituzioni imperiali conservate dalle nostre fonti, nella quale si faccia riferimento alla dottrina dell'*animo possidere*.

Un altro rescritto di Diocleziano, contenuto nei Vat. Fr., richiama la terminologia per pura assonanza: Vat. 278 (Diocl. Max., prop. 25 oct. 286): *Cum adfirmes patrem tuum donationes perfectas in te contulisse et supremis iudiciis eas non revocasse, poteris*

l'animus: è ben vero che la dottrina orientale successiva vi fece ricorso (cfr. ROTONDI, *l. c.* e *Problemi giuridici in alcuni scolii di Teodoro Balsamone*, in *Scritti*, 3, 52 ss.): ma l'assenza del riferimento nella costituzione interessata è un notevole ostacolo ad ipotizzare una interpolazione in tale senso in un'altra costituzione. Inoltre, delle due l'una: o il *metus* di cui si parla in C. 7, 32, 4 è cagionato da un evento generale, e allora, per consenso dello stesso Albertario, vale l'interpretazione tradizionale; o il *metus* riguarda specificamente il possessore nel suo rapporto col fondo, e allora siamo nel caso della *deiectio*, che anche per Giustiniano – e non potrebbe essere altrimenti – portava alla perdita del possesso.

³³ Oriente e occidente nel diritto romano del basso impero, in *Scritti Ferrini – Pavia* (Milano 1942), ora *Studi*, 6, 396.

³⁴ AMELOTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, 91, nota.

iure constituto, praesertim cum honori primipilari sis adstrictus, securo animo ea quae donata sunt possidere.

‘*Securo animo possidere*’ è espressione equivalente a quella, più comune, *sine inquietudine possidere*, che ricorre assai spesso nella legislazione imperiale, ad indicare la ratifica autoritativa, sulla base di un giudizio di conformità al diritto, di una situazione già instaurata: è un tema di cui mi occuperò in altra sede.

6. – Passiamo ora all’esame delle fonti postclassiche di carattere giurisprudenziale.

Il documento più importante del pensiero postclassico occidentale, è l’*interpretatio* a Paul 5, 2, 1.

Si tratta di un testo assai noto. Al passo delle *Sententiae*:

5, 2, 1: Possessionem adquirimus animo et corpore: animo utique nostro: corpore vel nostro vel alieno. Sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus; retinere tamen nudo animo possumus, sicut in saltibus hibernis aestivisque contingit.

la *lex Romana Wisigothorum* fa seguire la

Interpretatio: Aliqua sunt, quae animo et corpore possidemus: aliqua, quae tantum animo. Animo et corpore ea possidemus, quae in praesenti tenere videmur vel utimur: animo vero ea possidemus, quae in longinquo posita sunt et in nostro iure consistunt et ea proprietari nostrae possumus vindicare.

Gli autori che hanno fermato la loro attenzione su questo passo si sono, per un certo tempo, limitati a rilevarvi una confusione tra possesso e proprietà³⁵. Se pur partendo dallo stesso punto di vista, una esegesi più approfondita ha compiuto di recente il Levy³⁶, le cui illazioni hanno trovato autorevole seguito³⁷. Egli indugia a considerare il nostro passo, ove parla della terminologia ‘*iure*’ e ‘*corpore*’ *possidere*, di cui mi occuperò in altra sede, e che in ogni modo, nelle fonti del IV e V sec. stava ad indicare la situazione di chi possiede con un titolo che gli conferisca un *ius possessionis* (*iure possidere*), ovvero (*corpore possidere*) una situazione che si considera prescindendo dalla presenza o meno del titolo. Inserendo il nostro passo nella serie di quelli che contengono le menzionate espressioni, il Levy svolge una serie di considerazioni: ‘Per mantenere almeno una relazione apparente col testo che

³⁵ CONRAT, *Der westgotische Paulus*, Amsterdam 1907, 134; ROTONDI, *Scritti*, 3, 205, che però si esprime in un modo assai interessante e ricco di significato, che avrà occasione di riprendere in considerazione; ALBERTARIO, *Corso di dir. rom. - Possesso e quasi possesso*, cit., 162 (= *Studi*, 2, 281 s., n. 2), che però dice assai poco, almeno espressamente.

³⁶ *West roman vulgar law - The law of property*, Philadelphia 1951, 31.

³⁷ WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, Heidelberg 1955, 36 (cfr. *St. de Francisci*, 3, Milano 1956, 127); KASER, *Röm. Privatrecht*, 2, 178 n. 6.

aveva dinnanzi, il commentatore usò *animo* dove i passi considerati prima usavano *iure*. Ma non c'è quasi alcuna differenza sostanziale dietro a ciò. Secondo lui, noi possediamo *animo et corpore* o *tantum animo*. Il suo *animo possidere* è l'equivalente di ciò che in precedenza sarebbe stato chiamato proprietà senza possesso. Egli non tenne in considerazione i limitati esempi classici di *possessionem animo retinere*, cosa che richiedeva che non fosse ancora perduto il controllo potenziale, per esempio sui *saltus hiberni et aestivi*. La crescente insistenza su *ius, proprietas* e *vindicare* sembra dimostrare piuttosto che egli pensasse che un diritto a recuperare il possesso fosse sufficiente a produrre un *animo possidere*. In conseguenza, la *possessio* avrebbe potuto continuare per anni dopo la fine della detenzione di fatto a durare tanto quanto la proprietà'.

Se queste considerazioni sono in buona parte calzanti, ed in ogni modo preziose, mi pare che qualche precisazione sia necessaria.

Analizzando il pensiero dell'A., si dovrebbe intendere che il commentatore abbia preso dal testo di Paolo (col quale mantenne una semplice relazione formale) lo spunto per enunciare la diversa dottrina del *iure et (vel) corpore possidere*. Ora, io non vedo anzitutto perché mai l'interprete avrebbe dovuto occultare sotto un linguaggio esoterico l'enunciazione di una dottrina che alla sua epoca (V sec.) era basilare: e ciò senza neppure un richiamo esplicativo, del tipo 'animo id est iure', come spesso egli fa chiarendo espressioni di Paolo, a suo giudizio oscure o da intendersi diversamente³⁸. Inoltre, dal punto di vista del *iure et corpore possidere*, la problematica non avrebbe dovuto, come si fa nel testo, essere imposta tra *animo et corpore* (sc. *iure et corpore*) *possidere* e *tantum animo (iure tantum) possidere*: a queste figure avrebbe dovuto essere aggiunta quella del *corpore (tantum) possidere*.

Ancora: *animo et corpore ea possidemus, quae in praesenti tenere videmur vel utimur* – è questa una nozione materialistica del possesso, ed una nozione che prescinde da qualunque indagine sul titolo: se *animo* equivallesse a *iure* la nozione sarebbe insufficiente al punto da essere sbagliata. Manca, nel primo termine della bipartizione, l'elemento che nel secondo termine è espresso dalle parole 'et in nostro iure consistunt et ea proprietati nostrae possumus vindicare': nell'ordine di idee del Levy questa mancanza non si spiega, poiché *iure et corpore possidere* è una nozione che comprende in sé quella di *iure possidere*.

È meglio, a mio avviso, abbandonare il punto di partenza della esegesi del Levy, e condurre l'indagine su basi diverse.

Il presupposto più fecondo e più verosimilmente esatto è, io credo, quello di considerare l'*interpretatio* come una vera e propria *i n t e r p r e t a z i o n e*: cercare cioè, se possibile, di cogliere la posizione del pensiero di quel commentatore della Gallia del V sec. nei confronti della dottrina dell'*animus* enunciata da Paolo.

Va anzitutto notato che l'interprete ha trasposto il discorso dall'acquisto (e la

³⁸ Cfr. Int. Paul. 1, 17, 1; 2, 17, 2; 2, 25, 5; 2, 25, 8; 3, 6, 11; 3, 8, 6; 5, 7, 10; 5, 10, 1; 5, 30, 1.

conservazione) del possesso, al *possidere* in generale. Quanto alla nozione di *animo et corpore possidere* essa è, in sostanza, sufficientemente ortodossa.

Ma la nozione di *possidere (solo) animo* è del tutto cambiata: la si applica alle cose che si trovano *in longinquo* rispetto al possessore, e che egli (per contrapposto alla prima nozione) non tiene né usa (cioè non ha materialmente con sé né sfrutta per mezzo di altri – schiavi, coloni ecc.³⁹ –), ma che pur rientrano nella sua sfera giuridica⁴⁰, e che egli, avendo diritto di possedere, è sempre in condizione di rivendicare a sé.

Questa posizione dell'interprete è, io penso, il risultato di un duplice ordine di fattori, di cui l'uno di carattere spirituale, e che attiene in particolare alla storia del pensiero giuridico; l'altro di carattere materiale, e che attiene alla sociologia giuridica⁴¹.

La costruzione giuridica che si esprime con *animo retinere possessionem*, è frutto di una astrazione. Nel senso che sovrappone alla realtà uno schema razionalmente costruito, che riconduce i dati di fatto ad effetti diversi da quelli che la nuda esperienza potrebbe suggerire. Si tratta, in concreto, di prescindere, per giudicare della esistenza del possesso – concepito come fatto materiale –, proprio dalla sua evidenza materiale. Ed il pensiero del nostro interprete non è capace di una siffatta astrazione: le sue righe, qui come altrove, stanno di fronte al testo di Paolo – pur nella povera veste delle *Sententiae* – come don Abbondio di fronte al Cardinale Federigo, nel famoso colloquio.

Questo primo rilievo, che – dicevo – attiene alla storia del pensiero giuridico, vuole solo individuare un elemento di fondo, un fattore di base, che ha influito sulla struttura del passo in parola: poiché, così scrivendo, l'interprete non solo obbediva ad un atteggiamento dovuto alla sua formazione, ma perseguiva anche uno scopo.

La situazione sociale dell'ambiente in cui l'*interpretatio* fu scritta⁴² non doveva

³⁹ Si tenga presente che con ogni probabilità l'autore della *interpretatio* riferiva il suo discorso principalmente, se non unicamente, al possesso dei fondi. A ciò lo induceva anche l'allusione che nel passo di Paolo si fa ai *saltus*. A tale proposito va notato altresì che l'interprete probabilmente non capiva l'espressione *saltus hiberni et aestivi* e quindi non si rendeva conto del significato preciso dell'esempio proposto da Paolo: nelle fonti del basso Impero infatti con l'espressione *saltus* non si indicano i pascoli, bensì i latifondi: cfr. in part. SCHULTEN, *Die römischen Grundbesitzungen*, Weimar 1896, 2 s. (esempi a p. 17 s.).

⁴⁰ Per interpretare il significato di *in nostro iure consistunt* mi rifaccio ai risultati dell'indagine dello STEINWENTER, *Über einige Bedeutungen von 'ius' in den nachklassischen Quellen*, in *Iura*, 4 (1953), 124 ss., che però, con riferimento al nostro testo, si rifà al Levy: cfr. p. 131 s. (Int. Paul. 5, 2, 1 è cit. alla n. 28).

⁴¹ V. anche *infra*, p. 75, ove si trova qualche chiarimento.

⁴² La datazione delle *interpretationes*, come è noto, è molto difficile, come incerto è il luogo dove furono redatte. Si veda in part.: FITTING, *Die sogenannte Westgotische Interpretatio*, in *ZRG*, 11 (1873), 222 ss.; CECCHINI, *Studi storico-critici sulla 'interpretatio' al Codice teodosiano*, in *Scritti Monticolo*, Venezia 1913, 71 ss.; WIEACKER, *Lateinische Kommentare zum C. Th.*, in *Symbolae Friburgenses*, Leipzig s.d. (1935), 259 ss.; SCHERILLO, *Un manoscritto del C. Th.: Cod. Ambros. C. 29 inf.*, in

permettere una proficua utilizzazione della dottrina dell' *animo possidere*, che, non dimentichiamo, si riferiva essenzialmente alle terre. La mancanza di sicurezza sociale – aggiunta al carattere instabile degli stanziamenti delle popolazioni barbariche – rendeva praticamente senza significato il possesso di colui che non stesse, personalmente o per mezzo dei suoi coloni, nei fondi, a meno che costui non fosse in condizione di far valere un titolo per recuperare la cosa: un titolo giuridico, che lo legittimasse alla rivendica⁴³. I nuovi atteggiamenti che la società assumeva, se

SDHI, 6 (1940), 411 s.; ARCHI, *L'Epitome Gai*, Milano 1937, 65; GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise au IV et V siècle*, Paris 1957, 95 s. Ai nostri fini è tuttavia sufficiente la datazione approssimativa che risulta dai dati sicuri: l'ambiente è l'occidente, il termine *ante quem* l'anno di promulgazione del *Breviarium Alaricianum* (506), il termine *post quem* l'anno di promulgazione del C. Th. (438: che vale anche per l'Int. Paul., poiché le sue caratteristiche non permettono di distinguere in modo profondo la sua storia da quella dell'Int. C. Th.). Si deve ulteriormente considerare che la situazione spirituale dell'autore della nostra *interpretatio* è determinata non tanto (o almeno non solo) dagli eventi storici suoi contemporanei, ma da quelli dei decenni precedenti, vale a dire da quelli che corrispondono ai movimenti dei barbari (Visigoti; Vandali, Svevi e Alani; Unni) tra il 376 e il 452, il periodo di anarchia in Italia che tra il 452 e il 476 porterà ai noti eventi della deposizione di Romolo Augustolo, periodo che vede pure la discesa in Gallia dei Franchi e degli Alamanni (dopo venuta meno la difesa di Ezio, che a sua volta aveva anche dovuto, con l'aiuto degli Alani, fronteggiare le 'Baggaude'), e la fondazione del regno burgundo. Il senso di atterrita incertezza che regnava in quel periodo risulta bene da molti scritti di contemporanei. Vorrei qui citare, a mo' di esempio, alcuni versi di un *Carmen de Providentia divina*, scritto in Gallia, attorno al 416 (*Patr. lat.*, 51, 617 s.): *Si totus Gallos sese effundisset in agros / Oceanus, vastis plus superesset aquis / Quod sane desunt pecudes, quod semina frugum, / quodque locus non est vitibus, aut oleis; / Quod fundorum aedes vis abstulit ignis et imbris / Quarum stare aliquas tristius est vacuas ...*

Sul periodo, in generale, si vedano: GIBBON, *Storia della decadenza e caduta dell'impero romano* (trad. it. BELVEDERI, ediz. curata da PAIS), Torino 1926, in part. voll. II e III; BURY, *History of the later roman Empire from the death of Theodosius I. to the death of Justinian*, New York 1958, vol. I; STEIN, *Histoire du Bas-Empire* (trad. fr. PALANQUE), Desclée (s. l.) 1959, tomo I; e inoltre: LOT, *La fin du monde antique et le début du Moyen âge*, Paris 1927; LATOUCHE, *Les origines de l'économie occidentale (IVè-IXè siècle)*, Paris 1956, e specialmente, *Les grandes invasions et la crise de l'occident au Vè siècle*, Aubier 1956, 80-124, in part. 103 s., 117 s.; 272 ss., in part. 277. Interferenze col nostro problema hanno certo avuto le assegnazioni di terre ai barbari (in part. Visigoti e Burgundi), su cui v. STEIN, *Histoire* cit., 268, e n. 71 (al cap. V, p. 559 del corrispondente volume di note), e DOPSCH, *Wirtschaftliche und soziale Grundlagen der Europäischen Kulturentwicklung*, I² Weimar 1923, 212 ss. In verità la situazione di insicurezza del possesso delle terre che ho posto alla base della mia interpretazione di Int. Paul. 5, 2, 1 emerge solo indirettamente dagli studi degli storici generali e degli storici economico sociali; i loro temi sono o gli avvenimenti politici, o i rapporti tra la situazione economica che segue le invasioni e quella che le precede, considerando il periodo intermedio come una fase di transizione (della quale indugiano a considerare solo le menzionate assegnazioni di terre). Un documento diretto della situazione, che mi preme di individuare, risulta però da una costituzione di Valentiniano III (Nov. Val. 34, a. 451), che si riferisce all'invasione dei Vandali in Africa, ma rispecchia certo una situazione che si venne a creare anche altrove. In essa, al § 3, si legge: *Et in Sitifensi et in Caesariensi provincia [Mauretania et Numidia] praedia iuris enfyteutici et domus divinae, quae ab accolis post Wandalicam vastationem fuerant competita et a diversis hodie possidentur, auferri ab iisdem censeo et sub eo pensitationis modo, quo nunc tenentur, subsignatione cessante honoratis proconsularis provinciae ac Bizacena potius conlocari, quos a barbaris sublatis patrimoniis etiam de sedibus propriis constat expulsos*. Si noti non tanto il disposto imperiale, quando la descrizione della situazione che esso interviene a modificare.

⁴³ Sulla natura e la portata della *rei vindicatio* durante il basso Impero, v. in part. BISCARDI, *Studi Senesi*, 56 (1942), 297 ss.

avevano suggerito un ampliamento al fiducioso Diocleziano, costrinsero il successivo interprete a questa limitazione; che è una limitazione, in sostanza, totale. Voglio dire che, così intesa, la dottrina della conservazione *animo* del possesso risulta praticamente abolita.

Il Rotondi⁴⁴, a proposito di questo luogo, esprimeva così: «L'intreccio tra il punto di vista del possesso e quello della proprietà non potrebbe essere più grave: e la natura di fatto del possesso non potrebbe essere rinnegata in modo più palese». Ma non è, a mio avviso, l'istituto del possesso la vittima di Int. Paul. 5, 2, 1, bensì la dottrina dell'*animo possidere*. I tempi hanno sommerso un istituto giuridico: oltre alla situazione di chi possiede *corpore* e in base ad un titolo, ci sono solo due situazioni, che il diritto può prendere sensatamente in considerazione: quella di colui che possiede *corpore* anche senza titolo, o quella di colui che possiede *non corpore*, ma con un titolo. L'equiparazione tra *iure possidere*, e *animo possidere*, rivelata da Levy, è un – forse inconsapevole – punto di arrivo, e non un punto di partenza della esegesi del nostro interprete al frammento di Paolo.

I due criteri impiegati per spiegare il passo dell'*Interpretatio*, al limite si escludono. Infatti l'uno si basa sul presupposto che l'interprete avesse difficoltà a capire l'istituto della *possessio animo*, superiore alle sue capacità di elaborazione scientifica del diritto; l'altro postula invece un suo sforzo – riuscito – per svuotare di contenuto il passo di Paolo, ed implica pertanto una notevole abilità nel trattare i concetti.

Se dovessi scegliere fra l'uno e l'altro dei due criteri, salverei senza dubbio il secondo; ma non credo di dovermi considerare in presenza di un dilemma. La contraddittorietà, come dicevo, è al limite e ad esso non è necessario arrivare. La dottrina dell'*animo possidere* era certo ad un livello di eleganza scientifica assai superiore a quello proprio del mondo giuridico di cui l'interprete delle *sententiae* è rappresentante: ma se da questa affermazione si può senza dubbio trarre la conclusione che egli non sarebbe stato in grado di elaborare quella dottrina, non possiamo tuttavia arrivare al punto di credere che, con un poco di sforzo, non sarebbe riuscito a comprenderla esattamente. Ma perché compiere uno sforzo che praticamente riteneva del tutto superfluo? Voglio dire, l'interprete doveva sapere, almeno per grandi linee, la funzione pratica della dottrina dell'*animus*, anche se non ne conosceva esattamente la struttura intima. Ma se egli rifiutava il sistema sul piano pratico, non aveva alcuna ragione che lo spingesse ad una indagine, e tanto meno a una disquisizione teorica.

«An die stelle formalen Rechtsdenkens tritt ein funktionsbestimmter Naturalismus»; con questa formulazione il Kaser⁴⁵ ha individuato uno degli aspetti della cultura giuridica dell'occidente postclassico, e più precisamente uno degli atteggiamenti del cosiddetto 'vulgarismus'. Nel corso della mia esposizione ho volutamente evitato di usare questo termine, che mi pare assai insidioso⁴⁶. Non voglio certo negare il valore eu-

⁴⁴ *Scritti*, 3, 205; egli si rifà allo SCHULTING, *Iurispr. vetus.*, ad h. l.

⁴⁵ *Röm. Privatrecht*, 2, 17.

⁴⁶ Insidioso, ma non illegittimo, com'è invece, a mio avviso, il termine 'Vulgarrecht'. Non discuto qui questo problema, che ho già fatto oggetto di una breve comunicazione all'XI convegno del Centro italiano di studi sull'alto medioevo (Spoleto 1961), e che verrà raccolta negli atti dello stesso.

ristico che la scoperta⁴⁷ dell'atteggiamento volgare e della sua funzione storica nel IV e V sec. ha avuto, soprattutto per una più equilibrata valutazione della portata di altri fattori della evoluzione giuridica postclassica⁴⁸, e per una meglio caratterizzata distinzione tra la storia giuridica dell'occidente e quella dell'oriente nella stessa epoca. L'insidia riposa, a mio modo di vedere, là dove si vuole considerare il 'Vulgarismus' non più come uno degli elementi di cui, nell'indagare la storia del pensiero giuridico, si deve tener conto, ma una caratteristica di gran lunga preminente della storia della scienza giuridica del IV e V sec. Inoltre (e qui mi riferisco più specificamente al t e r m i n e come tale) esso offre una comoda etichetta per lo studioso sonnolento, preoccupato più della sistemazione formale dei suoi risultati che della loro qualità. Nel nostro caso, ad esempio, sarebbe stato assai semplice qualificare il testo di Int. Paul. 5, 2, 1 come una 'manifestazione del Vulgarismus', e rinviare – con una dotta quanto facile nota bibliografica – agli studi di Levy, Wieacker, Kaser, Gaudemet ecc. sulle caratteristiche del fenomeno. Ma questo procedimento, sebbene apparentemente innocuo, è radicalmente falso: poiché col termine 'Vulgarismus' si indica un atteggiamento che non sta mai da solo, e che non può spiegare internamente un fenomeno. Se mi si permette il confronto, esso è come uno di quegli elementi che non si trovano in natura allo stato puro, e possono essere separati solo con procedimenti di laboratorio. In una manifestazione del pensiero giuridico si potrà pertanto solo individuare una c o m p o n e n t e volgare, e questa considerazione esige che si precisino ulteriormente il suo modo di operare ed i limiti della sua influenza. Per questo ritengo plausibile l'uso del concetto di 'Vulgarismus' nella fase della ricerca, ma esso mi pare in ogni modo inadeguato, perché intrinsecamente insufficiente ad inquadrare i risultati.

7. – Nelle *Sententiae* v'è un altro luogo in cui compare menzionato l'istituto della conservazione *animo* del possesso, e, benché si tratti di un passo privo di *interpretatio*, è utile che se ne parli in questa sede, poiché la critica lo considera alterato nell'epoca postclassica.

Si tratta di

Paul. 4, 14, 3 (*Brev.* 4, 13, 3): Quotiens numerus servorum propter legem Fufiam (*Brev.: Fusiam*) Caniniam ineundus est, fugitivi quoque, quorum semper possessio animo retinetur, computandi sunt.

Che questo riferimento alla dottrina dell'*animus* alla fine di stabilire se uno schiavo debba essere computato ai fini della applicazione della *lex Fufia Caninia*, sia spurio, è ormai opinione, come dicevo, consolidata⁴⁹. Ma anche qui credo che alcune considerazioni si impongano: poiché l'opinione, che a questo proposito espresse il Rotondi⁵⁰, non può essere eliminata in tutta tranquillità.

⁴⁷ WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus*, 7 ss.

⁴⁸ V., da ultimo, PUGLIESE, *Iura*, 11 (1960), 303.

⁴⁹ V., da ultimo, NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i 'potestati subiecti'*, Milano 1960, 446 ss., 461 ss., con la più ampia letteratura. Adde, da ultimo, MASCHI, *Studi Vassalli*, Torino 1960, 1092 ss.

⁵⁰ *Scritti*, 3, 165; tale opinione è ancora oggi seguita dal GUARINO, *L'ordinamento giuridico roma-*

Egli, premesso che Paolo ammetteva la conservazione del possesso sullo schiavo in fuga da parte del possessore da cui lo schiavo era fuggito, rilevò l'anomalia della giustificazione per mezzo della dottrina dell'*animus*, poiché in questo caso esso non rappresentava la volontà di possedere, bensì il desiderio di possedere o di recuperare il possesso⁵¹. Data la simpatia di Paolo per la dottrina dell'*animus*, il Rotondi si mostrava però favorevole alla genuinità di questa applicazione, e riteneva improbabile una interpolazione visigotica od una alterazione previsigotica, ad esempio del compilatore delle Sentenze.

Il rilievo che normalmente si fa, per sostenere la non genuinità dell'inciso, è che ai fini della *lex Fufia* è la proprietà che viene in considerazione, e non il possesso⁵²: tale rilievo è basato sul fatto che Gai. 1, 43 ss., nell'espone e commentare il contenuto della legge, parla di *servos habere* e di *dominus*. Ma va notato, io credo, che ciò non aggiunge molto ai termini stessi con cui il problema è impostato; non porta un contributo sensibile alla soluzione: la legge riguarda la facoltà di manomettere, ed il riferimento al proprietario, data la materia, è del tutto naturale. Altra cosa è stabilire come la giurisprudenza interpretasse la disposizione della *lex Fufia*, nella parte relativa al computo della entità della *familia*, al fine di stabilire il numero di schiavi che il *dominus* può manomettere. Possiamo pensare che un giurista (poniamo lo stesso Paolo) sia stato chiamato a *respondere* in occasione di una controversia, in cui un erede contestava la legittimità di alcune manomissioni testamentarie, adducendo il motivo che, essendo *in fuga* un certo numero degli schiavi della *familia*, questa andava corrispondentemente ridotta⁵³. Il problema che ci si pone è di stabilire come possa essere entrata, in una risposta a tale quesito, una considerazione che implicasse il possesso. A mo' di ipotesi, io immagino un responso di questo tenore: poiché la *familia servilis* è costituita da tutti gli schiavi in proprietà, anche i fuggitivi vanno computati; tuttavia i fuggitivi vanno esclusi dal computo quando il *dominus* ne ha perso il possesso (o perché altri ha iniziato a possederli⁵⁴, o perché lo schiavo *pro libero se gerat et iudicium liberale pati paratus sit*⁵⁵): in tale caso infatti le probabilità dell'erede di rientrare nella disponibilità degli schiavi è assai scarsa, ed è equo considerare ridotto il numero dei capi della *familia*.

no⁸, Napoli 1959, 516 n. 259, che però si rifà piuttosto al CARCATERRA, *Il servus fugitivus e il possesso*, in *AG*, 120 (1938), 178 s.

⁵¹ Nel riportare il pensiero dell'A. ho forse modificato un poco, secondo le mie vedute, il modo di presentarlo.

⁵² NICOSIA, *L'acquisto cit.*, 446 e n. 191.

⁵³ Va tenuto presente che la *lex Fufia*, promulgata per altri scopi, venne poi, in sostanza, assumendo la funzione di legge a tutela degli interessi dell'erede: e ciò spiega il suo lungo permanere in vigore: considerata, oltre che nelle Sentenze di Paolo, anche nell'*Epitome Gai* (1, 2), venne abrogata da Giustiniano nel 528 (C. 7, 3, 1, cfr. I. 1, 7).

⁵⁴ D. 41, 2, 1, 14.

⁵⁵ D. 41, 2, 3, 10 su cui v. *infra*.

In questa prospettiva, tornando a Paul. 4, 14, 3, appare sotto una luce più chiara la illazione dell'Albertario⁵⁶, che osserva la inesattezza che nell'inciso 'quorum retinetur' induce l'avverbio *semper*, inesattezza che viene ben lumeggiata dal confronto con il *quandiu nemo nactus sit eius possessionem* dello stesso Paolo, in D. 41, 2, 1, 14. Evidentemente il compilatore delle Sentenze, riassumendo il responso di Paolo, voleva dire che i fuggitivi si computano finché se ne conserva il possesso, ma si espresse male.

Quanto poi al riferimento alla dottrina dell'*animus* per spiegare la conservazione del possesso, esso poteva già trovarsi in Paolo, o può essere stato aggiunto dall'epitomatore o da uno dei successivi rielaboratori o scolasti delle Sentenze, ma in ogni modo si deve considerare appartenente alla prima epoca postclassica; e ciò anche perché, come ci ha rivelato la Int. Paul. 5, 2, 1, l'occidente tardopostclassico non era certo propenso ad ampliare il campo di applicazione della dottrina dell'*animo possidere*.

8. – Fra le fonti postclassiche con carattere giurisprudenziale, vanno considerate anche le alterazioni pregiustiniane contenute nei passi che costituiscono il Digesto. Ed è appunto a queste alterazioni che dirigerò ora la mia attenzione.

So di mettermi su di un terreno spinoso, e di compiere un'indagine criticabile nei suoi stessi punti di partenza. Tuttavia mi pare che la mia ricerca si possa inserire abbastanza bene in certi indirizzi attuali, adottati dalla scienza romanistica.

Come quanto ho detto più sopra a proposito di Int. Paul. 5, 2, 1 si collega – in un certo modo – con le indagini sul 'Vulgarismus', così le pagine, che dedico ora alle interpolazioni postclassiche dei frammenti del Digesto, si avvicinano alla 'Textstufenforschung' – dovrei dire ancora 'in un certo modo': che passo immediatamente a chiarire.

La corrente è troppo nota, perché se ne tracci qui anche sommariamente un profilo: e del resto la recente opera del Wieacker⁵⁷, che rappresenta ad un tempo una sintesi, un chiarimento e un contributo, facilita assai la via allo studioso, e a chiunque si voglia informare e desideri reperire l'ampia e sparsa letteratura.

Quello che mi pare invece indispensabile è che io precisi la mia posizione di fronte al problema delle interpolazioni postclassiche dei testi classici: poiché sto appunto per intraprendere un'indagine su tali alterazioni.

Che i testi classici abbiano subito alterazioni durante l'epoca postclassica è, mi sembra di poterlo affermare tranquillamente, certo.

La lettura delle fonti mette spesso di fronte a luoghi, dove l'alterazione è praticamente sicura e non può attribuirsi ai compilatori: ma se accertare simili alterazioni è relativamente semplice, assai più delicato è determinare il criterio per l'individuazione del

⁵⁶ I problemi possessori relativi al 'servus fugitivus', in *Studi*, 2, 281 n. 1.

⁵⁷ *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960.

carattere non compilatorio di esse. Ed è questo un campo dove la sensibilità personale dello studioso spiega molta influenza. Ogni romanista ha, in fondo, una propria idea della personalità dei compilatori, nonché del tipo del maestro postclassico. Io credo che si possa tracciare una grossolana linea di confine tra il campo del *carattere compilatorio* e quello del *carattere scolastico*; e se il criterio non varrà, o varrà poco, nei casi vicini alla linea di divisione dei due campi, potrà però soccorrere in altri casi, più *distanziati*.

Si deve dunque considerare che nelle scuole l'attività principale è quella di *pensare sui testi*, di *meditare* sopra: cercare di capirli, trarne qualche deduzione, o commentarli.

Per contro i compilatori giustinianeî perseguivano il ben noto fine di redigere una collezione con una duplice destinazione: scolastica e pratica. E se la seconda destinazione imponeva loro alterazioni, la prima non ne imponeva quasi affatto. Essi, per la scuola, non facevano che un'antologia⁵⁸. Pertanto le modifiche compilatorie dovrebbero avere, come del resto è detto nelle costituzioni introduttive⁵⁹, o carattere meramente formale (semplificazione o chiarimento di testi oscuri; omissione di quanto ritenuto superfluo) o carattere normativo (aggiornamenti al nuovo diritto positivo).

La provenienza non compilatoria della modifica risulta invece dal diverso aspetto che la diversa origine induce nell'alterazione: e precisamente dal suo *carattere esegetico* (si tratta di una *riflessione* sul testo), o dal suo *carattere dottrinale* (si tratta della introduzione nel testo di categorie dogmatiche, o classificazioni; si inquadra la decisione in uno schema dottrinale ecc.).

Ed è forse possibile fare un passo ulteriore.

Di questi due ordini di criteri, che ho proposti per la individuazione dei glossemi pregiustinianeî, il primo mi pare più consono con la mentalità della scuole occidentali della prima epoca postclassica: esso corrisponde bene a quella mentalità che, con sfumature diverse, ci immaginiamo essere stata dominante nelle scuole occidentali del III sec. e del principio del IV.

Il secondo ordine di criteri, invece, mi sembra da riferirsi piuttosto al modo di operare nelle scuole bizantine; si tratta di un modo, infatti, che continuò anche dopo Giustiniano ad essere familiare agli scolasti dell'Oriente.

Ma gli apporti delle scuole occidentali paleopostclassiche e quelli delle scuole tardopostclassiche bizantine, si differenziano anche per essere entrati in mododiverso nella redazione a noi giunta del testo classico.

I primi sono stati inseriti in occasione delle edizioni su pergamena⁶⁰ dagli editori, cioè da persone preoccupate di problemi d'ordine profano, rispetto al contenuto degli scritti che pubblicavano.

I secondi sono stati invece inseriti – probabilmente – proprio in occasione della compilazione, e pertanto sotto l'occhio vigile dei professori di Berito e Costantinopoli, che quelle dottrine insegnavano e avevano contribuito a formare. Le modifiche di questo genere non possono essere considerate compilatorie: come non consideriamo autori delle alterazioni paleopostclassiche gli editori delle 'Zweitausgaben'. Però è chiaro

⁵⁸ Diverso è il carattere delle Istituzioni, per le quali, ovviamente, questo discorso non vale.

⁵⁹ *Deo auctore*, 7; *Tanta*, 10.

⁶⁰ WIEACKER, *Textstufen* cit., 72 ss.

che, per le alterazioni bizantine il mezzo d'inserzione si presenta certo più attivo o consapevole⁶¹.

Le considerazioni ora esposte non sono certo sufficienti per risolvere qualunque problema: esse sono – o possono essere – di ausilio unicamente nei casi limite. In altre occasioni può darsi che qualche altro aspetto dell'alterazione ci induca a supporre un'origine ancora diversa: ad esempio, che sia l'annotazione di qualche pratico. Ma nella maggioranza dei casi sarà assai difficile decidere, se non soccorrono altri mezzi, come i confronti testuali, la riferibilità dell'alterazione ad una corrente di pensiero già nota per altra via, ecc⁶².

9. – L'argomento della nostra ricerca, e cioè l'evoluzione della dottrina dell'*animo possidere*, offre, a mio avviso, un buon campo per saggiare l'applicazione dei principi esposti: e ciò perché, come sarà chiaro dall'indagine sulle fonti greche, il pensiero bizantino ci è, in linea di massima, direttamente noto, e pertanto una parte dei risultati che si possono raggiungere è, in una certa misura, controllabile. Del resto, l'esposizione che ho fatto precedere, e che qui appare come un presupposto della indagine che sto per iniziare, è in realtà un frutto di essa, oltre che di altre ricerche.

Ma credo sia giunto il tempo di abbandonare i discorsi astratti, per venire alla esegesi dei testi, dal punto di vista delle alterazioni che essi hanno subito.

Ed iniziamo dalla classica sequenza di Paolo, la sintesi, in certo modo, più compiuta che ci sia rimasta del suo pensiero in ordine alla dottrina della *possessio animo*: D. 41, 2, 3, 6 ss. (54 ed.).

Un glossema è certo contenuto nel § 6:

D. 41, 2, 3, 6 (Paulus 54 ed): in amittenda quoque possessione affectio eius qui possidet intuenda est: itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. [igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest.]

Già mi è avvenuto di notare come l'espressione '*igitur - non potest*' per ragioni

⁶¹ Si può anche pensare che i compilatori abbiano provveduto alla traduzione latina di scoli redatti in greco. Sul problema della diversa origine dei glossemi postclassici v. VOLTERRA, *Appunti sulle scuole postclassiche occidentali*, in ASD, 1 (1957), 64.

⁶² Vi sono talora testi che presentano caratteri particolari, impossibili a spiegarsi nei modi a noi più familiari. Essi si presentano un po' come dei quadri cubisti, in cui gli elementi originari sono stati scomposti e ricomposti in modo diverso, con elementi di collegamento nuovi. Se ne vedrà un esempio più innanzi. La natura di questi testi è per me un mistero. Talora mi avviene di pensare che essi rappresentino non una redazione proveniente – attraverso successive stratificazioni – dall'originale, bensì il testo di una *interpretatio* al testo stesso, redatta, come le altre *interpretationes* a noi giunte, verso la metà del V sec. in occidente, o più probabilmente qualche decennio prima, nel mondo giuridico che provocò – e nel quale si inserì – la cosiddetta legge delle citazioni. Non azzardo naturalmente una vera ipotesi (che avrebbe, nientemeno, il difetto di non essere confortata da alcun indizio tangibile), ho soltanto voluto esprimere per iscritto questa mia riflessione personale, per indicare una possibile ipotesi di lavoro.

di forma e di logica, non possa considerarsi genuina⁶³. Mi tocca ora di esaminare il carattere della interpolazione.

Si tratta di una riflessione sul testo: una considerazione d'ordine teorico sulla soluzione pratica dettata da Paolo. Ho già detto che, secondo me, Paolo aveva effettivamente considerato possibile la perdita del possesso mediante *acta contraria* a quelli che ne permettevano l'acquisto (sc. *animo et corpore*)⁶⁴ e che il § 6 in esame servì probabilmente a introdurre una eccezione alla regola. La riflessione dello scoliaste tende invece a trarre dalla eccezione (che egli evidentemente non considera tale) una modifica della regola: e coglie così uno dei vizi della impostazione di Paolo, impostazione che nella sua troppo astratta rigidità, lasciava scoperta un'eccezione troppo cospicua.

L'intervento di uno scoliaste (lo stesso?) è pure evidente nel successivo § 10:

D. 41, 2, 3, 10 (Paulus 54 *ed.*): Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat [ut fecit Spartacus], et iudicium liberale pati paratus sit, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium praeparat. sed hoc ita verum est, si diu in libertate moratur: alioquin si ex possessione servitutis in libertatem reclamaverit et liberale iudicium imploraverit, nihilo minus in possessione mea est [et animo eum possideo], donec liber fuerit pronuntiatus⁶⁵.

La prima glossa (*ut fecit Spartacus*) è semplicemente una sciocchezza, e non mette conto di parlarne. La seconda invece (*et animo eum possideo*) è più interessante. Vediamo di comprenderla, dopo qualche osservazione sul testo.

L'espressione *possessio servitutis* con la sua correlativa *possessio libertatis*, è presente in numerosi testi⁶⁶, ma il Nicolau⁶⁷, se non dubita della genuinità della seconda, ha dimostrato la non classicità della prima⁶⁸. L'espressione, io credo, va pu-

⁶³ SDHI, 26 (1960), 95; in senso analogo, per l'espunzione di 'igitur - fin.', HÄGERSTRÖM, *Röm. Obligationsbegriff*, Uppsala 1927, 172 nota.

⁶⁴ *l. c.*

⁶⁵ Diverse modifiche del passo ha proposto la dottrina. Cfr. *Ind. itp.* e, da ultimo, NICOSIA, *L'acquisto* cit., 448 n. 203, 449 n. 208 e 462 ss. La contraddizione che quest'ultimo A. nota con il frammento gaiano D. 40, 12, 25, 2 non mi pare decisiva, mentre quella che egli ravvisa rispetto a un altro passo di Paolo, D. 40, 12, 24, pr.-3, io non la scorgo, poiché ivi non si fa parola del possesso.

⁶⁶ V. ad es.: *possessio servitutis*: E. Th. 96; C. 3, 22, 4 (a. 294); C. 4, 19, 20 (a. 294); C. 7, 17, 1, 1 (a. 528); D. 3, 3, 33, 1 (Ulp.); D. 38, 2, 16 pr. (Ulp.); *possessio libertatis*. C. Th. 4, 8, 9 (a. 393); C. 3, 22, 3 (a. 293); C. 4, 19, 15 (a. 293); C. 7, 16, 14 (a. 293); C. 7, 16, 21 (a. 293); C. 7, 17, 1 pr. (a. 528); C. 7, 22, 1 (a. 293); C. 7, 22, 2 (a. 300). Si vedano in part., con entrambe le espressioni, D. 40, 12, 1 pr. (Ulp.) e C. 7, 19, 7 pr. (a. 317-19?).

⁶⁷ *Causa liberalis*, Paris 1933, 252 ss.; sul problema v. pure ALBERTARIO, *Il possesso dello 'status'*, in *Studi*, 2, 441 ss. (articolo che si rifà al *Corso* di Camerino, 1912-13); PETERLONGO, *Il possesso di stato nelle fonti del diritto romano*, in *Studi Albertoni*, 2, Padova 1935, 191 ss. V. anche ROTONDI, *Scritti*, 3, 163 n. 2.

⁶⁸ Che egli vuole giustiniana; io credo che le costituzioni di Diocleziano la contenessero già. In ogni modo, comunque vadano datate queste interpolazioni, esse (limitatamente a quel che riguarda il

re tolta dal nostro testo, evitando però di fare di esso lo scempio proposto dall'A.⁶⁹, ma lasciandone intatta la sostanza.

Fatta questa precisazione vediamo di stabilire il senso della postilla 'et animo eum possideo', riferita dallo scoliaste alla situazione del *dominus* di fronte alla *causa liberalis* intentata contro di lui, per far dichiarare libero un soggetto che si trova in situazione di schiavo.

Il concetto da cui partiva Paolo era analogo a quello che si riferisce al problema del *servus fugitivus*. Il punto di contatto è dato da

D. 41, 3, 15, 1 (Paulus, 15 ad Plautium): Si servus, quem possidebam, fugerit, <et> si pro libero se gerat, videbitur a domino possideri: sed hoc tunc intellegendum est, cum, si adprehensus fuerit, non sit paratus pro sua libertate litigare: nam si paratus sit litigare, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium praeparavit.

Il pensiero di Paolo si inizia con 'sed hoc'⁷⁰. In sostanza la posizione del giurista era, io credo, press'a poco la seguente: lo schiavo che *pro libero se gerat* o lo fa semplicemente perché, essendo *in fuga*, vuole evitare di essere notato e ripreso – o per ragioni consimili, ma che sono frutto di semplice ribellione – e allora lo si tratta come un qualunque schiavo in fuga; ovvero il comportamento del servo è dettato da ragioni più serie – cioè egli pretende di essere di diritto libero – ed in tal caso l'assimilazione al fuggitivo comune è da escludersi. L'elemento di distinzione dei due casi è dato dal fatto che lo schiavo sia o no pronto ad affrontare il *iudicium liberale*. La differenza di effetto tra due situazioni è che, nella seconda, quando il possesso sia di fatto venuto meno, la finzione che permette la conservazione del possesso del fuggitivo non ha più modo di essere applicata. Ma se di fatto il possesso non è venuto meno, anche se lo schiavo (o il preteso schiavo) è pronto ad affrontare il processo, questo discorso non ha ragione d'essere: *nihilominus in possessione mea est, donec liber fuerit pronuntiatus*.

Il nostro glossatore dunque ha probabilmente confuso questa enunciazione finale

problema della posizione delle parti nel processo di libertà) hanno valore puramente formale: poiché la circostanza che, di fatto, il preteso schiavo godesse o meno della libertà aveva già nel diritto classico tutta la sua rilevanza. Si veda, ad es., Ulp. D. 40, 12, 7, 5; *eod.* 10; *eod.* 12, 2.

⁶⁹ O. c. 251. Il frammento contiene, è vero, un grave difetto di forma (che, per altro, il Nicolau non rileva, e lascia intatto nella sua ricostruzione): il discorso oscilla tra la prima e la terza persona (*possidebam, a domino possideri, in possessione mea*). Lo stesso difetto si vedrà fra poco in D. 41, 3, 15, 1. Io credo che in entrambi i testi si possano espungere (come glossemi diretti ad una non del tutto pertinente precisazione) le parole 'quem possidebam'. In tale modo si rende l'armonia ad entrambi i frammenti, salvo che all'ultima frase di D. 41, 2, 3, 10 (dove si legge *in possessione mea*), frase che è senz'altro stata ritoccata, dopo l'introduzione dello scolio 'et animo eum possideo'. Forse lo stesso rielaboratore che vi ha menzionato la *possessio servitutis* (i compilatori?) ha cambiato, riscrivendola, l'andamento della frase, adeguandosi alle forme verbali dei glossemi, che per avventura risultano in posizione più appariscente: uno all'inizio del frammento, e l'altro subito dopo le parole *in possessione* (*domini* nell'originale?) *est*.

⁷⁰ Così ha esattamente notato il FERRINI, nel suo studio sui *libri ad Plautium* di Paolo, *Opere*, 2, 227. Le parole che precedono sono del responso di Plautio, che Paolo annota.

di Paolo con una affermazione della conservazione del possesso sul fuggitivo, e per questo è ricorso al riferimento alla dottrina dell'*animo possidere*; come in Paul. 4, 14, 3.

Questa relazione, stabilita fra il glossema di D. 41, 2, 3, 10 e il pensiero che compare nelle *Sententiae*, ci orienta verso l'occidente e l'epoca paleopostclassica: orientamento confermato dal carattere (quello che sopra chiamavo *es e g e t i c o*) delle interpolazioni, sia del § 10 *Si servus*, che del § 6 *in amittenda*.

10. – Passiamo ora ad esaminare

D. 41, 2, 29 (Ulp. 30 *Sab.*): Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo sed ut corpore desinat possidere: quod est enim facti, potest amittere: alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest.

Le due espressioni '*non ut animo sed ut corpore desinat possidere*', e '*alia causa - fin.*' sono generalmente ritenute non genuine⁷¹. Il Tondo⁷², che vuole difendere la totale genuinità del testo, accusa i critici di non avere saputo intendere il significato della parola *facti* nel linguaggio di Ulpiano, e basandosi su di un avvertimento del Riccobono⁷³, ricorda che per il giurista essa non stava ad indicare la natura del possesso quale *res facti*, ma «l'elemento fisico in contrapposizione all'*animus*».

Il nostro testo conterrebbe dunque un ragionamento basato, dal punto di vista del possesso, sugli stessi principi che orientano

D. 41, 2, 27 (Proculus 5 *ep.*): Si is, qui animo possessionem saltus retineret, furere coepisset, non potest, dum fureret, eius saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere.

Partirò dall'esegesi di quest'ultimo frammento, per arrivare a comprendere il precedente.

La non genuinità della chiusa di D. 41, 2, 27 è, a mio avviso, sicura⁷⁴: essa è evidentemente stata scritta non da Proculo, ma da uno scrittore che aveva presente l'impostazione di Paolo, e ricollegava la impossibilità della perdita alla incapacità del *furiosus* di esprimere una volontà di natura negoziale. La costruzione che ne risulta è che la pazzia cristallizza, per tutto il tempo in cui dura, la volontà del possessore, impedendogli di mutare la situazione: è evidente il barocchismo del sistema così concepito. Per dare ad esso maggiore agilità, si dovrebbe riferire *animo* non a *possidere* (come è in realtà) ma a *desinere*, e pensare pertanto che qui non si

⁷¹ V. in part. ROTONDI, *Scritti*, 3, 221; fra gli autori più recenti, cfr. LONGO, *BIDR*, 42 (1934), 490 s.; BURDESE, *AG*, 150 (1956), 25 s.

⁷² *Acquisto del possesso cit.*, 31 s., in part. n. 66.

⁷³ *ZSS*, 31 (1910), 339 n. 2.

⁷⁴ Credo di averlo dimostrato in *SDHI*, 26 (1960), 74 e 76; contra LAURIA, *Studi Solazzi*, 784 n. 21.

tratti di un problema di conservazione *animo* (e di perdita del possesso che si conserva *animo*), bensì di un problema di perdita *animo* del possesso. È questo l'unico modo per dare una certa coerenza al ragionamento, ma in tale guisa il problema si sposta: la perdita *animo* implica un vero e proprio negozio giuridico⁷⁵, poiché si deve risolvere, in sostanza, in un costituito possessorio.

Ed è di questo che si parla nella l. 'possessionem pupillum', D. 41, 2, 29: per essere bene intesa, essa necessita di qualche chiarimento, poichè mi pare assai corrotta e difficilmente intellegibile.

L'espressione 'quod est enim facti', ha una funzione molto simile a quella dell'affermazione 'eam enim rem facti non iuris esse' di D. 41, 2, 1, 3: e come in quest'ultimo luogo essa indicava non una qualità del possesso ma qualificava il *possidere incipere*, così qui essa va riferita al *possessionem amittere*. O almeno doveva riferirsi l'espressione consimile che si trovava nel testo originale. Questa considerazione che io credo certa ci impone di ritenere che il frammento fosse in origine scritto in modo del tutto diverso: colui che lo ha rimaneggiato ha costruito il testo sovrapponendogli le diverse vedute che provengono da Paolo, mentre Ulpiano probabilmente vi diceva che la perdita *animo* del possesso non era possibile per il pupillo, senza che fosse intervenuto un negozio idoneo a dar luogo al costituito possessorio, e per il quale era necessaria l'*auctoritas tutoris*.

Il testo, come lo si legge, io credo sia stato radicalmente rimaneggiato e provenga pertanto da una qualche epitome ovvero (è l'esempio che avevo annunziato) da una *interpretatio*⁷⁶.

11. – Nei testi che abbiamo scorsi, se si eccettua D. 41, 2, 29 che ha subito una rielaborazione particolare, le alterazioni erano tutte del tipo che ritengo potersi riferire all'attività delle scuole paleopostclassiche: sono meditazioni sui testi, orientate, in linea di massima, secondo il pensiero di Paolo.

In un'altra serie di testi si trova invece enunciata la dottrina che il possesso consta dei due elementi del *corpus* e dell' *animus*: l'originalità di essi sta nel fatto che la loro impostazione supera quella stessa di Paolo, il quale non giunse mai, per quanto ne sappiamo, ad esprimersi in tal modo, essendo egli arrivato solo ad unire in una sola enunciazione le due espressioni proculiane.

L'esegesi di questi passi è dunque oltremodo interessante, e può individuare un momento importante nella storia della dottrina.

Ancora nella scia del linguaggio di Paolo, è quello di un glossatore di Marcello:

⁷⁵ Nel senso più volte precisato; v. in part. *supra*, n. 7.

⁷⁶ Alla perdita del possesso si riferisce ancora D. 43, 16, 1, 24 (Ulp. 69 *ed.*), nel quale altra volta (SDHI, 26, p. 86) ho individuato come glossema la frase 'ademisti enim ei possessionem quam animo retinebat, etsi non corpore': essa invero nulla aggiunge al passo, ed anzi ne offusca un poco il dettato: ma la sua importanza è assai scarsa, e non mette conto di parlarne. In ogni modo, chi lo ha scritto si mostra ancora vicino alle vedute classiche.

D. 41, 2, 19, 1 (Marcellus 17 *dig.*): Quod scriptum est apud veteres neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est de eo cogitatum, qui [et corpore et animo possessioni incumbens] hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret, non si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit.

Il pomposo glossema⁷⁷ è difficilmente collegabile col resto del testo: può essere che lo scoliaste abbia voluto mettere in luce la continuazione del possesso, e la assenza delle attività poi richieste per la instaurazione del possesso con una nuova causa (*dimittere possessionem et denuo nancisci*); o può ancora darsi che egli intendesse dire che, se il soggetto possiede *solo animo*, non ha bisogno di ricorrere al sistema della perdita e del riacquisto. In ogni modo a noi interessa notare lo spicco che qui assume la distinzione delle due attività di cui consta la fattispecie possessoria: è l'ultimo passo verso la posizione che vedremo nei testi seguenti.

Dei quali esaminerò per primo:

D. 41, 2, 3, 3 (Paulus 54 *ed.*): Neratius et Proculus et +++⁷⁸ solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. Ideoque si thensaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni id animus implet. ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thensaurum, quamvis fundum possideat. sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. quidam putant Sabini sententiam veriolem esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.

Seguendo l'acuta e sicura illazione del Perozzi, avevo a suo tempo espunto il glossema '*quia quod desit naturali possessioni, id animus implet*'⁷⁹. Vorrei ora mettere in luce la mentalità di chi ha scritto questa frase, perché essa rappresenta una vera novità rispetto a quanto ci è accaduto di leggere finora nelle fonti, a proposito della dottrina dell'*animus*: si tratta infatti di una illazione feconda di riflessi su tutta la teorica del possesso, in generale.

Il frammento descrive un caso di trasformazione in possesso della detenzione di un tesoro: per i proculiani esso si poteva attuare con un semplice acquisto *animus*, mentre Sabino esigeva una nuova apprensione.

Dopo l'acquisto *animus*, pensavano Proculo e Nerazio, il proprietario del fondo in cui si trova il tesoro cessa di essere detentore, per diventare possessore.

Il glossema mostra un ragionamento del tutto diverso, e non è una semplice

⁷⁷ Espunto la prima volta dal BESELER, *Beitr.* 2, 14.

⁷⁸ Per la ricostruzione del testo in questo punto, cfr. *SDHI*, 26 (1960), 78 n. 4.

⁷⁹ *SDHI*, 26 (1960), 78 s.

sciocchezza, come risulterebbe invece dalla spiegazione del Perozzi⁸⁰, per il quale lo scoliaste avrebbe dato all' *animus* la funzione di integrare la detenzione (*possessio naturalis*). Il pensiero di costui va inteso, a mio avviso, nel senso che l' *animus* aggiunge (*implet*) quello che manca alla detenzione per diventare possesso. Egli aveva dunque ben capito che la *possessio naturalis, antecedit*: il punto di frattura tra il suo pensiero e quello espresso nel passo che andava leggendo, sta nel fatto che egli vedeva la detenzione compresa nel possesso, il quale ha in più l' *animus*.

È la stessa impostazione di un glossema ad Ulpiano che si legge in

D. 47, 4, 1, 15 Ulp. 38 *ed.*): Scaevola ait possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri: idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi.

Io credo che Ulpiano si fermasse dopo l'enunciazione del principio '*possessionem hereditas non habet*'. La ragione per cui non si ammetteva che l'eredità potesse essere titolare di un rapporto possessorio, è che per instaurare questo si esige una persona (fisica): così neppure la schiavo potrebbe acquistare per essa, mancando sempre la persona, a cui si riferisce il possesso. I romani avevano già difficoltà ad ammettere il possesso delle persone giuridiche corporative⁸¹, ma nel caso della *hereditas* la cosa non era neppure discutibile. Si potrebbe tutt' al più ammettere che Ulpiano abbia scritto anche '*quae facti est*', volendo intendere che il *possidere* è un *facere*, e pertanto, mancando la persona, il *factum* non può essere posto in essere⁸². Comunque, la menzione dell' *animus* rivela una mentalità più tarda, del tutto analoga a quella che ha dettato la glossa a D. 41, 2, 3, 3, sebbene nel passo ora commentato l'identificazione dell'elemento materiale con la detenzione non sia necessaria⁸³.

⁸⁰ *Ist.*², 1, 847 nota.

⁸¹ Cfr. Paul. D. 41, 2, 1, 22. Sul possesso delle persone giuridiche vorrei in particolare ricordare qui le acute pagine che al problema dedicò il SOLAZZI, nel già citato studio *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, in *Scritti*, 1, 295 ss., in part. 331 ss.

⁸² Nella mia linea di pensiero è soltanto, a quanto mi risulta, lo HÄGERSTRÖM, *Röm. Obligationsbegriff*, 192 n. Le analoghe alterazioni sospettate dal RICCOBONO e dall'ALBERTARIO (v. *Ind. itp.*) sono il risultato di un punto di vista diverso. Il secondo, ad es. (*Il possesso romano*, in *Riv. Dir. priv.* 2 [1932], 30 n. 2 dell'estr., diversamente lo stesso luogo in *Studi*, 2, 136 n. 2) riporta il passo a quelli in cui si dice *iure possidere*, posizione non da escludere.

⁸³ La contrapposizione '*facti - animi*' compare, con diverso spirito, in un altro testo, ad altro proposito. In Ulp. D. 29, 2, 20 pr. si legge infatti: '*pro herede autem gerere non esse facti quam animi*' (l'infinito è dovuto alla circostanza, per altro assai rilevante, che l'espressione è presso Ulpiano inserita in una citazione di Giuliano): come già accennavo (*supra*, n. 17), anche qui io credo trattarsi di un glossema (che continua anche nelle parole successive, fino a *esse heres*); esso interrompe disarmonicamente il discorso, sia dal punto di vista formale che da quello logico, perché accentua il profilo sog-

La datazione di questi glossemi⁸⁴ è alquanto importante, poiché essi rappresentano i più antichi documenti di una nuova impostazione, o almeno di una nuova sistemazione della teoria del possesso.

Tale sistemazione corrisponde abbastanza bene a quella che pare essere stata la mentalità bizantina, come l'ha in modo esemplare illustrata il Rotondi⁸⁵: però, se la posizione del pensiero bizantino nei testi (soprattutto latini) richiamati dall'A., è certo assai più in là di quella che era di Paolo, lo è seguendo una linea diversa da quella dei glossemi che abbiamo or ora visti: si tratta, in sostanza, di applicazioni della dottrina dell'*animus* che, secondo il punto di vista più antico, si possono considerare abnormi; io vorrei invece trovare delle enunciazioni di carattere teorico, delle affermazioni dottrinali, scolastiche, quali sono quelle dei nostri scolii.

In tale linea mi paiono anzitutto i noti passi della parafrasi di Teofilo. 4, 15, 5⁸⁶, quanto i seguenti, che contengono enunciazioni generali:

Teoph. 2, 9, 4: νομὴ δέ ἐστι τὸ ψυχῆ δεσπύζοντος νέμεσθαι.

Theoph. 3, 29, 2: διαφορὰ γὰρ τοῦ κρατεῖν τοῦ νέμεσθαι αὕτη · ὅτι κρατεῖν ἐστὶ φυσικῶς κατέχειν, νέμεσθαι δὲ τὸ ψυχῆ δεσπύζοντος κατέχειν.

Così pure lo scolio di Cirillo, a B. 60, 5, 22:

περὶ τοῦ χρησθέντος ἢ παρατεθέντος ... εἰ γὰρ καὶ δικαίαν ἔχουσιν αὐτῶν νομῆν ὅ τε δεποσιτάριος καὶ ὁ εἰς χρῆσιν λαβῶν, ὅμως οὐ ψυχῆ δεσπύζοντος νέμονται⁸⁷.

Il punto essenziale della analogia fra questi passi e quelli latini, da cui siamo partiti, risiede nel modo di comporre i due elementi, per cui il possesso risulta secon-

gettivo della *pro herede gestio* proprio a mezzo di una esposizione in cui il criterio dominante è assai diverso.

⁸⁴ Ai quali si può aggiungere l'annotazione '*quia nec possidendi animum haberet*' in Afr. D. 12, 1, 41: essa fu per la prima volta espunta come glossa dal RICCIBONO, *Studi critici sui l. XVIII di Paulus ad Plautium*, in *BIDR*, 6 (1894), 156 ss. L'alterazione è sicura, come certo mi pare che essa possa essere attribuita alla corrente di pensiero che ha dato origine agli scolii di cui stiamo parlando: solo che, ove in questi la dottrina è, per così dire, enunciata, lo scoliaste di Africano ne faceva invece un'applicazione. D. 12, 1, 41 è un testo per altro assai noto, poiché esso rappresenta l'unico luogo proveniente da un giurista della scuola Sabiniana, che contenga menzione della dottrina dell'*animus*.

⁸⁵ Si vedano i due ultimi capitoli (IV e V) del classico studio più volte citato (*Scritti*, 3, 167 ss., 201 ss.), ed anche *Problemi giuridici in alcuni scolii di Teodoro Balsamone* (ivi, 38 ss.). Da ultimo: KASER, *Wesen und Wirkungen der Detention in den antiken Rechten*, in *Atti III Congr. Dir. Comp.*, I, Roma 1953, 297 s.; *Röm. Privatrecht*, 2, 181 s.

⁸⁶ Su cui v. i calzanti rilievi del ROTONDI, *Scritti*, 3, 168 s.

⁸⁷ In relazione a D. 9, 4, 22 itp.; sul quale ROTONDI, *Scritti*, 3, 232 n.; sullo scolio di Cirillo, ROTONDI, *Scritti*, 3, 243 n. 1. Si leggano pure gli scolii dell'anonimo e di Stefano, in ZACHARIAE, *Suppl. Bas.* p. 7, 53; in ZACH., *Suppl.*, 53; ALBERTARIO, *Studi*, 2, 163; v. anche B. 50, 2, 61.

do lo schema a noi moderni familiare, e che tale ci risulta poiché corrisponde in sostanza alla impostazione del Savigny; e cioè che il possesso contiene in se la detenzione, ed ha in più l'*animus domini*⁸⁸.

Prima, però, di trarre una conclusione nel senso di attribuire i nostri glossemi alle scuole orientali, è opportuno tenere presenti altre fonti: e precisamente, partendo dai due frammenti del Digesto, dare una scorsa ai Basilici.

12. – Il nostro D. 41, 2, 3, 3 appare così reso in

B. 50, 2, 2 (Heimb. 5, 48, 2° cpv.): .Εἰ μὴ ἄρξῃται φυσικῇ κατοχῇ [*vel* φυσικῇ κατοχῇ], ψυχῇ μόνῃ οὐδεὶς νέμεται. ὁ ἔχων τὸν ἀγρὸν τὸν ἐν αὐτῷ θησαυρὸν οὐ δεσπόζει, ἐπειδὴ μὴδὲ νέμεται αὐτόν· κἂν οἶδεν αὐτόν ἐκεῖ εἶναι, εἰ μὴ ὅταν μετακινήσῃ.

Anche se la forma è cambiata, ci si riferisce pur sempre all'acquisto, e si esclude il possesso *solo animo*⁸⁹. Della nostra glossa non c'è traccia.

Va notato che l'acquisto *solo animo* è però ammesso in

B. 50, 2, 50: καὶ ψυχῇ μόνῃ κτῶμαι νομῆν . οἷον εἰ ὁ πωλήσας μοι σωρὸν ζύλων ἢ κεράμους οἴνων ὑφ' ἐν ὄντας, ἐπιτρέψῃ μοι ταῦτα ἐπαῶραι.

La contraddizione risulta dal fatto che quest'ultimo luogo è l'epitome di D. 41, 2, 51, in cui era riferito (da Giavoleno) il pensiero di Labeone, che configurava un caso di acquisto *animo*, divenuto *solo animo* nel nuovo ordine di idee. Invece, B. 50, 2, 2 è epitome di D. 41, 2, 3, 3, fattispecie in cui l'acquisto *animo* si configura in modo particolare, come abbiamo visto, essendo il possessore già prima detentore; inoltre il luogo, nei Basilici, è messo in relazione con il secondo dei capoversi che lo precedono, corrispondente a Paul., D. 41, 2, 3, 1:

Δράττεται δὲ νομῆς καὶ ψυχῇ καὶ σώματι, οὐ μὴν θατέρω μόνῳ.

Una documentazione più varia offrono i Basilici a proposito di D. 47, 4, 1, 15. Ed anzitutto la traduzione:

B. 60, 13, 1 (Heimb. 5, 544): Ἐάν τις μὴ νέμεται, οὐ γίνεται κλοπή. κληρονομία δὲ οὐ νέμεται . ἀποτελέσματος γὰρ καὶ ψυχῆς ἢ νομῆς χρῆζει ...

⁸⁸ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*⁷, cit., 108 ss., in part. 110 ss.: egli si rifà espressamente ad alcuni dei luoghi citt. Non è necessario che io richiami qui l'acuta analisi che di tale impostazione ha fatto lo JHERING. Ricordo solo, per l'utilità che ha sempre una nuova lettura, il cap. V (p. 52 ss.) di *Der Besitzwille*.

⁸⁹ È però probabile che il testo voglia alludere, come al solito, all'acquisto *solo animo* del possesso.

Un riferimento a questo luogo è contenuto pure in uno scolio a B. 21, 3, 11 (Heimb. 2, 457, c. 11 sc. 2), ove si legge, fra l'altro:

Κληρονομία οὐ νέμεται. ἀποτελέσματος γὰρ καὶ ψυχῆς ἢ νομῆς χρῆζει.

Ma lo stesso B. 60, 13, 1 è corredato da interessanti scoli. Il primo è redatto nei seguenti termini:

Ἔλεγεν ἐν τῇ κληρονομίᾳ ὁ Σκαεβόλας τῆς νομῆς γίνεσθαι κλοπὴν. ἀμέλει εἰ μηδεὶς ἐστὶν ὁ τὸ πρᾶγμα νεμόμενος, ἠρνεῖτο κλοπὴν ἁμαρτάνεσθαι. διὰ τοῦτο ἔφασκην, μηδὲ ἐπὶ τοῖς κληρονομαίοις κλοπὴν ἁμαρτάνεσθαι, ἐπειδὴ ἡ κληρονομία νομὴν οὐκ ἔχει. αὕτη γὰρ ἐν αὐτῷ τῷ φάκτω τῆς κατοχῆς καὶ ἐν τῷ λογισμῷ τοῦ κατέχοντος γίνεται ...

Tutti e tre questi luoghi affermano e riaffermano (anche se con terminologia oscillante) come principio pacifico, che il possesso consta di due elementi, la detenzione e l'*animus*.

Si notino in particolare le ultime parole della parte riportata dello scolio a B. 60, 13, 1, in cui l'enunciazione è quanto mai chiara: (*possessio*) *in ipso facto detentionis et in animo detinentis consistit*; dove, seguendo lo Heimbach, ho tradotto con *animus* la voce λογισμός, che però è qualcosa di più pregnante e preciso. e ciò anche in confronto agli altri luoghi greci, che in genere usano ψυχή. Λογισμός indica infatti una attività di calcolo, riflessione, ponderazione. La dottrina dell'*animus* è stata dunque rimeditata, e lo scoliaste si è accorto che, secondo le nuove vedute, la terminologia era inadeguata. Ritorrò a considerare questo fenomeno più innanzi, quando, riprendendo le fila sparse di questa breve indagine, cercherò di trarre delle conclusioni. E pure in tale occasione indugerò meglio a notare come il nuovo e diverso punto di vista che il glossema – che sempre più tranquillamente possiamo chiamare bizantino – a D. 47, 4, 1, 15 ha insinuato nel testo, si distingua da quello di Ulpiano soltanto formalmente. Ma le differenze formali hanno gran peso in una indagine, quale vuole essere questa mia, sulla storia del pensiero giuridico.

Non tutti i bizantini, tuttavia, partecipavano a questo orientamento. Un esempio, forse un poco curioso, di 'defezione' ci è dato dal secondo degli scoli a B. 60, 13, 1.

Eccone il testo:

ἀποτελέσματος γὰρ καὶ ψυχῆς ἢ νομῆς χρῆζει] Ἦγουν σωματικῆ κατοχῆ καὶ φάκτω. τὸ δέ, ψυχῆς, εἴρεται διὰ τὸν μαινόμενον. ὁ γὰρ τοιοῦτος, ἐπεὶ οὐκ αἰσθάνεται, οὐδὲ δυνήθη δρᾶσθαι νομῆς. καὶ διὰ τοῦτο, ἐάν τις κλέψῃ, ὅπερ ὁ μαινόμενος ἐν τῇ μανίᾳ ἐδράξατο, οὐκ ἐναχθήσεται τῇ φύρτι. οὐδὲ γὰρ ἀπὸ νεμομένου ἐκλεψεν. ἕτερον μέντοι, ὅταν ἐν τῷ νήφειν ἐδράξατο νομῆς· ταύτην γὰρ καὶ μετὰ τὴν μανίαν φυλάττει δύναται.

La prima lettura dello scolio lascia alquanto sconcertati: l'autore, dopo aver affermato che non si deve dire che il possesso consta di una *azione* (ἀποτέλεσμα) e dell'*animus* (ψυχή), bensì della insistenza fisica (σωματική κατοχή) e di una *factum*, difficile da differenziare dal precedente termine, giustifica questa illazione adducendo che di *animus* si parla (cioè, in generale, si deve parlare) in relazione al *furiosus*, che, poiché non è in condizione di comprendere (αἰσθάνομαι: apprendere con l'intelletto, cioè rendersi conto), non può neppure acquistare il possesso. Ma viene fatto di chiedersi, che senso ha questa osservazione, se qui il soggetto in questione è la *hereditas*, che non è certo, quanto alla facoltà di comprendere, in situazione migliore del pazzo?

Alla luce di questa domanda, il passo diventa assurdo, e pertanto l'interprete si trova nel dilemma, o di non dare alcun valore al frammento, o di rinunciare al predetto interrogativo. È evidente che sia la seconda alternativa da preferirsi.

Bisogna pertanto pensare lo scolio come un commento delle parole al suo inizio riportate, ma astratte dal contesto in cui nei Basilici si leggono; l'unica relazione che con esso lo scoliaste ha conservato è che la sua trattazione sulla struttura del possesso è compiuta ai fini della nozione di *furtum*.

Partendo da questo presupposto, il discorso del giurista appare così impostato: non è vero che l'*animus* sia un elemento del possesso (cioè che l'aver l'*animus possidendi* o come altro lo si voglia chiamare, sia uno dei requisiti del comportamento del possessore), bensì esso appare piuttosto come un presupposto per la possibilità di acquistare il possesso. Ψυχή è inteso nel suo senso generale di 'intelligenza', 'energia pensante': chi manca di essa non è in condizione di comportarsi come possessore, poiché (è evidentemente implicito questo concetto) il possesso si attua con un comportamento consapevole.

A questo punto possiamo stabilire una vera e propria equazione:

$$\text{comportamento}_p \text{ consapevole} = \text{σωματικῆ κατοχῆ καὶ φάω}$$

dove con l'indice *p* alla parola *comportamento* si intende la qualifica di esso corrispondente a quella particolare specie di attività richiesta per l'attuazione del possesso.

Poiché il termine *σωματικῆ κατοχῆ* è noto, indicando la insistenza materiale (sulla cosa posseduta), l'incognita della nostra equazione è *φάω*. Risolvendo l'equazione, poiché l'insistenza materiale non esaurisce tutto il comportamento (comprendendo questo anche l'atteggiamento *uti dominus*, che distingue il comportamento del possessore da quello del detentore), il *factum* è dato dal risultato di questa operazione:

$$\text{comportamento}_p - \text{insistenza materiale} + \text{consapevolezza}$$

Se mi si perdona questa impostazione algebrica (che del resto mi è stata ispirata da alcune pagine dello Jhering⁹⁰), passerò ad enunciare il risultato al quale essa

⁹⁰ Der Besitzwille, 53 ss.

ci ha condotti, nella esegesi dello scolio in parola. Per l'autore di esso il possesso consiste nella insistenza materiale sulla cosa, quando colui che insiste si comporta consapevolmente in un certo modo, ossia *uti dominus*.

Ed è questa una esposizione della posizione dei giuristi classici⁹¹, sebbene più analiticamente espressa.

13. – Prima di passare ad un bilancio dei risultati raggiunti, aggiungo, in questo paragrafo, alcune annotazioni su altri frammenti nei quali ha lasciato tracce la mano di elaboratori postclassici.

Dell'occidente paleopostclassico mi sembrano alcune precisazioni qua e là inserite in alcuni testi, e che stonano alquanto senza però comprometterne il significato; testimonianze del ripensamento di menti meno limpide, ma che si sforzavano di capire.

Così in D. 41, 2, 25, 2 (Pomp. 23 *ad Q. M.*)⁹² uno scoliaste desideroso di chiarezza cercò di rendere evidente di fronte ai suoi occhi il gioco del *corpore* e dell'*animo possidere*, inserendo '*corpore*' e '*ut potior sit illius corporalis possessio*'.

Lo stesso desiderio di chiarezza ha condotto il glossatore di D. 41, 2, 34 pr. (Ulp. 7 *disp.*)⁹³ ad aggiungere '*et in Cornelianum iero*', ed inoltre, mostrando di avere capito assai poco, poiché qui l'acquisto *animo* non viene per nulla in considerazione, a porsi una domanda retorica, cui subito risponde: *et si animo adquiri possessio potest, numquid etiam acquisita est? sed non puto errantem adquirere*⁹⁴.

Date le mie vedute circa la genuinità di D. 41, 2, 8⁹⁵, io credo che la chiusa di D. 41, 2, 46 sia di mano di un glossatore che si limitava a richiamarvi, in modo abbastanza calzante, il principio della perdita del possesso mediante *acta contraria* a quelli necessari per l'acquisto⁹⁶.

⁹¹ Ed assai più vicina al pensiero dei giuristi classici di quella di Labeone, riportata da Paolo nel famoso D. 41, 2, 1 pr. (cfr. B. 50, 2, 1), che equivoca con la nozione di detenzione.

⁹² *Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero (quod quasi magis probatur) usque eo possideamus donec revertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem: et videtur utilius esse.* Cfr. SDHI, 26 (1960), 87 s.

⁹³ *Si me in vacuam possessionem fundi Cornelianum miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus, quoniam autem in corpore consenserimus, an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest: et si animo adquiri possessio potest, numquid etiam acquisita est? sed non puto errantem adquirere: ergo nec amittet possessionem, quia quodammodo sub condizione recessit de possessione.* Cfr. SDHI, 26 (1960), 80 ss.

⁹⁴ Forse di un'altra mano (giustiniana?) è invece la parte da *nisi forte* al secondo *consenserimus*.

⁹⁵ V. *supra* e SDHI, 26 (1960), 93.

⁹⁶ Purtroppo l'assenza di scolii al tit. 50, 2 dei Basilici non ci permette di approfondire le vedute

Integrazioni più curiose sono state sovrapposte al frammento di Giavoleno:

D. 41, 2, 51 (Iav. 5 *ex post Labeonis*): Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem [traditus mihi videtur]. idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. sed videamus inquit, ne haec ipsa [corporis] traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. in eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur [: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat] [: utrobique animi quodam genere possessio erit aestimanda]⁹⁷.

A parte la precisazione *corporis traditio*, che è stata aggiunta nell'ordine di idee delle alterazioni di cui si è parlato or ora, fu la mano di uno che si proclamava seguace della soluzione del sabiniano Giavoleno ad aggiungere 'traditus mihi videtur' e 'non video interesse utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat': e sono osservazioni che mi paiono avere, questa volta, esattamente inteso il pensiero del giurista, o comunque la soluzione opposta a quella di Labeone, nell'ambito dell'alternativa da questo stesso proposta. Una seconda mano, e questa volta guidata da una mente assai debole, ha aggiunto l'osservazione di chiusura, malissimo scritta (*animi possessio*) o senza senso alcuno⁹⁸.

14. – 'Quod vulgo dicitur aestivorum hibernorumque saltuum nos possessionem animo retinere, id exempli causa didici Proculum dicere ...'. Queste parole di Ulpiano⁹⁹ potrebbero farci pensare che la dottrina dell'*animo possidere*, in quella sua parte che si riferisce alla conservazione del possesso, prima di diventare una dottrina dei giuristi, sia stata un convincimento della prassi¹⁰⁰. Se il procedimento mentale che ha dato origine alla terminologia è stato effettivamente quello da me

dei Bizantini in merito a questo principio. A me pare però di poter pensare che essi non vi insistessero molto. I nostri testi sono tradotti senza dar spicco particolare all'antitesi. B. 50, 2, 7 (corrispondente a D. 41, 2, 8) suona: λογισμῶ καὶ σώματι ἀρμόζει νομή, ὥσπερ καὶ ἀπόλλυται. Nella traduzione quasi letterale del geminato del precedente fr. delle Pandette (D. 50, 17, 153), si dà al contrario particolare risalto allo *σχεδόν* (il *ferè* del testo giustiniano), in uno scolio (Heimb. 1, 79, sc. *σχεδόν οἷς τρώποις*). Quanto a D. 41, 2, 46 esso è reso quasi letteralmente in B. 50, 2, 45.

⁹⁷ Sul testo v. *SDHI*, 26 (1960), 72 ss.

⁹⁸ Non ritengo opportuno proseguire oltre in questa indagine, poiché il terreno è troppo infido, e credo che i risultati raggiunti siano gli unici ai quali è possibile attribuire un certo grado di sicurezza.

La ragione, invece, per cui non mi occupo di D. 41, 2, 1, 3 e 41, 2, 44, 1, è che la loro esegesi ci porterebbe assai lontano dal tema.

⁹⁹ 69 *ed.*, D. 43, 16, 1, 25; sul quale, ai fini per i quali ne discuto, v.: KASER, *Röm. Privatrecht*, 1, München 1955, 334; MAYER MALY, 'Vulgo' und *Vulgarismus*, in *Labeo*, 6 (1960), 21.

¹⁰⁰ Un poco diverso era il pensiero che esprimevo in *SDHI*, 26 (1960), 77 n. 12.

altra volta ipotizzato¹⁰¹, esso può bene essere inteso come espressione di una concezione volgare.

Comunque sia, è certo che la fortuna di cui godette la dottrina dell'*animo possidere* durante l'epoca classica, non è solo il frutto della elaborazione che la giurisprudenza ne fece, poiché questa fu anzi determinata dalla utilissima funzione pratica che tale teoria era in grado di svolgere. Ma se prima di Paolo si ricorre alla concezione di cui discorriamo solo in relazione a questa sua funzionalità, con Paolo essa viene trasposta su di un altro piano: diviene uno dei capisaldi della *t e o r i c a* del possesso.

Ed è a questo punto che si inizia la storia che mi sono proposto di delineare nel presente lavoro, e della quale, nelle pagine che precedono, ho cercato di individuare gli elementi. Passo ora ad un tentativo di coordinarli, in breve sintesi.

Gli ambienti storici che, a tale fine, si possono a mio avviso individuare, sono tre: l'occidente paleopostclassico¹⁰², che ha ancora il suo centro in Roma, o almeno in Italia; l'occidente tardopostclassico¹⁰³, che invece dà luogo alle manifestazioni più salienti nella Gallia meridionale; ed infine l'oriente, che viene in considerazione, prima che come luogo ove fu compiuto il *Corpus Iuris*, come sede di una fiorente attività scolastica, che occupa tutto il periodo postclassico, e si va facendo però sempre più, per noi, sensibile mano a mano che i tempi procedono verso l'epoca giustiniana¹⁰⁴.

¹⁰¹ SDHI, 26 (1960), 77: «Si trattava di un *retinere possessionem non corpore*; e dato che l'uomo è fatto di corpo e anima, se pure *non corpore* conserva il possesso, è chiaro che lo conserva con l'anima»

¹⁰² Con 'paleopostclassico' intendo tradurre la parola tedesca 'frühnachklassisch'. Preferisco tale termine ad 'altopostclassico', poiché questo corrisponde letteralmente a 'hochnachklassisch'. In ogni modo – ed è questo che più importa precisare – per periodo paleopostclassico intendo all'incirca l'epoca compresa tra la morte di Alessandro Severo e l'avvento al trono di Costantino I.

¹⁰³ Il V secolo; l'ambiente tardopostclassico ('spätnachklassisch') corrisponde, grosso modo, al romano-visigoto. Tra il paleopostclassico e il tardopostclassico c'è pertanto una lacuna (mediopostclassico), che comprende tutto il IV sec., e che non è facile colmare. L'unica opera (oltre alle mie men che ipotetiche *interpretationes* delle opere della giurisprudenza) che potrebbe a mio avviso essere attribuita a questo periodo (e che potrebbe anzi per avventura rappresentare un esempio di tali *interpretationes*) è il Gaio di Autun: tuttavia in genere la si ritiene del V sec. (da ultimo: GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise au IV et V siècle*, Paris 1957, 77 s.).

¹⁰⁴ Queste distinzioni, benché corrispondano abbastanza bene a quelle familiari ai romanisti, sono state però a me dettate unicamente dai risultati di questa ricerca, e saranno qui impiegate solo per inquadrare questi risultati. Non ho alcuna fiducia, in generale, sul valore di una periodizzazione storico-giuridica. A parte il valore convenzionale di ogni periodizzazione negli studi storici (v. in proposito: LE BRAS, *Prolegomènes*, Paris 1955, 152 s.; MARROU, *De la connaissance historique*⁴, Paris 1959, 168), nella nostra particolare materia, le branche stesse di essa procedono in modo difforme: la storia delle fonti di produzione, ad esempio, ha le sue pietre miliari in punti diversi da quelli che segnano il cammino della scienza giuridica: così la compilazione e la promulgazione del *Corpus iuris*, se cambiò il sistema delle fonti positive, non alterò certo la mentalità delle scuole bizantine.

a) Il pensiero paleopostclassico rimase fedele a Paolo: ma, se è lecito trarre conclusioni generali dalle non certo numerose fonti di cui abbiamo potuto valerci, esso comprende due atteggiamenti distinti.

Da un lato, la scuola, la cui attività abbiamo scorto in alcuni glossemi: questi, che consistono in piccole annotazioni occasionali, non ci permettono certo un giudizio – che del resto non è tra gli scopi di questo lavoro – sull'attività scolastica del periodo considerato, ma sono, a mio avviso, sufficienti per darci un quadro del suo atteggiamento generale. Tale atteggiamento può essere riassunto con la parola 'passività': leggendo i glossemi si ha infatti l'impressione che chi li scriveva avesse ben assimilato (questo è vero) la formuletta con cui si inizia Paul. 5, 2, 1, ma andasse poi con quel solo parametro valutando ogni cosa che trovava scritta.

Dall'altro la cancelleria imperiale, a cui si devono i due rescritti di Decio e Dioleziano: ed al contrario della scuola, essa mostra – accanto alla perfetta conoscenza della dottrina di Paolo – una pronta sensibilità per le esigenze della pratica. Entrambi i testi – per quanto ne possiamo sapere – introducono una soluzione nuova, che si innesta perfettamente nella impostazione teorica adottata.

b) A prima vista, anche l'ambiente in cui fiorirono le *interpretationes* sembrerebbe rimasto fedele al pensiero di Paolo: l'*interpretatio* alle *Sententiae* indurrebbe a crederlo per il fatto solo della sua esistenza. Tuttavia la presenza di questo commentario può significare proprio l'opposto: che cioè il testo, così com'era, non fosse più utilizzabile. Da un lato, infatti, esso era, anche nella sua veste modesta, troppo difficile; donde la necessità di una volgarizzazione. Dall'altro, esso era, in alcuni punti, inadeguato alle nuove esigenze; donde la necessità di un aggiornamento. Ma questo aggiornamento non era possibile se non in via di interpretazione, poiché il valore normativo delle *Sententiae* era stato autoritativamente sancito¹⁰⁵. L'obliterazione della dottrina dell'*animus* che abbiamo visto operata in Int. Paul. 5, 2, 1 l'abbiamo appunto considerata un risultato di questo duplice sforzo di volgarizzazione e di aggiornamento.

c) L'ambiente delle scuole d'oriente si contrappone nettamente al più o meno contemporaneo ambiente occidentale. I maestri bizantini hanno tenuto in vita la dottrina dell'*animo possidere*, e l'hanno anzi rimeditata in modo originale. Da formule del tipo '*possessionem adquirimus animo et corpore*' o '*animo et corpore possidere*' (questa seconda, più implicita che espressa in Paolo, e formulata invece dal suo interprete: Int. Paul. 5, 2, 1), essi passarono a '*corpore et animo possessioni incumbere*' (sc. a Marcello in D. 41, 2, 19, 1), e quindi a '*possessio facti et animi est*' (sc. a Ulp., D. 17, 4, 1, 15). La traduzione greca di queste formulazioni diede poi luogo ad ulteriori sfumature. Per tradurre la parola *animus* si ricorse dapprima a ψυχή, voce che le corrisponde in modo assai impreciso: essa rende piuttosto, infat-

¹⁰⁵ C. Th. 1, 4, 2 (a. 327?); C. Th. 1, 4, 3 (a. 426).

ti, la voce *anima*¹⁰⁶. Ma i giuristi bizantini si resero conto che il termine *animus* stesso, in una formulazione teorica della struttura del possesso, non può considerarsi soddisfacente: la sua introduzione nella terminologia possessoria è derivata, come ho accennato all'inizio di questo paragrafo, da un ragionamento alla buona, e, anche senza tenere conto di questo fatto, essa era diretta ad esprimere una situazione di fatto particolare, e non un elemento strutturale della situazione. Nella dottrina dei giuristi orientali l'*animus possidendi* rappresenta precisamente la direzione della volontà a tenere la cosa come propria. Pertanto, se si vuole usare il termine *animus* nel suo senso originario (l' a n i m a), qui non può avere significato alcuno; impiegandolo, d'altra parte, nell'altro senso, che era intanto andato diffondendosi nel linguaggio giuridico, di i n t e n z i o n e (*animus donandi, iniuriandi, furandi ecc.*), esso poteva servire ad indicare la direzione della volontà, ma non la volontà stessa, l' e l e m e n t o s o g g e t t i v o del possesso. È questo il significato, io credo, del ricorso al termine λογισμός, che si è letto nel primo degli scolii a B. 60, 13, 1 e in B. 50, 2, 7. Al generico – per le ragioni sopra esposte – *animo et corpore* (ψυχῆ καὶ σώματι ο ψυχῆ καὶ φάκτω), si è così sostituita la più pregnante espressione λογισμῶ καὶ σώματι, che indica l'attività fisica e il disegno, il programma particolare del soggetto che la pone in essere.

Dopo aver seguito le vicende della dottrina dell'*animus* fino a questo punto, è possibile qualche considerazione generale.

La dottrina dell'*animus*, riferita al possesso, ha tre aspetti distinti; tre funzioni diverse, irriducibili l'una all'altra, e che, per bene intendere la storia dell'istituto, è necessario avere separatamente chiare.

Anzitutto essa serve a spiegare la conservazione del possesso dei fondi, nei casi in cui l'assenza del possessore è da considerarsi normale: mi riferisco, come è chiaro, alle situazioni in cui prototipo è quella dei pascoli stagionali.

In secondo luogo essa venne impiegata per rendere possibile di operare sul possesso prescindendo dall'attività fisica: e dal punto di vista pratico questa funzione si manifesta precipuamente nell'*animo adquirere possessionem*.

A queste due funzioni pratiche se ne aggiunge una terza squisitamente dottrinale, di servire ad una impostazione teorica del possesso.

Fra i tre, il secondo impiego della nostra dottrina ebbe vita difficile e storia breve: creato dai Proculiani in contrasto con i Sabiniani¹⁰⁷, non ebbe forse diffusione oltre i confini della Scuola, ed in ogni modo fu, nella sua parte principale, osteggiato da Paolo, che si dichiarò contrario all'acquisto *solo animo*. La dottrina dei *contraria acta* escludeva inoltre anche la perdita *animo* del possesso, e pertanto questo aspetto del nostro istituto, se anche mostra qualche segno di vita qua e là nelle fonti successive, ebbe in pratica assai scarsa rilevanza.

¹⁰⁶ Il corrispondente greco di *animus* è piuttosto θυμός. Su queste corrispondenze tra le due lingue, v. ERNOUT et MEILLET, *Dict. étymologique de la langue latine*, 1^a, Paris 1959, 34.

¹⁰⁷ Cfr. *SDHI*, 26 (1960), 102 s., 78 s.

La prima funzione, quella della conservazione del possesso dei *saltus*, ebbe invece ampia diffusione e notevole fortuna, anche fuori dei confini della scuola proculiana che l'aveva introdotta¹⁰⁸. La sua grande rilevanza pratica la tenne però legata alla circostanza che la situazione, che essa rendeva possibile, fosse considerata utile. Quando la possibilità di *animo retinere possessionem* fu estesa dai pascoli a tutti i fondi¹⁰⁹, ciò implicò una modifica del concetto che le sta alla base: quello di assenza normale del possessore: è ben diverso invero il fatto dell'abbandono di un pascolo perché ridotto senza pastura o addirittura impraticabile, e quello dell'abbandono di una azienda agricola. Quando l'abbandono di queste aziende cominciò ad essere dovuto alle pressioni dei barbari, solo nei tempi e nei luoghi ove vi fosse una solida speranza di restaurazione dell'ordine la possibilità della conservazione *animo* del possesso continuò ad essere tenuta in vigore: e ciò ben spiega la posizione antitetica di Diocleziano e dell'interprete delle Sentenze di Paolo.

La terza funzione, l'aspetto teorico della dottrina dell' *animus*, è invece legato alla capacità ed alla inclinazione dei giuristi per le costruzioni razionali; e certo l'ambiente del 'Klassizismus'¹¹⁰ bizantino le era quanto mai propizio.

Le scuole d'oriente costruirono infatti, in generale, il possesso come una situazione che risulta dalla combinazione della detenzione e dell'*animus possidendi*, sistemando così in modo, potremmo dire, definitivo, la teorica che Paolo aveva proposta.

La storia di questo terzo aspetto della dottrina dell'*animus* va posta però su di un piano del tutto diverso da quello dei due precedenti: poiché, se l'accettare o respingere i primi due ha una diretta rilevanza pratica, l'adozione della costruzione teorica risultante dall'accettazione della dottrina dell'*animus* non porta sensibili mutamenti nella struttura del diritto positivo. Si tratta di uno schema che i giuristi crearono del tutto *a posteriori*, come categoria dommatica ed analisi di scuola¹¹¹: e

¹⁰⁸ Cfr. *SDHI*, 26 (1960), 90 n. 51.

¹⁰⁹ Cfr. *SDHI*, 26 (1960), 87.

¹¹⁰ Sul 'Klassizismus' v. in part. WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus* cit., 50 ss.; KASER, *Röm. Privatrecht*, 2, 19 ss. Al contrario del termine 'Vulgarismus', sull'uso del quale ho più sopra avanzato delle riserve, 'Klassizismus' è, a mio avviso, più preciso ed assai meno pericoloso. Con esso si indica un atteggiamento specifico dell'attività delle scuole orientali: e la radice 'Klassiz-' esprime bene il carattere di continuità che lega il diritto bizantino al romano, mentre la desinenza '-ismus' indica il carattere evolutivo ed autonomo della produzione orientale. Gli specifici aspetti di questa autonomia andranno poi ulteriormente definiti, è chiaro; ma il termine offre già un comodo e sufficientemente esatto punto di partenza per l'ulteriore determinazione. Il carattere meno insidioso del termine 'Klassizismus' è provato pure dal fatto che esso, al contrario di 'Vulgarismus', che ha generato il 'Vulgarrecht', non ha indotto gli autori a creare la categoria-sistema del «diritto classicistico» ma è invece realmente rimasto una 'rechtskulturelle Stilkkategorie'.

¹¹¹ Una buona pietra di paragone per la riprova di questa asserzione è l'esegesi di D. 47, 4, 1, 15 (Ulp. 38 *ed.*): sia per Ulpiano, che scriveva '*possessionem hereditas non habet*', sia per lo scoliaste, che aggiunse '*quae facti est et animi*' l'impossibilità di possedere, nel caso indicato, risiedeva nella mancanza di un soggetto atto a porre in essere un'attività possessoria, che è essenzialmente un'attività umana, cioè un comportamento cosciente e deliberato. L'espressione dello scoliaste mostra, a mio av-

se in Paolo, data la forma delle sue enunciazioni, i tre aspetti appaiono strettamente compenetrati, la storia, che nelle pagine precedenti ho tentato di delineare, ha mostrato che i tre germi in esse contenuti – voglio dire le loro componenti – hanno avuto un diverso comportamento.

viso, semplicemente questo: che egli faceva lo stesso ragionamento di Ulpiano esprimendone solo un passaggio in più. I termini del ragionamento sono i seguenti: il possesso è un'attività dell'uomo – corpo e spirito; l'eredità non ha corpo né spirito; l'eredità non può possedere. Lo scoliaste esprime tutti i passaggi, Ulpiano più semplicemente pensa che il possesso è dell'uomo, e l'eredità non essendo uomo non può possedere.

Che il ragionamento di Ulpiano fosse questo, è confermato dalla soluzione eccezionale contenuta in D. 6, 2, 9, 6, in cui il giurista ammette l'acquisto (all'erede, dopo l'adizione) del possesso *ad usucapionem* compiuto dal servo ereditario durante la giacenza dell'eredità. La soluzione è basata infatti sulla finzione che sia stato l'erede stesso ad iniziare il possesso: *quasi ipse possedisset* (v. in part. SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi* cit., in *Scritti*, 1, 348 s.). Si tenga sempre presente, a chiarimento di quanto detto nel testo, che l'uomo che viene in considerazione ai fini dell'attività possessoria deve essere un soggetto di diritto. Senza addentrarmi nel complesso problema dell'acquisto del possesso per mezzo dello schiavo, ricordo solo che questo non è mai un problema di acquisto *da parte* dello schiavo: anche se il possesso si considera situazione di fatto, esso è sempre da riferirsi ad un soggetto giuridico.

I RINVII AL 'IUS' NELLA 'INTERPRETATIO' AL CODICE TEODOSIANO *

SUMMARIUM: Quibusdam rebus de interpretationibus generaliter praemissis, de earum locis in quibus 'hic de iure addendum' aut similia verba leguntur disserit auctor. Quaestio quae oritur – usque adhuc nimis simpliciter fortasse soluta – ad Breviarii conceptionem et compositionem relata hic ponitur.

1. – È noto come l'*opinio communis* sulle *interpretationes* contenute nel *Breviarium Alaricianum*, ed in particolare sulla *interpretatio* al Codice Teodosiano, abbia subito, nel corso del XIX sec., e nel nostro, una graduale modifica.

L'idea più naturale, e cioè che le *interpretationes* fossero opera degli stessi compilatori del Breviario, è assai antica; essa risulta implicitamente dalle pagine che all'*interpretatio* al *Codex Theodosianus* dedicò il Gotofredo¹, e fu sostenuta dal Savigny². Era basata su di una espressione del *Commonitorium*³, e sul tenore di Brev. int. C. Th. 5, 1, 7⁴. Nell'affermare questa tesi, e nel darle un principio di documentazione, il Savigny si opponeva ad indirizzi diversi, ed in particolare al Bouchaud⁵ ed allo Zirandini⁶.

Questa convinzione, che cioè autori dell'*interpretatio* siano stati i compilatori

* Pubblicato in "Studia et Documenta Historiae et Iuris", XXVIII, 1962.

¹ *Prol. ad C. Th.*, cap. 6.

² *Storia del diritto romano nel medioevo*, trad. Bollati, Torino 1854, 1, 315.

³ 'Clariori interpretatione composita': SAVIGNY, *Storia*, 1, 315, ove non si cita precisamente l'espressione, bensì il *Commonitorium* in generale.

⁴ = int. C. Th. 5, 1, 7: 'Similis est haec lex superiori, sed quia evidentior est, et istam inseruimus'.

⁵ Questi, in una dissertazione (che il Savigny cita così, a p. 307 n. a: *Mémoires de l'Institut, Sciences morales et polit.*; t. 4, Paris an 11; p. 76-112), aveva sostenuto (p. 106-108) che il commentario venne redatto dai Franchi, e ciò sulla base del fatto che in Brev. int. C. Th. 1, 4 (= int. C. Th. 1, 4, 3) si citerebbe il Papiano (!), che è borgognone.

⁶ L'opera, se non risalga male alla prima citazione, è menzionata dal Savigny a p. 290 n. g, con questo titolo: *Impp. Theod. ... Novellae leges* [Cioè: *Impp. Theodosii Iunioris et Valentiniani III. Novellae leges, ceteris Antejustinianeis, quae in Lipsiensi anni 1745. vel in anterioribus editionibus vulgatae sunt, addendae. Ex Ottoboniano MS. Codice edit, commentario illustrat, ex eodemque Codice alia profert Ant. Zirardinus. Faventiae 1766; cfr. HAUBOLDI, *Inst. iur. Rom. litterariae*, 1, Lipsiae 1809, 268]. Al proposito di cui ci occupiamo, l'opera è citata dal Savigny a p. 316 n. c (ove si richiamano p. 12 not.; p. 19 not.; p. 526): da quanto vi è detto, tuttavia, il pensiero dello Zirardini non risulta in modo chiaro.*

del Breviario, fu seguita in passato dallo Hänel⁷, dal Degenkolb⁸ e dal Mommsen⁹, ma anche oggi non è senza eco: essa è stata, in particolare, ribadita nel 1940 dallo Scherillo¹⁰. Tuttavia, generalmente, la dottrina preferisce oggi seguire la diversa opinione¹¹ che l'*interpretatio* sia stata anch'essa compilata, valendosi, per usare l'espressione comune ai manuali, di precedenti glosse ai testi¹².

Gli argomenti principali sui quali questa tesi si basa, a parte alcune considerazioni di carattere filologico, sono due, e furono messi in luce dal Fitting, poi sviluppati, specie il secondo, dal Wieacker.

Anzitutto, ci sono pervenute alcune *interpretationes* al difuori del Breviario¹³: ciò vale ad escludere che l'*interpretatio* debba ritenersi fenomeno esclusivamente della compilazione alariciana.

In secondo luogo, si riscontrano, tra *interpretatio* e *interpretatio* (anche fra quelle alle costituzioni dello stesso titolo), tali differenze, che non si potrebbero spiegare senza ammettere che i compilatori abbiano attinto a fonti distinte¹⁴. Si tratta invero di differenze profonde, che risalgono ad un difforme criterio interpretativo.

Tutto ciò ha portato a concludere non solo che il materiale di cui le *interpretationes* constano sia previsigotico, ma altresì che gli autori del Breviario si siano valsi, per la loro compilazione, di commentari diversi anche per epoca e provenien-

⁷ Nella *Praefatio* all'edizione della *Lex Romana Wisigothorum* (Lipsia, 1849), p. X.

⁸ In *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 14 (1872), 505 ss.

⁹ *Prolegomena* all'edizione del Codice Teodosiano (ristampa fotostatica, Berlino 1954), XXXV.

¹⁰ *Un manoscritto del C. Th. – Cod. Ambros. C. 29 inf.*, in *SDHI*, 6 (1940), 408 ss.

¹¹ Enunciata la prima volta dal BLUHME, nella *Praefatio* alla *Lex Romana Burgundionum* (*MGH, Leges*, 3, Hannoverae 1863, 580), e dal DERNBURG, *Die Institutionen des Gaius*, Halle 1869, 120 n. 1.

¹² Così, ad esempio, ARANGIO-RUIZ, *Storia del d. r.*⁷, Napoli 1960, 375; DE FRANCISCI, *Sintesi storica del d. r.*², Roma 1962, 504; GROSSO, *Lezioni di storia del d. r.*⁴, Torino 1960, 482; GUARINO, *Guida allo studio delle fonti giuridiche romane*, 1, Napoli 1958, 137. Nello stesso *Manuale di storia del d. r.* di SCHERILLO-DELL'ORO (Milano-Varese 1950, 444) gli Autori si esprimono in forma dubitativa.

¹³ FITTING, *Über einige Rechtsquellen der vorjustinianischen spätern Kaiserzeit. II: Die sog. westgotische interpretatio*, in *ZfR*, 11 (1873), 247; CHECCHINI, *Studi storico-critici sulla 'interpretatio' al C. Th.*, in *Scritti*, 1, 144 (= *Scritti Monticolo*, Venezia 1913); WIEACKER, *Lateinische Kommentare zum C. Th.*, in *Symbolae Friburgenses Lenel*, Leipzig s. d. (1931), 260 s. Le costituzioni C. Th. 4, 10, 2 e 3; C. Th. 4, 11, 1 e 2; C. Th. 4, 12, 1-3-5-6-7, che non sono state raccolte nel Brev., si leggono in Cod. Vat. Reg. 520, ove, tranne la 4, 11, 1, sono munite di int. Ivi si legge inoltre l'int. a C. Th. 4, 12, 2, costituzione che invece non ci è pervenuta. Sono pure munite di int. alcune costituzioni aggiunte al Brev. dopo la sua compilazione, in alcuni manoscritti (C. Th. 1, 2, 9; 2, 7, 1 e 2; 3, 12, 1). Su queste aggiunte si veda MOMMSEN, *Prolegomena* (all'edizione del C. Th.), LXXXII. Il valore probante di queste int., in ordine alla tesi in discussione, è stato contestato (specie con riferimento a Cod. Vat. Reg. 520) da due convinti assertori della paternità visigotica delle int.: MOMMSEN, *Prolegomena*, LXXXVI s. e *ZSS*, 26 (1905), 330 s.; WIEACKER, *Symbolae*, 260 n. 3; v. anche DE DOMINICIS, *Il metodo e l'indirizzo storico-romanistico nell'opera di G. Ferrari delle Spade*, in *RSDI*, 23 (1950), 110 ss.

¹⁴ FITTING, in *ZfR*, 11 (1873), 230; CHECCHINI, *Scritti*, 1, 144; WIEACKER, *Symbolae*, 291 ss.; GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise au IV^e et V^e siècle*, Paris 1957, 96.

za¹⁵, i quali, secondo altri indizi – ma è questo un particolare assai incerto –, risulterebbero condotti su esemplari del Codice Teodosiano più completi (anche nel testo delle singole leggi) di quelli usati dai compilatori alariciani¹⁶.

Premesso quanto si è detto sulla diversa provenienza degli archetipi delle *interpretationes*, è chiaro come non si possa stabilire una datazione unitaria delle *interpretationes* al *Codex Theodosianus*: si può solo dire, in generale, che si tratta di commentari del V sec., redatti nella Gallia o in Italia¹⁷. Quanto all'*interpretatio* alle sentenze di Paolo, ed a quella che si suole chiamare *Epitome Gai*, la struttura unitaria di ciascuna di esse appare certa, ma la loro datazione è altrettanto malsicura, per cui conviene estendere ad esse la conclusione generica adottata per le *interpretationes* al Codice Teodosiano¹⁸.

Dall'esposizione che precede mi pare sia emerso chiaramente come la tesi, che attribuisce ai compilatori alariciani la paternità dell'*interpretatio*, debba considerarsi ormai superata: a parte gli argomenti di carattere positivo che sorreggono la diversa conclusione, sono venute del tutto meno le prove, sulle quali essa era basata. Accertata, infatti, come si è visto, l'esistenza di *interpretationes* pervenuteci al difuori del Breviario, resterebbe il tenore del *Commonitorium*; ma questo, a ben vedere, non prova altro che la presenza dell'*interpretatio* nel Breviario, cioè che essa non fu aggiunta in seguito. Quanto al problema della sua origine, le parole '*clariori interpretatione composita*' possono essere agevolmente intese proprio nel senso opposto a quello voluto dal Savigny¹⁹.

Dire che le *interpretationes* furono attinte, dai compilatori, a scritti precedenti, non significa però escludere che abbiano concorso a dare alla *interpretatio* l'attuale struttura. In particolare è assolutamente fuori di dubbio che ad essi siano da attribuirsi alcune aggiunte, scritte magari in prima persona. Oltre a Brev. int. C. Th. 5, 1, 7²⁰ che già abbiamo, in parte, letto²¹, si vedano:

Brev. int. C. Th. 1, 4, 1 (= int. C. Th. 1, 4, 3): ... Sed ex his omnibus iuris consultoribus, ex Gregoriano, Hermogeniano, Gaio, Papiniano, et Paulo, quae necessaria causis praesentium temporum videbantur, elegimus.

Brev. int. C. Th. 4, 6, 2 (= int. C. Th. 4, 6, 8): Haec lex interpretationem non eget,

¹⁵ WIEACKER, *Symbolae*, 264 ss. (in part. 267 n. 3), 292.

¹⁶ CHECCHINI, *Scritti*, 1, 150 ss.; cfr. la tavola proposta dal WIEACKER, *Symbolae*, 291.

¹⁷ WIEACKER, *Symbolae*, 267 n. 3.

¹⁸ Questa posizione di incertezza è adottata (in modo esemplare, direi) dall'ARCHI (*L'Epitome Gai*, Milano 1937, 72 ss.) nei confronti del *Liber Gai*. Quanto all'*interpretatio* alle Sentenze di Paolo, manca letteratura recente specifica. L'ultima opera in proposito è il classico volume del CONRAT, *Der westgotische Paulus*, Amsterdam, 1907, di cui la seconda parte (i 6/7 circa del volume) è tutta dedicata alla *interpretatio* (p. 37 ss.); l'Autore la ritiene però (come è noto) opera dei Visigoti.

¹⁹ Ciò è stato molto bene messo in luce dal DE DOMINICIS, in *RSDI*, 23 (1950), 113 s.

²⁰ = int. C. Th. 5, 1, 7. D'ora in poi, citando i luoghi del Breviario, indicherò la corrispondenza con il Codice Teodosiano solo ove la numerazione sia difforme.

²¹ *Supra*, n. 4.

quia ad hoc solum intromissa est, quia posterior omnibus est et priorem, quae a posteriore damnata fuerat, confirmavit.

Il fenomeno si spiega agevolmente: di tutte le fonti utilizzate per la *Lex Romana Visigothorum*, l'*interpretatio* era l'unica che non avesse, prima della compilazione, carattere ufficiale, e quindi i compilatori potessero adattare e manipolare a piacere. Essa aveva inoltre forma di vero e proprio commentario, e quindi ben si prestava a codeste enunciazioni programmatiche, che in pratica servivano a fornire istruzioni al futuro interprete.

Tutto ciò induce a pensare che, nella utilizzazione dell'*interpretatio*, i compilatori si siano comportati con libertà maggiore che non rispetto ad altri testi: tagli, adattamenti modifiche – se pure, per ovvie ragioni, di solito molto difficili da individuare – si lasciano presumere con facilità.

2. – Fermiamo ora l'attenzione su alcune *interpretationes* al codice Teodosiano, ben note alla dottrina, nelle quali si leggono rinvii al *ius*. Esamineremo analiticamente i singoli passi più innanzi: per ora basti ricordare che la forma tipica di tali rinvii è '*hic de iure addendum*' o '*querendum*', a cui, nella maggior parte dei casi, segue l'indicazione dell'argomento: '*de revocandis donationibus*', '*quid sit lex Papia*' e simili.

Va notato che queste citazioni compaiono normalmente alla fine dell'*interpretatio* che le comprende.

Le opinioni della dottrina a questo proposito sono le più varie: potremmo forse dire che le ipotesi possibili sono state tutte formulate, e sostenute.

Riferisce il Savigny²² che alcuni autori, basandosi soprattutto sul richiamo ai *responsa* di Paolo contenuto in int. C. Th. 3, 13, 2, nonché sulla citazione di un'ignota novella in int. C. Greg. 2, 2, 1²³, hanno congetturato che il testo del Breviario non ci sia pervenuto integro. Ma il Savigny, con argomenti basati soprattutto sull'ampia e sicura tradizione manoscritta del Breviario, respinge facilmente quest'ipotesi.

Un'altra opinione, a cui Savigny si oppone²⁴, consiste nel riferire le citazioni in parola ad opere non compilate, ma che potevano essere usate in pratica come sup-

²² *Storia*, 1, 312 s. Gli Autori citati sono ZIRARDINI e HUGO (p. 312 n. a).

²³ '*Quod similiter iuxta novellam et de dote servabitur*'; su di essa v. anche HÄNEL, *L. Rom. Wis.*, IX s.; FITTING, in *ZfR*, 11 (1873), 240 n. 37. Quest'ultimo attribuisce al passo poca importanza, poiché pensa che esso possa essere spiegato nel senso che i compilatori abbiano ritenuto sufficiente aggiungere qui il contenuto della novella, senza riportarla altrove per intero. Egli adduce, come casi simili, quello di int. C. Th. 1, 4, 3, ove si cita C. Th. 1, 1, 5, che pure non compare nel Breviario, nonché int. C. Th. 4, 4, 1, in cui si menziona una *superior lex*, che non ci è per nulla nota.

²⁴ *Storia*, 1, 314. Vi cita il BIENER, *Commentarii de origine et progressu legum iuriumque Germanicorum*, 1, Lipsiae 1787, 284. Questo A. si basa esclusivamente su int. C. Th. 3, 13, 2: cfr. *o. c.*, p. 285 n. 3.

plementi del breviario: la confutazione del Savigny si fonda sul tenore del *Commonitorium*, ove l'uso di altre fonti è severamente vietato²⁵.

La spiegazione proposta dal Savigny parte dalla considerazione che il lavoro di compilazione del Breviario deve essere stato ripartito tra varie persone: sarebbe pertanto avvenuto che, in difetto di opportune misure per dare coordinamento a tutta l'opera, alcuni rinvii fatti da un collaboratore non abbiano trovato riscontro negli *excerpta* operati da un altro²⁶.

Va notato ancora che il Savigny, se pure non in relazione alle citazioni di cui discorriamo, bensì per spiegare lo stato della *pars Papiniana* del Breviario, ammette che il lavoro di compilazione possa essere stato interrotto o finito precipitosamente²⁷.

Un'opinione più radicale, in ordine ai rinvii al *ius*, che studiamo, è stata prospettata dal Degenkolb²⁸; egli li considerò tutti come glossemi posteriori.

Più elaborata è la disamina del problema compiuta dal Fitting²⁹. Anch'egli considera questi rinvii come opera dei compilatori del Breviario, obbiettando³⁰ al Degenkolb che la supposizione che si tratti di glossemi posteriori non riesce persuasiva, poiché in tal modo la presenza di molti di essi risulterebbe inspiegabile. Quanto all'argomento del Degenkolb che i rinvii non si trovano in tutti i manoscritti, egli nota che è ben comprensibile che spesso i copisti, e sempre gli epitomatori³¹, possano essere venuti nella determinazione di tralasciarli come superflui e privi di significato³². Ma il Fitting non è persuaso neppure dalla spiegazione del Savigny, là dove questi pensava che i rinvii si riferissero ad altre parti del Breviario. Il significato letterale delle formule di rinvio (che normalmente cominciano con *hic*) esprime l'intenzione di aggiungere i supplementi tratti dal *ius* nelle stesse interpretazioni relative. A riprova di ciò egli adduce int. C. Th. 5, 1, 1, nella cui chiusa è scritto semplicemente '*hic de iure addendum est*', e inoltre, soprattutto, int. C. Th. 9, 39, 3, dove l'aggiunta tratta dal *ius* sarebbe stata effettivamente fatta mentre il rinvio non fu cancellato solo per la fretta con cui il Breviario fu condotto a termine³³: fretta che,

²⁵ V. *infra*, p. 97 ss., ove riporto parte del *Commonitorium*, e riprendo in discussione il problema sollevato dal pensiero del Biener.

²⁶ Quest'ipotesi trova appoggio, a detta dell'Autore, nella circostanza che i richiami sono tra fonti di specie diversa, e quindi, con ogni probabilità, affidate a diversi membri della commissione.

L'affermazione, però, non è del tutto esatta. Alla n. 23, sulla scorta del Fitting, abbiamo citato due richiami insoddisfatti tra *lex* e *lex*.

²⁷ Cfr. MOMMSEN, *Prolegomena*, XXXV. Si veda più innanzi, a questo proposito, la precisazione del Fitting.

²⁸ O. c. sopra, alla n. 8, p. 514 ss.

²⁹ In *ZfR*, 11 (1873), 239 n. 36.

³⁰ *ZfR*, 11 (1873), 239 n. 36.

³¹ Ad eccezione dell'*Ep. Aegidii*, in corrispondenza a int. C. Th. 5, 1, 1.

³² Questa critica del Fitting al Degenkolb è accettata dal KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur*², 355 n. 35.

³³ *ZfR*, 11 (1873), 238 s.

a suo giudizio, si potrebbe attribuire alla guerra con i Franchi³⁴. Questa spiegazione – che cioè al Breviario sia mancata l'ultima mano – dà ragione, per il Fitting, anche del fatto che gli altri rinvii non siano stati fatti.

Il Krüger³⁵ preferisce invece seguire la posizione del Dernburg³⁶, secondo il quale le citazioni si sarebbero già trovate nel più antico commentario al Codice Teodosiano, che i compilatori usavano come fonte.

Dal canto suo, il Checchini³⁷ offre, di questi passi, una spiegazione un poco diversa. Rifacendosi al Krüger, che aveva notato il carattere scolastico dei rinvii al *ius*³⁸, egli esclude che questi possano essere attribuiti ai compilatori del Breviario, e li riporta ai commentari precedenti; ma non crede di potere ravvisare nel richiamo al *ius* un preciso rinvio alla giurisprudenza (*ius* in antitesi a *leges*): qui, egli pensa, si deve attribuire al termine «un significato più generale, quello di scienza del diritto (quello stesso che assume nella parola *iurisperitus*), la quale nello stesso tempo trae alimento dalle *leges* e dal *ius*, adoperando questa volta le due espressioni nell'accennata significazione antitetica».

Il Wieacker³⁹ non tratta ex professo dei rinvii al *ius*, ma se ne occupa nel più ampio discorso che egli fa a proposito delle *interpretationes* della 'Definitionenklasse', cioè di quelle che contengono appunto definizioni, le quali, secondo il Fitting⁴⁰, sarebbero state desunte dalla letteratura giuridica. Queste definizioni, secondo il Wieacker, non sono opera dei redattori del Breviario, come è provato dalla struttura di int. C. Th. 9, 39, 3⁴¹, tuttavia costoro le avrebbero per la prima volta introdotte nelle *interpretationes*. Poiché tutte queste definizioni sono raggruppate attorno ad istituti importanti per la prassi del V sec., egli pensa che siano state tratte da un manuale postclassico composto per uso della prassi processuale, e ordinato secondo le rubriche edittali. L'espressione '*hic de iure addendum*' avrebbe indicato l'intenzione di attingere a quest'opera.

³⁴ Ivi, 239 e n. 36. Invero il *Breviarium* fu promulgato nel 506, quando la minaccia franca si faceva oltremodo grave: la spettacolare conversione di Clodoveo dal paganesimo al cattolicesimo gli aveva definitivamente cattivato il sostegno dell'episcopato gallo-romano (che, come testimonia Sidonio Apollinare [*Epist.* VII, 6, 6-9], aveva assai sofferto per l'occupazione visigota), e la discesa del re franco era preparata e favorita da sollevazioni locali. Nonostante una certa collaborazione con i Visigoti da parte di elementi della popolazione gallo-romana (che preferiva un principe ariano, ma favorevole alla cultura ed al diritto dei Romani, a Clodoveo, cattolico ma barbaro), la guerra trovò il suo evento risolutivo nel 507, quando, nella battaglia di Vouillé (presso Poitiers), Alarico trovò la morte, ed il suo esercito fu disperso.

³⁵ *Geschichte*¹, Leipzig 1888, 313 s.; *Histoire des sources* (trad. Brissaud), Paris 1894, 418 s.; *Geschichte*², München und Leipzig 1912, 354 s.

³⁶ *Die Institutionen des Gaius*, 120 n. 1.

³⁷ *Scritti*, 1, 145 ss.

³⁸ Cfr. *supra*, n. 35.

³⁹ *Symbolae*, 306 s.

⁴⁰ *ZfR*, 11 (1873), 240 s.

⁴¹ Sulla quale v. *infra*, p. 91 ss.

3. – Il motivo che lega le varie tesi ora riferite, è costituito dalla connessione (più o meno palese) che esse hanno con le idee professate di ciascun autore, circa la compilazione del breviario: voglio dire, circa gli intenti dei compilatori e il modo in cui essi li attuarono. Nessuno, tuttavia, si è posto ex professo il problema di stabilire, almeno approssimativamente, quale fosse il disegno iniziale dell'opera, a quanto da questo diverga il lavoro compiuto.

Un problema in questo senso si pone inevitabilmente ove si voglia aderire all'ipotesi – proposta, come si è visto, da romanisti dell'altezza del Savigny, del Fitting e del Mommsen, e difficilmente contestabile – che il Breviario sia stato condotto a termine precipitosamente.

Il Mommsen, pur senza poi svolgere lo spunto, mostrò di sentire questo interrogativo, nelle seguenti righe dei *Prolegomena* (XXXV): «Immo corpus non vere absolutum esse, sed ex manibus conditorum imperfectum adhuc exemptum et publicatum non solum declarant capita extrema, quae ab homine non imbecillo ita in vulgus edi non potuerunt, sed etiam observationes aliquot temporariae [sc. i nostri rinvii al *ius*] in uno codice antiquissimo P⁴² aliquotiens distinctae caractere diverso, in multis autem omissae, quas auctor tollere voluit nec potuit».

Sarà pertanto opportuno, prima di affrontare il problema dei rinvii al *ius*, soffermarci sull'altro problema – preliminare – della concezione e della compilazione della *Lex Romana Wisigothorum*.

A quanto ci risulta dallo stato delle fonti a noi pervenute, il *Breviarium Alaricianum* è la prima compilazione del genere 'raccolta di *leges* con aggiunta di *iura*'⁴³: l'impiego di entrambe le categorie di fonti che si ritrova in altre opere postclassiche è *ictu oculi* del tutto diversa, se non altro perché esse sono indiscriminatamente mescolate, senza un preciso disegno compilatorio di collegamento fra l'una e l'altra (mi riferisco, è chiaro, in particolare a *Edictum Theodorici*, *Collatio*, *Consultatio*, e soprattutto ai *Fragmenta Vaticana*).

Il disegno generale del Breviario è invece, con evidenza, quello di una compilazione di *leges* integrata con *iura*, fra i quali ultimi, come vedremo meglio in seguito, sono comprese anche le costituzioni dei Codici Gregoriano ed Ermogeniano. Ma se, come si è detto, questo è il primo caso a noi noto di una raccolta del genere realmente attuata, sappiamo tuttavia che l'idea non fu una novità⁴⁴. Essa, secondo un'opinione ormai consolidata in dottrina, era stata formulata già nel 429 da Teodosio e Valentiniano⁴⁵, ma non la si era potuta realizzare. Ed è interesse nota-

⁴² Cfr. MOMMSEN, *Prologomena*, LXXV.

⁴³ Uso questa terminologia, consapevole del suo valore approssimativo: cfr. GAUDEMET, 'Jus' et 'leges', in *Iura*, 1 (1950), 223 ss.; *La formation*, 7; giustamente però difende la legittimità dell'uso della terminologia il LOMBARDI, in *SDHI*, 23 (1957), 438.

⁴⁴ WIEACKER, *Symbolae*, 306.

⁴⁵ C. Th. 1, 1, 5. V., a questo proposito, GAUDEMET, *La formation*, 45, con letteratura.

re – sebbene questa comparazione non debba essere spinta troppo oltre – come il Breviario mostri più di un carattere comune con il progetto imperiale⁴⁶.

Quanto ai mutamenti subiti – nel corso della compilazione – dal disegno iniziale dei compilatori visigoti, dobbiamo anzitutto dire che questi non possono ammettersi per taluni caratteri generali connessi con la funzione cui il *Breviarium* era destinato. Esso doveva essere – e di fatto fu – la sola legge vigente nel territorio visigoto, al momento della sua promulgazione⁴⁷.

Pertanto, è chiaro che il Breviario doveva essere una compilazione di tutto il diritto vigente, destinata alla pratica, nonché una compilazione del solo diritto vigente. Questi caratteri – che dovevano certo essere nel progetto – rimasero fermi nell'opera compiuta, come si evince in generale dal *Commonitorium*, da int. C. Th. 1, 4, 3, nonché da alcune *interpretationes*, ove i compilatori – in certo modo – giustificano l'inserzione di alcune leggi (int. C. Th. 5, 1, 7; 4, 6, 8), ovvero danno ragione di una soppressione (int. C. Th. 16, 7, 3)⁴⁸.

Ma il problema che più ci preme indagare, è quello di stabilire quale sia stato il piano iniziale della compilazione, quale il modo della sua attuazione, e quali le sue modifiche nel corso dell'esecuzione. Desideriamo, in sostanza, sapere quali opere i compilatori si siano proposti di utilizzare; come pensassero di disporre il materiale; in che ordine abbiano svolto il lavoro.

Dall'esame del Breviario, si possono – mi sembra con certezza – stabilire i punti seguenti:

⁴⁶ Il contenuto di C. Th. 1, 1, 5 è, più o meno, il seguente: a similitudine dei Codici Gregoriano (I°) ed Ermogeniano (II°), si ordina la compilazione di un terzo codice, che contenga tutte le costituzioni con carattere generale emanate da Costantino e dai suoi successori, divise in titoli, e, nell'ambito di ciascun titolo, divise in ordine cronologico. Naturalmente questa compilazione (come già, del resto, il Greg. e l'Herm.) non conterrà solo diritto vigente, ma gli esperti, in base alla distribuzione cronologica del materiale, sapranno sceverare ciò che è ancora in vigore da ciò che è superato. Gli stessi compilatori di quest'opera – poi – dovranno attendere alla compilazione di un quarto codice:

Ex his autem tribus codicibus, et per singulos titulos cohaerentibus prudentium tractatibus et responsis, eorundem opera qui tertium ordinabunt, noster erit alius, qui nullum errorem, nullas patietur ambages, qui nostro nomine nuncupatus sequenda omnibus vitandaque monstrabit.

Da questa descrizione si evincono i seguenti caratteri della quarta compilazione: *a*) si tratta di una compilazione di tutto il diritto vigente, destinata alla pratica (*sequenda vitandaque monstrabit*); *b*) è una compilazione del solo diritto vigente (*nullum errorem, nullas patietur ambages*, cioè toglierà di mezzo il problema di sceverare il vigente dal superato, problema di cui la cost. aveva appena parlato a proposito del terzo codice); *c*) conterrà anche *excerpta* dalle opere dei giuristi (*tractatus et responsa*) distribuite nei vari titoli (*per singulos titulos cohaerentes*). I caratteri sub *a* e *b*, nonché, in parte – come si vedrà – quelli sub *c* sono comuni al Breviario.

⁴⁷ Questa frase è ricalcata sul tenore del *Commonitorium*: vedine il testo *infra*, p. 97. Non posso tuttavia qui affrontare i problemi relativi al carattere personale o territoriale del Breviario, né quello dell'effetto abrogatorio del *Commonitorium* rispetto al *Codex Euricianus*. Su tutto ciò v. D'ORS, *La territorialidad del derecho de los Visigodos*, in *Estudios Visigóticos*, I, Roma-Madrid 1956, 91 ss.

⁴⁸ Va soltanto notato che, in pratica, l'omissione delle leggi abrogate deve essere talora risultata problematica, e quindi essere stata alquanto ridotta. Infatti non sempre la norma abrogante era perfettamente aderente alla norma abrogata, cosicché la nuova norma – ovvero la parte vigente della vecchia – poteva risultare solo da un confronto tra i due provvedimenti, tenuti presenti entrambi.

a) Allo scopo di rendere più spedita la compilazione e più agevole, poi, la consultazione, si volle mantenere la struttura originaria – salvi i tagli – alle opere di più frequente consultazione: per questo si evitò di disporre nei titoli del Codice Teodosiano – per materia – il contenuto delle *Sententiae* di Paolo (con la conseguenza di alterarne l'ordine, ormai familiare ai pratici). Per analoghe ragioni si mantennero separate le collezioni di novelle, nonché gli *excerpta* dai Codici Gregoriano ed Ermogeniano⁴⁹.

b) Sempre in funzione dell'esigenza di chiarezza, si tennero separati gli *iura* dalle *leges*, ponendo prima queste, poi quelli; il ricorso agli *iura*, infatti, aveva carattere sussidiario, avendo le *leges*, nei loro confronti, valore abrogante.

c) Fra gli *iura*, si volle mantenere integra anche una sintesi generale del sistema privatistico (il *Liber Gai*), utile non solo alla scuola (a cui li Breviario non era destinato), ma anche alla pratica; da essa potevano infatti risultare con più immediata evidenza la struttura degli istituti, le relazioni fra di essi, ed i principi generali.

d) Un ulteriore ricorso agli *iura* poteva essere dettato da due diverse ragioni. Da un lato quella di chiarire o integrare le *leges*, ove queste impiegassero concetti che andavano desunti dal *ius*, o regolassero aspetti di istituti, che trovavano negli *iura* la loro normativa generale; dall'altro l'opportunità di trarre dagli *iura* quelle ulteriori norme, che non si trovavano né nelle *leges*, né negli *excerpta* dell'*Epitome Gai*, delle Sentenze di Paolo, e dei Codici Gregoriano ed Ermogeniano.

e) A tutto il *corpus* – nelle parti ove la tradizione le aveva tramandate (che coincidevano, evidentemente, con quelle ove esse erano più utili) – sarebbero state aggiunte le *interpretationes*.

A questo punto è facile notare che le parti, che certo i compilatori consideravano come le più importanti, erano anche le più facili da compilare. Codice Teodosiano, Novelle postteodosiane, Sentenze di Paolo, e forse anche (sebbene in minor misura, come dimostra il più magro compendio) Codice Gregoriano e Codice Ermogeniano, erano opere ben note alla pratica, e nelle quali i compilatori sapevano senza difficoltà mettere le mani per eseguire gli eventuali tagli (questo per Codice Teodosiano, Novelle postteodosiane e *Sententiae*) o la loro scelta (per i Codici Gregoriano ed Ermogeniano). Anche per l'*Epitome Gai* il lavoro dovette essere semplice, poiché l'opera fu – probabilmente – riportata per intero.

Si deve pertanto pensare che i compilatori abbiano posto mano dapprima a queste parti, riservandosi per un secondo tempo il lavoro più ingrato: eseguire, cioè, lo spoglio degli *iura*, per soddisfare i rinvii dalle *leges*, nonché aggiungere, come si diceva, i passi ulteriori, che apparissero '*necessaria causis praesentium temporum*'.

È a questo punto che mancò il tempo: i rinvii al *ius* rimasero insoddisfatti, e dei passi che dovevano essere raccolti in appendice (probabilmente divisi per autore) rimase solo lo sparuto responso di Papiniano⁵⁰.

⁴⁹ La distribuzione del contenuto dei Codici preteodosiani, nonché del materiale giurisprudenziale, nei titoli del Codice Teodosiano, era invece tra le direttive del 4° codice, progettato nel 429.

⁵⁰ Preferisco spiegare in questo modo la presenza del responso, piuttosto che supporre (come fe-

4. – Vediamo ora come questa spiegazione dei rinvii al *ius*, proposta in rapporto con un'indagine su quello che dovette essere stato il lavoro dei compilatori, possa essere confermata, corretta e integrata dall'esame dei singoli rinvii⁵¹.

a) Brev. int. C. Th. 2, 4, 1: ... *Hoc de iure adiectum est*⁵².

La frase è sorprendente e tutto sommato, incomprensibile: essa infatti non indica un rinvio, ma la presenza di un'aggiunta già operata; d'altra parte, questo significato non può essere accolto, poiché l'*interpretatio* non fa che parafrasare il testo. Il Fitting⁵³ ha suggerito l'idea che l'aggiunta – opera dei compilatori del Breviario – stia ad indicare che la costituzione è tolta, e qui *adiecta*, dal *Codex Hermogenianus* (sc. da una sua tarda edizione), che per i Visigoti, come si sa, era fonte classificata fra gli *iura*. Questa ipotesi è però assai labile: a parte che si tratta di una *lex generalis*⁵⁴ e quindi difficilmente compresa nel Codice Ermogeniano, non si capisce perché i compilatori, se l'avessero tratta da questo codice, avrebbero dovuto inserire la costituzione nel Teodosiano, invece di lasciarla insieme agli altri *excerpta* dall'Ermogeniano. È dunque preferibile credere che la lezione sia errata⁵⁵, e che si trattasse anche qui di un rinvio al *ius*. Ammesso ciò, resta da stabilire quale fosse l'aggiunta desiderata: è forse impossibile stabilirlo. Potremmo solo pensare che, essendo la costituzione la prima del titolo '*de denuntiatione vel editione rescripti*' i compilatori volessero intendere che era opportuno integrare con materiale tratto altrove il contenuto di tutto il titolo. Questa supposizione mi sembra plausibile e, come vedremo, trova riscontro in altri luoghi⁵⁶.

b) Brev. int. C. Th. 2, 4, 6: ... *Hic de iure addendum est*⁵⁷.

ce il KRÜGER, *Geschichte*², 351) che il passo sia stato escerpito al solo scopo di non lasciare Papiniano assente dalla compilazione: lo sparuto responso, infatti, mentre è insufficiente ad affermare una «presenza» adeguata a Papiniano, è invece sostanzialmente utilissimo, affermandosi in esso un principio contrario a quello che compare in Paul. 2, 22, 2 e – dato il meccanismo della legge delle citazioni, riportata in Brev. C. Th. 1, 4, 1 e int. – su di esso prevalente.

⁵¹ Nell'apparato critico a questa parte, mi avvalgo dei dati che si leggono nell'edizione del C. Th. del Mommsen. I manoscritti (mss.; codd.) sono indicati con le sigle di tale edizione. Per la loro descrizione rinvio ai *Prolegomena* (citati Mo., e numero romano della pagina).

⁵² Lo Hänel legge '*hic*'; nei mss. P (sec. VI?: Mo. LXXV) e ç (sec. VII?: Mo. ivi) la prima parola è del tutto omessa. Fra i 9 mss. che contengono l'int. (N, A, B, G, O, P, M, L, S), la frase che ci interessa compare solo in 4 (A, P, M, S).

⁵³ In *WfR*, 11 (1873), 237.

⁵⁴ Questo appare inequivocabile dal contenuto della disposizione, benché il destinatario lasci qualche dubbio. La costituzione è infatti indirizzata ad un *Symmachus*, senza titolo, ma con ogni probabilità da identificarsi con *Symmachus vicarius*, cui è indirizzata la cost. C. Th. 2, 15, 1.

⁵⁵ Cfr. Mo. XXXV n. 1; CHECCHINI, *Scritti*, 1, 149 n. 19.

⁵⁶ V. ad es. *infra*, sub *c*), *l*), *m*), *n*).

⁵⁷ La frase è omessa nei mss. N, B, G, O, L; compare in P e M; nel ms. S (sec. IX; Mo. LXXVI) si legge *additum* invece di *addendum*, il che porta l'espressione ad essere simile a quella letta sub *a*). Lo Hänel legge anche qui '*Hoc de iure adiectum est*'. In questo caso, nota il FITTING (*ZfR*, 11 [1873], 237), non potendosi attribuire la costituzione (a cagione della sua data assai tarda) al *Codex Hermogenianus*,

Qui il rinvio a *ius* è facilmente comprensibile, se si accetta la spiegazione proposta per il passo precedente. Se da C. Th. 2, 4, 1 si richiama il *ius* per attingervi nozioni generali in ordine alla procedura della *denuntiatio*, il rinvio contenuto in int. C. Th. 2, 4, 6 pare diretto a completare le nozioni sulla più spedita procedura ivi ammessa per certe questioni. A meno che, più semplicemente – e come accade altrove⁵⁸ – si chieda al *ius* solo una nozione degli istituti nella costituzione e nell'*interpretatio* richiamati: ma questa seconda ipotesi appare meno plausibile, trattandosi di figure giuridiche note e chiare.

c) Brev. int. C. Th. 5, 1, 1: ... *Hic de iure addendum*⁵⁹.

Siamo ancora di fronte ad un rinvio posto all'inizio di un titolo; e questa volta, trattandosi del titolo '*de legitimis hereditatibus*', la cosa appare assai naturale. Il rinvio così inteso, appare soddisfatto dal Breviario stesso Gai Ep. 2, 8; Brev. Paul. 4, 8. Tuttavia si può pensare che i compilatori non ritenessero sufficienti tali trattazioni, ovvero si riservassero di decidere in seguito sulla loro completezza. Preferisco, in ogni modo, dare questa interpretazione al richiamo, piuttosto che pensarlo diretto a trarre dal *ius* le nozioni di singoli concetti (che pure ricorrono numerosi nelle costituzioni e nell'*interpretatio*), poiché i rinvii relativi a definizioni sono, in genere, espressi con precisione; un primo esempio è appunto il seguente.

d) Brev. int. C. Th. 2, 21, 2: ... *Hic de iure addendum quid sit lex Papia*⁶⁰.

In nessuna parte degli *iura* raccolti nella *Lex Romana Wisigothorum* si parla della *Lex Papia*. Si noti che l'*interpretatio* in cui è contenuto il rinvio, non aderisce al testo della costituzione interpretata.

e) Brev. int. C. Th. 5, 1, 3: ... *Hic de iure addendum quid sit fiducia*.

Sono assai in dubbio sull'esattezza di questa lezione. La frase (omessa in H, N, O, E), appare in questi termini nei seguenti codici: B⁶¹, C⁶², P, M, S. In G ed L⁶³ si legge invece *fiduciata*, che dà al rinvio carattere un poco diverso.

Si leggano le prime parole della costituzione, e dell'*interpretatio*:

C. Th. 5, 1, 3: Quotiens de emancipatae filiae successione tractatur, seu eam fiduciae nomen obstrinxit seu etiam nulla comitantur suffragia liberorum, filiis ex ea genitis,

⁵⁸ L'annotazione – che del resto manca nella maggior parte dei mss. – dovrà essere senz'altro cancellata'. A me pare che invece vada accolta la lezione *addendum*, che compare nei mss. più antichi.

⁵⁸ Cfr. sub d), e).

⁵⁹ La frase è omessa dai codd. H, N, B, E, C; presente nei codd. G (sec. X; Mo. LXXII), P, M, L (sec. VIII ex.-IX inc.; Mo. LXXVII), S. Su di essa v. il cenno del FITTING, in *ZfR*, 11 (1873), 237. Lo Hänel aggiunge '*est*'.

⁶⁰ Il richiamo è presente nei codd. E (sec. IX fin.; Mo. LXVII), P, M, L, S; omesso in N, B, G.

⁶¹ Sec. X; Mo. LXXII.

⁶² Con la variante '*fiduciae*', evidentemente errata; sul cod. Mo. LXXIII s.

⁶³ Dei sec. VIII-IX e X; cfr. n. 59.

etiamsi talis occasus avo vivente contingat, intacta pro solido successio deferatur ...

int.: Filia, quam fiduciatam nominavit, hoc est emancipata, si intestata moriatur et relinquat superstitem patrem, matrem, filios, excluso patre et matre, etiamsi ius liberorum defuncta non habeat, filii soli in eius hereditate succedant⁶⁴.

La lezione '*fiducia*' connette il rinvio con la costituzione (per spiegare l'espressione *eam fiduciae nomen obstrinxit*); la lezione '*fiduciata*' si collega invece con l'*interpretatio* (*quam fiduciatam nominavit*).

Le parole '*eam fiduciae nomen obstrinxit*' della costituzione, vanno spiegate come allusive alla situazione della figlia rispetto al *parens manumissor*, situazione che si ha nel caso che l'emancipazione sia stata compiuta mediante *mancipatio fiduciae causa*; con le espressioni congiuntive *seu* e *seu etiam* (indicanti una progressione, e non un'alternativa) si mettono in evidenza le cause che potrebbero far pensare – ma di fatto non valgono a determinarla – ad una precedenza del padre rispetto ai figli della donna emancipata, nella successione a costei. L'*interpretatio* – che pare avere, in sostanza, ben compreso il testo – non vede però più l'ostacolo derivante dalla posizione del *parens manumissor*, poiché evidentemente, all'epoca in cui fu scritta, la *mancipatio fiduciae causa* non era più in uso⁶⁵, o non aveva, in ogni modo, effetti diversi da quelli che derivavano dalle altre forme di emancipazione⁶⁶: e per questo, togliendo la menzione della *fiducia* dai gradi della progressione, la comprende nell'enunciato iniziale: la frase della costituzione *quotiens de emancipatae filiae ... seu eam fiduciae nomen obstrinxit*, diventa quindi *fiduciatam, hoc est emancipata*; le ipotetiche difficoltà alla successione dei figli sono quindi ridotte, per l'interprete, all'assenza del *ius liberorum*. Il rinvio visigotico (che rappresenta una terza mentalità) mostra che il suo autore non comprendeva più del tutto la menzione della *fiducia*, e si chiedeva come essa potesse essere, in questo luogo, calzante; per ottenere una spiegazione, egli rinvia al *ius*, probabilmente senza un obiettivo definito, ma sulla sola base della convinzione che, di tutto ciò che non si capisce, nel *ius* c'è la spiegazione. E la spiegazione, invero, per questo passo, è presente in Gai Ep. 1, 6, 3-5; ma non si può fare a meno di notare che la domanda dei compilatori è posta in generale (*quid sit fiducia*), e ad essa – compiutamente – non risponde nessuno degli *iura* escerpiti⁶⁷.

f) Brev. int. C. Th. 6, 1, 2 (= C. Th. 6, 5, 2): ... *Hic de iure addendum quae sit poena sacrilegii*⁶⁸.

⁶⁴ Nel Codice Giustiniano, dove la costituzione compare, in forma abbreviata, a C. 6, 57, 4, essa è inserita nel titolo '*ad sc. Orfitianum*': del quale non è – invero – che un'applicazione (cfr. I. 3, 4 pr.; D. 38, 17, 1 pr.).

⁶⁵ Si veda come la descrive Gai Ep. 1, 6, 3, su cui TALAMANCA, in AG, 160 (1961), 153.

⁶⁶ KASER, *Röm. Privatrecht*, II, München 1959, 150 s.

⁶⁷ Brev. Paul. 1, 9, 8 e int.; 2, 4, R; 2, 12, 4 (= Paul. 2, 13, 1); 2, 12, 5 (= 2, 13, 2); 2, 12, 6-8 (= 2, 13, 3-5); 2, 13, 1-2 (= 2, 13, 6, 7); e int. relative; 3, 8, 15 (= 3, 6, 16); 3, 9, 53 (= 3, 6, 69); 5, 1, 1; 5, 28, 4 (= 5, 26, 4).

⁶⁸ Presente nei mss. E, C, P, L, M, S; omessa in H, N, B, G.

Un riferimento è presente, nell'interno della compilazione: Brev. Paul. 5, 21, 1 (=Paul. 5, 19); si noti l'int.: *Ista, quae de templo dicta sunt, de ecclesia loqui intelligenda sunt* ... Tuttavia, forse, il passo citato non era sufficiente a soddisfare il rinvio (cfr. Ulp. D. 48, 13, 7; Paul. D. 48, 13, 11 pr. e 1).

g) Brev. int. C. Th. 5, 3, 1 ... *Hic de iure addendum qui sint agnati vel cognati*⁶⁹.

Questo riferimento trova pieno riscontro nel Breviario: Brev. Paul. 4, 8, 1 (= Paul. 4, 8, 14), completato da una chiara *interpretatio*; cfr. anche Gai Ep. 2, 8, 3.

h) Brev. int. C. Th. 9, 29, 3 (= C. Th. 9, 39, 3): ... *Hic de iure addendum qui calumniatores esse possunt*⁷⁰.

Il cod. H⁷¹ ha 'esse non possunt'. Se si accetta la lezione positiva (senza il *non*), come fanno in genere tutti gli autori, al quesito posto dal rinvio pare invero rispondere la stessa *interpretatio*, che suona così:

Calumniatores sunt, quicumque causas ad se non pertinentes sine mandato alterius proposerint. Calumniatores sunt, quicumque iusto iudicio victi causam iterare temptaverint. Calumniatores sunt, quicumque quod ad illos non pertinet petunt aut in iudicio proponunt. Calumniatores sunt, qui sub nomine fisci facultates impetunt alienas et innocentes quietos esse non permittunt. Calumniatores etiam sunt, qui falsa deferentes contra cuiuscumque innocentis personam principum animos ad iracundiam commovere praesumunt. Qui omnes infames effecti in exilio detrudentur.

Pertanto secondo il Fitting⁷², l'aggiunta tratta dal *ius*, cui l'ultima frase allude, sarebbe già stata fatta nell'*interpretatio*, e quindi tale ultima frase sarebbe rimasta solo perché i compilatori si dimenticarono di cancellarla. Il Checchini⁷³ ha però dimostrato che il testo dell'*interpretatio*, o almeno parte di esso, non proviene dagli *iura*, ma da altre costituzioni imperiali: precisamente, int. C. Th. 9, 39, 3 riassume il contenuto non soltanto dell'ultima, ma di tutte le costituzioni comprese nel titolo *de calumniatoribus* (cfr. l'int. a Brev. C. Th. 9, 29, 1 = C. Th. 9, 39, 1 : *istae leges sub eodem titulo similem interpretationem habent*), che, anzi, nella redazione originaria del Codice Teodosiano sarebbero state più numerose⁷⁴. L'attento esame che il Wieacker⁷⁵ ha dedicato alle *interpretationes* del tit. 9, 39, lo ha condotto a professare, a questo proposito, un'opinione simile a quella del Checchini.

A me sembra fuori di dubbio che – dato il tenore dell'int. alla cost. 1 – l'*interpre-*

⁶⁹ Presente solo nel cod. Eporediensis (E, sec. IX fin.).

⁷⁰ Omessa in O, E, P, M, L, S; presente in H, D, G, C.

⁷¹ Mo. LXX s.: sec. VII?

⁷² In *ZfR*, 11 (1873), 238 s.

⁷³ *Studi*, 1, 148 s.

⁷⁴ Contro il Checchini, v. FERRARI, *Osservazioni cit.*, 6 ss.

⁷⁵ *Symbolae*, 347 s.

tatio alla cost. 3 (l'ultima del titolo) sia da considerare relativa a tutte le leggi del titolo *de calumniatoribus*: il rinvio al *ius* acquista così il carattere generale dei rinvii posti all'inizio dei titoli, in calce alla prima costituzione. Si noti infatti che la citazione di cui discorriamo, benché non generica come quelle di int. C. Th. 2, 4, 1 e 6, o 5, 1, 1, è specificata solo con le parole del titolo stesso, e pertanto caratterizzata dalla stessa genericità. Vorrei però osservare che dicendo '*qui calumniatores esse possunt*', chi scrisse la frase non pare volesse riferirsi alla nozione di *calumniator* che è fornita dall'*interpretatio* in esame, ma ha qualità personali che permettano (o non permettano) di essere considerati tali. Sotto questo profilo, pare quindi piuttosto da accettare la lezione negativa del cod. H (*qui calumniatores esse non possunt*)⁷⁶. Che la questione fosse sensata è certo, esistendo soggetti che erano tenuti (per dovere d'ufficio o no) a compiere attività altrimenti comprese nella nozione di *calumnia*, ovvero che, per certe qualità personali, non erano imputabili – rispetto a certi atti – di tale reato⁷⁷.

i) Brev. int. C. Th. 9, 7, 1 (= C. Th. 9, 10, 1): ... *Hic de iure addendum de ordine violentiae*⁷⁸.

Non è chiaro a che cosa si voglia alludere esattamente con le parole *ordo violentiae*. Forse si desidera un elenco differenziato dei vari tipi di violenza delittuosa (cfr. le parole della costituzione: *multa facinora sub uno violentiae nomine continentur*), ovvero, più genericamente, la nozione di violenza. In ogni modo ci troviamo ancora di fronte ad uno di quei rinvii a carattere generale, che accedono all'*interpretatio* della prima costituzione di un titolo: ed in questo caso, esso può essere considerato soddisfatto da Brev. Paul. 5, 28 (= Paul. 5, 26).

l) Brev. int. C. Th. 8, 6, 1 (= C. Th. 8, 13, 2) ... *Hic de iure requirendum de revocandis donationibus*⁷⁹.

Siamo di fronte al tipico rinvio generale posto all'inizio del titolo (si tratta appunto del titolo '*de revocandis donationibus*'). Gli *iura* del Breviario, tranne il cenno in Brev. Paul. 3, 10, 2 (= Paul. 3, 7, 2) alla revoca della *donatio mortis causa*, non mi paiono offrire altro sul tema.

m) Brev. int. C. Th. 4, 20, 2 (= C. Th. 4, 22, 2): *Hic de iure addendum quid sit unde vi vel momentaria actio*⁸⁰.

La frase ha tutti i caratteri di quelle che abbiamo trovate come richiami generici, posti dopo la prima costituzione del titolo (che è appunto '*unde vi*'). Il fatto che

⁷⁶ La presenza del verbo *possunt* rende invero indifferente – in ordine al significato della frase – l'uso della forma negativa o di quella affermativa. Tuttavia, la risposta attesa consistendo in una elencazione di casi di non imputabilità, la forma col *non* è più logica.

⁷⁷ MOMMSEN, *Droit pénal*, 2, 183 s. C. 9, 46, 2; 4.

⁷⁸ Presente nel solo cod. E, dove si trova tra la costituzione e l'*interpretatio*.

⁷⁹ Compare nei codd. E, C, P, M, L, S; omessa in H, N, B, G.

⁸⁰ Nel solo cod. E, tra la costituzione e l'*interpretatio*.

qui la si legga di seguito alla seconda, può forse indicare che in un primo tempo i compilatori intendevano omettere la costituzione di Costantino, C, Th 4, 22, 1. Il rinvio pare, in ogni modo, soddisfatto dallo stesso Breviario: cfr. Brev. Paul. 5, 7, 1 ss. (= Paul. 5, 6, 3 ss.).

n) Brev. int. C. Th. 4, 21, 1 (= C. Th. 4, 23, 1) : *Hic de iure querendum quid sit utrumvi*⁸¹.

Rinvio del tutto simile al precedente. Dell'*utrumvi* si parla, come è noto, in Brev. Paul. 5, 6, 1 e int.

o) Altre espressioni di questo genere sono segnalate, e non pubblicate, dal Mommsen, nei seguenti luoghi⁸²: int. C. Th. 4, 6, 8; 5, 1, 7; 16, 7, 3. Si aggiunga, sulla scorta del Cod. Vat. Reg. Lat. 1050, la frase '*de excusatione tutelae in iure querendu(m)*', che ivi (f. 29 v) si legge, di seguito a Brev. int. C. Th. 3, 19, 4⁸³. Il luogo è notevole, perché alla costituzione C. Th. 3, 30, 5 (= Brev. 3, 19, 4) segue il titolo '*de excusatione tutorum*' (di cui ci è pervenuta una sola costituzione), omissa dai compilatori del Breviario. La materia, come nota il D'Ors, non può dirsi certo esaurita da Brev. Paul. 2, 28 (= Paul. 3, 27, 1 e 2).

L'esame di questi passi ci permette di formulare alcune prime conclusioni:

a) hanno senza dubbio ragione gli autori (Savigny, Fitting, Mommsen), che considerano questi rinvii come opera dei compilatori visigoti. L'ipotesi che essi provengano dagli archetipi delle *interpretationes* urta infatti contro un'obiezione decisiva: alcuni dei passi che il Mommsen ha segnalato (e non pubblicato) come muniti di rinvio, sono accompagnati da *interpretationes* sicuramente compilatorie: si tratta di Brev. int. C. Th. 4, 6, 2 (= C. Th. 4, 6, 8); 5, 1, 7; 16, 2, 1 (= 16, 7, 3); il rinvio, poi, che si legge in Cod. Vat. Reg. Lat. 1050, f. 29 v, non accede neppure ad una *interpretatio*, ma corrisponde alla soppressione – fatta dai compilatori – di un titolo del Codice Teodosiano. Con ciò non si vuole certo dire che gli archetipi dell'*interpretatio* al Codice Teodosiano non contenessero alcun rinvio al *ius*: vedremo anzi, fra poco, che forse due di essi sono testualmente pervenuti; ma noteremo pure che la loro forma è sensibilmente diversa da quella dei rinvii compilatori.

L'ipotesi contraria, che cioè i rinvii consistano in glossemi posteriori alla compilazione del Breviario, mi sembra ugualmente da rifiutare: tuttavia, le ragioni che, a questo proposito, il Fitting opponeva al Degenkolb, non sembrano sufficienti⁸⁴.

⁸¹ Nel solo cod. E, tra la costituzione e l'*interpretatio*.

⁸² Mo. XXXV n. 1.

⁸³ Cfr. D'ORS, in *Estudios Visigoticos*, I, 145.

⁸⁴ Il FITTING (*ZfR*, 11 [1873], 239 n. 36) è invero, a questo proposito, estremamente laconico. Egli dice che la spiegazione che considera i rinvii come glossemi posteriori è del tutto impossibile di fronte a molti di questi, ed in particolare a quelli contenuti in int. C. Th. 2, 4, 1; 5, 1, 1 e 9, 39, 3. Ora, per il

Va piuttosto notato che i rinvii hanno una struttura uniforme (tutti si iniziano con ‘*hic de iure*’, cui segue il gerundivo di *addo*, *quero* o *requiro*⁸⁵: ciò denuncia che essi sono stati concepiti unitariamente, e non furono annotazioni occasionali. Del resto, come ogni studioso delle fonti sa, un glossema si presenta raramente in forma di proposizione interrogativa indiretta, e con sostanza di vera domanda: si tratta, invece, di solito, di frasi integrative, o talora, se mai, di domande retoriche. Siccome, infine, non ci risulta che glossemi posteriori siano entrati nel testo del Breviario affermandosi nella sua tradizione manoscritta, per riconoscere che i rinvii al *ius* siano appunto glossemi dovremmo ammettere troppe coincidenze: che essi furono fatti dalla stessa mano, in esecuzione di un unico disegno (disegno, che, per altro, è difficile attribuire ad altri che i compilatori), ed inoltre che solo essi impressionarono in tal modo i copisti, da indurli a trascriverli col testo e nel testo. Il concorso di tutte queste circostanze risulta assai poco verosimile.

b) L’opinione del Fitting⁸⁶, che l’intenzione dei compilatori fosse quella di eseguire le integrazioni nelle stesse *interpretationes* che contengono i rinvii, non può essere accettata senza riserve. La prova più importante di tale tesi era tratta da int. C. Th. 9, 39, 3, nella quale l’aggiunta sarebbe stata – a detta dell’Autore – effettivamente operata; ma, sulla base delle considerazioni del Checchini e del Wieacker, abbiamo potuto dimostrare che tale aggiunta non esiste. L’altro argomento del Fitting è tratto dal significato letterale delle formule di rinvio, che, secondo l’Autore, sarebbe univoco nel senso suddetto. Ma già a prima vista, questa considerazione è calzante solo per le formule ‘*hic de iure addendum*’ (la gran maggioranza, invero), non anche per quelle con il gerundivo ‘*querendum*’ o ‘*requirendum*’, che possono benissimo essere intese nel senso che il luogo va integrato col contenuto di quanto si legge altrove, nello stesso Breviario. Del resto, anche la formula ‘*hic de iure addendum*’ può essere intesa non come indicativa dell’intenzione di ‘aggiungere qui’, ma come diretta ad esprimere, in forma ellittica, la necessità che ‘a ciò che qui si dice, va aggiunto quanto è scritto nella parte del Breviario che contiene il *ius*’. Non è possibile, a mio avviso, decidere con certezza per l’una o l’altra soluzione. Noterò solo che la seconda è più conforme all’impostazione generale del Breviario, basata su di una netta distinzione ‘topografica’ tra *leges* e *iura*.

primo e l’ultimo di quei luoghi, la prova che il Fitting vorrebbe trarre è legata alla particolare interpretazione che egli dà dei due passi – interpretazione che sopra abbiamo riscontrato essere infondata –. Quanto a int. C. Th. 5, 1, 1, il rinvio che vi compare (*hic de iure addendum*) potrebbe bene intendersi – come tutti gli altri – come l’annotazione di un successivo interprete che riscontrava l’insufficienza degli *excerpta* dalle *leges* al proposito. Al contrario, l’argomento che il Fitting oppone al Degenkolb, ove questi si appella al fatto che i rinvii non si trovano in tutti i manoscritti, è perfetto: egli afferma, come si è visto, che è facilmente comprensibile come un copista sia venuto nella determinazione di tralasciarli come superflui e privi di significato.

⁸⁵ Sola eccezione quello di Cod. Vat. Reg. Lat. 1050 f. 29 v, che non ha *hic*, e si inizia con le parole del titolo *de excusatione tutelae*. La differenza però ben si spiega pensando che quel rinvio sostituisce un titolo che i compilatori hanno soppresso.

⁸⁶ *ZfR*, 11 (1873), 238.

c) Un considerevole numero di rinvii, si è visto, è posto all'inizio del titolo – uno, anzi, sostituisce del tutto un titolo non riportato nel Breviario – ed ha carattere generale, non di spiegazione di una costituzione o di singoli termini, ma di integrazione del materiale relativo a determinati istituti. Questa circostanza induce a ritenere che i rinvii, in generale, non furono semplicemente diretti ad integrare l'*interpretatio* con definizioni (come vorrebbe il Wieacker).

5. – Nella rassegna delle *interpretationes* contenenti rinvii, che ho svolta nel paragrafo precedente, ne ho di proposito omesse due, che invece la dottrina ha sempre considerato sullo stesso piano delle altre.

La prima è:

Brev. int. C. Th. 3, 13, 2: Pacta inter maritum et uxorem, quae de dote inita sunt et cum lege concordant, haec lex sicut reliquas pactiones valere praecipit. De retentionibus vero, quia hoc lex ista non evidentiter ostendit, in iure, hoc est in Pauli sententiis sub titulo de dotibus requirendum aut certe in Pauli responsis sub titulo de uxoria⁸⁷.

Essa accede alla seguente costituzione:

Brev. int. C. Th. 3, 13, 2 (Iulianus, a. 363): In dote reddenda et retentiones ex iure venientes et pacta, quae legibus consentanea esse monstrantur, placet etiam ex huius sanctionis auctoritate intemerata inviolataque servari.

Dal confronto appare chiaro come questa volta il rinvio al *ius* sia elemento integrante della *interpretatio*: esso va collegato con le parole '*retentiones ex iure venientes*' della cost., ed indica, con precise citazioni, i passi relativi.

Quanto alla citazione delle *Sententiae*, il passo richiamato dovrebbe trovarsi nel tit. Brev. Paul. 2, 22 (= Paul. 2, 21 b), dove infatti, sulla base della nostra int., è posto da Seckel-Kübler, come § 3.

Esso non ci è tuttavia pervenuto attraverso alcuna fonte. La citazione dei *responsa* va riferita al l. VIII⁸⁸: è una parte che il Digesto non ci ha tramandato, poiché le *retentiones* furono abolite da Giustiniano⁸⁹. Tuttavia i *Fragmenta Vaticana* ne contengono qualche passo⁹⁰.

Il secondo testo, assai simile, è il seguente:

⁸⁷ Questo rinvio, benché con varianti e parziali omissioni, è attestato in tutti i mss. che contengono l'*interpretatio*.

⁸⁸ Cfr. SECKEL-KÜBLER, 163, sulla base di LENEL, *Pal.*, 1, col. 1235 s., che però non cita l'*interpretatio*.

⁸⁹ C. 5, 13, 1, 5 ss. (a. 530).

⁹⁰ Vat. 106 ss.

Brev. C. Th. 3, 16, 2: Cost. (Honor., Theod., Constant., a. 241): ... Super retentionibus autem dotium propter liberos iuris antiqui praecipimus cauta servari.

int.: ... Propter communes vero liberos, si fuerint, ea praecipit observari, quae in iure de retentionibus statuta sunt pro numero filiorum, quod Paulus in libro responsorum dicit sub titulo de re uxoria.

Anche questa citazione⁹¹ era già, in certo modo, implicita nella costituzione (*iuris antiqui praecipimus cauta servari*). Per il resto (trattandosi anche qui di *retentiones*, ed essendo citati i *responsa* di Paolo⁹² vale quanto detto al testo precedente⁹³).

Saremmo tentati di vedere, nei due rinvii ora letti, la forma definitiva delle citazioni che i compilatori alariciani intendevano fare. Ma contro questa, pur suggestiva, ipotesi, milita una considerazione decisiva: che i rinvii non trovano riscontro nel Breviario, mentre, se fossero stati i compilatori a precisare così le citazioni, sarebbe stato loro assai facile riportare anche i passi relativi. E invece essi, non solo non lo fecero, ma, nel raccogliere le *Sententiae*, omisero proprio il passo a cui int. C. Th. 3, 13, 2 faceva riferimento.

Anche tenendo conto del fatto che siamo nel campo delle ipotesi, per cui molte cose sono possibili, è preferibile seguire la presunzione più conseguente al carattere delle *interpretationes* considerate. Abbiamo infatti detto che esse sono, per così dire, compatte, e che lo stesso rinvio al *ius* è in entrambe postulato dalla stessa costituzione interpretata. Ammettiamo dunque di trovarci di fronte a rinvii prealariciani, contenuti negli archetipi delle *interpretationes*. I compilatori, raccogliendoli nel Breviario, si riservarono certo di inserire, tra gli *iura*, i passi corrispondenti (il che comportava, fra l'altro, di porre accanto al responso di Papiniano un *excerptum* dai *libri* – anzi, per loro, dal *liber – responsorum* di Paolo). Ma anche qui, come altrove, non ebbero il tempo di farlo.

6. – Con quanto precede abbiamo concluso che, pure esistendo rinvii (con precisa citazione) negli archetipi delle *interpretationes* (due dei quali riportati in Brev. int. C. Th. 3, 13, 2 e 3, 16, 2), tutti gli altri rinvii contenuti nell'*interpretatio* al Codice Teodosiano (che si iniziano con *hic*, tranne uno, e non contengono una citazione precisa) devono essere attribuiti ai compilatori alariciani, ed indicano che il

⁹¹ Pure saldamente attestata dai mss., come parte integrante dell'*interpretatio*.

⁹² Si noti che i *responsa* sono indicati, nella citazione, come se si trattasse di opere in un solo libro, mentre nella *Collatio* (10, 9) e nei *Fragmenta Vaticana* (69; 108; 114) essi sono citati tenendo conto della divisione originaria in 23 libri.

⁹³ Un'altra citazione di giurista (Papiniano questa volta) si trova nella int. C. Th. 9, 43, 1: ma essa non ha alcuna relazione con gli esempi che abbiamo esaminato, poiché non fa che richiamare una menzione che già compare nel testo della costituzione.

Non hanno, pure, diretto interesse per noi le citazioni di novelle contenute nell'*interpretatio* al Codice Teodosiano: 4, 14, 1; 4, 4, 7; 5, 18, 1; 8, 18, 1; 8, 18, 2; 8, 18, 9. Sulla novella citata in C. Greg. 2, 2, 1, v. *supra*.

contenuto dei luoghi relativi va integrato col materiale che si legge altrove. Il materiale contenuto nel Breviario offre solo alcuni dei passi corrispondenti a questi rinvii, perché il completamento di tali aggiunte, riservato all'ultimo periodo del lavoro compilatorio, non fu eseguito.

Restano ancora due problemi finali.

Il primo è quello di stabilire il significato della parola *ius* nelle formule di rinvio. Abbiamo visto come il Checchini tendesse ad escludere il significato, che contrappone tale termine a quello di *leges*, e volesse genericamente intenderlo come allusivo alla 'scienza del diritto'. Questa opinione, già di per sé abbastanza vaga, non trova conforto nelle fonti; il Checchini stesso, per dare un sostegno alla sua tesi, non adduce altro che l'uso di *ius* nella parola *iurisperitus*. Mi sembra quindi da adottare la posizione del Gaudemet⁹⁴, che adduce i passi che ci interessano appunto fra quei pochi che testimoniano la contrapposizione *ius-leges*. Si tratta solo di stabilire come tale contrapposizione vada intesa, nel linguaggio di queste fonti. E sulla scorta di int. C. Th. 1, 4, 3, la cui frase finale, come si è visto, è visigotica, possiamo senza incertezze dire che per i compilatori – come del resto risulta anche dalla disposizione del materiale nel Breviario – *ius* era qualunque fonte diversa (e precedente) al Codice Teodosiano e alle Novelle postteodosiane, e cioè Codice Gregoriano, Codice Ermogeniano, nonché gli scritti che andavano sotto il nome di giuristi – fossero o non fossero autentici, come l'*Epitome Gai* –; le *interpretationes*, come tali, sembrano estranee alla classificazione.

Resta l'ultimo problema, che è un problema di sostanza, e quindi – tra quelli che abbiamo trattato – uno dei più importanti.

Esponendo le opinioni della dottrina in ordine al problema che ha formato l'oggetto principale di questa ricerca, abbiamo notato come sia opinione comune – con la sola eccezione del Biener – che la presenza dei rinvii nelle *interpretationes* al Codice Teodosiano sia – per così dire – casuale; frutto, cioè, della trascuratezza dei compilatori. Le citazioni, secondo quegli Autori, o dovevano essere cancellate, o, comunque, non avrebbero dovuto avere alcuna importanza pratica ai fini del diritto applicabile nei giudizi.

Questa opinione è soprattutto basata sul tenore del *Commonitorium*, che pare escludere il ricorso a qualunque fonte non compilata:

Et ideo, secundum subscriptum librum, qui in thesauris nostris habetur oblatu, librum tibi pro discingendis negotiis nostra iussit clementia destinari, ut iuxta eius seriem universa causarum sopiatur intentio nec aliud cuicumque aut de legibus aut de iure liceat in disceptatione proponere, nisi quod directi libri et subscripti viri spectabilis Aniani manu sic ut iussimus ordo complectitur. Providere ergo te convenit, ut in foro tuo nulla alia lex neque iuris formula proferri vel recipi praesumatur.

Tuttavia, anche di fronte al reciso dettato di questo testo, non si possono sotto-cedere alcune considerazioni. In generale, si deve dire anzitutto che i rinvii partono

⁹⁴ *Iura*, 1 (1950), 233 ss.

dalla constatata o presunta insufficienza delle fonti escerpate. Il ricorso ad altre fonti doveva dunque, in certi casi, essere praticamente indispensabile.

Un esempio particolarmente evidente di questo stato di cose ci è offerto da Brev. C. Th. 3, 16, 2, in cui la costituzione stessa dispone ‘*antiqui iuris cauta servari*’, e l’*interpretatio* rinvia, per l’integrazione, ai *responsa* di Paolo. Abbiamo detto che questa citazione non è dei compilatori, ma essa è pur sempre contenuta nel Breviario; ed anche se si dovesse pensare che solo per trascuratezza i commissari di Alarico non la tolsero, il problema non cambierebbe, perché il rinvio al *ius* è contenuto nella stessa costituzione.

L’esempio, dicevo, è particolarmente appariscente, ma il problema si ripropone per quasi tutti i rinvii, a meno che essi non si riferiscano a semplici definizioni. In questo caso, infatti, esse andranno bensì desunte dal *ius*, ma la recezione avrebbe solo carattere interpretativo. Abbiamo visto, però, che il numero dei rinvii con portata sostanziale è assai considerevole.

Il problema, forse, non ha soluzione. Certo è che al funzionario – o all’uomo di lettere – incaricato della redazione del *Commonitorium*, si diedero istruzioni che tenevano conto dei caratteri del Breviario quali erano nel disegno iniziale, non di quelli che esso rivestì a compilazione ultimata: se ciò si debba al fatto che il *Commonitorium* fu scritto prima che la compilazione fosse ultimata, ovvero al fatto che, composto in occasione della promulgazione, Alarico e i suoi più vicini collaboratori erano ormai troppo preoccupati negli affari di guerra per curarsi dei particolari del suo contenuto, non sappiamo. Quello che mi sembra certo è che i compilatori conservarono di proposito i rinvii, per consentire all’interprete l’integrazione delle fonti (e contemporaneamente limitare l’uso di altre fonti ai casi in cui esse erano richiamate), che essi non avevano potuto operare.

Resterebbe ancora da sapere come di fatto sia stata risolta la contraddizione tra i rinvii e il *Commonitorium*: ma non mi sembra che ci siano giunte notizie a questo proposito. Si può solo osservare che le due raccolte di testi che vanno sotto il nome di *Appendices Wisigothicae*, e che la dottrina unanime considera posteriori al Breviario⁹⁵, ne rappresentano appunto un’integrazione: tuttavia il loro contenuto (tranne che per alcuni passi in materia di successioni legittime) non corrisponde ai rinvii, né è sempre tolto dal *ius*, ricorrendovi anche materiale tratto dal Codice Teodosiano.

⁹⁵ HÄNEL, *Praefatio*, XIX ss.; KRÜGER, *Collectio*, Berlin 1890, 249 ss.

SUI 'FRAGMENTA AUGUSTODUNENSIA' *

1. – Forse nessuna delle opere che papiri, pergamene e palinsesti ci hanno restituite è stata, al suo apparire, peggio accolta dei frammenti, che, per merito, in particolare, dell'attento ed acuto occhio dello Chatelain, si poterono leggere nel palinsesto n. 24 della biblioteca del seminario di Autun¹.

La singolare accoglienza dipese dal fatto che le prime notizie, rese pubbliche nel 1898², facevano pensare alla scoperta di un nuovo manoscritto di Gaio; e si può bene immaginare la 'amara delusione'³ dei romanisti di allora, nel trovarsi tra le mani, invece, 'un prolisso e diluito commento per uso scolastico'⁴, 'un'ampia e dilavata parafrasi'⁵.

'Ut patres nostri laetati sunt recuperato Gaio, ita quoque nobis similis sors evenit, sed ita similis, ut gemma carboni'; così si espresse il Mommsen⁶.

Questa cattiva accoglienza pesò poi sempre, in certo modo, sull'operetta. Si direbbe quasi che essa non sia mai stata presa del tutto sul serio, per quanto riguarda il suo intrinseco contenuto e la sua posizione nella storia delle fonti.

Se non è per convalidare le integrazioni delle lacune esistenti nelle Istituzioni di Gaio, i romanisti paiono citare i Fr. Aug. assai di mala voglia⁷. Non è raro trovare persino studi assai accurati nello spoglio delle fonti, che non si preoccupano di citare i relativi luoghi del commentario di Autun. Ed un vero favore, tale commentario non lo ha neppure trovato presso gli studiosi del cosiddetto 'Vulgarrecht': se per i cultori del diritto classico l'operetta è troppo barbara, per questi essa è – forse – troppo classica.

La sua importanza nella storia delle fonti fu avvertita dal Ferrini⁸, ma basta consultare trattati e manuali per rendersi conto che in essi l'operetta è relegata in una specie di limbo, non essendo in modo convincente ed adeguato inserita nella storia delle fonti.

* Estratto da *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano, 1963, 551-563.

¹ Ora nella Bibl. Municip. della stessa città, con lo stesso numero.

² *Journal des savants*; 1898, 378 s.; *ZSS*, 19 (1898), 365.

³ FERRINI, *Opere*, 2, 421.

⁴ SCIALOJA, *BIDR*, 11 (1898), 97.

⁵ FERRINI, *Opere*, 2, 421.

⁶ È l'inizio dell'*Epimetrum*, cit. *infra*, alla n. 9.

⁷ Vedi rispecchiata questa posizione in FERRINI, *Opere*, 2, 431.

⁸ Si veda lo studio *Sui frammenti giuridici del palinsesto di Autun*, cit. alla nota seg.: la rilevanza dell'opera per la storia letteraria del diritto romano vi è espressamente affermata nel § 3.

Gli studi specifici sui Fr. Aug. sono assai rari; essi si riducono, in sostanza, agli scritti che hanno accompagnato il suo apparire e la sistemazione del testo⁹.

Si è giunti, soprattutto per opera del Ferrini¹⁰, a stabilire la natura dell'opera: una interpretazione scolastica delle istituzioni di Gaio, quasi delle vere e proprie 'dispense' di lezioni. Gli ulteriori tentativi di precisare la natura e la genesi dell'opera, non hanno trovato seguito. Così l'ipotesi del Mommsen¹¹ secondo cui i quattro libri dei Fr. Aug. avrebbero formato, insieme ai tre citati dai compilatori delle Pandette, i 7 libri delle *res cottidianae*, è stata demolita dal Ferrini¹²; l'ipotesi dell'Albertario¹³ che, dando un peso sostanzialmente diverso alle analogie formali che, tra i Fr. Aug. e la parafrasi di Teofilo aveva scorte il Ferrini¹⁴, e mettendo in grande rilievo la trasformazione del *fideicommissum hereditatis* in *fideicommissum universitatis*, comune alle due opere, riteneva l'autore della nostra *interpretatio* influenzato dall'insegnamento orientale, ha trovato autorevoli contrasti¹⁵ ma soprattutto scarsa risonanza¹⁶.

⁹ Edizioni: dopo la prima, parziale, dello CHATELAIN, in *Revue de philologie*, 23 (1899), 177 ss., la prima edizione completa è quella del KRÜGER, che pubblicò i risultati della lettura del palinsesto come appendice alla 4^a ed. delle istituzioni di Gaio (Berlino 1899). In seguito: FERRINI-SCIALOJA, in *BIDR*, 13 (1900), 9 ss. (= FERRINI, *Opere*, 2, 441); KRÜGER, in *ZSS*, 24 (1903), 378 ss. = *Gai institutiones*, Berlino 1923, XL ss.; BAVIERA, in *FIRA*, 2, Firenze 1909, 194 ss. (nella ed. del 1940, 208 ss.); GIRARD, *Textes de d.r.*⁵, Paris 1923, 354 ss.; KÜBLER, in *HUSCHKE, Iurispr. anteiust.*, 2, 2, Lipsia 1927, 434 ss.

Commenti: dopo quello dello CHATELAIN, *l.c.*, ecco gli altri, per ordine alfabetico degli autori: FERRINI, *I frammenti di diritto pregiustiniano del palinsesto di Autun*, in *Opere*, 2, 421 ss. (già in *RIL*, ser. II, 32 [1899], 947 ss.); *Sui frammenti giuridici del palinsesto di Autun*, in *Opere*, 2, 425 ss. (già in *Atti acc. sc. Torino*, 35, (1900), 5 ss. (= FERRINI, *Opere*, 2, 437 ss.); KRÜGER, introduzione alla edizione cit., in *ZSS*, 24 (1903), 375 ss.; MOMMSEN, *Der Pseudo-Gaius von Autun*, in *ZSS*, 20 (1899), 234; *Epimetrum*, a seguito della edizione del Krüger in *Gai institutiones* (nella 7^a ed., p. LXVII ss.); SCIALOJA, *Frammenti antegiustiniani di Autun*, in *BIDR*, 11 (1898), 97 ss. Si veda pure la *Nota* del BUONAMICI, in *BIDR*, 13 (1900), 294 ss., che riguarda però solo un punto particolare.

¹⁰ V. in part. *Opere*, 2, 426 ss.

¹¹ *ZSS*, 20 (1899), 235 s.; *Epimetrum* cit.

¹² *Opere*, 2, 429 s. Va notato che sia il Mommsen che il Ferrini partivano dal presupposto, oggi superato, che i tre libri delle *res cottidianae* utilizzati dai compilatori fossero effettivamente di Gaio.

¹³ *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*, 1, Milano 1955, 113 s., n. 99; *Oriente e Occidente nel diritto romano del basso impero*, in *Scritti Ferrini - Pavia*, Milano 1942, 132 ss. (= *Studi* 6, 398 ss.)

¹⁴ *Opere*, 2, 427 s.

¹⁵ ARANGIO-RUIZ, *Storia del d.r.*⁷, Napoli 1957, 371 n. 2; GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise au IV et V siècle*, Paris 1957, 78; KASER, *Röm Privatrecht*, 2, München 1959, 25 n. 18.

¹⁶ Fra i trattatisti recenti, particolare menzione meritano le pagine dedicate ai Fr. Aug. dallo SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford 1946, 311 s.; e da SCHERILLO-DELL'ORO, *Manuale di storia del diritto romano*, Milano-Varese 1950, 458. Lo Schulz asserisce che «his work affords us a picture of that adulterine teaching which Tribonian abolished in the East»; inoltre, egli si mostra propenso a credere che l'opera non sia unitaria, «but to consist of layers»: in particolare, i paragrafi 47 e 48 sarebbero stati inseriti più tardi tra il 46 e il 49 (*o.c.*, 302 n. 3); l'illazione resta tuttavia da provare.

2. – Una posizione veramente nuova nei confronti del commentario di Autun è stata assunta or non è molto dal Volterra¹⁷.

Egli ha saputo superare quello che era stato un punto di partenza comune alla generalità degli studiosi, e che aveva compromesso irrimediabilmente, come tutto compromette, la valutazione dell'opera. Fra le fonti romanistiche che, grazie alla loro estensione, non soltanto forniscono notizie sul diritto positivo dell'una o dell'altra epoca, ma possono pure essere considerate nella loro individualità particolare come tappe della storia della dottrina, i Frammenti del palinsesto di Autun ci sono giunti per ultimi. E questa posteriorità cronologica della scoperta ha in certo modo impedito di dare il giusto valore alla anteriorità cronologica dell'opera, rispetto ad altre fonti. Voglio dire che quelle che nei fr. di Autun erano novità, non apparvero tali (o pienamente tali) ai romanisti, che già le conoscevano attraverso opere posteriori scoperte prima. I paralleli su ricordati tra i Fr. Aug. e la parafrasi di Teofilo, sono stati fatti prendendo come modello la Parafrasi greca, che è posteriore; la considerazione dei passi in cui la dottrina della *universitas* compare in stadio di avanzata maturità, è avvenuta come rincalzo ai luoghi in cui tale dottrina appare nella compilazione giustiniana: un rincalzo a rovescio, ma della cui inversione non ci si rese sufficientemente conto¹⁸.

Se col Volterra ci si mette invece dal giusto punto di vista che consiste nel partire dai Fr. Aug., il metro per la valutazione di essi appare – automaticamente – del tutto cambiato. E ci si rende subito conto di essere di fronte, non certo ad un capolavoro, – neanche le istituzioni di Gaio, del resto, lo sono – ma tuttavia a una operetta assai interessante, e che ci è testimone di un ambiente di cultura giuridica ben consapevole della materia e dei metodi.

Del resto, l'importanza che gli storici attribuiscono alle fonti, dipende in gran parte dagli studi che vi sono stati dedicati: più raro è il reciproco, ossia che il numero degli studi dipenda dall'importanza della fonte. I Fr. Aug. non hanno, fino ad oggi, avuto la ventura di venire analizzati in un'accurata monografia, come l'ha avuta, per merito dell'Archi, la *Epitome Gai.* C'è solo da augurarsi che qualche studioso – non meno paziente che dotto – voglia dedicarvi le sue fatiche.

3. – Un problema preliminare, per la valutazione del contenuto e della rilevanza storica di qualunque fonte, è quello della sua datazione. Ma nel caso dei Fr. Aug. esso non appare facile.

Il commentario di Autun non è né una compilazione di *leges* né un trattato che comunque faccia riferimento alle costituzioni imperiali, le quali costituiscono sem-

¹⁷ *Western postclassical schools*, in *Cambridge Law Journal*, 10 (1949), 202; *Appunti sulle scuole post-classiche occidentali*, in *ASD*, 1 (1957), 58 s.

¹⁸ Fece eccezione il BONFANTE, *La formazione scolastica della dottrina dell'«universitas»*, in *RIL*, 39 (1906), ora in *Scritti giuridici vari*, 1, Torino 1926, 314 ss.; si veda anche la *Postilla I*, aggiunta alla edizione negli *Scritti*, 316 ss.

pre un buon punto di riferimento ai fini della datazione: si tratta invece del commento – e per giunta di un commento scolastico – ad un'opera che ha avuto una diffusione pluriscolare. Il tipo di lavoro, insomma, che offre meno appigli per un qualsiasi riferimento cronologico.

L'opinione oggi dominante fra gli scrittori vuole il commentario di Autun essere opera di un maestro di diritto, attivo nel V sec. in Gallia, o più precisamente nella scuola stessa di Autun¹⁹. Ed è una circostanza singolare che tale '*communis opinio*', si sia formata presso gli autori più recenti, i quali – come osservavo – meno attenzione hanno prestato ai Fr. Aug., e si trovi in contrasto con l'opinione degli studiosi della generazione precedente. Non un contrasto stridente, sia ben chiaro, ma tuttavia contrasto: il Ferrini e lo Scialoja, che soli fra i primi studiosi azzardarono un'ipotesi fornita di un certo grado di precisione, attribuiscono il commentario ad un maestro operante '*in provinciali schola*' nel IV sec. o al principio del V: la qualifica di provinciale essi la deducevano dalla circostanza che, in corrispondenza della menzione del pretore, in Gai. 2, 258, Fr. Aug. 72 nomina anche il preside della provincia²⁰.

In questo breve articolo (che vuole essere il primo di una serie che dedicherò ai Fr. Aug. e ad altre fonti dell'epoca postclassica) intenderei portare un contributo, sia pure provvisorio, alla datazione del commentario, verificando – un poco più accuratamente di quanto non sia stato fatto finora – l'opinione comune in proposito.

4. – La collocazione del commentario nello spazio, è preliminare alla sua collocazione nel tempo.

Premesso che è fuor di dubbio che l'operetta appartenga all'occidente (la lingua in cui essa è redatta e la provenienza del manoscritto ne forniscono, concorrendo insieme, una prova sicura), è tuttavia essenziale precisare ulteriormente questo dato.

È noto, infatti, come l'Africa e, soprattutto l'Italia abbiano, assai più a lungo che i territori transalpini, conservato attivo l'insegnamento scolastico tradizionale²¹. Questa circostanza è della massima importanza, dovendo noi datare un'opera che senza dubbio è legata alla scuola.

¹⁹ Il primo autore, a me noto, che propose l'attribuzione del commentario alla Gallia del V sec., è il KÜBLER, in *RE*, 7, 1 (1912), 503. Ecco un saggio delle datazioni più recenti (cito in ordine alfabetico): ARANGIO-RUIZ, *Storia*⁷, 371 (Gallia, epoca postclassica); FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, Roma 1954, 412 (maestro di Autun, V o VI [?] sec.); GAUDEMET, *La formation*, 77 (maestro di Autun, V sec.); GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*³, Torino 1955, 437 (maestro di Autun, V sec.); SCHULZ, *History*, 311 (maestro di Autun, V sec.); WENGER, *Die Quellen des röm. Rechts*, Wien 1953, 509 (Gallia, V sec.). Attribuisce l'opera alla metà del V sec. o ad un'epoca precedente (senza precisare il luogo), il Manuale, di Scherillo e Dell'Oro (458).

²⁰ FERRINI, *Opere*, 2, 438. Si veda come vagamente si esprimeva il MOMMSEN, *Epimetrum*, LXIX.

²¹ Cfr. MARROU, *Histoire de l'éducation dans l'antiquité*, Paris 1948, 454 ss.

L'attribuzione dell'opera alla Gallia, ed in particolare ad Autun, comune a buona parte della dottrina, è, in sostanza, frutto di una semplice intuizione, per non dire gratuita. Essa è, in fondo, unicamente legata al debole filo della provenienza del manoscritto; questo elemento, se può costituire un indizio, non può essere una prova, dati i frequenti spostamenti a scopo di studio che si verificavano durante l'epoca postclassica²². L'indizio è rafforzato però dalla considerazione che Autun fu sede di una scuola, infatti la presenza di un testo scolastico in una sede di scuola induce a porre le due cose in relazione: se pure il commentario non fu composto ad Autun, è assai probabile che vi sia stato usato come testo di studio.

Questa supposizione è ragionevole, ma tutt'altro che certa: fra l'altro essa contrasta con i dati stabiliti dal Lowe²³ a proposito del manoscritto. Secondo l'illustre paleografo, infatti, il palinsesto sarebbe stato redatto in Italia o nella Francia meridionale nel V sec.

Nella presente prima ricerca, tuttavia, non voglio abbandonare il presupposto comune che il commentario sia stato usato nella scuola di Autun: avremo così modo di constatare dove questa supposizione conduca, e di proporre una prima datazione ipotetica: essa sarà probabile nella misura in cui risulterà ammissibile il presupposto su cui è basata.

5. – Dal postulato esposto si deduce la conseguenza necessaria che il commentario deve essere stato scritto prima della scomparsa della scuola di Autun, direi anzi, prima della sua decadenza: è assai difficile pensare – infatti – che in una scuola decadente si pongano in essere nuovi mezzi di studio (come pare essere stato il nostro commentario), invece di adagiarsi sugli antichi: tanto più che i Fr. Aug. si rivelano, come apparirà meglio più innanzi, parte di un corso a livello – in relazione ai tempi – abbastanza elevato.

Orbene, le nostre notizie relative alla scuola di Autun non vanno oltre il IV sec.²⁴,

²² Vedi: CONRAT, *Zur Kultur des Römischen Rechts im Westen des Römischen Reichs im vierten und fünften Jahrhundert nach Christi*, in *Mél. Fitting*, 1, Montpellier 1907, 292 s.; VOLTERRA, in *ASD*, 1 (1957), 56 s.

²³ *Codices latini antiquiores*, 6, Oxford 1953, n. 726 (vedi anche n. 724).

²⁴ Le notizie più ampie sulla scuola di Autun risultano dalla orazione «*pro instaurandis scholis*» di Eumenio (*Panegyriques latins*, V [vol. I, Paris 1949, 103 ss.], in part. cap. 13 ss.). Di Autun è pure, certamente, l'autore del panegirico di Costantino del 310 (*Pan. Lat.* VII, vol. II, Paris 1952, 31 ss.), come quello della *gratiarum actio* allo stesso imperatore, del 312 (*Pan. Lat.*, VIII; vol. II, 77 ss.). Ma dopo questa data mancano notizie sull'attività della scuola.

Sulla scuola di Autun si vedano: MARROU, *Histoire de l'éducation* cit., 396 s., 408, 412; VOLTERRA, in *ASD*, 1 (1957), 57.

Sulla città di Autun: HIRSCHFELD, *Die Haeduen und Arverner unter Römischer Herrschaft*, in *Sitzungsber. Berliner Akad.*, 1897, 1103, 1118 s. (= *Kleine Schriften*, Berlin 1913, 191, 206 ss.); *Dir römischen Meilensteine*, in *Sitzungsber. Berliner Ak.*, 1907, 196 s., in part. (= *Kleine Schriften*, 737 s., 741); *Die Organisation der Drei Gallien durch Augustus*, in *Klio*, 8 (1908), 468 (= *Kleine Schriften*, 117).

ed in particolare nulla ci fa supporre che la scuola esistesse ancora dopo il 420, anno in cui Autun fu conquistata dai Burgundi²⁵.

Non è certo lecito argomentare a *silentio*, basandosi su questa assenza di notizie, tuttavia di tale silenzio non si può non tenere conto, specie se si pensa alla generale scomparsa delle scuole classiche in Gallia, in occasione e come conseguenza delle invasioni barbariche²⁶.

6. – Premesse queste considerazioni, che potremmo dire *ambientali*, passiamo ad esaminare i caratteri *intrinseci* dell'operetta.

La dottrina è concorde sul suo carattere scolastico: in particolare è stato osservato come il suo autore, lungi dal trascurarli, indugi a lungo su istituti al suo tempo non più in vigore, come la *noxae deditio* del cadavere o il processo formulare, nel corso della cui trattazione si trova anche una lunga accuratissima disamina dei caratteri che differenziano i *iudicia legitima* dagli '*imperialia*'.

A che cosa doveva servire tutto ciò?

Rispondere che la presenza di tali trattazioni è da mettersi in relazione appunto con il carattere scolastico del commentario, e pertanto non va ricercata una loro specifica utilità a fini ulteriori, sarebbe, in sostanza, una tautologia. E del resto dire che un'opera o un insegnamento hanno carattere scolastico, non equivale a dire che le nozioni che essi impartiscono non hanno scopo pratico alcuno – sia questo finale o solo strumentale –. I Fr. Aug., in particolare, rispecchiano un insegnamento diretto a dei futuri pratici; questo fatto è denunciato da numerosi atteggiamenti del testo, che spesso indugia in spiegazioni di procedura spicciola. In un luogo si fa anzi espresso riferimento alla attività di consulenza legale:

Fr. Aug. 31: Hoc ergo *exemplo*, hodieque, si *tal[is] res procedit*, possumus dare consilium, ut *supplicetur*. Nam facile impetrantur ab imperatore *ea quae iam ab aliis* impetrata sunt.

Poiché però non possiamo certo pensare che la trattazione degli argomenti sopra ricordati avesse una funzione pratica se non in via mediata, è chiaro che deve esserci stato uno scopo immediato e diretto.

Prima di individuare questo scopo immediato, tuttavia, è opportuno completare quanto siamo venuti dicendo con un'altra considerazione. Il tono generale del

²⁵ BOURGIN, in *Enc. it.*, 5 (1930), 594.

²⁶ MARROU, *Histoire de l'éducation* cit., 452 ss. È vero che anche dopo la conquista burgunda Autun non subì l'occupazione barbarica, e fino all'VIII sec. (invasione araba e spedizione carolingia) essa rimase «città romana»; ma nulla ci fa supporre che le scuole vi fossero ancora aperte, e soprattutto le scuole di diritto.

Devo queste notizie al prof. Pierre Riché, per me consultato, con squisita gentilezza, dal prof. H. I. Marrou.

commentario di Autun, a mio avviso, non rivela tanto, nel suo autore, il desiderio di creare un testo che sostituisse le istituzioni di Gaio, quanto quello di fornire agli scolari appunto un commentario, che ne agevolasse la letteratura.

Se ciò è vero, la domanda che ci si poneva più sopra, sulla utilità di una trattazione di argomenti che la pratica del diritto aveva obliterati, si converte in un'altra diversa ma equivalente, sulla utilità della lettura del testo integrale delle istituzioni di Gaio.

La risposta naturale – ed unica, io credo – ad un quesito siffatto, è che la lettura delle istituzioni di Gaio, così come l'approfondimento della struttura degli istituti – anche superati – del diritto classico, ed in primo luogo del processo formulare, doveva servire a preparare gli alunni allo studio delle opere dei giuristi classici²⁷. Avvicinare, ad esempio, i commenti *ad edictum* di Ulpiano e Paolo (anche se in antologie del tipo dei *Fragmenta Vaticana* o dei cosiddetti predigesti) doveva essere praticamente impossibile senza una adeguata preparazione istituzionale.

Sotto questo profilo mi sembra logico stabilire un rapporto fra il commentario di Autun ed un ambiente, in cui, nelle scuole, si leggevano le opere dei giuristi classici, o di alcuni fra essi.

Dato che, dal punto di vista territoriale, questo ambiente – giusta le nostre premesse – va localizzato nella Gallia, possiamo muovere un passo più innanzi, e precisare che l'epoca in cui il commentario di Autun fu usato è precedente a quella che produsse le *interpretationes*, l'*Epitome Gai*, la *lex Romana Burgundionum*, l'*Edictum Theodorici*²⁸, la *Consultatio* e, naturalmente il *Breviarium Alaricianum*.

Credo di potere ulteriormente provare e precisare questa conclusione.

Che la lettura dei giuristi classici non fosse più in grado di svolgere una proficua funzione pratica all'epoca della compilazione del *Breviarium*, è testualmente dichiarato dagli stessi compilatori di questo, nella aggiunta, evidentemente di loro mano, alla *interpretatio* della legge delle citazioni (C. Th. 1, 4, 3):

Sed ex his omnibus iuris consultoribus, ex Gregoriano, Hermogeniano, Gaio, Papiniano et Paulo, quae necessaria causis praesentium temporum videbantur, elegimus.

Se si pensa altresì che Gaio, Paolo e Papiniano, oltre ad essere i soli tre escerpti, sono presenti nel Breviario, il primo ridotto alla *Epitome*, il secondo con un estratto delle *Sententiae*, ed il terzo con un responso di una riga, si ha un'idea del senso esatto che la frase riportata aveva.

²⁷ ARCHI, *L'«Epitome Gai»*, Milano 1937, 36 s.

²⁸ Che è senz'altro da attribuire alla Gallia ed alla seconda metà del V sec., dopo i più recenti studi: cfr. soprattutto VISMARA, *El «Edictum Theodorici»*, in *Estudios Visigóticos*, I, Roma, 1956, 49 ss. L'attribuzione, proposta dall'A., a Teodorico II visigoto (ivi, 79 ss.) mi sembra la più probabile.

Essa vale, fra l'altro, ad infirmare la legge delle citazioni²⁹: essendo infatti praticamente nulla la portata della presenza di Papiniano, non solo diveniva vana la norma sull'autorità decisiva di questo giurista, ma i giuristi citabili si riducevano a due – il Gaio dell'*Epitome* e il Paolo delle *Sententiae* – venendo quindi sfigurato anche il valore della norma sul parere della maggioranza; a meno che – come sembra lasciare intendere il testo della *interpretatio*³⁰ – non si dovessero considerare alla stessa stregua dei pareri dei giuristi le costituzioni dell'epitome del Gregoriano e dell'Ermogeniano: il che costituirebbe una ulteriore, più grave deformazione³¹.

L'ambiente da cui è uscita la compilazione della *lex Romana Visigotorum*, non è dunque certamente l'ambiente in cui fu dettata od usata la nostra parafrasi. Con ciò non si vuole dire unicamente che il commentario di Autun è anteriore al 506, bensì che deve essere parecchio anteriore a tale data. Giova qui ripetere una considerazione già fatta più sopra, quando notavo che i Fr. Aug. appartengono ad un'opera che rappresentava un *m e z z o d i s t u d i o*: ed in genere i mezzi di studio si creano, quando i metodi di studio che a tali mezzi corrispondono sono in piena fioritura.

Le considerazioni da ultimo fatte sono però calzanti solamente se si parte dal presupposto che il commentario sia stato *s c r i t t o* ad Autun; adottando il postulato più generico, che cioè l'operetta vi sia stata *u s a t a*, ma non necessariamente scritta (potrebbe, ad esempio, esservi stata portata dall'Italia), il ragionamento da

²⁹ L'unico riferimento alla legge delle citazioni nelle fonti coeve al *Breviarium*, si legge in Cons. 7, 3, ma esso è fatto unicamente allo scopo di affermare il valore positivo delle Sentenze di Paolo.

³⁰ Oltre che la frase più sopra riportata, e nella quale Gregoriano ed Ermogeniano sono enumerati insieme ed alla stessa stregua dei giuristi, proprio dopo l'espressione «*ex his omnibus iuris consultoribus*», milita a favore dell'ipotesi accennata anche la circostanza che l'*interpretatio* si preoccupa di avvertire che «*Gregorianum vero et Hermogenianum ideo lex ista* (cioè la legge delle citazioni) *praeteriit, quia suis auctoritatibus confirmantur ex lege priore sub titulo de constitutionibus principum et edictis*» (cioè C. Th. 1, 1, 5). A meno di considerare Gregoriano ed Ermogeniano come giuristi, non si comprende il motivo di questa precisazione, sul valore di due raccolte di costituzioni, quando si commentava un provvedimento relativo alla giurisprudenza. L'ipotesi trova infine conferma nella collocazione che nel *Breviarium* hanno le epitome dei due codici, poste tra le *Sententiae* di Paolo e il responso di Papiniano.

³¹ Il D'Ors intende diversamente la portata della *interpretatio* alla legge delle citazioni. Tuttavia le sue considerazioni, accennate appena in sede di recensione al volume di Wieacker, *Textstufen klass. Juristen*, mi paiono assolutamente gratuite. Le cito testualmente, da *SDHI*, 26 (1960), 369: «La observación (del Wieacker, *Textstufen*, 149, nella stessa linea delle mie considerazioni) de que el Brev. Alar. refleja la vulgarización de los siglos IV y V quizá sea algo imprecisa; refleja más propiamente la de principios del s. VI, como es natural, y solo en Occidente. A mediados del s. V – momento en el que colocamos la compilación de un hipotético Pre-Breviario (reflejado en a *interpr.* de la Ley de Citas) – se conservaban más *corpora* que los del Brev. Alar.: con toda probabilidad, Papiniano estaba representado por algo más que un *responsum* (por lo demás espurio). El autor de la *interpr.* conoce, no sólo Papiniano, sino también Ulpiano, del que no quedan restos en el Brev. Alar.; de Paulo quizá conocía solamente las PS, pero más completas que las conservadas en el Brev. Alar.». Per vero, l'autore dell'*interpretatio* doveva conoscere, di Paolo, anche i *responsa*: cfr. Int. C. Th. 3, 13, 2.

fare è un poco diverso, sebbene le conclusioni non risultino dissimili. Più esattamente: nel secondo caso, non serve più l'illazione basata sulla natura di *m e z z o d i s t u d i o* del commentario; ma l'elemento che – ai fini di una retrodatazione – questa illazione ci offriva, è praticamente compensato da quello che si può dedurre come corollario del presupposto stesso: se l'operetta fu scritta in Italia o in Africa, tra la sua creazione e la sua adozione ad Autun deve essere pure intercorso un certo lasso di tempo, benché non necessariamente altrettanto lungo che quello immaginabile in base al primo presupposto.

Ma non ritengo necessario indugiare in queste considerazioni un poco astratte, e forse per taluno poco convincenti, poiché a sostegno dell'antiorità del commentario di Autun rispetto alle opere sopra ricordate, credo di poter fornire un argomento assai più solido.

7. – L'Archi ha dedicato pagine di raro acume alla soluzione del controverso problema circa la genesi dell'*Epitome Gai*, e precisamente se essa sia stata condotta direttamente sulle istituzioni di Gaio, ovvero sopra una loro elaborazione³². Le conclusioni dell'Archi, dato il rigore con cui la dimostrazione è condotta, non possono non essere accettate: fonte immediata dell'*Epitome* è stata una elaborazione delle istituzioni di Gaio con un carattere «ampio, scolastico, di parafrasi insomma» e che «come i *Fragmenta Augustodunensia* doveva mantenersi nelle sue grandi linee nel sistema gaiano³³. Questa parafrasi, che costituì la fonte dell'*Epitome*, non certo quella rappresentata dai *Fr. Aug.*³⁴, ma i suoi caratteri, come l'Archi li ha individuati, la pongono in una stretta relazione con l'operetta di Autun, nel senso che entrambe rappresentano un ambiente di studio, che ai tempi dell'*Epitome* era superato.

Purtroppo la data dell'*Epitome Gai* è assai incerta, ed il suo termine *ante quem*, malgrado il tentativo dell'Archi di portarlo al 428³⁵, rimane sempre il 506³⁶.

8. – I dati raccolti finora, senza permettere alcuna precisione, persuadono ad arretrare la data del commentario di Autun, rispetto a quella proposta dalla dottrina oggi dominante.

Tuttavia è a mio avviso certo che l'opera non deve essere in alcun modo considerata anteriore al IV sec. Il modo di trattare i testi, nel III sec. ed anche al princi-

³² ARCHI, *Epitome Gai*, 39 ss.

³³ ARCHI, *Epitome Gai*, 55.

³⁴ Un confronto fra l'*Epitome* e i *Fr. Aug.* ne rende certi. Qui mi basta accennare alla circostanza che l'*Epitome* non raccoglie la categoria del *fideicommissum universitatis*.

³⁵ ARCHI, *Epitome Gai*, 73.

³⁶ Da ultimo, GAUDEMET, *La formation*, 94.

pio del IV, era essenzialmente diverso. In particolare, le istituzioni di Gaio hanno dato luogo, in tale epoca, alle *res cottidianae*, contrassegnate non solo da un minore rispetto del testo classico, ma anche e soprattutto da una assai maggiore capacità di assimilazione del medesimo, elementi che depongono per un suo vasto uso, nella nuova veste, a fini pratici.

Se una cosa emerge chiaramente dalla lettura dei Fr. Aug., è che – se essi dovevano servire ad agevolare e completare la lettura di Gaio, e se questa lettura era destinata a preparare dei futuri pratici – il suo scopo non era di portare a conoscenza degli allievi norme di immediata applicazione. Si trattava di un manuale di studio preparatorio, dal quale si traevano, all'occasione, anche dei principi che sarebbero potuti servire tali e quali, ma che, nel complesso, rappresentava una parte veramente scolastica dell'insegnamento.

Ma vi è, infine, una considerazione più penetrante, che serve meglio di ogni altra ad inquadrare il commentario di Autun ed il metodo che esso testimonia, nella storia delle fonti del basso Impero romano d'occidente.

A differenza delle *res cottidianae*, che lo precedono, e dell'*Epitome*, che lo segue, il commentario di Autun non mostra affatto, nel suo autore, la preoccupazione di modificare la sostanza delle norme e degli istituti che i corrispondenti passi di Gaio espongono. Tuttavia, come ha messo bene in luce il Volterra³⁷, l'autore stesso non manca di introdurre distinzioni e categorie nuove. Questa duplice circostanza – rispetto delle norme, innovazioni di metodo e di teoria – è oltremodo illuminante.

Essa ci riporta ad un periodo intermedio tra le rielaborazioni della prima età postclassica (III sec. e principio del IV) e le altre rielaborazioni – di tutt'altro carattere – dell'età dell'*Epitome Gai* e dell'*interpretatio Pauli* (seconda metà del V sec.): periodo intermedio, che ora ci appare caratterizzato da una lettura dei classici con carattere dottrinale e preparatorio, che potrà essere, ben presto, tranquillamente tralasciata³⁸.

9. – Le conclusioni alle quali siamo pervenuti, sono dunque più o, meno nella linea segnata dal pensiero del Ferrini e dello Scialoja. Tuttavia sulla base dell'insieme delle considerazioni svolte, io mi azzarderei a precisare la loro datazione (IV sec. principio del V), affermando che il commentario di Autun è opera posteriore ai primi decenni del IV sec. ed anteriore al 420 (data della conquista di Autun da parte dei Burgundi).

Il presente risultato, come avevo avvertito; non può essere inteso che come una semplice critica alla dottrina dominante: abbiamo ammesso il presupposto della

³⁷ In *ASD*, 1 (1957), 59.

³⁸ Cfr. quanto, a proposito della legge delle citazioni e della sua applicazione pratica, osservano GAUDEMET, *La formation*, 77, e LOMBARDI, in *SDHI*, 23 (1957), 440 s. (rec. a *La formation*).

relazione esistente tra i Fr. Aug. e la scuola di Autun, e ne abbiamo dedotto che, sulla base di esso, non si può accettare la datazione comune.

Allo stato attuale delle nostre conoscenze, non è forse possibile dare, alla soluzione del problema proposto, una soluzione sicura: è possibile però formulare altre ipotesi, se si abbandona il presupposto qui accettato, per percorrere altre vie. Ed è quanto mi riprometto di fare in altra sede.

SULL'ORIGINE DEL 'FRAGMENTA AUGUSTODUNENSIA' *

SOMMARIUM: Pseudo-Gaianum opus; in Augustodunensibus fragmentis repertum, in occidentali iuris schola saec. IV vel V, a discipulo quodam ex ore docentis redactum videtur.

In uno studio precedente¹ mi ero posto il problema della datazione dei *Fragmenta Augustodunensia*, e avevo tentato di dimostrare che, se (come generalmente avviene) si ammette un rapporto fra la parafrasi delle Istituzioni di Gaio, in quei frammenti contenuta, e una scuola giuridica di Autun, la data dell'operetta può essere fissata tra i primi decenni del IV secolo e il 420. Avevo avvertito, tuttavia, che il risultato raggiunto era condizionato all'ammissibilità del presupposto, abbandonando il quale sarebbe stato possibile percorrere altre vie: il che mi riservavo di fare in successive ricerche.

È di tali rimediazioni del problema che intendo dare conto in questa sede².

I. — IL PROBLEMA DELLA DATA E DEL LUOGO D'ORIGINE

1. — Considerando in modo critico tutti gli elementi in nostro possesso, ci si convince che l'ipotesi di una qualsiasi relazione fra i Fr. Aug. e una scuola giuridica di Autun è del tutto arbitraria.

Il Lowe, nei suoi *Codices latini antiquiores*³, ci informa con esattezza intorno al-

* Pubblicato in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XXIX, 1963.

¹ Sui 'Fragmenta Augustodunensia', in *Studi Biondi*, 1, 551 ss. A questo saggio rinvio per le indicazioni bibliografiche generali, che qui non ripeto; adde WIEACKER, *Allgemeine Zustände und Rechtszustände gegen Ende des weströmischen Reichs (Ius romanum Medii Aevii, 1, 2 a)*, Mediolani 1963, 45 ss., 55. I passi tratti dai Fr. Aug., riportati nel presente articolo, sono basati sull'edizione del KRÜGER (ZSS, 24 [1903], 378 ss. = *Coll. libr. iur. antiust. I: Gai instit.*⁷, Berolini 1923, XL ss. [con *Epimetrum* del Mommsen]).

² Poiché lo studio sopra richiamato è stato scritto oltre due anni fa, non deve meravigliare che alcune affermazioni e conclusioni in esso contenute risultino qui superate o anche contraddette. In particolare, come si vedrà, il credito che là facevo alla supposta connessione tra Autun e i Fr. Aug. — cui, sebbene con un certo scetticismo, condizionavo la ricerca — viene privato di ogni base nel § 1 di questo nuovo studio.

³ LOWE, *Codices Latini antiquiores*, 6, Oxford 1953, n. 724 (per le *Institutiones* di Cassiano), 725 (per l'*Historia naturalis* di Plinio), 726 (per la parafrasi di Gaio).

la struttura del manoscritto in cui si legge la parafrasi di cui ci occupiamo. Si tratta di parte di un manoscritto delle *Institutiones* di Cassiano, in semionciale della fine del sec. VI, la cui origine è incerta, benché paia probabile sia stato redatto presso una comunità monastica della Francia meridionale. Di questo manoscritto restano 171 fogli: provenienti dalla Cattedrale di Autun, furono poi trasferiti al Seminario della stessa città, donde ne furono rimossi quattro, che ora si trovano a Parigi⁴; gli altri 167 fogli (numerati 1-82, 82 bis, 83-98, 98 bis, 99-165) sono tuttora a Autun, nella Biblioteca municipale⁵. I fogli di questo manoscritto sono, in parte, palinsesti; e, in tal caso, le *Institutiones* di Cassiano costituiscono la seconda scrittura. La prima scrittura reca, sui fogli di Parigi, nonché sui fogli 8, 11, 145, 147 ss. di Autun, una copia della *Naturalis historia* di Plinio (lib. VIII, 228 ss.), in onciale del sec. V, di origine incerta, ma probabilmente italiana; su 15 fogli di Autun (97, 98, 98 bis, 99-110) la parafrasi di Gaio, scritta, dice il Lowe, in «a small, rather crude half-uncial of an early type», è da attribuirsi al sec. V e all'Italia, ovvero alla Francia meridionale.

Se qualche cosa è lecito trarre da questi dati, senza ricorrere ad altro che alla logica più elementare, è quanto segue.

Se si ammette, o anche solo si ritiene probabile, che – come suggerisce il Lowe – la copia delle *Institutiones* di Cassiano, che apparteneva alla Cattedrale di Autun, non sia stata redatta in questa città, ma più a sud⁶, e che ad Autun sia stata semplicemente portata in seguito, consegue che la presenza a Autun delle ‘prime scritture’ di alcuni dei fogli che ne costituiscono il materiale è del tutto accidentale. Queste ‘prime scritture’, finché non ci pensarono i paleografi, non furono mai neppure lette a Autun, poiché, quando le relative pergamene vi pervennero, il testo che esse recavano era quello di Cassiano. In sostanza, partendo dalle indicazioni del Lowe, la storia del manoscritto appare più o meno questa: nel V secolo, in Italia o nel meridione della Francia uno scrivano redasse una copia della parafrasi gaiana; questa copia, o fogli di essa, pervennero a un monastero della Francia del sud, non sappiamo se valutati per quanto vi era scritto, o se già considerati semplicemente come possibile materiale scrittorio: in ogni modo come tali furono poi impiegati – insieme ad altri fogli bianchi e a parte di una copia della *Naturalis Historia* di Plinio – per redigere una copia delle *Institutiones* di Cassiano; solo in quest’ultima veste i fogli della parafrasi (insieme agli altri che componevano il nuovo libro) abbandonarono i paesi del sud per essere portati ad Autun, dove si trovano ancor oggi.

È ben vero che le risultanze delle indagini paleografiche possono talora essere opinabili; ma, a parte il fatto che non tocca certo a uno storico del diritto di confutarle, nel nostro caso quanto se ne deduce è assai verosimile; e, del resto, io non me ne voglio servire che per trarne elementi uguali e opposti a quelli che si sono tratti

⁴ Bibl. Nat. Nouv. Acq. Lat. 1629, foll. 17-20.

⁵ Bibl. Municip. 24.

⁶ Qui, oltre ai criteri paleografici, possono anche soccorrere considerazioni d’ordine storico, in relazione alla possibile sfera di più diretta influenza del monaco, fondatore di S. Vittore di Marsiglia (sul quale: CHADWICK, *John Cassian, a study in primitive monasticism*, Cambridge, 1950).

dalla circostanza del ritrovamento ad Autun del manoscritto, in modo da mostrare l'arbitrarietà (non l'inesistenza) del supposto legame tra la città e l'opera.

Se puramente accidentale, dunque – venendo ora a quanto direttamente ci interessa – può essere la presenza a Autun della parafrasi di Gaio, sono gratuite le deduzioni che se ne sono fatte, prima fra tutte quella dell'esistenza, *in loco*, di una scuola di diritto. La scuola giuridica di Autun pare invero, non forse un'invenzione, ma certo una di quelle convinzioni – spontaneamente quanto gratuitamente germinate – che talora si insinuano nella manualistica, quando l'autore (anche il più attento e diligente) combina inconsciamente dati veri in modo arbitrario. I dati, nel nostro caso, consistono nella provata esistenza di una scuola letteraria in Augustodunum durante l'impero, ed in particolare per il sec. III e il principio del IV⁷, e nel ritrovamento, ivi, del manoscritto dello Pseudo-Gaio: quanto possa essere legittima la loro somma, sarebbe già assai dubbio, anche se non si potesse dimostrare, come credo di avere fatto, l'assoluta irrilevanza del secondo dato.

2. – Quanto al 'terminus post quem' per la datazione dei Fr. Aug., considerazioni vecchie e nuove permettono di spostarlo assai in là nel corso del sec. III, con tendenza a oltrepassarne lo scorcio.

In Fr. Aug. 6-8, si parla del *ius Latii* degli ingenui come di un istituto abrogato⁸. La conclusione si deduce con certezza osservando l'uso del tempo dei verbi. Il tempo usato nella parafrasi è normalmente il presente; soffermandoci sulla parte dei Fr. Aug. corrispondenti al primo libro delle Istituzioni di Gaio (Fr. Aug. 1-22), si parla al pre-

⁷ V. l'articolo citato, in *Studi Biondi*, 1, 566 s. n. 24. (Alla lett. ivi cit. adde DUVAL, *La vie quotidienne en Gaule pendant la paix romaine*, Paris 1960, 201 s.). Ivi non notavo che la scuola in parola non risulta essere stata di diritto, mentre è chiaro, al contrario, il suo carattere di scuola letteraria (grammatica e retorica): *Pan. lat.*, V, 7; V, 14. È ben vero che i discepoli educati a Autun si avviavano spesso, o anche principalmente, alla carriera dell'avvocato o del funzionario nell'amministrazione imperiale (*Pan. lat.* VII, 23, 2), ma l'istruzione richiesta per intraprendere questa carriera non era necessariamente giuridica, anche nell'epoca di cui parliamo (per i tempi anteriori cfr. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, in *Jus*, 3 [1960], 390 ss.): si veda, in particolare, *Pan. lat.* V, 5, ove è evidente che le carriere di cui si parla al paragrafo 4 (... *ne hi quos ad spem omnium tribunalium aut interdum ad stipendia cognitionum sacrarum aut fortasse ad ipsa palatii magisteria provehi oportet* ...) trovano il loro fondamento negli studi letterari di cui ai paragrafi 1-3: 1: ... *sedem illam liberalium litterarum* ... 2: ... *ut doctrina atque eloquentiae studia florerent* ... 3: *inter illas imperatorias dispositiones, longe maioribus summae rei-publicae gubernandae provisionibus occupatas litterarum quoque habuere dilectum* (ove Eumenio appunto loda l'imperatore Massimiano di avere voluto, tra i suoi affari di Stato, occuparsi anche della scuola di Autun). Su questi problemi v. MARROU, *Histoire de l'éducation dans l'Antiquité*⁵, Paris 1960, 412 ss.

Non voglio escludere in modo assoluto che nelle scuole abitualmente frequentate da persone che si preparavano alla carriera nella pubblica amministrazione, vi fossero corsi integrativi di diritto: a mia notizia, però, il primo testo che, per una medesima Scuola, accosta professori di diritto e professori di materie letterarie, è la costituzione istitutiva della Scuola di Costantinopoli (C. Th. 14, 9, 3, 1 = C. 11, 19, 1, 2; a. 425). In ogni modo, senza prendere posizione su questo punto, mi basta avere chiarito che nulla lascia supporre l'esistenza, a Autun, di una vera e propria Scuola di diritto.

⁸ KRÜGER, in *ZSS*, 24 (1903), 407.

sente nei paragrafi 1-5 (cfr. Gai. 1, 93-94), in tema di acquisto della cittadinanza dei peregrini, nei paragrafi 9-10 (cfr. Gai. 1, 97) in tema di adozione, 11-22 (cfr. Gai. 1, 124-129) ove l'argomento è *'quomodo hi qui alieno iuri subiecti sunt, eo iure liberentur'*. Invece, in Fr. Aug. 6-8 (cfr. Gai. 1, 95-96), è usato l'imperfetto⁹. Ciò dimostra all'evidenza che i Fr. Aug. sono posteriori alla *Constitutio Antoniniana* del 212¹⁰.

Un altro indizio si trae dal modo in cui l'autore della parafrasi riporta le formule. Egli usa infatti costantemente la prima persona:

Fr. Aug. 108: 'Si par(*ret te dare*) oportere tot milia' vel 'illam rem' et 'quidquid te dare facere praestare oportet'.

Fr. Aug. 109: 'Si parret illum fundum meum esse ex iure Quiritium'.

Fr. Aug. 109: 'Si parret illam *rem* meam esse ex iure quiritium'.

Fr. Aug. 111: 'Si parret me deposuisse apud illum Gaium Seium illam rem (*nec redd*)itam esse dolo malo illius Gai Sei, condemna illum'.

L'illogicità di questo modo di enunciare le formule¹¹, che emerge palese da quella del paragrafo 111, ove pare che la parte stessa ordini al giudice di condannare, mostra come l'autore non avesse pratica familiarità col processo formulare. La deduzione risulta confermata da Fr. Aug. 97 ove, in corrispondenza a Gai. 4, 103, la parafrasi parla di *iudex* invece che di *praetor*.

Se anche questi elementi non offrono un appiglio preciso per stabilire un termine 'post quem' per la composizione della parafrasi, tuttavia essi permettono di spostare questa data alquanto in qua, ed in ogni modo assai più tardi del 212. Si tenga conto che i Fr. Aug. raccolgono certo l'insegnamento di un maestro: si deve pertanto ritenere che non solo nel momento in cui egli impartiva il suo insegnamento, ma anche al tempo dei suoi stessi studi, il processo formulare non avesse più vigore pratico, almeno nel luogo dove egli visse; altrimenti, del processo formulare (che egli mostra per altro di conoscere notevolmente) gli sarebbero rimasti a mente con chiarezza i *concepta verba* nelle loro strutture tipiche. Anzi, proprio questa coesistenza di una conoscenza approfondita, o per lo meno precisa, di certi importanti aspetti del processo formulare (come quella che emerge dalle pagine dedicate alla distinzione tra *iudicia legitima* e *iudicia quae imperio continentur*, già

⁹ In Fr. Aug. 14 la menzione dei latini è in una frase al presente: la cosa si spiega essendo tale menzione parte di una enumerazione: *'ergo hi(s modis) exeunt de potestate, quibus modis manumittuntur, aut ut (fiant de)editicii aut Latini aut cives Romani'*. L'uso dell'imperfetto corrisponde, nei Fr. Aug., precisamente agli istituti abrogati: così quando vi si espone il più antico regime della sostituzione fedecommissaria (Fr. Aug. 66 ss.: qui però il tempo corrisponde a quello usato da Gai. 2, 252). I Fr. Aug. usano il passato anche ove si narra, in forma episodica, un fatto che si presume avvenuto in passato: cfr. Fr. Aug. 29. V. anche le osservazioni del WIEACKER, *Allgemeine Zustände* cit., 46.

Sulla imprecisa nozione che l'autore dei Fr. Aug. aveva del *ius Latii*, v. MOMMSEN, *Epimetrum*, LXVIII.

¹⁰ Cfr. le considerazioni dell'ARCHI, *Epitome Gai*, Milano 1937, 104 e 109 s.

¹¹ L'uso di enunciare le formule in prima persona è comune ai Greci: FERRINI, *Opere*, 2, 422.

lodate dal Ferrini¹²), e dell'ignoranza della struttura esatta delle formule, porta inequivocabilmente a concludere che l'autore dell'opera mai aveva praticato quella forma di processo, ma ne aveva avuto una conoscenza unicamente dottrinale¹³.

3. – Per quanto riguarda il termine 'ante quem', quanto detto al § 1 toglie fondamento alle considerazioni legate ad Autun e alla sua scuola, che nella precedente ricerca mi avevano permesso di fissare il 420 come data estrema; pertanto, questa va spostata più in là nel corso del sec. V, secolo che la datazione del manoscritto posta dal Lowe non permette però di oltrepassare. Tuttavia, se si vuole accettare una datazione che giunga al sec. V avanzato, va notato che la quasi totale scomparsa delle scuole classiche in Gallia, in seguito alle invasioni barbariche¹⁴, consiglia – dato il sicuro carattere scolastico dei Fr. Aug. – a spostare il luogo d'origine dell'opera altrove (benché sempre nell'ambito dell'Impero d'Occidente, per quanto si dirà nel prossimo paragrafo). In particolare, si è portati a pensare all'Italia, che – oltre che fra i più probabili, secondo il Lowe, luoghi d'origine del manoscritto – era terra di più radicata romanizzazione. La cultura giuridica aveva sofferto anche in Italia, a cagione del passaggio dei barbari¹⁵, e le testimonianze relative all'esistenza di professori di diritto all'epoca di Teodorico e Atalarico¹⁶ non si sa se rispecchino uno degli aspetti delle restaurazioni ostrogote o riguardino epigoni di una tradizione senza soluzione di continuità: ma almeno per la scuola di Roma una certa continuità è sicura¹⁷, e nulla vieta di pensare i Fr. Aug. come un suo prodotto.

Comunque sia, resta valido quanto, nello studio precedente osservavo sui ca-

¹² *Opere*, 2, 422.

¹³ Le altre considerazioni del KRÜGER, ZSS, 24 (1903), 407, mi paiono meno sicuramente indicative, e pertanto non ne tengo conto. Ho voluto infatti – sia per quanto ho desunto dalla dottrina, sia per quanto ho aggiunto di nuovo – considerare unicamente gli indizi, che mi sembravano dotati di valore univoco per fissare il termine 'post quem' della compilazione della parafrasi.

¹⁴ La persistenza dell'insegnamento pubblico (della retorica) nella Gallia del V secolo (almeno fino al 474) è stata di recente (contro il ROGER e il MARROU), sostenuta dal RICHÉ, *Education et culture dans l'Occident barbare*, Paris 1962, 74. Le eccezioni, tuttavia, se anche vi furono, non tolgono valore al quadro generale che risulta dalle ricerche del ROGER, *L'enseignement des lettres classiques d'Ausone à Alcuin, introduction à l'histoire des écoles carolingiennes*, Paris 1905, in part. 87; MARROU, *Histoire de l'éducation dans l'antiquité*⁶, 453 s.

¹⁵ V. Nov. Val. 32, 6 (a. 451) che riguarda specificamente l'Italia; più genericamente Nov. Th. 1 pr. (a. 438).

¹⁶ *Iust., Const. pragmatica* (Schöll, App. VII), 22; *Cass. Var.*, 9, 21; cfr. RICHÉ, *Education*, 68.

¹⁷ Cfr. CONRAT, *Zur Kultur des röm. Rechts im Westen des röm. Reichs im vierten und fünften Jahrh. nach Christi*, in *Mélanges Fitting*, 1, Montpellier 1907, 292 ss. Alcuni autori (cfr. da ultimo RICHÉ, *Education*, 115) affermano l'esistenza di una scuola di diritto a Ravenna, almeno a partire dall'epoca di Teodorico. Va però notato, a questo proposito, che di tale scuola non ci resta alcuna notizia, né diretta né indiretta. Le allusioni ai professori nelle *Variae* di Cassiodoro e nella *Pragmatica*, citate alla n. 16, sono generiche; anzi, quella della costituzione giustiniana, contiene un'allusione (se pure non necessariamente connessa con i *iurisperiti*, né necessariamente limitatrice) a Roma.

ratteri intrinseci della parafrasi di Autun, caratteri che – per diversi rispetti – la estraniavano un poco dall’ambiente della cultura giuridica quale si desume studiando le fonti private che più sicuramente appartengono alla seconda metà del sec. V. Per questa ragione, come avevamo visto il termine ‘post quem’ tendere decisamente oltre la fine del III secolo, così io sarei propenso a scorgere una – se pur meno decisa – tendenza del termine ‘ante quem’ a risalire verso l’inizio del V secolo.

4. – Con certezza quasi assoluta si può affermare che i Fr. Aug. appartengono all’Occidente. Né v’è necessità di confutare – a questo proposito – la diversa opinione, che solitamente si attribuisce all’Albertario, poiché essa non riguarda il luogo di composizione dell’opera, ma la provenienza del suo Autore¹⁸. Il fatto che la parafrasi sia scritta in lingua latina indica con sufficiente sicurezza che essa è stata scritta in Occidente e per l’Occidente¹⁹. Ma ove si voglia, nell’ambito dell’Impero romano d’Occidente, segnare più precisi confini topografici intorno alla patria del commentario di Autun, il problema si fa praticamente insolubile. La tradizionale attribuzione alla Gallia dipendeva quasi esclusivamente dal legame stabilito tra l’opera e la scuola di Autun, legame che abbiamo visto privo di seria consistenza. La stessa supposizione dell’appartenenza dell’opera ad una scuola provinciale è basata sulla sola menzione del preside accanto al pretore²⁰: circostanza che si spiega benissimo, anche supponendo che l’autore della parafrasi insegnasse in Italia, poiché costui poteva ben preoccuparsi del fatto che una cospicua parte dei suoi allievi avrebbe svolto la sua attività in provincia²¹.

Insomma, nessuna regione della *pars Occidentis* può essere a priori esclusa. Oscillazioni e tendenze verso l’uno o l’altro luogo possono semmai dipendere, come si è visto, dalla precisazione della data.

¹⁸ L’A. (*Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*, 1, Milano 1935, 113 s., n. 99; *Studi*, 6, 399 s.), in verità, non pensa che la parafrasi sia stata scritta in Oriente: egli la ritiene infatti opera di un maestro di Autun della metà del V secolo; ma, basandosi sui confronti con la parafrasi di Teofilo stabiliti dal FERRINI (*Opere*, 2, 426 ss.), conclude nel senso che «il maestro di Autun ha portato dall’Oriente la sostanza e la forma dell’insegnamento che nell’Oriente si andava svolgendo e che vi riappare più tardi nella parafrasi Teofiliana». Gli elementi che lo traggono a questa convinzione sono esclusivamente formali, tranne quello offerto dalla presenza, nei Fr. Aug. (61 ss.), della concezione della *hereditas* come *universitas*, assente dall’*Epitome Gai*, e presente in Theoph. 2, 23 pr.; ma siccome la parafrasi di Teofilo è senza dubbio posteriore a quella di Autun, benché rispecchi certo l’insegnamento tradizionale in oriente, le notate analogie non possono offrire la prova di un apporto dell’Oriente all’insegnamento occidentale, potendo essere benissimo, invece, indizio di un’influenza in senso opposto.

¹⁹ Anche le *res cottidianae*, che la dottrina riteneva un tempo frutto delle scuole orientali (v. lett. presso FELGENTRAEGER, in *Symbolae Friburgenses*, Leipzig s.d. [1931], 365 e in part. ARANGIO-RUIZ, in *Studi Bonfante*, 1, Milano 1930, 495 ss.), viene ora attribuita all’occidente (fine del III sec.): cfr. SCHULZ, *Geschichte der röm. Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 202 e n. 7; DI MARZO, in *BIDR*, 51-52 (1948), 15.

²⁰ È un’ipotesi del FERRINI e dello SCIALOJA. Su di essa v. brevemente *Studi Biondi*, 1, 555.

²¹ Sugli spostamenti degli studenti durante il basso Impero, v. CONRAT, *Mél. Fitting*, 1, 292 ss. e passim; VOLTERRA, *Western postclassical schools*, in *Cambridge Law Journal*, 10 n. 2 (1949), 199 s.; *Apunti sulle scuole postclassiche occidentali*, in *ASD*, 1 (1957), 56 s.

II. – SULLA NATURA DELL'OPERA

5. – Malgrado l'interesse che una datazione della parafrasi di Autun può rivestire, più importante appare un'indagine sull'origine dell'operetta: intendo dire, con precisione, sulla sua 'Entstehung'. Poiché (come è pacifico, e del resto evidente) la parafrasi gaiana è connessa – qualunque ne sia il modo – con un insegnamento scolastico, e per l'esattezza (tenendo ferma la datazione approssimativa di cui si è discusso) con l'insegnamento dell'occidente postclassico successivo al periodo 'früh-nachklassisch', una esatta valutazione della sua origine e della sua natura può gettare luce su di un periodo fra i meno noti della storia dell'insegnamento del diritto.

6. – I risultati finora raggiunti, in particolare per opera del Ferrini²², circa la natura della parafrasi di Autun, possono essere così riassunti: è certo che essa fu condotta sulle istituzioni di Gaio, ed è sommamente probabile che in essa si rispecchi l'insegnamento istituzionale del diritto in una scuola appunto di diritto, e non – come in linea di ipotesi sarebbe possibile pensare – in una scuola d'altro genere, in particolare di retorica. Come già notavo altrove, quest'ultimo dato si trae dall'allusione dell'attività consultiva contenuta in Fr. Aug. 31²³.

Dai particolari caratteri della parafrasi si sono dedotte alcune delle caratteristiche dell'insegnamento che le corrispondeva. «In tutte queste scuole – scrive il Ferrini discorrendo insieme dei Fr. Aug. e della Parafrasi di Teofilo – il testo era presente; la lezione consisteva nell'espone in più largo discorso il suo contenuto, nell'aggiungere schiarimenti, nel dissipare difficoltà»²⁴.

Tutto ciò è senza dubbio vero, ma per la precisa valutazione della testimonianza offerta dai Fr. Aug. sul carattere dell'insegnamento postclassico occidentale, mi sembra opportuna una precisazione che finora, almeno in termini espliciti, non è stata fatta.

Un esame attento del dettato dei Fr. Aug. rivela, a mio modo di vedere, la sua provenienza diretta dall'insegnamento orale: redatti da uno scolaro o da uno scriba (la prima ipotesi, forse, è più probabile), essi appaiono scritti – forse anche con

²² V. in particolare *Opere*, 2, 426.

²³ Fr. Aug. 31: *Hoc ergo [exem]plo hodieque, si tali re procedis, possumus dare consilium ut [suppli]cetur*.

Varianti della lezione: *talis res procedit* Ferrini; *taliter res cedit* Ferrini-Scialoja dubitativamente; *[suppl]icet* Ferrini-Scialoja.

Su questo testo cfr. *Studi Biondi*, 1, 558. Il WIEACKER, *Allgemeine Zustände* cit., 45 s., afferma che l'autore dei Fr. Aug. non doveva essere un giurista, ma un grammatico. L'ipotesi, più che provata, vi è illustrata con la ricchezza e l'acume propri dell'A.; tuttavia non mi sento di condividerla per il suo contrasto con quanto si deduce dal dettato del § 31 ora cit.

²⁴ FERRINI, *Opere*, 2, 426.

l'ausilio della tecnica stenografica – durante le lezioni, le quali vengono riportate testualmente o quasi.

In sostanza, la precisazione che intendo fare, è quella di mettere in luce una più stretta connessione tra i Fr. Aug. ed il vivo insegnamento scolastico.

La dimostrazione di questo assunto potrebbe essere fatta su tutto il testo a noi pervenuto della parafrasi di Autun (che continuo a chiamare così, per quanto – dato l'assunto – la denominazione di 'dispense' sia più appropriata); ma per brevità, ed a titolo di saggio, ne darò qui conto relativamente ai punti in cui il manoscritto riporta frasi o parole in maiuscolo, nonché di Fr. Aug. 56, ove si legge, a mo' di citazione, il nome di Gaio.

7. – Quanto alle espressioni in maiuscolo, esse, secondo il Ferrini²⁵, sono costituite da parole di Gaio, che l'autore riferiva per commentarle. Questa idea non può certo essere seriamente messa in dubbio; tuttavia è necessario precisarla, e in ogni modo farla oggetto di alcune considerazioni, esaminando in concreto i singoli punti.

a) Fr. Aug. 66: Apud veteres autem, neque loco heredis erat neque loco legatarii, sed loco emptoris. plene ergo explicabimus, quemadmodum apud veteres loco emptoris fuit, et quando hodie fideicommissarius loco heredis est quando loco legatarii. TUNC ENIM IN USU ERAT EI CUI RESTITUEBATUR HEREDITAS NUMMO UNO EAM HEREDITATEM DICIS CAUSA VENIRE.

67: Sicut superius diximus, fideicommissarius apud veteres nec heredis loco erat nec legatarii, sed emptoris. nam qui rogabatur hereditatem restituere, apud veteres adhibebat quinque testes libripendeme et imaginaria venditione videbatur vendere hereditatem illi fideicommissario; unde loco venditoris heres ipse, fideicommissarius loco emptoris erat et stipulationes interponebantur inter heredem et fideicommissarium, quae solent interponi inter venditorem et emptorem, ubi institutus heres vendit hereditatem.

Gai. 2, 252: Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris.

Tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas nummo uno eam hereditatem dicis causa venire:

et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur inter heredem et ei cui restituebatur hereditas.

²⁵ *Opere*, 2, 429.

La parte in maiuscolo dei Fr. Aug. corrisponde esattamente al testo gaiano: tuttavia non risulta chiara la sua inserzione nel discorso del parafraste. Questi, sulla scorta di Gai. 2, 251 (*is vero qui recipit hereditatem aliquando heredis loco est, aliquando legatarii*), aveva concluso il § 65 con le parole '*sed interdum is quidem erit loco heredis fideicommissarius, interdum erit loco legatarii*'; continuando con parole quasi identiche a quelle di Gaio, inizia poi il § 66 annunciando l'originaria situazione *loco emptoris* del fedecommissario. A questo punto, senza corrispondenze gaiane, egli dichiara la sua intenzione di spiegare pienamente ciò che riguarda le tre situazioni possibili del fedecommissario e, – senza introduzione o citazione alcuna – passa a leggere la frase di Gaio che riguarda la restituzione del fedecommissario mediante vendita dell'eredità. Poi riprende il discorso di prima, ripete che il fedecommissario *olim* non era né *loco heredis* né *loco legatarii*, ma *loco emptoris*, e spiega come avveniva la vendita, con brevi parole allusive al cerimoniale (e va notato che a questo punto egli equivoca, poiché la vendita dell'eredità era, a quanto pare, attuata mediante il contratto consensuale, non mediante la *mancipatio*), dopo di che, riattaccandosi a Gaio, dice dell'impiego delle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*. La differenza di carattere che presentano i due testi – quello di Gaio e quello della parafrasi – riposa soprattutto in questo: che il discorso gaiano ha tutti i caratteri della trattazione scritta, mentre il commentario ha evidentemente l'andamento della lezione orale. Si notino le frequenti ripetizioni, così comuni a chi parla senza preoccupazioni oratorie, ma col solo intento di far sì che chi ascolta conservi chiaramente il filo del discorso (*apud veteres autem neque loco heredis etc., sed loco emptoris; plene ergo explicabimus, quemadmodum apud veteres loco emptoris fuit, et quando hodie loco heredis etc.; sicut superius diximus, ... apud veteres nec heredis loco erat nec legatarii sed emptoris*); si noti soprattutto che, così come è scritto, il discorso non fila attorno alla fine del § 66 e al principio del § 67. La citazione di Gaio, infatti, interrompe il discorso inopinatamente (non è introdotta da un *dicit Gaius* o qualcosa del genere), e il '*sicut superius diximus*' con cui si inizia il § 67 pare presupporre una digressione più lunga.

Tutto ciò si spiega benissimo, se si suppone di trovarsi di fronte ad appunti redatti durante una lezione: le frequenti ripetizioni sono dovute alle preoccupazioni didattiche del maestro, e con ogni probabilità riuscivano anche meno appariscenti nel corso della sua esposizione, corrette dal tono della viva voce, o da precisazioni che lo scolaro (preoccupato come ogni buon discente di fissare sulla carta l'essenziale) ha omesso; la mancanza di introduzione alla citazione di Gaio dipende dal fatto che lo scolaro non ne aveva bisogno, poiché egli aveva evidentemente un segno convenzionale con cui indicava le parole gaiane lette dal maestro. E si spiega anche benissimo la digressione che manca prima delle parole '*sicut superius*': il maestro doveva avere spiegato il significato di '*nummo uno dicis causa venire*', richiamando (in conseguenza dell'equivoco sopra notato) quanto già gli studenti sapevano a proposito della *mancipatio* (o forse chiedendo a qualche studente di esporre lui stesso quanto doveva sapere): il nostro studente redattore non ha ritenuto di dovere scrivere tutto questo, e ne ha approfittato per riposarsi la mano, ri-

prendendo invece là dove il maestro continuava, riaccennando anche al cerimoniale della *mancipatio* (e si noti che non la nomina, il che conferma che doveva averne da poco parlato), l'esposizione delle nozioni più strettamente connesse col luogo in esame.

Naturalmente, in questo tentativo di ricostruzione di una lezione postclassica non manca un poco di fantasia. Lo scopo è semplicemente di mettere in luce come la supposizione che il passo dei Fr. Aug. sia stato scritto durante una lezione orale (anche se poi gli appunti sono stati in parte rielaborati) renda pienamente ragione delle incongruenze o disarmonie del testo.

b) Passiamo al secondo confronto testuale:

Fr. Aug. 79: [INTEN]TIONEM
ADIUDICATIONEM CONDEMNA-
TIONEM

Gai. 4, 39: Partes autem formularum
hae sunt: demonstratio intentio adiudicatio
condemnatio. Demonstratio est ...

Si tratta di un confronto assai scarno (tre sole parole, le uniche che si leggono nel foglio 98 v del palinsesto), ma oltremodo interessante. Dato il carattere maiuscolo, dobbiamo pensare che chi scriveva fosse convinto di riportare parole di Gaio; ma in Gaio le tre parole corrispondenti compaiono al nominativo. Non si può pensare ad un errore del copista, poiché la forma nominativa e la forma accusativa dei tre termini sono troppo diverse per rendere la cosa verosimile. L'unica spiegazione, che mi sembra logica, è quella che si trae dalla ipotesi che abbiamo posto. Pensiamo infatti al nostro maestro, che comincia a parlare, e dice press'a poco così: *'Dicit Gaius partes formularum has esse: demonstrationem, intentionem, adiudicationem, condemnationem'*; il nostro scolaro scrive, e pone il suo segno convenzionale a distinguere la citazione, che questa volta è risultata all'accusativo.

c) Gli altri tre confronti testuali ci dicono assai poco.

Di Fr. Aug. 80 ci resta solo una riga (l'unica del foglio 100 v del manoscritto) in cui compaiono, tutte in maiuscolo, le parole ALIAE IN QUIBUS IURIS CIVILIS INTENTIO EST. CETERAS VERO [IN FAC]TUM, perfettamente corrispondenti al dettato di Gai. 4, 45, ma che, per essere così isolate, non permettono alcun rilievo sul modo della loro inserzione nei Fr. Aug.

Contornata di lacune, sebbene meno gravi ma – ai nostri fini – equivalenti, è pure la frase in maiuscolo di

Fr. Aug. 96: NON TAMEN HAEC SUMMA SPONSIONIS NON ENIM [.....] /
non est poene sponsione / poenalis sponsio.

Il confronto con Gai. 4, 94 permette di rilevare che il manoscritto omette una parola. Dice infatti Gaio:

Non tamen haec summa sponsionis exigitur. Non enim poenalis est, sed ...

Ma sarebbe troppo comodo e banale voler confortare la mia tesi dicendo che lo studente, nella fretta di scrivere, ha omesso una parola: si può più semplicemente pensare all'omissione di un copista successivo.

Così pure non voglio trarre alcuna conclusione dall'ultimo confronto testuale:

Fr. Aug. 97: OMNIA AUTEM IUDICIA AUT LEGITIM[O IURE] CONSI-
STUNT. SAEPE TRACTANTES DIXIMUS, Q[uod] iudices

Gai. 4, 193: Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continen-
tur. Legitima sunt iudicia ...

L'unico rilievo da fare su questo luogo è che il manoscritto continua la scrittura maiuscola anche dopo finita la citazione di Gaio: anche qui preferiamo pensare semplicemente ad una svista del copista, piuttosto che ad una disattenzione dello scolaro, che abbia troppo prolungato o spostato il suo segno convenzionale per le citazioni.

Resta solo da osservare che questi tre ultimi confronti testuali, se nulla aggiungono alla prova della mia ipotesi, non contrastano con essa in alcun modo²⁶.

d) Un notevole interesse riveste pure il § 56 dei Fr. Aug., ove è contenuta la nota citazione di Gaio:

Fr. Aug. 56: Licet ei diutius deliberare, et ita quod intra tempus quod a praetore praefinitum est omnimodo adire ei datur, aut si non adierit, bona proscribentur: et quod dixit Gaius, prout moderatus fuit ipse praetor, ita tempus constituitur.

Non mi pare sia mai stata notata la più saliente singolarità di questo passo: che cioè qui si attribuisce a Gaio un'osservazione che non ci risulta contenuta nelle Istituzioni. Nei paragrafi (2, 164-173) ove Gaio discorre della *cretio* e dello *spatium deliberandi* (paragrafi che il Veronese ci ha restituiti in ottimo stato), non si trova alcun accenno che giustifichi la citazione.

A proposito dello *spatium deliberandi* stabilito dal pretore, Gaio si esprime semplicemente così:

Gai. 2, 167: ... solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velit adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere²⁷.

²⁶ FERRINI e SCIALOJA (cfr. *BIDR*, 13 [1900], 26 = FERRINI, *Opere*, 2, 458) pongono in maiuscolo anche alcune parole in Fr. Aug. 88 = Gai. 4, 82. Ma non così il KRÜGER; le maiuscole non compaiono neppure nell'edizione dei *FIRA*.

²⁷ L'idea del *moderamen* pretorio, affiora ancora poco sotto, nei Fr. Aug., a proposito di un simile intervento discrezionale del magistrato:

Le ipotesi che si possono fare per risolvere questo problema, sono varie. Si potrebbe pensare che il testo di Gaio, che il maestro teneva presente, contenesse un'osservazione a noi non pervenuta (un glossema, assente dal Veronese, ovvero una frase genuina che nella copia veronese è caduta); ma questa ipotesi non può essere controllata. La citazione può anche essere frutto di un equivoco: ad esempio, può darsi che l'osservazione sia stata del maestro, e che lo studente l'abbia erroneamente attribuita a Gaio. Ma la supposizione più probabile è che la citazione faccia riferimento ad una diversa opera di Gaio. Depone a favore di questa spiegazione l'uso del perfetto *dixit*: un commentatore è più facilmente indotto, infatti, ad introdurre le citazioni dell'opera commentata con il presente. Accettando questa spiegazione, si deve allora notare che la citazione non è precisata; se la parafrasi fosse stata direttamente scritta da un maestro, questi avrebbe senz'altro sentito il bisogno di indicare l'opera da cui traeva l'inciso, o almeno di avvertire che esso non era contenuto nel libro commentato. Ciò sarebbe stato forse difficile, invece, e comunque superfluo per l'allievo che prendeva appunti. Possiamo benissimo pensare che il maestro sia stato più preciso nella citazione orale, magari semplicemente aggiungendo o facendo precedere alle parole *dixit Gaius* qualcosa come '*alio commentario*', mentre l'allievo, come già lo abbiamo visto fare, si è limitato a raccogliere l'essenziale²⁸.

8. – Mi sembra che le precedenti considerazioni siano sufficienti a rendere verosimile l'ipotesi che vede nella parafrasi di Autun il testo di un corso di '*Institutiones*', redatto direttamente '*ex ore docentis*', in una scuola di diritto d'Occidente, in un'epoca che va posta – grosso modo – tra la pubblicazione del Codice Gregoriano e la caduta dell'Impero d'Occidente.

Quanto al redattore, ho preferito ravvisarvi uno scolaro, piuttosto che uno scriba; infatti la redazione del testo mostra una certa partecipazione al contenuto del medesimo, che nel semplice scrivano (che avrebbe riportato letteralmente tutto) sarebbe insolita. Si veda in particolare quanto ho notato a proposito di Fr. Aug. 66-67, ove si può persino supporre che sia stata omessa una digressione.

Fr. Aug. 58: Quod ergo facere non possit, qui cretionem non habet, ideo potest facere, qui longam cretionem habet? at potest interpellari a creditoribus, ut ipse praetor moderetur tempus adeundae hereditatis, et dicat: nisi intra tempus adierit, permittam creditoribus bona proscribere.

Gai. 2, 170: Omnis autem cretio certo tempore constringitur. In quam rem tolerabile tempus visum est centum dierum. Potest tamen nihilo minus iure civili aut longius aut brevius tempus dari: longius tamen interdum praetor coartat.

²⁸ Ci si potrebbe ancora chiedere, a proposito di Fr. Aug. 56, come mai qui il nostro scolaro, che – a ragione o a torto – era convinto di riferire un'osservazione di Gaio, non abbia usato le solite maiuscole (ovvero il segno di citazione, che nella successiva redazione è stato reso con le maiuscole). Si può a questo proposito semplicemente congetturare che egli fosse consapevole di non usare le precise parole di Gaio, tanto è vero che qui menzionò l'autore, cosa che non fece altrove. Tuttavia si deve notare che Fr. Aug. 56 appartiene ancora alla parte dell'opera nella quale, per quanto ci è pervenuto, non risulta fosse mai usato il maiuscolo nel modo che abbiamo visto nelle pagine precedenti. Infatti, le ci-

Comunque, lasciando nel dubbio questa seconda parte dell'ipotesi, non mi pare possano esservi ragioni in contrasto con la prima²⁹. Si potrebbe chiedere, forse, come mai dispense di lezioni abbiano potuto avere una notevole diffusione. Ma l'obiezione sarebbe mal posta. È vero che, con molta probabilità, il manoscritto di Autun rappresenta una copia successiva, e non una stesura in bella copia dell'originale, ma questo non significa proprio che l'opera abbia avuto diffusione: essa ci è nota unicamente per i frammenti che ce ne sono giunti, non risulta altrimenti mai richiamata, citata o utilizzata come base di opere successive; il fatto che probabilmente sia stata copiata può, al massimo, presupporre un suo uso locale, nella scuola ove è stata redatta. Il che è perfettamente in armonia col carattere che le abbiamo attribuito.

tazioni in maiuscolo compaiono tutte nella seconda parte dell'opera, la prima essendo in Fr. Aug. 66, in corrispondenza a Gai. 2, 252. Si potrebbe anche supporre che la prima parte costituisca una rielaborazione più accurata, e la seconda una semplice copiatura degli appunti: ma non sembra che altri indizi militino in questo senso.

²⁹ Nel 1869 il DERNBURG (*Die Institutionen des Gaius ein Collegienheft aus dem Jahre 161 nach Christi Geburt*, Halle, passim e in part. 33 ss.; 45 ss.) sostenne una tesi simile a proposito delle Istituzioni di Gaio (*o. c.*, 34: «... das Werk war... nicht als literarisches Product entworfen, sondern bildete die Vorlesungen des Autors, wie sie derselbe jedesmal unmittelbar vor der Abhaltung niedergeschrieben hatte, vielleicht theilweise ergänzt durch eine vor der Veröffentlichung benutzte correcte und wörtliche Nachschrift eines Zuhörers»). La tesi è ormai abbandonata da tutta la dottrina; ma chi voglia esaminare le decisive critiche che sono state avanzate dal KARLOWA (*Röm. Rechtsgeschichte*, 1, Leipzig 1885, 724) si renderà conto che esse non valgono rispetto ai Fr. Aug. Anzi, come notavo al § 7 lett. a), il confronto fra le *Institutiones* e la loro parafrasi mette precisamente in luce il carattere di trattazione scritta delle prime in contrasto con l'andamento da lezione della seconda.

SU ALCUNI PROBLEMI RELATIVI ALLA 'LOCATIO HORREI' NEL DIRITTO ROMANO CLASSICO *

SUMMARIUM. – Locatio horrei neque rei neque operis locatio proprie dici potest, est tamen rei locatio quodammodo similis (1-3). Rerum in horreis depositarum horrearius custodiam praestare debet (4-5), sed eum mercedem pro custodia accipere dici non potest (6). Claves cellarum conductores habent (7). Custodia sua, non solum a furto sed etiam a damno ab alio dato res depositas horrearius servare debet (8). Quaestiones, quae ex D. 19, 2, 55 pr. et C. 4, 65, 4 oriuntur, incertae solutionis videntur (9). Supra dictis omnibus perpensis, quibus casibus horrearius teneatur summam exponere auctor conatur (10). Quid, in lege horreorum *Negotia* 145 a, verba 'horrearius sine culpa erit' significant, breviter declaratur (11).

I. – NATURA DEL RAPPORTO

1. – Il problema della natura della *locatio horrei* (così, convenzionalmente¹, sarà in questo scritto denominato il rapporto contrattuale che intercorre tra l'*horrearius* e colui che depone merci del magazzino) si trascina da vari decenni. Accertato che si tratta di locazione, la letteratura romanistica è incerta se ravvisarvi una *locatio operis*, essendo l'*horrearius* il *conductor*, ovvero una *locatio rei*, l'*horrearius* essendo in tal caso il *locator*². A leggere le fonti, si ha l'impressione che la questione non tanto sia

* Pubblicato in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XXX, 1964.

Se questa ricerca è limitata cronologicamente al diritto del periodo classico, ed anzi manca in genere della dimensione temporale, ciò dipende esclusivamente dal carattere delle fonti che riguardano il tema: poiché esse (come si precisa alla n. 81 per quanto specificamente riguarda i problemi di responsabilità), pur se non scarse, non permettono di ricostruire l'evoluzione storica che ha preceduto l'epoca classica, o che durante tale epoca ha avuto luogo. Quanto poi al diritto postclassico – se si traslascia il problema (neppure del tutto chiaro) della interpolazione di D. 19, 2, 55 pr. e C. 4, 65, 4 (cfr. il § 9) – le fonti fanno difetto: poiché gli *horrea*, di cui pure si fa parola nel Codice Teodosiano e nel Giustiniano, sono altro dagli *horrea* oggetto di *locatio-conductio* che qui si prendono in esame, trattandosi invece di magazzini statali, la cui gestione era regolata da norme di diritto pubblico, e che erano destinati all'ammasso o ad altre funzioni di questo genere.

Sugli *horrea* in generale, la loro struttura, il funzionamento del servizio, e l'uso nell'antichità di custodirvi i beni, cfr. FIECHTER, in *RE*, 8, 2458 ss.

¹ Questa denominazione convenzionale trova la sua giustificazione nei risultati di questa prima parte della ricerca: cfr. in part. p. 128 s.

² La tesi che vi ravvisava una *locatio operis* è stata per lungo tempo incontrastata, ma anche dopo la critica del VÁŽNÝ (v. *infra*) ha continuato a trovare sostenitori. Si vedano: BRUCKNER, *Die 'custodia' nebst ihrer Beziehung zur 'vis maior' nach römischen Recht*, München 1889, 222 ss.; HAYMANN, *Text-*

oziosa, quanto addirittura insistente: esse infatti si esprimono in un unico senso, chiamando 'locator' l'*horrearius*³ e *conductor* il suo cliente⁴. Inoltre, le tre *leges horreorum* epigrafiche che ci sono pervenute⁵, si iniziano con una formula del seguente tipo:

In his horreis privatis Q. [T]ine[*z*] Sacerdotis Cl<e>m[*entis*] [—] loc[*antur b*]orrea apothecae compendiaria armaria intercolumnia et loca armaris ex hac die et ex k(alendis) Iuli[s].

Malgrado ciò, la questione non è né oziosa né insistente: poiché il problema della qualifica del rapporto è in stretta connessione con quello del suo contenuto, ed il contenuto non combacia con la struttura della *locatio rei*, in quanto l'*horrearius* è responsabile per il perimetro delle cose depositate.

kritische Studien zum röm. Obligationenrecht. I: Über Haftung für 'custodia', in ZSS, 40 (1919), 209; PARIS, *La responsabilité de la 'custodia' en d.r.*, Paris 1926, 97; ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in dir. rom.*², Napoli 1933 (rist. 1958), 118; BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 2, 1, Padova 1960, 224 s.; 368 ss. (non così in *Studi de Francisci*, 1, Milano 1954, 145 s.).

Il primo, a mia notizia, ad avanzare la tesi della *locatio rei* è stato il VÁŽNÝ, 'Custodia', Cortona 1926 (estr. da AP, 12), 131 ss.; seguirono: HUVELIN, *Histoire du droit commercial romain*, Paris 1929, 148; CARRELLI, *In tema di responsabilità per 'custodia', in riguardo ad alcuni studi recenti*, estr. da *Rassegna bibliogr. delle sc. giur. soc. e pol.*, 1931, 7 ss. In questa linea di pensiero sono da porre anche il LUZZATTO (*Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I: La responsabilità per 'custodia'*, Milano 1938, 225 s.), che tuttavia ammette che «la natura del rapporto fra deponente ed *horrearius* può essere incerta»; il MAYER-MALY ('*Locatio-conductio*', Wien 1956, 210), che però pensa alla sublocazione (v. in proposito WUBBE, 510 n. 7); il WUBBE (*Zur Haftung des 'horrearius'*, in ZSS, 76 [1959], 511 ss.), che ha un pensiero più complesso ed – al limite – coincidente con quello del Betti, come si vedrà più innanzi nel testo. La concezione del THOMAS ('*Custodia' and 'horrea'*, in RIDA, 3è S., 6 [1959], 371 ss., in part. 373 s.) può invece essere connessa con quella del Wubbe, in quanto adotta come conclusione una delle considerazioni che nello scritto del romanista olandese è presente, pur non come l'ultima: che cioè la moderna tripartizione della *locatio* non è adatta a qualificare la *locatio horrei*. Alla tesi della *locatio rei* ha aderito anche il DE ROBERTIS, che però pensa «ad una clausola di assunzione espressa dell'obbligo di custodire aggiunta ad un contratto fondamentale di *locatio rei*»; così in *Iura*, 4 (1953), 348, dove l'A. cita il suo '*Receptum nautarum*', in *Annali Bari*, 12 (1952), 127 ss., ove però non mi pare che l'A. sia così esplicito (p. 128 n. 5), dando l'impressione di aderire semplicemente a Vážný, Carrelli e Luzzatto: esplicito è invece l'A. in *Ancora sul 'receptum nautarum'*, in RDN, 24 (1958), P. I, 257 n. 69. Contro le concezioni del tipo di quella del De Robertis, v. WUBBE, 512. Sul problema della assunzione espressa della *custodia* si parlerà ancora nel testo: v. infra p. 244 ss.; p. 260 n. 81. La tesi del ROSENTHAL, '*Custodia' und die Aktivlegitimation zur 'actio furti'*', in ZSS, 68 (1951), 232 s., che si tratti di *locatio operarum*, non può essere presa in considerazione (cfr. THOMAS, 373 n. 17; WUBBE, 511 n. 15). [Le opere menzionate in questa nota, verranno in seguito citate con il solo nome dell'Autore].

³ D. 19, 2, 60, 6 (Lab.-Iav.). '*Qui horrea locant'* in Coll. 10, 9 (Paul.). L'*horrearius*, come è noto, poteva essere sia proprietario degli *horrea* che – a sua volta – conduttore del complesso dei medesimi (cfr. D. 19, 2, 55 pr.): al primo caso si riferiscono i testi che lo denominano *dominus horreorum* (D. 19, 2, 55 pr.; Coll. 10, 9; C. 4, 65, 1 e 4). La natura di *locatio rei* dell'eventuale contratto fra *dominus horreorum* e *horrearius* è incontestata. Al proposito delle osservazioni contenute in questa nota, si vedano i chiarimenti del WUBBE, 509 s., e del THOMAS, 371 ss.

⁴ D. 19, 2, 60, 9 (Lab.-Iav.); C. 4, 65, 1 (a. 213). Cfr. D. 5, 1, 19, 2 (Ulp.); D. 14, 5, 8 (Paul.).

⁵ Si vedano in *Negotia*, n. 145. Quella riportata è la seconda (lett. *b*): il nome del *dominus* che vi ricorre pare quello di uno dei consoli del 158.

Per chiarire quanto si sta dicendo, mi sembra utile esaminare meglio come le due opposte tesi compaiono presso il Vážný e il Paris⁶, i primi che si siano posti veramente il problema della qualifica. Il Vážný, nel sostenere la natura di *locatio rei* del contratto dell'*horrearius* aveva però cura di avvertire che in esso «erano compresi anche elementi della *conductio operis* (garanzia della sicurezza del magazzino), cosicchè la mercede era corrisposta non solamente per il godimento della località, ma anche per la vigilanza del locatore-*horrearius*». Il Paris, affermando che il contratto è *locatio operis*, aggiunse che tuttavia esso «semble également comprendre une *locatio conductio rei*; l'*horrearius* peut être considéré comme donnant à bail à son client la place qu'il met à sa disposition pour y entreposer ses marchandises». Pare dunque avere ragione il Wubbe⁷, quando scrive che se l'*horrearius* è *locator* in quanto concede in uso all'altra parte – dietro compenso – il luogo vuoto nel magazzino, è evidente che con ciò egli non esaurisce la sua prestazione, poichè dalle fonti appare chiaro che egli si assume inoltre la sorveglianza della merce introdotta, con la conseguente responsabilità per il suo perimento.

A questo punto però, per risolvere il problema, non si può adottare né la posizione del Wubbe (che nega rilevanza pratica alla qualifica del rapporto, per concludere che tuttavia, se qualificarlo si vuole negli schemi della tripartizione della *locatio*, è più utile considerarlo come *locatio operis*, anche se le fonti sono in senso contrario⁸), né quella del Betti, che apertamente svaluta⁹ l'orientamento dei testi, per considerare il contratto come un tipico esempio di *locatio operis*.

Non si può né soprassedere alla qualifica, né cambiare i dati delle fonti, perché in tal modo si falsa tanto il problema storico quanto quello giuridico. Il Wubbe e il Thomas hanno perfettamente ragione quando suggeriscono che la tripartizione scolastica della *locatio* non si adatta al contratto dell'*horrearius*¹⁰: è questo, anzi, un punto di partenza utile per l'indagine. Ma ciò non significa che il problema non abbia un significato storico-giuridico, se posto in questi altri termini: l'azione del deponente contro l'*horrearius* era l'*actio ex locato* o l'*actio ex conducto*? Nel sistema classico del processo formulare, la risposta a questo interrogativo aveva un preciso significato pratico: se non sul terreno sostanziale, certo su quello processuale¹¹.

Si diceva poc' anzi che il problema agitato dalla dottrina non è né inesistente né

⁶ Cfr. le citazioni alla n. 2.

⁷ WUBBE, 511.

⁸ WUBBE, 512 s. Egli del resto (come d'altronde anche altri, che vedono nel rapporto una *locatio rei*) dichiara che l'*horrearius* riceve *mercedem pro custodia*: il problema è discusso più avanti nel testo, al § 6.

⁹ BETTI, 368: «... gli utenti del servizio, impropriamente denominati *conductores*» ... «esso è piuttosto da qualificare come una *locatio operis faciendi* ...».

¹⁰ WUBBE, 512; THOMAS, 373 ss.

¹¹ V. *infra*, p. 130, quanto si dice a proposito di D. 19, 5, 1, 1.

ozioso; esso risulta tuttavia, in genere ¹², non esattamente prospettato. Poiché alla domanda or ora formulata (l'azione contro l'*horrearius* era *ex locato* o *ex conducto*?, che equivale a dire: l'*horrearius* era *conductor* o *locator*?) le fonti rispondono chiaramente nel secondo senso, da questa conclusione (che anzi più che una conclusione è un dato) si deve partire, poiché cambiare la qualifica significa falsare il problema. D'altra parte, riconosciuta la qualifica esatta, non è corretto dibattersi poi tra *locatio rei* e *locatio operis*, lottando con queste categorie non romane ¹³, per costruire la *locatio horrei* come *locatio rei* anomala: dalle fonti infatti non emerge alcuna perplessità, da parte dei giuristi romani, in ordine al fatto che l'*horrearius*, nel rapporto con i deponenti, sia *locator*. E del resto il caso non costituisce un unicum: anche gli *stabularii*, per esempio, erano *locatores* ¹⁴.

2. – Tenendo conto di quanto si è detto finora, cercherò di impostare il problema non dico esattamente, ma almeno in modo che esso possa avere un effettivo valore euristico.

Se, come si è visto, l'*horrearius* è *locator* ed il suo cliente *conductor*, cosa locata non sono le merci, ma il luogo degli *horrea* ¹⁵. In questo senso la *locatio horrei* offre analogia con la locazione di un appartamento o di un fondo; questa analogia, come già notava il Luzzatto ¹⁶, ha una base testuale.

D. 19, 2, 60, 9 (Lab. 5 *post. a oav. epit.*): Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horreario praestare non debere puto [nisi si in locando aliter convenerit] ¹⁷.

Il frammento prende in esame due rapporti di locazione diversi: l'uno ha per oggetto l'intero edificio degli *horrea* ('*in universo*', spiega la Glossa al testo) ed interviene tra il proprietario (o eventualmente l'usufruttuario ecc.) di questo e l'*horrearius*; l'altro è quello che chiamiamo *locatio horrei*, cioè locazione dei singoli luoghi entro gli *horrea* ('*particulatim*', dice la Glossa) fatta dall'*horrearius* a chi intenda depositarvi le merci. Il testo pone in luce sia che i rapporti sono visti come analoghi, sia che si scorgono tra di essi delle differenze: esso è diretto appunto a mettere in luce una differenza, ma lo stabilirla costituisce oggetto di un problema ap-

¹² Non mancano, per verità, le eccezioni, come ad es. il WUBBE, 511 s., ove l'inizio della trattazione del problema mi pare assai più felice delle conclusioni.

¹³ Cfr. da ultimo AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in *BIDR*, 62 (1959), 9 ss.

¹⁴ Cfr. DE ROBERTIS, '*Receptum*' cit., estr. da *Annali Bari*, 12 (1952), 128. V. anche *infra*, § 3, per i rapporti concernenti il trasporto marittimo.

¹⁵ Cfr. Paul. Coll. 10, 9; *Negotia*, 145 a, ll. 1-5; 145 b; 145 c, ll. 1-4.

¹⁶ LUZZATTO, 226.

¹⁷ Che la chiusa sia spuria, è pacifico: EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in *ZSS*, 13 (1892), 152; da ultimo MAYER-MALY, 210; THOMAS, 378.

punto per l'iniziale analogia. A prima vista infatti la differenza potrebbe apparire puramente quantitativa (*in universo – particulatim*), ma non lo è, poiché la posizione del *locator* risulta, dal punto di vista dei suoi obblighi, profondamente diversa.

Questo risulta dal testo; ma esso non risolve ancora il problema quale ce lo siamo posti: finora infatti sappiamo che la *locatio horrei* ha in comune con la locazione di un edificio o di un fondo alcuni caratteri, ma ne diverge per una più estesa responsabilità del *locator*. Resta dunque da individuare quale sia il fondamento di questa divergenza: precisamente quale sia, tra i due tipi di rapporti, la divergenza strutturale che sta alla base della divergenza nel contenuto obbligatorio.

Il punto di differenza tra i due rapporti mi pare da ravvisare essenzialmente nell'oggetto di essi: nella comune locazione di edifici, la cosa viene messa a disposizione del conduttore – per così dire – nella sua nudità, mentre il luogo degli *horrea* è attrezzato per uno scopo ulteriore: la conservazione delle cose. Per tenere il discorso nei binari forniti dall'esegesi di D. 19, 2, 60, 9, diremo che il *locator totorum horreorum* mette a disposizione del suo *conductor* un edificio con certe caratteristiche fisiche (cioè *a d a t t o* per un certo scopo), l'*horrearius* offre ai suoi *conductores* dei luoghi (stanze, celle, armadi ecc.) che non possono essere considerati solo nella loro consistenza muraria, bensì devono essere visti come luoghi *e f f i c i e n t i* e tenuti in efficienza per un certo scopo. Il fatto che l'*horrearius* debba mantenere tale efficienza – e cioè provvedere al servizio di custodia, anche se questa attività è vista dai Romani come risultato, risolvendosi in una caratteristica dell'oggetto – implica una differenza strutturale fra la *locatio* all'*horrearius* e la *locatio* dell'*horrearius*, che spiega esattamente il diverso regime di responsabilità. Se le celle orrearie locate ai deponenti sono messe a loro disposizione, esse non escono però dalla sfera di controllo dell'*horrearius*: mentre il *locator totorum horreorum*, consegnato l'edificio all'*horrearius*, lo lascia interamente nelle mani di questo, l'*horrearius*, quand'anche con successive locazioni particolari abbia impegnato ogni spazio disponibile, continua (normalmente per mezzo dei suoi *custodes*) ad essere il solo ad avere in modo normale e continuativo gli *horrea* nella sua sfera di controllo¹⁸.

3. – Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente ci hanno permesso di mettere in luce quale fosse il profilo sotto il quale i Romani paiono prospettare il rapporto creato dalla *locatio horrei*: locazione cioè, di un *horreum*, inteso come *res* qualificata da una attrezzatura diretta a renderla efficiente per un particolare scopo.

Del resto, la tesi che vuole ravvisare nella *horrei* una *locatio operis* (cioè, romanisticamente, una *locatio rei servandae*) incontra una particolare difficoltà d'ordine dommatico, della quale la dottrina non mi pare essersi accorta. La *locatio rei servandae*, avendo come oggetto le cose depositate, implica che queste siano determinate al momento della conclusione del contratto: ora, come risulta da

¹⁸ Si veda, a chiarimento di questa affermazione, quanto è scritto *infra*, § 7.

una delle leggi epigrafiche, in un punto sul quale torneremo in seguito¹⁹, ciò non avveniva, o non avveniva necessariamente, nella *locatio horrei*. Per concepire il rapporto come *locatio operis*, si dovrebbero pertanto ipotizzare tanti contratti quanti sono i nuovi apporti di merci: costruzione talmente lontana dal tenore delle fonti che nessuno – a mia notizia – vi ha mai pensato²⁰. Un chiarimento su quanto siamo venuti dicendo circa la natura della *locatio horrei* si può forse avere esaminando partitamente i contratti relativi al trasporto marittimo. Data la complessità dei problemi ad essi inerenti, per la soluzione dei quali sarebbero necessarie assai più pagine di quelle riservate al presente articolo²¹, mi limiterò a qualche cenno orientativo.

I contratti per il trasporto marittimo (sia delle cose che delle persone) potevano essere conclusi tanto nella forma della cosiddetta *locatio rei* che in quella della cosiddetta *locatio operis*. Ciò risulta chiaramente dai seguenti testi:

D. 4, 9, 3, 1 (Ulp. 14 *ed.*): Ait praetor: 'nisi restituent, in eos iudicium dabo'. Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria videndum, quia agi civili actio-

¹⁹ *Infra*, § 11. Si tratta di *Negotia*, 145 *a*, l. ult. Dalla frase '[Quisquis habens conductu]m horreum su[a] ibi] reliquer(it) et custodi non adsignaver(it), horrearius sine culpa erit' risulta chiaramente che il contratto fra *horrearius* e deponente era concluso indipendentemente dal movimento delle merci.

²⁰ Se fosse vera anche la prima parte dell'affermazione dell'AMIRANTE (*BIDR*, 62 [1959], 56; la accetta il GALLO, *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione per iniziativa unilaterale*, estr. da *Syn-teleia Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, 5 n. 13), che *res locata* «è la *res* che ci si obbliga a consegnare per un tempo limitato, e che, pertanto, colui che la riceve si obbliga a restituire», avremmo un nuovo argomento dommatico a nostro favore. Infatti nella *locatio horrei* non si può certo ravvisare un obbligo del cliente a consegnare merci all'*horrearius*, e ciò escluderebbe che le merci potessero considerarsi *res locata*. Ma l'argomento non è valido, poiché la *res locata* non è sempre oggetto di un obbligo di consegna da parte del *locator*: e ciò appunto, in genere, nella *locatio operis* di *res* che devono essere restituite in natura (cfr. la distinzione di Alfeno-Paul., D. 19, 2, 31, su cui AMIRANTE, *o. c.*, 66 ss., ed anche DAUBE, *Iura*, 12 [1961], 102 ss.). È ben vero però che in una simile locazione, se il locatore non consegna la cosa (ad es. il vettore non dà al *magister* la cosa da trasportare per mare), il rapporto contrattuale avrebbe uno svolgimento anomalo, mentre nessuna anomalia si riscontra nel caso del cliente che non rechi alcuna merce nelle celle orrearie: poiché il suo interesse alla disponibilità del magazzino, che è soddisfatto, giustifica di per sé il rapporto costituito.

²¹ Non sarà possibile una precisa valutazione di questi rapporti finché, ad esempio, non saranno sicuramente risolte alcune questioni sorte a proposito del *receptum nautarum*. Come è noto, alcuni Autori sono orientati nel senso che la responsabilità *ex recepto* derivasse, nell'epoca classica, da un patto espresso; ad es. PERNICE, *Labeo*, 2, Halle 1878, 347 s.; LUSIGNANI, *La responsabilità per 'custodia' secondo il diritto romano*, 1, Modena 1900, in part. 31 s., che sul punto ottenne anche l'adesione dello SCHULZ, *KVjb*, 50 (1912), 27 ss. Altri lo nega, come il PARIS, 30 ss. Per lo HAYMANN, 205 ss., il *receptum* serviva ad estendere a responsabilità oggettiva assoluta (senza il limite della *vis maior*) la responsabilità per *custodia* del *nauta*. Una particolare evoluzione storica ha prospettato il LUZZATTO, in part. 166 s. A parte va ricordata la tesi del DE ROBERTIS (da ultimo: *Ancora sul 'receptum nautarum'*, in *RDN*, 24 (1958), P. I, 241 ss., in part. 247 s., 259 s.), per il quale la concessione dell'*actio ex recepto*, basata su di un patto espresso di assunzione del rischio, implicava la *denegatio* dell'*actio ex locato* (*conducto*) spettante contro il *nauta* in mancanza di tale patto. L'articolo del De Robertis ora cit. è una replica (forse non del tutto convincente) a VAN OVEN, '*Actio de recepto*' et '*actio locati*', in *TR*, 24 (1956), 137 ss. Come questa problematica abbia, o possa avere, relazione con la questione della natura dei contratti relativi al trasporto marittimo, che qui in particolare prospettiamo, risulta da THOMAS, *Carriage by Sea*, in *RIDA*, 3è S., 7 (1960), 489 ss.

ne ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed (*scilicet?*) si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest; si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur ...

D. 14, 1, 1, 3 (Ulp. 28 *ed.*): Magistri autem imponuntur locandis navibus vel ad merces vel vectoribus conducendis ...

D. 14, 2, 2, pr. (Paul. 34 *ed.*): ... at si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem (*navi?*) conduxerunt ...

ai quali si può aggiungere D. 14, 2, 10 pr. – 2 (Lab. Paul.).

Un singolare testo di Papiniano ci testimonia che i Romani stessi si posero il problema della qualifica del rapporto:

D. 19, 5, 1, 1 (Pap. 8 *quaest.*): Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, [civilem] actionem in factum esse dandam Labeo scribit²².

La soluzione di Labeone ha però tutta l'aria di essere un mezzo per superare l'ostacolo della qualifica (che rendeva incerta l'azione applicabile) in considerazione del fatto che questo non aveva influenza sulla soluzione pratica: non mi pare pertanto (salvo quanto potrebbe risultare da un maggiore approfondimento del problema, che non è questa la sede per svolgere) di potere aderire alla posizione del Ménager²³, il quale sospetta che la diversa natura dei contratti traesse seco un regime radicalmente diverso. Contro questa posizione mi pare si possa addurre per esempio il modo pressoché identico in cui (a prescindere dalle diverse circostanze di fatto dei due casi, ed anche dalle ipotesi di interpolazione avanzate²⁴) è sentita, in D. 19, 2, 13, 1 (Ulp.: *locatio operis*) e D. 14, 2, 10, 1 (Lab. Paul.: *locatio rei*), la sostituzione della nave²⁵, che dovrebbe invece rappresentare un punto cruciale della differenza di regime giuridico tra le due fattispecie.

I brevi cenni che precedono mi paiono in ogni modo sufficienti ai nostri fini, per enunciare le seguenti considerazioni conclusive:

a) il fatto che per il trasporto marittimo i Romani adottassero entrambe le figure di *locatio* e le circostanze che inducono a non credere ad una netta differenziazione nel regime giuridico nelle due fattispecie non devono far dimenticare

²² Per l'interpolazione del passo, v. *Ind. itp.* Fra le varie ipotesi, quella che ritiene spuria la sola parola '*civilem*' è la più diffusa, e, credo, la meno arbitraria. Ai nostri fini questo specifico problema non ha grande importanza, e pertanto mi limito ad allinearli alla dottrina prevalente.

²³ '*Naulum*' et '*receptum rem salvam fore*' – Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain, in *RHD*, 4^e S., 38 (1960), 182 ss., in part. 190; 212; 398 ss. V. anche THOMAS, o. c., in *RIDA*, 3^e S., 7 (1960), 489 ss.

²⁴ Cfr. *Ind. itp.*

²⁵ Anche il MÉNAGER, *RHD*, 4^e S., 38 (1960), 388, nota – ed anche più ampiamente di quanto qui si sia fatto – l'identico orientamento dei due testi.

che differenze pratiche certo esistevano: nel caso di *locatio navis* spettava certamente allo speditore di stabilire l'itinerario della nave e la data della partenza (o quanto meno egli aveva ingerenza nella determinazione del tempo e della modalità del viaggio); nel caso di *locatio mercium vehendarum* lo speditore si doveva invece rimettere per tutto questo al *nauta*, ossia in pratica sceglieva il *nauta* in ragione del viaggio che questi aveva deciso di (o soleva) effettuare. Differenze pratiche di questo genere non potevano aversi riguardo agli *horrea*, e quindi la forma del contratto per essi adottata era in modo univoco determinata dal modo in cui i Romani solevano costruirli (vedremo in seguito come nei testi ricorra il parallelo fra *horrea* e *insulae*) e organizzare il relativo servizio (già abbiamo notato come durante lo svolgimento del rapporto contrattuale le merci deposte potessero variare²⁶).

b) Anche nella *locatio navis*, come nella *locatio horrei*, siamo di fronte alla *locatio* di una *res* che non può essere considerata nella sua pura materialità, bensì in relazione alla sua efficienza per uno scopo; e, in particolare, anche nella *locatio navis*, come risulta fra l'altro da D. 4, 9, 3, 1, discendeva le responsabilità del *locator* per la restituzione delle cose.

II. – SULLA RESPONSABILITÀ DELL'‘HORREARIUS’

4. – Alla dottrina, che, concordemente sebbene con diverse sfumature²⁷, riconosce l'*horrearius* tenuto, in ordine alle cose depositate e verso il cliente, alla co-

²⁶ Se non solo nella *locatio mercium vehendarum*, ma anche nella *locatio navis*, a quanto sembra risultare dalle fonti, i Romani usavano determinare al momento del contratto l'entità delle merci (si veda in part. lo schema contrattuale contenuto in Scaev. D. 19, 2, 61, 1), ciò dipendeva in gran parte da circostanze connesse esclusivamente con la locazione della nave, mentre quella dell'*horreum*, come tale, non le prospettava come essenzialmente rilevanti. Infatti (a parte che nello svolgimento del contratto di trasporto marittimo non aveva normalmente senso pensare a variazioni delle merci), per il *nauta* era esigenza primaria quella di non impegnare la nave per un carico superiore alla sua portata (mentre nell'*horreum* coincidevano normalmente capienza e portata, la capienza della nave superava normalmente di gran lunga la portata); la quantità e qualità delle merci poteva rendere più gravose le operazioni di imbarco e sbarco, che erano a carico dell'*exercitor*, ed inoltre rendere più disagiata la navigazione, influenzando così sull'ammontare della mercede, che doveva essere determinata all'inizio del contratto. Per altro verso, la qualità delle merci, che ha rilevanza talora nel trasporto marittimo (D. 14, 1, 1, 12: *Sed et si ut certis mercibus* etc.), non sempre è irrilevante nella *locatio horrei*: come nel caso che oggetto della *locatio* siano celle orrearie dotate di particolari attrezzature (come le *apothecae*, per la conservazione del vino).

²⁷ Si vedano per tutti: VÁŽNÝ, 132; PARIS, 100; ARANGIO RUIZ, 118 ss.; LUZZATTO, 226; WUBBE, 513 ss.; ma già, in questo senso, era la letteratura più antica, cit. dal FERRINI (*Opere*, 3, 164 s. n. 2), il quale invece costituisce un precedente della posizione del Betti. V. anche DE MEDIO, *BIDR*, 20 (1908), 105 s. n. 3.

siddetta responsabilità per *custodia* tecnica, si è di recente opposto il Betti²⁸. La sua tesi può essere così riassunta: l'espressione '*custodia*' ha due significati diversi, e può significare la sorveglianza ovvero la garanzia di conservazione in vista della restituzione²⁹; solo la sorveglianza è la prestazione principale dovuta sempre nel contratto di locazione degli *horrea* (che l'Autore concepisce – come si è visto – come *locatio operis faciendi*); la garanzia di conservazione in vista della restituzione (così l'A. intende la *custodia* tecnica) può essere assunta dall'*horrearius*, ma non rientra negli effetti naturali del contratto.

La critica, che intendo rivolgere a queste proposizioni, offrirà l'avvio all'esame dei punti principali di tutto il problema concernente la responsabilità dell'*horrearius* verso il cliente, in ordine alle cose deposte negli *horrea*.

5. – Per affermare che la responsabilità per *custodia* non incombeva normalmente all'*horrearius*, il Betti adduce solo³⁰ il testo di una delle *leges horreorum*, e precisamente quella contenuta in *Negotia*, 145 a. Si tratta di un testo, a quanto pare, dell'età di Nerva³¹, il quale, con le integrazioni dell'edizione citata (che sono quelle proposte dal Mommsen), e di cui il Betti – senza precisare le lacune – si vale, così suona:

[*In his h*]orreis / [*Imp(eratoris) – – C*]aesaris Aug(usti) loc(antur) / [*mercatoribus frument*]ar(iis) armaria et loca / [*cum operis cella*]rar(iorum) ex hac die et ex / [*k(alendis Ianuariis)*].

Lex horreorum.

[*Quisquis in annum futurum retinere volet quod conduxit armarium aliud*] ve quid, ante idus Dec(embres) pensione soluta renuntiet. Qui non / [*renuntiaverit, si volet re-*

²⁸ BETTI, 369 s.

²⁹ La convinzione che il termine '*custodia*' possa assumere vari significati, ed in particolare che si possano individuare, della parola, un uso atecnico (sorveglianza in generale) ed uno tecnico (forma di responsabilità), è comune a quasi tutta la letteratura specifica, già dallo HASSE, *Die 'culpa' des röm. Rechts*², Bonn 1838, 281 s.; essa sta alla base dell'espressione '*custodia* tecnica' ('*technische custodia*'), che (usata la prima volta dal WINDSCHEID nella 4^a ed. del *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1875, § 264, vol. 2, 57 n. 9, nella forma '*custodia* im technischen Sinn') fu diffusa dal BARON, *AfCP*, 78 (1892), 205; 208 e n. 7; 277 ss. V. anche SECKEL, *Heumanns Handlexikon*, Jena 1907 (= Jena 1926), 116 ss.; ARANGIO-RUIZ, 162 e ivi n. 1. Senza volermi qui addentrare in un problema che mi propongo di esaminare a fondo in altra sede, vorrei dire che è ben vero – a mio parere – che '*custodia*' può figurare in locuzioni sia tecniche (responsabilità per *custodia*) che atecniche, ma che il tecnicismo di esse non deriva da un oscillare dell'accezione in cui la parola '*custodia*' è usata bensì dal complesso dell'espressione, ed in particolare dall'impiego del verbo reggente '*praestare*'.

³⁰ BETTI, 369 s.

³¹ Si veda, per la data, la nota introduttiva all'edizione dei *Negotia* (p. 455).

tinere et cum horreario aliter pro i]nsequente anno non transegerit, tanti habebit, quanti eius gener(is) / [armarium eo anno ibi locari solebit, si modo ali locatum n]on erit.

Quisquis in his horreis conductum habet, elocandi et / [substituendi ius non habebit. Invectorum in haec horrea cu]stodia non praestabitur. Quae in his horreis invectora inlata / [erunt, pignori erunt horreario, si quis pro pensionib]us satis ei [non fece]rit.

Quisquis in his horreis conductum habet et sua / [-----] fuer(it) venia.

Qui]squis in his horreis conduct(um) habet pensione soluta chirogr(apho) / [liberabitur ...

Quisquis habens conductu]m horreum su[a ibi] reliquer(it) et custodi non adsignaver(it), horrearius sine culpa erit.

È evidente che, di tutto quanto in questa *lex* è scritto, la sola frase che può stare a fondamento dell'affermazione che l'*horrearius* non risponde normalmente per *custodia*, è quella della l. 9:

...Invectorum in haec horrea cu]stodia non praestabitur.

Ora, a parte la (possibile ma insufficiente) considerazione che una clausola espressa di esonero dalla *custodia* può stare a significare che essa fosse – in assenza di tale dichiarazione – la regola, è possibile dimostrare che l'integrazione del testo sopra proposta³² è erronea.

Il Mitteis³³ propose di correggere

[auri argentine cu]stodia non praestabitur

il Girard³⁴ adottò un'integrazione dovuta all'Huvelin³⁵, e basata su D. 19, 2, 60, 6:

[... Auri argenti margaritarum cu]stodia non praestabitur.

³² Che, come si diceva, è del Mommsen (la si trova la prima volta in BRUNS⁶; cfr. BRUNS⁷, n. 116). In *CIL*, VI, 33747 (Huelsen) e DESSAU, 5914, si rinuncia all'integrazione.

³³ *Ber. sächs. Ges. d. Wiss.*, 62 (1910), 270 n. 1; *Grundzüge*, Leipzig-Berlin 1912, 259 n. 3. La correzione del Mitteis è fondata su ragioni diverse da quelle che qui saranno addotte: e proprio questa diversità di ragioni serve ad evitare le critiche a tale integrazione che l'ARANGIO-RUIZ ha fatte, in *Negotio*, p. 458 n. 2.

³⁴ *Textes*⁴, p. 850.

³⁵ Lo stesso Girard cita Huvelin attraverso MICHALON, *Thèse Lyon*, 1910; si tratta evidentemente di MICHALON, *Des lieux de dépôts d'objets précieux dans l'antiquité et de la location des coffres-forts à Rome (Th. Lyon, 1910)*, Paris 1910 (cit. in CAES-HENRION, *Coll. Bibl.*, 2, 1, 265), che non sono riusciti a reperire; né, d'altronde, mi è stato possibile ritrovare l'enunciazione originale (se pure esiste scritta) del pensiero dello Huvelin. Non posso quindi dare conto di eventuali analogie tra il mio pensiero e il suo, tranne che per le linee che la scarna citazione del Girard mi ha suggerito.

A parte il possibile tenore letterale dell'integrazione, dall'esegesi del fr. 60, 6 cit. si deduce, con sufficiente certezza, che nella frase dell'epigrafe dovevano essere menzionati oggetti particolari; in altre parole, una dichiarazione di tale tenore, se relativa in modo indifferenziato a qualunque oggetto depositabile, sarebbe stata un non senso.

D. 19, 2, 60, 6 (Lab. 5 post. a Lav. epit.): *Locator horrei propositum habuit se aurum argentum margaritam non recipere suo periculo: deinde cum sciret has res inferri, passus est. proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si propositum <non habuisset, quoniam quod propositum> fuit, remissum videtur.*

L'integrazione della frase finale è del Mommsen: essa è sostanzialmente sicura, in quanto anche nello stato attuale il testo mostra che la soluzione del caso era (né potrebbe essere altrimenti) nel senso della responsabilità dell'*horrearius*.

Il *locator horrei* ha *propositum* (cioè ha scritto, nel testo della *lex horreorum*, che è esposta, o comunque in un cartello affisso in modo visibile per i clienti) di 'non recepire suo periculo' materiali preziosi. Considerando la clausola nel suo tenore letterale, essa pare significare non che l'*horrearius* semplicemente non accetta il deposito di preziosi (in tal caso il testo avrebbe dovuto limitarsi a dire 'non recipere') bensì che egli non si assume il *periculum* dei preziosi eventualmente depositi: ma questo significato letterale della clausola non corrisponde a quello che il testo mostra essere il suo significato pratico. Dice infatti il giurista che, se l'*horrearius* sapeva del deposito dei preziosi e lo ha tollerato, il *periculum* gli è addossato. In sostanza, il meccanismo della soluzione è il seguente: il *periculum* delle cose depositate incombe normalmente sull'*horrearius*; è possibile che egli dichiari di non volere assumere – in generale – il *periculum* per certe cose (nella specie, preziosi); tale eccezione significa che egli non intende ricevere per nulla tali cose, ma qualora tolleri che esse siano introdotte negli *horrea* (o tolleri che vi rimangano, se introdotte a sua insaputa), la responsabilità torna normale.

Orbene, si può notare che il 'non recepire suo periculo' di D. 19, 2, 60, 6 equivale esattamente al 'custodia non praestabitur' dell'epigrafe, ed indica senz'altro la cosiddetta responsabilità per *custodia* tecnica: del resto, che l'espressione della *lex horreorum* epigrafica abbia questo senso deve essere ammesso dallo stesso Betti, ove egli intenda utilizzarla nella direzione da lui voluta³⁶. Ma allora, se è vero quanto abbiamo dedotto dall'esegesi di D. 19, 2, 60, 6, che cioè la clausola di esonero della responsabilità equivale ad un rifiuto – in linea di principio – a ricevere certe cose negli *horrea*, il tenore di tale clausola non poteva essere generale,

³⁶ Dopo avere riportato il testo della *lex*, in *Istituzioni*, 2, 1, 369 n. 72, egli scrive infatti: «Come si vede, preoccupazione dell'imprenditore del servizio di magazzinaggio era quella di escludere una responsabilità per custodia tecnica, cioè una garanzia di conservazione in vista della restituzione, quale è quella che si designa con l'espressione tecnica di *custodia*».

ma doveva necessariamente riferirsi a cose particolari (come i preziosi di D. 19, 2, 60, 6)³⁷.

Da quanto si è detto appare per lo meno chiaro che il testo dell'epigrafe non può essere addotto per negare la normale responsabilità dell'*horrearius* per *custodia* tecnica, poiché pare invece meglio plausibile vedere in esso un'applicazione del regime di tale responsabilità; regime che del resto risulta chiaramente da D. 19, 2, 60, 6. D'altronde, a questo punto, non credo necessario ribadire con nuove prove la dottrina tradizionale, poiché è sufficiente avere dimostrato l'infondatezza dell'argomentazione contraria. La responsabilità per *custodia* dell'*horrearius* verso i clienti è poi affermata ancora dal già letto frammento:

D. 19, 2, 60, 9 (Lab. 5 *post a Iav epit.*): Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horreario praestare non debere puto [nisi si in locando aliter convenerit].

Lo stesso Betti³⁸ riconosce in questo testo la menzione della *custodia* tecnica, ma non si vede come egli possa pretendere che il testo affermi che il *dominus horreorum* non risponde per *custodia* neanche se questa sia stata espressamente assunta dall'*horrearius* verso i clienti. Se si trattasse di assunzione espressa, il problema che il passo vuole risolvere non avrebbe senso: come si potrebbe infatti pensare che una responsabilità, che esiste solo in quanto espressamente assunta, gravi su di un soggetto diverso da quello che l'ha assunta? Forse l'A. intende far leva sul congiuntivo (condizionale) '*deberet*': ma – a parte la forza, che credo decisiva, del precedente rilievo sostanziale – il congiuntivo è dovuto solo al modo in cui la frase e la fattispecie sono impostate: «La *custodia*, che sarebbe dovuta dall'*horrearius* ai *conductores*, non ritengo sia dovuta dal *dominus horreorum* all'*horrearius*». Evidentemente il passo non discute la possibilità di una rivalsa dell'*horrearius* verso il *dominus horreorum* (per quanto egli abbia pagato ai clienti in seguito a furto di cose di questi), bensì si limita a confrontare la responsabilità del *dominus horreorum* verso l'*horrearius* con quella di costui verso i clienti, per escludere che la prima sia altrettanto ampia che la seconda³⁹.

6. – Stabilito dunque che all'*horrearius* spettava la cosiddetta responsabilità per *custodia* tecnica, passiamo ad una diversa problematica.

³⁷ Per l'integrazione in questo senso del testo epigrafico v. anche THOMAS, 372 n. 8, ove si adduce a ragione anche il testo dell'ultima frase dell'epigrafe: ma poiché tale frase suscita altri problemi, vi ritornerò alla fine della ricerca.

Noto ancora, di passaggio, che l'esclusione dei preziosi dal deposito non era costante: cfr. D. 33, 7, 20, 8 (Scaev.).

³⁸ BETTI, 371.

³⁹ Entro questi limiti aderisco pertanto all'esegesi che di D. 19, 2, 60, 9 fa il THOMAS, 378.

Un primo chiarimento deve riguardare la posizione che la *custodia* occupa nel contenuto del contratto dell'*horrearius*.

Trattandosi di responsabilità per *custodia*, essa non può di per sé esaurire il contenuto obbligatorio del rapporto⁴⁰: ma ancora più nel nostro caso, trattandosi, come è stato dimostrato sopra, di un rapporto diverso dalla *locatio operis*. Infatti abbiamo visto che l'*horrearius* era anzitutto obbligato a mettere a disposizione del cliente un luogo del magazzino: in sostanza – anche se la *custodia* era inizialmente connessa con tale obbligazione, dipendendo dalla natura dell'oggetto (luogo di un magazzino che come tale doveva essere efficientemente attrezzato) – si vuole qui affermare che l'*horrearius* non era di quei soggetti che '*mercedem accipiunt pro custodia*'. La dottrina è, in generale, di diverso avviso; quasi tutti gli Autori⁴¹, infatti, riportano – almeno in parte – il fondamento della responsabilità per *custodia* dell'*horrearius* all'enunciato di

D. 19, 2, 40 (Gai. 5 ed. prov.): Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat.

Ma il testo, specie se messo in relazione a D. 4, 9, 5⁴², mostra di considerare come soggetti che *mercedem accipiunt pro custodia* quelli soli che, in un rapporto, ricevono una mercede quale corrispettivo di un' obbligazione principale (su di essi gravante) di custodire una cosa: e ciò non vale certo nella *locatio horrei*, ove, come si accennava altrove (sopra, n. 20) potrebbe persino – in un pur non anomalo svolgimento del contratto – non porsi alcun problema di *custodia*, per la mancanza di merce da custodire. La mercede che l'*horrearius* riceve (o '*pensio*', come essa è denominata nella *lex horreorum* che da ultimo abbiamo letta) va pertanto intesa come corrispettivo per la disponibilità del magazzino attrezzato ed efficiente nel senso al suo tempo chiarito⁴³.

⁴⁰ È un'affermazione, questa, che si trova in TALAMANCA, *Custodia*, in *EdD* («... non è dato trovare un rapporto obbligatorio in cui si risponda soltanto di *custodia*»): essa è esatta, in quanto, venendo la *custodia* in considerazione quando la mancata restituzione della cosa affidata dipenda da certi fatti (ARANGIO-RUIZ, da ult. *Istituzioni*¹⁴, Napoli, 1960, 383 s.; LUZZATTO, *Custodia* [diritto romano], in *NsDI*; TALAMANCA, l. c.), è sempre possibile ipotizzare il mancato adempimento per fatti diversi. Ad es., nel caso limite del deposito retribuito (*locatio rei servandae*, D. 19, 2, 40), il rifiuto del depositario di restituire le cose, che pur si trovano presso di lui, concreta (oltre che un *furtum*) una forma di inadempimento che non può essere messa in rapporto con la *custodia*. Da quanto ho ora detto appare chiaro che non mi sento di aderire ad una concezione della *custodia* tecnica come garanzia di conservazione in vista della restituzione; il problema però esorbita dai limiti di questa indagine.

⁴¹ V. per tutti: VÁŽNÝ, 132; PARIS, 100 (anche se non del tutto esplicito); ARANGIO-RUIZ, 118; LUZZATTO, 228; BETTI, 369 e n. 75; WUBBE, 514.

⁴² Gai. 5 ed. prov.: *Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud cum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur*. Sulla relazione che in origine esisteva, nel libro 5 ad ed. prov. di Gaio, fra D. 19, 2, 40 e D. 4, 9, 5, v. da ult. FEENSTRA, in *Mél. Lévy-Brubl*, 105 ss.

⁴³ Ovvero, se si vuole ragionare sulla falsariga di Gai. D. 4, 9, 5, diremo che l'*horrearius* '*mercedem*

7. – Ad ogni ulteriore indagine sul contenuto della responsabilità dell'*horrearius*, è opportuno premettere una precisazione, utile alla soluzione di alcuni problemi, altrimenti oscuri.

Il Wubbe⁴⁴ ha affermato che le singole celle degli *horrea* non erano chiuse a chiave, e che lo era solo la porta principale dell'edificio, e la chiave di questa era nelle mani dell'*horrearius*. Ma le fonti mostrano che le cose stavano diversamente.

Anzitutto, le singole celle erano normalmente chiuse a chiave; ciò risulta inequivocabilmente da

D. 1, 15, 3, 2 (Paul. *l. sing. de off. praef. vig.*): Effracturae fiunt plerumque in insulis in horreisque, ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt, cum vel cella effringitur vel armarium vel arca: et custodes plerumque puniuntur, et ita divus Antoninus Erucio Claro rescripsit. Ait enim posse eum horreis effractis quaestionem habere de servis custodibus, licet in illis ipsius imperatoris portio esset⁴⁵.

L'accento alle *insulae* (ed il parallelo è già abbastanza significativo) non toglie che il passo si riferisca, per il resto, specificatamente agli *horrea*: lo provano la spiegazione '*ubi homines ... reponunt*', l'enumerazione *cella, armarium, arca*, che è concepita in modo analogo a quella con cui si iniziano le *leges horreorum*⁴⁶, la menzione dei *servi custodes* e della *quaestio* cui possono essere sottoposti, che ricorre in altri testi relativi agli *horrea*: D. 19, 2, 55 pr.; C. 4, 65, 4. E dal testo appare chiaramente che i contenitori delle merci (fossero essi locali o scrigni) erano chiusi a chiave⁴⁷: altrimenti non avrebbe avuto senso parlare di *effractura*.

Ma non solo i contenitori erano chiusi: le chiavi dei medesimi erano tenute dai *conductores*. A provare questa asserzione, ove non bastassero i noti testi relativi alla cosiddetta *traditio symbolica* (ad es. Gai. D. 41, 1, 9, 6; Pap. D. 18, 1, 74), si può senz'altro addurre

D. 19, 2, 56 (Paul. [Ulp. *sec. Bas.*], *l. sing. de off. praef. vig.*): Cum domini horreorum insularumque desiderant diu non apparentibus nec eius temporis pensiones exsol-

accipit non pro custodia, sed ut permittat' che le merci siano deposte nei locali, '*et tamen custodiae nomine tenetur*'. Questo modo di vedere (anche negli altri casi da Gaio considerati in D. 4, 9, 5) non è tuttavia esatto, poiché è evidente che il rischio che la parte assume influirà sulla misura della mercede.

⁴⁴ WUBBE, 511 s.; il BETTI, 368, ne ripete in modo più sintetico l'affermazione.

⁴⁵ Sul testo, e sul destinatario del rescritto citatovi, v. DELL'ORO, *I 'libri de officio' nella giurisprudenza romana*, Milano 1960, 251 s.

⁴⁶ La meno lacunosa, per questa parte, è *Negotia*, 145 *b* (della metà del II sec., a quanto pare); il suo testo (già riportato a p. 126) calza però anche con l'integrazione di *Negotia*, 145 *c*. L'unica corrispondenza esatta fra i termini che compaiono in D. 1, 15, 3, 2 e in queste *leges* è per gli *armaria*; ma le *cellae* del fr. 3, 2 paiono termine che comprende *horrea* (v. FORCELLINI, *Lexicon*, s. v. *cella*, § 1) e *apothecae* (FORCELLINI, s. v. *cella* e s. v. *apotheca*, § 2; v. anche s. v. *horreum*, II); così pure *arca*, corrispondendo in parte ad *armarium* (FORCELLINI, s. v. *arca*, § 1; s. v. *armarium*, § 1), può riferirsi a quei contenitori che venivano depositi (è ovvio, chiusi) dai conduttori di un *locum armaris*; gli *intercolumnia* erano certo per loro natura aperti, ma erano probabilmente locati (come i *loca armaris*) per deporvi contenitori chiusi.

⁴⁷ Per gli *intercolumnia* e i *loca armaris*, si veda la nota prec.

ventibus⁴⁸ conductoribus aperire et ea⁴⁹ quae ibi sunt describere, a publicis personis quorum interest⁵⁰ audiendi sunt. Tempus autem in huiusmodi re biennii debet observari⁵¹.

Nonostante i ritocchi che il testo ha certo subito (cfr. le note ai singoli punti), è chiaro che i *domini horreorum* (espressione che qui va evidentemente intesa considerando i proprietari anche gestori del servizio)⁵² non avevano normalmente⁵³ alcun diritto di aprire i locali dati in locazione. Il testo pare riferirsi alle sole stanze, e non anche ad *armaria* ed *arcae*, ma quanto vale per i primi, deve valere tanto più per questi ultimi: è logico quindi dedurne che i conduttori soli avevano le chiavi dei contenitori. Comunque, ai fini ulteriori, a noi basta avere accertato che l'*horrearius* non aveva accesso ai contenitori, durante il normale svolgimento della *locatio horrei*.

È probabilmente vero invece che l'*horrearius*, e lui solo, avesse la chiave della 'Haupttor'. Ciò mi pare risultare da D. 16, 3, 1, 21 e 22 (Ulp. 30 ed.)⁵⁴.

In sintesi, la situazione che si ricava da questi testi è la seguente: gli *horrea* sono, analogamente ad un'*insula*, un edificio in cui vengono locati singoli spazi: tali spazi possono essere o locali (che si possono chiudere a chiave) o armadi (che parimenti possono chiudersi a chiave) ovvero luoghi aperti (*intercolumnia*, spazi lungo le pareti) ove i conduttori pongono contenitori (armadi, *arcae*) chiusi. Vi è una porta principale di accesso all'edificio. Se la chiave della porta principale pare essere esclusivamente nelle mani dell'*horrearius*, questi non può tuttavia, salvo casi eccezionali (previo sempre consenso od ordine di un organo pubblico) accedere ai contenitori (locali, armadi ecc.). I conduttori posseggono evidentemente le chiavi di questi; ne posseda o no l'*horrearius* un altro esemplare, non è in sua facoltà di usarlo.

⁴⁸ L'EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen (IV)*, in ZSS, 18 (1897), 22, espunge come superflua l'espressione '*nec-solventibus*'; ma può anche darsi che la precisazione sia intenzionale.

⁴⁹ MOMMSEN corregge '*ea et*'.

⁵⁰ L'EISELE, *l. c.* alla n. 48, dice giustamente che qui Paolo doveva menzionare dei funzionari che per i compilatori non erano più attuali: forse lo stesso *praefectus vigilum* (così pare supporre il DELL'ORO, *Libri 'de officio'*, 253).

⁵¹ La precisa menzione del *biennium* è in contrasto col generico *diu* che precede. Giustamente quindi l'EISELE (*l. c.* alla n. 48) ritiene emblematica la chiusa, da '*tempus autem*'. V. anche FERRINI, *Pandette*, 703 n. 1.

⁵² E si noti anche qui il parallelo fra *horrea* e *insulae*.

⁵³ Altra eccezione, oltre quella di cui si discute nel testo, si ha quando l'*horrearius* subisce l'*actio ad exhibendum*: cfr. D. 10, 4, 5 pr. (Ulp.), su cui molto bene MARRONE, '*Actio ad exhibendum*', Palermo 1957 (estr. da AP, 26), 165 ss.

⁵⁴ 21: ...*cum restituendi facultatem non habeat, horreis forte clausis...*; 22: ...*si in provincia res sit vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas...*

8. – Con queste premesse, la valutazione dei testi relativi alla responsabilità dell'*horrearius* sarà più agevole.

La responsabilità dell'*horrearius* per il furto delle cose depositate è fuori discussione: essa discende dal fatto che l'*horrearius* risponde per *custodia* tecnica⁵⁵, ed è confermata dalla circostanza che l'evento tipico per il quale l'*horrearius* è esonerato dalla responsabilità è la *effractio (latronum)*: D. 19, 2, 55 pr.; Coll. 10, 9; C. 4, 65, 1; C. eod. 4. Ritorneremo più innanzi su questi testi, per chiarire alcuni particolari, ma prima è opportuno impostare un diverso problema, e cioè se l'*horrearius* fosse responsabile per il deterioramento delle cose. Gli autori che si sono posti il problema sono in particolare il Betti e il Wubbe, i quali si occupano però solo del danneggiamento, e non del deterioramento in generale. Il primo, che, come si è visto, considera l'*horrearius* non responsabile normalmente per *custodia* tecnica, ma obbligato alla sorveglianza, lo vuole responsabile per tutti i danni derivanti da scarsa sorveglianza (gli esempi da lui adottati sono sottrazione, danneggiamento, distruzione delle cose)⁵⁶. Il Wubbe⁵⁷ parte invece dalla *custodia* tecnica (pertanto le sue considerazioni non incontrano l'ostacolo iniziale che possono incontrare quelle del Betti), e svolge un ragionamento alquanto complesso, incentrato su due punti: le sue conclusioni, sotto entrambi i profili, sono favorevoli alla responsabilità per danneggiamento, ma da lui stesso riconosciute opinabili⁵⁸.

⁵⁵ Che la responsabilità per *custodia* comprendesse in ogni caso la responsabilità per furto, è riconosciuto da tutti gli Autori, con la sola eccezione (a mia notizia) del FERRINI, *Opere*, 3, 168 ss. (in relazione alla *custodia* degli immobili). Alcuni (ARANGIO-RUIZ, 118; ID., *Istituzioni*¹⁴, 383 s.; TALAMANCA, *Custodia*, cit.; v. anche LUZZATTO, *Custodia*, in *NssDI*) sono giunti ad affermare che la responsabilità per *custodia* corrispondeva essenzialmente proprio alla assunzione del rischio per il furto; la conclusione mi pare sostanzialmente esatta e preziosa dal punto di vista euristico. Ma approfondirò il problema in altra sede.

⁵⁶ BETTI, 370.

⁵⁷ WUBBE, 514 ss.

⁵⁸ Del primo argomento, basato sul confronto testuale fra Coll. 10, 9 e C. 4, 65, 1 (WUBBE, 514 s.) si discuterà più avanti nel testo. Il secondo argomento (WUBBE, 516 ss.), può essere riassunto come segue: pacifico essendo che l'*horrearius* risponde per i danni cagionati da lui stesso e dai suoi dipendenti, depono nel senso della sua responsabilità per ogni danneggiamento l'analogia con il *nauta*, il *caupo* e lo *stabularius*: si tratta però di sapere se la responsabilità del *nauta* ecc. per danneggiamento fosse compresa nel suo obbligo di *custodia*, o se superasse la normale misura della *custodia* e fosse invece da ricondurre al *receptum salvum fore*. Rinviano al FEENSTRA (*Mél. Lévy-Brubl*, 116) per l'incerta soluzione di questo problema, il W. si chiede se potesse esservi contro l'*horrearius* un'azione o un *edictum* del tipo di quelli *ex recepto* contro il *nauta*. Le fonti non ne fanno menzione, ma ciò non basta ad escluderlo. Egli osserva: a) in D. 19, 2, 60, 6 ricorre per la *locatio horrei* la terminologia del *receptum*; b) da D. 13, 6, 19; D. 19, 2, 41; D. 50, 16, 9, il Lenel ha dedotto l'esistenza di un editto relativo «alla responsabilità di chiunque si sia assunto la *custodia* di una cosa». Giuliano – a questo proposito – pare avere escluso la responsabilità per danneggiamento (D. 13, 6, 19; D. 19, 2, 41); Marcello invece dubitava dicendo: '*interdum custodiri potuit ne damnum daretur*' (D. 19, 2, 41). Escludendo qualsiasi riferimento alla colpa e alla diligenza, il W. intende il pensiero di Marcello come diretto ad indicare semplicemente una sorveglianza che si attua col tenere lontano chiunque dalle cose da sorvegliare. Così, se uno è obbligato ad una simile sorveglianza, in caso di danneggiamento risponde comunque. Ma che l'*horrearius* fosse obbligato in questo senso è da escludere: egli infatti avrebbe – in

Sarà meglio passare a leggere immediatamente i testi principali, e precisamente la seguente coppia:

Coll. 10, 9: *Paul. l. resp. V sub tit. ex loc. et cond.*: 'Imp. Antoninus Iulio Agrippino. Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturae latronum praestare non cogitur. His cessantibus si quid ex depositis rebus inlaesis extrinsecus horreis perit, damnum depositorum sarciri debet. Prop. IIII non. Nov. Antonino IIII cons.' Paulus respondit: satis praepositam constitutionem declarare his, qui horrea locant, maiorem vim inputari non posse.

C. 4, 65, 1: *Imp. Antoninus A. Iulio Agrippino*. Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. his cessantibus si quid extrinsecus ex depositis rebus inlaesis horreis perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet. *PP prid. non. Ian. Antonino A. IIII et Balbino cons.*

Prendiamo in esame anzitutto il testo della costituzione. Le due versioni, oltre a differenze di scarsa rilevanza (la data, però sempre entro lo stesso anno 213; *effracturae - effracturam; perit - perierit; depositorum - depositarum rerum*), presentano un divario cui il Wubbe ha voluto attribuire una rilevanza notevole: la posizione dell'avverbio 'extrinsecus'. La particolare attenzione che egli dedica al rescritto è certo da condividere: essa poggia sulla considerazione che nella seconda parte il testo accenna a dare un contenuto positivo alla responsabilità dell'*horrearius*, e quindi può essere utilizzato per la soluzione del problema della responsabilità per danneggiamento delle cose⁵⁹. Il testo parla di 'perire': ma, osserva il Wubbe⁶⁰, il perimento può avvenire per sottrazione o per distruzione (o danneggiamento): il problema è di stabilire se il testo si riferisca anche al secondo caso. Una prova per la soluzione affermativa egli desume (ammettendo però l'incerta base della sua deduzione)⁶¹ dal testo del Codice giustiniano: '... si quid extrinsecus ... perierit'. Se-

tal caso – potuto adempiere al suo obbligo nei confronti di un cliente solo impedendo a tutti gli altri l'accesso agli *horrea*, mentre l'adempimento del contratto con ciascuno di questi altri gli imponeva di lasciarli entrare. Ma si può pensare (conclude il W.) che proprio in questa contraddizione stia il senso proprio delle parole di Marcello: se l'*horrearius* lascia entrare il *conductor* Lucius, e poi risulta che egli ha rovinato i beni del *conductor* Titius, questi può farne carico all'*horrearius*, asserendo che era in potere di costui impedire il danno; cioè, l'*horrearius* è tenuto verso ciascuno a tenere lontani tutti gli altri, e pertanto i danni che ciascun *conductor* cagioni ai beni degli altri *conductores* costituiscono un suo rischio. Se Marcello, nell'enunciare questa soluzione, pensava al *nauta* ecc., per i quali la *custodia* è un 'Nebenpflicht', a fortiori doveva egli pensare all'*horrearius*, il cui obbligo di *custodia* è 'Hauptleistung'.

Ho voluto riferire precisamente il pensiero del Wubbe su questo punto, per mostrarne ad un tempo l'ingegnosità e l'eccessiva ricercatezza. Non indugio quindi in una critica dei singoli punti: mi riservo di mostrare, nel testo, come a conclusioni analoghe si possa giungere per una via assai più piana.

⁵⁹ WUBBE, 514.

⁶⁰ WUBBE, 513.

⁶¹ WUBBE, 515: egli infatti riconosce che tutto dipende dalla posizione di una parola (*extrinsecus*), poiché se si vuole dare ad essa il posto che ha in Coll. 10, 9 (*inlaesis extrinsecus horreis*), l'avverbio diventa superfluo (= *inlaesis horreis*) e la sua spiegazione – che riferisco nel testo – viene meno.

condo l'A.⁶², le parole – se così disposte – starebbero a significare non solo che l'*horrearius* risponde ove non vi sia stata *effractura (inlaesis)*, ma che la sua responsabilità dipende da due condizioni: *a*) non vi sia stata *effractura*; *b*) la causa del perimento provenga dall'esterno⁶³. La limitazione sub *b* – in tale contesto – avrebbe senso solo ove la regola fosse quella della responsabilità per danneggiamento, poiché solo il deterioramento e non l'asportazione può avere luogo anche dall'interno. Il significato pratico della regola sarebbe che l'*horrearius* risponde dei danni arrecati dalle persone che hanno libero ingresso negli *horrea*, e cioè l'*horrearius*, i *custodes* (responsabilità per danni arrecati da costoro), coloro cui i *custodes* non vogliono (complicità dei *custodes*) o non possono (cioè gli altri *conductores*) impedire l'accesso.

Questo ragionamento del Wubbe, però, non può essere accettato. Innanzi tutto esso è in linea con concezione degli *horrea* interamente aperti: egli infatti considera l'*effractura* come scasso della 'Haupttor', mentre invece, come risulta da D. 1, 15, 3, 2, essa si immagina subito dalle chiusure dei contenitori interni. Questa precisazione ha portata generale; i testi non contemplanò espressamente il caso di *effractura* alla porta principale, e non si può assolutamente dedurre quale regime vi corrispondesse⁶⁴. Ma, a parte queste considerazioni, resta la stranezza di una regola che limita la responsabilità dell'*horrearius* non semplicemente a seconda delle circostanze esteriori del fatto dannoso, ma anche secondo la provenienza soggettiva del danno: per conseguenza, il caso di danneggiamento da parte di ignoti non potrebbe essere risolto.

A me pare, in sostanza, che il significato, attribuito dal Wubbe a '*extrinsecus*' in C. 4, 65, 1 non sia esatto. Se è vero che nell'*inlaesis extrinsecus horreis*' di Coll. 10, 9 l'avverbio è pleonastico, non meno pleonastico esso è nella frase '*his cessantibus si quid extrinsecus ... perierit*' di C. 4, 65, 1: infatti '*extrinsecus*' ha tanto il significato di «dal di fuori» quanto quello di «al di fuori», e questo secondo è più comune se l'avverbio è retto da verbi che – come *perire* – non indicano moto da luogo o provenienza⁶⁵. Pertanto, nella costituzione in esame, *extrinsecus* è evidentemente un rafforzativo di '*his cessantibus*': '*his cessantibus*' vale «mancando l'*effractura* e la *vis maior*»; '*extrinsecus*' vale «al di fuori di tali casi».

La strada per intendere esattamente il testo è un'altra. Si deve notare anzitutto che il testo non parla esclusivamente della responsabilità dell'*horrearius*⁶⁶ per cu-

⁶² WUBBE, 514 s.

⁶³ Cfr. la Glossa *extrinsecus*, ad h. 1.

⁶⁴ Poiché l'unico testo che descrive l'*effractura* in relazione agli *horrea* (D. 1, 15, 3, 2) parla di scasso delle chiusure interne, è lecito intendere i testi, in cui l'*effractura* sia semplicemente nominata e non descritta, in quel medesimo senso. I casi pertanto che restano insoluti sono i seguenti: *a*) *effractura* della Haupttor e furto senza scasso all'interno di un contenitore; *b*) *effractura* della Haupttor ed asportazione di un contenitore mobile interno (ad es., tutta un'arca).

⁶⁵ Cfr. il *Thesaurus l. l.* ed il *Lexicon* del FORCELLINI, s. *b. v.*

⁶⁶ Il testo parla di *dominus horreorum*, ma è evidente che in questo caso egli è anche esercente del magazzino, e come tale il frammento lo considera. Cfr. THOMAS, 380.

stodia, ma in generale della sua responsabilità per perimento della cosa⁶⁷, perimento sia per sottrazione che per distruzione⁶⁸: e questo si deduce da un particolare, su cui il Wubbe, dopo aver mostrato dapprima di volersene occupare, sorvola⁶⁹: la menzione, accanto all'*effractura*, della *vis maior*, e, per contro, della sola *vis maior* nel commento di Paolo. La soluzione del testo appare dunque da intendere in questo modo: nel caso di perimento della cosa, l'*horrearius* deve risarcire il danno (= pagare il valore della cosa) in ogni caso, a meno che essa non sia stata asportata dai rapinatori che l'abbiano raggiunta mediante *effractio*, ovvero essa sia andata distrutta in seguito a *vis maior*. Le forze maggiori (fra le quali Paolo, ma solo lui, non anche Caracalla, pare ricomprendere l'*effractura*) non sono specificate, ma pare logico individuarvi in particolare l'incendio, il crollo degli *horrea* e l'inondazione.

L'equiparazione che dal breve testo di Paolo risulta fra *effractio* e *vis maior* rende possibile un'ulteriore conclusione: che cioè anche l'ipotesi di distruzione di cose per effetto dell'incurSIONE dei rapinatori (ad es., *effracta* un'*arca* contenente oggetti d'arte, sono stati rotti vasi di vetro) era verosimilmente considerata un perimento per *vis maior*, e l'*horrearius* non ne rispondeva.

9. – Un gruppo di problemi particolari, e purtroppo di incerta soluzione, è posto dalla seguente coppia di testi:

D. 19, 2, 55 pr. (Paul. 2 *sent.*): Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit: servi tamen eius cum quo contractum est propter aedificiorum notitiam in quaestionem peti possunt.

C. 4, 65, 4 (a. 222): Et divi Pii et Antonini litteris certa forma est, ut domini horreorum effractorum eiusmodi quaerellas deferentibus custodes exhibere necesse habeant nec ultra periculo subiecti sint. 1: Quod vos quoque adito praeside provinciae impetrabitis. qui si maiorem animadversionem exigere rem deprehenderit, ad Domitium Ulpianum praefectum praetorio et parentem meum reos remittere curabit. 2: Sed qui domini horreorum nominatim etiam custodiam repromiserunt, fidem (*sec. R^b*; idem *VCR^a*) exhibere debent.

La dottrina ha in genere ammesso l'interpolazione di '*nisi - recepit*' nel primo frammento, e quella del paragrafo 2 nel secondo⁷⁰: essa sarebbe in relazione con la

⁶⁷ Il che è del tutto diverso, se si considera quanto accennavo sopra, nelle n. 40 e 55.

⁶⁸ D. 50, 16, 9; cfr. anche WUBBE, 513 e n. 24.

⁶⁹ WUBBE, 513.

⁷⁰ Ad es. LUZZATTO, 229 s.; ARANGIO-RUIZ, 119 ss.; MAYER-MALY, 212, e da ultimo WUBBE, 518 s. Quanto a D. 19, 2, 55 pr., non tutti gli Autori ricorrono precisamente all'ipotesi di interpolazione, poiché la divergenza dal diritto classico può anche essere giustificata adducendo semplicemente la provenienza del testo dalle Pauli Sententiae (ARANGIO-RUIZ; MAYER-MALY). Per la genuinità è invece il BETTI, 371 e in part. n. 78, il quale collega i testi con la sua tesi (che già abbiamo discusso) secondo la quale l'*horrearius* non sarebbe normalmente responsabile per *custodia* tecnica, e vede nei due testi ca-

tendenza giustiniana a svalutare la *custodia* classica, facendola oggetto di una clausola espressa fra le parti⁷¹. Una diversa posizione ha assunto invece il Thomas⁷²: lo scopo del suo lavoro è di mettere in luce come – ferma restando la normale responsabilità per *custodia* dell'*horrearius* nei confronti dei deponenti le merci, e l'assenza normale di responsabilità per *custodia* del *dominus horreorum* nei confronti dell'*horrearius*: D. 19, 2, 60, 9 – il *dominus horreorum* potesse tuttavia assumersi, con convenzione espressa, la *custodia* nei confronti dell'*horrearius* (naturalmente nel caso che *dominus horreorum* e *horrearius* fossero persone diverse). Ora, secondo l'A., D. 19, 2, 55 pr. esprimerebbe appunto questa situazione (nel testo, le parole '*dominus horreorum*' indicherebbero persona diversa da [is] *cum quo contractum est*⁷³), e sarebbe perciò genuino e classico; non così C. 4, 65, 4, in cui i '*domini horreorum*' del pr. sono al tempo stesso *horrearii*, e quindi il paragrafo 2 rappresenta un'aggiunta successiva operata per influenza del passo delle Sentenze di Paolo⁷⁴. Prescindendo per ora dai rilievi esegetici, va notato in via preliminare che la concezione del Thomas incontra un ostacolo insormontabile: egli precisa infatti che oggetto della *custodia* del *dominus horreorum* è l'edificio, poiché questo è il solo oggetto del rapporto fra *dominus* e *horrearius*⁷⁵. Ora, come potrebbe il *dominus* assumersi la *custodia* di un edificio che egli consegna all'*horrearius*? La *custodia* ha un senso solo ove la cosa resti nella sfera di sorveglianza del custode, e ciò non avviene nel caso in esame, che è una semplice *locatio rei*, nella quale il *locator* mette la cosa a disposizione del *conductor* (*horrearius*)⁷⁶: potrebbe pensarsi – se mai – ad una *custodia* dell'*horrearius* verso il *dominus*, mai all'inverso. Il Thomas stesso ammette (e del resto è detto esplicitamente in D. 19, 2, 55 pr.) che i *servi custodes* sono dell'*horrearius*⁷⁷: ma così viene a cadere l'ultimo elemento per vedere una qualsivoglia possibilità del *dominus* di custodire⁷⁸. In conclusione, a parte il fatto che la

si di assunzione espressa della *custodia*. Egli adduce a conforto della sua tesi anche D. 19, 2, 60, 6, sulla cui traduzione però equivoca (intendendo *propositum habuit* = «aveva in origine il proposito»).

⁷¹ Così LUZZATTO, 230.

⁷² THOMAS, 375 ss., in part. 378 ss. per l'esegesi dei testi.

⁷³ THOMAS, 379. Un dubbio in questo senso anche in WUBBE, 518. Il FERRINI, *Opere*, 3, 174 e ivi n. 3 ritenne anch'egli genuino il passo, ma lo intese nel senso che l'*horrearius* (indicato dal testo sia con le parole *dominus horreorum* che con *eius cum quo contractum est*) non risponde *effractis et compilatis horreis* a meno che non si sia espressamente assunto la sorveglianza non solo delle cose affidate e poste nell'*horreum*, ma dell'*horreum* stesso. Tale opinione è basata sul significato letterale della frase '*nisi custodiam eorum* (sc. *horreorum*) *recepit*', ma non vedo come si possa davvero distinguere la *custodia* (anche intesa come sorveglianza) dell'edificio da quella delle cose depostevi. In ogni modo le tesi del Ferrini (benché egli non pensi alla *custodia* tecnica ma all'obbligo di sorveglianza) va incontro a critiche analoghe a quelle che nel testo saranno fatte al Thomas.

⁷⁴ THOMAS, 382.

⁷⁵ THOMAS, 375 s.; anche 379.

⁷⁶ Così lo stesso THOMAS, 372.

⁷⁷ THOMAS, 378; 381 (sempre en passant, ma chiaramente).

⁷⁸ È superfluo ricordare che, benché la responsabilità per *custodia* non sia valutata dai classici in

custodia – essenzialmente responsabilità per furto – è difficilmente configurabile con riguardo a immobili⁷⁹, essa non può mai sussistere ove non sussista nel custode un obbligo di restituzione: e il *dominus horreorum* non può avere l'obbligo di restituire l'edificio che ha già consegnato (in esecuzione di un obbligo contrattuale) all'altra parte.

Ai due testi non si può dunque riconnettere un significato di questo genere; la loro lettura, d'altra parte, è fonte di una serie di dubbi. In Coll. 10, 9 e C. 4, 65, 1, ove si menzionavano i casi di esenzione dell'*horrearius* da responsabilità, si parlava (oltre che di *vis maior*) di *effractura latronum*: ora vien fatto di chiedersi se era solo quella l'*effractura* considerata causa di esenzione⁸⁰, ovvero se a tal fine fosse sufficiente un'*effractura* qualsiasi. Il problema sorge in connessione con D. 19, 2, 55 pr. e C. 4, 65, 4, poiché qui si parla di *effractura* senza far parola dei *latrones*, e che l'*effractura* di per sé non trasformi il furto in rapina risulta per esempio da Paul. 2, 31, 35 e Paul. 5, 3, 3. Potrebbe sorgere pertanto il dubbio – considerando interamente genuini D. 19, 2, 55 pr. e C. 4, 65, 4 – che il regime dell'assunzione espressa della *custodia*, nonché quello dell'esibizione per la tortura dei *servi custodes*, sia connesso con l'*effractio-furtum* esclusivamente; un indizio in questo senso si potrebbe trarre pure da D. 1, 15, 3, 2, ove pure si parla della procedura a carico dei servi, menzionando l'*effractio* e non i *latrones*.

Accettando la soluzione positiva a questo dubbio, ne risulterebbe il seguente regime: in caso di furto, la pura *effractio* scagiona l'*horrearius*, a meno che egli non si sia assunto espressamente il relativo rischio; in mancanza di questa assunzione, tuttavia, egli è obbligato a permettere la tortura dei suoi *servi custodes*. Questa formulazione dell'ipotesi è quasi una traduzione di D. 19, 2, 55 pr.: prima di accettarla, tuttavia, non si può non notare che sia in D. 19, 2, 55 pr. sia in C. 4, 65, 4, le frasi allusive all'assunzione espressa della *custodia* parlano di questa in generale, e non come ulteriore assunzione di un rischio specifico.

Come avevo premesso, una soluzione sicuramente documentata di questo dilemma non è dato trovarla: ma mi sembra che gli indizi e la logica siano nel senso della già notata precisazione del Betti, e cioè che l'*effractura* considerata come scagionante era la sola *effractura latronum*. Gli indizi consistono nel fatto che l'*effractura* è esplicitamente specificata come *latronum* in Coll. 10, 9 e C. 4, 65, 1, i due testi (o le due versioni del testo) che riferiscono sicuramente il regime classico della responsabilità dell'*horrearius*. D. 19, 2, 55 pr. e C. 4, 65, 4 sono invece di più dubbia fattura, e pertanto assai meno fededegni: il primo proviene dalle Sentenze di

relazione all'esercizio dell'attività del custodire, pure si riferisce sempre a situazioni che tale attività richiedono.

⁷⁹ Che la responsabilità per *custodia* potesse riferirsi unicamente alle cose mobili, sostennero ad es. il BARON, in *AfCP*, 78 (1892), 207; 228 ss., e il PERNICE, *Labeo*, 2, 360 (che però si contraddice ove crede di poter scorgere un caso di *custodia* del *redemptor silvarum*, *Labeo*, 2, 352). Per la possibilità di *custodia* degli immobili è invece, come già è accennato, il FERRINI, *Opere*, 3, 168 ss.

⁸⁰ Così BETTI, 372 n. 81.

Paolo, e forse risulta (questo appare alla lettura, specie per il salto da *dominus horreorum* a *eius cum quo contractum est*, espressioni diverse che indicano la stessa persona) costruito combinando due elementi di diversa provenienza; il secondo, che è un rescritto, si riferisce ad un caso concreto e non è detto che nella parte che ci è pervenuta contenga complete le circostanze del fatto. Può ben darsi, pertanto, che con '*domini horreorum effractorum*' si volesse semplicemente richiamare quanto prima (o nella petizione della parte) era stato descritto, e che in tale descrizione si parlasse di *effractura latronum*. Si aggiunga, per D. 19, 2, 55 pr., che l'*effractus et compilatis*' può anche ritenersi allusivo all'*effractio latronum*, e non alla semplice *effractio*.

Questi, dicevo, gli indizi; ma v'è pure la logica. Ed essa impone che si addossi all'*horrearius* la responsabilità per ogni tipo di furto, com'è consono con il regime della *custodia*, e come richiede l'equità: una differenziazione basata sulla presenza o sull'assenza di *vis latronum* ha senso, non ne avrebbe una basata sulla circostanza che il ladro apra una porta con una chiave falsa o rubata, piuttosto che con una sbarra di ferro; anzi, il maggiore armeggio, che il secondo mezzo richiede, renderebbe più agevole la scoperta dell'operatore in flagrante, e quindi l'interruzione dell'impresa. Mi pare dunque si possa concludere, con sufficiente verosimiglianza, che l'*effractura*, per eliminare la responsabilità dell'*horrearius*, doveva essere *latronum*.

Ora, ritornando ai due testi, poiché in essi la riserva dell'assunzione espressa di responsabilità non è limitata al caso di *effractura* semplice, ma pare comprendere nel suo tenore generale anche quella *latronum*, ne deriva il dubbio che la spiegazione dell'interpolazione data dal Luzzato e sopra riferita, sia insufficiente: infatti, se l'assunzione espressa della *custodia* significasse assunzione del rischio per ogni caso di *effractura*, si avrebbe, dal punto di vista del contenuto, un'estensione piuttosto che una svalutazione della responsabilità classica, nel senso che l'*horrearius* mediante patto espresso si sarebbe assunto rischi, di cui per diritto classico non rispondeva. Il solo modo di uscire da questa 'impasse' mi pare quello di supporre che chi ritoccò i testi li abbia (a torto) riferiti all'*effractura* semplice, mentre i loro autori classici vi parlavano di *effractura latronum*. Volendo – come dice il Luzzato – limitare la responsabilità dell'*horrearius* al caso di assunzione espressa, egli vi aggiunse le affermazioni in tale senso, lasciando – per il caso di assenza del patto – il solo regime della esibizione dei servi per la tortura.

10. – Sulla base di quanto si è detto finora, completandolo con poche altre considerazioni, si può delineare questa sintesi schematica della responsabilità dell'*horrearius* verso il cliente, in ordine alle cose depositate⁸¹:

⁸¹ Lo schema che propongo, come tutta questa ricerca, si riferisce esclusivamente al diritto del periodo classico. I testi non permettono di ricostruire un'evoluzione storica, che pure deve avere avuto luogo, dal diritto preclassico al classico, e nel corso dei secoli in cui ha operato la giurisprudenza classica.

I. Furto delle cose:

a) furto semplice⁸²: l'*horrearius* risponde, in conseguenza della *custodia* tecnica cui è tenuto⁸³.

b) *effractura (latronum)*⁸⁴: l'*horrearius* non risponde: Coll. 10, 9; C. 4, 65, 1; D. 19, 2, 55 pr. (*nisi-recepit* itp.); C. 4, 65, 4 pr. (il § 2 itp.)⁸⁵.

II. Perimento delle cose per distruzione:

a) per *vis maior* (incendio ecc.; fatto dei *latrones*): l'*horrearius* non risponde (Coll. 10, 9)⁸⁶.

b) per altre cause: l'*horrearius* risponde: pare potersi dedurre a contrario da Coll. 10, 9⁸⁷.

III. Deterioramento delle cose:

a) per qualità o vizi delle cose stesse (in particolare cose la cui conservazione esige manutenzione): l'*horrearius* non risponde, poiché – data la struttura degli *horrea*⁸⁸ – non ha accesso alla merce.

b) per difetti del locale (es. infiltrazioni d'acqua) o delle attrezzature di questi (es. *dolia*, *infossa* o no): l'*horrearius* risponde come *locator*, per inefficienza del locale allo scopo convenuto.

c) per fatto di terzi: caso non contemplato dalle fonti, ma che probabilmente va risolto in senso analogo a quello del perimento per distruzione.

L'unica prospettiva storica che si trova enunciata nella dottrina romanistica consiste nell'affermazione che la responsabilità per *custodia* dell'*horrearius* tragga la sua origine da esplicite assunzioni di garanzia non formali, che la giurisprudenza venne poi considerando come implicite nella *locatio horrei*, inquadrandone gli effetti negli schemi generali della *custodia* tecnica: ma questa idea, che si ripete da decenni (PERNICE, *Labeo*, 2, 350; LUZZATTO, 227; THOMAS, 376; DE ROBERTIS, *l. c.* alla n. 2, che considera il sistema dell'assunzione espressa ancora in vigore nel periodo classico, ad evoluzione completa dell'istituto), non trova alcun appoggio sicuro nelle fonti, ed è unicamente basata su di un parallelo con il regime della responsabilità *ex recepto* del *nauta*. Contro di essa, precisamente contro la sua originaria enunciazione da parte del Pernice, si pronunziò il LUSIGNANI, *La responsabilità per custodia* cit., 1, 10 n. 3.

⁸² Questo caso corrisponde all'asportazione di cose da un contenitore (locale, armadio ecc.) senza scasso (apertura con chiavi false o rubate ecc.; o con mezzi idonei a far scattare la serratura senza romperla), o (se è vero quanto detto al § 9) con scasso operato in esecuzione di un furto, non di una rapina. Il caso, pure ipotizzabile, di furto da un contenitore che il cliente abbia dimenticato aperto, non è risolto dalle fonti: la responsabilità dell'*horrearius* non dovrebbe venir meno.

⁸³ Cfr. p. 140.

⁸⁴ Cfr. il § 9.

⁸⁵ Cfr. sempre il § 9.

⁸⁶ Cfr. p. 142 s.

⁸⁷ Conclusione opinabile come tutte quelle dedotte a contrario. Il caso ipotizzabile è il seguente: nell'esecuzione di un furto del tipo I a), il ladro, rotti alcuni oggetti, ad es. il vetro, li abbandona in loco.

⁸⁸ Cfr. § 7.

11. – La *lex horrerorum* (*Negotia*, 145 a) che già abbiamo riportata, si chiude con la frase, non molto lacunosa ed integrabile con discreta sicurezza

Quisquis habens conductu]m horreum su[a ibi] reliquer(it) et custodi non adsignaver(it), horrearius sine culpa erit.

Il tenore di questa frase, per quanto mi consta, è trascurato dalla dottrina: eppure essa offre qualche aspetto interessante. Fra le varie clausole che la *lex* contiene, alcune riguardano i locali (o, in genere, i contenitori), e tre sole le merci. La prima di queste ultime è quella che già abbiamo discusso: ‘Auri argenti margaritarum cu]stodia non praestabitur’; la seconda (‘*quae in his horreis*’ etc., di difficile integrazione, ma confermata abbastanza bene dalla l. 5 di *Negotia*, 145 c), in cui si dichiara che l’*horrearius* si riserva un diritto di pegno sugli *invecta et illata* (cioè le merci depositate) a garanzia del pagamento del canone⁸⁹; la terza⁹⁰ è quella che abbiamo riportato. Il suo significato pare chiaro: l’*horrearius* non si assume responsabilità per le cose introdotte negli *horrea*, se non sono state affidate al custode, nel senso evidente di «notificate al custode di turno». Cioè, il cliente, all’atto del deposito, deve mostrare all’incaricato dell’*horrearius* che cosa deposita: e solo sulla base di questa notifica l’*horrearius* assume la relativa responsabilità. Il sistema ha evidentemente come primo scopo di evitare, in caso di furto, contestazioni sull’entità delle cose rubate, o anche che il deponente lamenti il furto di cose che in realtà non ha deposto: se del caso, però, si sarà altresì notato lo stato delle cose depositate, in funzione della responsabilità per danneggiamento. Infatti la clausola di cui discorriamo, per tenore e posizione, sembra diretta ad escludere qualunque responsabilità dell’*horrearius*: le cose deposte e non *adsignatae* al custode erano come non affatto deposte. Se in pratica la totale esclusione della responsabilità fosse rigorosamente riconosciuta, non sappiamo: ma la clausola era diretta a questo scopo.

Il particolare sul quale mi pare opportuno attirare l’attenzione è il modo in cui il testo esprime l’esonero dalla responsabilità: *horrearius sine culpa erit*.

Siamo di fronte ad un impiego della parola *culpa* – di certo genuino e classico, dato il carattere della fonte – in sicura connessione con la responsabilità contrattuale, ma del tutto diverso dagli impieghi tecnici che siamo abituati ad incontrare, tanto nelle fonti classiche che in quelle postclassiche e giustinianee. Non si tratta infatti qui né della *culpa* come negligenza, né della *culpa* come nesso causale ovvero come ascrivibilità a taluno del fatto dannoso: in sostanza, non è una *culpa* come ‘Schuld’, bensì piuttosto come ‘Haftung’.

⁸⁹ Cfr. D. 20, 2, 3 (Ulp, con cit. di Ner.): dal testo risulta che alcuni giuristi (*verius est* adombra un dissenso), fra cui Nerazio e Ulpiano, ritenevano comunque implicita la *conventio* relativa al *pignus* sulle merci deposte.

⁹⁰ Un’allusione alle merci potrebbe anche essere contenuta nella l. 11: ‘*Quisquis in his horreis conductum habet et sua [-----] fuer(it) venia*’, poiché l’integrazione ‘*et sua [impensa refecerit ...]*’ del Gatti, è assai dubbia.

Non è certo il caso, credo, di dedurre da quest'unico testo conclusioni generali, e certo non è questo il passo che può occupare, in una ricerca sulla colpa, un posto centrale. Tuttavia non si può fare a meno di notare che la *lex*, per il rigore di linguaggio con cui il testo è concepito, mostra di provenire da un autore tutt'altro che profano al linguaggio tecnico; ciò non vuole ancora dire che l'uso di *culpa* nel nostro testo sia tecnico, ma solo che il termine e l'accezione non ripugnano ad un contesto tecnico. Si potrebbe ancora notare che in esso la parola ha un'accezione vaga, imprecisa proprio in quanto onnicomprensiva («l'*horrearius* non assume alcuna responsabilità ...»). Ma il discorso si farebbe più vasto, e mi propongo di riprenderlo in altra sede.

IL PASSAGGIO DALL'ANTICHITÀ AL MEDIOEVO NELLA STORIA GIURIDICA DELL'OCCIDENTE *

(a proposito di: F. WIEACKER, *Allgemeine Zustände und Rechtszustände gegen Ende des Weströmischen Reichs*, Mediolani 1963 – IRMAE, 1, 2 a).

1. – Nei giorni dal 6 al 12 aprile 1961, il Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, riunitosi a Spoleto per il suo nono convegno annuale, dedicava la settimana ad illustrare e discutere 'Il passaggio dell'antichità al medioevo in Occidente'¹. Nella pur ricca e documentata illustrazione di quel momento della storia europea, che il congresso offrì, mancò il contributo relativo alla storia del diritto: infatti, le tre 'lezioni' che dovevano illustrare «il problema giuridico e istituzionale» (accanto a quelle dedicate al «problema economico-sociale», a quello «artistico» e quello «religioso»), risultarono tutte impostate, in certo modo, al di là del 'passaggio': a passaggio avvenuto, insomma². Lo notavo già allora, in quella sede, e il tentativo che feci di colmare la lacuna – presentando una breve relazione sul problema della volgarizzazione del diritto³ – servì solo invece a renderla evidente.

Questa circostanza non andava attribuita interamente ad un difetto di organizzazione del congresso, poiché rispecchia un aspetto della letteratura storico-giuridica sul periodo considerato.

La letteratura giuridica sul 'passaggio' (sul V sec. in particolare) soffre, da lungo tempo, di una situazione particolare: il suo oggetto si trova al confine tra due discipline diverse (la romanistica e la medievalistica giuridica) e diverse non solo per il periodo storico che coltivano, ma altresì per metodi e per interessi. Questa circostanza non ha danneggiato gli studi sul V secolo né quanto a numero né quanto a qualità dei cultori: anzi, si potrebbe dire che la particolare situazione li ha raddoppiati⁴. Il difetto è un altro, quasi impalpabile nei singoli ca-

* Pubblicato in *Storia et documenta historiae et iuris*, XXX, 1964.

¹ Con questo titolo sono anche stati pubblicati gli 'Atti', in Spoleto, 1962.

² Si trattava delle tre seguenti lezioni: CALASSO, *Il problema istituzionale dell'ordinamento barbarico in Italia* (o.c. alla n. 1, p. 57 ss.); GANSHOF, *Les traits généraux du système d'institutions de la monarchie franque* (ivi, 91 ss.); SANCHEZ-ALBORNOZ, *Pervivencia y crisis de la tradición jurídica romana en la España goda* (ivi, 128 ss.).

³ V. gli 'Atti' cit. alla n. 1, p. 204 ss.

⁴ Ad es., come è noto, il V secolo occidentale trova tradizionalmente posto nei manuali di storia del diritto romano e di storia delle fonti del diritto romano tedeschi e italiani, ma altresì nei corrispondenti manuali di Storia del diritto italiano (si vedano, ad es., BESTA, *Fonti: legislazione e scienza giuridica*, Milano 1923, opera che costituisce il vol. I della *Storia del diritto italiano* pubblicata sotto la direzione

si⁵, macroscopico nei risultati generali⁶, e cioè che il ‘passaggio’ è per i romani un periodo di epigono, per i medievalisti un periodo di prodromi. Ciò non ha impedito, come dicevo, che lo si studiasse a fondo, ma ha ostacolato la sua valutazione generale come p a s s a g g i o: ne è risultato insomma, quello che nella tecnica cinematografica è la dissolvenza incrociata, impiegata nell’innesto di due scene successive: la prima immagine è continua ma sempre più debole fino allo zero; la seconda si sovrappone via via alla prima e, partendo dal minimo, si va affermando. Il passaggio è insensibile, ma c’è stato un cambiamento di immagine. In altre parole, invece del p a s s a g g i o dall’antichità al medioevo in occidente, considerando in complesso le opere di storiografia giuridica, sembra che nel V sec. (o, più ampiamente, nel periodo che va dal IV al VI sec.) ci sia stato un i n n e s t o del medioevo sull’antichità. Sono passato da un’immagine cinematografica ad una botanica, e chiedo venia per questo parlar figurato; spero tuttavia con ciò di essere riuscito a chiarire in che senso l’immagine del periodo considerato, che risulta dalla storiografia giuridica, mi appaia in qualche modo falsata.

Beninteso, queste mie parole non contengono allusione alle note polemiche sulla continuità, o a quella intorno alla rivoluzione sociale, né ad altre problematiche generali relative alla storia della ‘fine del mondo antico’; esse vogliono solo notare che, nelle opere generali di storia giuridica, il V sec. è risultato trattato in due modi opposti, ed assai di rado ci si è posti al suo centro per osservarne il panorama.

2. – Quanto si è detto nel paragrafo precedente aveva lo scopo di mettere meglio in evidenza il particolare significato che può avere oggi un’esposizione genera-

di P. del Giudice; PARADISI, *Storia del diritto italiano – Le fonti nel basso impero e nell’epoca romano barbara* [lezioni lito], Napoli 1951; ASTUTI, *Lezioni di storia del diritto italiano – Le fonti – Età romano barbarica*, Padova 1953; CALASSO, *Medio evo del diritto*, vol. I: *Le fonti*, Milano 1954); al contrario, non si occupano di questi argomenti i vari manuali di *Deutsche Rechtsgeschichte*, che, ove trattano del periodo, si interessano esclusivamente del diritto dei popoli germanici, e non fanno riferimento alle fonti romane. Per gli studiosi tedeschi, lo studio della storia delle fonti di cui noi ci occupiamo, appartiene, secondo la formula del Savigny, alla ‘Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter’.

⁵ Alludo alle opere monografiche sui singoli problemi, che riescono talora assai complete ed equilibrate, ma che per loro natura quasi mai si preoccupano di un inserimento del V sec. nell’*écoulement* storico.

⁶ Come emerge dalle opere generali e di sintesi (anche su singoli argomenti e problemi), fra cui pongo in prima linea i due volumi del LEVY, *West-roman vulgar law – The law of property*, Philadelphia 1951, e *Weströmisches Vulgarrecht – Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, e il 2° volume di KASER, *Das röm. Privatrecht*, München 1959; opere scritte da r o m a n i s t i, e come opere r o m a n i s t i c h e concepite e sentite. Non mi è possibile addurre l’esempio parallelo, citando analoghe opere di storici del diritto intermedio, poiché nessuno di tali storici ha, a mia notizia, scritto opere generali (nel senso precisato sopra), che (relativamente al V sec.) possano vantare un livello di approfondimento personale paragonabile ai lavori di Levy e Kaser. Si vedano però le opere di PARADISI, ASTUTI e CALASSO di cui alla n. 4: in esse al diritto del V (e anche del IV) sec. è dedicata ampia parte, ma il contributo originale degli Autori consiste in genere semplicemente nel diverso angolo visuale con cui essi vedono tali fonti. Ed è proprio questo angolo visuale che dà all’esposizione il carattere di ‘trattazione dei prodromi’.

le e sintetica delle 'Rechtszustände' al momento del passaggio dall'antichità al medioevo in occidente.

Fra le opere che già possedevamo, con lo stesso carattere generale e la stessa (o simile) impostazione storico-cronologica⁷, solo la corrispondente parte della 'Geschichte'⁸ del Savigny condivide il taglio dato dal Wieacker al suo contributo.

La coincidenza non solo non è casuale, ma è connessa con la ragion d'essere dell'opuscolo che qui annotiamo, che costituisce appunto il capitolo di apertura del 'Nouveau Savigny'⁹.

Il W. stesso, nei primi quattro paragrafi del suo scritto, si preoccupa di definire il rapporto (analogie e differenze di impostazione e di metodo) che corre tra il suo lavoro e quello del Savigny. In particolare egli nota che «kein Volksgeistprogramm nötigt uns mehr, von dem Römischen Recht bestimmter 'Völker' zu sprechen»¹⁰, per porre invece l'accento sulla 'Kontinuität' che caratterizza la storia culturale dell'Occidente (dalle sue origini egee, al suo sviluppo ellenistico-romano, alle sue vicende nell'Occidente europeo e nel mondo bizantino), della quale fa parte la storia giuridica.

Un punto particolarmente importante, sul quale il W. si sente di seguire l'impostazione del Savigny, sta nella convinzione che, per la storia del diritto romano nel medioevo europeo, questa continuità¹¹ si riallaccia – come ad elemento determinante delle forme successive – non al periodo classico né agli atteggiamenti classi-

⁷ In genere, si tratta però di opere che, se partono dal IV o dal V secolo, giungono fino all'XI, e cioè all'epoca in cui s'iniziò l'attività della scuola di Bologna: così ad es. FITTING, *Zur Geschichte der Rechtswissenschaft am Anfange des Mittelalters*, Halle 1875. Questa interessante 'Rede' si inserisce nel movimento di pensiero che, preso particolarmente impulso dalla *Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter* (edizioni e traduzioni in IRMAE, I, 1, 3d, 91; qui cito, come usualmente, dalla 2ª ed., Heidelberg 1834-51), si preoccupò di superare la convinzione, allora diffusa, del completo oblio in cui il diritto romano sarebbe caduto – in Occidente – dalla fine dell'impero al principio del XII sec. Le ricerche condotte in questa linea ebbero il loro coronamento (rispetto alle prime linee di quei lavori, poiché non mancarono ampi sviluppi successivi: cfr. WIEACKER, *Europa und das röm. Recht*, in *Vom röm. Recht*², Stuttgart 1961, 288 ss.) nella – purtroppo incompiuta – *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im frühen Mittelalter* del CONRAT (vol. I e unico, Leipzig 1891; rist. anast. Aalen 1963), ed appartengono a quel genere di indagini che, nel primo paragrafo, dicevo «al di là del passaggio».

⁸ Vale a dire il primo capitolo, che tratta appunto delle fonti del diritto nel sec. V, e il secondo, sull'organizzazione giudiziaria nello stesso periodo.

⁹ Per questa denominazione programmatica dell'opera, v. DE VISSCHER, in IRMAE, I, 1a-d, 6 s.

¹⁰ Se il Savigny scriveva nell'epoca di formazione degli Stati nazionali, il W. scrive nell'epoca in cui sentite ed urgenti si fanno le istanze di unità europea: può darsi pertanto che ai posteriori le affermazioni del W., in ordine alla 'kulturelle und juristische Einheit des mittelalterlichen Okzidents' appaiono altrettanto contingenti quanto l'impostazione particolaristica del Savigny. Io non lo credo: poiché, se anche le affermazioni generali (sottolineate fino a farne un programma) sono segni dei tempi, l'unità culturale dell'Occidente, pur nella ricca sfaccettatura dei particolarismi locali (sulle cui origini si veda VACCARI, *Dall'unità romana al mondo barbarico*, in *Fontes ambrosiani*, 26 [Misc. Galbiati, 2], Milano 1961, 135 ss.), è un fatto storico inconfutabile, che la stessa *Geschichte* del Savigny mette chiaramente in luce.

¹¹ Il cui concetto egli ha affinato nel senso delle più moderne analisi: p. 6 s.

cistici dell'impero d'Oriente, bensì alle forme che il diritto romano ha assunto all'epoca e nell'ambiente del frazionamento dell'impero d'Occidente nei regni barbarici; per cui oggi ancora – come già fece il Savigny – una storia del diritto romano nel medioevo deve cominciare con uno sguardo alle condizioni del sec. V.

Un'impostazione di questo genere ha il particolare pregio di inquadrare il V sec. proprio come il periodo di passaggio dall'antichità al medioevo. Possiamo dire pertanto – sperando di averne mostrato le ragioni – che il volumetto del W. colma una lacuna della letteratura contemporanea¹², e ciò con quella ampiezza di vedute e genialità di intuizioni che ogni studioso di problemi storico-giuridici conosce nell'Autore.

3. – Il pregio formale più evidente del volumetto è nella perfetta armonizzazione tra il suo carattere sintetico e la discussione – nuova ed approfondita – di alcuni problemi. Ciò era necessario per condurre in porto un lavoro del genere: la letteratura di cui l'A. disponeva per operare la sua sintesi presenta lacune notevoli, e soluzioni insoddisfacenti di vari problemi. Non poteva pertanto essere sufficiente rifarsi all'una o all'altra ricerca propria o altrui, magari prendendo posizione tra una ed altre tesi; talora era necessario costruire.

Il carattere sintetico dell'esposizione si rivela anche nell'apparato bibliografico: le note servono, più che a presentare una bibliografia esauriente su ogni punto, a dare al lettore i mezzi per risalire alla letteratura¹³. Solo così si spiegano alcune disarmonie: ad es., il fondamentale articolo del Conrat *Zur Kultur des röm. Rechts in Westen des röm. Reichs im 4. u. 5. Jh n. Chr.* (in *Mél. Fitting*, 1, Montpellier 1907), è ricordato solo (p. 40 n. 139) in relazione ad una citazione tratta da Riese, *Anthol. Lat.* (II, 103), mentre per la gran massa di notizie in tale articolo raccolte, il W. preferisce rifarsi al più recente lavoro del Volterra¹⁴; la letteratura sui *Fragmenta Augustodunensia* (p. 45 n. 165) tralascia del tutto i lavori del Ferrini: a proposito della distinzione tra *ius* e *leges* (p. 17 n. 31) non menziona la classica ricerca del Gaudemet, in *Iura*, 1 (1950), 223.

Va notato infine, che il contenuto del lavoro non corrisponde perfettamente al titolo: si tratta infatti, in realtà, di una esposizione delle 'Rechtszustände gegen En-

¹² Non si pensi che io abbia dimenticato il prezioso libro del GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise au IV^e et V^e siècle*, Paris 1957. Il fatto è che esso ha una funzione ed un'impostazione diverse da quelle del contributo del W.: anzitutto il lavoro del Gaudemet è limitato alla storia delle fonti, nonché al problema dei rapporti fra 'les deux droits', ed inoltre manca (non per limite che l'A., noto anche come medievalista, subisca, bensì per metodo scelto) della prospettiva medievalistica, del senso, cioè, del 'passaggio'.

¹³ L'apparato è aggiornato al 1961; se nulla mi è sfuggito (è necessaria la riserva in annotazioni di questo genere, che tralascerei se scopo di questa *nota* non fosse anche quello di informare esattamente i lettori della rivista sui caratteri esteriori del lavoro recensito), del 1962 l'A. cita solo la propria recensione a STEINACKER, 'Traditio cartae', in *ASD*, 1 (1957), 56 ss.

¹⁴ *Appunti sulle scuole postclassiche occidentali*, in *ASD*, 1 (1957), 56 ss.

de des Weströmischen Reichs': le 'allgemeine Zustände' sono, più che esposte, tenute presenti e fatte oggetto di riferimenti per esattamente inquadrare ed illustrare quanto si dice sulla storia del diritto. E quanto alle 'Rechtszustände' (ed il modo in cui questa scelta è operata costituisce uno dei pregi maggiori del lavoro) l'Autore si sofferma in particolare su quegli elementi che più saranno importanti per l'evoluzione successiva: sorvolando sul diritto privato ed anche sui particolari del diritto costituzionale ed amministrativo, dopo una premessa d'ordine generale ('Die Grundlagen der spätantiken Rechtskultur'), il W. illustra: 'Die Rechtsquellen der westlichen spätantike; 'Gerichtswesen und Prozess; 'Juristenenansbildung Rechtsliteratur'; 'Notariat und Urkundenpraxis'.

Non avrebbe significato esporre qui partitamente il contenuto del lavoro: ne verrebbe una insulsa sintesi della sintesi. Mi soffermerò invece su alcuni punti che mi paiono meritare una particolare discussione: non perché non ve ne siano altri parimenti importanti, ma perché questi mi sono apparsi particolarmente stimolanti per le interessanti posizioni che l'A. vi assume, ovvero semplicemente perché la lettura invoglia a una riflessione ulteriore. È questa infatti una delle rare qualità che caratterizzano ogni scritto del W.: di spingere all'indagine ed all'approfondimento, anche quanto semplicemente egli intende 'informare'. Tratto caratteristico del vero Maestro.

4. – '*Vulgarismus*', '*Vulgarisierung*' e '*Vulgarrecht*'. – Fra le 'Grundlagen'¹⁵, il W. pone, dandole particolare rilievo, la '*Vulgarisierung*' del diritto romano. Anche se appena di sfuggita, egli non può esimersi dal dichiarare che «der Vorgang Gegenstand einer lebhaften methodischen Diskussion ist», e dall'accennare almeno una volta ai termini di tale 'Diskussion'. La quale, iniziata anni or sono in forma pacata e costruttiva, dà in questi ultimi tempi segni di inasprimento¹⁶: e ognuno sa quanto ciò possa divenire nocivo al progresso scientifico, per l'irrigidimento delle singole tesi che può cagionare, insieme al sostituirsi del dilemma di 'ragione-torto' a quelli di 'vero-falso', 'utile-inutile'. Se io mi accingo qui a riparlare del tema, è solo per cercare di contribuire ad un chiarimento, nel senso di ricercare quanto le concezioni di '*Vulgarisierung*', '*Vulgarismus*' e '*Vulgarrecht*' possano essere in effetti utili alla conoscenza della storia giuridica del periodo del 'passaggio'.

Il problema non può essere ridotto ad una mera questione di termini¹⁷: e di concetti, non di termini, infatti, è il dissenso tra Guarino e Wieacker (che prendo qui come i più significativi rappresentanti delle parti opposte nella polemica), ove

¹⁵ Enumerate a p. 9.

¹⁶ WIEACKER, *Studi Betti*, 4, Milano 1962, 509 ss.; GUARINO, *Labeo*, 9 (1963), 376 ss.

¹⁷ Del resto, in una discussione condotta scientificamente, ben di rado un problema di termini non comporta una questione di sostanza; e neppure è vero, come spesso si asserisce, che i termini sono sempre buoni, basta che ci s'intenda sul loro significato; ciò almeno nelle nostre discipline, ove non sarebbe calzante un discorso come quello che si legge in WHITEHEAD, *Introduzione alla matematica* (trad. Crespi)³, Firenze 1961, 73 s.

il primo sostiene che quella del 'Vulgarrecht'¹⁸ sia «la formula innovativa, ma arbitraria, di un fenomeno generale ben noto, che è quello della decadenza postclassica del diritto romano»¹⁹: la divergenza sta nel fatto che il Guarino non vede nella 'Vulgarisierung' un fattore di questa decadenza²⁰, e persino non trova senso compiuto nelle espressioni 'Vulgarismus' e 'Vulgarrecht'²¹.

Ma va notato, che questa polemica sul dilemma 'decadenza-Vulgarisierung' non è esattamente impostata, poiché i due fenomeni che le due parole inquadrano sono eterogenei e fra loro incommensurabili. Anzitutto la 'Vulgarisierung' non è necessariamente decadenza²²: ed inoltre, se con 'decadenza' si può indicare solo una direzione generale, complessiva, dell'evoluzione, con 'Vulgarisierung' se ne indica un atteggiamento specifico; c'è, insomma, nell'espressione 'Vulgarisierung' un aspetto dichiaratamente analitico, che 'decadenza' non condivide²³. Ora, a parte i dubbi sul termine²⁴ e sui modi di definizione del concetto²⁵, il fenomeno generale che ad esso corrisponde è una realtà storica innegabile e incontestata²⁶. Il dissenso tra gli studiosi si appunta là ove si vuole fare del 'Vulgarismus' il 'wesentlicher Zug' del diritto romano dei sec. IV e V²⁷. Ove si riconosca al volgarismo questa importanza, sorge il nuovo e diverso problema della possibilità di chiamare 'Vulgarrecht' il diritto romano (non classicistico) dell'epoca postclassica: supponiamo per ora vera la premessa, onde discutere, in teoria, il nuovo problema.

Un punto che – sebbene finora quasi trascurato – mi pare essenziale chiarire è quello del rapporto che esiste (o può esistere) ovvero si può stabilire tra i concetti – e le espressioni – 'diritto classico' e 'diritto volgare'. Il Pugliese²⁸ ha negato la pos-

¹⁸ Sarebbe meglio, in questo caso, parlare di 'Vulgarisierung': ma per il Guarino 'Vulgarismus' (e quindi 'Vulgarisierung') e 'Vulgarrecht' sono tutt'uno. Cfr. *Labeo*, 6 (1960), 98. Al proposito le osservazioni del PUGLIESE, in *ASD*, 5-6 (1961-62), 106 e n. 57.

¹⁹ *Labeo*, 6 (1960), 103; cfr. *Labeo*, 9 (1963), 381.

²⁰ *Labeo*, 6 (1960), 101.

²¹ *Labeo*, 6 (1960), 102.

²² Cfr., per la sostituzione della radice 'vulgar' a quella 'vulgär', WIEACKER, *Studi Betti*, 4, 509 n. 2. Una diversa coloritura delle due forme non paiono scorgere però né il KASER, *ZSS*, 73 (1956), 441 n. 5, né il GAUDEMET, *Studi Biondi*, 1, 274.

²³ Sul punto v. anche WIEACKER, *Studi Betti*, 4, 517 s.

²⁴ GUARINO, *Labeo*, 6 (1960), 99 ss. (*passim*).

²⁵ GUARINO, *Labeo*, 9 (1963), in part. 380 s.

²⁶ Valgano per tutti le ammissioni dello stesso GUARINO, *Labeo*, 6 (1960), 100, 102.

²⁷ V'è chi si è limitato ad osservare che atteggiamenti volgaristici sono presenti anche nel diritto classico – e nel diritto di ogni epoca – (cfr. in part. GAUDEMET, *Studi Biondi*, 1, 284 ss. e gli autori ivi cit. a p. 284 n. 55): conclusione che del resto è da tutti riconosciuta vera (ad es. WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, Heidelberg 1955, 30). Il GUARINO, invece, afferma che il volgarismo non è stato più forte nell'epoca postclassica di quanto non lo sia stato in epoca preclassica e classica: *Labeo*, 6 (1960), 100 s.

²⁸ *ASD*, 5-6 (1961-62), 105, opponendosi – in un certo senso – al DE FRANCISCI, *Studi Betti*, 1, 23.

sibilità di un parallelismo fra le due categorie, poiché la prima, «pur con un originario sottinteso qualitativo», ha ormai assunto solo «un evidentissimo significato cronologico», mentre «una trasformazione di questo genere è almeno prematura per le parole ‘diritto volgare’». Ma v'è da chiedersi se un confronto così posto sia corretto: e cioè se si possa stabilire un parallelo tra l'espressione ‘diritto classico’ quale essa ci si presenta dopo decenni di uso abitudinario, e l'espressione ‘Vulgarrecht’ nel momento, se non della sua creazione, almeno in quello della sua consapevole definizione. Per un'indagine sui concetti – in ogni modo – il confronto va posto fra le due espressioni, prese entrambe con il loro sottinteso *qualitativo*, o più in generale *qualificante*²⁹. Neppure così, va rilevato anzitutto, il parallelismo è interamente possibile: la riprova – per dire così – sperimentale si ha osservando che l'espressione ‘diritto classico’ rende (ed in effetti ha reso) possibili le espressioni corollarie ‘diritto preclassico’ e ‘diritto postclassico’ mentre non si può vedere alcun senso nelle espressioni – supposte possibili – ‘prevolgare’ e ‘postvolgare’. Si dirà che ‘preclassico’ e ‘postclassico’ sono coniate proprio sulla pura eccezione cronologica di ‘classico’; ma non per questo si negherà che ‘preclassico’ suggerisca l'idea del «non ancora classico, ma in via per esserlo», e ‘postclassico’ l'idea del «non più classico e quindi decadente». Il fatto è che ‘classico’ esprime la struttura di assetto (cioè un puro risultato) dell'ordinamento, prescindendo – pur senza negare la possibilità di un'evoluzione interna, ma sempre in un generale assetto ‘classico’ – dai fattori evolutivi (cioè da una diveniente, se così si può dire, ‘Klassisierung’); mentre ‘volgare’ esprime bensì una sorta di assetto, ma con un diretto riferimento al processo di ‘Vulgarisierung’ che lo ha determinato e continua a determinarlo (la ‘Vulgarisierung’ è infatti uno dei caratteri del ‘Vulgarrecht’ come tale). In altre parole, se l'assetto ‘classico’ è inteso come pienamente attuale, potenza e atto sono ancora termini dialettici nel concetto di ‘Vulgarrecht’, per sua natura oscillante in un divenire continuo. Tornando a riferirci al nostro ‘Leitmotiv’, ‘Vulgarrecht’ è il diritto di un periodo di passaggio, mentre il diritto classico è quello che corrisponde a «der geschichtliche Augenblick der höchsten Stilhöhe eines Kulturablaufs»³⁰. Notata questa differenza, è però possibile un parallelo fra i due concetti sotto un altro profilo: entrambi, infatti, individuano un ordinamento giuridico sulla base di una ‘Stilkategorie’. Ma questa constatazione è grave: infatti uno dei punti fondamentali (se non il fondamentale) della polemica sul diritto volgare verte appunto sulla legittimità di un simile modo di individuazione di un ordinamento giuridico: poiché da un lato la si afferma³¹, dall'altro la si nega³².

Ma una considerazione, credo, giova a ricondurre le diverse vedute ad un pun-

²⁹ Sul quale, per quanto riguarda l'espressione ‘classico’, si veda WIEACKER, *Über das Klassische in der röm. Jurisprudenz*, in *Vom röm. Recht*², Stuttgart 1961, 161 ss., in part. 164 s.; 166.

³⁰ WIEACKER, *Vom röm. Recht*², 163 s.

³¹ WIEACKER, 14 (la prima frase della pagina).

³² CANNATA, *Il passaggio*, cit., sopra alla n. 3, 209 s.; più esaurientemente PUGLIESE, *ASD*, 5-6 (1961-62), 99 ss.

to d'intesa. E cioè che, a ben vedere, ciò che gli autori che parlano di 'Vulgarrecht' (come quando si parla di 'diritto classico') individuano con tale espressione, non è un 'ordinamento giuridico' nel senso che questa parola ha nel linguaggio, ad esempio, di Kelsen o di Santi Romano (sistema, cioè, normativo o istituzionale), bensì piuttosto il complesso dell'esperienza giuridica³³ di un periodo ed un luogo, o – se così si vuol dire – la sua cultura giuridica in generale³⁴.

Se così stanno le cose, cade ogni dubbio sulla legittimità dell'espressione 'Vulgarrecht' sotto il profilo teorico considerato: ma tale legittimità verrebbe meno ove la supposizione – che abbiamo premesso al ragionamento – non risultasse vera: e cioè che il volgarismo sia effettivamente il tratto saliente del diritto postclassico. Ora nulla più di questo è questione di 'feeling': si può, credo, ammettere tranquillamente che il 'Vulgarismus' è un atteggiamento che assume particolare rilievo – nella storia del diritto romano – durante il IV e V sec.³⁵ ma assai diverso è sostenere che – fra i vari fattori che hanno concorso a dare al diritto postclassico la sua fisionomia – quello volgaristico sia il principale³⁶. La maggior fonte di dubbio sta nel fatto che – ove le vicende del diritto postclassico siano studiate analiticamente – una vera incidenza del fattore volgaristico sull'evoluzione sostanziale del diritto sfugge, nel senso che un'altra (o più altre) – e più penetrante – spiegazione è normalmente presente. È quanto credo di avere messo in luce nella ricerca relativa all'assetto assunto nell'epoca postclassica dal sistema dei diritti reali³⁷, a proposito della quale – in una gentilissima lettera, di cui qui pubblico uno squarcio col cortese consenso dell'Autore – il Wieacker mi scriveva: «Die 'substantielle' Entwicklung hat gewiss keine spezifisch 'vulgaren' Antriebe (wie Sie im Schlusssatz Ihres Buches bemerken), sondern ist wesentlich das Ergebnis der Entwicklung des Bürgerstaats der civitas wie der Honoratiorenregierung des Prinzipats zu einem egalitären, zentralistischen und absoluten Flächenstaat. Ich würde aber doch ihre juristischen Ausdrucksmittel stilistisch als 'vulgar', nämlich als unjuristische betrach-

³³ Do all'espressione, approssimativamente, il significato che essa ha assunto nel linguaggio di CAGGI, *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), in *Opere*, 2, 209 ss.

³⁴ Con una precisazione: che, sia con l'espressione 'diritto classico' sia con l'espressione 'diritto volgare', non ci si riferisce a tutta la cultura giuridica del periodo: con la prima si fa essenzialmente capo all'attività dei giuristi, con la seconda si esclude la cultura classicistica. Per gli atteggiamenti volgaristici nel diritto classico, v. i riferimenti fatti sopra n. 27, ed in part. MAYER-MALY, *'Vulgo' und Vulgarismus*, in *Labeo*, 6 (1960), 7 ss.

³⁵ Cfr. da ultimo PUGLIESE, *ASD*, 5-6 (1961-62), 106 s. Gli esempi addotti dal GUARINO (*Labeo*, 6, 100 s.), per documentare la «genesì volgaristica» di «tanti e tanti istituti del più classico diritto romano», non mi pare possano convincere, finché non si dimostri che le trasformazioni del diritto arcaico, che egli considera manifestazioni volgaristiche preclassiche e classiche, mancassero di una consapevole attitudine costruttiva: non bastano, infatti, i fraintendimenti a denunciare il volgarismo, poiché questo è nell'atteggiamento che li ha causati. Anche i giuristi di Bologna fraintendevano il Corpus Iuris, ma nessuno potrà mai pensare che la loro opera fosse 'Vulgarisierung'.

³⁶ Sul problema, in senso negativo, PUGLIESE, *ASD*, 5-6 (1961-62), 107 ss.

³⁷ *'Possessio' 'possessor' 'possidere' nelle fonti giuridiche del basso impero romano*, Milano 1962.

ten; das gilt gerade auch für die affektierte oft archaisierende Rhetorik der Kaiserkanzleien wie der Kirchenväter. Und möglich wurde diese unjuristische Diktion allerdings durch die Zerstörung der bisherigen fachjuristischen Kategorien». E se dunque questo innegabile 'Vulgarismus' stilistico dell'«Ausdrucksmittel», dipendente da un declino del tecnicismo 'fachjuristisch', debba essere o no assunto (in quanto veste esteriore comune) come 'wesentlicher Zug' del diritto dell'epoca, è – come dicevo – una questione di sensibilità personale.

La conclusione, che è possibile trarre da queste considerazioni, è che, se da un lato non è possibile muovere un concreto appunto agli autori che si avvalgono della categoria del 'Vulgarrecht', d'altra parte non sembra opportuna la sua adozione come categoria comune, acquisita alla metodologia romanistica. Il Wieacker stesso ha mostrato il fraintendimento – in ordine al cosiddetto diritto preclassico – che il concetto di 'diritto classico' (legato ai monumenti letterari della giurisprudenza) ha portato con sé³⁸: nulla ci dice che la categoria del 'Vulgarrecht', se acquisita in abitudine, non possa condurre a fraintendimenti analoghi. Mi piace, a questo proposito, ripetere le parole del Pugliese³⁹: «Isolare un fattore dello svolgimento storico postclassico, e qualificare in base ad esso, l'intero diritto di quell'epoca espone, fra l'altro, al rischio di apparire presto superati per l'emergere di nuovi indirizzi dottrinali, che assegnino la preminenza a un fattore del tutto diverso; ... l'espressione 'diritto romano ellenico' ha già subito una sorte di questo genere».

Mi preme tuttavia sottolineare ancora⁴⁰ che, qualunque sia la sorte che si voglia riservare al concetto di 'Vulgarrecht', la individuazione della 'Vulgarisierung' del diritto romano del IV e V sec.⁴¹ costituisce senza dubbio uno dei risultati felici della storiografia giuridica dei nostri tempi: ed in un'opera come quella del Wieacker che qui si annota, diretta all'esposizione dei fenomeni generali, e non tanto all'evoluzione del diritto sostanziale, la rilevanza data al tema è, non solo pienamente giustificata, ma – allo stato attuale della nostra scienza – essenziale⁴².

³⁸ Cfr. il cit. articolo in *Vom röm. Recht*², 161 ss.

³⁹ ASD, 5-6 (1961-62), 105 n. 56.

⁴⁰ CANNATA, *Il Passaggio cit.*, *passim*; PUGLIESE, ASD, 5-6 (1961-62), 106 ss.

⁴¹ Precindo, in questa sede (trattandosi di un problema particolarmente delicato e che può avere il suo svolgimento solo in uno specifico studio analitico) dalla questione delle radici che la detta 'Vulgarisierung' ha avuto nel III secolo, tra la fine dell'impero dei Severi e il regno di Diocleziano.

⁴² Accettando i concetti di 'Vulgarismus' e 'Vulgarisierung', e nel contempo esprimendo una certa diffidenza per quello di 'Vulgarrecht'; dicendo che le spiegazioni volgaristiche dell'evoluzione del diritto sostanziale lasciano normalmente insoddisfatti, e nel contempo affermando che è opportuno dare rilevanza alla 'Vulgarisierung' in un'esposizione di carattere generale, non voglio assolutamente dire che lo studio del 'Vulgarismus' debba prescindere dalla considerazione del diritto sostanziale, o che – reciprocamente – lo studio del diritto sostanziale debba prescindere dalla considerazione della 'Vulgarisierung'. Ma è inutile che indugi in ulteriori chiarimenti a questo proposito, essendo sufficiente un rinvio alla lucida messa a punto del WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus*, 12 ss.

5. *La legge delle citazioni*. – Di essa (C. Th. 1, 4, 3) discorre il Wieacker (p. 18-20), accennando anche ai problemi relativi alla tradizione del testo (p. 19), sui quali conviene qui fare il punto.

Un problema che attualmente può considerarsi superato è quello delle modifiche visigotiche: esso fu sollevato dal Gotofredo (ad h. l., alinea ‘*Quid si?*’), il quale riteneva inserzione visigota (dovuta alla simpatia da questi mostrata per le sentenze di Paolo) la frase finale ‘*Pauli quoque sententias semper valere praecipimus*’. In presenza della cost. C. Th. 1, 4, 2 (ignota al Gotofredo, e restituitaci dal ms. Ambrosiano = A) l’ipotesi del Gotofredo perde consistenza⁴³. Alla tesi del Gotofredo ha dato però nuova veste il Gradenwitz⁴⁴: in C. Th. 1, 4, 3 è ripetuto, oltre al contenuto di C. Th. 1, 4, 2 (con la frase espunta dal Gotofredo), anche il contenuto di C. Th. 1, 4, 1 (cost. pure ignota al Gotofredo, e restituitaci dal ms. A), con la frase ‘*Notas etiam Pauli... infirmari*’. Si potrebbe trattare (a detta del Gradenwitz) di due interpolazioni visigotiche, operate per conservare nella cost. unica del tit. Brev. C. Th. 1, 4 anche il contenuto di C. Th. 1, 4, 1 e 2, che nel Brev. non venivano escerpiti. Ma il Gradenwitz stesso è propenso a scartare l’ipotesi poiché⁴⁵ essa comporta di attribuire ai compilatori del Brev. un modo di operare che non risulta essi abbiano mai altrove adottato. Considerazione, quest’ultima, che milita contro qualsiasi ipotesi di modifica visigotica, per cui oggi si tende a non pensare più ad una simile eventualità, sebbene la possibilità teoricamente rimanga, poiché la legge delle citazioni ci è pervenuta solo attraverso mss. del Brev., oltre che dal ms. A, che, sebbene con aggiunte tratte dal Teodosiano integro, è pur sempre basato sul Brev.⁴⁶

Ma accanto all’ipotesi sopra riferita, il Gradenwitz⁴⁷ ne enuncia una seconda, sempre per spiegare la possibile⁴⁸ interpolazione delle due frasi di cui sopra, ed in particolare quella relativa alle note di Paolo e Ulpiano a Papiniano, che, anche per ragioni formali, pare all’A. estranea al testo⁴⁹: la modifica in parola – secondo questa nuova ipotesi – sarebbe avvenuta nel periodo tra l’emanazione della legge (426), o meglio dopo la caduta del progetto di compilazione del *ius* del 429 (C. Th. 1, 1, 5)⁵⁰, e l’inserzione della legge delle citazioni nel C. Th. Il Gradenwitz stesso⁵¹ lascia però intendere l’inconsistenza di questa spiegazione, ove osserva che la ripeti-

⁴³ Così KRUGER, *Geschichte der Quellen*², München-Leipzig 1912, 300 n. 21.

⁴⁴ ZSS, 34 (1913), 277.

⁴⁵ ZSS, 34 (1913), 277.

⁴⁶ MOMMSEN, *Prolegomena*, LXXXIII; GRADENWITZ, ZSS, 34 (1913), 276; SCHERILLO, *SDHI*, 6 (1940), 409 ss.

⁴⁷ ZSS, 34 (1913), 277 ss.

⁴⁸ L’A. non ne è sicuro, e del resto non attribuisce eccessiva importanza al problema: ZSS, 34 (1913), 279.

⁴⁹ ZSS, 34 (1913), 275 s.

⁵⁰ ZSS, 34 (1913), 278.

⁵¹ ZSS, 34 (1913), 278.

zione della norma sulla prescrizione delle note di Paolo e Ulpiano a Papiniano non avrebbe avuto senso, né operata come interpolazione successiva in una costituzione singola (cioè nella legge delle citazioni prima della sua introduzione nel codice), né come interpolazione in una costituzione da inserire nel Codex, ove l'affermazione costituisce semplicemente un doppione, in presenza di C. Th. 1, 4, 1.

È l'imprecisione di quest'ultimo rilievo, che mi sembra suggerire un chiarimento del problema. Pare evidente, infatti, che la presenza in C. Th. 1, 4, 3 delle due frasi che ripetono il tenore delle altre due costituzioni del tit. *De responsis prudentium*, abbia lo scopo di *richiamare* le norme delle costituzioni precedenti, per evitare che si potesse pensare che la legge delle citazioni (regolando interamente la materia) avesse nei loro confronti effetto abrogante; ciò è particolarmente importante per la norma sulle note a Papiniano, che dalla frase '*Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus*' potevano sembrare rimesse in vigore (salva l'applicazione del meccanismo della maggioranza e della prevalenza di Papiniano in caso di parità). Quanto si è detto spiega la presenza delle frasi⁵²; quanto alla loro inserzione, l'idea può essere venuta tanto ai redattori della costituzione del 426, quanto ai compilatori del C. Th., che si accorsero del pericolo di fraintendimento proprio osservando i tre resti disposti uno di seguito all'altro in ordine cronologico.

Un secondo problema, relativo al testo della legge delle citazioni, va al di là del semplice problema di critica testuale. Esso è stato posto la prima volta dal Gradenwitz⁵³, che ha sostenuto: *a)* che nella prima frase della legge, in luogo di '*ceteros*' dovesse, nel testo originale, leggersi '*Modestinum*'⁵⁴; *b)* che nel testo originale la frase '*Ubi autem*' etc. mancasse⁵⁵; *c)* che la parte finale di tale frase fosse però presente, nella forma '*si tamen eius libri propter*' etc., e riferita pertanto ai libri di Gaio⁵⁶; *d)* che il nome di Gaio non dovesse essere menzionato all'inizio, fra i quattro tardoclassici.

Per il punto *d)* (di scarsa importanza) neppure il Gradenwitz dà sufficienti ragioni; d'altra parte, quelle da lui addotte per il punto *c)* non possono più oggi reggere, di fronte a ciò che sappiamo sulle varie edizioni degli scritti dei giuristi classici durante il periodo paleopostclassico⁵⁷. I punti *c)* e *d)* possono pertanto essere lasciati cadere.

Diversamente per i punti *a)* e *b)*: '*ceteros*' non può riferirsi che a Modestino, es-

⁵² Chiarito lo scopo delle frasi, cade anche il dubbio (GAUDEMMENT, *La formation*, 75) sul significato che hanno le parole '*semper valere*' a proposito delle sentenze di Paolo: non «vincolano in ogni modo il giudice», ma «vanno tutt'ora considerate vincolanti», cioè «nulla questa legge innova sul loro valore».

⁵³ ZSS, 34 (1913), 279 ss.

⁵⁴ ZSS, 34 (1913), 280 s.

⁵⁵ ZSS, 34 (1913), 280 ss.

⁵⁶ ZSS, 34 (1913), 282 s.

⁵⁷ WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, 72 ss.

sendo Paolo e Ulpiano espressamente nominati, e d'altra parte risultando impossibile un'equiparazione di Gaio a Papiniano, per la speciale posizione occupata da questo⁵⁸; il sistema di scelta della decisione ('*Ubi autem diversae sententiae proferruntur*' etc.) è in evidente relazione col gruppo dei cinque, mentre riferito al numero aperto della frase '*eorum quoque*' genererebbe in pratica un caos⁵⁹.

Che il riferimento alla generalità degli altri giuristi classici sia il risultato di un'interpolazione, è infatti conclusione ampiamente diffusa⁶⁰. Il Wieacker, che nelle *Textstufen*⁶¹ inclinava a ritenere l'estensione del privilegio già presente nel testo originale, nell'opera qui annotata (p. 19) appare più propenso a seguire la posizione del Grandenwitz (interpolazione in occasione della compilazione del C. Th.). È in ogni modo suo merito⁶² quello di avere sottolineato, indipendentemente dalla possibilità o meno di due strati nel testo della legge, il duplice indirizzo che essa rappresenta: quello pratico, guidato dal criterio della certezza, tendente a limitare ai cinque i giuristi citabili, che avrà successo particolarmente in Occidente, come testimonia l'*interpretatio* alla legge delle citazioni; e quello classicistico più dottrinario e di marca più spiccatamente orientale⁶³. È appunto dalle considerazioni del Wieacker che ha preso di recente le mosse il Pringsheim⁶⁴, per sostenere che la legge nel dettato originario (426), non avrebbe contenuto le parole '*si tamen eorum libri firmentur*', ed avrebbe di conseguenza inteso disporre che fossero da considerarsi vincolanti le opinioni dei cinque giuristi, nonché quelle di qualsiasi altro, purché da alcuno dei cinque riportate e accettate⁶⁵. L'interpolazione della frase di cui sopra andrebbe (a detta del Pringsheim) posta tra il 426 e il 506⁶⁶. Un terzo momento della storia del testo della legge è rappresentato, infine, dalla sua *interpretatio*, che indica un ritorno all'indirizzo pratico (non classicistico) originario⁶⁷.

Una rimediazione, su queste oscillazioni della letteratura romanistica in ordine alla storia del testo della legge delle citazioni, mi pare oltremodo opportuna (ed è per questo che mi sono sforzato di richiamare qui i momenti più significativi), an-

⁵⁸ ZSS, 34 (1913), 280.

⁵⁹ ZSS, 34 (1913), 282.

⁶⁰ Riferimenti bibliografici in GAUDEMET, *La formation*, 76 n. 1.

⁶¹ *Textstufen*, 156 e n. 153.

⁶² *Textstufen*, 156 ss.

⁶³ *Textstufen*, l.c. e p. 159 s.

⁶⁴ SDHI, 27 (1961), 235 ss.

⁶⁵ SDHI, 27 (1961), 237 s.: quanto al fatto che esse dovessero essere anche accettate, il P. non è del tutto esplicito, ma mi pare così da intendersi il suo pensiero, sia per quello che egli dice a proposito di '*celebrarunt*' (p. 238), sia perché, insistendo l'A. sulla semplicità della regola (p. 237), la possibilità di addurre le opinioni riportate e non accettate creerebbe notevoli difficoltà sull'applicazione della regola del pensiero prevalente, come abbiamo visto affermare il GRADENWITZ, ZSS, 34 (1913), 282.

⁶⁶ SDHI, 27 (1961), 236.

⁶⁷ SDHI, 27 (1961), 239 s.

che se è forse difficile assumere una posizione precisa: si può solo, da un lato, sottolineare la scarsa verosimiglianza di una modifica successiva all'inserzione della legge nel C. Th. (tesi che, in ogni modo, non può essere accettata finché non si spieghino le circostanze in cui una simile interpolazione si sarebbe potuta attuare), e d'altra parte notare come, anche lasciando alla possibilità d'interpolazione il più vasto intervallo cronologico possibile, il significato che essa può assumere non cambi di molto. Infatti, tra il 426 e il 506 corrono 81 anni (che però risultano ridotti dalla inverosimiglianza – constatata in generale, ancora più forte in questo caso – di un intervento dei compilatori del Brev.), tutti appartenenti allo stesso periodo della storia della cultura giuridica.

Il vero risultato, che la critica ha raggiunto, è di avere messo in luce come il testo della legge delle citazioni e quello della sua *interpretatio* rappresentino il risultato di varie tendenze, a loro volta rispecchianti diverse esigenze e diversi gradi di cultura, probabilmente anche diversi ambienti: il romano occidentale, il bizantino, il romano barbarico occidentale. E queste considerazioni sulla legge delle citazioni (come mostra il Wieacker, p. 19 s.) vanno acquistando singolare interesse proprio oggi, poiché i risultati – pur se stabiliti in modo puramente induttivo per l'assenza di documenti diretti – delle ricerche sulla tradizione manoscritta delle opere dei giuristi classici, rendono possibile la valutazione della 'theoretische Geltung aller klassischen Schriften' in relazione al problema pratico 'welche Schriften im 4. und 5. Jahrhundert überhaupt noch bekannt oder gar zugänglich waren'.

Il problema, specie per quel che riguarda l'Occidente, è assai delicato. La tendenza quivi facilmente individuabile a ridurre sempre più il catalogo delle opere in uso spinge a precisare il catalogo stesso. Ma, come si diceva, l'operazione è estremamente delicata, e prova ne sia che lo stesso Wieacker, a questo punto (p. 19 s.) ha affermazioni imprecise.

Se da un lato è ben vero che la tendenza rivelata dalle fonti postclassiche è quella di ridurre il materiale utilizzato alle costituzioni imperiali, alle *Sententiae*, ed alle Istituzioni gaiane (le citazioni delle Istituzioni di Ulpiano e Paolo in Boeth., *in top.*, 3, 4; 4, 19, nonché quella delle 'differentiae' di Modestino in Isid., *Eth. diff.*, 26, non sono propriamente citazioni 'giuridiche')⁶⁸, non va dimenticato che doveva circolare (oltre ad una raccolta di *responsa* di Papiniano, come si deduce dal Brev.), un compendio in un libro dei *responsa* di Paolo⁶⁹, e che una certa gamma di altre opere (o raccolte) doveva essere accessibile ai compilatori del Brev.⁷⁰ Ma d'altra parte non è possibile affermare (Wieacker, 20) che l'autore (probabilmente, in questo caso, uno dei compilatori del Brev.) dell'*interpretatio* a C. Th. 1, 4, 3, scrivendo '*Scaevola, Sabinus, Iulianus atque Marcellus in suis corporibus non inveniuntur, sed in praefatorum opere tenentur inserti*', mostri di conoscere almeno superfi-

⁶⁸ WIEACKER, 19 s.

⁶⁹ Brev. int. C. Th. 3, 13, 2 e 3, 16, 2, su cui CANNATA, *SDHI*, 28 (1962), 311 s.

⁷⁰ CANNATA, *SDHI*, 28 (1962), 299 ss.

cialmente le principali opere dei cinque, poiché solo così poteva sapere delle citazioni. Ciò egli poteva dedurre dal testo stesso della legge interpretata: *'Eorum ... scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt omniumque, quos illi celebrarunt'*. Egli, parafrasando, si espresse con le parole *'in prefatorum opere tenentur inserti'* per dare alla norma la forma opportuna di fronte alla constatata impossibilità (*'non inveniuntur'*) della *collatio codicum*.

È opportuno aggiungere che in una ricerca di questo genere va distinto il problema delle opere accessibili da quello delle opere in pratica usate; ed inoltre va considerato l'ulteriore problema della funzione che a quell'epoca si attribuiva al ricorso agli *iura*, funzione che (basandomi sullo scopo principale che credo di avere individuato per i rinvii al *ius* nell'*interpretatio* al C. Th.⁷¹) propendo a credere fosse solo quella di trovare non la soluzione di casi pratici (cioè non una funzione interpretativa), bensì la disciplina (normativa) di materie che le *leges* non toccavano o non esaurivano⁷².

6. *Scuole giuridiche e insegnamento del diritto*. – La parte dedicata a 'Juristen-ausbildung und Rechtsliteratur' (p. 36 ss.) è certo quella che, nell'opera qui annotata, presenta un'elaborazione più originale. La letteratura esistente in proposito⁷³ non ha soddisfatto l'A., che in queste pagine – assai più che altrove – indugia a correggere conclusioni altrui, e persino ravviva il pacato tono trattatistico dell'opera con spunti polemici.

Le linee generali del quadro presentato dal W. possono essere riassunte come segue. Gli operatori del diritto (magistrati, funzionari, avvocati, notai) dell'Occidente postclassico non avevano più una formazione giuridica specializzata (*fachjuristisch*). Mentre in Oriente, a partire dagli ultimi decenni del IV sec., l'educazione giuridica conobbe un vero rinascimento, l'Occidente non fornisce, per tutto il periodo, notizie di un fenomeno consimile. Quivi la preparazione degli 'Justizfunktionäre' si svolge nei binari del trivio; il massimo di specializzazione, che essa presenta, è nell'indirizzo forense della preparazione retorica. Così, mentre per l'Oriente abbiamo varie e precise notizie di scuole o cattedre specializzate di diritto, l'Occidente nulla offre del genere. È questo un punto su cui il W. insiste, in polemica

⁷¹ SDHI, 28 (1962) in part. 302; 314.

⁷² Come elementi della problematica connessa con la legge delle citazioni, si deve tenere ancora conto di questi due punti: *a*) che nelle fonti occidentali tale legge non è mai menzionata, se non in Cons. 7, 3, ove però è richiamata unicamente la norma sul valore delle *Sententiae*; *b*) che nella *interpretatio*, Gregoriano ed Ermogeniano sono evidentemente trattati come giuristi, non come codici.

⁷³ Soprattutto: CONRAT, *o. c.*, in *Mél. Fitting*, 1, 289 ss.; KRÜGER, *Geschichte der Quellen*², München-Leipzig 1912, 392 ss.; SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford 1946, 273 ss. (= *Geschichte*, Weimar 1961, 347 ss.); VOLTERRA, *Western postclassical schools*, in *Cambridge Law Journal*, 10 (1949), 196 ss.; *Appunti sulle scuole postclassiche occidentali*, in ASD, 1 (1957), 51 ss. Per argomenti connessi: STEINWENTER, *Rhetorik und römischer Zivilprozess*, in ZSS, 65 (1947), 69 ss.; *Die Briefe des Qu. Aur. Symmachus als Rechtsquellen*, in ZSS, 74 (1957), 1 ss.

col Volterra, che, nei due noti articoli già menzionati (*supra*, n. 73), aveva dato particolare rilievo all'attività delle scuole postclassiche occidentali (ed in particolare a quella di Roma), attribuendo ad esse una grande importanza in relazione alla conservazione ed alla trasmissione delle opere della giurisprudenza classica, nonché alla formazione del pensiero giuridico postclassico. Il W., invece, non solo nega un simile contributo da parte di tali scuole, ma mette in dubbio, ed anzi tende a negare, la loro stessa esistenza, se si eccettua quanto riguarda la città di Roma, ove risulta provata la presenza di un insegnamento giuridico⁷⁴ impartito da professori statali, mancando tuttavia testimonianze sufficienti a permetterci di considerare tale insegnamento come veramente importante e significativo. In particolare, il W. contesta che le notizie, raccolte dal Volterra per sottolineare l'importanza delle scuole giuridiche occidentali, forniscano qualcosa di più che generiche indicazioni su studi (senza specificazione dell'indirizzo) compiuti a Roma, o presso maestri privati, ovvero sull'apprendimento, a Roma, bensì del *ius civile*, ma *'in foro'*: egli si rifà d'altra parte ad alcune testimonianze che escludono uno studio giuridico, da parte di persone che in seguito esercitarono funzioni giuridiche (p. 40).

Naturalmente l'A. non vuole con questo intendere che l'Occidente non conoscesse affatto un insegnamento scolastico del diritto: ma egli precisa che tale insegnamento (giusto quanto premesso) va inteso solo come un indirizzo forense degli studi retorici, e pertanto comprendente anche corsi di nozioni giuridiche ma complementari agli studi letterari, e condotti con metodi analoghi (p. 44 s.).

Lo stato dell'insegnamento del diritto in Occidente, che questo quadro ('*blass und konturenarm*' a detta dello stesso W.) suggerisce, mi sembra, nel complesso, verosimile. È sperabile che vi sia chi si lasci da esso stimolare ad una accurata revisione di tutte le fonti che si riferiscono al tema, per cercare se si possa raggiungere qualche conclusione più definitiva: non posso, per intanto, non mettere qui in evidenza che le conclusioni da me raggiunte a proposito della scuola di Autun, quando mi avvenne di approfondirne un poco i problemi, risultarono, sebbene raggiunte in perfetta indipendenza⁷⁵, orientate nella stessa direzione delle conclusioni generali del W.: e cioè mi accorsi che nulla ci assicura che la scuola giuridica di Autun, una delle scuole occidentali più care alla manualistica, sia in effetti esistita.

Questo consenso sulle linee generali non può però, a mio parere, spingersi ad accettare ogni particolare dell'esposizione del W. Direi che, in sostanza, i motivi di

⁷⁴ Il W. sottolinea (p. 42) il fatto che a Roma (come a Costantinopoli, diversamente che a Berito) accanto ai professori di diritto si trovavano insegnanti di grammatica, retorica e medicina: il che rende equivoci i riferimenti generici alla scuola o ai professori di Roma che si trovano nelle fonti. Ciò è senza dubbio vero, anche se non mi pare che si possa con certezza stabilire se a Roma i vari insegnamenti facevano o no parte del medesimo organismo scolastico, come pare si possa dedurre, per Costantinopoli, da C. Th. 14, 9, 3, 1 (= C. 11, 19, 1).

⁷⁵ Nell'articolo cui qui mi riferisco (in *SDHI*, 29 [1963], 238 ss.) tenevo già conto del contributo del Wieacker (a p. 241 n. 9; 245 n. 23); ma, avendolo avuto a disposizione solo al momento di licenziare le bozze, esso non ha potuto influire sull'orientamento del pensiero espresso nel lavoro.

dissenso si iniziano dalla p. 45, e riguardano i paragrafi (41, 42, 43) in cui egli esamina i metodi di insegnamento sulla base di alcuni prodotti caratteristici dell'insegnamento scolastico occidentale.

Anzitutto egli adduce i *Fragmenta Augustodunensia*. Nessun dubbio che la parafrasi di Gaio (così la definirei, piuttosto che 'Gaiuskommentar' come fa il W.), in essi contenuta, sia il prodotto di un insegnamento scolastico: io stesso ho anzi già proposto l'ipotesi che si tratti di appunti redatti da uno scolaro *ex ore docentis*. Assai dubbia invece mi pare l'idea del W., che il loro autore non fosse un giurista, ma un grammatico. Le ragioni da lui addotte (rilievi di forma e contenuto, p. 45 s.; anche 55) mi sembrano provare solo che l'autore della parafrasi non era per nulla una cima: il che concorda con il basso livello dell'insegnamento occidentale⁷⁶, e, se la mia ipotesi sull'origine dell'opera è vera, può essere un'impressione aggravata dal particolare modo con cui il contenuto di quei corsi ci è stato trasmesso. Del resto si deve tenere conto del fatto che, anche nel periodo classico, i corsi istituzionali non dovevano normalmente raggiungere un livello molto alto: anche se dei giuristi scrissero libri di istituzioni, non risulta che fosse loro consuetudine tenere i corsi corrispondenti: essi erano affidati al '*magister iuris*', persona di assai più bassa condizione sociale e forse anche scarsa istruzione⁷⁷. Non si può dunque escludere che il povero maestro, dalle cui lezioni ha avuto origine la parafrasi, non fosse che il continuatore, in un periodo di decadenza generale, di una tradizione già non splendida. Il W. forse è stato indotto ad attribuire origine non giuridica alla parafrasi di Autun anche dal fatto che egli – benché non lo dica espressamente – pare collegare l'opera con la città di Augustodunum, ove è provata l'esistenza di una scuola letteraria e non quella di una scuola di diritto: ma poiché, come credo di avere messo in evidenza⁷⁸, non vi sono ragioni decisive per attribuire l'origine dell'opera all'una piuttosto che all'altra parte dell'Occidente postclassico, nulla vieta di pensarla come prodotto della scuola di Roma: ipotesi che risulta confortata dalla probabile origine italiana del manoscritto⁷⁹.

Altro prodotto dell'attività scolastica sono, secondo il W., una parte delle *interpretationes* al C. Th. Su questo punto il W. è, invero, assai cauto: non solo egli non ricollega alla scuola tutte le *interpretationes*, bensì solo quelle di certi tipi, ma lascia

⁷⁶ Cfr. SCHULZ, *Geschichte*, 347 s.; 381 (*Omnem*, 7).

⁷⁷ Questa conclusione si può dedurre dall'esame del materiale epigrafico. Fra le epigrafi tombali che ci restano, quelle dedicate a *magistri iuris* (DESSAU, 7748; *CIL*, X, 8387 = VI, 1602; *CIL*, III, 8822 [?]) sono relative a personaggi per altro ignoti, e per i quali il titolo di *magister iuris* è il solo attributo che ricordi lo svolgimento di pubbliche funzioni (P. Carbetanus Rufus di *CIL*, X, 8387 è detto anche *equus Romanus*; *CIL*, III, 8822 è troppo frammentaria per poterla tenere in qualche considerazione), mentre nelle epigrafi dedicate a giureconsulti la titolatura è in genere ricca (v. ad es. DESSAU, 1015; 1033; 1034; 1051; 1067. Altre in KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der röm. Juristen*, Weimar 1952, 263 ss.), e per contro mai vi ricorre la qualifica di *magister iuris*.

⁷⁸ *SDHI*, 29 (1963), 244 s.

⁷⁹ Cfr. l'opinione del LOWE, cit. in *SDHI*, 29 (1963), 239.

su questo collegamento l'ombra del dubbio, tranne che per le *interpretatines* del tipo 'Haec lex praecipit etc.'. Forse i dubbi vanno spinti più oltre: invero, il carattere delle *interpretationes* al C. Th. fa pensare piuttosto ad una loro provenienza da ambienti strettamente legati alla pratica, ed in ogni modo il loro carattere è quasi sempre sufficientemente 'professionale' per renderle difficilmente pensabili come nate in scuole ad indirizzo letterario-retorico, dove l'allievo diveniva 'de operibus Vergilii, legis Theodosianae libris artemque calculi plene eruditus'. (Greg. de Tours, *Hist. Franc.* 4, 46; W. p. 45 n. 161 e 162).

Analoghi, pur se diversi, sono i dubbi che si possono avanzare sulla provenienza scolastica dei Sommari Vaticani al C. Th., con cui il W. a ragione connette alcune 'Kurzinterpretationen'⁸⁰; anche qui possiamo essere di fronte ad un prodotto della scuola come della pratica, ma se si deve accettare la seconda alternativa, l'attività cui devono essere connessi è ben diversa da quella che ha dato origine alla massa delle altre *interpretationes. Summaria* e 'Kurzinterpretationen' possono essere attribuite, come dice lo stesso W., ad un 'Benützer des C. Th.', per sua propria comodità; mentre le altre sembrano piuttosto apparati apprestati per essere offerti in consultazione o per rilasciare, su richiesta, pareri interpretativi.

Bisogna, in ogni modo, confessare, che la natura esatta di queste fonti appare alquanto misteriosa; come ignoriamo, del resto, su quali materie e quali fonti vertesse lo studio scolastico dell'Occidente postclassico (fino a quando restarono in uso collezioni del tipo del Vat. fr.? Il C. Th. fu mai veramente adottato come oggetto di uno studio organico?), e, d'altro lato, come avvenisse, nello stesso ambiente, l'attività stragiudiziale di consulenza legale.

⁸⁰ WIEACKER, 48; già in *Symbolae Friburgenses*, Leipzig s.d. (1935), 305 s.; 309; 349 ss.

APPUNTI SULLA IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA E LA 'CULPA DEBITORIS' NELLE OBBLIGAZIONI DA 'STIPULATIO IN DANDO' *

SUMMARIUM. – Qui rem aliquam dari promisit, de effectu domini eius ad creditorem transferendi tenetur (PRAEM.). Si autem debita res sine facto debitoris intercidit, interdum extinguitur obligatio, interdum cessat, hoc est pro tempore tantum peti nequit (I). Si vero per debitorem steterit quo minus res detur, perinde tenetur debitor ac si ea res extaret: per debitorem stetisse videtur, si res intercedente mora periit, aut si culpa debitoris res solvi non potest. Culpa haec quid sit, auctor pervestigare conatur (II).

PREMESSA

1. – Nell'iniziare la sua trattazione della responsabilità contrattuale, l'Arangio-Ruiz¹ assunse come distinzione metodologicamente più feconda quella basata sul contenuto delle obbligazioni. Ciò egli faceva criticando il punto di partenza tradizionale, che si imperniava sulla contrapposizione fra negozi tutelati da *actiones stricti iuris* e negozi tutelati da *iudicia bonae fidei*². Come penso risulterà dimostrato dall'insieme di queste mie ricerche, la rilevanza dell'una differenziazione non esclude quella dell'altra³, e ciò in funzione dell'esigenza di basare bensì la soluzione del problema della responsabilità contrattuale – per ogni gruppo tipico di casi – sul contenuto dell'obbligazione considerata, ma dando di tale «contenuto» una nozione più ampia di quella che l'Arangio-Ruiz usava, e che identificava, praticamente, con la natura della prestazione (principale).

* Pubblicato in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XXXII, 1966.

Abbreviazioni (oltre quelle d'uso): ARANGIO-RUIZ = ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli 1933 (ristampa Napoli 1958); GROSSO = GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione; obbligazioni alternative e generiche*³, Torino 1966; MAYER-MALY = MAYER-MALY, 'Perpetuatio obligationis': D. 45, 1, 91, in *Iura*, 7 (1956), 6 ss.

¹ ARANGIO-RUIZ, 9 ss.

² Essa trova invero le sue radici (cfr. SAVIGNY, *System*, 5, Berlin 1841, 468) nella testimonianza di alcuni testi, che la critica più recente tende a non ritenere probanti per il diritto classico. V. ad es. D. 30, 108, 12 e D. 13, 6, 5, 2.

³ Cfr. del resto, BETTI, *Istituzioni*, 2, 1, Padova 1962, 336 ss.

Se dunque, nel piano di queste mie *Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, indugio alquanto nell'esame dei problemi connessi con le obbligazioni di *dare* ciò non avviene sul presupposto della semplice convinzione che sia reperibile una regola uniforme, idonea a risolvere – in tale ambito – ogni problema di responsabilità: il che credo anzi si possa dimostrare falso.

La ragione è del tutto diversa.

È vero che la natura della prestazione non è, di regola, sufficiente a determinare il contenuto dell'obbligazione e quindi il regime della responsabilità; è però altrettanto vero che essa, nel novero dei fattori che determinano il risultato finale, ha un peso non indifferente, un valore, anzi, senza dubbio primario. Pertanto, lo studio di un settore come quello delle obbligazioni di *dare* ne fa, insomma, un tipo esemplare, ed i risultati che per essa si possono raggiungere costituiscono un utile punto di partenza per lo studio di fenomeni più complessi, quali quelli che si riscontrano in connessione con le obbligazioni di *facere*.

2. – L'obbligazione di *dare*⁴ era, fondamentalmente, obbligazione di trasferire al creditore la proprietà dell'oggetto dedottovi⁵, e pertanto essa non era adempiuta se non con l'acquisto, da parte del creditore, della proprietà della cosa⁶. Siamo dunque di fronte ad un'obbligazione di risultato⁷ nel senso più preciso; anzi, in questo caso, l'adozione della terminologia, è non solo legittima, ma storicamente esatta, poiché trova riscontro nel dettato di Pap. D. 22, 1, 4 pr.⁸

La circostanza che rende particolarmente semplice la struttura delle obbligazioni di *dare* consiste in ciò: che l'attuazione del risultato che concreta l'adempimento

⁴ Sul significato tecnico di *dare*, in senso pressoché unanime: MITTEIS, *RPR*, 1, Leipzig 1908, 58 s. n. 50; DE FRANCISCI, *Synallagma*, 2, Pavia 1916, 386 s.; BUSSMAN, *L'obligation de délivrance du vendeur en droit rom. class.*, Thèse, Lausanne, 1933, 20 ss.; VAN OVEN, *Remarques sur Gai.* 3, 91, in *Iura*, 1 (1950), 27; GROSSO, 13 ss., con altra lett. alla n. 1 di p. 15.

⁵ Gai. 4, 4; Ulp. D. 45, 1, 75, 10; Paul. D. 50, 17, 167 pr. Da alcuni testi (Gai. 2, 204; Pomp. D. 19, 1, 3, 1) risulta che i giuristi romani, almeno nell'epoca classica avanzata, ritenevano che l'obbligazione di *dare* non fosse adempiuta se, oltre alla proprietà, non era stato anche trasferito il possesso (sul punto v. GROSSO, 22 s.): tuttavia la generalità della casistica che compare nelle fonti non si occupa di tale aspetto. Nella nozione di *dare oportere* rientrava altresì l'obbligazione di costituire un diritto reale diverso dalla proprietà: v. per tutti GROSSO, 23 ss.

⁶ Lab. Iav. D. 32, 29, 3; Iav. D. 21, 2, 58; Pomp. D. 17, 1, 47, 1; Ulp. D. 30, 71, 1. La proprietà deve anche essere piena e irrevocabile: cfr. GROSSO, 18 ss.

⁷ La cui nozione, contrapposta a quella di obbligazione di mezzi, era, nella sostanza, ben nota ai giuristi romani: oltre al testo citato (Pap. D. 22, 1, 4, pr.) vedi Ulp. D. 1, 18, 6, 7 e Paul. Lab. D. 50, 16, 5, 1.

⁸ *'Effectum per [traditionem] dominii transferendi continet'*; SEGRE, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili e la divisibilità ed indivisibilità dei diritti reali*, Corso, Torino 1921, 131; su altri aspetti del testo (e sulla sua alterazione, che qui non rileva), GROSSO, 23.

mento deve essere valutata esclusivamente sulla base di criteri giuridici. Mentre, cioè, ad esempio, nel campo delle obbligazioni di *facere* per stabilire se il debitore abbia o ancora non abbia «fatto», sarà di regola necessario l'impiego di criteri di valutazione tratti dalle varie tecniche o dal senso comune, nel campo del *dare*, il *datum* e il *non datum* vengono discriminati sulla semplice valutazione giuridica dell'avvenuto o non avvenuto acquisto della proprietà da parte del creditore⁹.

3. – Prescindendo dai problemi particolari a cui dà luogo l'applicazione della regola enunciata e illustrata nel precedente paragrafo¹⁰, il problema centrale della responsabilità nelle obbligazioni di *dare* è quello di stabilire in quali casi, essendo mancato l'adempimento a tempo debito¹¹, vale a dire non essendo la cosa stata '*data*' nel senso tecnico sopra visto¹², il debitore sia responsabile del mancato risultato, ed in quali casi non lo sia.

Poiché la maggior parte delle nostre fonti si pongono questi problemi in relazione ad obbligazioni sorte da *stipulatio in dando*, farò riferimento, nel presente studio, al regime di questo negozio, notando fin d'ora come le soluzioni per esso dettate coincidano d'ordinario con quelle che riguardano il legato *per damnationem*: per cui, salvo segnalare i punti in cui il regime relativo ai due negozi differisce¹³, po-

⁹ Tenuto, naturalmente, conto delle precisazioni di cui sopra, alle n. 5 e 6, le quali comunque, anche se possono ampliare il campo della suddetta valutazione (estendendolo a controllare l'avvenuto acquisto del possesso o l'irrevocabilità del dominio), non lo fanno mai uscire dai confini di una pura valutazione giuridica.

¹⁰ Essi riguardano in particolare il requisito della irrevocabilità del dominio, di cui sopra alla n. 6, per il quale i giuristi classici – con riguardo alle obbligazioni di genere – appaiono incerti, se concedere al creditore l'azione immediatamente ovvero solo quando si fosse verificato l'evento che gli toglieva la cosa: Afr. D. 46, 3, 38, 3; Iul. D. 30, 82 pr.; Iul. D. 46, 3, 33 pr. Altro problema è quello della idoneità di un acquisto successivo della proprietà, da parte del creditore accipiente, a perfezionare un adempimento insufficiente sotto questo profilo: cfr. GROSSO, 18; Pomp. D. 17, 1, 47, 1; Paul. D. 46, 3, 60; Paul. D. 39, 6, 33; Iav. D. 46, 3, 78; Pomp. D. 46, 3, 17.

¹¹ Cioè, quando l'obbligazione sia divenuta esigibile, il che, per le obbligazioni sottoposte a termine, avviene allo scadere di questo, mentre, ove il termine non compaia, l'esigibilità è immediata, a meno che altra circostanza non comporti una dilazione: cfr. Ulp. D. 45, 1, 41, 1; Paul. D. *eod.*, 73 pr.; Ven. D. *eod.*, 137, 2.

¹² Per la sanatoria derivante da acquisto di proprietà successivo, v. sopra n. 10; per i casi inversi, in cui il *datum* può lasciare luogo a responsabilità, v. *ivi* e n. 6.

¹³ Sulle differenze nel regime dell'obbligazione nascente da legato, rispetto a quella nascente da *stipulatio*, cfr. PERNICE, *Labeo*, 2, 2, 1², Halle 1900, 112 ss. (*passim*); FERRINI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'erede nel legato 'per damnationem' di una 'res certa'* (1909), in *Opere*, 4, 207; *Ricerche sul 'legatum sinendi modo'* (1900), in *Opere*, 4, 216 ss.; altra letteratura in SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale. II: La 'perpetuatio obligationis' nella 'stipulatio' e nel legato*, in *SDHI*, 20 (1954), 187 e n. 49 e 50; v. anche p. 196 s.; BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Corso 1957-58, Roma 1958, 30 ss.

tremmo normalmente fare riferimento indifferentemente alle fonti che riguardano l'uno o l'altro.

Questo nostro punto di partenza è stato, del resto, quello stesso dei giuristi romani, e confido che risulterà utile, per la chiarezza dei risultati finali, ripercorrerne il cammino.

I. – L'IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA

SOMMARIO: 1. L'impossibilità sopravvenuta: il perimento dell'oggetto di una obbligazione generica. – 2. Esame della casistica contenuta in Paul. D. 45, 1, 83, 5: distinzione di Paolo fra estinzione dell'obbligazione e sua inesigibilità temporanea, secondo il carattere più o meno definitivo dell'impossibilità sopravvenuta. – 3. Conferma tratta da Paul. D. 46, 3, 98, 8: esame della nuova casistica in esso contenuta. – 4. La diversa opinione di Celso (D. 45, 1, 83, 5; D. 46, 3, 98, 8; D. 32, 79, 2 e 3): individuazione del significato della opposizione di Paolo a Celso.

1. – Il fatto che può far venir meno la responsabilità per un *dare oportere* non adempiuto, è che l'adempimento sia mancato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione¹.

Un'affermazione, che frequentemente si ripete², è che il problema del perimento si pone solo per le obbligazioni aventi ad oggetto cose individualmente determinate³, in contrapposto a quelle che hanno per oggetto un *genus*, o, secondo altri, cose fungibili⁴, per le quali sarebbe ipotizzabile la sola impossibilità originaria⁵.

¹ L'elaborazione moderna del concetto di impossibilità della prestazione, e di quello – strettamente connesso – di perimento della cosa, fa capo fondamentalmente, in sede tanto civilistica che romanistica, a F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, I: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig 1853. L'impossibilità cui, in questo capitolo, facciamo riferimento è, naturalmente, la cosiddetta impossibilità oggettiva (o assoluta); sulla distinzione (nella nozione e negli effetti) tra impossibilità soggettiva e oggettiva, v. RABEL, *Origine de la règle: 'impossibilium nulla obligatio'*, in *Mél. Gérardin*, Paris 1907, 508 ss.; GROSSO, 43 ss.; Ven. D. 45, 1, 137, 4 e 5; Paul. D. 45, 1, 2, 2 in fine. Va notato che F. MOMMSEN, *o. c.*, 5 ss. (come già SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, 1, Berlin 1851, 384 s.) individua i termini della suddetta antitesi nella «objective und subjective Unmöglichkeit», mentre (*o. c.*, 4 s.) chiama relativa l'impossibilità derivante da circostanze del caso concreto, in contrapposto a quella (assoluta) che è connessa con la natura della prestazione (ad es., quando è dovuto un ippocentauro; cfr. SAVIGNY, *System*, 3, 164, con riguardo alle condizioni impossibili).

² Ma non da tutti: v. ad es. GROSSO, 257 s.

³ V. ad es. GENZMER, *Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im kl. röm. Recht*, in *ZSS*, 44 (1924), 100 s.; SCHULZ, *Cl. rom. law*, Oxford 1951, § 813; KASER, *RPR*, 1, München 1955, 428; BETTI, *Istituzioni*, 2, 1, 342; MAYER-MALY, 6 n. 5. È forse da ritenere che il ricorrere di questa affermazione inesatta dipenda dal fatto che F. MOMMSEN, *Unmöglichkeit*, 47 s., imposta effettivamente in tal senso il suo discorso; ma l'A. ebbe cura di indicare alla fine (p. 48 s.) almeno uno dei limiti della sua applicabilità: «Im Bisherigen haben wir nur den Fall berücksichtigt, wenn die Gattung, welcher die zu leistenden Sachen angehören sollen, nicht näher beschränkt ist».

⁴ Il che, data la nozione, che comunemente si usa, di obbligazione generica («quando è dovuta una cosa o una quantità di cose rispondente a note di determinazione che non mirino a designare la cosa singola nella sua individualità, ma una categoria più o meno ampia»: GROSSO, 231), è praticamente lo stesso. V. in part. la nozione di cose fungibili che adotta il KASER, *RPR*, 1, 323, ed anche F. MOMMSEN, *Unmöglichkeit*, 47 s.

⁵ GENZMER, *ZSS*, 44 (1924), 101 n. 1. Sulla impossibilità originaria v. Cels. D. 45, 1, 97 pr.; I. 3, 19,

Se è senza dubbio vero che l'impossibilità sopravvenuta ha luogo normalmente per le obbligazioni di specie, non è però questa una regola assoluta. Si possono infatti, anzitutto, ipotizzare casi di perimento di un *genus*⁶, anche con riferimento al cosiddetto *genus* puro, o *genus* in senso stretto⁷; ma, senza ricorrere ad una casistica troppo eccezionale, il problema del perimento si pone facilmente quando la cosa dovuta appartenga ad un *genus* costituito da un numero limitato di individui⁸.

Queste osservazioni portano a concludere che la zona delle obbligazioni generiche in cui può avere luogo l'impossibilità sopravvenuta è esattamente quella per la quale non è applicabile il noto brocardo '*genus perire non potest*'⁹.

Ma a questo punto è necessaria una precisazione.

Nella casistica astratta delle nostre fonti giuridiche (la cosiddetta casistica di scuola) può avvenire di veder valutate sulla base del principio della indeperibilità del *genus* fattispecie nelle quali il perimento sarebbe benissimo ipotizzabile: ciò avviene in quanto gli eventi che potrebbero determinare il perimento del *genus* nel suo complesso non sono considerati fra gli elementi del caso proposto.

Un esempio caratteristico di *quaestio* così impostata ci è offerto da un brano, che qui stralcio da un lungo testo che esamineremo integralmente fra breve.

D. 45, 1, 83, 5 (Paul. 7 ed.): ... pro quo et illud dici posse Pedius scribit: si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, expectare debeo, donec naseatur: et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursus expectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit: et per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem ...

E Paolo, per dare ragione della mancata estinzione dell'obbligazione dopo il perimento delle cento anfore, a differenza del caso (di cui aveva trattato in precedenza) in cui lo schiavo dovuto sia stato manomesso, argomenta dicendo:

... vini autem non speciem, sed genus stipulari videmur, et tacite in ea tempus continetur: homo liber certa specie continetur ...

1, per l'esempio dell'ippocentauro: cfr. F. MOMMSEN, *Unmöglichkeit*, 47; RABEL, *Mél. Gérardin*, 482; GROSSO, 43 ss.; v. anche G. LONGO, *Casi d'impossibilità della prestazione nel diritto giustiniano*, in *A. Macerata*, 10 (1934), 213 ss.

⁶ Come in questi esempi: a) Perimento materiale: Tizio deve a Caio una quantità di un materiale che è reperibile solo in Oriente, ma una guerra ne rende impossibile l'importazione; b) Perimento giuridico: Tizio deve a Caio una quantità di un materiale di cui in seguito viene proibito il commercio (per la possibilità di una simile ipotesi nel mondo romano, v. ad es. Paul. D. 39, 4, 11, 2, su cui da ult. C.M. MOSCHETTI, *Il 'gubernator navis'*, in *SDHI*, 30 [1964], 108 s.).

⁷ Cfr. GROSSO, 258.

⁸ F. MOMMSEN, *Unmöglichkeit*, 58 s.; GROSSO, 257; Marcell. D. 46, 3, 72, 4 in fine. Sull'impossibilità nelle obbligazioni di genere vedi anche VASSALLI, *Delle obbligazioni di genere in dir. rom.*, Torino 1909 (estr. da *Studi senesi*, 26), 138 ss.

⁹ Vedilo, ad es., nella gl. *aere alieno* alla l. *incendium* (11), C. 4, 2, e nella gl. *possibilia sunt*, alla l. *inter stipulantem*, § *sacram* (83, 5), D. 45, 1. Che la massima in parola esprima solo «un principio normale per un dato tipo di determinazione generica» senza «rappresentare una regola delle obbligazioni generiche» afferma il GROSSO, 258.

Piuttosto che alla dottrina più recente¹⁰, per un esame preciso del caso si deve ricorrere a quanto ne scrive il Cujas, nel contesto della sua 'recitatio' sull'intero paragrafo¹¹.

Egli espone la fattispecie come segue¹²: se ho promesso cento anfore di vino del mio fondo, «obligor, ut quum natum erit; quum vindemia lecta erit, tot amphoras vini stipulatori praestem»; se il vino «mox consumptum sit sine culpa mea», sono liberato, per tornare ad essere obbligato l'anno seguente¹³, al venire in essere del nuovo vino. Ora, commenta l'A., trattandosi, come il testo dice più avanti, di obbligazione di genere e non di specie¹⁴, poiché 'genus perire non potest'¹⁵, la consumzione del vino non configura un caso di perimento dell'oggetto. Non si tratta dunque di impossibilità sopravvenuta, e non si ha estinzione dell'obbligazione¹⁶. La *stipulatio* in parola era, già all'inizio, una *stipulatio* di cosa futura, nella quale cioè, come lo stesso testo dice, *tempus continetur*: la consumzione del vino non fa che rendere nuovamente futuro l'oggetto, che, dopo la vendemmia, era divenuto attuale.

Questa interpretazione del *casus* è indubbiamente esatta. D'altra parte, non può negarsi che sia benissimo ipotizzabile, in una simile fattispecie, il perimento totale del *genus* considerato: trattandosi del vino prodotto da certi vigneti, ciò conseguirebbe al perimento di questi. Ma l'impostazione del testo esclude una simile ipotesi, poiché essa prende in considerazione solo accidenti che tocchino le specie già prodotte, e non gli elementi che le producono.

Il problema dell'impossibilità sopravvenuta non interessa dunque le sole obbligazioni di specie, bensì anche quelle di genere (o di fungibili), quando la loro struttura sia tale da porle fuori della zona in cui è applicabile il principio 'genus perire

¹⁰ Che, se non ha trascurato il frammento, ha certo trascurato questo caso. Essa sarà, in ogni modo, ricordata più avanti, dove il § 83, 5, verrà preso in esame nel suo complesso.

¹¹ In *lib. 72 Pauli ad ed. recitationes solemnes. Ad l. 83 de verb. obl.; ad § sacram*, in *Opera*, 5, Prati 1838, col. 1343 ss. Ho cercato nel seguito del testo di esporre il pensiero del Cujas il più fedelmente possibile; ho solo avuto cura di rendere più esplicito qualche punto.

¹² *O. c.*, 1345.

¹³ Così il Cujas (*l. ult. cit.*), che giustamente configura l'individuazione della vigna (e non anche quella dell'annata) come l'unico riferimento impiegato per determinare l'obbligazione generica qui ipotizzata; è infatti essenziale, all'intelligenza della fattispecie, che il *genus* non sia limitato.

¹⁴ «Ac praeterea specialiter hoc vinum, aut huius vini amphorae tot in stipulationem non veniunt, sed generaliter veniunt in stipulationem tot amphorae vini quot quodcumque in vinea illa nascentur»: *o. c.*, 1346.

¹⁵ CUIACIUS, *o. c.*, 1346.

¹⁶ Questo è anche il senso della *gl. cessaturam ad h. l.*, dove però, mentre si aspetterebbe un rinvio a D. 46, 3, 98, 8, Accursio rimanda al primo responso (di Pomponio) della l. 2 *eodem* (cioè D. 45, 1, 2, 2, ove v. la *gl. sed non facit*, ed in part. in essa l'opinione di Giovanni; Accursio pensava evidentemente di stabilire un'analogia fra il cessare dell'*obligatio* di D. 45, 1, 83, 5 e la *difficultas praestationis* della l. 2, 2 *eod.*, in quanto entrambe danno luogo ad effetti che possono contrapporsi all'estinzione dell'obbligazione).

non potest’; zona che non sempre risulta determinata dal solo riferimento alle qualità della cosa (normalmente sufficienti solo in certi casi estremi, come nelle obbligazioni pecuniarie), poiché talora si deve tenere conto dei particolari termini in cui il caso viene impostato, in quanto esso è concepito (o, se si tratta di un caso pratico propriamente detto, si è verificato) in funzione di certi eventi, con esclusione di altri¹⁷.

2. – Per illustrare meglio il modo di operare dell’impossibilità sopravvenuta sulle vicende dell’obbligazione di *dare*, indugeremo nell’esegesi di alcuni passi, che, per la ricca casistica che contengono, risultano particolarmente significativi.

Prendiamo le mosse da

D. 45, 1, 83, 5 (Paul. 72 *ed.*): Sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam (ut forum aut basilicam) aut hominem liberum inutiliter stipulor, quamvis <res *Mo.*> sacra profana fieri et usibus publicis relicta in privatos usus reverti et ex libero servus fieri potest. nam et cum quis rem profanam aut Stichum dari promissit, liberatur, si sine facto eius res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit, nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit et Stichus ex libero servus effectus sit. <Celso tamen contra visum est¹⁸> quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit: nam et si navem, quam spondit, dominus dissolvit et isdem tabulis compergit, quia eadem navis esset, inciperet obligari. pro quo et illud dici posse Pedius scribit: si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, expectare debeo, donec nascatur: et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursus expectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit: et per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem. sed haec dissimilia sunt: adeo enim, cum liber homo promissus est, servitutis tempus spectandum non esse, ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit: ‘illum, cum servus esse coeperit, dare spondes?’ item ‘eum locum, cum ex sacro religiosove profanus esse coeperit, dari?’ quia nec praesentis temporis obligationem <res *Mo.*> recipere potest et ea dumtaxat, quae natura sui possibilis sunt, deducuntur in obligationem. vini autem non speciem, sed genus stipulari videmur et tacite in ea tempus continetur: homo liber certa specie continetur. et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est: nam de his rebus negotium recte geremus, quae subici usibus dominioque nostro statim possunt. et navis si hac mente resoluta est, ut in alium usum tabulae destinarentur, licet mutato consilio [perficiatur] <reficiatur *Mo.*>, tamen et perempta prior navis et haec alia dicenda est: sed si reficiendae navis causa omnes tabulae refixae sint, nondum intercidisse navis videtur et com-

¹⁷ Il tema di cui qui si è discusso non ha relazione con i casi in cui l’oggetto di un’obbligazione generica sia perito dopo che il debitore, separate le specie con cui intende adempiere, le abbia offerte al creditore, mettendolo in mora: Gai. D. 44, 4, 6; Marcell. D. 46, 3, 72 pr.; Afr. D. 46, 3, 39; Scaev. D. 46, 3, 102 pr.: cfr. GROSSO, 257.

¹⁸ Integrazione proposta da MOMMSEN e KRÜGER, ad h. l., sulla base di CUIACIUS, o. c. (sopra n. 11), 1345, che ne deduce il contenuto da D. 46, 3, 98, 8 e D. 32, 79, 3, su cui v. *infra*.

positis rursus eadem esse incipit: sicuti de aedibus deposita tigna ea mente, ut reponantur, aedium sunt, sed si usque ad aream deposita sit, licet eadem materia restituatur. alia erit. hic tractatus etiam ad praetorias stipulationes pertinet, quibus de re restituenda cavetur et an eadem res sit, quaeritur.

La comprensione di questo lungo testo deve precedere ogni ipotesi di interpolazione, poiché, come si vedrà, esse non lo possono toccare che marginalmente, ed indugiarsi fuorvierebbe il discorso. Per meglio intendere il complesso *tractatus*, analizzeremo dapprima la struttura dei singoli casi in esso addotti, per passare in un secondo tempo ad esaminare la connessione logica del discorso, e valutare le affermazioni di principio in esso contenute.

Come appare a prima lettura, i casi presentati sono, come suol dirsi, di scuola: costruiti, cioè, con intento esemplificativo, e sono pertanto «tipi», del tutto astratti, non facili a verificarsi in pratica, se pure verosimili. È bene tenere presente questa loro caratteristica: obiezioni, dedotte dall'esperienza pratica o da particolarità che talora (come avremo occasione di notare) il caso potrebbe assumere, non possono essere usate che con estrema prudenza, poiché rischiano di essere solo fonte di complicazioni, che il giurista intendeva, di proposito, evitare.

Veniamo dunque all'esame dei singoli casi, nell'ordine che mi sembra più confacente ai nostri fini (e che non è quello del passo).

a) Caso del vino (lo abbiamo già esaminato sopra; qui ne riporto gli estremi per completezza): Tizio ha promesso a Caio 100 anfore di vino (non ancora prodotto) di un certo fondo; prodotto il vino, esso è perito '*sine culpa promissoris*': Caio, in tal caso, non può agire immediatamente contro Tizio per l'adempimento, ma deve aspettare che il vino si riproduca.

Come si è già rilevato¹⁹, il testo presenta il caso con un limite preciso: considerando la riproduzione del vino sempre possibile. In queste circostanze, il perimento delle specie già prodotte del vino non configura un caso di perimento dell'oggetto dell'obbligazione, ma dà solamente luogo alla sua inesistenza attuale²⁰, facendo (anzi, rifacendo, poiché tale era già la sua struttura originaria) dell'obbligazione un'obbligazione di cosa futura: le parole del testo '*et per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem*' non fanno dunque riferimento all'alternativo estinguersi e rinascere dell'*obligatio*, bensì solo alla sua più o meno attuale esigibilità²¹. Ciò è, nella specie, possibile in quanto oggetto dell'obbligazione non sono singole anfore di vino, ma un certo numero di anfore tratte dal complesso (che, ripeto, il

¹⁹ P. 175 s.

²⁰ V., per queste distinzioni, F. MOMMSEN, *Unmöglichkeit*, 212 ss.

²¹ Cfr. Paul. D. 46, 3, 98, 8, su cui *infra*, p. 182 ss.

testo presenta come *genus* inesauribile, dato il modo in cui la fattispecie è descritta) del vino producibile dal fondo, complesso che è il solo riferimento impiegato per determinare l'obbligazione generica del caso in oggetto.

b) Caso della nave (è descritto, nel testo, in due riprese, che vanno reciprocamente integrate²²): Tizio ha promesso a Caio la nave (determinata) di un terzo Sempronio²³. Sempronio ha smontato la nave, riducendola ad un complesso di tavole, quindi, con le medesime tavole²⁴ la ha ricomposta. Se la scomposizione è avvenuta '*ea mente ut in alium usum tabulae destinarentur*', l'obbligazione è estinta, e l'eventuale successiva ricostruzione pone in essere una nave diversa da quella dovuta. Se invece la scomposizione è avvenuta '*reficiendae navis causa*', la nave ricomposta è la medesima di prima e Caio potrà, dopo la ricomposizione, di nuovo agire per ottenerla.

La chiave per intendere questo caso sta nella considerazione che la suddistinzione basata sulla *mens* di Sempronio è considerata influire sulla sorte dell'*obligatio* solo per la mediazione di una considerazione sull'identità della nave: Tizio rimane obbligato '*quia eadem navis esset*', '*rursus eadem esse incipit*', e ciò perché '*nondum intercidisse navis videtur*'; nell'altro caso, invece, l'obbligazione di Tizio è venuta meno perché '*haec (navis) alia dicenda est*', e ciò in quanto '*perempta (est) prior navis*'. Nell'un caso, dunque, si è avuto il perimento dell'oggetto, nell'altro tale perimento non ha avuto luogo, benché la cosa abbia attraversato, per così dire, un periodo di inesistenza. Come nel caso del vino, quando la nave sia stata smontata per essere ricostruita, l'oggetto non è venuto meno, ma si è solo verificato un fatto che ha reso temporaneamente impossibile l'adempimento: le tavole separate non sono la nave, ma sono tuttavia una *spes* di nave, una nave futura. Solo che qui,

²² Cfr. Paul. D. 46, 3, 98, 8, su cui *infra*, p. 182 ss.

²³ Così va intesa la fattispecie (come prova la mancanza di ogni riferimento al *factum debitoris*), altrimenti il caso sarebbe incomprensibile. Cfr. CUIACIUS, *In l. 72 Pauli ad ed.*, ad h. l. (col. 1345 dell'ed. cit.). L'alienità della nave risulta meglio dal più volte citato D. 46, 3, 98, 8.

²⁴ L'uso delle stesse tavole è qui evidentemente supposto solo per semplificare al massimo il caso: si ponga mente al contenuto del noto passo di Alfeno, D. 5, 1, 76. Al nostro caso pare in ogni modo essenziale che il materiale sia, almeno fondamentalmente, lo stesso. Ma sull'identità del materiale non insisterei con la recisione del GUARNERI-CITATI, *Ricostruzione dell'edificio e ripristino della servitù di stillicidio* (D. 8, 2, 20, 2), in *RIL*, 59 (1926), 158, ove parla della «condizione essenziale» che il nuovo oggetto «fosse ricostruito con quegli stessi materiali, tutti e solo essi, che erano risultati dalla sua demolizione». Questa «condizione essenziale» sarebbe impossibile da osservare integralmente, e infatti lo stesso testo parla di '*isdem tabulis*', e non si riferisce pertanto a tutti i materiali (chiodi, sartame, calafatura). Così anche Ulp. D. 7, 4, 10, 7, che del resto male il GUARNERI-CITATI, *o. c.*, 159 adduce, poiché ivi le parole '*isdem tabulis nulla praeterea adiecta*' sono introdotte con un *licet*, che dà alla frase tutto un altro valore: «l'usufrutto della nave dissolta è estinto, quand'anche essa fosse ricostruita tavola per tavola».

trattandosi di cosa precisamente determinata e non di *genus*, la *spes* deve essere fornita dalle stesse specie materiali della cosa originaria²⁵. L'obbligazione non si è dunque mai estinta, ma è solo divenuta temporaneamente inesigibile²⁶.

La rilevanza assegnata, ai fini della soluzione, alla *mens* di Sempronio, rende necessaria un'ulteriore considerazione. Infatti, è proprio tale *mens* che determina o meno il perimento. In altre parole, per valutare l'effetto giuridico dell'atto che rende impossibile la prestazione, si deve fare riferimento all'atto stesso, e non a quanto sia avvenuto in seguito²⁷: il disfare per rifare non cambia l'identità dell'oggetto (Sempronio ha di fronte a sé una nave smontata), mentre il disfare per impiegare le assi in altro uso cambia tale identità (Sempronio ha di fronte a sé un mucchio di materiale da costruzione), per cui il ciclo di esistenza della nave risulta definitivamente chiuso: gli avvenimenti successivi sono irrilevanti²⁸.

c) Caso dell'edificio: se da un edificio siano tolte travi (anche, si deve pensare, in quantità rilevante, tale da modificarne la struttura), per esservi riinfigge, esse continuano ad appartenere all'immobile (che, a sua volta, rimane lo stesso); ma qualora la casa sia demolita fino al suolo, 'licet eadem materia restituatur, alia erit'.

Come appare dai termini stessi della sua impostazione, questo caso si distacca dai precedenti: il problema trattato non è quello della sorte dell'*obligatio*, ma direttamente quello dell'identità della cosa. A noi, tuttavia, conviene inserirlo nel ragionamento sul perimento della cosa dovuta, come gli altri casi. Ora, benché il caso dell'edificio sia introdotto nel testo in stretta analogia con quello della nave, esso presenta aspetti strettamente diversi²⁹.

Anzitutto, la rilevanza della *mens* del *dominus* (Sempronio, se ci riferiamo alla

²⁵ V. il chiarimento sopra, n. 24: non è nostro compito qui indagare quanto su queste soluzioni abbiano potuto influire i concetti aristotelici di materia e forma.

²⁶ Il testo, con le parole '*quia eadem navis esset, inciperet obligari*', allude bensì al risorgere di un'obbligazione estinta; ma in quel punto Paolo sta citando Celso, che interpretava diversamente le vicende del rapporto giuridico. Tutto ciò è, come vedremo, confermato da D. 46, 3, 98, 8.

²⁷ Una considerazione in questo senso si legge in GUARNERI-CITATI, *La cosiddetta accessione separabile e i suoi effetti*, in AP, 14 (1930), 330 (essa è però fatta a proposito del caso *e*, su cui *infra*, p. 183 ss.): è pertanto da considerarsi inesatta la prospettiva delineata altrove (p. 333) dallo stesso Autore, che fa perno sul momento del ripristino della cosa.

²⁸ L'esigenza pratica che sta alla base della soluzione è forse quella di impedire che Sempronio, per frustrare (magari d'accordo con Tizio) le aspettative di Caio, scomponga e ricomponga l'oggetto a questo solo scopo.

²⁹ La singolarità di questo caso lo ha reso sospetto alla critica interpolazionistica: v. in part. ARANGIO-RUIZ, *BIDR*, 32 (1922), 22 n. 1; BESELER, *TR*, 10 (1930), 224. Malgrado siano possibili anche rilievi formali (vedili in ARANGIO-RUIZ, *ult. cit.*), a me pare che, come scrisse il FERRINI, *Teoria generale dei legati e fedecommissi*, Milano 1889, 596, «il pensiero pauliano è chiaro»; del resto il caso, se ben compreso, si inserisce perfettamente nel pensiero classico. Per la genuinità è anche il GUARNERI-CITATI, *RIL*, 59 (1926), 147 ss.

nostra solita impostazione del caso) è limitata al caso di demolizione parziale. In caso di demolizione totale (*usque ad aream*), l'oggetto si considera quindi sempre perito; questa soluzione, che differenzia sostanzialmente il caso da quello della nave, dipende evidentemente dalla natura della cosa: una nave può essere smontata e rifatta, ma un edificio in muratura si demolisce solo per costruirne uno nuovo³⁰; i materiali tratti dalla nave possono essere intesi come *spes* della stessa nave in futuro, non così le travi e i mattoni di tutto un edificio³¹. Questo aspetto del problema influisce anche sull'altra parte del caso, quello della demolizione parziale: qui può infatti esservi questione solo in ordine all'appartenenza delle travi tolte. È chiaro che la parte di edificio non demolita è fuori questione³². Quanto alle travi asportate, giocherà invece la *mens*, come nel caso della nave.

Tornando a pensare al nostro schema: se Tizio ha promesso a Caio la casa di Sempronio, e questi l'ha demolita *usque ad aream*, l'obbligazione è estinta; se sono state asportate delle travi (sempre da Sempronio) per essere usate altrimenti, esse cessano di far parte dell'edificio, che continuerà ad essere dovuto da Tizio, ma nello stato attuale (cioè deteriorato per l'asportazione delle travi); se infine le travi sono state da Sempronio asportate per esservi riinfiggite, esse, dice il testo, '*aedium sunt*', quindi faranno parte dell'oggetto dell'obbligazione e potranno essere pretese dal creditore insieme alla casa, sia isolate che rimesse in opera, a seconda dello stato in cui si trovino al momento dell'azione (o dell'adempimento spontaneo)³³.

³⁰ Né l'esigenza pratica di cui sopra alla n. 28 ha qui alcun peso. Si tratterebbe di una chicane troppo costosa.

³¹ Analogamente orientato era già il GUARNIERI-CITATI, *RIL*, 59 (1926), 156, che alla n. 1 di p. 157 richiama opportunamente, a questo proposito, la gl. *legatus sit*, alla l. XLIII (err. XLII) D. *De usuf.* (= D. 7, 1, 36 pr.).

³² Riguardo ad essa, ed in rapporto con l'edificio originario, si porrebbe, se mai, il problema del deterioramento (fisico: se la manchevolezza toccasse invece l'integrità del *dominium*, il caso rientrebbe nel problema cui si è accennato sopra, p. 170 n. 6. V. anche SARGENTI, *SDHI*, 20 [1954], 194 ss.). Il deterioramento della cosa dovuta era, nell'epoca classica avanzata, trattato in modo analogo al perimento: qualora esso avesse luogo in mora del debitore (Afr. D. 30, 108, 11; Ulp. D. 13, 3, 3 in fine) ovvero per *factum debitoris* (Iul. D. 46, 3, 33, 1; Iul. D. 30, 84, 4; cfr. anche Marcell. D. 46, 3, 72, 5; Pomp. D. 7, 6, 2; Ulp. D. 30, 53, 5), questi era tenuto per la differenza di valore: se ne può agevolmente dedurre che il deterioramento per altre cause, e precedente alla mora, rendeva interamente liberatorio l'adempimento operato mediante l'oggetto deteriorato. Le soluzioni così orientate datano però soltanto dall'epoca di Giuliano, mentre in Ulp. D. 4, 3, 7, 3 Labeone pare considerare il deterioramento della cosa dovuta del tutto irrilevante sul terreno del *ius civile* (ma nel testo deve considerarsi insitica la frase *vel fundum-extirpavit*: ALBANESE, *AP*, 28 [1961], 232) e sanzionato unicamente con l'*actio de dolo* (su questo punto v. *infra*, p. 212): ho qui riassunto le conclusioni del GENZMER, *ZSS*, 44 (1924), 103 ss.; v. anche SARGENTI, *SDHI*, 20 (1954), 194 ss., ma solo per i casi, da lui sottolineati, in cui il deterioramento della cosa ne mutava la natura (rendendola *alia res*, rispetto a quella dovuta): Pap. D. 34, 2, 12: anche, considerando il primo esempio e sotto altro profilo, il già cit. Iul. D. 30, 84, 4; cfr. Flor. D. 30, 116, 4; Ulp. D. 46, 3, 27. Per il resto manterrei ferme le conclusioni del Genzmer (anche contro l'ulteriore lett. citata dal Sargenti).

³³ La particolarità di questo caso è infatti, rispetto a quello della nave, che l'oggetto dell'obbligazione non viene mai meno, e quindi non vi è temporanea inesigibilità. Siamo solo di fronte ad un caso di deterioramento della cosa, che la *mens* del terzo proprietario può rendere più o meno grave: nel

d) *Casi di impossibilità giuridica* (cosa divenuta incommerciabile; schiavo manomesso): qualora la prestazione diventi impossibile non per ragioni fisiche, bensì per cambiamento della sua natura giuridica, che la converta in cosa incommerciabile (*res sacra o religiosa o publica*), ovvero la tolga del tutto dal novero delle cose (schiavo manomesso), l'obbligazione è estinta definitivamente. Così pure sarà nulla la *stipulatio* che abbia, dall'inizio, un oggetto di tale natura.

L'esame ora concluso della casistica contenuta nel nostro testo – nel quale, a detta del Cujas³⁴, «multa et praeclara de jure continentur» – mi pare conduca ad esprimere nei seguenti termini l'idea che guidò Paolo, autore del *tractatus*³⁵, nell'elaborazione delle singole soluzioni.

L'impossibilità oggettiva della prestazione (*dari non potest*) può assumere due aspetti nettamente distinti: essa può infatti configurarsi come impedimento attuale, ma non definitivo, ad adempiere, ovvero come perimento della cosa. La conseguenza giuridica sarà nel primo caso la semplice inesigibilità della prestazione, fino a che l'oggetto non venga, per così dire, ricostituito; nel secondo caso si avrà invece estinzione dell'obbligazione. Entrambe le forme di impossibilità possono verificarsi anche al momento della conclusione della *stipulatio* da cui l'obbligazione scaturisce, ed in tal caso, mentre l'impossibilità della prima specie lascia sorgere un'obbligazione di cosa futura, quella della seconda specie non permette la valida conclusione del contratto.

Il problema più delicato è quello di stabilire quando l'impossibilità sia da considerare definitiva, e quando temporanea. A questo proposito, si possono individuare tre diverse serie di casi:

caso che le travi siano state asportate per essere poi ricollocate, esse non costituiscono una *spes* (come le assi della nave *interamense* sfasciata): poiché l'edificio esiste tuttavia, di esse si può unicamente affermare, come fa il testo, la continuità della loro appartenenza all'edificio medesimo.

³⁴ *O. c.*, 1343.

³⁵ Il quale è stato attaccato variamente dalla critica interpolazionistica: v. sopra n. 29, ed inoltre BESELER, *Beiträge*, 5, 49; *ZSS*, 45 (1925), 451; GUARNERI-CITATI, *Mél. Cornil*, 1, Gand-Paris 1926, 476 s.; *RIL*, 59 (1926), 156 s.; *A. Messina*, 1 (1927), 64 n. 2; SOLAZZI, *Iura*, 8 (1957), 9 s. Anche se si deve riconoscere l'origine glossematica di '*et ea dumtaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem*' (BESELER, *Beiträge*, 1, 111), e di '*nam de his rebus negotium recte geremus, quae subici uxibus dominioque nostro statim possunt*' (VASSALLI, *BIDR*, 27 [1914], 212; se si deve riconoscere fondato il dubbio che la soppressione della menzione di Celso come autore del pensiero espresso dalle parole '*quoniam una atque eadem*' etc. sia frutto di un maldestro taglio operato dai compilatori, e ammettere, per converso, che la spiegazione '*et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est*' sia l'esplicitazione postclassica o giustiniana della *ratio* di una decisione classica (v. *infra*); se infine si può anche riconoscere che la forma lascia dubbi, siano le imperfezioni frutto di ritocchi o di cattiva tradizione manoscritta, tutto ciò mi pare avere scarsissimo significato, in quanto l'esegesi stessa che stiamo conducendo aiuta a constatare la perfetta logicità di tutto il dettato, confermato del resto, come si vedrà fra breve, dal confronto con D. 46, 3, 98, 8. Quanto ai singoli casi di perimento giuridico, vorrei subito avvertire che, per le ragioni che saranno palesi più avanti, i motivi che fanno dubitare, in D. 45, 1, 91, 1, della genuinità di alcuni fra gli esempi che ivi compaiono, non toccano affatto quelli analoghi che compaiono qui, nel fr. 83, 5, il quale è impostato in modo analogo ai Gai. 3, 97, con esemplificazione del tutto corrispondente.

I. Impossibilità derivante da perimento fisico, con carattere in se stesso definitivo. Il caso paradigmatico (come si vedrà in seguito) è quello della morte dello schiavo dovuto³⁶; il nostro testo non ne discorre affatto, non sussistendo in ordine a questi eventi nessuno dei dubbi in esso agitati. È infatti evidente che essi conducono tutti all'estinzione dell'obbligazione³⁷ (ovvero ne impediscono il sorgere).

II. Impossibilità derivante da perimento fisico, tale da lasciare la possibilità che l'oggetto si ricostituisca. Si tratta di una serie di casi che può dare luogo all'una e all'altra forma di impossibilità; si avrà impossibilità temporanea (e conseguentemente semplice inesigibilità dell'obbligazione) nella generalità dei casi; tuttavia i caratteri del fatto che dà luogo al perimento possono essere tali da farlo interpretare come definitivo (del tipo, cioè, di quello descritto sopra, sub I.), togliendo all'eventuale «ricostituzione» della cosa appunto la possibilità di essere qualificata «ricostituzione», per attribuirle il carattere di «formazione di una cosa nuova». Ciò avviene (in ordine alle fattispecie del testo) in due casi: α) se la cosa, specificamente individuata, abbia, con l'evento che l'ha distrutta, assunto una forma che non permette di considerarla in alcun caso un assetto transitorio della cosa originaria (materiali dell'edificio demolito *usque ad aream*); β) se l'autore della dissoluzione intendeva precisamente distruggere la cosa in modo definitivo.

III. Impossibilità derivante da causa giuridica: questa impossibilità è sempre definitiva; si tratta infatti sempre di situazioni dietro le quali è configurabile, diremmo noi, un interesse pubblico, il quale non permette di sottintendere una *spes* di restituzione della cosa originaria³⁸.

3. – A chiarire quest'ultimo punto, ed a meglio intendere tutto il testo letto nel paragrafo precedente, serve un altro passo di Paolo, richiamato a questo proposito dal Cujas³⁹. Si tratta di

D. 46, 3, 98, 8 (Paul. 15 *quaest.*): *Aream promisi alienam: in ea dominus insulam aedificavit: an stipulatio extincta sit, quaesitum est. respondi, si alienum hominem promisi*

³⁶ Cfr. MAYER-MALY, 7 n. 8.

³⁷ Cfr. Pomp. D. 46, 3, 107: anche Paul. D. 46, 3, 98, 8, ove dice '*non enim desiit in rerum natura esse, immo et peti potest*'. Cfr. Iul. D. 12, 6, 32 pr. Con l'espressione '*rerum natura*' i giuristi romani intendevano alludere al mondo materiale: cfr. GRADENWITZ, *Natur und Sklave bei der 'naturalis obligatio'*, in *Festschr. Schirmer*, Königsberg 1900, 149 ss.; RABEL, *Mél. Gérardin*, 494 s.; ID., *Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum BGB*, Weimar 1907 (estr. da *Festschrift Bekker*), 24 s.

³⁸ Questa *ratio* compare nel fr. 83, 5 solo per il caso dello schiavo manomesso: '*et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est*'. La forma dell'asserzione la fa sospettare opera di mano non classica (BESELER, *ZSS*, 45 [1925], 451; cfr. *VIR*, 3, 237, 521, ma ritengo che essa sia conforme al pensiero di Paolo).

³⁹ *O. c.*, 1345; egli cita pure Cels. D. 32, 79, 3 (sul quale v. *infra*). Lett. recente: v. *Ind. Itp.*; GROSSO, 49 s.

et si a domino manumissus est, liberor. nec admissum est, quod Celsus ait, si idem rursus lege aliqua servus effectus sit, peti eum posse: in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest, et si servus (rursus *Mo.*) effectus sit, alius videtur esse. nec simili argumento usus est, ut, si navem, quam tu promisisti, dominus dissolverit, deinde isdem tabulis compegerit, teneri te: hic enim eadem navis est, quam te daturum spondidisti, ut videatur magis obligatio cessare quam extincta esse. homini autem manumisso simile fiet, si ea mente dissolutam esse navem posueris, ut in alios usus converterentur tabulae, deinde mutato consilio easdem compositas: alia enim videbitur esse posterior navis, sicut ille alius homo est. non est his similis area, in qua aedificium positum est: non enim desiit in rerum natura esse. immo et peti potest area et aestimatio eius solvi debet: pars enim insulae area est [et quidem maxima, cui etiam superficies cedit]⁴⁰. diversum dicemus, si servus promissus ab hostibus captus sit: hic interim peti non potest quasi ante diem, sed si redierit postliminio, recte tunc petetur: cessavit enim hic obligatio. area autem extat, sicut cetera, ex quibus aedificium constitit denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit pretiumque eius dari voluit.

Questo testo, sul quale è vana ogni esercitazione interpolazionistica⁴¹, conferma anzitutto i punti chiave delle nostre deduzioni precedenti, ed in particolare:

- la distinzione fra estinzione dell'obbligazione e sua inesigibilità temporanea (*ut videatur magis cessare obligationem quam extincta esse*)⁴²;
- il fatto che tale distinzione dipende dalla forma di impossibilità sopravvenuta, se, cioè, essa sia definitiva ovvero attuale, ma non definitiva (*in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest*)⁴³;
- che l'impossibilità giuridica è, per Paolo, sempre «definitiva» (nel senso esposto, cioè causa di estinzione dell'obbligazione).

Dalla lettura di D. 46, 3, 98, 8 esce altresì confermata la nostra spiegazione del caso della nave, e si aggiungono alla nostra casistica altre interessanti fattispecie.

e) Caso del terreno: Tizio ha promesso a Caio il terreno di Sempronio, il quale vi ha poi costruito un edifi-

⁴⁰ Evidente glossema: BESELER, *Beiträge*, 2, 17; l'aggiunta occasionale non giustifica però le deduzioni del RATTI, *Studi Bonfante*, 1, 292.

⁴¹ Come quelle del BESELER, *ZSS*, 51 (1931), 82, e del RATTI, *Studi Bonfante*, 1, 291 ss. Ne intende invece lo spirito il MELILLO, *'Tignum iunctum'*, Napoli 1964, 48 ss. La lettura attenta del testo rivela bene la sua struttura di ricerca degli elementi di un principio fatta mediante giustapposizione di casi simili, ma diversi per certi particolari: è un esempio tipico del modo di procedere dei giuristi romani, ed altresì un brano caratteristico dei *libri quaestionum*.

⁴² Il RABEL, *Mél. Gérardin*, 485, pone la distinzione fra «obligation éteinte (*extincta*)» e «différée (*cessat*)»; si tratta di una (un poco) diversa enunciazione dommatica dello stesso fenomeno qui individuato. La distinzione fra estinzione e inesigibilità temporanea, o, come l'A. preferisce, fra estinzione e quiescenza (cfr. Gai. 4, 78) è ben lumeggiata dal GUARNERI-CITATI, *AP*, 14 (1930), 330 ss.; in part. 333 ss. Per la sicura genuinità della distinzione in parola, cfr. GUARNERI-CITATI, *o. c.*, 331 e n. 1; 834 s.

⁴³ Su questa espressione, v. i dubbi e le considerazioni del GUARNERI-CITATI, *AP*, 14 (1930), 336.

cio. Non per questo il terreno cessa di esistere (*non enim desiit in rerum natura esse*) o è fuori dalla portata del debitore (*area autem extat*)⁴⁴⁻⁴⁵, e pertanto l'obbligazione né *extinguitur* né *cessat*⁴⁶: essa è perfettamente esigibile, e potrebbe anche essere adempiuta in forma specifica; solo che, essendo l'adempimento in tale forma eccessivamente gravoso per il debitore (che dovrebbe comprare tutto l'edificio e demolirlo) senza sua colpa (la costruzione è fatta del terzo), il debitore si libererà pagando l'*aestimatio*⁴⁷.

La conclusione di Paolo, che il fatto del terzo (costruzione dell'edificio) ha il solo effetto di limitare l'obbligazione del *promissor* al pagamento dell'*aestimatio*, lungi da essere un'interpolazione fondata su di una distinzione tra oggetto dell'azione e oggetto della condanna⁴⁸, ha una sua specifica ragione d'essere. Il debitore da *stipulatio in dando* avente ad oggetto una cosa altrui era obbligato a *redimere rem et praestare*, e non poteva (senza il consenso del debitore, secondo le regole della *da-*

⁴⁴ Il senso di quest'ultima precisazione si apprezzerà interamente considerando il successivo caso (*f*).

⁴⁵ Queste considerazioni fatte per il terreno possono essere estese ad ogni altro elemento – ancora individuabile (travi, pietre: non la terra di cui è fatta la calce, etc.) – di cui il complesso edile consta. Il testo stesso, alla fine, accenna a *cetera, ex quibus aedificium consistit*.

⁴⁶ Sia il RATTI, *Studi Bonfante*, 1, 292 s., sia il GUARNERI-CITATI, *AP*, 14 (1930), 330 e 340 s., ritengono spuria questa decisione, sostenendo che Paolo non dovesse ammettere l'azione contro il *promissor* durante la permanenza dell'edificio. Ma le ragioni addotte a sostenere questo assunto (dal solo RATTI, poiché il GUARNERI-CITATI si limita a dire di condividere la tesi, ma non tutti gli argomenti del primo: quali siano gli argomenti condivisi si può dedurre solo dalla citazione di D. 7, 4, 5, 3; D. 32, 79, 2 e D. 7, 1, 36 pr.; eod. 71, che è comune ai due Autori) non sono affatto fondate. Esse si basano sulla considerazione che «l'area è per i classici parte accessoria dell'edificio» (il che non è neppure vero, poiché Ulp. D. 44, 2, 7, che il RATTI, *o. c.*, 292 adduce a questo proposito, non fa questione di accessione, ma afferma, come del resto D. 46, 3, 98, 8, che l'area è *pars* dell'edificio) «e giuridicamente si estingue in seguito all'edificazione». Quanto a quest'ultima affermazione (a parte l'inesattezza di parlare di estinzione della *res*, invece che del suo perimento: v. però D. 47, 2, 46 pr.) va notato: *a*) essa non può essere provata adducendo Ulp. D. 7, 4, 5, 3 (RATTI; GUARNERI-CITATI): Iul. *eod.*, 7 (GUARNERI-CITATI); Afr. D. 7, 1, 36 pr.; Marcell. D. 7, 1, 71 (RATTI; GUARNERI-CITATI), i quali sono in tema di usufrutto, ed affermano solo che la costruzione dell'edificio estingue (per il tempo della sua presenza o, scaduto il termine del *non usus*, definitivamente) l'usufrutto dell'area: soluzione ovvia, poiché la presenza della costruzione impedisce tale usufrutto; *b*) né può essere addotto D. 32, 79, 2, poiché è un testo di Celso, che in questa materia aveva – come abbiamo visto e vedremo meglio fra poco – vedute opposte a quelle di Paolo. Ma soprattutto vale la considerazione che il caso in parola non può essere considerato fra quelli di perimento giuridico, e non vi è dubbio che – se il problema si pone in termini di esistenza della cosa *in rerum natura* – la soluzione del testo è la sola possibile. Il Ratti tende ad assimilare il caso a quello dello schiavo fatto prigioniero (caso *f*), ma la struttura del passo esclude proprio la presenza di due casi identici, constando appunto, come già notavamo, di una serie di *quaestiones* con più o meno lievi divergenze l'una rispetto all'altra.

⁴⁷ Noterò di passaggio come il pagamento dell'*aestimatio* di uno schiavo manomesso non sia considerata possibile: Mod. D. 45, 1, 103.

⁴⁸ Come vorrebbe il RATTI, *Studi Bonfante*, 1, 291.

tio in solutum) liberarsi con il pagamento dell'*aestimatio*⁴⁹; a questo risultato si addiveniva col processo, la cui *condemnatio* era in *quanti eares est*⁵⁰, ma solo affrontandolo il debitore avrebbe potuto giungervi. La soluzione che Paolo dà al caso del terreno è invece appunto diretta a convertire l'oggetto dell'obbligazione nella semplice *aestimatio*, ed a permettere pertanto al debitore di liberarsi adempiendo con tale prestazione⁵¹.

f) Caso dello schiavo 'captus ab hostibus': Tizio ha promesso a Caio lo schiavo Stico⁵², e questo è stato poi *captus ab hostibus*. L'obbligazione è inesigibile (*cessavit*) fino a che lo schiavo non sia '*postliminio reversus*'⁵³.

Il caso dà luogo ad una soluzione analoga a quella adottata per il caso della nave (*b*) e dell'edificio (*c*), in cui, cioè, si ha inesigibilità attuale prodotta da perimento non definitivo: *peti non potest, quasi ante diem*⁵⁴. L'analogia di questo caso (*f*) con i precedenti *b* e *c* è tutt'altro che ovvia, e può stabilirsi solo sulla base di un'analisi assai sottile, che il testo non esplicita, ma credo possa ricostruirsi nei termini seguenti, che danno anche ragione dell'accostamento, per contrapposizione, con il caso del terreno (*c*).

Lo schiavo, che venga a trovarsi prigioniero, è bensì, come l'area su cui è stato

⁴⁹ Come invece l'erede, gravato da un legato di cosa altrui, che il proprietario non intendeva vendergli per un prezzo ragionevole: Gai. 2, 202; 262; Gai. D. 32, 14, 2; Lab. Iav. D. 32, 30, 6; Iav. D. 35, 3, 61; Ulp. D. 30, 71, 3; GROSSO, *I legati nel dir. rom. Parte generale*², Torino 1962, 245 ss.

⁵⁰ KASER, '*Quanti ea res est*', München 1935, 86 ss.; VOICI, *Risarcimento del danno e processo formulare*, Milano 1938, 33.

⁵¹ Questo per l'interpretazione di quanto è detto esplicitamente nel testo; ma io credo che si possa andare più in là, e sostenere che questo mutamento nell'oggetto dell'obbligazione comporti anche una diversa misura nella *aestimatio* stessa. Se il *promissor* fosse da considerarsi tenuto a dare l'*area*, l'*aestimatio*, a cui sarebbe, in caso di inadempimento, condannato, dovrebbe essere calcolata sul valore dell'*area* libera (si tenga conto di quanto scrive il VOICI, *Risarcimento*, 56); se Paolo considerava invece il debitore tenuto alla sola *aestimatio*, e ciò in quanto la prestazione in natura era divenuta, *senza colpa*, troppo onerosa, ciò è perché egli considerava il debitore tenuto a consegnare la cosa nello stato attuale, come ogni cosa deteriorata per fatto di un terzo (sopra, n. 32); l'*aestimatio* andava quindi commisurata al valore attuale del terreno, il quale era naturalmente minore di quello del terreno libero. Certo la stima di tale valore sarebbe risultata problematica, per la difficoltà di stabilire un criterio idoneo; il più aderente alla situazione di fatto mi pare quello di sottrarre dal valore del terreno libero l'entità delle spese necessarie – al momento della valutazione – per renderlo nuovamente libero.

⁵² Se si deve ammettere la genuinità delle parole '*vel etiam ab hostibus si capiatur*' di D. 45, 1, 91, 1, questo esempio va riferito ad uno schiavo in proprietà di Sempronio. Sul problema v. *infra*, p. 208 ss.

⁵³ Lo schiavo era, come è noto, fra le cose che '*ab hostibus ad nos redeunt*': Fest. 244 (L.); Cic., *Top.*, 8, 36; Paul. D. 49, 15, 19, 10.

⁵⁴ Cfr. il '*tacite in ea tempus continetur*', che si ritrova in D. 45, 1, 83, 5 per il caso del vino, analogia che toglie fondamento al sospetto di alterazione avanzato dal BESELER, *Beiträge*, 2, 17; RATTI, *RISG*, NS. 2 (1927), 42 n. 1 (dalla p. prec.): ID., *Studi Bonfante*, 1, 294; GUARNERI-CITATI, *AP*, 14 (1930), 337 n. 1; SARGENTI, *SDHI*, 20 (1954), 184 n. 42.

costruito l'edificio, *in rerum natura*⁵⁵, ma, a differenza dell'*area*, esso si trova, per così dire, in un settore di tale *rerum natura* che i romani consideravano fuori della loro portata⁵⁶. Lo schiavo prigioniero è dunque perito; date le considerazioni ora fatte, si tratta di un perimento, per qualche verso, assimilabile al perimento giuridico, più che a quello materiale: lo schiavo è *in rerum natura*, solo che '*non extat*' (vedi, nel testo, '*area autem extat*'), è assente, fuori dalla portata del debitore: *in rerum natura est, sed dari non potest*⁵⁷. Ma, a differenza dei casi di perimento giuridico sopra considerati (*d*), qui non è certo presente alcuna delle ragioni d'interesse pubblico che vietano di concepire una *spes* di ricostituzione della cosa in caso di perimento giuridico; anzi, questa *spes* è prevista dal diritto stesso con l'istituto del postliminio⁵⁸.

4. – La valutazione, compiuta da Paolo, della casistica relativa all'impossibilità della prestazione era dunque basata sulla distinzione tra impossibilità definitiva e temporanea, e sboccava nella individuazione dei due fenomeni distinti della estinzione (*extingui*) dell'obbligazione e della sua quiescenza o temporanea inesigibilità (*cessare*). L'adozione dell'uno o dell'altro termine⁵⁹, per designare quest'ultima situazione, è soltanto questione di parole: mentre il termine suggerito dal Guarnieri – Citati discende da un punto di vista che considera piuttosto le vicende del rapporto giuridico, il secondo fa diretto riferimento agli effetti pratici.

⁵⁵ Si ricorderà (sopra, n. 37) che con questa espressione i romani indicavano il mondo materiale.

⁵⁶ È questa la considerazione che dà risposta agli interrogativi del RATTI, *Studi Bonfante*, 1, 292 e n. 62. La *res apud hostes* (come ha giustamente precisato il SARGENTI, *SDHI*, 20 [1954], 184 s., e in part. 184 n. 2, per la portata di D. 11, 1, 16 pr.; D. 40, 4, 30; D. 47, 2, 46 pr.; D. 49, 15, 5, 1 non si riferisce del tutto al postliminio delle cose; D. 45, 1, 91, 1 sarà oggetto di espressa esegesi più avanti: tutto ciò contro quanto scriveva il RATTI, *RISG*, NS. 2 [1927], 40 s.) non era affatto *extra commercium*, e pertanto poteva essere oggetto (come ammette lo stesso RATTI, *o. ult. cit.*, 40) di alcuni negozi giuridici: legato, Iul. Sab. D. 30, 104, 2; compravendita e *stipulatio*: Pomp. Octav. D. 19, 1, 55, su cui RABEL, *Mél. Gérardin*, 485 s.; la menzione della *stipulatio* vi è stata sospettata, ma senza ragioni sostanziali, dal RICCOBONO, *ZSS*, 43 (1922), 300 e dal GUARNIERI-CITATI, *AP*, 11 (1923), 199 n. 4; spuria è certo, invece, la parte finale, da '*etiamsi*', già sospettata dal FABER, *Tractatus de variis nummariorum debitorum solutionibus*, Norimbergae 1622, 167, 17. Il nostro passo di Paolo è perfettamente in armonia con questa situazione; se l'*obligatio*, alla cattura dello schiavo, *cessat*, se ne deduce, in conformità ad es. col caso del vino, che la *stipulatio* di uno schiavo già *apud hostes* era valida come promessa di cosa futura.

⁵⁷ Con questa espressione sono riassunti, in Paul. D. 45, 1, 91, 1, i casi di perimento giuridico, ed anche il caso dello schiavo fatto prigioniero (v. il rinvio alla n. prec.).

⁵⁸ *Spes postliminii*: Paul. D. 10, 2, 23. Un accenno di questo stesso testo (ad altro proposito), e l'esplicita dichiarazione di Ulp. D. 30, 47, 2 e 3, farebbero pensare applicabile allo schiavo *apud hostes* il sistema relativo alla *res legata quae sine culpa heredis non compareat* (v. 189): sarei però propenso a condividere l'idea del FERRINI, *Opere*, 4, 211, che ritiene interpolati *quod et-constat* e *vel apud hostes* nei paragrafi 2 e 3 citati. Comunque il problema non può interessare che lo schiavo legato, non quello premesso. V. ancora *infra*, p. 209 n. 85.

⁵⁹ V. sopra n. 42. Meno calzante mi pare la terminologia del RABEL, v. *ivi*, che però ha il pregio di sottolineare che l'obbligazione inesigibile è come sottoposta a termine: v. *infra*.

Ma dagli stessi testi letti, e da un altro, che finora ci siamo limitati a citare, appare una diversa dottrina, rappresentata in particolare da Celso, ma, a quanto risulterebbe da D. 45, 1, 83, 5, comune anche a Pedio. Riepilogando e completando i brani che possono illustrare il loro pensiero in proposito, possiamo addurre:

Paul. D. 45, 1, 83, 5⁶⁰ <Celso tamen contra visum est>, quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit: nam et si navem, quam spondit, dominus dissolvit et isdem tabulis compegerit, quia eadem navis esset, inciperet obligari, pro quo et illud dici posse Pedius scribit; etc. (caso del vino)⁶¹.

Paul. D. 46, 3, 98, 8: nec admissum est, quod Celsus ait, si idem [il servo altrui promesso e manomesso] rursus lege aliqua servus effectus sit, peti eum posse: ...

D. 32, 79 (Cels. <1>9 dig.), 2: Area legata si inaedificata medio tempore fuerit ae <nunc Mo.> rursus area sit, quamquam tunc peti non poterat, nunc tamen debetur. 3: Servus quoque legatus si interim manumittatur et postea servus factus sit, peti potest.

Bastano queste poche righe per far notare la profonda differenza fra il pensiero di Celso e quello di Paolo⁶². In esse riappaiono alcuni dei casi sopra menzionati, e per tutti la soluzione è sostanzialmente diversa:

b) caso della nave: è risolto nel senso della reviviscenza dell'*obligatio* in caso di ricostruzione della nave, in ogni caso, indipendentemente dalla *mens* del *dominus* al momento della dissoluzione.

d) caso dello schiavo manomesso (perimento giuridico): è risolto, al contrario che per Paolo, nel senso della reviviscenza dell'*obligatio*, in caso di nuova riduzione in schiavitù dell'*homo*.

c) caso del terreno: durante la presenza dell'edificio, l'azione è impedita (l'*area*, come tale, *dari non potest*, e pertanto per Celso l'obbligazione è estinta, salvo reviviscenza).

Oltre a queste differenze d'ordine pratico, si deve rilevare una profonda diversità nel profilo dommatico delle soluzioni. Celso non conosce la distinzione fra estinzione e inesigibilità temporanea (quiescenza), non ammettendo che la prima, per cui la reviviscenza corrisponde ad un nuovo sorgere, pur se della stessa *obligatio* (D. 45, 1, 83, 5: *si ... isdem tabulis compegerit ... inciperet obligari*; D. 32, 79, 2: *nunc tamen debetur*). Ciò dipende dal fatto che Celso non distingue fra perimento definitivo e temporaneo, ma osserva semplicemente lo svolgersi oggettivo degli eventi, per osservare le vicende della cosa nella loro nudità: materiale (nave, terreno) o giuridica (schiavo).

⁶⁰ Cfr. sopra, p. 176 s.

⁶¹ Il quale è però concluso con le parole '*et per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem*', che sono conformi al pensiero di Paolo.

⁶² D. 32, 79, 2 e 3 si riferiscono al legato: ma in questo caso la differenza nella fonte dell'*obligatio* non comporta particolarità alcuna.

Nel fr. 83, 5 si ritrova pure un'espressa enunciazione del criterio adottato da Celso come base delle sue soluzioni: *quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit*. La Glossa⁶³ ed il Cujas⁶⁴, che su questo punto le si uniforma, non mi pare abbiano inteso esattamente l'enunciato. Secondo la loro interpretazione il punto di partenza di Celso sarebbe che una sola è la causa che dà luogo tanto al *liberari* quanto all'*obligari*⁶⁵: la frase va invece intesa diversamente, e cioè nel senso che una sola e sempre identica è la *causa liberandi*, e una sola e sempre identica è la *causa obligandi*: e rispettivamente che la cosa o *dari non potest* o *dari potest* (non si dà una terza possibilità).

Così intesa la massima, essa suona precisamente come negazione delle suddistinzioni di Paolo, e più precisamente, ricollegandoci in particolare a quanto si è detto a p. 178 s.⁶⁶, come negazione che il fatto causativo del perimento possa essere ulteriormente distinto in ragione della temporaneità o definitività dell'effetto: per Celso il perimento genera *dari non potest*, e quindi dà luogo alla liberazione in ogni caso; simmetricamente la ricostituzione determina in ogni caso il *dari potest*, quindi dà luogo all'*obligatio*.

Questa precisa individuazione del pensiero di Celso ci permette di cogliere l'esatto argomento critico di Paolo, che è tutto racchiuso nelle parole '*et si servus (rursus) effectus sit, alius videtur esse*', che si leggono in D. 46, 3, 98, 8. Paolo osserva appunto che è bensì vero che l'azione per l'adempimento è ammissibile solo se la cosa *dari potest*⁶⁷, ma perché ciò possa avvenire è necessario che l'oggetto disponibile sia quello dovuto, non un altro, e non è affatto detto che la successiva ricostituzione dell'oggetto dia luogo ad una cosa che risponda a questo requisito. Fra gli elementi del problema si insinua dunque, per Paolo, a quello dell'identità dell'oggetto, il quale non può essere risolto che mediante adeguata valutazione del fatto da cui il perimento dipende. Nel caso che questo risponda – secondo le valutazioni che si sono via via esaminate – ai caratteri della definitività, l'oggetto eventualmente ricostituito è un *aliud* e l'obbligazione è estinta per sempre⁶⁸; nel caso contrario, l'oggetto eventualmente ricostituito è lo stesso dovuto all'inizio e quindi non si ha estinzione, ma, come si è visto, temporanea inesigibilità.

Sarei del parere che la critica di Paolo a Celso trovi la sua giustificazione unica-

⁶³ Gl. *eadem causa* ad h. l.

⁶⁴ O. c. (sopra n. 11) ad h. l. (ed. cit. Prati 1838, 5, 1344).

⁶⁵ Pertanto essi precisano (riporto dal Cujas): «*Quod una eademque est causa obligandi et liberandi, quod contrariorum una eademque sit causa; sed contraria tamen, ut recte glossa supplet ...: quod, inquam, una eademque sit causa obligandi et liberandi, sed contraria*». Cioè, secondo questo indirizzo interpretativo, il *dari posse* e il *dari non posse* sarebbero i due aspetti (positivo e negativo) dell'*una eademque causa*.

⁶⁶ Che cioè tutto dipende dalla valutazione del fatto che dà luogo al perimento.

⁶⁷ Che anche Paolo riconoscesse il valore di questo concetto è provato da Paul. D. 8, 3, 19 (v. anche D. 45, 1, 91, 1, *infra*, p. 195 ss.).

⁶⁸ GUARNERI-CITATI, *AP*, 14 (1930), 331.

mente nel desiderio di valutare in modo più approfondito la relativa casistica. Viene però fatto di domandarsi se la diversa valutazione, che i due giuristi davano della situazione successiva al perimento (non definitivo) ed anteriore alla ricostituzione dell'oggetto, non potesse comportare diversi effetti nel regime dell'azione eventualmente esperita in tale lasso di tempo. Le fonti non ci offrono alcun appiglio per dare una risposta soddisfacente a questo quesito: se ci affidiamo unicamente alla logica, per altro, la soluzione che raggiungiamo non può che lasciare perplessi. Infatti, nella visuale di Celso, l'attore che agisse per il pagamento dopo il perimento non sarebbe titolare di alcun credito, essendo la sua obbligazione estinta, e pertanto non consumerebbe l'azione, non sussistendo alcun rapporto soggetto ad estinzione; al ricostituirsi della cosa, l'*obligatio* sorgerebbe *ex novo*, intatta. Poiché invece Paolo non vede il perimento non definitivo come estintivo dell'obbligazione, ed anzi a più riprese assimila il *petere* la cosa temporaneamente inesistente al *petere ante diem*, parrebbe considerare un'azione esperita in queste circostanze come viziata da *plus petitio tempore*. La difficoltà sta appunto nell'ammettere che l'attore, il quale poteva benissimo essere totalmente ignaro dell'avvenuto perimento, venisse assoggettato ad un simile rischio; rischio tanto maggiore se, come già accennavo⁶⁹, si ritiene di dovere escludere l'applicabilità a questi casi del sistema di cui in Ulp. D. 30, 47, 2-4⁷⁰. Tutta la problematica, ivi descritta, della cosa ereditaria che '*sine culpa heredis non compareat*', oltre che non riferibile alla cosa dovuta mediante *stipulatio*, è connessa con situazioni che non configurano un perimento né temporaneo né definitivo. Risulta infatti bene da quanto scrive il Ferrini⁷¹, che la *res quae non compareat* non è affatto perita, ma solo attualmente non reperita dall'erede: egli dunque, se convenuto, ove dichiarare la situazione e garantisca l'adempimento al ritrovamento della cosa, può respingere con l'*exceptio doli* l'attore che insista nella domanda.

Si tratta dunque di un meccanismo ideato per favorire il convenuto⁷², che altrimenti, essendo obbligato, dovrebbe essere condannato per la mancata prestazione di una cosa di cui attualmente non dispone senza sua colpa. Nei casi di perimento, invece, il convenuto è al sicuro: anche se si tratti di semplice inesigibilità temporanea, *non paret eum dare oportere*.

⁶⁹ Sopra, n. 58.

⁷⁰ Su cui FERRINI, *Opere*, 4, 209 ss.; VOCI, *I limiti della responsabilità nell'adempimento dei legati 'per damnationem' e dei fedecommessi*, in *SDHI*, 1, (1935), 59 ss.; BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1943, 363; SARGENTI, *SDHI*, 20 (1954), 185 s.; GROSSO, *I legati. Parte generale*², 402. Cfr. anche Ulp. D. 12, 4, 5, 2. L'applicabilità di questa *cautio* è sostenuta dal SARGENTI per il caso dello schiavo *captus*, a proposito del quale egli parla di inesigibilità (*o. c.*, 186 n. 46), ma di una forma – a quanto è dato comprendere – particolare, in quanto non dipende, per l'A., da impossibilità della prestazione. Il pensiero dell'A. è, per vero, alquanto oscuro.

⁷¹ *Opere*, 4, 210.

⁷² Non ha inteso questo punto il SARGENTI, *SDHI*, 20 (1954), 186 e n. 46, per il quale «il fatto che si ricorra alla cauzione significa che il debitore, secondo il *ius civile*, non può essere condannato»: la sua eventuale assoluzione dipende invece dall'efficacia, pure pretoria, dell'*exceptio doli* (FERRINI, *Opere*, 4, 210, cui male si richiama il Sargenti).

Il rigore, che pare discendere dall'impostazione di Paolo, potrebbe essere attenuato osservando come l'obbligazione quiescente, più che ad un rapporto sottoposto a termine, può essere spesso assimilata a quello condizionale, il quale, come è noto, non si estingue se dedotto in giudizio durante la pendenza della condizione⁷³. Ma se, a favore di questa diversa assimilazione sta il fatto che la ricostituzione della cosa temporaneamente perita è normalmente eventuale, si potrebbe anzi addirittura dire futura ed incerta, contro di essa militano le dichiarazioni espresse delle fonti, ed altresì la natura del primo dei casi che abbiamo esaminato, quello del vino (*a*), in cui la configurazione di una *condicio* è inammissibile⁷⁴.

Quest'ultimo problema resta dunque senza una soluzione: ho voluto metterne in evidenza gli elementi, ma, decidendo per l'una o per l'altra tesi, mi sostituirei alle fonti; e non è certo questo il compito della storia del diritto.

⁷³ Cfr. PROVERA, *La 'pluris petitio' nel processo romano*, 1, Torino 1958, 97 ss.; contro TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano 1959, 206 ss., v. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano (in corso di pubbl.), 77 ss. (delle bozze, che l'A. mi ha gentilmente permesso di consultare).

⁷⁴ Si è infatti messo in evidenza a suo luogo (p. 174 ss.), che uno degli elementi del caso era proprio la perenne riproducibilità del vino eventualmente perito.

II. – ‘CULPA DEBITORIS’

SOMMARIO: 1. La terminologia con cui le fonti esprimono il principio della responsabilità del debitore, quando il perimento dell’oggetto sia avvenuto durante la mora o sia stato da lui causato. – 2. La ‘*culpa debitoris*’: a) in relazione al perimento fisico della cosa: Paul. D. 45, 1, 91 pr. – 3. Insufficienza della interpretazione tradizionale di questo testo, in quanto tende a dedurre una nozione di *culpa debitoris* come colpa commissiva in senso stretto. Un esempio di *factum debitoris* attuato mediante omissione (*fame necare*). – 4. Il comportamento attivo dovuto dal debitore di cosa altrui (Ulp. D. 30, 53, 4 e 6). – 5. Il comportamento attivo dovuto da chi ha promesso di *dare certo loco* (Ven. D. 45, 1, 137, 2). – 6. La ‘*culpa debitoris*’: b) in relazione al perimento giuridico della cosa (Paul. D. 45, 1, 91, 1). – 7. Considerazioni conclusive.

1. – Le pagine, che (pur procedendo per sommi capi o adottando, per così dire, il metodo del ‘campione’) abbiamo dedicato al perimento della cosa, costituiscono la premessa necessaria per affrontare il problema della ‘*culpa debitoris*’, che rappresenta il punto centrale della problematica della responsabilità per l’inadempimento di un’obbligazione di *dare*.

La *culpa debitoris* opera infatti in relazione alle fattispecie di perimento, impedendone gli effetti favorevoli al debitore, come risulta già dai testi letti nel capitolo precedente, ove, tanto per i casi di estinzione¹, quanto per quelli di inesigibilità temporanea² dell’obbligazione, questi effetti sono subordinati alla circostanza dell’assenza della suddetta *culpa debitoris*: della quale circostanza non si fa parola solo ove la cosa dovuta appartenga ad un terzo e gli eventi dipendano dall’attività di costui, poiché in tale caso il *factum debitoris* è di per sé escluso³.

La regola che le fonti contengono, come è noto, è la seguente: il creditore può agire per l’adempimento anche se la cosa sia perita, ove il perimento sia avvenuto per fatto del debitore ovvero si sia verificato quando costui era in mora.

Le fonti offrono, in relazione a questa regola, una terminologia abbastanza varia, tanto ad indicare le circostanze che danno luogo alla responsabilità, quanto per descriverne l’effetto.

¹ D. 45, 1, 83, 5: ... *liberatur, si sine facto eius res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit* ...

² D. 45, 1, 83, 5: ...*et si natum* (sc.: *vinum*) *sine culpa promissoris consumptum sit* ...

³ Il che, nei testi letti, avviene nella maggioranza dei casi, poiché questi, essendo stati ipotizzati proprio per analizzare le conseguenze del perimento in sé e per sé, sono concepiti in modo da non complicarne l’esame con elementi estranei. Per il fatto del garante, v. PUGLIESE, *Intorno alla impossibilità della prestazione causata dal ‘paterfamilias’ e dal fideiussore*, in *Studi Paoli*, Firenze s.d. (1955), 569 ss.

a) L'espressione più frequente, con cui si indica la situazione del debitore che deve rispondere del perimento, è *'per debitorem stat quominus res detur'*. Essa è comprensiva tanto del caso della mora quanto di quella del *factum debitoris* propriamente detto (Pomp. D. 12, 1, 5; D. 45, 1, 23; anche Afr. D. 17, 1, 37), ma dato che il suo significato letterale indica il comportamento di colui che era in condizione di *dare* e tuttavia non ha dato (cfr. Sab. in Pap. D. 45, 1, 115, 2), allude più frequentemente alla mora derivante da ritardo nell'adempiere (Iul. D. 13, 5, 23; Afr. D. 44, 7, 23; Pomp. D. 46, 3, 92 pr.; Scaev. D. 45, 1, 135, 2; Ven. D. 46, 2, 31 pr.; Ven. D. 45, 1, 137, 2; Paul. D. 45, 1, 49 pr. e 3; Paul. D. 44, 7, 45; Paul. D. 47, 2, 13; cfr. Ulp. D. 4, 8, 23, 1)⁴.

b) In altri casi si parla di *culpa* del debitore, di solito indicando con il termine un fatto positivo di questi (Pap. D. 46, 3, 95, 1; Pap. D. 46, 2, 28; v. anche Paul. D. 45, 1, 91 pr. e 1; cfr. Marcell. D. 46, 3, 72 pr.; più generico Paul. D. 45, 1, 37), ma talvolta comprendendo altresì la mora (Paul. D. 45, 1, 91, 3; anche Pomp. D. 46, 3, 107).

c) Neppure il termine *factum (debitoris)* è univocamente riferibile all'atto positivo del *promissor* che genera il perimento della cosa, poiché, accanto ai testi in cui l'accezione appare così limitata (Pap. D. 46, 3, 95, 1; Paul. D. 45, 1, 91, 4; Paul. 5, 7, 4) ve ne sono altri in cui certo è ricompresa la mora (esplicito, in part., Paul. D. 46, 1, 58, 1: *Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio, veluti si moram fecit in Stichosolvendo et is decessit*).

Se la varietà terminologica, che, come si è or ora visto, si riscontra a proposito delle circostanze atte a impedire il prodursi degli effetti del perimento favorevoli al debitore, è – in buona sostanza – una varietà puramente verbale, più significativa è invece quella che allude agli effetti delle suddette circostanze.

α) La più nota è la terminologia che allude alla cosiddetta *perpetuatio obligationis*⁵: essa descrive l'effetto come, appunto, una perpetuazione del rapporto obbligatorio, sottraendolo in tal modo agli effetti estintivi della eventualmente sopravvenuta inesistenza della cosa che ne è oggetto. Si tratta dunque di un modo di impostare la fattispecie, il quale corrisponde ad un altro grado di astrazione.

β) In alcuni testi, che analogamente impostano la soluzione in termini di responsabilità, ed anzi paiono alludere allo stesso meccanismo di cui sub α), la soluzione è raggiunta mediante la finzione del perdurare dell'esistenza della cosa⁶:

⁴ Cfr., per la *mora credendi*, Serv. in Pomp. D. 4, 8, 40; Iul. D. 30, 84, 3; Afr. D. 17, 1, 37; Ulp. D. 46, 3, 9, 1.

⁵ 'Cosiddetta', in quanto (come ha sottolineato in part. il KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *Studi Biondi*, 1, 123 [in corso di pubblicazione; estr. Milano 1963]; cfr. MAYER-MALY, 7 n. 7) le fonti romane non conoscono il *deverbativum 'perpetuatio obligationis'*, ma parlano di *perpetuare obligationem* (Paul. D. 45, 1, 91, 3; Paul. D. 46, 1, 58, 1), *perpetuam facere stipulationem* (Paul. D. 22, 1, 24, 2), *perpetuam efficere obligationem* (Paul. D. 45, 1, 91, 4).

⁶ La breve argomentazione del KASER, *RPR*, 1, 428 n. 1, è sufficiente a mettere in evidenza l'infon-

Paul. 5, 7, 4: Cum factio promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret ...

D. 45, 1, 82, 1 (Ulp. 78 *ed.*): Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, proinde ac si homo viveret.

Anche qui siamo di fronte ad un'astrazione, che tuttavia, a contrario della precedente (che prendeva in considerazione direttamente il rapporto giuridico), opera sul fatto, permettendo l'automatica applicazione dei principi generali nel senso del permanere dell'obbligazione.

γ) Vi sono infine testi, in cui il problema è risolto senza l'ausilio di alcuna finzione, ma con un'impostazione, invece che in termini di responsabilità, in termini di rischio:

D. 12, 1, 5 (Pomp. 22 *Sab.*): Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat ...

D. 30, 26, 1 (Pomp. 5 *Sab.*): Si certum corpus heres dare damnatus sit nec fecerit, quo minus ibi ubi id esset traderet, si id postea sine [dolo et] culpa heredis perierit, deterior fit legatarii condicio⁷.

D. 30, 108, 11 (Afr. 5 *Quaest.*): Si servus legatus sit et moram heres fecerit, periculo eius et vivit et deterior fit, ut, si debilem forte tradat, nihilo minus teneatur.

D. 46, 3, 72, 1 (Marcell. 20 *Dig.*): ... nam verum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari⁸.

Questa varietà terminologica induce naturalmente a pensare a una evoluzione storica: la dottrina se ne è occupata soprattutto in relazione a Paul. D. 45, 1, 91, 3, nell'intento di stabilire il tenore originario della *regula dei veteres*, ivi enunciata con le parole '*quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*'⁹. Senza af-

datezza dell'opinione del VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der 'condictio' nach röm. und gelt. Recht*, Berlin s. d. (1952), 81, il quale vorrebbe che questa finzione si concretasse in una *fictio* formulare.

⁷ Nel caso previsto da questo testo il rischio è posto a carico del creditore, non del debitore; ma quanto qui importa non sono né le particolarità del caso né la sua soluzione, bensì il modo in cui esso è impostato.

⁸ Analogamente Paul. D. 23, 3, 56 pr., ma in una fattispecie più complessa.

⁹ La dottrina, che può dirsi dominante, ritiene che le parole riportate siano da considerarsi una formulazione propria di Paolo, mentre la regola più antica – di identica sostanza – sarebbe stata concepita con parole come '*quotiens per debitorem steterit, quo minus daret, perpetuari obligationem*': cfr. in part. GRADENWITZ, '*Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*', in *ZSS*, 34 (1913), 255 ss. (in part. 259 ss.); GENZMER, *Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im kl. röm. Recht*, in *ZSS*, 44 (1924), 99 ss.; KASER, '*Mora*', in *RE*, 16, 1 (1933), 260; SARGENTI, *SDHI*, 20 (1954), 166; 172. Più di recente si è fatta tuttavia strada la convinzione che la formulazione che si legge nel Digesto non sia neppure da attribuirsi a Paolo, ma rappresenti il frutto di un'alterazione giustiniana (SIBER, *RPR*, Berlin 1928, 250 n. 2) o postclassica (MAYER-MALY, 17 s.): cfr. KASER, *RPR*, 1, 428 n. 1. Il NIEDERMEYER, *Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der 'mora' seit Sabinus*, in *Festschr.*

frontare qui questo complesso problema – del resto estraneo agli scopi della presente ricerca –, mi limiterò a notare che, in seguito al sintetico esame dei testi ora svolto, risultano naturali alcune considerazioni.

In base ai risultati della ricerca del Gradenwitz¹⁰, praticamente condivisi sotto questo aspetto da tutta la dottrina, appare oltremodo probabile che fra le espressioni impiegate per indicare il comportamento del debitore, la più antica sia *'per debitorem stat quominus'*; d'altra parte, il più antico fra i modi di impostare gli effetti sembra quello che fa perno sul *periculum*, adottato, secondo sicura testimonianza, da Africano, Pomponio e Marcello, e, inoltre, tale da non comportare alcuna raffinata astrazione¹¹. Se ne trae che la *regula* originaria doveva avere, approssimativamente, una forma analoga a quella che si legge in Pomp. D. 12, 1, 5, sopra riportato, e cioè del tipo: *'si per debitorem steterit quominus rem daret, eius fore periculum'*¹².

Poiché, come si era già notato sopra, l'espressione *'per debitorem stat quominus'* sembra attagliarsi meglio alla mora, parrebbe questa la fattispecie originariamente presa in considerazione¹³; del resto, l'impostazione in termini di rischio è bene in

Schulz, 1, Weimar 1951, 399 ss., considera erronea, e pertanto spuria, la *regula* (o. c., 448), in quanto essa non è in armonia con certe fattispecie particolari; ma, come ha notato il MAYER-MALY, 17 s., ciò non è necessario, poiché «weder das Referat des Plautius bzw. des Paulus noch auch die Formulierung der *constitutio* durch die *veteres* selbst Anspruch auf Richtigkeit aller dogmatischen Konsequenzen erhoben, sondern nur den Regelfall vor Augen hatten».

¹⁰ Cit. alla n. prec.

¹¹ Per un altro caso, in cui un'impostazione arcaica in termini di rischio avrebbe preceduto quella classica in termini di responsabilità, vedi CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milano 1966, 120.

¹² In questa formulazione ed impostazione è ravvisabile quell'intento di punire il debitore moroso, che nella regola suddetta ha ravvisato, sulla scia dello HEYMANN, *Das Verschulden beim Erfüllungsverzug* (estr. da *Festgabe Enneccerus*), Marburg 1913, 29, lo SCHULZ, *Einführung*, Tübingen 1916, 107 (cfr. BESELER, *ZSS*, 45 [1925], 217, contra RABEL, *Grundzüge* [1915], Darmstadt 1955, 482 n. 5); la critica che a questa tesi mosse il NIEDERMEYER, o. c., in *Festschr. Schulz*, 1, 399 ss. (le cui tesi ora riprende il RICCOBONO jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, in *AP*, 29 [1964], 105 ss., con introduzione a pagine I-XVI, poste tra p. 104 e 105) non impedisce la sua validità per un'epoca alquanto antica.

¹³ La dottrina ritiene invece che il caso più anticamente considerato sia stato quello della distruzione della cosa ad opera del debitore: HEYMANN, *Das Verschulden* cit., 32; GENZMER, *ZSS*, 44 (1924), 100; v. anche PERNICE, *Labeo*, 2, 2, 1², 22 s.; 132 ss.; MAYER-MALY, 18. A questo proposito si deve, credo, distinguere tra il problema sostanziale delle conseguenze giuridiche del comportamento delle parti, e quello della storia della *regula* in quanto tale, al quale solo si riferisce quanto detto nel testo. Non ho difficoltà alcuna ad ammettere che il debitore, il quale abbia distrutto la cosa dovuta, sia stato considerato responsabile a partire da un'epoca più antica di quella in cui si ritenne di addossare al *promissor* il rischio del suo ritardo nell'adempiere: il primo è, infatti, un principio intuitivo, ma proprio per questo può avere trovato immediata applicazione senza la formulazione di un'apposita *regula*, necessaria invece per motivare la seconda soluzione. Se tutto questo è vero, si deve infine supporre che in un (terzo) momento successivo, constatata l'analogia fra le due situazioni, i giuristi abbiano inquadrato anche i casi di *culpa debitoris* nello schema creato per quelli di mora. Il diverso orientamento, sopra riferito, della dottrina trova il suo fondamento nella frase che, in Paul. D. 45, 1, 91, 3, segue immediatamente l'enunciazione della *regula*: *'et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non*

armonia con il problema della mora, più che con quello della *culpa debitoris* in senso stretto.

Quanto, infine, all'impostazione degli effetti come *perpetuatio obligationis*, essa deriva evidentemente da un adattamento di essi alle peculiarità della formula '*stricti iuris*' dell'azione relativa¹⁴. Lo scopo era infatti di mettere il giudice in condizione di pronunciare che '*paret Nm Nm servum Stichum dare oportere*', malgrado il servo Stico *quo de agitur* non esistesse più. Ora, il *periculum* del debitore si concretava appunto nell'irrelevanza della morte dello schiavo (D. 30, 108, 11: *periculo eius vivit*), e quindi, morto lo schiavo, il giudice doveva decidere '*proinde ac si homo viveret*' (D. 45, 1, 82, 1; Paul. 5, 7, 4): ma tutto ciò, se analizzato a fondo nel suo meccanismo tecnico, significava fissare l'obbligazione nello stato in cui si trovava un attimo prima del fatto, del quale il debitore era chiamato a rispondere, rendendola insensibile agli eventi sopravvenuti (*perpetuare obligationem*).

2. – Le presenti note vogliono limitarsi alla disamina di un solo problema, e cioè quello di stabilire i contorni della *culpa (factum) debitoris* in senso proprio, prescindendo, in questa sede, dal problema della mora.

L'esame del testo centrale per questa materia, Paul. D. 45, 1, 91, suggerisce una trattazione che distingua i casi di perimento materiale (D. 45, 1, 91 pr.) da quelli di perimento giuridico (D. 45, 1, 91, 1: *si sit quidem res in rebus humanis, sed dare non possit*)¹⁵.

Incominciamo, dunque, dai primi.

La dottrina, sulla base in particolare di D. 45, 1, 91 pr., chiarissimo in questo senso malgrado la lunga interpolazione centrale – probabilmente di origine pregiustiniana¹⁶ – ha agevolmente stabilito che per *culpa debitoris* si deve inten-

fuert, extinguatur superior mora'; ma il fatto che i giuristi del secondo secolo trovarono più semplice l'applicazione della massima all'una piuttosto che all'altra fattispecie non fornisce un argomento idoneo per trarne illazioni sull'evoluzione storica in un periodo precedente di almeno due secoli: infatti, l'*baesitatur* di Paolo dipende unicamente dalla controversia in ordine agli effetti dell'offerta del debitore successiva alla mora (*purgatio morae*), e quindi da un problema certo sorto in epoca relativamente recente, come lascia pensare lo stesso § 3, che mostra come la soluzione datane da Celso (la quale rimase dominante: Paul. D. 45, 1, 73, 2; Ulp. D. 46, 2, 8 pr.; Ulp. Marcell. 46, 2, 14 pr.) fosse stata da lui enunciata in forma fortemente polemica.

¹⁴ Cfr. PASTORI, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano-Varese, 1951, in part. 176.

¹⁵ MAYER-MALY, 7. Mi pare che l'identificazione della categoria del § 1 con quella dei casi di perimento giuridico (v. già RABEL, *Unmöglichkeit* cit., 25 dell'estr.) possa conservarsi anche ove si ammetta la genuinità dell'ipotesi, ivi fatta, del *servus captus ab hostibus*: v. *infra*, p. 208 ss.

¹⁶ Superando ipotesi di interpolazione più vaste, o solo più generiche (FABER, *Concturarum iuris civilis libri*, 12, 17, Lugduni 1596, p. 138 [nella quale edizione non trovo la distinzione in paragrafi, che risulta invece dalla citazione del PERNICE, *Labeo*, 2, 2, 1², 89 n. 5 dalla p. prec., ove il luogo è indicato 12, 17 § 11]; GUARNERI-CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, in *AP*, 11 [1923], 270 n. 2; KUNKEL, *ZSS*, 45 [1925], 328 s. e ivi n. 1; BESELER, *ZSS*, 51 [1931], 198), la dottrina si è concentrata

dere un fatto commissivo¹⁷ del *promissor* stesso, che genera il perimento della cosa¹⁸.

D. 45, 1, 91 pr. (Paul. 17 *Pl.*): Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est. sin autem neglegat infirmum, an teneri debeat promissor considerantibus, utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpa huius nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? quod magis probandum est, quia qui dare promisit, ad dandum, non faciendum tenetur.

Una ricostruzione del tenore originario di questo passo non è certo possibile¹⁹. È facile però indicare quale sia la parte del testo sulla quale si può fare sicuro assegnamento, per ricostruire il pensiero espresso dal giurista che lo scrisse:

Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est; sin autem neglegat infirmum [indicazione di una soluzione positiva e di una negativa]: quod magis probandum est, quia qui dari promisit ad dandum, non faciendum tenetur.

sull'osservazione, indubbiamente ben fondata tanto per ragioni formali che per ragioni sostanziali, che l'analogia con la *vindicatio hominis* è estranea al dettato originario (GENZMER, *ZSS*, 44 [1924], 94 ss.; SIBER, *RPR*, 251; ARANGIO-RUIZ, 15; SARGENTI, *SDHI*, 20 [1954], 164 s.; MAYER-MALY, 9), mentre è sicuramente genuina la soluzione finale, motivata argomentando dallo specifico contenuto dell'obbligazione di *dare*.

¹⁷ E volontario: il perimento della cosa dovuto a fatto involontario del debitore deve essere considerato perimento accidentale; le fonti, infatti, quando parlano di questi problemi, ed in particolare con il loro caso paradigmatico dell'uccisione dello schiavo, alludono chiaramente ad un fatto volontario (anche trattando dell'uccisione operata da un terzo: cfr. Paul. D. 4, 3, 18, 5). È solo questione di parole che si parli a questo proposito di fatto doloso (SIBER, *Studi Riccobono*, 3, Palermo 1936, 245; MAYER-MALY, 8 n. 12; cfr. Pomp. D. 12, 1, 5) o invece di fatto volontario (ARANGIO-RUIZ, 21 ss., che tende unicamente a sottolineare come i romani non esigessero che il fatto del debitore fosse intenzionalmente diretto a rendere impossibile la prestazione). Si deve, comunque, tenere presente che il concetto di *culpa promissoris* non ha, per i giuristi classici, nulla a che fare con la diligenza, per cui è da ritenersi interamente spurio, ad esempio, un passo come D. 30, 47, 5 (cfr. ARANGIO-RUIZ, 21 ss.; del resto, l'affermazione, secondo cui *diligentia quoque exigenda est*, è – parzialmente – in contrasto con la nozione di *factum debitoris* come colpa commissiva, anche se intesa con i limiti che intendiamo porre): sul problema v. *infra*, § 7.

¹⁸ V. in part. PERNICE, *Labeo*, 2, 2, 1², 112 ss.; ARANGIO-RUIZ, 15 s.; BETTI, *Imputabilità dell'indebitamento dell'obbligazione in diritto romano*, Corso 1957-58, Roma 1958, 28 ss. Sulla possibilità che l'affermazione di Paolo contenuta in D. 45, 1, 91 pr. fosse diretta contro una diversa tesi (comunque non reperibile nelle fonti), MAYER-MALY, 9 s.

¹⁹ Non soddisfa neppure quella – assai ingegnosa – del MAYER-MALY, 10, che tiene altresì conto della probabile struttura normale delle *quaestiones* contenute nei libri di Paolo *ad Plautium*. L'A., in particolare, conserva l'allusione alla distinzione fra *culpa in faciendo* e *in non faciendo*, sostanzialmente in armonia con la soluzione, ma che, come si vedrà in seguito, esiterei ad attribuire a Paolo (cfr. ARANGIO-RUIZ, 15).

La conclusione, sopra enunciata, sulla quale la dottrina è concorde, e che del resto si deduce con apparente certezza dal testo ora letto, potere cioè il solo fatto commissivo del debitore costituire la colpa atta a porre a suo carico il perimento, non è tuttavia interamente soddisfacente. Non intendo con ciò dire che essa vada negata, ma solo che, ripeto, è insoddisfacente, in quanto la sua semplice enunciazione non chiarisce affatto quale fosse la soluzione, che i romani adottavano per certi casi particolari.

3. – Se intesa in senso stretto o, potremmo dire, letterale, la regola che il *promissor* risponde del perimento da lui cagionato solo per *culpa in faciendo* equivale a dire che su di lui non incombe alcun obbligo positivo in ordine alla conservazione della cosa²⁰. Egli non deve, in sostanza, *facere* nulla a favore del debitore; deve solo *dare*²¹: gli sarà dunque ascritto il *facere* che impedisce il *dare*²², ma non mai il *non facere*²³.

Questa conclusione, in realtà, non è esatta, o, per lo meno, va ulteriormente precisata. La stessa lettura del più volte citato fr. 91 pr. D. 45, 1 suggerisce un dubbio, poiché i casi in esso considerati coprono le zone estreme di una gamma, di cui non toccano la parte centrale. Infatti la morte dello schiavo dovuto (*si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit*) può avvenire non solo nel caso, di soluzione evidente (*expeditum est*), che il debitore l'ammazzi (*si occidat eum promissor*)²⁴, ovvero che lo schiavo stesso si ammali ed egli lo trascuri (*si autem neglegat infirmum*), ma anche nel caso che, ad esempio, il debitore non gli procuri il necessario sostentamento.

Applicando a quest'ultimo caso le deduzioni fatte all'inizio di questo paragrafo, ne dovrebbe risultare che il debitore non sia tenuto a nutrire lo schiavo (il che, comunque lo si voglia considerare, è un *facere*), e pertanto non risponda della sua morte per fame: soluzione evidentemente inammissibile. Ma, se ciò è vero, non significa affatto che sia errato il principio con cui si chiude il § *si servum (ad dandum non faciendum tenetur)*: errate sono soltanto le deduzioni che – in armonia con le affermazioni, un poco semplicistiche, della dottrina – ne avevamo accademicamente tratte.

Un chiarimento della fattispecie ipotizzata contribuirà ad illuminare il preciso significato della *culpa debitoris*.

²⁰ Cfr. BETTI, *Imputabilità* cit., 30.

²¹ Ovvero, a tenore di Pap. D. 50, 16, 218, egli non deve altro *facere* che *dare*.

²² Paul. D. 45, 1, 91, 3: ... *si effecerit promissor, quo minus solvere possit* ...

²³ «Egli sarà tenuto dunque se fa qualche cosa che contrasti col suo obbligo di dare, perché rende impossibile la *datio*: non sarà tenuto se non rimuove gli ostacoli *ad dandum* da lui non posti». Così FERRINI, *Opere*, 4, 208.

²⁴ Al quale caso va assimilato quello del debitore che abbia indotto lo schiavo a delinquere, affinché esso fosse ucciso da altri: Ulp. D. 30, 53, 8.

Le fonti in tema di danno aquiliano dimostrano in modo sicuro che i giuristi romani consideravano il far mancare cibo a schiavi e animali come una forma di uccisione (*fame necare*²⁵), la quale se, non operando *corpore corpori*, non rientrava tra le fattispecie della *lex Aquilia*, divenne poi perseguibile con l'*actio ex lege Aquilia utilis*²⁶. Ora, poiché nel caso dello schiavo dovuto, del quale ci stiamo occupando, l'interpretazione dei giuristi non era limitata dalla lettera di alcuna *lex*, la natura sostanziale del '*fame necare*' poteva avere senz'altro rilevanza immediata.

Anche se, dunque, per fame non si poteva propriamente *occidere*²⁷, il non nutrire dava luogo ad un *necare*, che tutto induce a ritenere compreso fra i casi di *culpa debitoris*.

Fame necare, pertanto, al contrario di *neglegere infirmum*, era un comportamento positivo, ed il suo verificarsi dava luogo a responsabilità: e ciò perché, mentre il *neglegere infirmum* era possibile solo in presenza di un fatto straordinario (la malattia), la cui eliminazione avrebbe richiesto una specifica attività, superiore alla normale, da parte del debitore, il *fame necare* era frutto di un cambiamento nel comportamento normale del *dominus* dello schiavo: cambiamento che si concretava, se si può dire così, in un fatto positivo, benché consistente in un'omissione.

Ecco perché, come sopra accennavo, non mi pare del tutto conforme al pensiero classico la distinzione che il testo fa tra *culpa in faciendo* e *in non faciendo*: la distinzione va piuttosto posta fra la presenza e l'assenza di una causa del perimento che risalga ad un comportamento individuabile del debitore, il quale si distacchi dal suo agire normale per costituire la causa specifica dell'evento. Il servo *fame necatus* muore perché il debitore gli ha negato il nutrimento; il servo *infirmus neglectus* muore invece di malattia.

4. – Nel paragrafo precedente abbiamo visto come la concezione della *culpa debitoris* come colpa commissiva in senso stretto non sia sempre calzante neppure nel caso di una *stipulatio in dando* nella sua forma più semplice (*spondes mihi servum Stichum dari? spondeo*), e supposta riferirsi ad un caso del tutto normale.

Ma, quando la *stipulatio* presenti certe particolarità, la rilevanza di comportamenti attivi del *promissor* è assai frequente. Già essa sussiste ove una *stipulatio*, del tipo '*servum Stichum dari*' sopra menzionato, abbia per oggetto la cosa di un terzo:

²⁵ Gai. 3, 219; Ulp. Ner. D. 9, 2, 9, 2; cfr. anche Ulp. D. 37, 9, 1, 3; Paul. D. 19, 1, 21, 3. In Ulp. D. 9, 2, 29, 7 il *fame necare* del creditore pignoratizio è da costui concretato impedendo al debitore di recare cibo agli animali pignorati: ma è il solo testo in cui il fatto è così ipotizzato.

²⁶ ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, 1: '*Actio utilis*' e '*actio in factum ex lege Aquilia*', in AP, 21 (1950), 111 ss.

²⁷ Né, del resto, era propriamente *occidere* l'avvelenare lo schiavo, fatto che costituiva *culpa debitoris*, come risulta chiaramente da Ulp. Lab. D. 4, 3, 7, 3, in cui la diversa soluzione è determinata unicamente dalla circostanza che lo schiavo, avvelenato in precedenza, era morto dopo essere stato «dato» al creditore: cfr. *infra*, p. 212 s. e n. 107.

in tale caso il *promissor* è tenuto, prima che a dare la cosa, a procurarsela, il che corrisponde ad un'obbligazione (preliminare) di *facere* alcunché, per rendere possibile il *dare*.

Alla luce del regime di queste obbligazioni di *dare* una cosa altrui vanno intesi due paragrafi di un passo di Ulpiano, ove il comportamento indicato come dovuto è senz'altro attivo.

D. 30, 53 (Ulp. 25 *Sab.*), 3: Si heres hominem legatum occidit ob facinus [hoc est merentem]²⁸, sine dubio dicendum erit eum ex testamento non teneri. 4: sed si noxae dedit, an teneatur, quia potest redimere? et puto teneri ... 6: item si aedes legatas ob damnum infectum possideri passus est, puto eum teneri: debuit enim repromittere.

Si è riportato anche il § 3, al solo scopo di inquadrare meglio il testo dei §§ 4 e 6. La sequenza si riferisce al *legatum per damnationem*²⁹ di uno schiavo determinato: si comincia con il solito caso della morte, per dire che l'uccisione operata dall'erede, che abbia sorpreso il servo in flagrante delitto, non costituisce *culpa debitoris*; soluzione enunciata già da Marcello in tema di *stipulatio*:

D. 45, 1, 96 (Marcell. 12 *Dig.*): Qui servum mihi ex stipulatu debebat, si in facinore eum deprehenderit, impune eum occidit, nec utilis actio erit in eum constituenda.

Si continua (§§ 4 e 6) con il caso del *noxae dare* e del *possideri pati*. Questi casi si spiegano agevolmente, come ha già notato il Ferrini³⁰, pensando che il *noxae dare* del servo e il *possideri pati* (con la conseguente usucapione) del fondo equivalgono ad una alienazione³¹, e pertanto non influiscono in alcun modo sulla possibilità della prestazione.

Un'analisi più accurata dei due casi può tuttavia servire a mettere meglio in luce come i giuristi romani avvertissero che la promessa di cosa altrui (o divenuta tale) implica un comportamento attivo – preliminare al *dare* e da esso distinto – del debitore.

²⁸ Glossema (HALOANDER).

²⁹ Come è noto, e già abbiamo ricordato (sopra p. 184 s. e n. 49), l'erede onerato da un legato di cosa altrui, ove gli riuscisse troppo gravoso procurarsi la cosa, poteva liberarsi prestando l'*aestimatio*. Pertanto, nel riferire i risultati dell'esegesi di questi testi all'obbligazione da *stipulatio*, si dovrà tenere conto del fatto che il *promissor* aveva, fra quelle che individueremo, un'alternativa in meno. Questa, che è la sola differenza di regime tra l'obbligazione da *stipulatio* e quella da legato ravvisabile in questi casi, rafforza il loro valore probante ai nostri fini. Il BETTI, *Imputabilità*, 32, adduce il § 6 del nostro testo come esempio di responsabilità per colpa omissiva, ma (giuste le sue premesse: cfr. qui sopra, p. 197 n. 20) vuole che esso sia unicamente riferibile al legato. Dal nostro esame risulta invece chiaro che il modo in cui i problemi del caso si pongono non dipende per nulla dalla natura della fonte, salvo che per la già notata assenza, nel debito da *stipulatio*, dell'alternativa dell'adempimento mediante l'*aestimatio*.

³⁰ FERRINI, *Opere*, 4, 208.

³¹ Cfr., a questo proposito, STURM, '*Alienationis verbum etiam usucapionem continet*', in *Mél. Meylan*, 1, Lausanne 1963, 299 ss.

Nel § 4 (caso della *noxae datio*) il comportamento attivo è indicato con le parole ‘*quia potest redimere*’, che non è necessario ritenere interpolate³², in quanto riecheggiano proprio il *redimere rem* di Gai. 2, 202³³, e paiono dunque riferirsi non tanto alla possibilità del *dominus* di evitare la *noxae deditio* assumendosi l’azione penale o pagando direttamente la pena, quanto a quella di ricomprare lo schiavo, divenuto altrui³⁴. È chiaro comunque che, nel caso considerato, a parte la facoltà di liberarsi pagando al legatario l’*aestimatio* (prestazione che è, per sua natura, sussidiaria e che il passo non considera affatto), l’erede ha la scelta fra tre comportamenti, tutti attivi: pagare la pena, assumere l’azione penale ovvero ricomprare lo schiavo.

Più illuminante è il caso della *cautio damni infecti* di cui al § 6³⁵. Se sul fondo legato esisteva un edificio pericolante³⁶, ed un proprietario vicino esigeva la *cautio damni infecti*, l’erede si trovava nell’alternativa o di *repromittere* immediatamente o di risolversi di ricomprare il fondo in seguito (a parte, naturalmente, la sempre aperta possibilità di pagare al legatario l’*aestimatio*); nulla di strano quindi che il giurista consideri l’erede debitore tenuto, nei confronti del legatario, al comportamento, fra i tre possibili, per lui normalmente meno oneroso: *debuit enim repromittere*.

Considerando queste ipotesi nel loro complesso, se ne può dedurre il principio che, secondo la giurisprudenza romana, il debitore non era unicamente tenuto ad astenersi dai fatti commissivi che impedissero il *dare*³⁷; doveva altresì operare attivamente per porre in essere certe circostanze giuridiche necessarie per rendere possibile il suo *dare*, qualora facessero difetto, ovvero per conservarle, qualora, essendo presenti, rischiassero di venir meno.

5. – Se nelle obbligazioni di *dare* derivanti da *stipulatio* secondo lo schema ‘*spondes mihi servum Stichum dari? spondeo*’ l’eventuale comportamento attivo, al quale il debitore può essere tenuto, è diretto a porre in essere o conservare una situazione giuridica (la sua proprietà della cosa) che gli conferisca il potere di disposizione necessario all’attuazione dell’atto di alienazione in cui si concreta il *dare*, ciò dipende dal fatto che l’attuazione del *dare*, in sé, consta di pure attività giuridiche. Ma, quando la *stipulatio* stessa sia circostanziata, assegnando alla prestazione certe

³² Come invece il SIBER, *RPR*, 251, che riduce il responso a ‘*Sed si noxae dedit puto teneri?*’.

³³ V. anche gli altri testi cit. sopra, p. 185 n. 49.

³⁴ Così è inteso il *redimere* di questo passo anche in *VIR*, 5, 48, 26-27 (sub voce ‘*redimo*’, I, C, 2).

³⁵ Su cui FERRINI, *Opere*, 4, 209; ARANGIO-RUIZ, 27; VOGLI, *SDHI*, 1 (1935), 54 s. Nella spiegazione del passo, che propongo nel testo, è implicita una parziale critica al pensiero di questi Autori.

³⁶ Il VOGLI, *SDHI*, 1 (1935), 54, nota esattamente che il *vitium aedium* si deve supporre verificato dopo la morte del *de cuius*.

³⁷ D. 45, 1, 91, 3 cit.; in applicazione di questo principio il debitore doveva altresì evitare di alienare la propria cosa (dovuta): l’alienazione, infatti, non solo lo pone nelle stesse condizioni del debitore di cosa altrui, ma pone a suo carico il perimento, almeno giuridico, operato dal suo avente causa: Paul. D. 45, 1, 91, 1; v. *infra*, p. 204 ss.

modalità di carattere materiale, il debitore dovrà operare anche per determinare il verificarsi di queste.

Il caso caratteristico è quello in cui '*certo loco dari oportet*'. Se si prescinde dai casi in cui era applicabile lo speciale editto pretorio³⁸ e si esamina in sé e per sé il contenuto dell'obbligazione del debitore (quale risulta oggetto di un'azione esperita nel *locus solutionis*), non si può non rilevare che costui è tenuto non solo a dare, ma anche a rendere possibile il *dare certo loco*, in altri termini, a raggiungere il luogo indicato nella *stipulatio* per l'adempimento, il che è certo un comportamento positivo.

L'Arangio-Ruiz³⁹ ha già rilevato come in una siffatta obbligazione di *dare* risulti implicito un *facere*, ma, trattando del tema nel contesto dedicato ad obbligazioni di *facere*, ha, oserei dire, smarrito il significato preciso della circostanza che, in queste specie, si tratta di una *stipulatio in dando*, e non *in faciendo*⁴⁰.

Questo punto può essere meglio chiarito leggendo il testo più caratteristico per questa materia, riportando il quale segnerò le alterazioni che fra quelle, con maggior larghezza, supposte dalla dottrina, mi sembrano probabili⁴¹.

D. 45, 1, 137, 2 (Ven. 1 *stip.*): Cum ita stipulatus sum 'Ephesi dari?' inest tempus⁴²: quod autem accipi debeat, quaeritur, et magis est, ut totam eam rem ad iudicem [. id est ad virum bonum]⁴³ remittamus [qui aestimet, quanto tempore diligens pater familias conficere possit, quod facturam se promiserit]⁴⁴, ut qui Ephesi daturum se sponde-

³⁸ Su cui ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari. I: 'De eo quod certo loco dari oportet'*, in *BIDR*, 25 (1912), 130 ss. L'editto si riferiva al caso in cui l'azione si svolgesse in un luogo diverso da quello in cui il pagamento era dovuto, e conteneva pertanto una clausola che permetteva al giudice di valutare l'interesse delle parti al pagamento altrove: cfr. LENEL, *EP*³, 240.

³⁹ ARANGIO-RUIZ, 181 e 184 ss.

⁴⁰ In part. ARANGIO-RUIZ, 187 s.

⁴¹ Non tento, però, di ricostruire il dettato originale, apportando qualche correzione che, dopo la soppressione delle parti spurie, sarebbe opportuna; in part. è forse da aggiungere qualche parola dopo *remittamus*; la frase '*qui aestimet – promiserit*' è infatti con ogni probabilità un'interpolazione giustiniana, e quindi può risultare da una vera e propria modifica, invece che da una semplice intrusione.

⁴² Cfr. Ulp. D. 45, 1, 41, 1: *Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri*: Paul. D. 45, 1, 73 pr.: ... *sic qui Carthagini dari stipulatur, cum Romae sit, tacite tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem potest*; cfr. Ulp. D. 13, 4, 2, 6. Il BESELER, in part. *ZSS*, 51 (1931), 196, attribuendo al fr. 137, 2 la seguente forma originaria: '*Cum ita ... inest tempus <.quo is qui daturum se promiserit, Ephesum pervenire potest,> [-] eoque transacto ... condicetur [-]*', lo riduce ad una ripetizione del contenuto dei due luoghi precedenti; il testo invece pone il diverso problema della determinazione del *tempus*, che la ricostruzione del Beseler, lungi dal risolvere, evita.

⁴³ Glossema: cfr. BESELER, *Das Edictum 'de eo quod certo loco'*, Leipzig 1907, 97. Il KUNKEL, *ZSS*, 45 (1925), 305 s. (cfr. già GUARNERI-CITATI, *AP*, 11 [1923], 254 n. 1), espunge tutta la parte da *ut totam* fino a *se promiserit*. Ma l'allusione al giudice, che sottolinea, con pieno fondamento, che la questione trattata è di fatto, va a mio avviso conservata; tanto più che è proprio sulla sua base che è possibile dimostrare l'interpolazione delle parole allusive al *diligens pater familias* (il che è quanto più stava a cuore al Kunkel stesso), come si vedrà alla nota seguente.

⁴⁴ La frase contiene il riferimento ad un tipo astratto (*diligens pater familias*) mentre il discorso che

rit, neque diplomate⁴⁵ diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuare cogatur neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis, cum id agat, ut mature perveniat, id est eodem tempore, quo plerique eiusdem condicionis homines solent pervenire⁴⁶. eoque transacto, quamvis Romae remanserit nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilo minus ei recte condicetur, [vel] quia per ipsum steterit, quo minus Ephesi daret [, vel quoniam per alium Ephesi possit dari vel quia ubique potest solvere]⁴⁷ [: nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest]⁴⁸, quod si diplomate usus aut felici navigatione maturius quam quisque pervenerit Ephesum, confestim obligatus est, quia in eo, quod tempore atque facto finitum est, nullus est coniecturae locus⁴⁹.

Il testo, come si è premesso, non prevede il caso di un'azione esperita per il pagamento a Roma, valendosi dell'editto 'de eo quod certo loco'⁵⁰, ma discute dell'esperibilità dell'azione per il pagamento ad Efeso: il che comporta il superamento di ogni questione relativa alla *plus petitio loco*⁵¹: come dice l'inizio del testo, la questione verte qui solo intorno al *tempus*.

In quest'ordine di idee, obbligo del debitore risulta essere quello di *dare* a Efe-

segue, in armonia con l'*ad iudicem remittere* che precede, fa leva unicamente sugli elementi del singolo caso concreto (*habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis*). Cfr. KUNKEL, ZSS, 45 (1925), 306; SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel dir. rom.*², 1, Napoli 1935, 99.

⁴⁵ Il MOMMSEN, ad h. l., espunge *diplomate*: anche a me la parola pare, a questo punto, fuori posto, malgrado la contraria opinione dello HIRSCHFELD, *Die kaiserliche Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian*², Berlin 1905, 199 n. 1.

⁴⁶ Da *ut qui Ephesi daturum* fino a *pervenire* il testo esprime quali sono gli elementi di fatto che il giudice deve valutare, e quale sia la valutazione da darne. Questa parte del testo non può quindi essere soppressa, senza togliere al passo la sua ragion d'essere. Per l'interpolazione v. in part. SOLAZZI, *L'estinzione*², 99 s. Le più limitate ipotesi di interpolazione proposte dal KUNKEL, ZSS, 45 (1925), 306 ([*cum id agat –solent pervenire*]) e dal LEVY, *Gruchots Beiträge*, 56 (1912), 822 (glossema [*id est eodem pervenire*]) suggerite ai due Autori dalla forma del passo, non si riferiscono alla sostanza della frase, che essi stessi accettano come classica.

⁴⁷ [*vel*] [*vel-solvere*] sono evidentemente aggiunte operate per mano di uno scoliaste che non intendeva esattamente il significato tecnico delle parole '*per ipsum steterit quo minus Ephesi daret*'; non sono pertanto esatte le ipotesi di interpolazione che vogliono ricomprendere anche tali parole: in part. SOLAZZI, *L'estinzione*², 99 e 101. V., invece, ARANGIO-RUIZ, 187.

⁴⁸ Questa frase, difficile da connettere con il resto del discorso (cfr. SOLAZZI, *L'estinzione*², 101), mi pare un glossema pensato in relazione più con quanto segue che con quanto precede nel testo.

⁴⁹ L'ARANGIO-RUIZ, in *BIDR*, 25 (1912), 152 ss., ove proponeva una ricostruzione del testo assai diversa da quella che si desume dalle osservazioni che ora si leggono nella *Responsabilità contrattuale*² (p. 184 ss.), espungeva anche questa frase finale: ma è uno dei punti su cui, nel suo nuovo esame del testo, egli ha creduto di non insistere. Vedremo fra breve come la chiusa del testo abbia un suo significato. Per l'interpolazione della chiusa era anche il SOLAZZI, v. *infra*, n. 52.

⁵⁰ Come invece intendeva, in un primo tempo, l'ARANGIO-RUIZ, 25 (1912), 153 s., che integrava la parte centrale del passo così: *nihilo minus ei recte condicatur, quia per ipsum steterit quo minus Ephesi daret, sed adiecto loco agendum est, ne plus petendo actor causa cadat: nam et quod in diem debetur ante peti non potest ...*

⁵¹ I. 4, 6, 33c: *Si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit.*

so entro un tempo ragionevole, e cioè di rendere, nel medesimo ragionevole intervallo, possibile il pagamento in quel luogo.

La chiusura del testo precisa che tutto questo problema si pone solo quando l'azione sia esperita ad Efeso in assenza del debitore (e quindi con un suo *procurator* o *defensor*), poiché la presenza del debitore non lascia luogo a *coniectura* alcuna. Né vale obbiettare, come il Solazzi⁵², che il creditore non deve «godere delle fortunate combinazioni le quali hanno permesso al debitore di accelerare il suo viaggio», o che «l'essere giunto in Efeso prima del tempo normalmente necessario non implica che il debitore sia perciò in grado di pagare subito», in quanto «potrebbe darsi che abbia anticipato il suo arrivo precisamente per avere modo di procurarsi in Efeso il denaro». È lo stesso Venuleio che, nel § 4 di questo testo, esclude che la difficoltà di procurarsi il denaro possa in alcun modo influire sulla sorte dell'*obligatio*⁵³, e certo non ha rilevanza il fatto che questa difficoltà sorga per un debito *certo loco*. Proprio in relazione a quest'ultima affermazione del testo, invece, si apprezza esattamente come il *facere* della fattispecie in esame non sia autonomo, bensì inserito nel contesto di un'obbligazione di *dare*: esso viene infatti in considerazione solo dopo constatata l'impossibilità del *dare*, per stabilire se '*per debitorem steterit quo minus daret*', cioè se l'impossibilità derivi o non derivi da sua colpa⁵⁴.

6. – Per la valutazione della *culpa debitoris*, in relazione ai casi di perimento giuridico della cosa, il discorso di Paolo è notevolmente diverso:

D. 46, 1, 91, 1 (Paul. 17 Pl.): Sed si sit quidem res in rebus humanis sed dari non possit, ut fundus religiosus puta vel sacer factus vel servus manumissus, vel etiam ab hostibus si capiatur, culpa in hunc modum diiudicatur, ut, si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit et quid eorum acciderit, nihilo minus teneatur, idemque fiat et si per alium, posteaquam ab hoc alienatus sit, id contigerit. sin autem alienus fuit et ab alio tale quid accidit, non tenetur, quia nihil fecit, nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid huiusmodi acciderit: quam distinctionem et Iulianus sequitur, item si homo, qui fuit promissoris, ex praecedenti causa ablati fuerit, quod statuliber fuit, perinde habendus sit, ac si alienum promisisset, quia sine facto ipsius desiit eius esse.

Le prime parole di questo paragrafo preannunziano la trattazione di un problema analogo a quello esaminato nel principio, ma con proprie particolarità, e si può

⁵² L'estinzione², 100, dove appunto egli sostiene l'interpolazione della chiusura.

⁵³ Cfr. GROSSO, 44.

⁵⁴ E ciò anche al fine di stabilire se il creditore, agendo prima del tempo ragionevolmente necessario al debitore per raggiungere Efeso, non commetta una *pluris petitio tempore*: questa conseguenza è infatti subordinata al risultato della precedente indagine, poiché dipende appunto dall'aver stabilito che '*per debitorem non stetit quod minus (hic bodie) daret*'.

senza dubbio affermare che l'andamento del discorso, che poi vi si legge, è perfettamente coerente con quanto questa constatazione induce ad attendersi: l'avversativa *sed*, una nuova enumerazione di casi (diversi da quelli del pr.), *culpa in hunc modum* (cioè nel modo che seguirà) *diiudicatur*⁵⁵, l'indicazione di tale *modus* in forma di valutazione degli esempi proposti all'inizio, le parole '*quam distinctionem et Iulianus sequitur*' che confermano essere quanto precedeva l'esposizione di quella *distinctio* promessa nel *diiudicatur*. Siamo dunque di fronte ad un testo con un'osatura senz'altro genuina, per la quale non è pensabile un sospetto di interpolazione dell'ampiezza di quello del Faber⁵⁶, che arrivò a supporre nei compilatori una sottile malizia⁵⁷.

Come vedremo fra breve, non mancano certo nel testo elementi sospetti, ma questi, giusto quanto si è detto, non possono interessare la sua struttura complessiva e la sua impostazione. In particolare, appartiene certo a Paolo il criterio di valutazione della responsabilità suggerito dal § 1.

'*Culpam diiudicare*' significa, per Paolo, stabilire la regola in base alla quale l'evento, che abbia generato il perimento della cosa, vada imputato al debitore: come ha esattamente sottolineato il Mayer-Maly⁵⁸, di fronte alla distinzione del pr. – che nei paragrafi precedenti abbiamo analizzato –, il § 1 contiene una «sachenrechtlich orientierte *distinctio*», il cui fulcro, salve le sfumature che noteremo più avanti, sta nell'asserzione che costituisce *culpa debitoris* il fatto avvenuto quando la cosa era in proprietà di costui.

Poiché il § 1 tratta, come sappiamo, di casi di perimento giuridico, tale *diiudicatio* è perfettamente coerente, in quanto la causa giuridica del perimento può essere posta normalmente in essere solo dal *dominus* attuale. Il testo stesso prevede due eccezioni⁵⁹, le quali, più che eccezioni, in realtà, sono adattamenti della suddetta regola a casi particolari.

La prima eccezione è espressa con queste parole: *idemque fiat et si per alium, po-*

⁵⁵ Troppo sottili le obiezioni mosse dalla critica a '*culpa in hunc modum diiudicatur*', data la perfetta logicità del suo contenuto (cfr. MAYER-MALY, 12 e 5, contro, in part. GENZMER, ZSS, 44 [1924], 97 e SARGENTI, SDHI, 20 [1954], 192): il pr. conteneva, infatti, una distinzione che permetteva la valutazione della colpa nei casi ivi contemplati; il § 1 si propone appunto di stabilire come vada posta l'analoga distinzione necessaria alla valutazione della nuova casistica.

⁵⁶ O. c. (sopra n. 16), l. ivi cit.

⁵⁷ «Subiicit ingeniose ni fallor magis quam vere *quam distinctionem et Iulianus sequitur*, ut Iuliani esse eam putemus non Triboniani». L'idea del Faber (che riguarda la parte che precede *item si homo*) era che «Paulum tota ea lege non nisi de homine promisso per promissorem occiso tractare voluisse, non item de fundo sacro vel religioso facto»; l'idea è stata ripresa dal GENZMER, ZSS, 44 (1924), in part. 98, secondo il quale Paolo avrebbe distinto solo fra il caso in cui lo schiavo proprio del *promissor* era stato da lui ucciso e quello dello schiavo altrui (o alienato dopo la promessa) ucciso dal terzo proprietario; per l'ARANGIO-RUIZ, 16 n. 2, il § 1 discorre di un argomento estraneo al contesto, e va interamente eliminato. Per altri riferimenti (ho scelto qui i più rappresentativi), v. *Ind. Itp.*, e qui, *infra*.

⁵⁸ MAYER-MALY, 13 s.

⁵⁹ Altra eccezione, d'altro genere, si legge in D. 44, 7, 45, pure tratto dai libri di Paolo *ad Plautium*.

steaquam ab hoc alienatus sit, id contigerit. Avevamo già avuto occasione di richiamare questo principio⁶⁰, che pone a carico del debitore il fatto del suo avente causa, in quanto, se non è stata l'alienazione a determinarlo, essa lo ha tuttavia reso possibile: si tratta evidentemente di una soluzione dettata dall'esigenza pratica di evitare che una connivenza fra il debitore e un estraneo permetta al primo di frustrare impunemente⁶¹ le aspettative del creditore.

La seconda eccezione è assai più interessante: *item si homo, qui fuit promissoris, ex praecedenti causa ablati ei fuerit, quod statuliber fuit, perinde habendus sit, ac si alienum promississet*⁶². Nella ricostruzione del testo originale proposta dal Mayer-Maly⁶³ questa frase costituisce la sostanza dell'aggiunta, propria di Paolo, al pensiero di Plauzio; la struttura attuale del testo, comunque, pone le parole di questa precisazione in modo da farle figurare come un'aggiunta dell'autore del passo alla regola tralatizia (*quam distinctionem et Iulianus sequitur*). E, in verità, esse contengono un vero e proprio superamento della regola prima esposta: la *distinctio*, forse enunciata da Plauzio e comunque seguita da Giuliano, era nel senso che costituiva *culpa debitoris* il perimento giuridico a v v e n u t o (*et quid eorum acciderit*)⁶⁴ mentre il debitore (o il suo avente causa) era proprietario; Paolo accetta questa *distinctio* come regola pratica, ma, correggendola nel senso della frase che stiamo esaminando, mostra di intenderne il meccanismo in un senso più preciso: al debitore è imputabile il perimento giuridico che h a a v u t o c a u s a mentre egli era proprietario (o dopo che egli aveva alienato a un terzo la cosa già dovuta). La regola relativa alla *culpa debitoris* in caso di perimento giuridico ci appare dunque portata a perfezione maggiore di quella relativa ai casi di perimento fisico, per i quali una considerazione autonoma della causa del perimento era possibile solo con ricorso a rimedi pretori⁶⁵.

⁶⁰ Sopra, n. 37.

⁶¹ Con o senza proprio vantaggio; non risulterà normalmente, ad esempio, un vantaggio del debitore nel caso che questi alieni lo schiavo al terzo con la tacita intesa che questi lo manometta (salva l'eventualità di un corrispettivo per il credito di *operae* che il terzo, diventando patrono, acquisterebbe); ma potrà ben risultare un cospicuo vantaggio del debitore che venda un terreno al terzo che intende seppellirvi un cadavere, del quale gli spetta il *funus*. Per queste considerazioni e per quelle espresse nel testo non mi pare in alcun modo fondato l'assunto del MAYER-MALY, 13 s., che vuole espungere, come aggiunta superflua dovuta ad un rielaboratore completomane, la frase *idemque fiat – contigerit*. Naturalmente, oltre che dal MAYER-MALY, che espunge specificamente questa frase, la sua genuinità è negata da coloro che ritengono più o meno spurio tutto il passo; oltre agli A. di cui sopra, n. 57, v. EISELE, *Die Haftung des Mandanten für Schaden des Mandatars*, in *AfCP*, 84 (1895), 334 ss.; RICOBONO, *Del diritto romano classico al diritto moderno*, in *AP*, 3-4 (1917), 615 = *Scritti*, 2, Palermo 1964, 391; PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Festschr. Lenel*, Leipzig 1921, 232 s. = *Gesammelte Abhandlungen*, 1, Heidelberg 1961, 411; GUARNERI-CITATI, *AP*, 11 (1923), 270 n. 2.

⁶² [*Quia sine facto - fin.*] si deve ammettere, col MAYER-MALY, 15, che sia un glossema.

⁶³ MAYER-MALY, 15.

⁶⁴ Parole che dunque non sono superflue, come vorrebbe il MAYER-MALY, 13.

⁶⁵ Ulp. D. 4, 3, 7, 3; torneremo sul problema nel paragrafo conclusivo. Una posizione analoga a quella di Paolo nel fr. 91, 1, compare in Pomp. D. 46, 3, 92, 1: la fattispecie è tuttavia sensibilmente

La regola relativa al perimento giuridico, dunque, si differenzia da quella che si trovava nel pr. del fr. 91, D. 45, 1 per il fatto che questo particolare evento non può mai avere luogo per un fatto accidentale; il problema da risolvere dunque è unicamente quello di stabilire se autore possa esserne considerato il debitore o un terzo; e poiché autore non può esserne che il *dominus*, tutto si riduce a ricercare se tale perimento ha avuto luogo (o, per Paolo, ha avuto causa) quando il debitore era proprietario⁶⁶.

Alla luce di questa ricostruzione della regola, dobbiamo valutare la casistica con cui il § 1 si apre, per stabilire quali ipotesi debbano effettivamente considerarsi autentiche. Il problema sorge, in particolare, perché proprio tale casistica è stata variamente attaccata dalla dottrina interpolazionistica con una critica demolitrice.

Dirò subito che non credo sia esatto asserire⁶⁷ che l'inizio '*si sit quidem res in rebus humanis sed dari non possit*' non è in armonia con la sua alternativa '*si servum*' etc. del pr.: la differenza tra le due frasi, ciascuna introduttiva di uno dei capi della distinzione fondamentale posta da Paolo, può dipendere dal fatto che Paolo intendeva valersi di un solo esempio per la prima (esempio di per sé paradigmatico⁶⁸, e quindi intrinsecamente idoneo a enunciare la fattispecie nei suoi termini più astratti), mentre per la seconda, non disponendo di un esempio analogamente paradigmatico, si trovava a dover supplire con una casistica⁶⁹, sottolineandone però il carattere unitario con le parole che esprimono il denominatore comune alle varie fattispecie⁷⁰.

Passiamo, dunque, ai singoli esempi dell'enumerazione iniziale.

Non mi pare il caso di spendere parole per difendere la genuinità dell'esempio dello schiavo manomesso⁷¹, che armonizza in modo perfetto con il tenore della re-

diversa: Tizio ha promesso a Caio lo schiavo Stico che apparteneva a Sempronio, e successivamente ne è divenuto proprietario quale erede di Sempronio, che però nel testamento ha fatto di Stico uno statulibero; Tizio si libera dando lo statulibero a Caio.

⁶⁶ Ovvero, giusta la prima eccezione, per opera di un proprietario che tale era per alienazione compiuta dal *promissor* (dopo la *stipulatio*).

⁶⁷ Considerazione che sta alla base delle ipotesi di cui alla n. 57.

⁶⁸ MAYER-MALY, 6 s. e n. 8.

⁶⁹ L'impossibilità giuridica della prestazione è, appunto, nelle fonti sempre indicata con analogia serie di esempi: v. Paul. D. 45, 1, 83, 5: *sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam (ut forum aut basilicam) aut hominem liberum*; Gai. 3, 97, alla n. seguente.

⁷⁰ Gai 3, 97: *Si id quod dare stipulamur tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum quem servum esse credebat, aut mortuum quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum quem putabat humani iuris esse*: quivi compare anche lo schiavo morto, che in D. 45, 1, 91, 1 è escluso con le parole '*si sit quidem res in rebus humanis*'. Per una giustificazione, sotto diverso profilo, della coesistenza, nel § 1, di una «Generalklausel» accanto ad una «demonstrative Enumeration», v. MAYER-MALY, 11.

⁷¹ Irrilevante l'obbiezione del GENZMER, ZSS, 44 (1924), 97; non chiaro il pensiero del SARGENTI, SDHI, 20 (1954), 178 ss.; accetta la genuinità il MAYER-MALY, 12 e 15, che si limita ad annotare (p. 12 n. 24) un giusto appunto sull'opinione del Genzmer. V. anche Ulp. D. 45, 1, 51, ove [*sufficit - careat*] è un glossema; cfr. BESELER, *Beiträge*, 1, 52; ARANGIO-RUIZ, 279 n. 1.

gola sopra descritta, essendo la *manumissio* un tipico atto volontario del *dominus* attuale: la stessa eccezione di cui alla fine del passo, con l'allusione allo statulibero, si inserisce precisamente in questo esempio.

Lo stesso è a dirsi per il fondo divenuto *religiosus*⁷², dato che

Gai. 2, 6: Religiosum ... nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertineat.

A questo proposito va rilevato che, contro la genuinità di questo esempio, a nulla possono valere le deduzioni che, in particolare sulla base di Ulp. D. 30, 53, 7, possono trarsi in ordine al fondo legato⁷³. In relazione ad esso, il problema che sorge è soprattutto un problema di interpretazione della volontà del testatore, ove questi avesse destinato il proprio fondo ad essere oggetto di legato e, nello stesso tempo, luogo della propria sepoltura; ed anche nel diverso caso, che l'erede abbia seppellito il *de cuius* nel fondo oggetto di legato '*cum alio inferre non posset vel tam opportune non haberet*', siamo sempre di fronte ad un caso che non può riguardare se non il problema del fondo legato, poiché il fondo in questione è ereditario, e quindi la stessa morte che rende efficace il legato è quella che procura il cadavere che renderà religioso il fondo. Nel caso della *stipulatio*, invece, l'atto dell'erede che renda religioso il terreno è del tutto indipendente da quello che ha generato la sua obbligazione.

La dottrina è pressoché concorde nel ritenere spurio anche il caso della *res* divenuta *sacra*⁷⁴. La ragione che si adduce a questo proposito è che la *consecratio* di un fondo, nell'epoca pagana, avveniva per mezzo di un *iussum publicum*⁷⁵, che non poteva pertanto essere visto come *factum debitoris*; l'esempio sarebbe dunque stato introdotto nel testo in epoca bizantina, quando «man lässt eine Kirche bauen und vom Bischof konsekrieren»⁷⁶. Ma queste argomentazioni sono più speciose che solide; la situazione dell'epoca cristiana è infatti pressoché identica a quella precedente: la *consecratio* cristiana è infatti pressoché identica a quella precedente: la *consecratio* cristiana è infatti un atto del vescovo, e non del privato, e se essa trova il suo presupposto necessario nella costruzione della chiesa da parte del pro-

⁷² Anche il MAYER-MALY, 12 e 15, considera genuino questo caso, senza dimostrazione. Va tuttavia notato che, al contrario di quanto ritiene l'autore, nella restituzione del testo (p. 15) va conservato il *factus*.

⁷³ GENZMER, ZSS, 44 (1924), 97; SARGENTI, SDHI, 20 (1954), 175 ss.

⁷⁴ V. per tutti GENZMER, ZSS, 44 (1924), 96 s.; SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, 2, in *Per il XIV Centenario*, Pavia 1934 (estr. 1933), 300; SARGENTI, SDHI, 20 (1954), 174 s.; MAYER-MALY, 11 ss. e 15. In una recente lettera personale (Köln, 24 aprile 1966) il MAYER-MALY mi esprimeva un dubbio su questa sua precedente opinione.

⁷⁵ Gai. 2, 5, che parla di legge o senatoconsulto; nell'epoca più avanzata a questi atti si sostituì un intervento imperiale.

⁷⁶ GENZMER, ZSS, 44 (1924), 98.

prietario, anche la *consecratio* pagana, quando avesse per oggetto un fondo in proprietà privata, esigeva come presupposto la *dedicatio* da parte del *dominus*⁷⁷. La sacertà del fondo privato risultava dunque da un procedimento, che, nel suo complesso, implicava un *factum debitoris* come *conditio sine qua non*.

Maggiori perplessità suscita l'ultimo esempio, del servo '*captus ab hostibus*'; la dottrina è propensa ad eliminarlo, con una concordia che certo non manca di destare una forte impressione⁷⁸. Ma, prima di esprimere un verdetto definitivo, si devono notare alcune particolarità, che vanno tenute nel debito conto.

Anzitutto, come già sappiamo dall'esegesi di D. 46, 3, 98, 8, la prigionia di guerra del *servus* dovuto non dava luogo ad estinzione dell'obbligazione, ma solo alla sua inesigibilità, finché esso non fosse '*postliminio reversus*': la presenza di questo esempio di quiescenza come membro di un'enumerazione tutta costituita, per il resto, da esempi di estinzione, non è tuttavia di per sé illogica⁷⁹, in quanto, come notavo all'inizio di questo capitolo⁸⁰, la *culpa debitoris* opera allo stesso modo nelle une come nelle altre ipotesi.

Neppure può meravigliare il fatto d'incontrare un caso di perimento fisico nel

⁷⁷ Cfr. WISSOWA, '*Consecratio*', in *RE*, 4, 1 (1900), 897; SCHULTEN, '*Dedicatio*', in *RE*, 4, 2 (1901), 2356.

Una difficoltà potrebbe invece essere rappresentata dalla disposizione delle XII tavole (12, 4), che parrebbe prevedere, in un caso limite, una *dedicatio in sacrum* operata da un terzo. La norma ci è nota attraverso Gai. (6 *ad l. XII tab.*) D. 44, 6, 3: *Rem, de qua controversia erat, prohibentur in sacrum dedicare. alioquin dupli poenam patimur, nec immerito, ne liceat eo modo duriolem adversarii conditionem facere*. A parte i dubbi della dottrina sugli specifici effetti di questa *dedicatio* (BROGGI-NI, '*Iudex arbiterve*', Köln-Graz 1957, 139; KASER, '*Vindicta falsa*' und '*fructus duplio*', in *Iura*, 13 [1962], 36 ss.; ID., '*Typisierter "dolus" im altrömischen Recht*', in *BIDR*, 65 [1962], 96), ai nostri fini è da osservare che il suo autore – per quanto risulta dal passo di Gaio – non era un terzo qualsiasi, ma poteva essere addirittura il vero *dominus*: si trattava, invero, di chi aveva il possesso della cosa (nel sistema decenvirale delle *legis actiones*, in seguito al *vindicias dicere* del pretore) e subiva una controversia circa la sua proprietà; se mai, dunque, era uno la cui proprietà non era certa. Questa possibilità, pertanto, non turba la validità della regola di D. 45, 1, 91, 1; al massimo ne lascia dedurre l'eccezione, che il debitore non rispondeva se il fondo fosse divenuto *sacer* mentre apparteneva a lui, ma per opera di un terzo che ne avesse il possesso: non si potrebbe certo attendere l'espressa previsione di un'eccezione così particolare in un testo generale come quello di Paolo, tanto più che con ogni probabilità la fattispecie a cui essa si riferisce era fuori dalla comune esperienza del suo tempo. Ma si potrebbe anche dire che l'eccezione stessa non era necessaria, né, forse, opportuna, se (come Gaio preferiva supporre: v. il seguito del passo cit.) la *poena dupli* doveva essere pagata non al fisco ma all'avversario; se il *promissor* del fondo divenuto *sacer* riceveva già tale *duplum*, non era giusto attribuirgli l'ulteriore vantaggio della liberazione dal suo debito, a danno del creditore, che non riceveva invece nulla.

⁷⁸ Oltre a GENZMER, *ZSS*, 44 (1924), 97; SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, 2 cit., 300; SARGENTI, 20 (1954), 182 ss.; MAYER-MALY, 12 e 15 (che però, nella lettera personale già menzionata, si dichiara favorevole ad ammettere la genuinità dell'esempio), v. anche FERRINI, *Opere*, 4, 208 n. 3; RABEL, *Mél. Gérardin*, 487 n. 3; BESELER, *ZSS*, 51 (1931), 82; DE MARTINO, '*Vel etiam*' nelle fonti giuridiche romane, estr. da *Atti Acc. Napoli*, 58 (1938), 44 s.

⁷⁹ Mentre mi pare questo il solo motivo che muove il SARGENTI, *l. c.* alla n. precedente, a fargli dubitare della genuinità di questo caso.

⁸⁰ P. 191.

luogo ove Paolo trattava del perimento giuridico: Paolo, per vero, non indicava questa serie di esempi come esempi di perimento giuridico, ma come quelli in cui 'sit res in rebus humanis, sed dare non possit', e la cattura dello schiavo condivide con i casi di perimento giuridico, come si è a suo luogo notato⁸¹, proprio il fatto di dare luogo a tale situazione.

La ragione più seria, che ha spinto gli esegeti ad espungere 'vel etiam ab hostibus si capiatur' è che la cattura, essendo l'effetto di un accidentale intervento di terzi – gli *hostes* – non è *factum debitoris*, e tanto meno può essere fra i casi da giudicare sulla base della «sachenrechtlich orientierte *distinctio*» del fr. 91, 1. Ma anche questa obiezione si supera ove la fattispecie sia ipotizzata nei termini in cui la concepisce il solo Autore che, a mia notizia, ne ha seriamente preso in considerazione la genuinità, il Pernice⁸². A suo modo di vedere⁸³, Paolo non pensava a nemici invasori che razziassero lo schiavo, bensì alla sua cattura avvenuta al fronte, ove lo schiavo era stato condotto dal *dominus* – combattente – al proprio seguito. Bisogna senz'altro ammettere che l'ipotesi del Pernice è più verosimile e assai più comprensibile di quella che suppone un'invasione o una razzia, e che inoltre essa si adatta perfettamente ad essere valutata mediante il criterio della proprietà attuale: nessun terzo, infatti, potrebbe portare seco in guerra uno schiavo altrui senza il consenso del *dominus*⁸⁴ tranne che facendolo abusivamente, nel qual caso la sua responsabilità verso il *dominus* lascerebbe senza difficoltà ammettere quella del *dominus* verso il suo creditore.

Tutto sommato, dunque, anche la genuinità dell'esempio dello schiavo *captus* può essere ammessa, ed è vano cercare difficoltà in alcuni passi, che possono considerarsi paralleli. Essi infatti si riferiscono al legato⁸⁵, per il quale una *diudicatio culpa* basata sulla proprietà attuale dello schiavo da parte dell'erede debitore non era certo adeguata: la sua applicazione al caso dello schiavo promesso si fondava infatti sulla considerazione che nessuno potrebbe recare seco in guerra uno schiavo, se non il suo *dominus* attuale ovvero una persona da questi espressamente autorizzata; ma lo schiavo legato poteva benissimo, al momento dell'acquisto dell'eredità da parte dell'erede, trovarsi già in guerra, perché condottovi da un terzo al quale il *de cuius* lo avesse dato in comodato, ovvero dal testatore stesso, poi mor-

⁸¹ P. 185 s.

⁸² *Labeo*, 2, 2, 1², 112 s.

⁸³ Che risulta in particolare da queste parole: «das Tun des Herrn besteht hier darin, dass er den Sklaven mit ins Feld nahm».

⁸⁴ V. Ulp. D. 13, 6, 5, 7 e Paul. 2, 4, 3, per il comodato.

⁸⁵ Ulp. D. 30, 53, 9, sulla genuinità del quale nutre dubbi il SARGENTI, *SDHI*, 20 (1954), 183; 185, in part. contro VOCI, *SDHI*, 1, (1935), 55; Ulp. D. 30, 47, 2 e 3, sui quali v. sopra, p. 186 n. 58 e p. 189. Dato che (qui innanzi, nel testo) ritengo che la cattura dello schiavo legato venisse valutata con criteri diversi da quelli impiegati per lo schiavo dovuto in base a *stipulatio*, il contenuto di D. 30, 47, 2 e 3, anche se se ne dovesse ammettere la genuinità (come fa il SARGENTI, *SDHI*, 20 [1954], 186), non contrasta con la menzione dello schiavo *captus* nel fr. 91, 1.

to. Si spiega dunque benissimo il tenore di Ulp. D. 30, 53, 9, che, facendo leva sul dolo dell'erede, intende appunto stabilire una regola adeguata al servo legato, diversa da quella valida per lo schiavo promesso.

7. – Quando il Kunkel⁸⁶ escludeva, per il diritto classico, la connessione della colpa con la diligenza, e concepiva la prima come nesso di derivazione dell'evento dannoso con un fatto colpevole determinato⁸⁷, aveva presente una figura di *culpa* simile a quella della *culpa debitoris* nelle obbligazioni derivanti da *stipulatio in dando*. Questa figura di *culpa*, come fatto positivo che genera l'evento dannoso, non è certo esclusiva del campo qui esaminato: la si ritrova, ad esempio⁸⁸, nelle obbligazioni di *reddere* – per tanti versi affini a quelle di *dare* –, o nel danneggiamento aquiliano. È tuttavia innegabile che nelle obbligazioni di *dare* la struttura della *culpa* è paradigmatica: la *diligentia*, per sua natura, implica – almeno eventualmente – il *facere*, mentre, nel contegno dovuto da chi è obbligato a *dare*, il *facere*, in linea di principio escluso⁸⁹, si insinua solo talora, in relazione con fattispecie particolari⁹⁰ o in forza di una *stipulatio* opportunamente circostanziata⁹¹. Di più: la stessa presenza di una possibilità, per il debitore, di pretendere un certo *facere* della controparte non implica in questa un dovere di diligenza, nel senso che esso avrà nell'epoca più avanzata⁹².

È stato più volte notato il carattere tipicamente arcaico di questa concezione della colpa⁹³, che si è tuttavia, nell'ambito delle obbligazioni da *stipulatio in dando*, mantenuta durante tutto il periodo classico⁹⁴. Questa constatazione è esatta, sebbene forse la presente ricerca possa contribuire a renderla meno stupefacente.

Abbiamo infatti anzitutto sottolineato che in realtà quella concezione della *culpa* come necessariamente connessa con un fatto positivo dell'obbligato non significa una sua assoluta identificazione con la colpa commissiva: siamo anzi in condizione di affermare (riconsiderando, con diverso spirito, le illazioni sopra formulate circa l'insinuarsi del *facere* nel comportamento dovuto dal *promissor in dando*) che i Romani erano pronti a pretendere un comportamento attivo, non appena le circostanze del caso o le modalità del negozio lo richiedessero. Se dunque i giuristi

⁸⁶ *'Diligentia'*, in ZSS, 45 (1925), 266 ss.; cfr. CANNATA, *Ricerche*, I, 1, 6 ss.

⁸⁷ In part. ZSS, 45 (1925), 337 ss.

⁸⁸ Ulp. D. 13, 6, 5, 7; Lab. Paul. D. 19, 1, 54 pr.; Paul. D. 9, 2, 31; sui due ultimi passi v. KUNKEL, ZSS, 45 (1925), 337 s., che vi nota l'accostamento del pensiero classico al postclassico.

⁸⁹ Paul. D. 45, 1, 91 pr.: *ad dandum, non faciendum tenetur*.

⁹⁰ Sopra, p. 197 s.; 198 ss.

⁹¹ Sopra, p. 200 ss.

⁹² Sopra, p. 197 ss.

⁹³ JHERING, *Das Schuldmoment im röm. Privatrecht*, Giessen 1867, 23; MITTEIS, RPR, 1, 322 s.; MAYER-MALY, 9.

⁹⁴ In part. MITTEIS, RPR, 1, 323.

classici furono cauti nell'ammettere obblighi di *facere* sorgenti da *stipulatio in dando*, ciò rispondeva ad una loro consapevole valutazione della situazione delle parti legate da un rapporto obbligatorio nato da tale fonte.

In altre parole, se essi non concepirono, a carico del *promissor*, un dovere di diligenza, è perché essi lo vollero – in linea di principio – espressamente escludere: la *stipulatio* era un contratto che consisteva in una promessa unilaterale, da cui la causa non emergeva, e pertanto era giusto chiedere al debitore il minimo che dalla lettera dello *stipulari* e dello *spondere* risultava⁹⁵. Spettava alle parti di formulare le battute del loro dialogo in modo da prevedere quanto esse volevano che il giudice considerasse⁹⁶. Per i casi estremi, di comportamento in mala fede, il sussidio dell'*actio de dolo*⁹⁷ sarebbe stato sempre sufficiente.

Sono queste le ragioni che stanno alla base della motivazione di Paolo, nel fr. 91 pr.: *ad dandum non faciendum tenetur*; al debitore va chiesto quanto egli ha promesso, non altro, poiché la struttura del negozio non permette di pretendere altro da lui. Questa stessa motivazione, tuttavia, se intesa non isolatamente, ma valutata, come qui cerco di fare, nella sua ragione d'essere, apre la porta alle eccezioni osservate: poiché la pretesa ad un comportamento sussidiario del debitore può risultare appunto da quanto egli ha promesso (*dare certo loco*), ovvero dal fatto che, avendo egli promesso in circostanze che contrastano con la sua possibilità di *dare* (*stipulatio* di cosa altrui), oppure essendo state tali circostanze da lui successivamente create (alienazione ad un terzo della cosa promessa), egli dovrà agire per creare o ricreare la situazione base, sulla quale il suo obbligo di *dare* è concepito inserirsi.

Il regime della responsabilità nelle obbligazioni da *stipulatio in dando* non è dunque una semplice eredità dell'antico, conservata per inerzia, ma il risultato della combinazione della struttura della prestazione dovuta con la struttura del negozio da cui è sorta⁹⁸: è appunto la considerazione reciprocamente funzionale di questi due elementi che permette di determinare, di volta in volta, l'esatto contenuto dell'obbligazione, del quale il regime della responsabilità non è che l'immagine speculare⁹⁹.

Né si può dire che rappresenta un arcaismo la mancata ammissione della rilevanza della inconsapevolezza dell'obbligazione da parte del *promissor* che distrug-

⁹⁵ Nello stesso spirito va intesa la massima '*interpretatio contra stipulatorem*', su cui da ultimo TROJE, '*Ambiguitas contra stipulatorem*', in *SDHI*, 27 (1961), 93 ss.; GANDOLFI, *Sulla interpretazione degli atti negoziali nel diritto romano*, Ed. provv. Milano 1965, 383 ss. (contro il Troje, v. in part. 391 ss.).

⁹⁶ È questo un punto sul quale intendo ritornare in un prossimo scritto, in cui esaminerò l'influenza che sul contenuto dell'obbligazione contrattuale aveva il tipo di fonte dell'obbligazione stessa.

⁹⁷ Qualora le parti stesse non avessero completato la *stipulatio* con la clausola *dolum abesse praestare*.

⁹⁸ Tanto è vero che, nelle obbligazioni di *dare* sorgenti da legato, i romani si mostrarono propensi ad una maggiore flessibilità: cfr. BETTI, *Imputabilità*, 31 ss.; anche 171, n. 13.

⁹⁹ Per una giustificazione, sul piano generale, di questa asserzione, v. MAZEAUD-TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*⁵, Paris 1957, 725 ss.

ga la cosa¹⁰⁰; a parte le ragioni che potevano sconsigliare anche altrove l'ammissione di questa causa giustificatrice¹⁰¹, essa è del tutto fuori luogo ove il debito risulti da *stipulatio*: esigendo questo negozio la partecipazione del *promissor*, una sua mancata consapevolezza non è ipotizzabile, se non come frutto di una dimenticanza, la quale non è certo sufficiente per eliminare la *iusta causa, propter quam intellegere deberes te dare oportere*¹⁰².

L'unico arcaismo che crederei riscontrabile nel regime delle obbligazioni di *dare*, e che non pare sia stato in seguito superato¹⁰³, è quello che risulta da Ulp. Lab. D. 4, 3, 7, 3¹⁰⁴. Nella fattispecie ivi ipotizzata la consegna dello schiavo avvelenato è adempimento¹⁰⁵, solo in quanto il perimento è identificato nel suo momento effettuale (morte), non in quello causale (avvelenamento). I giuristi romani non mancavano certo di mezzi per superare anche questo aspetto: sarebbe stato sufficiente applicare anche qui un principio analogo a quello che abbiamo visto adottato da Paolo nei casi di perimento giuridico¹⁰⁶, identificando il momento del perimento con quello del fatto che lo ha prodotto. Se essi non lo fecero, l'unica ipotesi è che si siano ritenuti paghi dell'ausilio offerto dall'*actio de dolo*, o che, anzi, abbiano preferito adottare tale più grave sanzione a carico di un debitore, che si era comportato con così sfacciata mala fede¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Paul. D. 45, 1, 91, 2.

¹⁰¹ Che è negata, per la stessa ragione che per la *stipulatio (quoniam scit)*, per la *donatio mortis causa* (Paul. D. 39, 6, 39): e, inoltre, per il legato (Marcian, D. 30, 112, 1); per il fedecomesso contenuto in un codicillo (Iul. in Paul. D. 45, 1, 91, 2), mentre è ammessa per la *solutio indebiti* (Paul. D. 12, 6, 65, 8). Sul problema v. PERNICE, *Labeo*, 2, 2, 1², 115 ss.; ARANGIO-RUIZ, 16 ss.; SARGENTI, *SDHI*, 20 (1954), 178 ss.; BETTI, *Imputabilità*, 42 ss.; MAYER-MALY, 15 s.

¹⁰² Pomp. D. 12, 1, 5.

¹⁰³ Come invece quello della mancanza di responsabilità diretta per il deterioramento della cosa: sopra p. 180 n. 32, anche KASER, *'Quanti ea res est'*, 96 ss.

¹⁰⁴ Su cui da ultimo ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *AP*, 28 (1961), 231 ss.

¹⁰⁵ ALBANESE, *AP*, 28 (1961), 233 s.

¹⁰⁶ *'Si homo ... ex praecedenti causa ablati ei fuerit'*: D. 45, 1, 91, 1: sopra p. 205 n. 65.

¹⁰⁷ Non credo che lo schiavo «dato» avvelenato possa essere considerato alla stregua di una cosa deteriorata (v. sopra p. 180 n. 32): esso è, da un lato, meno che deteriorato (in quanto, finché il veleno non opera, lo schiavo è perfettamente normale), e dall'altro, più che deteriorato (quando il veleno opera, lo schiavo muore). Il deterioramento è, infatti, una condizione della cosa che ne diminuisce il valore, e si presenta come una condizione permanente di essa, non come uno stato intermedio, in divenire, fra la sua interezza e il suo perimento. A riprova di ciò basta la riflessione che l'adempimento mediante cosa deteriorata lascia il debitore obbligato ad integrarne il valore: nel caso dello schiavo avvelenato tale integrazione equivarrebbe a tutta la sua *aestimatio*, il che assimila la fattispecie al perimento. Queste considerazioni sono in parte analoghe a quelle che hanno condotto l'ALBANESE, *AP*, 28 (1961), 232 s., ad espungere da D. 4, 3, 7, 3 le parole che alludono all'esempio del fondo dovuto e dal debitore spogliato di alberi o edifici, il quale configura certo un caso di deterioramento. Se il testo viene così corretto (come ritengo esatto) esso viene a porre il caso contemplato fuori dalla problematica del deterioramento: ed invero solo così si spiega come mai Ulpiano – che scriveva in un'epoca in cui l'adempimento mediante cosa deteriorata non era considerato più liberatorio – fosse ancora orientato nell'unico senso della concessione dell'*actio de dolo*, invece che dell'*actio ex stipulatu*.

LA 'DISTINCTIO' RE-VERBIS-LITTERIS-CONSENSU ET LES PROBLEMES DE LA PRATIQUE *

It is one of the strangest common-places of modern Jurisprudence that juridical divisions and distinction have no dogmatic importance at all. They are used only as auxiliary dialectic means. The result has been an extreme contempt for the idea of system in law

T. MAYER-MALY **

I.

1. – La division des contrats, qui se trouve au paragraphe 89 du troisième livre des Institutes de Gaius¹, jouit d'une littérature très vaste². Les thèses soutenues

* Pubblicato in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. v. Lübtow*, Berlin 1970 e in *St. Cagliari* 46 (1965).

Dans le III. Volume des «Atti» du congrès de Verone (1948), M. von Lübtow publia ses «Betrachtungen zum gajanischen Obligationenschema». Après 21 ans, j'ai présenté une communication, à peu près sur le même thème, au congrès d'Amsterdam de la S.I.D.A. Je suis heureux de pouvoir en offrir le texte à l'un des maîtres, dont les écrits m'ont poussé à chercher des perspectives nouvelles dans un domaine de l'histoire du droit privé, qui se révèle de nos jours si important.

** MAYER-MALY, *Divisio obligationum*, dans *The Irish Jurist*, 2 (n.s.), 1967, p. 375.

¹ Gai. 3, 88: ... *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. 89: Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum enim quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.*

² Je l'indique ici par ordre alphabétique, afin de rendre aisée la compréhension des références abrégées, employées dans les notes suivantes: ALBERTARIO, *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana* (1926), dans *Studi*, III, Milano, 1936, p. 97 ss.; *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Cod. civ.* (1923), dans *Studi*, III, p. 73 ss.; ARANGIO-RUIZ, *D. 44, 7, 25, 1 e la classificazione gaiana delle fonti di obbligazione*, dans *Mélanges Cornil*, I, Paris, 1926, p. 83 ss.; 'Societas re contracta' e 'communio incidens', dans *Studi Riccobono*, IV, Palermo, 1936, p. 377 ss. (cpr. *La società in dir. rom.*, Napoli, 1950, p. 40; *Istituzioni*¹⁴, Napoli, 1960, p. 292 ss.; p. 301 s.); BECHMANN, *Der Kauf nach gem. Recht*, I, Leipzig, 1876, p. 330 ss.; BESELER, *Einzelne Stellen*, dans *SZ*, 52, 1932, p. 293 ss. [sur D. 50, 16, 19]; BETTI, *Istituzioni di dir. rom.*, II, 1, Padova, 1962, p. 95 ss.; BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953, p. 231 ss.; BISCARDI, *Postille gaiane*, dans *Gaio nel suo tempo*, Napoli, 1966, p. 21 ss.; BORTOLUCCI, *Note sul contratto romano*, dans *ACJL*, I, Romae, 1935, p. 245 ss.; BRASIELLO, *In tema di categorie contrattuali*, dans *SDHI*, 10, 1944, p. 101 ss.; 'Obligatio re contracta', dans *Studi Bonfante*, II, Milano, 1930, p. 539

ainsi que les jugements dont la classification a été l'objet, sont divers: on peut toutefois reconnaître une sorte de *communis opinio* sur un point, au juste celui de nier

ss.; *Sull'elemento subiettivo nei contratti*, dans *Studi Urbinati*, 3, 1929, p. 103 ss.; *Sull'influenza del cristianesimo in materia di elemento subiettivo nei contratti*, dans *Scritti Ferrini Pavia*, Milano, 1946 [1945], p. 540 ss.; COLLINET, *Evolution of contract as illustrating the general evolution of roman law*, dans *LQR*, 48, 1932, p. 488 ss.; DE FRANCISCI, *Synallagma*, II, Pavia, 1916, p. 402 ss.; DE LA CHEVALERIE, *Observations sur la classification des obligations chez Gaius*, dans *AHDO-RIDA*, 1, 1952, p. 379 ss.; DE RUGGIERO, *La classificazione dei contratti e l'obbligazione letterale nel diritto classico e nel giustiniano*, dans *Studi Peruzzi*, Palermo, 1925, p. 371 ss.; DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation 'ex delicto'* (1928), dans *Etudes de dr. rom.*, Paris, 1931, p. 267 ss.; D'ORS, *Creditum und Contractus*, dans *SZ*, 74, 1957, p. 73 ss.; *Gayo, pre-postclassico*, dans *AHDE*, 25, 1955, p. 830 s.; 'Re et verbis', dans *ACI-Venona* (1948), III, Milano, 1951 p. 267 ss. (résumé dans *AHDE*, 19, 1948-49, p. 602 ss.); DULCKEIT, *Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klass. röm. Recht*, dans *Festschrift Schulz*, I, Weimar, 1951, p. 148 ss. (avec bibl. p. 152 s. n. 2); DUQUESNE, *À travers la conditio*, dans *NRH*, 32, 1908, p. 217 ss. (KASER, *RPR*, I, 437 n. 17 attribue par erreur cet article à Debray); GORLA, *Il contratto*, Milano, 1955, p. 11 ss.; GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963 (notamment p. 73 ss.); HÄGERSTRÖM, *Über der Grund der bindenden Kraft des Konsensualkontraktes nach römischer Rechtsanschauung*, dans *SZ*, 63, 1943, p. 283 ss.; KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, 1, Leipzig, 1901, *passim* après p. 548; KASER, *Gaius und die Klassiker*, dans *SZ*, 70, 1953, p. 157 ss.; *Mutuum und Stipulatio*, dans *Eranion Maridakis*, I, Athenai, 1963, p. 155 ss.; *Das röm. Privatrecht*, I, München, 1955, p. 436 s. (avec bibl. p. 435 n. 1); KNIEP, *Gai institut. comm. tertius*, Jena, 1917, p. 80 s.; LAURIA, *Contractus, delictum, obligatio*, dans *SDHI*, 4, 2938, 163 ss.; MARCHI, *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, I, Roma, 1912, p. 33 ss. (et *passim*); MAROI, *Il vincolo contrattuale nella tradizione e nel costume popolare*, dans *SDHI*, 15, 1949, p. 100 ss.; MARTINI, 'Genus' e 'species' nel linguaggio gaiano, dans *Synteletia Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1964, p. 462 ss.; MAYER-MALY, *Divisio obligationum*, dans *The Irish Jurist*, 2 (new series), 1967, p. 375 ss.; *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, dans *RIDA*, 12, 1965, p. 437 ss.; *Obligamur necessitate*, dans *SZ*, 83, 1966, p. 47 ss.; *Vertrag und Einigung*, dans 2. *Festschrift Nipperdey*, I, München-Berlin, 1965, p. 509 ss.; ORESTANO, 'Obligationes' e dialettica, dans *Jus*, n. 5, 10, 1959, p. 18 ss. (= *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris 1959, p. 45 ss.); PERNICE, *Parerga III: Zur Vertragslehre der röm. Juristen*, dans *SZ*, 9, 1888, p. 195 ss., notamment p. 220 ss.; PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, dans *Studi Schupfer*, I, Torino 1898, p. 165 ss. (= *Scritti*, II, Milano, 1948, p. 565 ss.); *Istituzioni di dir. rom.*², II, Roma, 1928, p. 28 ss. (voir aussi p. 265 s.); *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903 = *Scritti*, II, p. 313 ss. (notamment la note à la p. 237 ss.); PFLÜGER, *Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo*, Leipzig, 1904, p. 4 ss. et *passim*; POTHIER, *Traité des obligations*, 1^{ère} partie, chap. 1^{er}, sect. 1^{ère}, art. 2^{ème}m 10-11 (dans l'édition de Paris, 1805, tome 1^{er}, p. 11 ss.); RICCOBONO, *Corso di diritto romano. Stipulationes contractus pacta* (1934-35), Milano, 1935; *La formazione della teoria generale del 'contractus' nel periodo della giurisprudenza classica*, dans *Studi Bonfante*, I, Milano 1930, p. 125 ss. (notamment p. 168); *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano*, dans *Scritti Ferrini Pavia*, Milano 1946 [1945], p. 60 s. (de RICCOBONO voir encore les ouvrages cités dans *St. Bonfante*, I, p. 128 n. 3 = *Corso*, 280 n. 10; *adde*: *ACI-Roma*, I, Pavia, 1934, p. 177 ss. L'ouvrage *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, dans *Ann. Palermo*, 3-4, 1915, est cité ici suivant la nouvelle édition parue dans RICCOBONO, *Scritti di dir. rom.*, II, Palermo, 1964, p. 108 ss.; p. 113 ss.; p. 453 ss.); SANFILIPPO, *Conditio indebiti*, I, Milano, 1943, p. 14 ss. (avec bibl. p. 15 n. 1); SCHERILLO, *Lezioni sulle obbligazioni* (lithographié), Milano, s.d. (1962), p. 240 ss.; SCHULZ, *Classical roman law*, Oxford, 1951, § 800; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der conditio im kl. röm. Recht*, Münster-Köln, 1952, p. 11 ss. et *passim*; H. SCHWARZ, *Die Bedeutung des Geschäftswillens in röm. Kontraktrecht der klass. Zeit*, dans *SDHI*, 25, 1959, p. 1 ss.; SEGRE, *Sulla classificazione delle cause delle 'obligationes' nelle istituzioni di Gaio* (1929), dans *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, p. 433 ss.; VAN OVEN, *D. 2, 14, 1, 3: Quid dixit, quid sensit Pedius*, dans *Iura*, 4, 1953, p. 114 ss.; *Leerboek van romeinsch privaatrecht*³, Leiden, 1948, p. 194 ss.; *Remarques sur Gai. 3, 91*, dans *Iura*, 1, 1950, p. 21 ss.; *Le sens des mots 'obligatio' et 'obligare' chez Gaius*, dans *Festschr. Lewald*, Basel, 1953, p. 121 ss.; VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, en particulier p. 69 ss. (cpr. *La dottrina del contratto nei giuristi romani dell'età classica*, dans *Scritti Ferrini Pavia*, p. 392 s.); VON LÜB-

quelque liaison que ce soit entre la 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu et les problèmes pratiques de la jurisprudence.

Dès en 1888 Alfred Pernice écrivait: «Wir finden keine Andeutung, dass es über die Lehre hinaus für die praktische Gestaltung der Dinge erheblich wäre»³. Depuis près d'un siècle, cette idée n'est guère changée: l'on peut dire qu'elle est entrée dans le «Denkgebäude» des romanistes. Pour ne donner qu'un exemple, bien significatif d'ailleurs, je cite un énoncé de Ernst Levy⁴, en soulignant qu'il appartient à la synthèse de l'état des problèmes des contrats dans le droit de l'époque classique, qu'il pose comme introduction à son exposé du déroulement post-classique, une synthèse, donc, de données sûrement établies: «Dieses eingängliche Schema wird zu Unterrichtszwecken formuliert worden sein»⁵.

Les Romains n'avaient pas l'esprit de géométrie, où, comme l'a écrit Pascal, «les principes sont palpables, mais éloignés de l'usage commun»; le manque d'intérêt de leurs juristes pour la systématisation est bien connu⁶. Le caractère de la classification des contrats chez Gaius ne correspond donc pas à celui qui marque les fruits des efforts des juristes romains dans leur propre domaine. Par conséquent les savants ont été portés à considérer la classification comme quelque chose d'étranger à l'héritage propre de la jurisprudence classique. Maintes critiques lui ont été adressées⁷, et il n'est pas du tout étonnant qu'elle ait été considérée aussi une invention de Gaius lui-même, en tant que «pré-post-classique»⁸.

La division re-verbis-litteris-consensu a eu bien sûr aussi des jugements favo-

TOW, *Betrachtungen zum gajanischen Obligationenschema*, dans *ACI-Verona*, (1948), III, Milano, 1951, p. 239 ss.; WIEACKER, *Societas*, Weimar, 1936, notamment p. 80 ss.; WUBBE, *Gaius et les contrats réels*, dans *TR*, 35, 1967, p. 500 ss. (à propos duquel voir GUARINO, dans *Labeo*, 14, 1968, p. 115 s.); WUNNER, *Contractus*, Köln-Graz, 1964, *passim* p. 42-55; p. 172 ss. (voir aussi ASTUTI, *I contratti obbligatori nella st. del dir. it.*, I, Milano, 1952, avec bibl. p. 470 ss.).

Nota: un certain nombre des ouvrages cités dans cette note ne se réfère pas à la division re-verbis-litteris-consensu, mais plus en général à l'histoire du contrat ou des obligations: mais il s'agit toujours de discours qui impliquent une prise de position à l'égard du problème de la classification.

³ PERNICE, *SZ*, 9, 1888, p. 222; p. 226: «die Ordnung der Verträge bei Gaius hat nur den Werth eines Schulschemas für die Darstellung».

⁴ LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Obligationenrecht*, Weimar, 1956, p. 17 n. 2.

⁵ Voir aussi, en part., KASER, *SZ*, 70, 1953, p. 157 ss.

⁶ En part. SCHULZ, *I principii del dir. rom. (trad. it.)*, Firenze, 1949, p. 46 ss.; ID., *Storia della giurisprudenza romana (trad. it.)*, Firenze, 1968, p. 231 ss.

⁷ Nottament: PERNICE, *SZ*, 9, 1888, p. 220 ss.; p. 226; PEROZZI, *Ist.*, II, p. 30 ss.; BONFANTE, *Scritti*, II, p. 143 («disgraziatissima»); SEGRE, *Scritti*, p. 435 s.; ALBERTARIO, *Studi*, II, p. 140 n. 1; LAURIA, *SDHI*, 4, 1938, p. 167 ss.; cpr. SCHLOSSMAN, *Vertrag*, Leipzig, 1876, p. 24 n. 1; KASER, *SZ*, 70, 1953, p. 158.

⁸ D'ORS, *ACI Verona*, III, p. 273; p. 277; p. 279 ss.; *SZ*, 74, 1957, p. 74 s. Pour connaître entièrement la pensée de M. D'ORS (dont l'envergure est remarquable, s'étendant sur tout le champ de la théorie du contrat et du *creditum*) il faut voir aussi les ouvrages cités dans *Iura*, 15, 1964, p. 390 s. et, dernièrement, *SDHI*, 32, 1966, p. 432 s. Précédents de la thèse de M. D'ORS: KNIEP, *Comm.*, III, 2, p. 80 s.; SCHULZ, *CRL*, § 800. Pour l'idée de Gaius pré-post-classique, D'ORS, *AHDE*, 25, 1955, p. 830 s.

rables⁹; mais il s'agit toujours de cas, dans lesquels des savants ont reconnu sa validité comme schéma théorique, ou bien l'ont considérée le produit cohérent de l'évolution¹⁰ du droit substantiel.

On n'a d'ailleurs pas encore établi le point de cette évolution, auquel il faut poser la division de Gaius: car, à côté de ceux qui la considèrent une énumération des *causae* par lesquelles *obligationes contrahuntur*, et y voient par conséquent le témoignage d'une époque dans laquelle la notion des contrats n'était encore qu'assez floue¹¹, il y a ceux qui affirment que ce sont les contrats – dont la notion est exactement établie – qui constituent le contenu des quatre *genera*¹².

Si je vais envisager encore une fois le problème de l'histoire de la classification *re-verbis-litteris-consensu*, c'est sur la base des quatre considérations suivantes:

a) l'opinion, qui attribue à Gaius la création de la division quadripartite des obligations contractuelles, ne me semble pouvoir être défendue que par un recours trop large aux hypothèses d'interpolation des textes¹³: car les quelques 30 textes de la compilation de Justinien, qui – d'une façon ou d'une autre – l'utilisent¹⁴, peu-

⁹ En part. chez BRASIELLO, *St. Bonfante*, II, p. 541 ss.; *SDHI*, 10, 1944, p. 104; *Scr. Ferrini Pavia*, p. 451 s.; p. 452 n. 1; *VOCI, Dottr.*, p. 70 ss.; GROSSO, en part. p. 74; *St. Volterra*, I, 61; avec des doutes, LAURIA, *SDHI*, 4, 1938, p. 178; VON LÜBTOW, *ACI-Verona*, III, p. 242 s.; SCHULZ, *CRL*, § 800 la considère complète.

¹⁰ BRASIELLO, *SDHI*, 10, 1944, p. 106: «la partizione classica non è frutto della ponderata riflessione di un giurista, che si sia messo davanti tutte le possibili figure contrattuali, ed abbia cercato di raggrupparle... La partizione classica è il prodotto di profonde antitesi...».

¹¹ Notamment PEROZZI, *St. Schupfer*, I, p. 165 ss. (en part. p. 191 ss. = *Scritti*, II, p. 590 ss.); *Ist.*, p. 28 s.; ALBERTARIO, *Studi*, III, 77 ss.; voir *infra*, n. 81.

¹² Après PEROZZI, et contre sa thèse, qui avait modifié l'opinion générale, v. en part. RICCOBONO, *St. Bonfante*, I, p. 168; *VOCI, Dottr.*, p. 69 ss. (en part. p. 72 ss.); aussi GROSSO, p. 4 ss. Voir *infra*, n. 81.

¹³ En part. D'ORS, *ACI Verona*, III, p. 269 ss.; il suffit de relire les deux pages dans lesquelles il attaque D. 44, 7, 1, 1; D. 46, 3, 80; D. 46, 2, 1, 1; D. 46, 1, 8, 1, pour se rendre compte que (sauf pour le premier de ces passages) la méthode est aujourd'hui dépassée. Il ne soulève en effet que des soupçons toujours plus faibles au fur et à mesure que l'on s'approche de D. 46, 1, 8, 1, (cpr. *Gai.* 3, 119a): cependant conclut-il: «Creo que del examen de estos cuatro textos podemos concluir que en la jurisprudencia clásica no aparece la quadriparticion ni la triparticion». Contre D'ORS voir en part. WUNNER, p. 57 ss.

¹⁴ Voir (r = *re*; v = *verbis*; c = *consensu*): Pomp. (*ad Q.M.*) D. 46, 3, 80 (r-v-c); Ulp. Lab. D. 50, 16, 19 (*actum*: v-r; *contractum*: c); Ulp. Ped. D. 2, 14, 1, 3 (r-v-[c]); Pomp. D. 46, 3, 107 (v); *Gai.* D. 20, 1, 4 = D. 22, 4, 4 (c-[v-scriptura]); Paul.: D. 2, 14, 17 pr. (r); D. 17, 1, 1 pr. (c); D. 18, 1, 1, 2 (c); D. 18, 5, 3 (c); D. 19, 2, 1 (v-c); D. 19, 4, 1, 2-3 (c-r[?]); D. 44, 7, 3, 1 (r) et 2 (v); D. 45, 1, 5, 1 (v) (cpr. Ulp. D. 45, 1, 1, pr.; C. 8, 37, 3 pr. (a. 217); C. 8, 38, 3 pr. (a. 290)); Ulp.: D. 12, 1, 9, 3 (r-v-*coniunctim* [cpr. *eod.* 9, 4]); D. 16, 1, 2, 4 (v-r-*quocumque alio contractu*); D. 46, 1, 8, 1 (r-v-c); D. 46, 2, 1, 1, (v-r-c); D. 46, 2, 2 (v-*non verbis*); D. 46, 4, 8, 3 (v-*non verbis*); D. 46, 4, 13, 7 (r-v); D. 46, 4, 19 pr. (v-r); D. 50, 17, 35 (v-c); Mod. D. 17, 2, 4 pr. (r-v) [?]; D. 44, 7, 52 pr. (r: cpr. *eod.*, 52, 1 - v: cpr. *eod.*, 52, 2 - *simul utroque*: cpr. *eod.*, 52, 3 - c: cpr. *eod.*, 52, 4 - *lege*: cpr. *eod.*, 52, 5 - *iure honorario*: cpr. *eod.*, 52, 6 - *necessitate*: cpr. *eod.*, 52, 7 - *peccato*: cpr. *eod.*, 52, 8; cpr. aussi *eod.*, 52, 9 *nudus consensus*, et *eod.*, 52, 10, *nutu solo*); Res cott., D. 44, 7, 1 (r-v-c); Impp.: C. 8, 40, 12, a. 230 (v); C. 4, 2, 12, a. 294 (r-v); Cpr. la liste chez *VOCI, Dottr.*, p. 69 n. 1 (où se trouve D. 17, 2, 5 pr. au lieu de *eod.* 4 pr.) et aussi KASER,

vent bien ne pas être entièrement classiques, mais on ne peut pas désamorcer le témoignage qui découle de leur ensemble.

b) On ne doit pas admettre, avant d'avoir essayé toute voie possible, que la division des contrats ne soit que le fruit de la réflexion théorique des juristes romains, créé non pas en fonction de la solution de problèmes pratiques, mais pour faciliter le discours – didactique et pratique – concernant les contrats. Le langage juridique des Romains¹⁵ est un langage issu de la pratique; de même pour l'emploi de la dialectique: le but en était de maîtriser la casuistique, toujours plus riche¹⁶. L'école n'a pu qu'apprendre ce langage et les résultats atteints par ces méthodes, mais elle n'avait pas l'office de les créer. Jusqu'à la fin de l'époque classique, d'ailleurs, il n'y a eu à Rome de véritables écoles que pour l'*instituere*, dont les maîtres – les *magistri iuris* – n'étaient pas du tout des juristes¹⁷. La *distinctio*, dont nous allons parler, était d'autre côté sans doute déjà établie, lors de l'apparition des *sectae*, telles que celles des Proculiens et des Sabinien, chez lesquelles il se trouvait bien sûr des élèves et des maîtres, mais dont les méthodes de l'enseignement nous sont inconnues¹⁸: faute de preuve contraire, il faut donc croire qu'il ne s'agissait que d'une participation à l'élaboration de la casuistique.

Sans doute faut-il avouer que, si l'on cherche dans l'ensemble des textes du *Corpus Iuris*, dans lesquels la classification est employée¹⁹, des indices pour établir que la classification avait des traits, qui nous échappent en lisant Gaius, et qui pouvaient lui donner une importance dans la pratique²⁰, on est presque entièrement déçu. La seule différence remarquable entre Gaius et les textes au Digeste c'est la présence du genre *litteris* chez l'un, et sa disparition dans l'autre²¹; même après les

SZ 70, 1953, 162. On peut ajouter Cl. Sat. D. 48, 19, 16 pr., où le schéma est employé pour grouper les délits (*causae de poena*): il s'agit du seul texte au Digeste, où il se trouve une division en *quattuor genera* (cpr. D. 48, 19, 16, 1), les *litterae* (ici: *scripta, ut falsa et famosi libelli*) n'étant pas supprimées; sur le texte SCHERILLO, p. 255 ss.

¹⁵ SCHULZ, *Principii*, p. 71 ss.; *Storia*, p. 174 ss.; p. 465 ss.; BIONDI, *La terminologia romana come prima dommatica giuridica*, dans *Scritti*, I, p. 181 ss.; KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, dans *Studi Biondi*, I, p. 97 ss.

¹⁶ SCHULZ, *Storia*, p. 134; p. 231 ss.

¹⁷ CANNATA, *SDHI*, 30, 1964, p. 338 et n. 77.

¹⁸ SCHULZ, *Storia*, p. 221.

¹⁹ Voir *supra*, n. 14.

²⁰ C'est-à-dire pour l'application du droit substantiel. Car la *distinctio*, comme énumération des contrats par groupes, définis en se basant sur la façon de les conclure, ou bien, si l'on veut employer un langage plus proche de celui de PEROZZI, comme dénombrement des obligations contractuelles suivant la nature du fait qui engendre le lien, a sans doute son utilité: il s'agit en effet d'une manière très commode de se référer aux différents contrats en les synthétisant par groupe d'individus homogènes; surtout quand il est question d'expliquer qu'une certaine opération juridique n'est possible qu'à l'égard d'un seul groupe (cpr. Gai 3, 119; 119a; Ulp. D. 46, 1, 8, 1; cpr. Ulp. D. 12, 1, 9, 3; Ulp. D. 16, 1, 2, 4; Ulp. D. 46, 2, 1, 1; *eod.*, 2; Ulp. D. 46, 4, 8, 3; Ulp. D. 46, 4, 13, 7; *eod.*, 19 pr.; Ulp. D. 50, 17, 35). Cela peut bien faciliter, comme nous l'avons dit ci-dessus, le discours concernant les contrats.

²¹ Pour Cl. Sat. D. 48, 19, 16 pr.-1, voir *supra* n. 14.

efforts pour prouver le contraire²², tout le monde²³ attribue ce manque à l'œuvre des compilateurs, chargés d'élaborer les pandectes²⁴. Mais si l'ensemble des textes ne nous dit rien, cela n'exclut pas qu'il y ait peut-être un ou deux textes, dont on n'a pas encore tiré toutes les conséquences possibles.

c) Aussi la thèse, qui voit dans la classification le fruit de l'évolution historique dans son ensemble, non celui de la réflexion d'un juriste, ne peut-elle être acceptée sans réserve. Je serais même de l'avis qu'il faut ne pas l'accepter du tout – cela sans méconnaître l'importance des travaux du savant qui l'a proposée²⁵. «La partizione classica è il prodotto di profonda antitesi»²⁶: en tant qu'expression d'une antithèse elle peut être un résultat dans une certaine mesure spontanée; mais en tant que division, *distinctio*, on est forcé de la rattacher à l'intelligence de quelqu'un.

d) Il n'y a aucun doute, à mon avis, que chez Gaius la division *re-verbis-litteris-consensu* correspond à une classification des contrats. L'on peut discuter sur la notion de contrat chez Gaius, mais on ne peut absolument pas nier qu'il appelait *contractus* les figures juridiques groupées en quatre *genera*²⁷: une simple lecture sans préjugés doit suffire pour établir ce point de départ:

Gai. 3, 88: *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur...* 89: *Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu...* 91: *... Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere*²⁸ ... 135: *Consensu fiunt obligationes...* 137: *Item in his contractibus ... cum alioquin in verborum obligationibus ... et in nominibus...* 145: *... utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio.* 146: [pareil] 147: [pareil] 151: *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseverant. At cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur etc.* 155: *Contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebitur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet...* 182: *ex contractu obligationes...*

La terminologie est très variée, mais il y a toute la gamme, de *obligatio re, verbis*

²² DE RUGGIERO, *Studi Perozzi*, p. 376 ss.; D'ORS, *ACI Verona*, III, p. 269 s.; SDHI, 32, 1966, p. 433.

²³ Voir les citations chez D'ORS, *ACI Verona*, III, p. 269 n. 10; WUNNER, p. 58.

²⁴ Naturellement, il ne faut pas croire que cette suppression ait eu toujours lieu; mais il ne faut pas non plus approuver l'avarice avec laquelle BRASIELLO, *St. Bonfante*, II, p. 574 n. 124 (de la p. préc.); SDHI, 10, 1944, p. 105 ss., accorde la restitution.

²⁵ BRASIELLO, *ouvr. cités* à la, n. 9.

²⁶ BRASIELLO, SDHI, 10, 1944, p. 106.

²⁷ Voir *supra*, notes 11 et 12.

²⁸ Toute la dernière phrase de Gai. 3, 91 serait une glose, selon VAN OVEN, *Iura*, I, 1950, p. 21 ss. (voir les précédents p. 24 n. 8). Je ne partage pas cette opinion, car les arguments sur lesquels elle est fondée ne sont que des reproches à la cohérence de Gaius, pas toujours si formidable. Voir aussi KASER, *SZ*, 70, 1953, p. 163. Le point n'a d'ailleurs qu'une importance secondaire.

etc. *contrahitur*, à *obligatio ex contractu*, de *emptio* etc. *contrahitur*, à *hi contractus* (c'est-à-dire la vente, le louage etc.); il y a le *contractus*-cause de l'obligation, et le contrat-rapport (*manet societas usque...*). On peut sûrement dire que les points de vue de Gaius étaient divers, mais parmi ces points de vue il y avait certes celui de considérer non seulement l'*obligatio contracta*, mais aussi le *contractus* source de l'obligation et le contrat rapport obligatoire²⁹. Le langage ainsi orienté est plus fréquent dans le champ des contrats *consensu*: cela peut avoir son importance particulière³⁰, mais ne change guère les conclusions sur le point dont nous sommes en train de parler.

2. – La classification chez Gaius était donc une classification des contrats; d'autre part, elle est plus ancienne que les *Institutiones*, et nous ne savons pas ce qu'elle était avant: car les hypothèses sur son origine ne sont pas apaisantes. Voici des raisons suffisantes pour reprendre l'étude de la question.

Il faut d'abord considérer quelques résultats, qui ont déjà été atteints par les romanistes.

Le point de départ nous a été donné par Pernice, dans ses *Parerga* de 1888³¹. Selon Pernice, la division quadripartite ne peut pas avoir été inventée par Gaius³², mais c'est bien chez Gaius qu'elle aurait trouvé son élaboration complète et son emploi définitif, comme schéma pour l'exposition articulée des contrats³³. Lors de sa création elle aurait eu un autre but, à savoir celui qui se tire de Cic. *Rosc. Com.* 5, 14, d'énumérer les *causae* de l'*actio de certa pecunia credita*³⁴. De cette façon il explique aussi pourquoi le *consensus*, qui aurait dû à son avis occuper la première place dans un schéma dogmatique³⁵, survient à la fin: il en est, en effet, un complément plus récent³⁶. Pernice ne dit d'ailleurs pas quand la division tripartite s'est transformée en quadripartite; on peut tirer, de son discours, qu'il pensait que

²⁹ Cpr. KASER, *SZ*, 70, 1953, p. 163.

³⁰ Voir *infra*, par. 5 (fin); par. 7.

³¹ *SZ*, 9, 1888, p. 220 ss.

³² *SZ*, 9, 1888, p. 220.

³³ *SZ*, 9, 1888, p. 222.

³⁴ Sur le texte de Cicéron, *Rosc. com.* 5, 14 (que Pernice, p. 222 n. 1 cite faussement *Rosc. Am.*, 5) voir *infra*, par. 5. Cpr. aussi Cic., *Rosc. com.*, 4, 13; Ulp. D. 12, 1, 9, 3.

³⁵ *SZ*, 9, 1888, p. 221.

³⁶ *SZ*, 9, 1888, p. 22. Comme nous allons le voir (*infra*, par. 5 et 6), cette façon de voir le passage d'une tripartition *re-verbis-litteris* à la division quadripartite est, à mon avis, bien plus proche de la vérité que celle proposée par exemple par VAN OVEN, *Iura*, 1, 1950, p. 28 (un peu plus nuancé dans *Festschr. Lewald*, p. 129), qui pense que la quatrième catégorie a été ajoutée «lors de l'apparition des *iudicia bonae fidei* ... comme catégorie la plus récente». Ainsi l'Auteur semble-t-il considérer comme une seule chose l'histoire des *iudicia bonae fidei* pour la vente, le louage etc., l'histoire des contrats consensuels, et l'histoire de l'extension de la classification au contrats *consensu*; je crois au contraire qu'il faut distinguer les problèmes.

Gaius et peut-être Pédius³⁷ devaient connaître un schéma déjà quadriparti, et que la tripartition est plus ancienne que le discours de Cicéron *pro Roscio com.*, mais à cette dernière donnée il ajoutait simplement que «dass... das Schema alt ist, erscheint nicht glaublich, denn es hat keinen Raum für das Nexum»³⁸: ce qui peut jouer le rôle de *terminus post quem* pour le schéma appliqué aux contrats, mais non pour la tripartition des *causae* de l'*actio certae creditae pecuniae*.

De nouveaux arguments pour préciser la date de la classification ont été apportés en 1927 par De Visscher, notamment celui de l'interversion du rapport de dépendance entre *genera* et *species* chez Gai. 3, 88-89³⁹. L'argument n'est pas sûr, car on peut se rendre raison du langage de Gaius, comme l'on fait d'une manière très savante M. Orestano, et d'une manière plus simple M. Martini⁴⁰; le mérite de De Visscher a été celui de rappeler à l'attention d'autres savants le problème de l'origine de la division. Il ne remontait qu'à Labéon⁴¹, mais bientôt un certain nombre de savants se trouva d'accord de l'attribuer à Quintus Mucius⁴². La voie la plus correcte⁴³ pour attribuer la classification à Quintus Mucius me semble celle de M. Voci⁴⁴: le pivot de cette démonstration est le texte D. 46, 3, 80, dont l'étude peut, à mon avis, donner des résultats encore plus précis. Je vais donc essayer de l'utiliser encore une fois pour envisager notre problème.

3. – À vrai dire, il s'agit d'un texte qui a fait l'objet d'un tas de critiques; son exégèse est controversée, et l'on y a trouvé presque tout ce qu'un romaniste peut trouver dans les sources: des éléments qui remontent au droit très ancien, du Quintus Mucius, du Pomponius, des gloses, du Tribonien, des erreurs de copistes⁴⁵. Mais

³⁷ SZ, 9, 1888, p. 220.

³⁸ SZ, 9, 1888, p. 221.

³⁹ DE VISSCHER, *Etudes*, p. 267 ss. À la base de cette observation se trouve l'idée très répandue, que les Institutes de Gaius sont la réélaboration d'un ouvrage analogue plus ancien: cpr. AFFOLTER, *Das römische Institutionen-System*, Berlin, 1897, p. 535; KNIEP, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, Jena, 1910, 36 ss.; la thèse est rejetée, d'une manière particulièrement nuancée et convainquante, par SCHULZ, *Storia*, p. 287. Voir aussi WIEACKER, *Griechische Wurzeln des Institutionensystems*, dans SZ, 70, 1953, p. 93 ss. La thèse de M. FLUME (SZ, 79, 1962, p. 1 ss.), que le *Codex Veronensis* est le manuscrit d'un épitomé des *Institutiones* de Gaius, ne me semble pas suffisamment prouvée.

⁴⁰ ORESTANO, *Jus*, 10, 1959, p. 18 ss.; MARTINI, *Synthese Arangio-Ruiz*, p. 467 s.

⁴¹ DE VISSCHER, *Etudes*, p. 272.

⁴² LAURIA, *SDHI*, 4, 1938, p. 177 (Servius ou Quintus Mucius); VON LÜBTOW, *ACI Verona*, III, p. 250; VOCI, *Dottr.*, p. 79 ss., en part. p. 82; *Scritti Ferrini Pavia*, p. 392 s.; p. 393 n. 1.

⁴³ Malgré que M. D'ORS, *ACI Verona*, III, p. 275 s. l'ait qualifiée de «simplista», en disant qu'elle «carece de rigor demonstrativo».

⁴⁴ VOCI, *Dottr.*, p. 79 ss.

⁴⁵ Voir la littérature chez KNÜTEL, *Contrarius consensus*, Köln-Graz, 1968, p. 10 ss.; adde CRUZ, *Da 'solutio'*, I, Coimbra, 1962, p. 222. J'ai pu utiliser aussi la thèse de mon cher ami BRUNO SCHMIDLIN,

la lecture du texte est, à mon avis, moins décevante que celle de la littérature qui le concerne. Considérée dans son ensemble, elle me semble avoir été troublée par une erreur de perspective: celle d'avoir tourné contre le texte les difficultés qui ressortent de son contenu. Pour saisir le sens de la *regula* que Quintus Mucius a établie, il faut bien comprendre à quel point du déroulement historique du droit privé elle se pose; et il faut d'ailleurs tenir compte du fait que cette *regula*, comme le disait Iavolenus⁴⁶ de toute *definitio*, ne pouvait ne pas avoir son côté dangereux; par conséquent, si l'on trouve qu'elle peut *subverti*, ce n'est pas un argument valable pour la soustraire à la paternité que la tradition lui a attribuée.

Tout d'abord, avant même de reproduire le texte faut-il tenir compte du fait qu'il s'agit d'un passage des *libri ad Quintum Mucium* de Pomponius, qui avaient la forme d'un commentaire lemmatique; cela nous oblige à restituer les indications qui partageaient le lemme et la note et qui ont été supprimées dans le Digeste⁴⁷:

D. 46, 3, 80 (Pomp., 4 Q.M.): <Quintus Mucius scribit>: prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. <Pomponius>: aequae cum emptio [vel] venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam [dis]<con>sensu contrario dissolvi potest.

a) Je dois d'abord justifier de la correction, introduite dans la dernière phrase. Il est évident que l'expression *dissensu contrario* est incorrecte: il faut choisir entre la suppression de *contrario*⁴⁸ (en supposant que le mot ait son origine dans une glose), ou bien la correction proposée⁴⁹, avec laquelle on ne fait recours qu'à la simple hypothèse d'une erreur, peut-être une abréviation mal développée. Ce choix entre les deux restitutions n'a pas une grande importance; on ne peut toutefois pas se passer de remarquer que tous les arguments conduisent à la deuxième solution, même ceux sur lesquels on a voulu fonder l'autre. En effet, dans D. 46, 3, 80 on ne parle pas de la *societas*, tandis que le *dissensus* n'a une signification précise que pour ce contrat⁵⁰; le seul énoncé de la règle du *contrarius actus*, qui oppose *dissen-*

Die römischen Rechtsregeln – Versuch einer Typologie, qui n'a pas encore été publiée; je remercie l'auteur, qui a bien voulu me fournir les photocopies du paragraphe qui se réfère à «Das Symmetrieprinzip als normative Regel altzivilen Rechtsaktes», avec des observations supplémentaires, qu'il a rédigées à mon intention.

⁴⁶ D. 50, 17, 202. Les problèmes soulevés par le texte n'ont pas d'importance ici. Voir dernièrement MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, p. 3 ss.

⁴⁷ SCHULZ, *Storia*, p. 364.

⁴⁸ Dernièrement: KNÜTEL, *Contrarius Consensus*, p. 14 s. (avec. litt. p. 13 n. 38).

⁴⁹ Dernièrement: GUARINO, *Per la storia del 'contrarius consensus'*, dans *Labeo*, 14, 1968, p. 271 n. 1; p. 276 n. 39.

⁵⁰ Gai. 3, 151; Paul. D. 17, 2, 65, 3; KNÜTEL, *Contrarius consensus*, p. 14; p. 124 ss.

sus à *consensus* se trouve à propos de la *societas*, dans un texte postclassique⁵¹. Aussi Ulp. D. 50, 17, 35, dans lequel se trouve encore l'opposition entre *consensus* et *contrarius consensus* dans le contexte de la règle du *contrarius actus*, n'est-il peut-être pas classique: mais avec Paul. D. 18, 5, 3⁵², il est de toute façon le seul autre témoignage de cette terminologie. En conclusion, dans un texte, qui ne se réfère pas à la *societas*, tel que D. 46, 3, 80, il n'est pas possible de corriger [*contrario*] *dis-sensu* sans établir arbitrairement un ἄπαξ λεγόμενον.

b) Deuxièmement faudrait-il s'assurer que la dichotomie entre le lemme et le commentaire tombe au juste entre les mots *promisit* et *aeque*. Si l'on accepte que le texte n'a pas subi de modifications profondes, il va de soi que la coupure ne peut pas tomber ailleurs: la règle de la dernière phrase est en effet un corollaire de ce qu'on lit avant, mais il ne s'agit pas du même discours, et le problème est envisagé d'une manière différente⁵³. Nous sommes obligés de renvoyer la preuve de ces points à plus tard⁵⁴, car il faut d'autres observations préliminaires.

c) Suivant la reconstruction de Lenel⁵⁵, le 4^{ème} livre de Pomponius *ad Q.M.* traitait des legs, et notre passage doit donc se référer à la *liberatio legata*. On peut accepter cette conjecture sans difficultés, à condition de ne pas en tirer la conséquence que le thème de D. 46, 3, 80 fût celui d'indiquer la casuistique de cette *liberatio*. Les auteurs, qui ont proposé cette interprétation⁵⁶, ont été poussés à vérifier si les exemples de D. 46, 3, 80 avaient une signification pour les cas de *legatum liberationis*. Cette voie conduit à de bons raisonnements, mais à de mauvaises conclusions, car la structure actuelle du texte en devient tout à fait incompréhensible. Des modes d'extinction des obligations, que le texte présente, seulement l'*acceptilatio* y garde son sens; à son côté il faudrait introduire la *solutio per aes et libram*, qui d'ailleurs, à l'époque de Quintus Mucius, ne pouvait plus être envisagée sous le point de vue de l'acte contraire, car les *gesta per aes et libram* obligatoires n'étaient plus pratiqués⁵⁷; il ne serait donc pas justifié de l'ajouter au texte. Quin-

⁵¹ Gai. ep. 2, 9, 17; KNÜTEL, *Contrarius consensus*, p. 14, p. 131 s.

⁵² Qui ne contient pas la règle de l'acte contraire; sur ce texte KNÜTEL, *Contrarius consensus*, p. 29 s., p. 31 s.

⁵³ KNÜTEL, *Contrarius consensus*, p. 13.

⁵⁴ Pour le manque de modifications substantielles dans D. 46, 3, 80, voir tout de suite; pour la différence de point de vue entre les deux parties du texte, voir le paragraphe 4.

⁵⁵ *Pal.*, II, p. 63 et n. 5 (Pomp. 239); STOLL, *SZ*, 44, 1924, p. 14.

⁵⁶ En part. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, p. 10 ss.; SCHMIDLIN, *ouv. cité, supra*, n. 45, 120.

⁵⁷ Après la réforme de la *lex Poetelia Papiria* (Liv. 8, 28, 8; litt. chez KASER, *RPR*, 1, p. 138 n. 28), de la fin du 4^{ème} siècle av. J.C. (a. 326?), la décadence du *nexum* doit avoir été rapide. V. en part. KASER, *Das altrömische Jus*, Göttingen, 1949, p. 130; p. 247 ss. Les sources (rassemblées chez KLEINERDAM, *Personalexecution der XII Tafeln*, Breslau, 1904, p. 47 ss.; p. 62 ss.; voir aussi KASER, *Altröm. Jus*, p. 118 ss.; p. 138 ss.; p. 233 ss.; p. 332 s.) ne nous montrent que des traces très floues pour l'époque suivante. Varro, *l.L.*, 7, 105 cite néanmoins une définition du *nexum* due à un Mucius (*quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeter quae mancipio dentur*), l'opposant à une définition de Manilius:

tus Mucius parlait, dans ce passage, de la *solutio* de l'*obligatio contracta*; si ce traité se trouvait joint à celui de la *liberatio legata*, il s'agit là d'une des traces de l'ancienne «assoziative Ordnung»⁵⁸, qui devaient être encore très fréquentes dans les *libri iuris civilis*. Il faut donc étudier le passage comme se référant en général à l'extinction des obligations, et non à la *liberatio legata*.

d) À mon avis, il n'est pas possible de critiquer la règle de Quintus Mucius du point de vue de sa structure, c'est-à-dire à cause de son manque de symétrie. On peut bien admettre que cette symétrie manque, mais il faut accepter ce fait, et en tirer ses conséquences; car toute correction de la règle, apportée dans le but de lui donner une forme symétrique, produirait une règle que Quintus Mucius ne peut pas avoir proposée à son époque. La seule correction que l'on peut – et qu'il faut – apporter, c'est d'y ajouter les obligations contractées *litteris*, avec la possibilité de leur résolution *re* ou *litteris*. M. Knütel a bien vu, quand il écrit⁵⁹ que pour Quintus Mucius la règle doit être entendue non dans le sens de la nécessité, mais dans celui de la possibilité: '*Prout quidque contractum est, ita et solve debet*' = «Ebenso wie eine Obligation eingegangen worden ist, so muss sie sich auch lösen lassen». Si le sens de la règle est celui-ci, il ne faut plus en corriger les exemples; la règle exige seulement que l'acte contraire soit présent parmi les modes d'extinction de chaque obligation. Cette façon de comprendre la règle, qui conduit à considérer classique le passage, est nécessaire, car Quintus Mucius ne pouvait pas dire que l'*obligatio verbis* doit être éteinte *verbis*: à son époque elle pouvait être éteinte *re*⁶⁰, et l'*acceptilatio* était, déjà dès le temps de la loi aquilienne, une forme qui supposait un paiement qui n'avait pas eu lieu⁶¹.

e) Cela nous conduit à penser, comme l'a montré Schmidlin, que la règle de D. 46, 3, 80 est une adaptation d'une règle plus ancienne⁶², qui concernait le *nexum* et la *nexi liberatio* ainsi que la *sponsio* et l'*acceptilatio*, et qui remonte à une époque dans laquelle le *nexum* était pratiqué, et l'*obligatio verbis* n'était éteinte que par les

mais, même, si l'on veut admettre que le Mucius cité par Varron soit notre Quintus Mucius (+ 82 a.C.) et non son père Publius (+ 115 a.C. environ), ou bien un autre des Mucii, le texte me semble montrer clairement que le *nexum* n'était que l'objet d'un discours abstrait dès l'époque de Manilius (cos. 149 a.C.); cpr. KASER, *Altröm. Jus*, p. 250.

⁵⁸ SCHULZ, *Geschichte der röm. Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 112 (= *Storia*, p. 173).

⁵⁹ KNÜTEL, *Contrarius consensus*, p. 11 s.

⁶⁰ BESELER, *Beiträge*, III, Tübingen, 1913, p. 24; KNÜTEL, *Contrarius consensus*, p. 11; cpr. Pomp. D. 46, 3, 107.

⁶¹ MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, 1, Leipzig, 1908, 263 n. 22; SCHULZ, *Storia*, 54 n. 5; KASER, *RPR*, 1, 156.

⁶² SCHMIDLIN, ouvr. cité *supra*, n. 45, p. 119 ss. Je préfère laisser de côté les hypothèses d'interpolation qui viennent de l'idée que la règle de la correspondance entre *obligatio* et *solutio* est post-classique; il s'agit là d'un préjugé tout-à-fait arbitraire, qui cache peut être parfois une réflexion insuffisante sur les méthodes de la jurisprudence républicaine. Un argument positif contre cette thèse se trouve d'ailleurs dans une glose grecque au Gaius d'Antinoé (PSI 1182; cpr. VOGLI, *Dottr.*, p. 80 n. 2; ARANGIO-RUIZ, *Ist.*¹⁴, p. 392 n. 2).

Sur le *contrarius actus* voir aussi WIEACKER, *Festschr. Lewald*, Basel, 1953, p. 193.

Dans le droit ancien, cpr. KASER, *Altröm. Jus*, p. 130.

mots ‘*Quod ego tibi promisi habesne acceptum? Habeo*’ (Gai. 3, 169), le paiement réel n’étant pas suffisant, au moins pour l’extinction *ipso iure*. Mais, pour ce que nous avons remarqué *sub a*), l’on doit penser que la règle se trouvait déjà chez Quintus Mucius dans cette forme adaptée, et qu’elle n’est donc pas le fruit d’une modification plus récente.

4. – Lorsque nous avons établi (*suprà, sub. b*) le lieu de la césure, au milieu de D. 46, 3, 80, c’est-à-dire le lieu où il faut voir le commencement de la note de Pomponius, nous avons souligné qu’il y a une différence de perspective entre les deux morceaux du texte. Cela devient peut-être plus clair, si l’on considère provisoirement le texte comme s’il était un seul discours, entièrement dû à Pomponius, tel que le Digeste nous le présente. De cette façon le texte, pris dans son ensemble, résulte bâti sur la base d’une *distinctio* qui correspond à celle de Gai. 3, 89, concernant le *contrahere*, et comprenant les genres *re, verbis, consensu*, auxquels on peut aisément ajouter le genre *litteris*, comme nous l’avons vu. C’est exactement de cette manière que Pomponius voyait la ligne logique du discours, complété par sa note.

À ce point, toutefois, si l’on considère la règle énoncée au commencement de D. 46, 3, 80 (*prout quidque contractum est, ita et solvi debet*) on ne peut que s’apercevoir qu’elle a un sens très différent pour la catégorie des contrats *consensu*, pour lesquels elle met en premier plan un mode d’extinction de l’obligation tout-à-fait secondaire, à savoir celui du *consensus contrarius*.

Cette observation peut être considérée superficielle, mais elle cesse de l’être si on l’analyse à fond: car la différence, que je viens de remarquer, n’est qu’une conséquence.

Mise en relation avec les genres *re, verbis, litteris*, la règle du *contrarius actus* (trouve son pivot dans le contenu de l’obligation)⁶³, l’extinction dépendant du fait que ce contenu a été réalisé ou déclaré réalisé, à savoir renoncé. Il est clair que la *res data*, les *verba* et les *litterae* peuvent former la base d’une distinction établie en fonction d’une règle pareille – qui, à son tour, synthétise tout le régime de ces obligations – seulement parce qu’elles sont le lieu où le contenu de l’obligation est déterminé.

Dans le cas des contrats *consensu*, on ne peut rien dire de tout cela. La phrase, qui se réfère aux contrats consensuels, a le but d’énoncer la possibilité de la réso-

⁶³ Le contenu de l’obligation serait à la base de la règle aussi si elle était conçue dans la forme, que l’on pourrait appeler pure, c’est-à-dire que l’obligation *re* peut s’éteindre seulement *re*, l’obligation *verbis* seulement *verbis*, et l’obligation *litteris contracta* seulement *litteris*. Dans cette forme pure (dont je parle, car elle a pu exister, avant Quintus Mucius, bien que cela me semble peu vraisemblable) la règle de l’*obligatio re contracta* reste pareille, tandis qu’elle change pour les obligations *verbis*: mais sa signification essentielle ne change pas, car l’*acceptilatio* n’est qu’une déclaration formelle de la réalisation du contenu énoncé par les *verba*. Pour l’obligation *litteris*, même si les sources concernant l’*acceptilatio* littérale font défaut, on ne peut que penser d’une façon analogue.

lution *dissensu* de la vente etc.: cette extension produit, dans le nouveau champ, une règle marginale, qui n'exprime pas l'essence du régime des obligations contractées *consensu*, mais seulement un détail de ce régime: et cela parce que le *consensus* n'est pas, pour la vente, le louage etc., le lieu où le contenu de ces contrats est déterminé, comme nous allons le voir plus clairement sous peu⁶⁴.

De cette constatation il ne faut pas tirer la conclusion, qui a été proposée notamment par M. Brasiello et M. D'Ors⁶⁵: c'est-à-dire que le texte ne touchait que l'opposition entre contrats réels et contrats formels, le reste étant interpolé; car il faudrait pour cela rejeter l'hypothèse préalable que la différence de point de vue découle du fait que le texte se compose d'un lemme de Quintus Mucius et d'un commentaire écrit au moins deux siècles et demi plus tard, avec un but très différent: celui d'employer la règle du *solvere obligationem* pour justifier la possibilité de *dissolvere contractum*⁶⁶.

Revenons donc à la règle de Quintus Mucius, pour l'étudier mieux.

De ce que nous venons de dire, il provient que la *distinctio* originale ne s'appliquait pas aux obligations *consensu contractae*. Mais le domaine de sa validité doit être limité encore une fois; il faut en effet remarquer que Quintus Mucius, à côté de l'*acceptilatio*, n'indiquait que le *re solvere* comme moyen pour éteindre l'obligation. Comme *re* exprime sans doute le transfert d'une chose, le genre *verbis* considéré dans le texte ne peut être que celui des stipulations de *dare*. La présence, dans le texte original de Quintus Mucius, du genre *litteris* ne peut rien changer à cette conclusion, car les obligations *litteris contractae* ont toujours pour objet une somme d'argent.

Ainsi reconstruite la substance de la règle de Quintus Mucius, il faut porter le discours sur le passage de Cicéron, *Rosc. com.* 5, 14, la plus ancienne des sources qui ont été utilisées pour l'étude du thème, qui forme l'objet de cette recherche.

Cic. *Rosc. com.* 5, 14: *Pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est*⁶⁷. *Haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata aut stipulata sit.*

Le champ auquel se réfère le passage de Cicéron est plus étroit que celui de la règle de Quintus Mucius: le cas de Cicéron est celui d'une dette d'argent, tandis que le texte du Digeste se laissait référer à n'importe quelle obligation de *dare*. Mais ce que l'on doit surtout remarquer, c'est que l'esprit du passage de Cicéron

⁶⁴ Voir *infra*, p. 230 s. (début du par. 7)

⁶⁵ BRASIELLO, *St. Bonfante*, II, p. 563 s.; SDHI, 10, 1944, p. 108; D'ORS, *ACI Verona*, III, p. 270 s. (cpr. p. 275).

⁶⁶ Sur la différence terminologique *solvere-dissolvere*, cpr. KUNKEL, *Röm. Privatrecht*³, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949, p. 194 n. 2; KASER, *RPR*, I, p. 531 n. 2; KNÜTEL, *Contrarius consensus*, p. 11.

⁶⁷ Cpr. Gai. 4, 171. Sur le texte de Cicéron voir en part. PFLÜGER, p. 15 s.; DUQUESNE, *NRH*, 32, 1908, p. 217 ss.; F. SCHWARZ, p. 282 ss. (notamment p. 285 s.); von LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach röm. u. gelt. Recht*, Berlin, 1952, p. 85 s.; KASER, *SZ*, 70, 1953, p. 161; GROSSO, *St. Segni*, II, 1967, p. 485.

est tout autre que celui du texte de Quintus Mucius: si les termes énumérés sont analogues dans les deux sources, ils ne sont pas du tout pareils, et l'énumération a une toute autre signification.

Dare, expensum ferre, stipulare de Cicéron indiquent les opérations juridiques, sans l'une ou l'autre desquelles il ne pourrait pas y avoir le *debitum* de *pecunia certa*, dont il s'agissait⁶⁸.

Re. verbis, litteris de Quintus Mucius n'indiquent pas ces opérations, mais un élément particulier de chacune, à savoir celui auquel est liée – dans chaque acte – la naissance de l'*obligatio*, et qui, par cela, donne la nature et la mesure de l'objet de cette obligation: l'élément qui indique, peut-on dire, le contenu du contrat.

Le langage de Cicéron n'est que descriptif: il peut se comparer à celui de la *Formula Baetica*⁶⁹, où on lit: '*quam pecuniam L. <Titius L.> Baiano dedit dedit, credidit crediderit, expensumve tulit tulerit, sive quid pro eo promisit promiserit, spondit <spondiderit>, fideve quid sua esse iussit iusserit...*'.

La *regula* de Quintus Mucius est, au contraire, analytique: car le juriste ne doit pas dénombrer une série d'actes, mais individualiser, pour chaque terme d'une telle série, l'élément commun aux actes qui créent les obligations et à leurs actes réciproques.

Si, du point de vue de la forme, la règle est tirée de la *distinctio*, le processus substantiel a été l'inverse. Le but d'établir la règle a rendu nécessaire la *distinctio*⁷⁰.

L'origine primordiale de la classification n'est donc pas doctrinale, mais en fonction de la pratique. Il s'agit d'une classification dogmatique, dans le sens du «motto» que j'ai rapporté au commencement de cette étude.

5. – À ce point, il faut se poser encore une question: celle de déterminer quel était exactement le domaine auquel la *distinctio* s'appliquait. Nous avons déjà dit que ce domaine ne pouvait comprendre que les obligations de *dare*; mais il ne peut sûrement pas être défini de cette façon. Si, d'un côté, il peut y avoir des obligations de *dare* au dehors de ce champ, il faut considérer aussi que, comme l'a suggéré Mitteis⁷¹, le mot *dare* n'a été employé dans son sens technique restreint qu'à l'époque de Proculus.

La définition que nous cherchons est d'ailleurs *in re ipsa*: Pernice liait le ressort primordial du schéma au témoignage de Cicéron, et lui attribuait le but d'énumérer les *causae* de l'*actio certae creditae pecuniae*; nous avons préféré nous rapporter au tex-

⁶⁸ Cpr. Cic., *Rosc. com.*, 4, 13: *Iam duae partes causae sunt confectae: adnumerasse sese negat; expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum sese dicat. praeterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit non reperio.* Cpr. GROSSO, *St. Segni*, II, Milano, 1967, 485.

⁶⁹ I^{er} - II^{ème} siècle; *FIRA*, III, num. 92.

⁷⁰ On a vu qu'il devait y avoir une ancienne règle concernant *nexum* et *acceptilatio* (*supra*, par. 3). C'est donc pour son adaptation au nouveau droit que Quintus Mucius a créé la nouvelle *distinctio*.

⁷¹ MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, p. 58 s. n. 50; cpr. VAN OVEN, *Iura*, 1, 1950, p. 27 (sur la base de Pomp. D. 12, 4, 15).

te de Quintus Mucius, et cela aboutit à considérer plutôt cet ensemble de rapports que les Romains nommaient *creditum*, c'est à dire le domaine de la *condictio (certi)*⁷².

Ainsi les contours de la *dictinctio* de Quintus Mucius sont-ils assez définis. Il ne reste que d'en tirer les conséquences qui peuvent être utilisées pour en tracer l'histoire postérieure.

Il faut surtout remarquer qu'il ne s'agit en aucune façon d'une division des contrats. Et cela non seulement parce que les contrats consensuels y demeurent au dehors: c'est le contenu même de la classification qui n'appartient pas entièrement au domaine qui, à l'époque de Quintus Mucius, pouvait être celui des contrats.

Je peux me rattacher ici, en particulier, à l'exposition de M. Kaser⁷³, qui a montré que la *mutui datio* a pu être considérée un contrat assez tard, peut-être dès le temps de Sabinus, tandis qu'avant, la *condictio*, en ce cas, était directement engendrée par la *datio*, et l'accord sur lequel se basait la *datio* ne donnait lieu qu'à la *iusta causa* qui permettait le transfert de propriété, qui à son tour rendait possible la *datio* elle-même.

Mais il est une raison plus générale, qui empêche de reconnaître dans la *divisio* de Quintus Mucius une classification des contrats. Il me semble un résultat très assuré des études des dernières décennies, et confirmé par le livre très récent de M. Wunner⁷⁴, que la notion de contrat n'était pas du tout formée, dans la jurisprudence romaine, avant le premier siècle p.C. au plus tôt: si bien que la définition de Labéon, au D. 50, 16, 19⁷⁵, qui réservait le nom de *contractus* aux contrats consensuels, en

⁷² Excluant, pour des raisons aisément compréhensibles, la *condictio ex causa furtiva*. J'emploie ici la notion de *credere* qui a été établie par D'ORS, en particulier dans son article *Creditum und Contractus*, dans *SZ*, 74, 1957, p. 73 ss. (notamment p. 89 ss.); voir aussi dans *SDHI*, 19, 1953, l'article *Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis'* (p. 134 ss.) et la note de PARIENTE, *Sobre la etimologia de 'credere'* (p. 340 ss.). Pour M. D'ORS la *condictio* et l'*actio certae creditae pecuniae* étaient une seule chose (*SDHI*, 19, p. 137 ss.; *SZ*, 74, p. 90), la notion de *res pecuniariae* étant celle de *res* «ihrem Wesen nach nicht vindizierbar» (*SZ*, 74, 91; litt. aux notes 44 et 45). On ne peut pas, à mon avis, accepter sans réserve les thèses de M. D'ORS; en particulier, elles ne correspondent pas au point de vue de la jurisprudence classique (v. d'ailleurs les critiques de WUNNER, p. 55 ss., auxquelles D'ORS, *SDHI*, 32, p. 432 ss. ne s'oppose que d'une manière très générale); d'autre côté, si l'on considère avec attention la pensée de D'ORS et celle de Grosso, on regrette qu'entre les deux savants une polémique soit née – *Iura*, 15, 392 s.; *St. Volterra*, I, 58 ss.; *SDHI*, 32, 432 – qui a, jusqu'à présent, empêché le véritable progrès qui peut résulter d'une confrontation de leurs résultats). Mais il faut reconnaître l'utilité, en fonction de la restitution des points de vue de la jurisprudence républicaine, des données sur lesquelles elle se basait, à savoir l'opposition entre le titre XVII et le titre XIX de l'édit, la notion de *creditum* liée à la *condictio*, la définition de contrat due à Labéon, qui se trouve chez Ulpian (D. 50, 16, 19; voir D'ORS, *SZ*, 74, p. 93 s.; GROSSO, *St. Volterra*, I, 60; nous y reviendrons encore.

⁷³ KASER, *Eranion Maridakis*, I, p. 169 s.; p. 173.

⁷⁴ Ce courant de pensée commence par RICCOBONO, *St. Bonfante*, I, p. 125 ss. (qui remonte à Sabinus et Cassius, p. 165) et aboutit à WUNNER, p. 29 ss. (conclusions p. 42; p. 218). Voir *infra* n. 81 des indications plus détaillées.

⁷⁵ Sur ce texte, dernièrement, BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensalkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965, p. 10 ss. À la littérature très riche, que l'Auteur y cite, on peut ajouter D'ORS, *SZ*, 74, 1957, p. 93 s. (v. *supra*, n. 72) et MAYER-MALY, *The Irish Jurist*, II (n.s.), 1967, p. 381 s. D. 50, 16, 19 n'est sans doute pas un texte entièrement classique, mais on ne peut

tant que *ultra citroque*, y représente l'effort dogmatique le plus sérieux: tel que, comme l'a remarqué encore M. D'Ors⁷⁶, Ulpien la considéra digne d'être conservée.

Il faut bien souligner que cette incertitude de l'emploi du mot *contractus* n'est pas seulement une question de terminologie juridique; il s'agit au contraire d'une question de substance: que l'on n'avait pas encore reconnu qu'un certain nombre de figures juridiques étaient homogènes, qu'elles constituaient un groupe; ou bien que ce groupe ne comprenait pas les actes conclus *re verbis et litteris*. En tout cas, qu'il n'y avait pas encore, à l'époque de Quintus Mucius, une notion de *contractus* pouvant former l'objet de sa *distinctio*.

II.

6. – À ce point, nous avons une hypothèse complète à propos de ce que la *distinctio* originale pouvait être, et sur sa genèse: elle nous semble avoir été établie par Quintus Mucius, dans le but de donner une base à la règle du *contrarius actus*, à savoir à une version, conforme à la pratique de son temps, de cette règle.

Nous devons établir encore comment il a pu se donner que de cette *distinctio* du *credere* soit issue une classification des contrats, et deuxièmement quand cela a pu arriver.

Peut-être vaut-il mieux commencer par le problème de la date.

Le texte de Pomponius *ad Quintum Mucium*, qui a été la base de l'exposé que nous venons de faire, montre clairement que son auteur connaissait la distinction entière, et la considérait une distinction des contrats. Que l'on compare l'emploi du verbe *contrahere* dans la partie du texte qui appartient à Quintus Mucius, à l'emploi qu'en fait Pomponius: Quintus Mucius parle de *quidque contractum est*, et de *re, verbis, (litteris) aliquid contrahere* ou *re, verbis (litteris) solvere*: où il est clair que l'*aliquid* objet de *contrahere* c'est la dette; Pomponius parle au contraire de *emptio venditio vel locatio contracta*, c'est à dire d'un *negotium contrahere*; ce sont les contrats, qui *consensu contrahuntur*, et non pas les obligations. Les termes de Pomponius sont donc déjà nouveaux, et son point de vue est celui de Gaius: et comme, malgré la confiance que M. Honoré a montré dans la référence à *Gaius noster* dans Pomp. D. 45, 3, 39⁷⁷, il faut croire que l'œuvre de Gaius n'était pas

pas douter de la définition de *contractus*, qu'il contient, parce qu'elle ne correspond à aucune notion d'époque post-classique ou justinienne. Il faut aussi accepter que l'*ultra citroque* de Labéon se réfère plutôt aux effets, qu'à la manière de conclure ces contrats (c'est-à-dire aux déclarations); c'est bien de cette même façon que les contrats consensuels sont individualisés chez Gai. 3, 137.

⁷⁶ SDHI, 32, 1966, p. 431.

⁷⁷ HONORÉ, *Gaius*, Oxford, 1962, p. 1 ss.; cpr. MAYER-MALY, *Gaius noster*, *Roczniki Teologiczno-Kanoniczne* 10/4, 1963, 55 ss. (résumé par l'A. dans *Iura*, 15, 457).

connue par Pomponius, cela suffit pour exclure⁷⁸ que Gaius ait été celui qui a transformé la tripartition en division quadripartite.

Si D. 46, 3, 80 nous a donc permis d'établir un *terminus ante quem*, je crois que le *terminus post quem* nous est fourni par D. 50, 16, 19: nous avons déjà vu que l'effort de Labéon, qu'Ulpie rapporte, pour établir un emploi techniquement exact du mot *contractus*, est encore loin du point de vue qui permet d'envisager comme homogène le champ auquel la classification se réfère⁷⁹. Ces deux textes nous indiquent donc, pour le phénomène auquel nous essayons de donner la date, une époque moyenne, entre Labéon (+ 10-21 p.C.) et Pomponius (moitié du 2^{ème} siècle). Il est tout à fait remarquable que ce soit au juste l'époque à laquelle il faut placer l'activité de Pedius, qui doit avoir travaillé à peu près à la fin du premier ou au commencement du 2^{ème} siècle: en tout cas avant Pomponius. J'ai remarqué cette circonstance, car la bien connue lex '*conventionis*', dans laquelle Ulpie (D. 2, 14, 1, 3) cite Pedius, est marquée par un langage, qui me semble celui d'un juriste qui écrivait au moment de la transition, dont nous sommes en train de parler⁸⁰:

...adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est.

Comme il a été reconnu par un certain nombre de savants, la pensée desquels a été confirmée par la recherche très récente de M. Wunner, la «Technisierung» du concept de *contractus* a eu lieu en reconnaissant le consentement comme l'élément commun⁸¹: «Damit nimmt der Begriff *contractus* das den einzelnen Verträgen ge-

⁷⁸ Cela contre les conclusions de D'ORS (voir *supra*, n. 8); cpr. WUNNER, p. 57 ss.

⁷⁹ Voir *supra*, 227.

⁸⁰ Cpr. GROSSO, *St. Volterra*, I, p. 60. Sur le texte, voir notamment: PEROZZI, *Obbl. rom.*, p. 33; RICCOBONO, *St. Bonfante*, I, p. 141 ss.; ID., *Corso*, p. 309 ss.; KADEN, *Festschr. Koschaker*, I, Weimar, 1939, p. 339 n. 97; p. 354; RICCOBONO, *Scritti Ferrini Pavia*, p. 60 s.; VOCI, *Dottr.*, p. 136; p. 300; DULCKEIT, *Festschr. Schulz*, I, p. 169; LEVY, *WVR Obligationen*, p. 17 (sur Aristo-Ulp. 2, 14, 7, 2 cpr. BENVHÖR, *Das sog. Synallagma*, p. 13 ss.); MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris, 1958, p. 26 ss.; GROSSO, p. 53 ss.; VAN OVEN, *Iura*, 4, 1953, p. 114 ss.; WIEACKER, *Irrtum, Dissens oder gegenstandslose Leistungsbestimmung?*, dans *Mél. Meylan*, I, 401 n. 74; 406 n. 105; WUNNER, p. 2; p. 49; p. 97; MAYER-MALY, 2. *Festschrift Nipperdey*, I, p. 510. Pour établir la signification précise de la phrase *nam et stipulatio* etc., voir VARRO, I.L. 6, 69 (cpr. Fest., L. 440 [*spondere*]), MAROI, *SDHI*, 15, 1949, 102; adde VARRO, I.L. 6, 71; 6, 72; GROSSO, *Studi Volterra*, I, 55 s.

⁸¹ Cette thèse doit être rattachée aux *Parerga III* de PERNICE, *SZ*, 9, 1888, p. 195 ss., mais elle a dû être recréée par RICCOBONO, *Scritti*, 2, 113-133 (*ex AP*, 3-4, 1915); *TR* 3, 1922, p. 342 ss.; *St. Bonfante*, I, p. 125 ss.; *Corso di dir. rom. (stipulationes contractus pacta)*, Milano, 1935 (*passim*); *Scritti Ferrini Pavia*, Milano, 1946, p. 60 s., après que BONFANTE (*Diritto romano*, Firenze, 1900, p. 370 = *Scritti*, III, p. 107 ss.; *Scritti*, III, p. 124 ss.; p. 135 ss.) et PEROZZI (*St. Schupfer*, Torino, 1898, p. 165 ss.; *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, p. 31 n. 1; sur PEROZZI, *Ist.*, II, 17 voir RICCOBONO, *St. Bonfante*, I, p. 170) ont fondé la «teoria obbiettiva» (c'est-à-dire que «il contratto rappresenti il vincolo che si stabilisce fra due subbietti, non escludendosi la volontà ma prescindendosi da essa»: BRASIELLO, *St. Urbinati*, 3, p. 122; cpr. BONFANTE, *Scritti*, III, p. 138). Cette «teoria obbiettiva» a été re-

meinsame rechtliche Element, nämlich die Willensübereinstimmung der Parteien in sich auf»⁸². Et c'est bien ce que Pédus fait dans son passage; il n'y parle pas des contrats *consensu*, mais il sont sans doute le point de départ de son discours, qui se déroule évidemment de cette manière: *conventionis nomen generale est*, et il ne s'applique pas seulement aux *negotia* qui se concluent *consensu*, dans lesquels la présence de la *conventio* est évidente, mais aussi aux *negotia* qui ont lieu *re, verbis* et – ajoutait-il sans doute – *litteris*.

L'idée que l'on peut tirer de ce passage de Pédus, rapporté par Ulpien, peut être exprimée, en empruntant des morceaux de phrase aux mêmes Ulpien et Pédus, et enfin à Gaius, de la manière suivante: que la *conventio* est *ad omnia perti-nens de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt* (Ulpien), *sive re sive verbis sive litteris fiat* (Pédus), *sive consensu, id est cum neque verborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse* (Gai. 3, 136).

Ainsi la division quadripartite des contrats nous semble-t-elle être née en même temps que la nouvelle notion de contrat, et comme résultat du même processus historique.

présentée notamment par BRASIELLO, *St. Bonfante*, II, p. 541 ss.; *St. Urbinati*, 3, 1929, p. 103 ss. (cpr. LEVY, *SZ*, 51, p. 556 s.); *SDHI*, 10, 1944, p. 101 ss.; *Scritti Ferrini Pavia*, p. 540 ss.; ALBERTARIO, *Studi*, III, p. 78 s. (cpr. *Studi*, III, p. 97 ss.; V, p. 472 ss.); WIEACKER, *Societas*, Weimar, 1936, p. 80 ss.; p. 273 ss.; LAURIA, *SDHI*, 4, 1938, p. 165 s.; VON LÜBTOW, *ACI Verona*, III, p. 252 ss.; BETTI, *Ist.*, 1, p. 67 ss. (pour la pensée de M. D'ORS voir *supra*, n. 8 et 72). Le point de départ (que Riccobono critiquait) de cette théorie était que les mots *contrahere* et *contractus*, selon leur étymologie, indiquaient le lien; cette thèse ne peut plus être défendue, maintenant que WUNNER, p. 4-94 a prouvé la vérité de la conclusion de VOCI, *Dottrina*, 20 (WUNNER, p. 10; p. 16 n. 34), que «*contrahere* significa porre in essere» (WUNNER. «zustandbringen») (mediante un atto della propria volontà, un atto giuridico (*inter vivos*)). La voie tracée par Riccobono a été suivie notamment par BORTOLUCCI, *ACJI*, I, Roma, 1934, p. 243 ss.; VOCI, *Dottr.*, (p. ex. p. 297 ss.: voir aussi *Scritti Ferrini Pavia*, p. 285 ss.) et WUNNER, qui d'ailleurs réclame son indépendance de la pensée de Riccobono: cpr. WUNNER, p. 97 n. 8). Sur ce problème, envisagé d'un point de vue plus général, voir encore MAYER-MALY, *Festschrift Nipperdey*, I, 509 ss.

⁸² WUNNER, p. 219 s. Je cesse d'ailleurs de partager l'idée de Wunner, lorsqu'il rattache la «Technisierung» de *contractus* à son emploi dans la dichotomie des *obligationes ex contractu* et *ex delicto* (WUNNER, p. 54 s.), dichotomie qu'il (suivant DE VISSCHER, cpr. WUNNER, p. 47 ss.) rattache à son tour à la création de l'*obligatio ex delicto*, qui aurait eu lieu dans un temps récent, peut-être même celui de Gaius (de toute façon pas beaucoup plus tôt: cpr. WUNNER, p. 81). Sur la «Technisierung» voir encore WUNNER, p. 77 ss., où (voir aussi p. 93 s.) il met en relief que l'opposition de *obligatio ex contractu* à *obligatio ex delicto* ne signifie guère que les Romains aient considéré contrats tous les actes (sources d'obligations) qui n'étaient pas des délits: l'usage général était de nommer *contractus* les contrats, tandis que les «nichtkontraktliche Rechtshandlungen» sont appelées *contractus* dans les sources classiques en très peu de cas, en général pour des buts particuliers (WUNNER, p. 97; voir les cas chez WUNNER, p. 86 ss.). L'emploi impropre, fictif de *contrahere* est au contraire fréquent dans les sources postclassiques (gloses etc. WUNNER, p. 94; exemples WUNNER, p. 79 ss.). Sur le procès de «Technisierung» voir aussi LEVY, *WVR Obligationen*, p. 16 s.; KASER, *RPR*, I, p. 435 s. Aussi DULCKEIT, *Festschr. Schulz*, I, p. 153.

7. – Si l'histoire de l'origine de la classification des contrats est, à ce point, complète, il faut maintenant établir ce qu'elle a changé de sa substance, dans cette transformation.

Nous avons vu que le critère, qui inspirait la *distinctio* de Quintus Mucius, était d'individualiser l'élément qui, dans chacune des opérations juridiques considérées, se trouve immédiatement lié au phénomène de la naissance de l'obligation, et partant donne lieu à cette naissance et détermine le contenu de la dette⁸³.

Nous reviendrons plus tard sur ce point: mais on peut dire tout de suite que – selon le schéma de Mucius – *re contrahere* voulait dire aussi bien s'obliger en acceptant une *datio rei* que s'obliger dans la mesure de la *res* qui a été donnée; tout comme *verbis contrahere* ne signifiait pas seulement s'obliger par la prononciation de certains mots, mais aussi pour la prestation de ce qui, par ces mots, avait été exprimé; de même pour les *litterae*.

Or, si cette double signification de la *distinctio* a pu subsister encore, lorsqu'elle a débordé le domaine du *creditum*, pour être adaptée – comme on la trouve chez Pédus, dans D. 2, 14, 1, 3 – à tous les actes qui étaient conclus *re, verbis et litteris*, elle dut au contraire se réduire à un sens univoquement limité, dès qu'elle fut étendue à comprendre les contrats consensuels. Car *consensu contrahere* ne peut avoir que la seule signification de conclure un contrat par le consentement.

Le consentement, en effet, c'est l'accord, la rencontre des volontés, qui suppose un certain contenu, mais qui ne l'exprime pas. Même si l'on veut se passer de la distinction entre le consentement lui-même et les déclarations dans lesquelles il se réalise (et il s'agit d'une distinction romaine, comme le prouve le même texte D. 2, 14, 1, 3), il faut reconnaître que les déclarations ne peuvent pas être considérées un moyen pour la détermination du contenu⁸⁴, comparable à la *res data*, aux *verba* ou aux *litterae*. Les juristes romains se sont bien sûr efforcés de donner au *consensus* des contrats consensuels un aspect le plus concret possible, le liant à l'accord sur des points particuliers (*de pretio, de mercede*), mais il s'agit de points pas du tout exhaustifs. Dans les contrats consensuels le contenu est, en effet, déterminé de tout autre manière, comme le dit Gaius quand, en soulignant le caractère bilatéral de ces contrats (tandis que *re, verbis, litteris* ne peut naître que l'obligation d'une partie envers l'autre), il est obligé d'indiquer le critère, qui sert à la détermination des deux groupes d'obligations:

Gai. 3, 137: *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet...*

⁸³ Voir *supra*, p. 224 s.

⁸⁴ Cpr. WUNNER, p. 212 ss.

III.

8. – La *distinctio* originaire *re, verbis, litteris* était donc issue d'une réflexion point du tout doctrinale, mais liée à une règle, dont le caractère pratique ne peut être mis en discussion. Mais si l'on analyse encore une fois l'élément qui constitue le pivot de la *distinctio*, on peut le trouver significatif aussi dans une autre direction que celle de la règle du *contrarius actus*, énoncée par Quintus Mucius.

Nous avons déjà remarqué qu'avant son passage définitif, qui l'a transformée en classification des contrats, et exactement entre Quintus Mucius et Pédus, la *distinctio* a connu un élargissement, qui lui permit de sortir du simple domaine du *creditum*, pour être employée dans tout le champ des obligations nées *re, verbis, litteris*⁸⁵. Sans pouvoir le prouver d'une manière précise, mais simplement par suggestion du langage de Labéon (au D. 50, 16, 19) et Pédus (au D. 2, 14, 1, 3), qui emploient la terminologie, *re, verbis* (et *litteris*) pour énumérer les actes par groupes homogènes, on peut supposer avec toute vraisemblance que la *distinctio* a connu un emploi autonome, indépendant de la règle du *contrarius actus*. Or, dans cet emploi, elle ne peut qu'avoir gardé le sens qui lui était donné du critère sur la base duquel elle avait été établie. Ce critère étant, comme nous l'avons déclaré plusieurs fois, celui de l'individualisation de l'élément duquel dépend soit la naissance de l'obligation, soit la détermination de son contenu, à la *distinctio* elle-même était attachée une deuxième règle, plus importante peut-être que celle du *contrarius actus*; à savoir que la détermination du contenu de l'obligation *re* doit être faite en se référant à ce qui a été donné, la détermination du contenu des obligations *verbis* et *litteris* en se référant à ce qui a été dit ou écrit.

On peut d'ailleurs prouver que cette règle existait en effet, que les juristes romains en étaient conscients. Il est bien sûr impossible d'établir si elle n'a jamais été énoncée comme *regula* proprement dite, et peut-être cela n'a jamais eu lieu. Mais les sources nous montrent d'une manière assez claire que, même à défaut d'énoncés abstraits, les juristes employaient dans la pratique l'idée que la détermination du contenu du contrat était liée à la *res data*, aux *verba*, aux *litterae*, suivant les cas.

Pour les obligations *re contractae* je pourrais aussi me passer de toute démonstration, et renvoyer à certaines pages de M. D'Ors, M. Kaser, et surtout M. Grosso⁸⁶; une preuve suffisante est d'ailleurs représentée par la gratuité naturelle du *mutuum*; mais il y a aussi un texte dans lequel la fonction de la *res data* comme élément pour déterminer la quantité de ce que le créancier peut prétendre est directement affirmée:

⁸⁵ Voir *supra*, le par. 7.

⁸⁶ D'ORS, *ACI Verona*, III, p. 278; KASER, *Eranion Maridakis*, I, p. 69 ss., 173; GROSSO, *Sistema*, p. 75 ss. (en part. p. 77).

D. 2, 14, 17 pr. (Paul. 3 ed.): *Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi nisi quatenus datum sit*⁸⁷.

Il faut reconnaître que le langage de ce texte ne correspond pas d'une manière très exacte à la règle que nous cherchons: la quantité de la *res data* y joue le rôle d'une *taxatio*, d'une limite de la dette. Mais cela est tout à fait naturel dans des textes conçus par des juristes tardo-classiques: à l'époque où le *mutuum* était devenu un véritable contrat, et les modalités de l'obligation étaient tirées aussi ailleurs que de la *res data*⁸⁸, à savoir des déclarations des parties. Mais bien que ces déclarations eussent désormais une validité *iure civili*, le point de départ pour établir le contenu du contrat resta toujours la *res data*, toute autre circonstance étant considérée une sorte de complément. Le témoignage peut-être le plus ancien de ce point de vue se trouve dans

D. 12, 1, 11, 1 (Ulp. 26 ed.): *Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. sed si dedero, ut undecim habeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse*⁸⁹.

L'évolution accomplie a abouti à l'idée que la *datio* doit être considérée comme une déclaration, voire la plus importante:

D. 12, 1, 3 (Pomp. 27 Sab.): *Cum quid mutuum dederimus etsi non cavimus, ut aequè bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quae ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intellegitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit*⁹⁰.

Aussi pour les obligations *verbis* y a-t-il bien sur le problème «inwieweit die Römer... die Umstände des individuellen Falles berücksichtigt haben»⁹¹; mais cela ne modifie pas le fait que le contenu de la *stipulatio* doit être déterminé en premier lieu par l'interprétation des *verba*.

La casuistique de la *stipulatio*, que le Digeste présente en particulier au titre 45, 1, consiste presque seulement de l'énumération de formules de *stipulatio*, avec l'explication du régime du rapport obligationnel qui en découle; les *verba* y sont toujours présentés comme la source primordiale de ce régime, même si le procédé logique du juriste n'est pas toujours mis en évidence par des expressions – d'ailleurs fréquentes – telles que *haec verba sic accipi* (Pomp. D. 45, 1, 111), *respiciendum erit sermo stipulationis* (Pomp., *h.t.*, 112 pr.), *si ita concepta sit stipulatio* (Pap., *h.t.*, 115,

⁸⁷ Cpr. KASER, *Eranion Maridakis*, I, p. 179 n. 84.

⁸⁸ Cpr. KASER, *Eranion Maridakis*, I, p. 162 ss.

⁸⁹ Cpr. KASER, *Eranion Maridakis*, I, p. 178 s.

⁹⁰ Cpr. KASER, *Eranion Maridakis*, I, p. 173 s.

⁹¹ Cpr. KASER, *Eranion Maridakis*, I, p. 159.

2), *hoc haec stipulatio demonstrat* (Paul., *h.t.*, 125), *quem intellectum habeat haec conceptio* (Paul., *h.t.*, 132 pr.), *nihil facit contra verba stipulationis (eod.)*, *secundum ea verba stipulationis, quae a te proposita sunt* (Jav. D. 46, 1, 44). Dans un texte de Scaevola, les *verba* deviennent tout court l'obligation elle-même (D. 45, 1, 135, 1: *respondit verba quae proponerentur ex die, quo stipulatio facta esset, initium capere*). Les *verba* jouent ce rôle primordial aussi dans les cas⁹² où ils sont déclarés insuffisants (que la *stipulatio* soit valable: Ulp., *h.t.*, 4, 1 pr.; 80; cpr. *h.t.*, 110, 1 et Paul. D. 34, 5, 21 pr.; ou pas valable: Pap., *h.t.*, 115 pr.⁹³) ou superflus (Ulp. *h.t.*, 45, 4; Jul., *h.t.*, 56, 1; Pap. *h.t.*, 120). De cette façon, quand on veut surmonter la difficulté qui dépend d'un manque de mots, on est poussé à feindre que les mots qui manquent ont été prononcés⁹⁴.

Ajoutons encore le témoignage de D. *h.t.*, 52, dans lequel Ulpie, opposant la typicité absolue des stipulations prétoriennes à la souplesse des *stipulationes conventionales* (cpr. Pomp., *h.t.*, 5 pr.), fait un discours qui a pour objet le contenu, mais s'exprime en termes qui se rapportent à la forme:

In conventionalibus stipulationibus contractui forman contrahentes dant. enimvero praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente praetoris qui eas proposuit: denique praetoriis stipulationibus nihil immutare licet neque addere neque detrudere.

Mais il y a des textes dans lesquels la règle est presque clairement énoncée. En effet, la règle subsidiaire '*interpretatio contra stipulatorem*'⁹⁵, telle qu'on la trouve chez Ulp., *h.t.*, 38, 18 (*In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt*), suppose comme règle primordiale que *in stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba interpretanda sunt*. Et c'est bien ce que disait Celsus, avant d'énoncer, au 38^{ème} livre de ses Digestes, la même règle:

D. *h.t.*, 99 pr.: *Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est: ...*⁹⁶.

Enfin, une déclaration de Paul:

D. *h.t.*, 126, 2 (Paul. 3 *quaest.*): *plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus*

⁹² Cpr. Marcell. D. 45, 1, 95; sur la différence entre ce texte et le fragment 115 pr. (Pap.), voir CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel dir. rom. class.*, Milano, 1969, p. 149 s. Sur l'ambiguïté des *verba* voir aussi Cic., *Part. orat.*, 31, 107-108.

⁹³ Un cas particulier, dans lequel la différence des *verba* porte une différence de régime juridique de l'obligation, se trouve dans Ulp. *h. t.*, 86.

⁹⁴ Paul. *h. t.*, 134, 1 et 2.

⁹⁵ Sur cette règle, dernièrement GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in dir. rom.*, Milano, 1966, p. 390 ss.

⁹⁶ Cpr. BESELER, *TR*, 10, 1930, p. 178; RICCOBONO, *SZ*, 43, 1922, p. 353.

*obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel condicionem ex eo, quod agi apparebit, intellegendum est: numquam personam ...*⁹⁷.

La règle de Celse, que nous venons de lire, semble être atténuée dans le texte de Paul; mais si l'on considère les exceptions que celui-ci introduit, on voit bien qu'elles ne touchent pas le rôle primordial des mots: il ne s'agit pas, en effet, de supposer une addition à la formule de la *stipulatio* employée, mais d'y trouver ce qui *inest*⁹⁸, c'est-à-dire de déterminer le régime juridique propre de la situation instaurée par les mots du contrat.

Pour les obligations *litteris*, les textes manquent; mais il va de soi que, s'agissant toujours de dettes qui ont pour objet une somme d'argent, la quantité ne pouvait être déterminée qu'en se référant à ce qui avait été écrit lors de la conclusion du contrat⁹⁹.

9. – C'est de cette façon, que je pense que l'histoire de la *distinctio* 're, verbis, litteris' peut avoir un rapport avec l'histoire de l'interprétation.

L'interprétation du contrat est une opération juridique qui a comme but la détermination du contenu du contrat: et, si la règle qui est à la base de la *distinctio* indique, dans chacun des actes considérés, l'élément dont le contenu doit être tiré, elle indique, en même temps, l'objet de l'interprétation. Et il me semble assez intéressant de pouvoir établir qu'au départ de l'histoire de l'interprétation des actes conclus *re, verbis* et *litteris* on trouve cette règle limitative de l'objet de l'opération, tandis qu'en matière d'interprétation des actes conclus *consensu* on ne trouve pas un principe pareil.

Car, en lisant la littérature qui concerne le problème de l'interprétation des actes juridiques, on ne peut pas cacher l'impression que, malgré les travaux d'éminents savants, et de très bons livres assez récents¹⁰⁰, la matière n'a été encore envisagée que selon des méthodes dans lesquels l'intérêt dogmatique prévaut sur les intérêts historiques.

Je n'ai prétendu proposer ici qu'une hypothèse de travail; je crois l'avoir suffisamment justifiée; il appartient aux spécialistes des problèmes de l'interprétation de la vérifier.

⁹⁷ 'Nisi expressa sit' interpolé: cpr. EISELE, *SZ*, 19, 1889, p. 321 (err. D. 45, 1, 126, 1). Sur les problèmes de ce texte voir la cit. chez KASER, *Eranion Maridakis*, I, 157, n. 10; pour la partie qui concerne notre recherche notamment RICCOBONO, *SZ*, 35, 1914, p. 260 (err.: D. 45, 5, 126, 2); *SZ*, 43, 1922, p. 276; 352; PRINGSHEIM, *Ges. Abhandl.*, I, Heidelberg, 1961, p. 320; II, p. 245, n. 213.

⁹⁸ *Inest tempus*. Ven., *b. t.*, 137, 2; cpr. Paul., *b. t.*, 73 pr.; Ulp., *b. t.*, 41, 1; 60; D. 13, 4, 2, 6. 'Quasi condicionem habeat': Paul. D. 45, 1, 73, 1.

⁹⁹ Le seule doute qui peut naître (sans grande importance d'ailleurs), c'est que, puisqu'il s'agit de contrats qui opèrent une sorte de novation, la *transcriptio* pût être rapportée à l'obligation précédente, sans nouvelle indication de la somme due. Mais cela peut être exclu, puisque la *transcriptio* n'opère pas une novation en sens propre, car l'*obligatio litteris* qui en découle ne dépend pas de l'obligation précédente. Cpr. KASER, *RPR*, I, p. 454 n. 6.

¹⁰⁰ Pour la bibliographie sur les problèmes de l'interprétation je renvoie à l'«Introduzione» de GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione* (cité).

SULLA 'DIVISIO OBLIGATIONUM' NEL DIRITTO
ROMANO REPUBBLICANO E CLASSICO *
(STUDI SULLE OBBLIGAZIONI II) **

SOMMARIO: Si tratta di un tentativo di ricostruire la storia della *divisio obligationum*, intesa, questa, come strumento dommatico per la individuazione dei fatti produttivi di obbligazione, e non quale schema didattico per la classificazione delle fonti di obbligazione già riconosciute tali. Il problema si pose ai giuristi romani con l'introduzione della *legi actio per condictioem*, che rese necessaria una *divisio* delle cause del *certum dare oportere* (*re; verbis; litteris*), estesasi poi a diventare una *divisio* delle cause dell'*oportere* in generale. Nel campo, analogo e contrapposto, dell'*oportere ex fide bona* sorse la figura del contratto, la quale non ebbe rilevanza come categoria dommatica in funzione della *divisio obligationum* se non a partire dal momento in cui (forse con Aristone) si ammise la possibilità di riconoscere efficacia a contratti atipici. Quanto ai delitti, è probabile che i giuristi romani non li abbiano mai raggruppati in un'unica categoria dommatica, in funzione di una *divisio obligationum* con valore sostanziale, e non meramente didattico. La loro menzione risulta da un glossema nel solo testo che ci tramandi una *divisio obligationum* frutto di riflessioni dommatiche (Mod. D. 44. 7. 52) e non didattiche (come invece Gai. 3. 88-89).

L'oggetto del presente studio, ed in particolare l'impostazione data al problema, devono essere ricollegati alle prospettive aperte dalla cospicua serie di scritti, che Theo Mayer-Maly ha di recente dedicati, più o meno direttamente, alla '*divisio obligationum*'¹. All'autore vanno riconosciuti, anzitutto, due meriti: dal punto di vista storico, di avere messo in evidenza come la storia della *divisio obligationum* nel

* Pubblicato in *Iura*, XXI, 1970.

** Il primo di questi studi sulle obbligazioni è pubblicato in *Sein und werden im Recht. Festgabe für U. v. Lübtow* (Berlin 1970) 431 ss. (*La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*). Il secondo, qui presentato, riprende, con qualche modifica e precisazione, il contenuto di una comunicazione letta durante la XXV sessione della S.I.D.A., a Vienna, nel settembre 1970 (col titolo '*Oportere*', '*oportere ex fide bona*' et la *divisio obligationum*). È stato qui, naturalmente, anche aggiunto un apparato di note, che però si limita ad alcune segnalazioni essenziali: dato il carattere dell'argomento e le sue numerose implicazioni, un supporto completo di bibliografia e fonti avrebbe appesantito oltre misura un discorso, che vuole essere soprattutto l'individuazione di una certa connessione fra fenomeni ben noti.

¹ MAYER-MALY, *Studien zum Vertrag, I: Vertrag und Einigung*, in 2. *Festschrift Nipperdey* 1 (München-Berlin 1965) 509 ss.; II: *Von solchen Handlungen, die den Kontrakten in ihrer Wirkung gleichkommen*, in *Festschrift Wilburg* (Graz 1965) 129 ss.; III: *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, in *RIDA* 12 (1965) 437 ss.; '*Obligamur necessitate*', in *ZSS*, 83 (1966) 47 ss. [v. anche *Topik der 'necessitas'*, in *Etudes Macqueron* (Aix-en-Provence 1970) 477 ss.]; '*Divisio obligationum*', in *The Irish Jurist* 2 n. s. (1967) 375 ss. Anche *Probleme der 'negotiorum gestio'*, in *ZSS*, 86 (1969) 416 ss.

diritto romano non sia rappresentabile come il semplice *iter* che, dalla bipartizione di Gaio mena, via ‘*res cottidianae*’, alla quadripartizione giustiniana²; dal punto di vista dommatico, di aver chiarito, che il vero problema della *divisio obligationum* non è quello, didattico, di classificare le fonti delle obbligazioni, già determinate *a priori*, ma proprio quello di stabilire il catalogo dei fatti produttivi di obbligazione, cioè di determinare quali siano le fattispecie dalle quali scaturisce un’obbligazione. Per dirlo con sue parole: «I should emphasize that the main Task of any *divisio obligationum* is to justify the obligation»³.

I.

1. – Non mancano argomenti per supporre, che sia stata l’introduzione della *legis actio per condictioem*⁴ a mettere per la prima volta i giuristi romani di fronte al problema di dover ricorrere a criteri dommatici, per stabilire l’esistenza di un’obbligazione in un caso concreto. Nelle formule della *legis actio per condictioem* non figurava infatti alcuna *causa nominata*⁵, poiché l’attore altro non doveva affermare, se non che il suo avversario gli doveva una somma di denaro o una cosa determinata (Gai. 4, 17 b).

Mentre, in precedenza, la menzione della *causa* era sempre elemento essenziale del formulario. Per quanto concerne la storia delle obbligazioni. *a) manus iniectio*: nessun dubbio: cfr. Gai. 4, 21; 4, 24; PUGLIESE, *Processo civ. rom.* I (Roma 1962) 310; *b) iudicis (arbitrive) postulatio*: nessun dubbio: cfr. Gai. 4, 17a tra le *causae* della *iudicis postulatio* una sola riguardava, d’altronde, il diritto delle obbligazioni, e cioè la *sponsio*, prevista dalle XII tavole; Gai. 4, 17a parla, più in generale, della *stipulatio*, benché riporti la formula con le parole ‘*ex sponsione*’: cfr. LEVY, *ZSS*, 54 (1934) 299 (= *Ges. Schr.* 88); KUNKEL, *Festschr. Koschaker* 2 (Weimar 1939) 4 nt. 4. Se ne potrebbe dedurre, che le XII tavole non davano la *iudicis postulatio* se non per la *sponsio*, e che l’estensione dell’applicabilità dell’azione ad ogni forma di *stipulatio* sia frutto dell’*interpretatio* dei giuristi; per questa via si verrebbe a ricollegare la creazione del genere ‘*verbis obligari*’ all’*interpretatio* relativa all’applicazione della *iudicis postulatio*; si tratta tuttavia di un filo troppo tenue per poter essere utilizzato nella trama della storia della *divisio obligationum*, che qui cerco di ricostruire; *c) legis actio sacramento in personam*: il *responsum* (SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, tr. it., Firenze 1968, 44 nt. 1), riportato in Gai. 4, 11, non può che provenire dalla casistica della *legis actio sacramento in personam*, e non avrebbe alcun senso, se nella formula di questa *legis actio* la *causa* (forse non sempre fondata nella legge: cfr. PUGLIESE, *SDHI* 20 (1954), 378; *PCR* I. 10; 13 ss.; *contra*

² MAYER-MALY, *The Irish Jurist* 2 n. s. (1967) 379 s.

³ MAYER-MALY, *The Irish Jurist* 2 n. s. (1967) 383.

⁴ Datazione in KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1966; d’ora in poi cit. *RZP*) 81 nt. 4 (*lex Silia*: fine del III sec. a. C.) e 81 nt. 5 (*lex Calpurnia*: di poco posteriore). Siamo dunque nel periodo di attività di P. Elio Peto (cons. 201 a. C.) e di Sesto Elio Peto Cato (cons. 198 a. C.; cens. 194 a. C.): cfr. KUNKEL, *Herkunft u. soziale Stellung der röm. Juristen*² (Graz-Wien-Köln 1967) 8 s.; D’IPOLITO, *Sextus Aelius ‘Catus’*, in *Labeo* 17 (1971) 272 ss.

⁵ Da ultimo WATSON, *Roman Private Law around 200 BC.* (Edimburg 1971) 117.

KASER, *RZP* 24 s. con lett. nt. 6) non avesse sempre (*contra* MAGDELAIN, *Les actiones civiles*, Paris 1954, 16 nt. 2) dovuto essere *nominata*. L'idea di una *legis actio sacramento* astratta non concorda, del resto, con quello che appare essere stato l'atteggiamento dell'antica giurisprudenza (prima dell'introduzione della *legis actio per condictionem*, intorno alla fine del III sec. a. C., ed il rapido passaggio alla *condictio* formulare della *lex Aebutia*, nel II sec. a. C., cfr. KASER, *RZP* 114), in rapporto al processo; i giuristi parlavano piuttosto per i magistrati che per i giudici, creando le formule più che non interpretandole; ciò risulta ancora dalla struttura dei *tripertita* di *Sex. Aelius*, nei quali l'*interpretatio* faceva da trait d'union fra la *lex* e la *legis actio* (Pomp. D. 1, 2, 2, 38; SCHULZ, *Storia* 69)⁶. Non è dunque vero quanto asseriva il BEKKER (*ZSS*, 25, 57; cfr. LEVY, *ZSS*, 54, 297 e la lett. citata e criticata da KASER, *Das altröm. Jus* [Göttingen 1949] 200 nt. 36; *RZP* 65 nt. 11; cfr. PUGLIESE, *PCR* I, 15; 343), e cioè che «die *actio generalis* der Römer war das abstrakte Klagformular, ohne angabe der *causa*»; *d) pignoris capio*: non riguardava le obbligazioni; cfr. PUGLIESE, *PCR* I, 332; *Mél. Meylan* I (Lausanne 1963) 279 ss.; KASER, *RZP* 104 s.

Il *modus agendi* 'per *condictionem*' attribuiva dunque al giudice un compito affatto nuovo: mentre in precedenza egli doveva solo verificare l'esistenza della specifica *causa nominata*⁷, ora gli si chiedeva di stabilire se esistesse una qualunque *causa* della prestazione, della quale l'attore si affermava creditore.

L'ipotesi, secondo la quale con la *legis actio per condictionem* non fu che introdotta una nuova procedura, per *causae* già riconosciute, è verosimile: ma essa non modifica in nulla il carattere di novità assunto in questa *legis actio* dall'*officium* del giudice.

Il significato di tale ipotesi (PUGLIESE, *SDHI* 20, 379; *PCR* I, 14; 352; WIEACKER, *ZSS* 80, 7 s.) deve, daltronde, essere precisato: essa non riguarda che lo scopo della *lex Silia* e consiste nell'affermare che esso non era una dilatazione del campo dell'*oportere* a comprendere nuovi rapporti, ma quello di migliorare la procedura per i casi di *certam pecuniam dare oportere* (cfr. KASER, *RZP* 81 nt. 7); pertanto si riferisce solo al momento della sua promulgazione; in particolare, non impedisce di pensare che l'introduzione della *legis actio per condictionem* abbia indotto i giuristi ad ampliare, con la loro *interpretatio*, l'ambito dell'*oportere*, riconoscendolo in fattispecie nuove (nuove in rapporto a quelle che rientravano nella sfera di applicazione della *legis sacramento in personam* o della *iudicis postulatio*).

In ogni caso, appare certo che l'ambito di applicabilità della *legis actio per condictionem* venne presto definito negli stessi termini che caratterizzeranno la *condictio* formulare⁸, dal che è lecito desumere che la giurisprudenza repubblicana ha dato un senso tecnico all'espressione *dare oportere* della formula della *legis actio per condictionem*: poiché la corrispondenza fra le parole *dare oportere* e l'ambito di applicabilità stesso non è affatto ovvia⁹.

⁶ Su Sesto Elio (il quale pure, secondo Pomp. D. 1, 2, 2, 7, *actiones composuit*: sul significato di questa espressione ARCHI, 'Interpretatio iuris', 'interpretatio legis', 'interpretatio legum', in *ZSS*. 87 [1970] 16 nt. 19) v. lett. sopra nt. 4. I *Tripertita* sono esaminati ancora, nel contesto di una valutazione dell'*interpretatio*, dall'ARCHI, *o. c.* in *ZSS*. 87 (1970) 15 ss.

⁷ Naturalmente ciò si riferisce alla *legis actio sacramento in personam* ed alla *legis actio per iudicis (arbitrive) postulationem*; la *causa nominata* della *manus iniectio* aveva diversa funzione.

⁸ KASER, *RZP* 80, con riferimenti (nt. 3) a *RPR* I¹ (München 1955) 153; 495 (*err.* 459) s.; V. ora *RPR* I² (München 1971) 170 s.; 593 s. Cfr. anche KASER, *Das altrömische Jus* cit. (d'ora in poi, *AJ*) 288 nt. 24 e WATSON, *o. c.* sopra n. 5, 117 ss.

⁹ Cfr. PUGLIESE, *PCR* I, 348; KASER, *RZP* 80.

a) Le pene, anche ove consistessero in una somma determinata, ne sono state escluse (PUGLIESE, *PCR* I, 348). Si tratta in particolare dei casi dell'*iniuria* comune (Tab. 8, 4; Gell. 20, 1, 12; Gai. 3, 223; Paul. Coll. 2, 5, 5), dell'*os fractum* (Tab. 8, 3; Gai. 3, 223 '*fractum aut conlisum*'; Paul. Coll. 2, 5, 5), delle *arbores furtim (iniuria?) caesae* (Tab. 8, 11; Plin. *Nat. hist.* 17, 1, 7), forse anche di quello dell'omicidio e del *membrum ruptum* relativi ad uno schiavo [DAUBE, *LQR*, 52 (1936) 267], nei quali era necessaria una *legis actio sacramento in personam* (KASER, *RZP* 64 s.; cfr. 95). Si deve notare, d'altra parte, che le fonti non ci permettono di stabilire se alle parole '*XXV poenae sunt*', o simili, della legge corrispondessero nell'azione le parole '*XXV dare oportere*'; di conseguenza non è possibile sapere se l'esclusione delle pene dall'ambito di applicabilità della *legis actio per condictionem* sia stata semplicemente la conseguenza di una particolare configurazione dei delitti privati, e della terminologia legislativa che li riguardava, o se invece essa abbia avuto il carattere di una vera restrizione tecnica del senso di *dare oportere*; b) nessuna delle *causae* della *manus iniectio* fu riconosciuta come fonte del *dare oportere* della *legis actio per condictionem*; questo fatto viene, in genere, spiegato facendo leva sul particolare carattere di queste *causae*, alle quali corrispondeva una responsabilità fondata su di un fatto notorio, che permetteva l'esecuzione diretta senza giudizio. Ma il problema si ripropone se si ammette che vi furono delle *causae* le quali, avendo perduto tale carattere, furono sottratte alla *manus iniectio* per venir fatte oggetto di *legis actio sacramento in personam* (KASER, *RZP* 64 s.; 96); si tratta in particolare del caso del legato per *damnationem*, per il quale l'accennata evoluzione pare essersi verificata prima della *lex Vallia* (KASER, *AJ* 128 s.; 135; 155). Se si accetta l'idea di questo processo evolutivo, si deve anche, nello stesso tempo, sottolineare il fatto che l'*actio ex testamento certi* restò sempre indipendente dalla *condictio* [KASER, *RZP* 80 non ha mantenuto la sua vecchia ipotesi, *AJ* 286; 288; contro la quale BROGGINI, *Iudex arbiterve* (Köln-Graz 1957) 188 nt. 87], anche se si deve osservare che la formula della *legis actio sacramento* per il *legatum per damnationem* può non essere stata imperniata su di un *dare oportere* (v. per es. KASER, *RZP* 65), ma concepita più o meno così: '*Aio te ex testamento Lucii Titii mihi dare damnatum esse*' (cfr. Gai. 3, 175); c) l'applicazione della *legis actio per condictionem* al *dare oportere* derivante da una *stipulatio certi* non può aver sollevato alcun problema¹⁰, e neppure l'applicazione ai *nomina transscripticia*. Per questi ultimi (*pecunia expensa lata*) si pone piuttosto il problema di sapere se la *legis actio per condictionem* sia stata la più antica forma della loro protezione giuridica, o se invece essi rientrassero già nella sfera di applicazione della *legis actio sacramento in personam* (come si afferma di solito, ad es. PUGLIESE, *PCR* I, 13, senza tuttavia poterlo provare); d) Lo stesso problema si pone per *mutuum*, *solutio indebiti* e *condictio ex causa furtiva*. Queste tre *causae* trovavano il loro denominatore comune nella circostanza che si tratta sempre di casi, nei quali una parte ha presso di sé – senza giustificazione [LEVY, *ZSS*, 54, 311 = *Ges. Schriften*, 1, 95; KASER, *Erantion Mardakis* (Athenai 1953) 1, 168 s.] – un *aes alienum* (KASER, *AJ* 287; 313) o una *res aliena* [KASER, *AJ* 289; su Pomp. Ulp. D. 6, 1, 5 pr. v. KASER, *AJ* 287; *TR*. 29 (1961) 186 ss.] che essa deve dunque *dare* [la parola non avendo ancora il senso tecnico, da essa acquistato all'epoca di Proculo: Pomp. D. 12, 4, 15; MITTEIS, *RPR* (Leipzig 1908) 58 nt. 50; o a partire dall'epoca di Cicerone, secondo BENEDEK, *Jubileumi Tanulmányok* (Pécs 1967) cfr. *IVRA* 19 (1968) 264] all'altra. Il *furtum* rientrava senza dubbio già nella sfera di applicazione della *legis actio sacramento in personam* (salvo l'impiego della *manus iniectio* contro il *fur manifestus*), ma vi si trovava inquadrato come delitto. La storia del mutuo ci rimane ignota; quella che si racconta abitualmente nei manuali non è che un'invenzione, come C. LONGO [*Corso di d.r., il mutuo* (Milano 1947) 1 ss.] – più o meno – ha ammesso; il KASER (*AJ* 285 ss.; 312 s.; anche *RPR* I.² 170 con lett.) ha proposto una ricostruzione plausibile, che porta a supporre l'applicazione della *legis actio sacramento in personam* al mutuo (ed alla *solutio indebiti*, che non ne rappresenta che una variante), ma come azione penale, con formula '*Aio te a me X asses accepisse nec uti oportet reddidisse*'; questa formula può suggerire un'idea circa la via, percorrendo la quale la giurisprudenza ha potuto (malgrado il carattere penale dell'antica azione) desumere un *X dare oportere* nel senso della *legis actio per condictionem* (cioè quella di dare rilevanza autonoma al presupposto per l'applicazione della pena, cioè al *X asses reddi oportere*).

In questo modo si arriva alla conclusione che le obbligazioni non delittuali da mutuo, pagamento dell'indebitato e furto sono state una creazione della giurisprudenza che elaborò l'*interpretatio* della *lex Silia* e della *lex Calpurnia*, allo scopo di precisare le fattispecie nelle quali era possibile il ricorso alla *legis actio per condictionem*.

¹⁰ V. sopra, p. 238 sub b).

In relazione alla *legis actio per condictionem* è dunque possibile individuare una tipizzazione di fattispecie di (*certum*) *dare oportere*, che rappresenta la prima *divisio obligationum* della storia del diritto romano. I tre generi (*re, verbis, litteris*) del *dare oportere* sono stati individuati prima che i tipi di fonti d'obbligazione, nei quali ciascuno si identifica, avessero la loro fisionomia definitiva, e si sono perciò modificati, man mano che questi tipi andavano precisandosi. Solo l'ultimo (*litteris*) dei tre generi sembra avere avuto fin dalla sua origine lo stesso contenuto, che gli si ritrova, presso la giurisprudenza classica. Il *verbis dare oportere* relativo alla *legis actio per condictionem* era invece una categoria più ristretta: esso si era bensì emancipato dal legame rigoroso con la *sponsio*¹¹, ma restava tuttavia una categoria estratta dal *dare oportere*, con la conseguenza di escludere le *stipulationes* di *facere*; ed inoltre, l'oggetto del debito non poteva essere che un *certum*. La più notevole è comunque la metamorfosi del *re obligari*, poiché il contenuto di questo genere era, dalla giurisprudenza più antica, definito in un modo diverso da come lo definirà poi la giurisprudenza classica. Si deve anzitutto tenere conto della circostanza, che la nozione di *re obligari* propria del diritto classico era legata al particolare significato che la parola *dare* aveva intanto assunto¹², nel contemporaneo linguaggio tecnico; l'idea, che si potesse agire contro un ladro usando le parole '*si paret eum dare oportere*' appariva alquanto peregrina a Gaio (Gai. 4, 4), ma essa non produceva certamente tale impressione all'epoca in cui *re obligari* non voleva dire «essere obbligati a causa del trasferimento della proprietà di una cosa», ma «essere obbligati a causa della cosa; dalla cosa (*sc.*: dalla presenza della cosa)»¹³. Per i giuristi, che elaborarono la prima *divisio obligationum*, '*re obligari*' esprimeva – come si è visto – la situazione di colui, che aveva presso di sé una cosa, senza una *causa* che potesse giustificare, nei confronti di un certo altro soggetto (che ne risultava pertanto creditore), la presenza della cosa presso di lui. Il sorgere dell'obbligazione dipendeva da questa circostanza, ed essa era la stessa per il ladro, il mutuatario e colui che aveva ricevuto il pagamento di un indebitto, le tre situazioni si presentavano quindi all'inizio come un unico tipo di *causa obligationis*. L'operazione di riconoscervi una causa di *dare oportere* era del resto preliminare al compito di differenziare le specie; Gaio (Gai. 3, 91) parla ancora della distinzione tra il *mutuum* e l'*indebitum solutum* come di un fenomeno recente, anzi, in corso.

¹¹ Forse già nell'*interpretatio* elaborata in relazione alla *legis actio per iudicis postulationem*, cfr. sopra, l. c. alla nota prec.

¹² V. sopra. p. 240 sub d).

¹³ V. lett. cit. nel luogo richiamato alla nota prec.; anche DULCKEIT, *Zur Lehre von Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht*, in *Festschrift Schulz I* (Weimar 1951) 160; D'ORS, '*Creditum*', in *AH-DE*. 33 (1963) 348; 352; in part. KASER, *AJ* 288. Non si può dedurre alcuna prova contro quanto sostenuto nel testo dal fatto che Cic. *Rosc. com.* 5, 14 [e 4, 13, sui quali CANNATA, in *Sein u. Werden im Recht. Festgabe v. Lübtow* (Berlin 1970) 444 s.] non menziona il furto; il testo di Cicerone non contiene una enunciazione della *divisio*, ma un'applicazione di questa al problema pratico posto dall'impiego della *condictio* in un caso particolare di debito di *certa pecunia*, un caso nel quale il furto era appunto fuori questione.

Non siamo in condizione di provare che la nozione di «*dare oportere* a causa della detenzione di una cosa che appartiene ad altri» sia stata indicata fin dall'origine per mezzo dell'ablativo caratteristico '*re*'; resta però il fatto incontestabile che l'espressione '*re obligari*' stessa è modellata sul più antico dei contenuti della nozione che le corrisponde; la terminologia in parola esprime infatti in modo concreto l'idea dell'«essere obbligato a causa della cosa che si ha presso di sé». L'esistenza della locuzione '*re solvere*' (in cui *re* ha evidentemente senso corrispondente alla nozione più recente, allusivo al trasferimento della cosa) non deve ingannare; *re solvere* non è espressione originaria, ma proviene dall'applicazione del «Symmetrieprinzip» al *re obligari* [cfr. SCHMIDLIN, *Die röm. Rechtsregeln* (Köln-Wien 1970) 75]. Nell'economia della presente trattazione, questo problema terminologico, non riveste daltronde grande importanza.

2. – Il significato della prima *divisio obligationum* ha dunque subito cambiamenti alquanto profondi, nel corso del tempo e prima della sua sistemazione, da parte della giurisprudenza classica; una notevole parte ha avuto il suo adattamento agli schemi concettuali imposti dalle nuove azioni formulari.

a) Abbiamo già visto che la precisazione del senso del termine '*dare*', nonché l'idea che con l'ablativo *re* si indicava il trasferimento della proprietà di una cosa (*res data*) hanno avuto per risultato di escludere il *furtum* dall'ambito del *re obligari*.

Questa esclusione ha potuto comunque avere luogo anche prima della metamorfosi della nozione di *re obligari*, a cagione della circostanza che l'oggetto del *furtum*, spesso, non è cosa fungibile. Una cosa individualmente determinata non è infatti adatta a fondare un'obbligazione la cui esistenza presuppone la presenza della cosa stessa presso l'obbligato: la cosa infungibile può infatti facilmente essere distrutta o pervenire ad un terzo. È questo il paradosso dell'idea di *alienum* (*aes alienum*; *res aliena*), che si trova alla base della nozione di credito qui impiegata¹⁴, di non adattarsi, cioè, ad una cosa che rimane effettivamente «altrui».

b) In un'epoca più antica, l'introduzione dell'*actio ex stipulatu incerti*¹⁵ ha comportato il riconoscimento di nuovi casi di obbligazione *verbis*; genere che si era daltronde già dilatato in seguito al riconoscimento delle *stipulationes iuris gentium*,

¹⁴ E che il D'ORS fa coincidere con una nozione romana di *creditum* in senso tecnico. V., riassuntivamente, *AHDE*. 33 (1963) 347; 352 (= *RE*. s. v. *creditum*, suppl. X, 1153; 1158 s.); sul tema v. però ora ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, estr. da *AP*. 32 (1971): critica alla concezione del D'ORS in generale, specialmente a p. 153 ss.

¹⁵ Sull'età dell'*actio ex stipulatu* (meglio: *ex sponsione*) *incerti*, lett. in KASER, *RPR* I¹, 152 nt. 29; I², 170 nt. 39. L'azione non è certo molto antica, tuttavia il suo impiego è sicuramente attestato da Cato (234-149 a. C.): Cato, *a. c.* 144; 146; formula in Gai. 4, 136. Riterrei preferibile l'opinione [una buona impostazione del problema in SCHWARZ, *Die Grundlage der 'condictio' im klassischen römischen Recht* (München-Köln 1952) 289; lett. in KASER, *RPR* I¹, 451 nt. 19 e 20; I², 452 in part. nt. 47; v. in part. VAN OVEN, *Les actions issues de la Stipulation*, in *TR*. 27 (1959) 391 ss.; sulla nozione di obbligazione di *incertum* da ult. WOLF, '*Causa stipulationis*' (Köln-Wien 1970) 192] di coloro che ritengono che nell'epoca classica non esistesse un'*actio certa ex stipulatu*, con *intentio* '*s.p. N^mN^m A^oA^o ex stipulatu C dare oportere*', distinta dalla *condictio*, la cui *intentio* non menzionava la *causa*; o per lo meno che questa azione, se esisteva (come traduzione in termini formulari di un'applicazione della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*) non trovasse normalmente impiego nella prassi, per il suo corso (elettivo) con la più agile *condictio*.

concluse con verbi diversi da *spondeo* (fenomeno alquanto antico e non databile); analogo effetto ebbe più tardi (I° sec. d. C.) l'estensione agli stranieri dei *nomina transscripticia* (con i limiti di cui in Gai. 3, 133); l'applicazione, che pure si deve presumere antica, della *condictio* al mutuo concluso con un peregrino, ha parimenti aggiunto un nuovo settore al campo delle obbligazioni *re contractae*.

Pare preferibile ritenere, che questa espansione dei tre *genera obligationum* sia avvenuta come autonoma dilatazione del campo dell'*oportere*; solo in rapporto alle obbligazioni di *incertum* è necessario supporre una recezione nell'*oportere* (semplice) di fattispecie, già appartenenti al campo dell'*oportere ex fide bona*.

Un solo dato testuale sembra opporre un ostacolo serio dell'accoglimento di tale conclusione, almeno per quanto concerne la *stipulatio*. Si tratta del cap. 20 della cosiddetta *Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, ove sono contenute le ben note formule, proposte per il caso in cui, avendo un proprietario di immobile rifiutato di *repromittere* o di *satis dare* per il *damnum infectum*, il danno si sia verificato. Queste formule si ricollegano alla *stipulatio* prevista nell'editto del pretore peregrino, nel modo seguente: '*Iudex esto. Si antequam id iudicium qua de re agitur factum est, Q. Licinius damni infecti eo nomine qua de re agitur eam stipulationem, quam is qui Romae inter peregrinos ius dicit in albo propositam habet, L. Seio repromisisset: tum quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona dumtaxat HS ..., eius iudex Q. Licinium L. Seio, si ex decreto duoviri quattuorviri praefectve Mutinensis, quod eius is duovir quattuorvir praefectusve ex lege Rubria, sive id plebive scitum est, decreverit, Q. Licinius eo nomine qua de re agitur L. Seio damni infecti repromittere noluit, c.s.n.p.a.*'¹⁶. Come è noto, da un passo del 53 *ad ed.* di Ulpiano (D. 39, 2, 7 pr.) noi conosciamo il testo corrispondente, nell'editto del pretore urbano: '*... in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est cautum fuisset ...*'. Poiché dunque dal confronto fra i due testi risulta che secondo l'editto (cosiddetto)¹⁷ giuliano la *stipulatio* in questione dava luogo ad un *oportere*, là dove l'editto del pretore peregrino, nel I sec. a. C., prevedeva un *oportere ex fide bona*, si può sostenere¹⁸ che la differenza tra le formule proposte nei due editti dipenda dal fatto che l'una trovava impiego nei processi fra Romani, l'altra nei processi fra o con peregrini. Questa tesi non può essere contrastata con argomenti certi: anche perché è essa stessa alquanto

¹⁶ Il testo riportato si trova alle linee 22-31 (c. I) del testo epigrafico, che riporto secondo l'edizione del Riccobono (*FIRA*. 1, num. 19, p. 171 ss.), modificando lievemente la grafia, per evitare gli arcaismi, inutili in questa sede. Analoga formula si legge subito dopo c. I, lin. 32 ss. della *lex*, per il caso di mancata *satisdatio* (cfr. lin. 32).

¹⁷ La riserva è fatta in omaggio alle discutibili, ma acute osservazioni del GUARINO, cinto l'idea della «codificazione» giuliano-adrianea dell'editto; da ultimo vedi: *Storia del diritto romano*⁴ (Napoli 1969) 460 ss.; *Gaio e l'edictum provinciale*, in *IVRA* 20 (1969) 157 nt. 19; 160 s.; ivi anche (p. 158 ss.) sulla perdurante distinzione – formale e in parte sostanziale – dell'editto del pretore urbano e dell'editto del pretore peregrino in età classica. Sulla tesi generale, dell'esistenza di un '*edictum provinciale*' e dell'autenticità dei commentari ad esso, attribuiti a Gaio, credo di dover mantenere l'opinione, enunciata già prima dello stesso libro del MARTINI, al quale l'articolo del Guarino in part. si riferisce, in *Per lo studio della resp. per colpa* (Milano 1969) 282 s. nt. 1. V. inoltre ANKUM, *Les édits des préfets d'Égypte et le problème de l'ed. prov.*, in *Ann. Fac. Droit Toulouse* 18 (1970) 357 ss.

¹⁸ Come è stato in effetti sostenuto. Per la letteratura e la discussione di questo problema v. in part. WIEACKER, *Zum Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, in *ZSS.* 80 (1963) 15 ss.; CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'* (Napoli 1964) 60 ss.; KASER, '*Oportere*' und '*ius civile*', in *ZSS.* 83 (1966) 11 ss. Sulla *lex Rubria* in generale v. le notizie contenute in NEGRI, *Appunti sull'indefensio nella 'condictio certae pecuniae ex lege Rubria'*, in *Atti del III convegno di studi velleiati*, Milano-Varese 1969, in part. 231 nt. 36.

poco chiara, legata com'è ad una concezione vaga dell'*oportere ex fide bona*. Il problema del contrasto fra i due testi in questione può essere meglio risolto notando che la *stipulatio* della *lex Rubria* e dei due editti dava luogo ad una obbligazione di *incertum*, e che nell'epoca più antica non era concepibile un *incertum dare oportere*, poiché le *legis actiones* non offrivano tutela alle obbligazioni di *incertum* (PUGLIESE, PCR I. 300).

È certo, come ancora di recente ha sottolineato il Kaser¹⁹, che il semplice *oportere* si contrappone all'*oportere ex fide bona*. Quel che, anche nel discorso del Kaser, lascia più dubbiosi, è l'identificazione del significato originario di *oportere* con un *oportere ex lege*. Contrapponendo *oportere ex lege* e *oportere ex fide bona* si viene a porre la *bona fides* sullo stesso piano della *lex* come fonte, in senso lato, dell'*oportere*²⁰. Invece²¹ l'*oportere ex fide bona* non va considerato un *oportere* fondato in un sistema diverso da quello della *lex*, da quello in cui vige la *lex*, ma solo un modo di *oportere*, diverso dall'*oportere* semplice: il quale, a sua volta, non è forse mai stato un *oportere* direttamente *ex lege*, ma piuttosto l'*oportere* tutelato con *legis actio*. Con l'affermarsi del processo formulare, il campo dell'*oportere ex fide bona* comprende dapprima tutti i rapporti per i quali non c'era una *legis actio*, sola o in concorso con un'azione formulare, e quindi anche tutte le obbligazioni di *incertum*; ma, a poco a poco (all'epoca della *lex Rubria* il processo non è ancora compiuto) i giuristi appaiono aver riconosciuto l'*oportere* semplice ogni volta che fosse possibile reperire in una *legis actio* il punto di partenza²² – e nella misura, d'altra parte, in cui questo punto di partenza poteva essere dilatato senza fare ricorso alle tecniche proprie del *ius honorarium* –. Questa dilatazione fu possibile per *stipulatio*, mutuo, e in parte per i *nomina transscripticia*, poiché le obbligazioni nascenti da questi negozi, classificate come *obligationes re, verbis e litteris*, offrivano un aggancio con la *legis actio per conditionem*: e ciò anche ove si trattasse di *incertum* o di atti conclusi con un peregrino (salvi i limiti per i *nomina transscripticia*). Per i delitti, la situazione era diversa: delle loro fonti non era stata fatta alcuna classificazione astratta, e non si trattava, di caso in caso, che dell'applicazione della legge che li prevedeva: donde la necessità, ad esempio, di una *fictio civitatis* in caso di azione cui partecipasse un peregrino²³:

Gai. 4, 37: *Item civitas romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi ...*

¹⁹ ZSS. 83 (1966) in part. 42 ss.

²⁰ Secondo la nota tesi del KUNKEL, 'Fides' als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht, in *Festschrift Koschaker 2* (Weimar 1939) 1 ss.

²¹ Una revisione di questo complesso problema deve oggi basarsi in particolare sui già citati lavori di WIEACKER, ZSS. 80 (1963) 1 ss.; CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, 36 ss.; KASER, ZSS. 83 (1966) 25 ss. nonché su KASER, RPR I², 485 ss. e lett. ivi cit.

²² Si tratta di quello che il MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur* (Paris 1958) 87 ss.; 181, chiama «apparentement au *ius civile*».

²³ Sul passo in part. KASER, ZSS. 83 (1966) 4 s.; 39 ss.

II.

3. – Se, nell'elaborazione dei giuristi repubblicani, l'*oportere* indicava la collegabilità di un rapporto obbligatorio con una fattispecie protetta da *legis actio*, l'*oportere ex fide bona* dei *iudicia bonae fidei* – introdotti, come si sa, nel corso del III e II sec. a. C. – stava a significare esattamente il contrario, e cioè che si era in presenza di un rapporto obbligatorio, analogo a quelli per i quali esisteva una *legis actio* (almeno nel senso più vago, sopra stabilito), ma che non poteva essere ricollegato con alcuna delle *causae* che potevano dare luogo ad una *legis actio*²⁴.

La speciale rilevanza che l'introduzione dei *iudicia bonae fidei* riveste, in relazione ai problemi che andiamo trattando, deve essere individuata nel fatto che la maggior parte dei rapporti protetti da queste azioni venivano posti in essere con un accordo non formale delle parti²⁵, inserendosi in un sistema che, almeno nel campo delle obbligazioni, non riconosceva ancora efficacia giuridica ad alcun accordo non formale.

Il D'Ors²⁶ pare dunque avere ragione, quando sostiene che la nozione romana di contratto ha avuto origine in questo settore. Le fonti, infatti, ci fanno conoscere due diverse nozioni di contratto²⁷. Una è stata in particolare illustrata nelle note ricerche del Riccobono, del Voci e del Wunner²⁸, e la si ritrova, particolarmente chiara, nelle istituzioni di Gaio (3, 88 ss.) e di Paolo (D. 44, 7, 3); questa nozione può essere descritta come quella di un «accordo fonte di obbligazione», e comprende i quattro *genera* dei contratti *re, verbis, litteris, consensu*. Si tratta tuttavia di una nozione alquanto recente, essendosi formata nel corso del I sec. d. C., e piuttosto verso la fine, o persino all'inizio del II sec., dopo che il consenso fu riconosciuto come elemento anche degli atti conclusi *re, verbis e litteris*²⁹.

Ma esisteva una nozione di contratto più antica, che corrispondeva ad un impiego più stretto³⁰ tanto della nozione di contratto quanto della parola *contractus*:

²⁴ KASER, ZSS. 83 (1966) 43.

²⁵ Cfr. MAGDELAIN, *Consensualisme*, cit. 93 s.: il tit. XIX dell'editto conteneva le sole azioni contrattuali di buona fede. La rubrica di questo titolo editale non ci è nota; solitamente la si indica come 'De bonae fidei iudicii', ma *contra* v. MAGDELAIN, *o. c.*, 93 nt. 205.

²⁶ V. ad es., ed in part., 'Creditum' und 'contractus', in ZSS. 74 (1957) 73 ss.

²⁷ Dico due, poiché ritengo che quella della «teoria obiettiva» di PEROZZI, BONFANTE e BRASIELLO sia ormai da considerarsi inutilizzabile; cfr. le indicazioni contenute in CANNATA, *La 'distinctio' etc.*, in *Sein u. Werden, Festgabe v. Lübtow*, 448 s. nt. 81.

²⁸ V. ancora le indicazioni di cui al luogo cit. nella nt. prec.

²⁹ Cfr. *Sein u. Werden. Festg. v. Lübtow* cit. 447 ss. Sulla diversa funzione svolta dall'accordo nei contratti *re, verbis e litteris* da un lato e nei contratti consensuali dall'altro, v. DULCKEIT, *Festschrift Schulz* I. 154 s.

³⁰ Cfr. DULCKEIT, *Festschr. Schulz* I. 187 s.; CANNATA, *Sein u. Werden. Festgabe v. Lübtow*, 446 s. e *ivi* nt. 75.

questa seconda – ma prima nel tempo – nozione è stata enunciata esplicitamente da Labeone (Ulp. D. 50, 16, 19), ma è ancora riconoscibile in Aristone (Ulp. D. 2, 14, 7, 2) e Pedio (Ulp. D. 2, 14, 1, 3), e fu probabilmente accettata, almeno come nozione più tecnica e ristretta, da Ulpiano stesso, del quale (accanto a testi come D. 12, 1, 1, 1)³¹, troviamo enunciazioni come quella del citato D. 50, 16, 19 e di D. 50, 16, 10³². Questa nozione più antica pone il contratto fra gli istituti tutelati con *iudicium bonae fidei*, e vi indica, precisamente, le convenzioni bilaterali:

D. 50, 16, 19 (Ulp. 11, ed.): *Labeo l. I ad ed. praet. urb ... contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci 'synállagma' vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem ...*

Va però notato che questa nozione labeoniana di contratto non ha ancora una vera rilevanza dommatica, ai fini della *divisio obligationum*: essa raggruppa sotto lo stesso nome – *contractus* –, ovvero sotto un'unica nozione – *contrahere* – una serie di atti, dopo averne constatato l'omogeneità strutturale; ma tale serie di atti strutturalmente omogenei è costituita da fonti di obbligazione già *a priori* individuate come tali, poiché l'editto pretorio prevede, per ciascuna di esse, un'azione. Un vero problema dommatico del contratto non poté porsi, finché i giuristi non si prospettarono il problema di stabilire se, ed a quali condizioni, un accordo dovesse essere considerato fonte di obbligazioni, anche al difuori dei casi nei quali un'azione era prevista nell'editto.

Il momento di questo fenomeno pare essere stato quello della polemica tra Aristone e Celso³³, che noi conosciamo attraverso la testimonianza di Ulpiano (D. 2, 14, 7, 2), quando il primo sostenne che ogni accordo poteva dare luogo ad obbligazione, purché *subsistat causa*, vale a dire a condizione che fosse presente quella che un giurista inglese chiamerebbe «executed consideration»; e, a tenore degli esempi adottati nel testo citato, che questa *causa* fosse una *causa data*, il trasferimento della proprietà di una cosa. In questo caso Aristone attribuiva alla parte una '*actio civilis incerti, id est praescriptis verbis*'. La discussione a proposito della classicità di questa azione e della sua struttura³⁴ vanno risolte valendosi dell'osservazione che con quella frase il giurista non intendeva enunciare il nome dell'azione, ma descri-

³¹ In parte uguale a P. Ryl. III 474 b; sul testo v. WIEACKER, *Textstufen klassiker Juristen* (Göttingen 1960) 250 ss.; ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'* cit. 22 ss.

³² Sul quale non è dunque da condividere neppure il limitato sospetto di alterazione dell'ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'* 144 nt. 95 (indispensabile, invece, l'aggiunta di *et, tra sed e si*). Su D. 50, 16, 19 v. CANNATA, *Sein u. Werden. Festgabe v. Lübtow*, 446; 448.

³³ La storia del consensualismo ha forse un capitolo più antico, legato all'editto *de pactis*: v. MAGDELAIN, *Consensualisme* 49 ss. Dei testi adottati dall'A. mi pare tuttavia abbastanza significativo solo quello di Seneca il retore (*Contr.* 9, 3; MAGDELAIN, 54 ss.). Tutto questo problema della preistoria del consensualismo resta comunque oscuro.

³⁴ V., con lett., KASER, ZSS. 82 (1965) 211 ss., v. KASER, ZSS. 83 (1966) 1 ss.

verne la formula : *actio civilis*, cioè fondata sull'*oportere*³⁵; *incerti*, cioè con *intentio incerta* (*quidquid...*); *praescriptis verbis*, cioè con *verba praescripta* all'*intentio*, in questo caso con *demonstratio*³⁶. Se si aggiunge la testimonianza di I. 4, 6, 28³⁷, che ci assicura trattarsi di un *iudicium bonae fidei*, ne risulta una formula di questo genere:

QUOD A^sA^s N⁰N⁰ HOMINEM STICHUM DEDIT UT N^sN^s PAMPHILUM MANUMITTERET Q.D.R.A. QUIDQUID OB EAM REM N^mN^m A⁰A⁰ DARE FACERE OPOR-
TET EX FIDE BONA EIUS IUDEX N^mN^m A⁰A⁰ C.S.N.P.A.

Questa soluzione di Aristone non ha avuto, per tutto il periodo classico, un successo completo: l'opposizione assoluta di Celso (che forse concedeva solo l'azione per la restituzione della *res data*) sembra condivisa ancora, all'epoca di Ulpiano, da Paolo (D. 19, 4, 1, 1-2); da D. 2, 14, 7, 2 e D. 19, 5, 1-4 si deduce che v'era un'altra tesi, rappresentata in particolare da Giuliano e Papiniano, secondo la quale in questi casi si doveva dare, per l'esecuzione della prestazione non eseguita, un'*actio in factum*³⁸.

In ogni modo – quali che fossero le soluzioni proposte od accettate – quel che più interessa qui notare è il fatto che queste discussioni avevano veramente un valore dommatico per il problema della *divisio obligationum*: loro scopo era infatti di stabilire se, accanto a *re, verbis* e *litteris obligari* (e, naturalmente, accanto a quegli altri casi particolari, che non rientravano in queste categorie, ma per i quali un'azione era prevista) si doveva o non si doveva riconoscere un altro genere di fonti delle obbligazioni. Questo, precisamente, era il problema; poiché, fino a quando i soli contratti riconosciuti fossero stati i contratti tipici, il contratto come genere di fonti non aveva alcuna utilità pratica.

L'altra nozione romana di contratto, quella propria – come si è visto – di Gaio e di Paolo, prescindeva da tutta questa problematica. L'ampliamento della nozione

³⁵ Contro il tentativo di indebolire la connessione tra *oportere* e il *ius civile*, operato dallo STURM, 'Oportere', in ZSS. 82 (1965) 211 ss.; v. KASER, ZSS. 83 (1966) 1 ss.

³⁶ È, questa, anche la spiegazione di Stefano, B. 11, 1, 7, 2 (Heimb. 1, 560); C. 2, 4, 6 (a. 230) si riferisce ad un caso diverso, ma prova che le parole *praescriptis verbis* potevano riferirsi ad una *demonstratio*. Di diverso avviso è, in particolare, il VOCI, *La dottrina romana del contratto* (Milano 1946) 236 ss., che tuttavia, come assai spesso, considera quello di '*praescriptis verbis*' come un nome dell'azione. Sul problema v. in ogni modo, con altra lett., KASER, ZSS. 83 (1966) 38.

³⁷ Gaio (4, 62) non dice nulla [malgrado SIBER, *RPR* (Berlin 1928) 207; ma v. LEVY, ZSS. 49 (1929) 472 s.; cfr. VOCI, *Dottrina*, 232]; ma ciò non deve meravigliare. Daltronde è assai probabile che Gaio non seguisse l'opinione di Aristone.

³⁸ Ho indicato qui la problematica del contratto innominato nell'epoca classica secondo le linee che una lettura attenta dei testi [numerose e tormentatissimi, per i quali sono ancora essenziali le messe a punto del VOCI, *Dottrina*, 231 ss. e del GROSSO, *Sistema rom. dei contratti*³ (Torino 1963) 163 ss.] mi pare suggerire; ma sul problema specifico è necessario che ritorni in altra sede. Ora aggiungo solo che l'espressione ricorrente *actio in factum civilis* credo rappresenti la contaminazione postclassica delle due tesi classiche principali (*actio in factum* e *actio civilis incerti*).

di contratto, dilatata fino a comprendere gli atti conclusi *re, verbis* e *litteris*, era bensì derivata da un'esigenza pratica³⁹: quella, almeno, di poter tenere conto delle dichiarazioni delle parti nel regime del mutuo, e forse anche quella di considerare in modo più completo i *verba* nell'interpretazione della *stipulatio*⁴⁰. Ma, separata dal suo scopo primitivo⁴¹, essa generò uno schema didattico che, dal punto di vista del problema della *divisio obligationum*, era un regresso. L'imbarazzo di Gaio di fronte alla *solutio indebiti* è ben noto⁴²; ma esso è il prodotto naturale del metodo dall'autore seguito. Infatti, la *solutio indebiti* configurava bensì un *re obligari*, ma non poteva essere un contratto. In una *divisio obligationum* del tipo *re, verbis, litteris, contractu* essa ha un posto preciso, ma da una divisione dei c o n t r a t t i in *re, verbis, litteris, consensu*, essa è irrimediabilmente esclusa, e destinata ad essere annoverata fra le *variae causarum figurae*, questa specie di limbo delle fonti dell'obbligazione che non appartengono ad alcun genere noto.

Questa prospettiva ci permette di intravedere anche una soluzione al problema, sempre aperto, di sapere perché Gaio non abbia trovato, nella sua classificazione dei contratti, un posto per il deposito, il comodato e la *fiducia*: la spiegazione va ricercata nella circostanza che si trattava di rapporti, l'azione a tutela dei quali nasceva *ex conventione*⁴³.

Ciò è chiaro per la *fiducia*, nella quale è appunto la *conventio* non formale (*pactum fiduciae*) a rendere inoperante la causa (fornita dall'atto solenne di trasferimento) che giustificerebbe la presenza della cosa presso il fiduciario. Per deposito e comodato l'evoluzione storica è più complessa. Si deve anzitutto tenere conto del fatto che l'*actio commodati* si trova (con entrambe le formule, *in factum* e *in ius*) nel titolo *de rebus creditis* dell'editto, mentre l'*actio depositi* era (sempre con entrambe le formule) posta assieme ai *iudicia bonae fidei*. Ciò aiuta a supporre la seguente linea evolutiva: il rimedio più antico fu l'*actio commodati in factum*: il comodato è visto come rapporto affine al mutuo⁴⁴, ma *a*) senza trasferimento della proprietà dell'oggetto; *b*) con azione diretta alla restituzione della cosa stessa. Il carattere *b*) creava anche un'affinità fra l'*actio commodati* e la *condictio* nascente da stipulazione di *dare* una cosa determinata. Finché il comodato fu il solo rapporto, nei confronti del deposito, al quale fu riconosciuta una tutela autonoma, la sua *causa* non aveva rilevanza notevole. Quando invece fu introdotta anche l'*actio depositi*, divenne necessario dover tener conto della *causa*, per distinguere deposito e comodato; la *causa* non risultava dalla consegna della cosa, ma solo dagli accordi intercorsi tra le parti. A questo punto i due rapporti, comodato e

³⁹ È in questo modo che va spiegato il fenomeno cui allude il DULCKEIT, *Festschr. Schulz* I. 156 (e nt. 3), il quale non mi pare averlo, per parte sua, inteso a fondo (cfr. o. c. 168 s.). Sulla dilatazione della nozione di contratto, di cui si parla nel testo, v. anche *Sein u. Werden. Fesgabe v. Lübtow*, 448 s.

⁴⁰ Cfr. D. 45, 1, 95, su cui CANNATA, *Per lo studio della resp. per colpa*, 149 s.

⁴¹ Nel quale era certo accettata anche dai giuristi che adottavano l'altra nozione di contratto; e certo da Pedio e Ulpiano; cfr. D. 2, 14, 1, 3; MAYER-MALY, in 2 *Festschrift Nipperdey*, 510; anche 511.

⁴² Gai. 3, 91, sul quale in part. SANFILIPPO, '*Solutio indebiti*' I (Milano 1943) 23 ss.; ma il testo è assai noto in dottrina; v. ancora ad es., VAN OVEN, in *IVRA* 1 (1950) 21 ss.

⁴³ Cfr. MAGDELAIN, *Consensualisme*, 90 ss. (su Ulp. D. 2, 14, 7, 1, p. 104 s.).

⁴⁴ V. da ult. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'* cit. 14 nt. 5, con riferimento a PASTORI, *Il comodato nel dir. rom.* (Milano 1954) 31 ss., ove altra lett. V. anche MAGDELAIN, *Consensualisme*, 95 ss.; WIEACKER, *ZSS*; 80, 32 nt. 115.

deposito hanno dovuto essere inquadrati facendo leva sull'accordo, e cioè come contratti in senso stretto.

Con ciò si è mostrato come l'introduzione delle azioni *commodati* e *depositi* abbia favorito la considerazione dei due negozi come contratti consensuali e non come contratti reali; ma, osservando la struttura della più antica categoria del *re obligari*, se ne desumono elementi sufficienti per escludere che (malgrado le già notate affinità fra comodato e mutuo) tale categoria fosse adatta a comprendere comodato e deposito; essa infatti, come già si è osservato (sopra, p. 272), non poteva essere presa in considerazione nei casi in cui depositario e comodatario avessero perso la cosa, poiché, se essi non hanno la cosa, non possono *re obligari*, né sarebbe stata sufficiente – almeno per il caso del comodato – la finzione della *perpetuatio obligationis*. Ciò conferma l'opinione che, prima dell'introduzione delle azioni formulari [SEGRE, *Scritti* (Torino s. d.) 61 ss.], e salva la misteriosa azione penale *ex causa depositi* di XII tab 8. 19 [Paul. Coll. 10, 7, 11; KASER, *AJ* 219 nt. 39; *RPR* I¹. 143 nt. 39; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der Condictio* (Münster-Köln 1952) 279], il deposito e il comodato non ebbero tutela autonoma, ma una tutela che partecipava di quella del *damnum iniuria datum* e del furto, compresa – beninteso – la *condictio ex causa furtiva*; le limitazioni poste a quest'ultima da un certo numero di testi classici (per es. Paul. D. 41, 2, 3, 18; D. 47, 2, 1, 2; Cels. D. *eod.*, 68 pr.) devono essere messe in relazione con la nozione classica di *furtum* – più ristretta (ALBANESE, *Enc. del dir.*, XVIII, s. v. *Furto*; I: *Introduzione storica*, con lett.) di quella dei tempi della *lex Silia* e della *lex Calpurnia* –. Non è possibile, in questa sede, andare oltre queste annotazioni; la metamorfosi subita dalle varie nozioni nella loro evoluzione rende troppo difficile la ricostruzione di un capitolo dell'antico diritto, che noi non possiamo conoscere che attraverso il prisma, deformante, del regime classico del concorso fra, da un lato, le azioni *commodati* e *depositi*, e dall'altro le azioni nascenti dal *furtum* e dal *damnum*⁴⁵.

Gaio, facendo dei contratti consensuali una suddivisione del *contractus*, era stato condotto a contrapporre i contratti consensuali agli altri contratti, come quelli per concludere i quali '*sufficit eos qui negotium gerunt consensisset*' (Gai. 3, 136)⁴⁶. Il contratto di Aristone, invece, era bensì imperniato sull'accordo, ma la sua nozione non era per nulla turbata dal fatto che l'accordo non fosse sufficiente a creare il rapporto obbligatorio; D. 2, 14, 7, 2 mostra chiaramente che a tale nozione non ripugnava l'esigenza di una *causa data*, e certo non le ripugnava né la consegna di una cosa, né una preventiva *mancipatio*.

La classificazione di Gaio non costituisce dunque un momento della storia del problema dommatico della *divisio obligationum*: essa costituisce, al contrario, una sistemazione didattica, la quale, per così dire, è indifferente al problema dommatico che le corrisponde.

4. – Lo sforzo sistematico di Gaio (o forse è meglio dire: quello che le Istituzioni di Gaio ci testimoniano) non si limitò qui. A fianco dei contratti egli pose, come fonte di obbligazione, i delitti. Si è molto discusso sull'età di questa *species* di fonti⁴⁷,

⁴⁵ V. in part. in LEVY, *Konkurrenz*, 2, 1 (Berlino 1922) le esegesi di Paul. D. 9, 2, 18; Ulp. D. 13, 6, 7, 1 [sul quale ultimo v. anche *Nachträge zur Konk.* (Weimar 1962) 20 s.]; Paul. D. 44, 7, 34, 2; Gai. D. 13, 6, 18, 1 [sul quale anche SEGRE, *Scritti vari* (Torino 1952) 66 ss. nt. 9]; Iav. D. 47, 2, 72 pr.; Paul. D. 44, 7, 34, 1. Vedere anche Pomp. D. 13, 2, 16.

⁴⁶ In questo senso MAGDELAIN, *Consensualisme*, 98; 106 s.; 166.

⁴⁷ V. la lett., del resto assai nota, in KASER, *RPR* I², 155 ss.; 609 ss.

ma forse questo non è un vero problema, e i giuristi romani dell'epoca classica non si sono, anzi, posti mai il problema dei delitti come problema di *divisio obligationum*. Allo stesso modo dei giuristi del Common Law, essi non conobbero mai un principio come quello dell'art. 1382 del Code Civil (cfr. art. 2034 C. C. it. 1942), per il quale «tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer». Essi possedevano una casistica, posta dalla legge (XII tab.: *furtum, iniuria; lex Aquilia*) o dall'editto pretorio (rapina, *actio de dolo, actio quod metus causa, de albo corrupto, de sepulchro violato, actio servi corrupti, de effusis et deiectis, de posito et suspensio* etc.): le estensioni operate dalla giurisprudenza, in particolare quelle della *lex Aquilia*, non dovevano dare luogo a problemi particolari⁴⁸. In tutti questi casi l'individuazione del fatto che generava l'obbligazione era assicurata dalla descrizione della fattispecie che si trovava nella legge o nell'editto; questi erano, naturalmente, stati fatti oggetto di interpretazione da parte della giurisprudenza, ma si trattava di una interpretazione del tutto simile a quella che aveva avuto luogo in rapporto alle *causae* della *legis actio sacramento in personam* e della *iudicis postulatio*; quella che avrebbe dovuto avere luogo, secondo le intenzioni di Celso⁴⁹, per i contratti consensuali.

5. – In conclusione, si deve riconoscere che il solo testo, proveniente da un giurista classico, che ci presenti una *divisio obligationum* stabilita non in funzione di una sistemazione didattica, bensì di autentiche esigenze dommatiche, con lo scopo «to justify the obligation», è il testo di Modestino, D. 44, 7, 52; e non va dimenticato che il suo autore era allievo di Ulpiano, i cui frammenti son proprio quelli che ci hanno consentito di ricostruire la storia del problema dommatico della *divisio obligationum*:

D. 44, 7, 52 pr. (Mod. 2 reg.) *Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato.*

Dopo gli studi del Mayer-Maly, non è più possibile dubitare della sostanziale classicità di questa *divisio*; in particolare, egli ha fornito prove sufficienti per conservarvi i generi *obligari necessitate*⁵⁰ e *obligari lege*⁵¹; gli argomenti da lui addotti per quest'ultimo genere possono essere considerati validi anche per *obligari iure honorario*⁵²; il Mayer-Maly ha già sottolineato anche il fatto che nel testo la nozio-

⁴⁸ V. tuttavia Pomp. D. 19, 5, 11, testo che adombra un problema dommatico, e la sua soluzione, riportando le azioni *in factum ad exemplum legis Aquiliae* ad un fondamento che starebbe nella *lex* stessa.

⁴⁹ V. sopra, p. 246 s.

⁵⁰ V. l'articolo '*Obligari necessitate*', cit. qui sopra, nt. 1.

⁵¹ V. il III degli *Studien zum Vertrag*, cit. qui sopra, nt. 1.

⁵² Va, a questo proposito, ricordato anche il fondamentale lavoro del SEGRÈ, '*Obligatio*', '*obligare*', '*obligari*' nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano, ora in *Scritti vari*, 249 ss.

ne di contratto non è impiegata⁵³, ed ora noi siamo altresì in condizione di affermare che la tradizione di cui Modestino appare l'erede riconosceva il contratto, in senso stretto, solo nel genere dell'*obligari consensu*. Si può aggiungere che Modestino ha concepito esattamente un autonomo genere *re et verbis*, indipendente dai due generi *re* e *verbis*, poiché dal mutuo con *stipulatio* nasceva un'unica obbligazione⁵⁴.

Io supporrei, nel testo, due alterazioni: la soppressione usuale dell'*obligatio litteris*⁵⁵, e l'interpolazione dell'*obligatio ex delicto*, indicata daltronde con l'espressione impropria *ex peccato*. Modestini non aveva affatto bisogno di questa categoria, le cui figure rientravano tutte nei generi dell'*obligari lege* o dell'*obligari iure honorario*⁵⁶.

⁵³ *The Irish Jurist* 2 n. s. (1967) 380. Su D. 44, 7, 25, 1 v. MAYER-MALY, o. c., 381.

⁵⁴ V. KASER, 'Mutuum' und 'stipulatio', in *Eranion Maridakis* 1 (Athenais 1963) 156 s., che configura più sottilmente un unico dovere di adempiere ed un'unica pretesa con duplice fondamento: nel testo di Modestino, invece, anche il fondamento appare concepito in modo unitario.

⁵⁵ Sulla soppressione del genere *litteris*, in generale, v. *Sein und Werden. Festgabe v. Lübtow*, 436 nt. 21-24.

⁵⁶ Su D. 44, 7, 52, 6 v. da ultimo METRO, in *IVRA* 20 (1969) 519.

DIE VERTRAGLICHE HAFTUNG IN DER SICHT DER RÖMISCHEN JURISTEN *

I.

1. – Die Zeiten der großen Methodenkämpfe in der romanistischen Forschung sind heute wohl zu Ende. Für die allgemeine Befriedung spricht nicht nur der Umstand, daß die römischrechtlichen Quellen inzwischen auf jede Art und mit jedem Mittel gesiebt und gereinigt worden sind, es liegen auch deutliche Anzeichen für das Wirken einer heimlichen, aber tätigen Friedensbewegung vor. Vielleicht ist es die um die Selbsterhaltung besorgte Eintracht der letzten Individuen einer wissenschaftlichen Gattung, die so zu überleben hofft.

Die heutigen «Dissensiones dominorum» sind jedenfalls durchgehend gemäßigt und, m.E., gibt es nur noch eine einzige Frage, die die authentische Bedeutung eines Grundproblems behalten hat; aber diese gerade ist ewig und untrennbar mit dem Studium der römischen Rechtsquellen verbunden: die Kontroverse über den Sinn und Zweck dieses Studiums. Zwar handelt es sich vorerst um eine kulturell-politische Frage, doch hat sie auch unmittelbare methodologische Folgen.

In Wirklichkeit barg schon die zweideutige Gestalt des *Corpus Iuris*, vorab der Digesten, den Keim zu dieser Kontroverse in sich. Gewiß ist es eine Übertreibung der Kompilation der Digesten eine doppelte Rolle zuzuschreiben und, einen Gemeinplatz aus der Zeit der Interpolationenjagd aufgreifend, zu behaupten, das Werk sei schon in den Händen der Kompilatoren zugleich Gesetzbuch und Geschichtswerk gewesen. Doch läßt sich nicht bestreiten, daß der eigentliche Charakter der Digesten in ihrem Klassizismus liegt. Sie erstrebten eine Reform des Rechts, der Iura, und setzten sie durch eine vertagte Wiederherstellung der Monumenta der klassischen Jurisprudenz ins Werk. Die Zweideutigkeit dieses klassizistischen Werkes liegt daher darin, daß es ein Vorbild der Vergangenheit aufgreift und für die Gegenwart zu erneuern sucht. Im Grunde enthält es so zwei Vorbilder, die als das Bestmögliche vorgeschlagen werden, das Vorbild der Vergangenheit, an das es sich anlehnt, und das Vorbild, das es als erneuerte und aktualisierte Vergangenheit nun selbst sein will.

Die oft erbitterte Kontroverse zwischen denen, die das *Corpus Iuris* als einheit-

* Pubblicato in *St. Cagliari*, vol. XLVII, 1971-1972.

Gastvorlesung, gehalten am 3. November 1971 an der Juridischen Fakultät der Universität Wien.

lichen Kanon des Privatrechts heilig hielten, und denjenigen, welche es lediglich als historische Urkunde gelten ließen, zieht sich als ein roter Faden durch die Geschichte der romanistischen Jurisprudenz.

Bis zum Ende des 19. Jahrhunderts sahen die beiden Parteien ihre Aufgaben in entgegengesetzter Richtung, in der Aufbereitung geltenden Rechtes einerseits und in der reinen Erkenntnis der antiken Rechtskultur andererseits. Grob vereinfachend kann man sagen, daß der Härtegrad dieses Gegensatzes eine sinkende Parabel beschreibt. Ihr höchster Punkt liegt am Anfang, zur Zeit der heftigen Kritik Lorenzo Vallas und Angelo Polizianos gegen die Bartolisten des 15. Jahrhunderts, ihr tiefster Punkt dagegen am Ende, und zwar im 19. Jahrhundert, als die Pandektistik die ganze Rechtswissenschaft als eine geschichtliche betrachten wollte.

2. – Um 1900, als das deutsche BGB in Kraft trat, war das römische Recht nirgends mehr in Europa geltendes Recht. Man hätte daher erwarten dürfen, daß die in konservative Bewahrer und progressive Erneuerer zerfallenden Romanisten ihre getrennten Stellungen verlassen und eine homogene Schar gebildet hätten, in der sich lediglich noch einige Neuhumanisten etwa über die Klassizität des Begriffes der *successio in singulas res* oder über die Formel der *legis actio sacramento in personam* und andere Details streiten würden.

Das zu erwartende Ereignis trat jedoch nicht ein. Nur für einige Zeit – etwa ein halbes Jahrhundert – hatte es den Anschein, daß die Romanisten – im Hinblick auf die Frage ihrer Stellung im juristischen Habitat – ihre Streitaxt begraben hätten. Zwar debattierten sie noch, aber die Diskussion erstickte in den Wolken der neu angezündeten Friedenspfeifen.

Doch trägt dieses Bild, die Eintracht war künstlich und, falls – wie ich oben vermutet habe – nur zum Zweck des Überlebens bestimmt, überdeckte sie auch einen groben Irrtum, denn die künstliche, äußerliche Eintracht kräftigt eine Gruppe nur im Augenblick einer Schlacht, wo entweder große Stoßkraft oder numerische Majorität entscheidet; auf die Dauer verhindert sie dagegen die Auswahl der Individuen, schwächt die Art, und läßt diese endlich erlöschen.

3. – Dem methodologischen Problem, welchen Zweck das Studium des römischen Rechts habe, konnten sich die Romanisten nie entziehen: dabei haben sie auch immer mindestens zwei verschiedene Stellungen eingenommen; es gab immer Romanisten, die das römische Recht als einen Forschungsbereich der Altertumswissenschaft betrachteten, und daneben Romanisten, die im römischen Recht ein Spezialfach der Rechtswissenschaft sahen.

Aus diesen genannten Grundhaltungen sind heutzutage drei verschiedene Typen von Romanisten herausgewachsen.

a) Der erste, den wir als reinen Dogmatiker beschreiben können, ist der *'suus heres'* der deutschen Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts. Ohne den ge-

schichtlichen Charakter des römischen Rechts zu verkennen, sucht er dieses Recht mit Hilfe der heutigen Dogmatik zu erklären. Die andauernde Aktualität des römischen Rechts scheint sich also in seiner Anschauung der der zeitlosen Kunst des Brettspiels zu nähern. Mit dem Tod Emilio Bettis ist jedoch dieses Genus verschwunden. Seine Schüler selbst haben sich auf andere Wege gemacht.

b) Den zweiten Typus dürfen wir dagegen als reinen Historiker bezeichnen. Gewiß handelt es sich immer um einen Rechtshistoriker. Die römische Rechtsgeschichte bedeutet ihm aber nicht mehr als ein Kapitel der allgemeinen Weltgeschichte, das er neben die Geschichte anderer antiker Rechte, etwa des assyrischen oder griechischen, reiht oder das er als ein Spezialfach der antiken Kultur, wie die römische Baukunst oder die ägyptische Malerei, betrachtet. Der oft gehörte Vorwurf, daß von diesem Standpunkt aus die römische Rechtsgeschichte keine Relevanz für die Gegenwart habe, ist jedoch unberechtigt: hier vermischt sich der Sinn der Rechtsgeschichte letztlich mit der allgemeinen Bedeutung, welche die Geschichte für das Verständnis der heutigen Welt, oder eigentlich der Welt im ganzen hat.

c) Schließlich finden wir einen dritten Typ, der oft mit dem zweiten in einer Person symbiotisch zusammenlebt, und dies manchmal mit besten Ergebnissen.

Wie für die Lehrer der historischen Rechtsschule, gibt es für diesen dritten Typ eine geschichtliche Rechtswissenschaft; sie bedeutet ihm aber nicht die einzige wahre Rechtswissenschaft, sondern nur eine Art von Rechtswissenschaft, eine Weise, die Rechtserfahrung im Ganzen zu untersuchen, die einigen modernen Bestrebungen der vergleichenden Rechtswissenschaft sehr nahe kommt. In seiner Sicht ist die ganze europäische Rechtsgeschichte die Münzstätte für die Rechtsherstellung der heutigen europäischen Rechtsordnungen und der heutigen europäischen Rechtswissenschaft, zu der das römische Recht das Hauptmetall der dort gemünzten Legierung lieferte.

Den Hauptgegenstand der rechtshistorischen Betrachtung bildet in dieser Perspektive die Untersuchung, wie die römische Jurisprudenz Rechtsentscheidungen findet und technische Rechtsbegriffe formt. Das gilt freilich auch für jenen Forscher, den wir reinen Historiker genannt haben; im Gegensatz zu jenem hat jedoch die Entdeckung und Erhellung des römischen Rechtsdenkens und der darin entwickelten Gesichtspunkte für den Romanisten dieser dritten Gattung den Sinn einer unmittelbar aktuellen Entdeckung. Daher beschäftigt er sich wesentlich mit Sachbereichen, in denen ein Zusammenhang zwischen römischer und moderner Fragestellung sichtbar wird: das genaue Verständnis dieses Zusammenhangs ist dann sein eigener Beitrag, sein Anteil, den er in die rechtswissenschaftliche Arbeit einbringt, und endlich seine Art, Jurist zu sein. Der erwähnte Zusammenhang muß keineswegs auf einer Identität der römischen und der modernen Rechtsvorstellung beruhen. Zur Erfindung des Begriffs «Penzenz» hat z.B. bei den Römern eine Rechtslage Anlaß gegeben, die in der heutigen Welt kaum mehr denkbar ist: das *postliminium* der Kriegssklaven.

Der Gegenstand, den wir in dieser Vorlesung untersuchen wollen, ist gerade ein Beispiel eines dem römischen und dem modernen Recht gemeinsamen Problems.

II.

1. – Die Frage nach der vertraglichen Haftung wird von den modernen Rechtsdogmatiken nicht gleichförmig gestellt. Diejenige, die der heutigen analytischen Denkart und ebenfalls dem Sachbau unserer Gesetzbücher besser entspricht, geht von zwei scharfen Unterscheidungen aus: getrennt wird zwischen der Nichterfüllung der geschuldeten Leistung und deren Zurechnung an den Schuldner einerseits und zwischen Leistungs- bzw. Verhaltenspflichten aus Schuldverhältnis und Haftungskriterien. Die Bestimmung der Leistungspflichten als Inhalt des Vertrags (z.B.: Übergabe der verkauften Sache; Zahlung des Kaufpreises) wird also abge sondert von der Bestimmung des typischen, d.h. dem einzelnen Vertrag eigenen, Haftungsmaßstabs (d.i.: Vorsatz, Fahrlässigkeit, objektive Verantwortlichkeit).

Eine gute zusammenfassende Äußerung dieser Art von Fragestellung findet sich in einer Schrift E. Bettis, «Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen»¹.

Der Verfasser schreibt: «Setzen wir voraus, daß im Rahmen eines bestimmten Schuldverhältnisses die geschuldete Leistung nicht erbracht wird. Die Tatsache der Nichterfüllung stellt für den Juristen die Frage, ob das Ausbleiben der Leistung dem Schuldner zugerechnet werden soll. Bei bejahender Antwort findet eine Haftung statt, die den Richtlinien des betreffenden Schuldverhältnisses untersteht ... Daß die Nichterfüllung dem Schuldner zugerechnet wird, kann entweder die Folge des typischen, das fragliche Rechtsverhältnis regierenden Haftungsmaßstabs sein, oder auch einer vereinbarten Ausdehnung desselben, bzw. einer durch Verzug herbeigeführten Verewigung der Haftung (*perpetuatio obligationis*)». Dagegen im Fall, «daß die Schuldfrage eine verneinende Antwort findet, daß keine Haftung aus der Nichterfüllung folgen soll», da «stellt sich ... die Frage nach der Gefahrtragung (*periculum*). *Periculum* ... bedeutet hier den Verlust des Vorteils, auf den die Parteien (die eine oder die andre, bzw. beide) durch die Verwirklichung des vereinbarten, doch ausgebliebenen, Interessenausgleichs hätten rechnen können: Verlust des sogen. *Commodum obligationis*. Also läßt sich die Frage nach der so verstandenen Gefahrtragung auf die Frage zurückführen, zu Lasten welcher der beiden Parteien, bzw. in welcher Weise, die Tatsache des Ausbleibens des vereinbarten Interessenausgleichs gesetzt werden soll».

¹ SZ, 82, 1965, 1 ff.

2. – Die eben beschriebene Fragestellung soll nach zwei Gesichtspunkten überprüft werden. Vorerst gilt es klar zu beachten, daß in der von Betti vorgeschlagenen Betrachtungsweise, ein Weg zur Lösung des Problems, nämlich der Weg über die Gefahrtragung, als ein selbständiges Problem abgesondert wird. «Gefahrtragung» ist aber keine selbständige Frage, die unabhängig von der Frage nach der Haftung gestellt werden könnte; anders gesagt: wir dürfen nicht annehmen, daß dort wo die Frage nach Verursachung und Verschulden sich stellt, es keinen Raum für die Frage nach der Gefahrtragung gäbe. Denn diese letztere ist nichts anderes als eine Weise, das Haftungsproblem zu stellen. Die Grenzen, innerhalb derer man von Gefahrtragung sprechen kann, sind nämlich verschiebbar. Sie werden von der Rolle bestimmt, die man diesem Kriterium zuweist, und verändern sich nach dem Prozentsatz an Risiko, das man in einem Haftungsfall berücksichtigen will. Dies bedeutet letztlich, daß das Haftungsproblem nur dann unmöglich als Gefahrtragungsproblem gestellt werden kann, wenn der *dolus*, d.h. der Vorsatz, den Haftungsmaßstab bildet. Die Stellung der Frage als Haftungsfrage ist dagegen immer möglich, auch wenn kein Verschulden in strengem Sinn beachtet wird, denn die objektive Verantwortlichkeit kann sowohl als Risiko d.h. als Gefahrtragung und auch als Haftungsproblem betrachtet werden.

Die Möglichkeit, die Frage der Nichterfüllung sowohl von der Seite der Haftung wie von der Seite der Gefahrtragung anzusehen, läßt sich sehr klar am Beispiel der *perpetuatio obligationis* erläutern.

Die *perpetuatio obligationis* ist, wie bekannt, eine technische Erfindung der römischen republikanischen Jurisprudenz. Sie besteht in einer Fiktion – und zwar in der «Verewigung» der Schuld –; kraft ihrer Wirkung erlöscht die Schuld nicht, wenn der Gegenstand der Leistungspflicht, die individuell bestimmte Sache, untergeht, sondern dauert unter diesen Umständen ewig weiter. Zum Beispiel: Titius hat die Übereignung des Sklaven Stichus dem Caius versprochen (*‘Spondes mihi servum Stichum dari? Spondeo’*); der Schuldner (Titius) gerät in Verzug, darauf stirbt Stichus. Titius hat für dieses durch höhere Gewalt eintretende Unmöglichkeit der Leistung einzustehen, weil er den Sklaven immer noch schuldet; der Verzug hat die Leistungsverpflichtung verewigt, deshalb wird die Nichterfüllung von Titius als *dolos*, d.h. absichtlich, betrachtet.

Es ist ganz klar, – auch in der Anschauung Bettis, wie wir oben gesehen haben – daß der Gebrauch des Begriffs *‘perpetuatio obligationis’* der Idee der Haftung für Nichterfüllung, und nicht der Idee der Gefahrtragung folgt. Es ist jedoch gleichfalls klar, daß der dargestellte Tatbestand ebensogut als Gefahrtragungsproblem formuliert werden kann: und es fehlt nicht an solchen Digestenstellen, die ihn so aufgefaßt haben, wie z.B.:

D. 12, 1, 5 (Pomp. 22 Sab.): *Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, quam per te factum erit quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat.*

3. – Der Unterschied zwischen Verhaltenspflichten und Haftungskriterien – und somit kommen wir zum zweiten Punkt unserer Kritik – scheint dagegen eine gute dogmatische und geschichtliche Rechtfertigung zu haben.

Die Nichterfüllung einer verträglichen Verpflichtung, d.i. das Ausbleiben des Vorteils, den eine Partei (Titius) der anderen (Caius) vertragsgemäß verschaffen soll, ist an und für sich eine neutrale Tatsache. Sie darf dem Schuldner nicht zugerechnet werden, bevor nicht das Bestehen besonderer Umstände, die diese Zurechnung gestatten, nachgewiesen ist. Diese Umstände – die also als Voraussetzungen der Haftung gelten – sind Verursachung und Verschulden für die Nichterfüllung. In Beziehung auf das Verschulden, lassen sie sich weiter in Vorsatz, Fahrlässigkeit, Unerfahrenheit u.s.w. ja einschließlich objektive Verantwortlichkeit unterscheiden. Die «objektive Verantwortlichkeit» bedeutet nicht «Verantwortlichkeit ohne Haftungsmaßstab»; sie kann durchaus selber als ein Haftungskriterium angesehen werden, das die Verletzung einer Obligation dem Schuldner ohne dessen Verschulden zuzurechnen gestattet, z. B. für Handlung anderer Personen, für geschuldeten Erfolg oder auf Grund reiner Verursachung.

Wir haben eben zugegeben, daß die vorliegende Auffassung dogmatisch ohne Tadel sei. Sie leugnet in der Tat nicht, daß geschuldete Handlungen oder jedenfalls bestimmte Verpflichtungen des Schuldners den einzelnen Haftungskriterien entsprechen. Es wäre auch wirklich falsch zu bezweifeln, daß die Fahrlässigkeit als Maßstab der Haftung ihren Grund in einer Sorgfaltspflicht finde, d. h. bestimmte Handlungen oder Verhaltensweisen des Schuldners fordere, daß ferner die objektive Verantwortlichkeit eine Art Garantiepflicht zu Lasten des Schuldners umschreibe. Die vorliegende Auffassung will nur die Folgerungen aus folgender Feststellung ziehen: die Verletzung einiger vertragsmäßiger Verpflichtungen erzeugt in der Regel keine selbständige Klage auf deren Erfüllung oder auf darausfolgenden Schadenersatz (Caius kann den Sklaven Stichus, bzw. dessen Wert beanspruchen, aber nicht das Ausbleiben der *culpa debitoris* bei dessen Tod gerichtlich verlangen). Deshalb scheinen diese Verpflichtungen keine eigentliche Leistungspflichten, sondern einfache Verhaltenspflichten zu sein; sie werden isoliert. Sie werden also nicht als geschuldete Leistungen betrachtet, sondern als allgemeine Rechtssätze einer Leistungslehre, die mit Unterscheidungen und Ausnahmen für alle vertragsmäßigen Leistungen bzw. für alle Klagen auf Leistungserfüllung gelten sollen.

Die Wurzeln dieser Auffassung gehen vermutlich auf eine spätclassische, aber schon in nachclassischer Zeit überarbeitete Digestenstelle zurück, deren Inhalt Gegenstand einer eingehenden Erläuterung der Glossatoren (Gl. *contractus ad. h. l.*) war. Der römische Text lautet:

D. 50, 17, 23 (Ulp. 29 Sab.): *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium. dolum et culpam mandatum commodatum venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam, societas et rerum communio et dolum et culpam recipiunt. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit),*

excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur, animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

Als moderne Vorläufer der betreffenden Lehre können etwa Pothier (*Traité des Obligations*, I^e partie, Chap. II^e) und C. S. Zachariä (*Handbuch des französischen Civilrechts*, § 308) betrachtet werden. Von ihrem Geist sind jedenfalls die modernen Zivilgesetzbücher ganz durchdrungen. Sie enthalten immer (entweder im allgemeinen Teil des Schuldrechts oder in dem spezifisch dem Vertragsrecht gewidmeten Abschnitt) allgemeine Rechtssätze über die Leistung nach Treu und Glauben (fr. C. Civ., art. 1134; 1135; BGB, § 242; 1942^{er} it. C. Civ., art. 1375); ferner Normen, die eine Sorgfatspflicht des Schuldners bestimmen (it. C. Civ., art. 1176), kraft deren er regelmäßig Vorsatz und Fahrlässigkeit und aber nie – sofern nichts anderes bestimmt ist – höhere Gewalt zu vertreten hat (fr. C. Civ., art. 1147; 1148; BGB, § 275 ff.; Schw. OR, art. 97; 99; it. C. Civ., art. 1218); die Regel, daß «die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden kann» (so BGB, § 276²; vgl. OR, art. 100¹; it. C. Civ., art. 1229); die Regel, daß die Obligation auf Übereignung einer bestimmten Sache die Pflicht erhält, die Sache bis am Übereignungs Augenblick aufzubewahren (fr. C. Civ., art. 1136; 1137; it. C. Civ. art. 1177); die Regel nach der, wenn der Schuldner verpflichtet ist, «etwas nicht zu tun, er schon bei blossem Zuwiderhandeln den Schaden zu ersetzen hat» (so OR, art. 98²; vgl. fr. C. Civ., art. 1145; it. C. Civ., art. 122)² u.s.w. Das österreichische ABGB enthält vielleicht das bezeichnendste Beispiel einer solchen «Nichterfüllungslehre»: die §§ 1293 bis 1341, unter dem Titel «Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugtuung», fassen das zusammen, was wir in den Werken der römischen Juristen einen Tractatus nennte würden, etwa ähnlich dem, der sich bei Paulus in 72 *ad edictum* (D. 45, 1, 83, 5) (über die Unmöglichkeit der stipulierten Leistung) findet.

4. – Bis jetzt haben wir jedoch nur eine der Arten erläutert, wie man die Frage der vertraglichen Haftung stellen kann, nämlich jene, die, wie wir gesehen haben, unsern modernen Gesetzbüchern am ehesten zu entsprechen scheint. Sieht man in diesen Gesetzbüchern nach, so gewinnt man sogar unweigerlich den Eindruck, es sei unmöglich in dem Rechtskreis, in dem sie entstanden sind und angewandt werden, das Problem anders zu stellen.

Dieser Eindruck ist gewiß richtig, aber doch nur dann, wenn man die Rechtslage unter ihrem Gesichtswinkel sieht. Um eine andere Fragestellung und eine andere Sachlösung zu finden, ist es daher ratsam, Rechtsordnungen heranzuziehen, die nicht kodifiziert sind, so namentlich das englische Recht.

² Die Zitate sind nur beispielsweise angeführt.

Die Richtlinien dieses «Case Law» kann man kurz zusammenfassend damit umschreiben, daß die Haftungskriterien dort als allgemeine Rechtsätze nur im Sachgebiet der «Torts», d.h. etwa der unerlaubten Handlungen, eine relevante Rolle spielen. Das «Law of Contract», d.h. das Vertragsrecht, ist dagegen von der Idee geleitet, daß Rechte und Pflichten aus einem Vertrag von dessen besonderen Inhalt regiert werden, d.h. von den Abreden der Vertragspartner. Daraus ergibt sich vor allem das sowohl im Common Law und wie in der Equity geltende Prinzip, daß des Schuldner auch bei «any accident by inevitable necessity» zur Leistung verpflichtet bleibt. Die Unmöglichkeit der Leistung wegen höherer Gewalt läßt die Obligation nicht untergehen, es sei denn die Abreden hätten die Haftung für den betreffenden Fall ausdrücklich ausgeschlossen. Das bekannte «Case» *Paradine v. Jane*, in dem sich diese Äußerung findet, war 1647 entschieden worden (Aleyne, 26). Aber auch später, als seit 1863 (*Case Taylor v. Caldwell*, 3 B & S, 826) einige Entschuldigungsgründe zugunsten des nichterfüllenden Schuldners anerkannt wurden, geschah dies nur mit Hilfe der Fiktion einer «implied condition», dh. eines von den Parteien stillschweigend vorausgesehenen Entschuldigungsgrundes.

Den Juristen des europäischen Kontinents liegt eine Betrachtungsweise, die zu ähnlichen Lösungen führen könnte, fern. Immerhin finden sich einige Gelehrte, die, ohne die vom Gesetz vorgesehenen Lösungen aufzugeben, entschieden stärker der englischen Problemstellung als der unserer kontinentalen Gesetze zuneigen.

Nach dem, was wir oben über die Struktur unserer Gesetzbücher gesagt haben, ist es in der Tat verwunderlich, daß eine etwa bei Domat (*Lois civiles*, I^e, Tit. I^{er}, Sect. III, 8)³ zu findende Auffassung noch heute berühmte Vertreter hat. Zwei sehr bezeichnende Beispiele möchte ich dafür anführen.

In *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile* (5. Ausg. 1957, S. 728 A. 8) von H. et L. Mazeaud et A. Tunc, liest man eine Äußerung, die in allgemeiner Form diese zweite Art, das Haftungsproblem zu stellen, wiedergibt. Sie darf so übersetzt werden: Haftungsproblem zu stellen, wiedergibt. Sie darf so übersetzt werden: «Die zwei Fragen der Haftung und des Inhaltes der Obligation sind so verbunden, daß sie sich vermengen lassen. Es ist unmöglich, sich Pflicht und Haftung als zwei verschiedene Rechtsfragen vorzustellen ... weil die Haftung der Zustand ist, der aus der Schuld herrührt, also aus der Nichterfüllung der Obligation».

Als zweites Zeugnis fügen wir die dogmatische Fragestellung von Larenz hinzu, die übrigens als Vervollkommung einer wichtigen deutschen Richtung betrachtet werden kann. Sie ist allgemein bekannt, sodaß eine kurze Andeutung hier ausreicht. Larenz (*Lehrbuch des Schuldrechts*⁷, 1, 4 ff.) kennt als Pflichten aus dem Schuldverhältnis neben den Leistungspflichten andere, regelmäßig nicht klagbare Pflichten, die er «weitere Verhaltenspflichten» nennt; das sind «Pflichten zu wechselseitiger Rücksichtnahme, zur Beachtung der berechtigten Belange des anderen, zu einem Verhalten insgesamt, wie es unter redlich und 'loyal' denkenden Ge-

³ Vgl. jedoch Chap. IV, III und IV; Chap. V, règles IV-VII.

schäftspartnern erwartet werden kann» (a.a. 0.5). Diese «weiteren Verhaltenspflichten» sind genau solche, die besonders die Verantwortlichkeit des Schuldners für sein eigenes schuldhaftes Verhalten begründen (vgl. a.a. 0.215).

Da Larenz, im Wege einer Annäherung an das englische Vertragsrecht, die objektive Verantwortlichkeit mit Hilfe einer Garantiepflcht des Schuldners begründet (a. a. 0. 217), nimmt er das Problem der Haftung gänzlich in den Inhalt des Schuldverhältnisses, d.h. in die daraus stammenden Pflichten hinein.

Eine ähnliche Anschauung finden wir sehr deutlich bei den römischen Juristen der klassischen Zeit.

III.

1. – Mit der Wendung ‘*dare, facere, praestare*’ umschreiben die römischen Juristen die Verpflichtungen aus dem Schuldverhältnis. Als ein einheitliches Ganzes genommen, entspricht die Wendung ‘*dare, facere, praestare*’ dem Begriff «Inhalt des Schuldverhältnisses», also im Bezug auf die Rechtslage des Schuldners dem Begriff «alles, was dieser kraft des Schuldverhältnisses tun soll, seine Verhaltenspflichten im Ganzen».

Wo das vollständige Kleeblatt dieser Dreiheit in den Rechtsquellen auftritt⁴, hat es immer eine Gesamtbedeutung, in der die Eigenbedeutung der einzelnen Wörter aufgeht. Den generellen Sinn bewahrt das Kleeblatt ‘*dare, facere, praestare*’ auch in den drei seltenen Prozeßformeln, die es enthalten: die der *actio communi dividundo*, der *actio familiae erciscundae* und vielleicht der *actio pro socio*. Die Klageformeln, in denen die Einzelnen Zeitwörter ihren eigenen technischen Sinn behalten sollten, enthalten hingegen – mit einer einzigen Ausnahme (die der *actio redhibitoria*, siehe unten) – nie das Verb «*praestare*»: sie überschreiten das Paar ‘*dare facere*’ nicht.

Angesichts dieser Sachlage scheint die Hypothese wahrscheinlich, daß die technische Bedeutung von *praestare* ein Verhalten meint, das in der Regel keiner klagbaren Leistung entspricht.

‘*Dare*’ und ‘*facere*’ haben je einen streng technischen neben einem allgemeinen Sinn. Von *praestare* ist die generelle Bedeutung bekannt: es ist «leisten». In einer berühmten Untersuchung hat Mayr (*SZ*, 42, 1921, 198 ff.) auf Grund der Ethymologie, die generelle Bedeutung von ‘*praestare*’ aus einem ursprünglich technischen Sinn herkommen lassen: «*Praestare*», schrieb er, bedeutet «erst Bürgen stellen, dann sich als Bürgen stellen, haften, schließlich für die Leistung haften, leisten wollen und sollen, leisten» (a.a. 0. 205).

⁴ Vgl. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969, 5 A.2; zu Gai. 4, 2 s. unten.

Den wichtigsten Ergebnissen der Mayr'schen Untersuchung folgend, nimmt die moderne romanistische Lehre durchwegs an, daß auch im klassischen juristischen Schrifttum 'praestare' einen technischen Gebrauch neben dem gemeinen hatte, und zwar bald im Sinne von «bürgen», bald von «einstehen». Abter dieser doppelte Sinn des Wortes nimmt sich mehr wie ein Ausweg für das Verständnis und die Übersetzung der einzelnen Quellenstellen aus, als wie eine gute Auslegung des eigenen technischen Sinns von 'praestare'. 'Praestare' soll in der Tat eine einzige Bedeutung haben: will man vom richtigen, von Mayr gezeigten Weg nicht abgehen, so ist nur eine Auffassung möglich: «bürgen» und «einstehen» bilden einen und denselben Begriff.

2. – Der wichtigste Text, aus dem ein Beitrag zur Lösung unserer Frage entnommen werden kann, ist Paul. D. 44, 7, 3 pr. Hier treten die drei Zeitwörter 'dare, facere, praestare' hervor, aber nicht als dreistimmige Einheit, sondern als Aufzählung von drei verschiedenen Gliedern, je mit ihrem eigenen technischen Sinn, ohne daß der Bereich des einen etwas mit dem des anderen gemeinsam haben könnte: '... vel ... vel' = «entweder ... oder ... oder».

D. 44. 7, 3 pr. (Paul., 2 inst.): *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat aliquid vel faciendum vel praestandum.*

Der Text definiert die *obligatio* mittels einer Feststellung ihres Inhalts. Dieser Inhalt kann, nach Paulus, entweder ein *dare*, d.i. die Übereignung einer Sache, oder ein *facere*, d.i. eine Leistung, die kein *dare* ist, oder ein *praestare* sein. Das Gebiet der materialen Leistungen ist von *dare* und *facere* erschöpft. Was soll dann *praestare* bedeuten?

Gai. 4, 2 unterrichtet uns, daß eine *actio in personam*, also eine *actio, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est*, d.h. in der gäianischen Fachsprache, eine Klage aus Obligationsverhältnis (vgl. Gai. 3, 88) findet da statt, *cum intendimus dare facere praestare oportere*. Aus dem oben Ausgeführten wissen wir, daß Gaius hier keine Formelwörter aufzählen konnte, sondern den möglichen Inhalt einer Obligation im ganzen zeichnen mußte. Aber die einzelnen Wörter haben in diesem Kontext auch ein unmittelbares Verhältnis zu den technischen Ausdrücken. Anders gesagt: 'dare, facere, praestare' ist der durch *actio in personam* klagbare Gegenstand; weil man jedoch durch diese *actio* nur *dare* und *facere* spezifisch beanspruchen kann, ist das *praestare* ein beanspruchbares Verhalten, dessen Erfüllung nicht besonders, sondern nur als Element des *dare-facere*⁵ eingeklagt werden kann.

⁵ D.h. als Element des *dare*, oder des *facere* bzw. beider (*dare facere*).

Wenn wir in den Quellen die Wendungen suchen, wo sich *praestare* nicht auf *dare* oder *facere* als den regelmäßig unmittelbar klagbaren Handlungen zurückführen läßt, finden wir etwa: *servum sanum esse praestare*, *dolum*, *culpan*, *casum praestare*, *periculum praestare*. Also können wir das unten folgende zusammenfassende Schema vorschlagen. Für dessen Verständnis ist es vorerst wesentlich sich zu merken, daß *praestare* weder ein bejahendes noch ein verneinendes, sondern in dieser Hinsicht ein neutrales Wort ist: man kann ebenso gut ‘*dolum praestare*’ wie ‘*dolum abesse praestare*’ sagen, so ‘*culpan*’ wie ‘*diligentiam praestare*’.

Wir finden daher als Objekte von ‘*praestare*’:

a) das Bestehen einer Beschaffenheit oder einer Eigenschaft der geschuldeten Sache: z.B.: *servum sanum esse praestare*, (*servum*) *artificem (esse) praestare* (vgl. D. 21, 1, 19, 4; D. 21, 1, 18, 1);

b) das Bestehen einer Beschaffenheit der Sache, als Abwesenheit der für den Gläubiger nachteiligen Folgerungen, die das Fehlen jener Beschaffenheit erzeugen könnte: *evictionem praestare*, *ne fundus evincatur praestare* (bisweilen wird derselbe Begriff in der unmittelbar zweckmäßigen Form «*habere, licere praestare*» ausgedrückt);

c) das Unterlassen eines Verhaltens des Schuldners, das dem Gläubiger günstige Umstände oder ein günstiges Ergebnis verhindern könnte: *dolum (abesse) praestare*, *culpam praestare* (bisweilen, mit positivem Objekt: *bonam fidem praestare*, *diligentiam praestare*). Das Verhalten, das der *culpa* entspricht, kann in einer persönlichen Eigenschaft des Schuldners (bzw. dessen Beauftragten) verkörpert sein: *imperitiam* (D. 19, 2, 9, 5) oder *infirmitatem* (D. 9, 2, 8, 1) *culpa adnumerare*;

d) die Verwirklichung eines die Hauptleistung ermöglichenden Verhaltens des Schuldners, die nicht an und für sich, sondern nach ihrem Erfolg beurteilt werden soll: *custodiam praestare*;

e) die Abwesenheit eines Ereignisses, das die Hauptleistung unmöglich machen würde und das der Schuldner nicht verhindern könnte, dessen Gefahr der Schuldner aber übernimmt: *casum praestare*, manchmal *periculum praestare*. Der letzte Ausdruck hat übrigens oft eine andere Bedeutung, nämlich ...

f) das Prozent Risiko, wechselnd von Fall zu Fall, von Null (*dolum praestare*) bis hundert (*casum praestare*), das in allen oben aufgezählten Tatbeständen besteht.

3. – Die Objekte von *praestare* sind also etwas ähnliches wie die «weiteren Verhaltenspflichten» in der Lehre von Larenz. Mit ihrer Erfüllung soll der Gläubiger sich im Allgemeinen nicht beschäftigen, weil diese Pflichten die volle Verwirklichung der Hauptleistung und der eventuellen Nebenleistungen zum Zweck haben: es handelt sich also um Hilfsverpflichtungen, die nur selten als spezielle Pflichten «ausgeschieden und zu Nebenleistungspflichten erhoben werden können» (Larenz, a.a. 0. 7). Das trifft zu für die unter a) und b) erwähnten Tatbestände.

Aber im römischen Recht ist die Eviktion nicht Gegenstand einer speziellen

Klage. Sie ist in der Zuständigkeit der *actio empti* enthalten, deren Formel auf 'quidquid dare facere oportet ex fide bona' aufgebaut ist.

Nur die eigenartige Stellung der Jurisdiktion der kurulischen Ädilen hat eine Klage ermöglicht, die nicht die Verwirklichung des Inhalts des Verkaufs zum Zweck hat, sondern dessen Reszission. Da diese Reszission aufgrund einer Mangelhaftigkeit der verkauften Sache möglich ist, da ferner die Qualitäten einer Sache nicht Gegenstand einer Leistungs- sondern einer Garantiepflicht sind, so mußte die *actio redhibitoria* diese Pflicht als *praestare*-Pflicht unmittelbar nennen.

Als Ergebnis unseres im Allgemeinen zu langen, in den Einzelheiten dagegen zu kurzen Vortrages können wir festhalten, daß die Frage der vertraglichen Haftung für die römischen Juristen kein selbständiges Problem war, da es mittels der Figur einer *praestare*-Obligation sowohl gestellt wie gelöst werden konnte. Bei diesem *praestare*-Obligationsbegriff hat *praestare* etwa die Bedeutung von «den Geschäftspartner über etwas, das seine Befriedigung gefährden kann, absichern, ihn davor bewahren, etwas verhüten».

Dem «*praestare*» entspricht also etwas anderes, viel gegliederteres als eine Garantiepflicht; wir können es vielleicht am ehesten als Absicherungspflicht umschreiben.

LA CLASSIFICAZIONE DELLE FONTI DELLE OBBLIGAZIONI: VICENDE DI UN PROBLEMA DOMMATICO E PRATICO (I PARTE) *

PREMESSA

1. – È facile, tanto allo storico del diritto quanto al teorico del diritto vigente, impostare in modo scorretto il problema della *divisio obligationum*¹. Spesso, in effetti, è avvenuto, ed accade ancora, che l'operazione di classificare le fonti delle obbligazioni sia considerata un'operazione sistematica fine a se stessa, consistente nell'ordinare dati già noti; che la si pensi, insomma, come un'operazione da condursi in astratto, lasciandosi guidare da semplici considerazioni di simmetria concettuale².

Le operazioni sistematiche, che si conducono in campo giuridico, perdono valore euristico quanto più si allontanano dalle implicazioni pratiche del diritto, e vi è un estremo ove tali operazioni non hanno più valore euristico alcuno, per diventare, al contrario, fonte di difficoltà e di errori: cioè quando un'operazione sistematica, che sia stata originariamente imposta da esigenze pratiche, venga astratta dal suo contesto e portata innanzi per scopi che non hanno più rapporto diretto con le sue implicazioni pratiche originarie.

Come vedremo, le vicende del problema della *divisio obligationum* nel diritto dell'Europa continentale sono state per l'appunto condizionate dalla presenza – in un certo momento abbastanza antico – di una soluzione tendente a ridurre a schema didattico gli elementi che già appartenevano alla sua soluzione in funzione del-

* Pubblicato in *Materiali per una storia della cultura giuridica raccolti da G. Tarello*, IV, Bologna 1974.

¹ Questa denominazione latina, abbastanza usuale e comoda perché breve e precisamente espressiva, deriva dal fatto che Gaio (Gai. 3, 88) e, sulle sue orme, le Istituzioni giustinianee (I. 3, 13, 1) denominano *divisio* la loro classificazione delle fonti delle obbligazioni: anche se v'è chi vuol considerarle *'partitiones'* (cfr. B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, Köln-Wien, 1970, p. 192 s.); la distinzione tra le due figure dialettiche non è comunque, in pratica almeno, così netta (cfr. D. NÖRR, *Divisio und partitio*, Berlin, 1972, p. 39 ss.).

² Cfr. C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura*, XXI, 1970, p. 52 ss., e le opere di TH. MAYER-MALY ivi cit., fra le quali in part. *'Divisio obligationum'*, in *The Irish Jurist*, II (N.S.), 1967, p. 375.

le corrispondenti esigenze pratiche: alludo alla *divisio* che si legge nelle Istituzioni di Gaio (Gai. 3, 88-89; 182).

2. – Lo scopo pratico di una *divisio obligationum* è di indicare quali siano (in un determinato ordinamento) i fenomeni (atti, fatti, situazioni) ai quali viene ricollegato il sorgere dell'obbligazione³; e l'indicazione deve essere tecnicamente appropriata, per permettere di individuare nella fattispecie obbligatoria il preciso elemento obbligante, cosicché si sappia anche donde desumere il contenuto dell'obbligazione che sorge ed, eventualmente, il suo particolare regime⁴.

Come si vede, quella di indicare, e quindi classificare, le fonti delle obbligazioni è un'operazione che fa parte, in certo modo, della definizione di obbligazione. Se la definizione, infatti, serve ad indicare i connotati del rapporto obbligatorio in modo da distinguerlo da altri rapporti o situazioni (da altri obblighi, se visto dal lato passivo; da altri diritti, se visto dal lato attivo) per un suo regime particolare, la *divisio obligationum* serve ad indicare – nel modo più sintetico che precisione e completezza consentono – quando tale rapporto e tale regime trovino luogo e applicazione.

3. – Nel paragrafo precedente si è detto, a proposito dell'operazione sulle fonti delle obbligazioni operata con la *divisio*, 'indicare e quindi classificare'; come se la prima attività implicasse la seconda. A questo proposito è necessaria una precisazione.

La *divisio obligationum* è un'operazione che si presenta diversamente con riguardo a fonti che vengono in considerazione come un numero determinato di fattispecie tipiche o, invece, con riguardo a fonti che non sono o non si presentano già predeterminate in singole *causae obligationum*, bensì come una serie di *causae atipiche*, che spetta cioè al giurista (in pratica: alla corte giudicante) individuare per riconoscerne l'esistenza nel caso concreto. In un sistema nel quale le *causae obligationum* fossero tutte tipiche, la *divisio* sarebbe un semplice e non indispensabile ausilio interpretativo, che raggruppa le fonti a seconda del loro modo di operare (in funzione del secondo degli scopi indicati sopra al § 2). Facciamo un esempio⁵, supponendo che un certo ordinamento riconosca come fonti di obbligazioni le figure romane della *stipulatio*, della vendita, della locazione, della società, del mandato.

³ TH. MAYER-MALY, *op. cit.* (*The Irish Jurist*, 1967), p. 383; CANNATA, *op. cit.* (*Iura*, 1970), p. 53.

⁴ Cfr. C.A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, in *Sein und Werden im Recht, Festgabe von Lübtow*, Berlin, 1970, pp. 450 e 451 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, p. 525, n. 26.

⁵ L'esempio non è storico: esso può essere considerato tale solo se si suppone che il discorso si riferisca ad un settore di un ordinamento.

Trattandosi di cinque figure tipiche⁶, «the main task»⁷ della *divisio* è già soddisfatto dalla tipicità, e la *divisio* è, sotto questo aspetto, superflua: quali siano i fenomeni ai quali si ricollega il sorgere dell'obbligazione è, infatti, in questo caso, già noto; una enumerazione è sufficiente, senza bisogno di ricorrere alla più complessa operazione della classificazione.

Ma chi operi, in questo contesto, una partizione tra obbligazioni *verbis* e obbligazioni *consensu contractae* non compie un'operazione affatto inutile, poiché mette in luce il diverso regime di due gruppi di fattispecie: dalle fattispecie verbali non scaturiscono mai obbligazioni se non in capo ad una sola parte – il promittente –, mentre *ex conventione* l'obbligazione è sempre bilaterale (Gai. 3, 137), in quanto implica o presuppone un corrispettivo o dei conguagli in modo che, eseguito tutto l'affare, i patrimoni delle parti che vi hanno partecipato si trovino in un rapporto analogo, per quanto riguarda la loro entità, a quello in cui si trovavano prima che di tale affare si trattasse (cfr. Ulp. D. 2, 14, 7, 2); il contenuto dell'obbligazione sorta *verbis* si può determinare solo, in linea di massima almeno, mediante interpretazione delle parole pronunciate dalle parti al momento della conclusione della *stipulatio*, mentre il contenuto dell'obbligazione conclusa *consensu* si determina *ex bono et aequo*⁸.

In un sistema che invece, riconosca *causae obligationum* atipiche, la *divisio*, oltre che utile, è imprescindibile. Per atipicità, in relazione a questo problema, si deve intendere il fatto che le fonti autoritative non prevedano le singole *causae obligationum* in modo esplicito, e cioè con una descrizione della fattispecie tale da lasciare al giudice spazio per una sola indagine di fatto (verificare se hanno avuto luogo gli avvenimenti che integrano la fattispecie corrispondente alla singola *causa obligationis*), ma, o non le menzionino o descrivano del tutto, ovvero le indichino mediante l'enunciazione di principi di per sé insufficienti a fornire i connotati delle singole *causae obligationum* concrete⁹. In questo caso la giurisprudenza (cioè i

⁶ Per i Romani, la *stipulatio* era una *causa obligationis* tipica: la sua struttura astratta, che ne permetteva l'impiego per cause negoziali diverse, non è in contrasto con questa conclusione: la nozione di causa negoziale impiega la parola 'causa' in senso diverso (moderno) da quello che essa ha nella locuzione '*causa obligationis*' (neppur questa vera e propria nozione tecnica romana), la quale ultima equivale semplicemente a 'fattispecie produttiva di obbligazione; fonte di obbligazione'.

⁷ TH. MAYER-MALY, *op. cit.* (*The Irish Jurist*, 1967), p. 383: cioè il primo degli scopi indicati qui sopra, nel § 2.

⁸ Cfr. C.A. CANNATA, *La 'distinctio' ...*, cit., pp. 450 s.; 451 ss.

⁹ Si tenga presente che altro è il problema della definizione di una *causa obligationis* tipica, altro è quello di acquisire alla *divisio* un *genus* atipico. Nel diritto italiano vigente, il contratto è una *causa obligationis* tipica (art. 1173 C.C.): ma ciò non toglie che esista un problema di nozione pratica del contratto, poiché quella legislativa (art. 1321; 1322 c. 2 C.C.) è insufficiente a verificare l'efficacia degli accordi innominati (i contratti atipici: atipici come contratti, cioè specie atipiche di un genere tipico di fonte d'obbligazione). Nel diritto romano, invece, tipiche (cioè, qui, munite di espressa azione editale) erano solo alcune figure di contratto (compravendita, locazione, società, mandato, deposito, pegno, *fiducia*, *aestimatum*) e quindi quello di costruire il contratto in generale come accordo produt-

giuristi) ha lo specifico compito di fornire al giudice, mediante la *divisio obligationum*, gli strumenti per orientarsi nella casistica.

Ma passiamo subito alla storia, che è la migliore illustrazione di questi meccanismi.

I. – LA «CONDICTIO» E LA PRIMA «DIVISIO OBLIGATIONUM»

4. – Come è noto, il più antico sistema processuale romano era costituito da un numero limitato di forme di azione (*actiones*) tipiche: quelle che in epoca repubblicana avanzata¹⁰ furono denominate *legis actiones*. Le più risalenti nel tempo – *legis actio sacramento in rem e in personam; manus iniectio*¹¹ – hanno certo avuto origine nei *mores*, o meglio nell'elaborazione giurisprudenziale dei pontefici (*interpretatio*); ma il loro vigore fu confermato dalla legge delle XII tavole, che pure introdusse (o ne estese il campo di applicazione) la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*: cosicché nell'epoca successiva alle XII tavole (la sola per la quale abbiamo dati sufficienti per condurre un discorso concludente) il sistema delle *legis actiones* appare un sistema di forme di azione legislativamente previste; ed in conformità di questa struttura, l'ultima *legis actio*, quella *per condictioem*, fu introdotta con leggi (*lex Silia e lex Calpurnia*)¹².

5. – Sofferamoci per ora a considerare il sistema delle *legis actiones* nell'assetto che esso ebbe nel periodo successivo alle XII tavole precedente le due leggi ora menzionate; vale a dire dopo la completa sanzione legislativa delle forme di azione che precedettero l'introduzione della *legis actio per condictioem*.

tivo di obbligazioni – anche, a certe condizioni, al difuori delle fattispecie tipiche – era un problema di *divisio obligationum*.

¹⁰ Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, Roma, 1962, p. 12; su *actio* come forma di azione (espressione che deriva dall'inglese 'form of action') v. G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 8 s.

¹¹ In tutta questa esposizione prescindo dalla *pignoris capio*, la cui struttura anomala (G. PUGLIESE, *op. cit.*, pp. 11 e 321 ss.; ID., *Gai. 4, 32 e la 'pignoris capio'*, in *Mél. Meylan*, I, Lausanne, 1963, p. 279 ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, p. 104 ss.) darebbe luogo in questa sede solo a difficoltà; essa non interessava, comunque, le obbligazioni.

¹² Richiamo i dati cronologici: le XII tavole sono attribuite dalla tradizione romana agli anni 451-449 a.C., con una datazione probabilmente non lontana dalla realtà (sul problema da ultimo, G. NICOSIA, *Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma*, Catania, 1971, pp. 92 ss. e 100 ss.). La datazione delle leggi Silia e Calpurnia non è sicura (v. M. KASER, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 81, n. 4): certo la prima precedette di non molto la seconda, ed entrambe furono emanate probabilmente intorno al 200 a.C. Sulle due leggi v. ancora (a proposito di una recente ipotesi dell'Albanese), C.A. CANNATA, 'Creditorum' e 'obligationes', in *Labeo*, XX, 1974, p. 111 ss.

Con riguardo a questo periodo si può discutere se alla tipicità legislativa delle forme processuali – della quale si è detto finora – si accompagnasse anche una tipicità legislativa dei fondamenti sostanziali in base ai quali potevano essere esperite le azioni stesse¹³. Questa tipicità legislativa delle *causae actionum* pare certa per la *manus iniectio* (Gai. 4, 21; 22; 23) e per la *iudicis arbitrive postulatio* (Gai. 4, 17 a), mentre è assai opinabile che ciò fosse vero anche per le due forme (*in rem e in personam*) della *legis actio sacramento (actio generalis)*: cfr. Gai. 4, 13). A me pare estremamente probabile che i singoli formulari destinati alla *legis actio sacramento*, finché furono gestiti dalla giurisprudenza pontificale, siano stati dai pontefici stessi maneggiati con quella libertà caratteristica degli interventi giurisprudenziali del collegio fino al 300 circa a.C.¹⁴; cosicché la creazione di formulari nuovi per la tutela di nuovi rapporti – concepita naturalmente come risultato di una *interpretatio dei mores e delle leggi* – va ammessa senz'altro.

Ma questa conclusione ha per noi un'importanza relativa; legislativa o giurisprudenziale che fosse, la *causa actionis* si concretava in un particolare formulario che la menzionava espressamente. Con le *legis actiones* anteriori alla *condictio* si poteva agire solo '*nominata causa ex qua (actor) agebat*'¹⁵; il formulario, cioè, menzionava sempre, oltre alla pretesa (nelle azioni di cognizione) o al tipo di atto esecutivo si compiva ('*manum inicio*', nell'azione esecutiva), anche la *causa*, che rappresentava il fondamento sostanziale della pretesa o dell'atto esecutivo:

EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORUM DARE OPORTERE
AIO¹⁶.

Al giudice non restava dunque altro spazio che quello di una verifica dei fatti, diretta a stabilire se la specifica *causa nominata* esistesse, e quindi l'azione fosse fondata.

¹³ Sul problema, G. PUGLIESE, *Processo civile*, cit., I, p. 12 ss.; M. KASER, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 25 e n. 6.

¹⁴ Finché non vi fu quella reazione, che la tradizione romana identificava appunto con una fissazione scritta (da parte di Cn. Flavio) dei formulari. Questi eventi sono certo assai travisati dal racconto tradizionale (cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, p. 24 ss.), ma il fatto dell'inaridirsi della più agile giurisprudenza pontificale, gradualmente sostituita da una giurisprudenza laica, all'inizio più legata ad un formalismo letterale, mi sembra il nucleo incontestabile di quella tradizione. V. C.A. CANNATA, *La giurisprudenza romana*, Torino, 1974, p. 14 ss.

¹⁵ L'espressione è di Gaio (Gai. 4, 24), e riguarda la *manus iniectio pura*; cfr. Gai. 4, 17a per la *arbitri postulatio*.

¹⁶ È il formulario della *legis actio per iudicis postulationem* nella sua applicazione alla *sponsio* (Gai. 4, 17a). Che la *causa* dovesse sempre essere *nominata* è stato posto in dubbio con riguardo alla *legis actio sacramento*, ma a torto. Cfr. C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum'...*, cit., p. 54 s.; v. anche V. ARANGIO-RUIZ, in *BIDR*, XXXII, 1934, p. 611; G. PUGLIESE, *Azione (diritto romano)*, in *Nss. Dig. it.*, II, Torino, 1968, p. 25; ID., *Processo civile*, cit., I, pp. 15 e 343; M. KASER, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 65 e n. 11.

6. – Con queste premesse si può valutare in tutta la sua portata l'innovazione introdotta con la *legis actio per condictioem* per i debiti di *certa pecunia* (*Lex Silia*) o in genere di *certa res* (*Lex Calpurnia*). Il suo formulario

AIO TE MIHI SESTERTIORUM X MILIA DARE OPORTERE¹⁷

non nominava la *causa*, e lasciava quindi al giudice il compito di determinarla; questi non doveva più limitarsi a verificare i presupposti di una determinata *causa*, ma doveva accertare se esistesse una qualsivoglia *causa* atta a fondare la pretesa dell'attore.

L'introduzione della *legis actio per condictioem*, se si pensa alla sua struttura ed alla data (intorno al 200 a.C., come si è detto¹⁸) delle leggi che l'istituirono, aveva evidentemente lo scopo di fornire un mezzo sufficientemente agile per far valere in giudizio i crediti di un *certum* in un periodo di gran sviluppo dei traffici; ma essa era pur sempre una *legis actio*, e pertanto non era accessibile ai *peregrini*, che di tali traffici erano protagonisti non secondari. Cosicché è facile pensare che il pretore competente per i processi con o fra questi ultimi (il *praetor peregrinus*, già istituito nel 242 a.C.) abbia tosto apprestato un'azione formulare analoga; azione formulare alla quale la *lex Aebutia* accordò, quando esperita fra *cives*, gli stessi effetti della *legis actio per condictioem*, dando luogo – anche se espressamente non l'abrogò – alla rapida desuetudine della *legis actio* stessa.

La formula della *condictio* nel nuovo rito era pure astratta; l'*intentio* recitava:

SI PARET N^M N^M A^O A^O SESTERTIORUM X MILIA DARE OPORTERE

ovvero

SI PARET N^M N^M A^O A^O TRITICI AFRICI OPTIMI MODIOS CENTUM DARE OPORTERE¹⁹.

Poiché la *lex Aebutia* va collocata intorno alla metà del II sec. a.C.²⁰, e quindi abbastanza vicino alle leggi *Silia* e *Calpurnia*, l'evoluzione che portò all'introduzione della *legis actio per condictioem* ed alla sua sostituzione con la *condictio* formulare appare un episodio unitario; possiamo – senza timore di operare un'approssimazione eccessiva – considerare unitario anche il lavoro della giurisprudenza intorno a questi rimedi. Perciò, anche se noi conosciamo il risultato di questo lavoro solo in relazione all'azione *per formulas*, appare del tutto giustificata la tendenza della dottrina a vedere in questo risultato il frutto di un'unica vicenda.

¹⁷ Gai. 4, 17b.

¹⁸ V. sopra, n. 12.

¹⁹ Cfr. M. KASER, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 256 e n. 54-55.

²⁰ Sulla data e sulla portata della *lex Aebutia* v., con lett., M. KASER, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 114 s.

Il cui punto di partenza sta nel fatto – come già si diceva – che l'introduzione di un formulario astratto (*certum dare oportere*) poneva concretamente il problema della *divisio obligationum*: il giudice doveva essere fornito di regole idonee a guidarlo nella sua indagine, diretta a stabilire se vi fosse non più quella certa *causa* del *dare oportere*, ma una qualunque *causa* che fondasse questo *dare oportere*.

Ora, si pensi alla circostanza che le leggi introduttive della *condictio* (*Lex Silia*, *lex Calpurnia*, *lex Aebutia*) furono leggi evidentemente dirette a dettare norme di diritto processuale, non di diritto sostanziale; esse introducevano una nuova procedura per rapporti già noti, non la tutela di nuovi rapporti. Di conseguenza i giuristi non poterono, inizialmente, che proporsi il compito di enucleare, di fra i rapporti già tutelabili con le altre *legis actiones*, quelli che avessero per contenuto un *certum dare oportere*.

La fattispecie più ovvia era quella del debito di *certum* derivante da *sponsio*, già prevista come *certum dare oportere* in relazione alla *iudicis postulatio*²¹; dalla *sponsio* si passò alle altre specie di *stipulatio*, accessibili ai *peregrini*²². Altra fattispecie ammessa senza alcuna difficoltà fu certo quella della *pecunia expensa lata* (*nomina transscripticia*)²³. Per altro verso i giuristi negarono invece la *condictio* dei debiti di pena (per i delitti privati) anche ove questa consistesse in una somma fissa di denaro²⁴. Quest'ultima soluzione rende oltremodo significativa l'applicabilità, invece, della *condictio* ad una serie di altri casi, primo fra i quali il mutuo.

Prima dell'introduzione della *legis actio per condictioem*, una tutela del mutuo è pensabile solo nell'ambito della *legis actio sacramento in personam*; ma, in tale ambito, la tutela non era certo fondata sul riconoscimento del mutuo come negozio, bensì sull'illiceità della mancata restituzione dell'*aes alienum*²⁵. Nel riconoscere l'esperibilità della *condictio* in caso di mutuo non restituito i giuristi, tuttavia, né vennero meno alla loro tendenza ad escludere dall'ambito del nuovo rimedio gli obblighi nascenti da delitto, né riconobbero, per ciò stesso, il mutuo come negozio: essi isolarono il fondamento della pena, perseguibile in tale caso con la *legis actio sacramento*, e le ricollegarono una tutela reipersecutoria. Il fondamento era la pre-

²¹ Gai. 4, 17a.

²² È impossibile dire se ciò avvenne solo in rapporto alla *condictio* formulare o – per le stipulazioni *inter cives* – già in rapporto alla *legis actio per condictioem* o addirittura alla *iudicis postulatio* e magari al *sacramentum in personam*. Gaio (Gai. 4, 17a) è in proposito ambiguo; cfr. C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum'...*, cit., p. 54, nonché i luoghi di Levy e Kunkel ivi citati.

²³ C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum'...*, cit., p. 56, sub c.

²⁴ *Ibidem*, p. 56 sub a.

²⁵ V. specialmente M. KASER, *Das altrömische Jus*, Göttingen, 1949, p. 286 s. (su D. 6, 1, 5 pr., v. ora M. KASER, «Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis», XXIX, 1961, p. 186 ss.); C.A. CANNATA, *op. ult. cit.*, p. 57. Il mutuo non restituito dava dunque luogo ad una fattispecie simile al furto, per la concezione del quale, in quest'epoca, v. ALBANESE, *Furto (introduzione storica)*, § 2, in *Enciclop. del dir.*, XVIII, Milano, 1968.

senza presso il convenuto di un *certum*, che egli non era giustificato a trattenere nei confronti dell'attore che lo pretendesse; l'obbligazione dunque non sorgeva né da un negozio né da un fatto illecito, ma dalla presenza della cosa presso il convenuto, dalla cosa stessa: come indica la terminologia forse più di recente adottata per questi casi, '*re obligari*'. È molto probabile che questa sottile operazione sia stata fatta proprio per concedere la *condictio* nelle ipotesi di mutuo realizzato senza l'ausilio di negozi formali, ma è certo che il fondamento così determinato valeva in una più ampia serie di casi, primi fra i quali la *solutio indebiti* ed il furto propriamente detto, e poi varrà in tutte le ipotesi di *datio* in vista di una «consideration» che non trovasse realizzazione²⁶.

7. – Di fronte ad una *condictio* (formulare) di *certa pecunia* (in un caso che, per il suo pratico atteggiarsi, escludeva furto e figure affini)²⁷, Cicerone impostava il problema in questi termini²⁸:

Cic. *Rosc. com.* 4, 13: *Iam duae partes causae sunt confectae: adnumerasse sese negat; expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum sese dicat: praeterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit non reperio.*

e ancora

Cic., *ivi.* 5, 14: *Pecunia petita est certa; cum tertia parte sponsio facta est*²⁹. *Haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata aut stipulata sit.*

Ma a questa impostazione puramente pratica del problema delle fonti del *certum dare oportere* si era, già prima del tempo nel quale fu pronunciata l'orazione *pro Roscio com.*, sovrapposta una sistemazione dommatica, nel senso di una *partitio* di tre *genera obligationum*: forse in funzione della riconduzione dei modi di estinzione delle obbligazioni al principio di simmetria³⁰. Si ebbero così le *obligationes re contractae*, quelle *verbis contractae* e quelle *litteris contractae*.

Verbis contractae erano le obbligazioni nascenti da promessa formale orale (in prima linea quelle da *stipulatio*); *litteris contractae* le obbligazioni da *expensilatio* (forma scritta).

²⁶ Si veda l'elenco del D'ORS, da me riportato nel cit. *Creditum e obligationes*, p. 121.

²⁷ Cioè di cose comodate ecc. non restituite. La fattispecie del *furtum usus* non è riconducibile ad un *re obligari*.

²⁸ Sui testi di Cicerone, v., con lett., C.A. CANNATA, *La 'distinctio'...*, cit., p. 444 s.

²⁹ Cfr. Gai. 4, 171.

³⁰ Cioè quello dell'estinzione dei rapporti mediante atti analoghi ai relativi atti costitutivi. Sul pensiero di Quinto Mucio, riportato in Pomp. D. 46, 3, 80 v. C.A. CANNATA, *op. ult. cit.*, p. 439 ss.; sul principio di simmetria v. B. SCHMIDLIN, *Die röm. Rechtsregeln*, cit., p. 74 ss.

Le obbligazioni *re contractae* subirono una singolare evoluzione³¹. Come già si è detto, la giurisprudenza era partita dall'idea che la presenza di un *certum* presso il convenuto, non giustifica nei confronti dell'attore che tale *certum* richiedesse, fondava l'obbligazione del convenuto a *dare* quel *certum* all'attore. Il *certum* era, in tal caso, *res aliena*. In un tempo assai antico, il fatto che la *res* fosse *aliena* implicava forse che l'attore ne fosse riconosciuto tuttavia proprietario³²; ma questa concezione doveva cedere (prima all'epoca che ci interessa, con ogni probabilità) all'idea che la *datio* creditizia (mutuo), la *solutio indebiti* e le *dationes* causali configuravano *traditiones* munite di causa idonea al trasferimento della proprietà. In questo contesto la *res aliena* restava veramente tale solo nel caso del furto ed in quelli ad esso riconducibili, vale a dire di mancata restituzione (dolosa) di cosa data in prestito d'uso (comodato), depositata o pignorata. Su questa situazione influirono diversi eventi: deposito, comodato e pegno ebbero proprie azioni (fondate, come vedremo, in modo diverso dalla *condictio*); e soprattutto, con l'epoca di Proculo³³, il verbo *dare* acquistò il significato tecnico ristretto, equivalente a «trasferire la proprietà». Cosicché la *condictio*, con la sua *intentio* '*si paret N^m N^m A^o A^o X dare oportere*', implicava ormai che l'oggetto conteso fosse in proprietà del convenuto se si voleva che questi potesse essere condannato nei confronti dell'attore. La *condictio ex causa furtiva* rimase, ma fu considerata applicazione anomala dell'azione³⁴. Le *obligationes re contractae* trovarono così il loro fondamento esclusivamente in una *datio* che avesse trasferito al convenuto la proprietà del *certum* conteso.

La '*divisio*' *re-verbis-litteris* delle obbligazioni tutelabili con la *condictio* era una *divisio* per ogni verso perfetta. Se si tiene conto del fatto che le espressioni *verbis* e *litteris* non alludevano genericamente alle parole o allo scritto, ma – rispettivamente – ad una precisa forma negoziale orale o scritta, e che *re* allude alla cosa, che con la sua presenza stabilisce fonte e misura della prestazione dovuta, si comprende chiaramente che ciascuno dei tre *genera* è precisamente espressivo del fatto che dà luogo all'obbligazione e che nel contempo ne determina il preciso contenuto. L'obbligazione contratta *re* nasce dalla presenza, presso il debitore, di una certa cosa che va restituita, o, in epoca evoluta, dalla *datio* di un *certum* che deve essere restituito in misura e qualità identiche; l'obbligazione *verbis* è contratta al momento della pronuncia delle parole, per quel che è stato detto; analogamente l'obbligazione *litteris*, per quel che è indicato nello scritto costitutivo del rapporto³⁵.

Non incontreremo più, nella storia del diritto – almeno in quello dell'Europa continentale – una *divisio obligationum* che presenti un'elaborazione dommatica così precisamente aderente ai problemi pratici che essa è destinata a risolvere.

³¹ Cfr. C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum'...*, cit., p. 57 s., 67 s.

³² M. KASER, *Das altröm. Jus*, cit., p. 287.

³³ V. lett. in C.A. CANNATA, *La 'distinctio'...*, cit., p. 445 e *Sulla 'divisio obligationum'...*, cit., p. 57.

³⁴ Gai. 4, 4.

³⁵ Cfr. specialmente C.A. CANNATA, *La 'distinctio'...*, cit., p. 450 ss.

II. – LE OBBLIGAZIONI DI ‘INCERTUM’ E IL CONTRATTO

8. – La *divisio* fra *obligationes re, verbis e litteris contractae* era stata stabilita nell’elaborazione giurisprudenziale della *condictio*; ed abbiamo visto che il mutamento nella forma processuale subito da questa azione (dalla *legis actio* alla procedura formulare) non ne alterò il contenuto sostanziale. Delle *legis actiones* la *condictio* mantenne, in particolare, immutato un carattere: quello di non essere utilizzabile per le obbligazioni aventi oggetto *incertum*³⁶.

Le azioni formulari con *intentio* in ‘*quidquid dare facere oportet*’ non sorsero come traduzioni di *legis actiones* nella forma della nuova procedura, ma direttamente come azioni *per formulas*. E, di queste, solo l’*actio ex stipulatu incerti* aveva un contenuto ricollegabile alla vecchia tripartizione. Infatti, se era possibile, e fu riconosciuta³⁷, un’obbligazione *verbis* di *incertum*, l’obbligazione *re* non poteva sorgere che per un *certum*, ed i *nomina transcripticia* non furono riconosciuti mai che per i debiti di *certa pecunia*³⁸.

Il settore caratteristico delle obbligazioni da *incertum* sta in ogni modo del tutto fuori da quello coperto dalla tripartizione *re-verbis-litteris*, essendo costituito dalle obbligazioni contratte *consensu*, vale a dire che nascono *ex conventione*. Qui le obbligazioni (almeno se viste sotto il profilo della loro tutela processuale) sorgono sempre per un *incertum*, nel senso che ogni prestazione, anche se di per sé avrebbe oggetto certo, risulta tutelabile come *incertum*, perché può essere fatta valere solo nel contesto di tutto l’affare³⁹. La *conventio* di cui si parla era l’accordo non formale produttivo di obbligazioni reciproche, da determinarsi *ex bono et aequo* fra le parti⁴⁰. Questa *conventio*, in quanto produttiva di obbligazioni reciproche (mentre *re, verbis, litteris* nascevano obbligazioni solo in capo a una parte) fu denominata *contractus*⁴¹, e tutelata con *iudicia bonae fidei*.

Questi *iudicia* furono introdotti a partire dal III secolo a.C., e già nel II sec. a.C. se ne era formato un ricco catalogo, tutto di azioni causali relative a fattispecie tipiche; la tipicità continuò ad essere caratteristica di questo settore ancora in epoca

³⁶ Cfr. G. PUGLIESE, *Processo civile*, cit., I, p. 300. La più tarda *condictio incerti* (cfr. J.G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1970, p. 156 ss.) ha struttura e storia affatto autonome.

³⁷ Cfr. C.A. CANNATA, *Sulla ‘divisio obligationum’...*, cit., p. 59, n. 18.

³⁸ Gai. 3, 128 ss.; singrafi e chirografi restarono sempre estranei all’elaborazione dei giuristi classici (*Quod genus obligationis proprium peregrinorum est*: Gai. 3, 134).

³⁹ Si pensi al venditore che agisca per ottenere il pagamento del prezzo. Il prezzo deve essere determinato, ma, nel pretenderlo giudizialmente, il venditore agirà per ‘*quidquid dare facere oportet*’, ed il giudice determinerà l’ammontare della condanna tenuto conto delle eventuali controdeduzioni ammissibili del convenuto.

⁴⁰ Gai. 3, 137.

⁴¹ Ulp. Lab. D. 50, 16, 19, sul quale v. lett. in C.A. CANNATA, *La ‘distinctio’...*, cit., p. 446, n. 75; si veda anche *Creditum e obligationes*, cit., pp. 120; 122 s.

classica, fino, a quanto pare, al primo secolo del principato. *Ex conventione* nascevano le azioni di buona fede per *fiducia*, compravendita, locazione, società, mandato, deposito, comodato, presumibilmente anche per il pegno⁴².

9. – La circostanza che le *conventiones* produttive – in quanto tali – di obbligazioni fossero tutte tipiche, munite di azioni singolarmente previste nell'editto (*actio fiduciae*, *actio empti*, *actio venditi*, *actio locati*, *actio conducti* etc.) ritardò evidentemente l'elaborazione di un *genus* di *obligationes* contratte *consensu*, da affiancare a quelli delle *obligationes* contratte *re, verbis* e *litteris* come membro della *divisio obligationum*. Solo quando, sullo scorcio del I sec. d.C.⁴³, si pensò alla possibilità di concedere un'azione per i contratti atipici, l'*obligatio consensu contracta* poté diventare un *genus* nel senso anzidetto.

A prima vista, il *genus* delle obbligazioni *consensu contractae* pare dommaticamente meno limpido dei tre più antichi. Il regime delle figure nel quale esso si concentrava non era del tutto uniforme: anzitutto, come già si è detto, fattispecie tipiche vi sussistevano accanto a fattispecie atipiche; inoltre, mentre in alcuni casi la *conventio* era sufficiente a far sorgere le obbligazioni⁴⁴, in altri era necessaria una «executed consideration»⁴⁵; infine, per alcune figure, con il *iudicium bonae fidei* concorrevano una tutela mediante azione *in factum*, strutturalmente (e, in origine, forse anche di fatto) non propriamente fondata in una struttura contrattuale. A tutto ciò si aggiunge un fenomeno assai importante: che, proprio al tempo in cui Aristone contribuiva in modo preciso a far riconoscere i contratti atipici, il suo contemporaneo Pedio sottolineava il fatto che la *conventio* è presente anche in talune⁴⁶ fattispecie di fonti d'obbligazioni classificabili fra quelle *re, verbis* e *litteris*. Ma tutto ciò, se poté, come vedremo, turbare la visione dommatica di un personaggio marginale come Gaio, non diede alcuna difficoltà ai giuristi classici, per i quali altro era riconoscere l'esistenza di una *conventio* nel mutuo e nella *sti-*

⁴² Sull'elenco v. M. KASER, *Das röm. Privatrecht*, cit., I², p. 486. Sul carattere consensuale dei contratti di deposito, comodato e pegno v. C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum'...*, cit., p. 67 s.

⁴³ Abbiamo, in proposito, notizia di un responso di Aristone a Celso, riferito nel famoso passo di Ulpiano D. 2, 14, 7, 2. V. C.A. CANNATA, *op. ult. cit.*, p. 65. L'azione per i contratti innominati era del tutto simile alle azioni per le fattispecie contrattuali tipiche: una ricostruzione della formula si trova nel luogo ora cit.

⁴⁴ Così per compravendita, locazione, società, mandato.

⁴⁵ La *fiducia* esigeva un trasferimento di proprietà attuato con negozio formale, deposito e comodato la consegna di una cosa (in detenzione) e così il pegno (in possesso); i contratti innominati una *datio* (più tardi furono ammessi anche contratti innominati con esecuzione di una prestazione consistente in un *facere*: si veda il *tractatus* di Paul. D. 19, 5, 5).

⁴⁶ A credere ad Ulp. D. 2, 14, 1, 3 (lett. in C.A. CANNATA, *La 'distinctio'...*, cit., p. 448 s.), la dizione di Pedio era più ampia: *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis, (sive litteris) fiat*. Ma certo il giurista non vedeva una *conventio* nella *solutio indebiti*, per citare un esempio.

*pulatio*⁴⁷, ove le obbligazioni nascono *re* o *verbis*, altro era affermare che un'obbligazione nasce *ex conventione* (e quindi è necessariamente di *incertum*, potenzialmente reciproca, e normalmente retta dal principio della interdipendenza delle prestazioni); un conto è esigere, perché si ottenga l'effetto obbligatorio della *conventio*, che una certa prestazione sia già eseguita, un conto ricollegare il sorgere dell'obbligazione alla pura esecuzione di una prestazione, con la conseguenza di limitare il suo contenuto alla restituzione di quella certa cosa ricevuta.

10. – La *divisio obligationum* quadripartita – *re, verbis, letteris, consensu* – era dunque perfettamente funzionale; i giuristi romani sapevano bene che essa non era completa, perché esistevano fonti d'obbligazione che non potevano esservi classificate, ma ciò non rappresentava affatto, ai loro occhi, una difficoltà. L'esigenza che le classificazioni siano complete – nel senso che qualunque entità del campo al quale si riferiscono trovi nelle loro categorie una posizione definita – è sentita come indispensabile solo dai teorici puri, i quali procedono per sistemazioni chiuse. Ma per dei giuristi autentici, che, come quelli romani, non concepiscano un «Professorenrecht», un «Law in Books», bensì abbiano l'occhio attento al «Law in Action», la classificazione onnicomprensiva è indispensabile solo là dove la sua completezza è coesistente alla sua utilizzazione⁴⁸. Altrimenti, per questi giuristi, distinzioni e classificazioni parziali o comunque aperte sono ben possibili, e giustificate nella misura in cui servono a risolvere problemi pratici. Certo una classificazione, se corretta e feconda, tende ad espandersi: ma la sua completezza è una direzione, un limite, che può essere raggiunto e vale la pena di raggiungere solo in quanto sia utile raggiungerlo, ed in quanto lo si possa raggiungere senza approssimazioni o scorrettezze.

Per quanto concerne la *divisio obligationum*, il punto di arrivo della giurisprudenza classica ci è testimoniato da un suo epigono, Modestino, allievo di Ulpiano. Egli ci presenta bensì una classificazione con pretese di completezza, e per far ciò aggiunge alcuni *genera* alla vecchia *divisio*: ma, se egli opera con l'impeccabile stile dei suoi predecessori finché resta legato al settore coperto dai quattro *genera* tradizionali, traligna invece quando escogita *genera* di completamento del tutto nuovi; poiché questi non sono più *genera obligationum*, ma sono o indicazioni di fonti del

⁴⁷ Sulle ragioni pratiche che indussero a riconoscere la *conventio* in questi atti, e quindi la loro natura contrattuale, v. C.A. CANNATA, *La 'distinctio'...*, cit., pp. 446 e 451 s. Si trattava in particolare di dare rilevanza agli accordi particolari assunti dalle parti del mutuo (ad es., termine per la restituzione; testi e lett. in U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im röm. und geltenden Recht*, Berlin, 1965, pp. 16 s. e 78), o di desumere dalla volontà delle parti elementi per la corretta interpretazione della formula usata per la *stipulatio*.

⁴⁸ Si pensi alle distinzioni fra *res Mancipi* e *nec Mancipi*; fra *res mobiles* e *res soli* ecc., che servono a distribuire tutte le cose fra due – e i due unici possibili – regimi giuridici (rispettivamente, degli atti traslativi della proprietà e dei termini per l'usucapione).

diritto che possono prevedere fonti di obbligazioni, o indicazioni, senza riferimento specifico alla fonte, di circostanze in cui l'obbligazione può sorgere.

Ecco il testo:

D. 44, 7, 52 (Modestinus, 2 *reg.*): Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato. 1: Re obligamur, cum res ipsa intercedit. 2: Verbis, cum praecedit interrogatio et sequitur congruens responsio. 3: Re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit, consentientes in aliquam rem. 4: Ex consensu obligari necessario ex voluntate nostra videmur. 5: Lege obligamur, cum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut contra facimus. 6: Iure honorario obligamur ex his, quae edicto perpetuo vel <a> magistratu fieri praecipuntur vel fieri prohibentur. 7: Necessitate obligantur, quibus non licet aliud facere quam quod praeceptum est: quod evenit in necessario herede. 8: Ex peccato obligamur, cum in facto quaestionis summa consistit⁴⁹.

Il testo ha certo subito ritocchi (probabilmente nella prima epoca postclassica)⁵⁰: delle spiegazioni contenute nei paragrafi 1-8 assai poco è sicuramente riferibile a Modestino e molto non lo è affatto. Quello che più interessa a noi è comunque l'enunciato iniziale ed esso può essere stato modificato, ma certo risale a Modestino nella sua concezione generale; ne è del resto facile una ricostruzione corretta restituendovi il *genus* dell'*obligatio litteris* e sopprimendovi – con un intervento meno sicuro – la menzione dell'*obligatio ex peccato*⁵¹; non tanto perché si tratterebbe di un modo poco ortodosso di denominare l'*obligatio ex delicto*⁵², quanto perché questa categoria si giustifica poco in una *divisio* che prevede le obbligazioni *lege* e *iure honorario*: le obbligazioni da delitto trovano infatti tutte fondamento nell'una o nell'altro. Se a *iure honorario* si vuole dare il significato che il fr. 52 enuncia nel § 6 (l'editto perpetuo od ordini puntuali del magistrato), ne resterebbero tutt'al più escluse le estensioni pretorie dell'*actio ex lege Aquilia*: ma è difficile pensare ad una categoria escogitata al solo scopo di coprire questi – pur se rilevanti – casi, che del resto i giuristi vedevano come problemi connessi con l'interpretazione del disposto della *lex Aquilia* stessa.

⁴⁹ I due restanti paragrafi (9: *Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit*. 10: *Sed et nutu solo pleraque consistunt*) non riguardano più la *divisio obligationum*. Il merito di avere rivalutato la *divisio* enunciata nel pr. di questo testo spetta a TH. MAYER-MALY, in part. *Divisio obligationum*, cit., p. 380, nonché *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, in *Revue int. des droits de l'antiquité*, XII, 1965, p. 442; '*Obligamur necessitate*', in *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, R.A., LXXXIII, 1966, p. 48 ss. Per le ipotesi di interpolazione, si veda l'*Index interpolationum*, ai singoli luoghi.

⁵⁰ I concetti espressi nella spiegazione della sequenza, se difficilmente di Modestino, non sono certo Giustinianeî, e neanche di età postclassica avanzata. Non è il luogo per approfondire questi argomenti, tanto più che la conclusione mi sembra di tutta evidenza, nelle sue linee generali.

⁵¹ V. già C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum'...*, cit., p. 70.

⁵² Di essa si parlerà ancora, più avanti. Quanto all'espressione '*ex peccato*' come tale, essa non può essere di per sé rifiutata come tarda, poiché, '*peccatum*' nel senso di illecito giuridico è presente in Varro; cfr. A. CENDERELLI, *Varroniana*, Milano, 1973, p. 153; Varr., I.L. 5, 177 (CENDERELLI, num. 95 e 96).

Leggeremo dunque così il pr. del testo di Modestino:

Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut litteris aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate.

Modestino ha dunque anzitutto perfezionato la quadripartizione con l'aggiunta del *genus* dell'*obligatio re et verbis*; precisazione impeccabile, poiché altrimenti il mutuo con *stipulatio*, interpretato alla stregua della *divisio* quadripartita, darebbe luogo al sorgere di due distinte obbligazioni⁵³.

Ma questa precisazione risultava opportuna, anzi necessaria, perché i quattro *genera obligationum* erano concepiti in funzione di una corrispondenza biunivoca: le obbligazioni possono nascere *re, verbis, litteris, consensu*, e quando si realizzano le fattispecie che corrispondono ai quattro enunciati (*datio, expensilatio, stipulatio*, contratto consensuale) si ha sempre l'effetto obbligatorio (cioè sorgono obbligazioni, con le modalità e il contenuto che ciascun tipo di fattispecie comporta). Invece, per gli altri *genera* della *divisio* di Modestino, questa corrispondenza manca: si può ben dire che obbligazioni nascono dalla legge, corrispondenza manca: si può ben dire che obbligazioni nascono dalla legge, dal *ius honorarium*, dalla *necessitas*, ma non che dove c'è *lex, ius honorarium* o *necessitas* là c'è sempre un'obbligazione. Mentre con le indicazioni '*re-verbis-re et verbis-litteris-consensu*' Modestino ci dice quando e come nascono obbligazioni, la seconda parte della sua elencazione – *lege, iure honorario, necessitate* – indica solo dove si possono trovare previste altre *causae obligationum*, non classificabili nei precedenti *genera*. Il suo discorso è, in sostanza, questo: le obbligazioni nascono *re, verbis, re et verbis, litteris, consensu*; questi cinque *genera* non comprendono però tutte le *causae obligationum* possibili; altre, infatti, ve ne sono – previste da leggi, o sanzionate da speciali rimedi del *ius honorarium*, o che sono la conseguenza di particolari situazioni – le quali non sono riconducibili ai cinque *genera*.

La menzione delle *obligationes lege, iure honorario, necessitate* costituisce già un discorso, dunque, sulle *variae causarum figurae* (quello che troveremo poi, apertamente fatto, nelle *res cottidianae*)⁵⁴: e quindi è la negazione di una *divisio obligationum*. Le *variae causarum figurae* sono appunto non classificate, perché non classificabili nei *genera* stabiliti con la *divisio*. Il fatto che Modestino (al contrario di quel che farà poi l'autore delle *res cottidianae*) abbia enunciato le *variae causarum figurae* come fossero distinte in *genera*, costruite formalmente in modo analogo ai cinque *genera* veri e propri della *divisio* propriamente detta, come se egli altro non avesse fatto che svilupparne la consistenza, dimostra solo che egli operava con i metodi dommatici di un pandettista *ante litteram*. In ciò, come si diceva, egli trali-

⁵³ Modestino diede così sistemazione dommatica alla soluzione pratica, testimoniata in particolare da Paul. D. 45, 1, 126, 2; Ulp. D. 46, 2, 6, 1; Pomp. D. *eod.*, 7; lett. in M. KASER, *Das röm. Privatrecht*, cit., I², p. 532 n. 22.

⁵⁴ V. *infra*, § 13.

gna, rispetto ai metodi della tradizione giurisprudenziale, che egli ereditava e – anche – chiudeva.

11. – A questo punto, dopo aver seguito sino alla fine il lavoro della giurisprudenza romana del periodo classico, è opportuno soffermarsi a valutarne con esattezza la portata, perché la *divisio obligationum* che quella giurisprudenza ha imposto – essendo, come risulterà dal seguito di questa esposizione, quella dommaticamente più corretta fino ad oggi enunciata, oltre che, in rapporto ai suoi tempi, la più funzionale – ci servirà come punto di riferimento costante per la valutazione delle vicende successive.

Prenderemo in particolare considerazione l'assetto finale, datole da Modestino. Il quale, fra l'altro – ciò va notato preliminarmente –, mostra di avere ormai del tutto superato quel certo, per così dire, purismo, tenace presso i giuristi romani, per cui, malgrado non infrequenti atteggiamenti alquanto liberi⁵⁵, l'*obligatio* restava una figura del *ius civile*. Modestino, ormai, parla invece apertamente di obbligazioni appartenenti al *ius honorarium*.

Ciò posto, cerchiamo di individuare come le varie fonti delle obbligazioni potessero distribuirsi nella *divisio* di Modestino. Per far ciò dovremo interpretare un poco i metodi della giurisprudenza, poiché, come già abbiamo detto, le spiegazioni di D. 44, 7, 52, 1-8 ci possono aiutare poco, né le altre fonti ci chiariscono tutti i particolari espressamente. Ne risulta quanto segue:

a) *re obligari*: il primo *genus* comprendeva tanto obbligazioni contrattuali (mutuo) quanto obbligazioni non contrattuali, e cioè la *solutio indebiti* e le *dationes* in vista di controprestazione non seguita: per queste l'azione fondata sull'*obligatio re* (*condictio*) era a disposizione solo se la *datio* costituiva l'*executed consideration* di un contratto innominato, o l'esecuzione della prestazione di un contratto consensuale tipico nullo, in casi come quello descritto in Paul. D. 18, 1, 57⁵⁶;

b) *verbis obligari*: comprendeva le ipotesi contrattuali della *stipulatio certi* (protetta con *condictio*) e *incerti* (protetta con *l'actio incerta ex stipulatu*), nonché l'ipotesi non contrattuale (almeno formalmente, perché attuata *uno loquente*) della *dotis dictio* (Gai. 3, 95 a; Ulp. 6, 2); può aggiungersi, sempre come figura non contrattuale (nello stesso significato formale), la *promissio iurata liberti* (figura recepita nel *ius civile* dal *ius sacrum*: Gai. 3, 96; Ulp. D. 38, 1, 7, 2; Paul. D. *eod.*, 37 pr.);

c) *re et verbis obligari genus* che si riferiva alla sola ipotesi del mutuo con *stipulatio*, come si è visto;

⁵⁵ V. in part. G. SEGRÉ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi Bonfante*, III, Milano, 1930, p. 501 ss., ripubblicato in *Scritti vari di Diritto romano*, Torino, 1952, p. 249 ss.; M. KASER, *Das röm. Privatrecht*, cit., I², p. 480.

⁵⁶ Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva Sabinus Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt.

d) *litteris obligari*: *genus* che comprendeva la sola *expensi latio*, o anche, se si vuole, le figure – che Gaio 3, 134, qualificava ‘proprie dei *peregrini*’ – delle sinigrafi e dei chirografi;

e) *consensu obligari*: comprendeva tutti i contratti consensuali tipici: compravendita, locazione, società, mandato, nonché la fiducia, deposito, comodato e pegno (che, come si è accennato, per i giuristi classici davano luogo ad obbligazioni *ex conventione*: cfr. D. 2, 14, 7, 1) ed ancora, con ogni probabilità, l'*aestimatum*⁵⁷. Venivano poi i contratti consensuali atipici (c. d. contratti innominati), protetti con *actio in ius concepta (praescriptis verbis)*, e con formule *in factum conceptae*⁵⁸.

I *genera a, b, c, d*, come si vede, sono definiti prescindendo dalla funzione che, in ogni singola fattispecie, eventualmente svolga l'accordo delle parti. Ciò riveste particolare importanza con riguardo al *genus* delle obbligazioni *re* e a quello delle obbligazioni *verbis*, in quanto permette di classificarvi, accanto alle figure contrattuali, le figure non contrattuali ad esse analoghe. Ciò è impossibile per il *genus* delle *obligationes consensu*: le figure non contrattuali, analoghe ai contratti consensuali, restano pertanto senza spazio nell'ambito dei cinque *genera* e, come vedremo fra poco, restano anzi affatto inclassificabili, o almeno non classificabili con correttezza dommatica nei generi di questa *divisio*. Quello di non offrire strumenti dommatici coerenti per la classificazione dei questi quasi-contratti (consensuali)⁵⁹ è il limite caratteristico della *divisio* romana.

Queste fattispecie, il cui regime e la cui tutela trovano il proprio modello nel regime e nella tutela dei contratti consensuali (in quanto sorgono obbligazioni almeno potenzialmente reciproche e interdipendenti, il cui contenuto è determinabile *ex bono et aequo*, per cui l'azione che le tutela sarà un *iudicium bonae fidei*, o tenderà ad esserlo) rappresentano, dunque, propriamente la lacuna della vecchia partizione, in quanto sono del tipo di quelle classificatevi, ma non vi sono classificabili: e sono d'altra parte del tutto estranee all'ambito coperto dalle categorie aggiunte da Modestino perché il loro effetto obbligatorio non può essere ricondotto né alla legge, né al *ius honorarium*, né alla *necessitas*, in quanto si tratta di creazioni tipicamente giurisprudenziali. Si tratta, in particolare, delle gestioni senza mandato (quelle che rientrano nell'ambito di applicabilità dell'*actio negotiorum gestorum* e dell'*actio tutelae*), delle situazioni comunitarie non dipendenti da un contratto di società⁶⁰ (quelle, cioè, che danno luogo ad obbligazioni che vengono in considera-

⁵⁷ M. KASER, *Das röm. Privatrecht*, cit., I², p. 581, n. 8.

⁵⁸ Che rappresentano lo strumento più antico per la tutela di queste fattispecie. Quale fosse l'estensione dell'ambito in cui questo rimedio pretorio veniva effettivamente concesso, ed entro quali limiti esso abbia subito il concorso del rimedio civilistico (*actio praescriptis verbis*) introdotto alla fine del I sec. (D. 2, 14, 7, 2, v. sopra), non sappiamo esattamente. Il problema esula comunque dal tema qui trattato.

⁵⁹ Intendo dire i quasi-contratti nei quali il regime è assimilabile a quello dei contratti consensuali: è ovvio che la nozione di quasi-contratto implica proprio l'assenza dell'accordo delle parti.

⁶⁰ Cfr. Paul. D. 10, 2, 25, 16; D. 10, 3, 1.

zione nelle divisioni giudiziali attuate con l'*actio communi dividundo* o l'*actio familiae erciscundae*⁶¹, dei casi nei quali un'azione contrattuale si dà malgrado non esista un contratto, per errore sulla capacità di una parte al momento del consenso (ad es. comodato o mandato concluso con un *homo liber bona fide serviens*: Pomp. D. 13, 6, 13, 2).

La non classificabilità di queste fattispecie non dipende solo dal fatto che il *genus* che vi corrisponde trova la sua definizione nel *consensus* mentre esse sono caratterizzate proprio dall'assenza del *consensus*, ma altresì dal fatto che l'elemento che le accomuna è puramente negativo: e cioè, appunto, l'assenza del consenso malgrado godano della tutela di fattispecie consensuali.

Per classificarle – dato il modo come si configurano – non sarebbe servito dunque a nulla cercare di ricondurle sotto una diversa categoria, del tipo di quelle che Modestino creò per chiudere il suo sistema delle obbligazioni⁶²; le quali categorie, invece, servono abbastanza bene per inquadrare alcune fattispecie, anche se vi si procede con metodo difforme da quello adottato per la classificazione *re-verbis-re et verbis-litteris-consensu. Lege, iure honorario, necessitate* non nascono, infatti, obbligazioni, ma si configurano fonti di obbligazioni; non vi corrispondono *genera obligationum* ma settori che possono avere, ciascuno, propri *genera obligationum*. Così *iure honorario* nascono obbligazioni da *receptum*⁶³, da *pecunia constituta*⁶⁴, dalle fattispecie di arricchimento per le quali è prevista un'azione pretoria⁶⁵; ora *lege* ora *iure honorario* nascono le obbligazioni da delitto.

Ma se l'espedito di Modestino per allargare la *divisio* riesce a renderla, in qualche modo, più completa, esso è ben lungi dal farla esauriente. I rimedi pretori non edittali ma di provenienza giurisprudenziale (come le azioni *in factum ad exemplum legis Aquiliae*⁶⁶), il *legatum per damnationem* e *sinendi modo*, nonché – nella sua configurazione classica – la situazione protetta con la *condictio ex causa furtiva* ne restano ancora, ad esempio, fuori.

⁶¹ Sulla formula di queste azioni v. M. KASER, *Das röm. Privatrecht*, cit., I², p. 591 s., con l'avvertenza che l'*intentio* doveva essere *'quidquid ob eam rem alterum alteri dare facere praestare oportet'* e non menzionare il solo *praestare*, come vorrebbe anche O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig, 1927, pp. 208 e 211. Non deve, a mio parere, trarre in inganno l'insistere dei giuristi sulle *'praestationes'* (v. i testi in O. LENEL, *op. cit.*, p. 208, n. 7 e p. 211, n. 9; in part. Ulp. D. 10, 2, 22, 4), sostantivo che non ha stretta relazione con il significato tecnico di *praestare* (sul quale v. C.A. CANNATA, *Die vertragliche Haftung in der Sicht der röm. Juristen*, in *Studi Cagliari*, XLVII, 1971-72, p. 32 ss.), e serve solo a contrapporre nel loro insieme gli effetti obbligatori connessi con la sentenza di questi processi agli effetti reali. Non ha importanza, a questo fine, il fatto che l'obbligazione del condomino sia, in effetti, sempre di *praestare* (nel senso stabilito nel mio lavoro cit. in questa nota).

⁶² E completando altrimenti questo sistema: nelle categorie presenti in D. 44, 7, 52 i quasi contratti (consensuali), come già si è accennato, non avrebbero posto in ogni modo.

⁶³ O. LENEL, *Edictum*³, cit., p. 130 ss.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 247 ss.

⁶⁵ M. KASER, *Das röm. Privatrecht*, cit., I², p. 600.

⁶⁶ Rimedi riferibili alla *lex* stessa o al *ius honorarium*. V. sopra, p. 277. Cfr. Pomp. D. 19, 5, 11.

III. – LA ‘DIVISIO’ DI GAIO E QUELLE DERIVATENE

12. – Gaio scrisse le sue Istituzioni in piena epoca classica, un buon mezzo secolo prima della composizione delle *Regulae* di Modestino⁶⁷. Ma Gaio non era giurista «classico»; gliene mancava, giustappunto, la «classe». Le *Istitutiones*, in particolare, sono un’ottima sintesi dei risultati della giurisprudenza, ma manchevoli – e gravissimamente manchevoli – proprio là dove l’autore di un’opera simile sarebbe stato chiamato a dare il proprio contributo specifico: nella esplicitazione delle connessioni sistematiche, e degli strumenti dommatici relativi, che i giuristi impiegavano senza enunciarli o enunciandoli parzialmente. Qui Gaio sarebbe stato chiamato a capire sul serio, e invece capisce a modo suo o – non capendo – inventa e inventa male.

Accanto a quello della distinzione fra *res corporales* e *res incorporales*, ben noto⁶⁸, si può proprio addurre, come esempio macroscopico dell’insensibilità giuridica di Gaio, il caso della *divisio obligationum*.

La prima cosa che Gaio non pare avere capito, è che la *divisio obligationum* ha una rilevanza pratica; egli voleva uno schema, per la sistemazione didattica della *pars de obligationibus*, e si preoccupò quindi pressoché solo dell’assetto formale della *divisio* che, a questo fine, adottava; assetto che egli doveva commisurare alla nozione di obbligazione che sta alla base – pur senza essere enunciata – della *pars* stessa; nozione che coincide con ogni *causa petendi* di un’*actio in personam* (cfr. Gai. 4, 2). Non è questo il luogo per verificare questa nozione di *obligatio*, divenutaci comunque abituale. Si deve però notare che essa, in Gaio (o meglio, a partire da lui), è alla radice di una scorrettezza dommatica. Per coprire tutto l’ambito di esperibilità delle *actiones in personam*, Gaio deve considerare, accanto alle tradizionali fattispecie obbligatorie che si attuavano *re, verbis, litteris* e *consensu* (la categoria *re et verbis* non era stata ancora evidenziata), le fattispecie che davano luogo ad azione penale⁶⁹ privata. Di fronte a queste, che egli prese in considerazione unitariamente come ‘*obligationes ex delicto*’, le obbligazioni *re, verbis, litteris* e *consensu* venivano pure considerate in modo unitario, e per etichettare questa unità Gaio si affidò alla nozione di contratto.

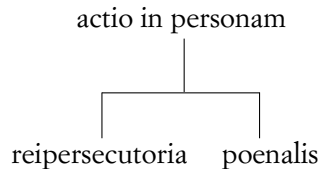
⁶⁷ Le *Regulae* di Modestino (che è menzionato come vivo ancora in un rescritto dell’anno 239: Gord. C. 3, 42, 4; cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, col. 701. n. 1) sono state scritte dopo la morte di Caracalla (+ 217; cfr. D. 1, 9, 3; LENEL, *op. ult. cit.*, I, col. 732, n. 2). Le Istituzioni di Gaio paiono invece essere state composte intorno al tempo della morte dell’imperatore Antonino Pio (+ 161), che vi è menzionato come morto in Gai. 2, 195 (cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 291 s. n. 2) mentre è citato come vivo nella parte precedente dell’opera (Gai. 1, 53; 74; 102; 2, 120; 126; 151a).

⁶⁸ Si veda in particolare G. PUGLIESE, ‘*Res corporales*’, ‘*res incorporales*’ e il problema del diritto soggettivo, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1951, specialmente p. 258 ss.

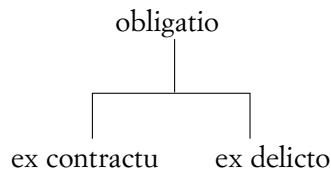
⁶⁹ Uso l’espressione nel suo significato più corrente (e più pregnante); Gaio, a questo proposito, mostrava oscillazioni notevoli: cfr. Gai. 4, 8-9.

Si ha così questa corrispondenza perfetta:

a) in termini processuali (Gai. 4, 2: *In personam actio est qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est*⁷⁰):



b) in termini sostanziali (Gai. 3, 88: [*obligationum*] *summa divisio in duas partes diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*);



Corrispondenza perfetta, si è detto, ma solo formalmente; il contenuto non tiene conto del fatto che l'obbligazione da contratto è obbligazione da fatto lecito e quella da delitto da fatto illecito, mentre l'azione è sempre da illecito: le cosiddette azioni contrattuali, infatti, non nascono dal contratto, ma dall'inadempimento di un'obbligazione contrattuale. In altri termini, delitto e contratto non possono stare sullo stesso piano, allo stesso livello, in una classificazione delle fonti delle obbligazioni. Il contratto, infatti, genera l'obbligazione, la cui violazione darà luogo alla responsabilità; il delitto produce direttamente una responsabilità. Possiamo riassumere tutto ciò con il seguente schema:

Contratto	–	(legge)
obbligazione	–	(obbligo)
inadempimento	–	delitto
responsabilità	–	responsabilità
e azione	–	e azione

Ma questo è solo il primo difetto della *divisio* gaiana. Come si è visto, egli raccolse le obbligazioni *re, verbis, litteris* e *consensu* sotto la nozione di *contractus*, facendo dei quattro *genera* delle suddivisioni interne al contratto. Ma siccome la nozione di contratto implicava quella di accordo⁷¹, le fattispecie non contrattuali ap-

⁷⁰ Dalla, in parte analoga, classificazione delle azioni di D. 44, 7, 25 pr.-2, non pare che Ulpiano – se pure ne è l'autore – abbia a sua volta tratto alcuna *divisio obligationum*.

⁷¹ La cosiddetta «teoria obbiettiva» del contratto romano (v., con lett., C.A. CANNATA, *La 'di-*

partenenti ai quattro *genera* vengono espulse dalla *divisio*. Gaio può trattare con disinvoltura le fattispecie del *genus 'verbis'*, che possono essere considerate solo formalmente unilaterali; ma quelle appartenenti al *genus 're'* lo costringono in un vicolo cieco, cosicché egli scrisse un famoso passaggio sulla *solutio indebiti* che i difensori del suo buon nome di giurista furono sempre costretti a considerare spurio⁷².

E ancora: facendo di *re-verbis-litteris-consensu* le denominazioni di *genera* individuati all'interno del contratto (come sue suddivisioni), le quattro espressioni non indicano più come sorgono le obbligazioni, ma come si concludono i contratti. Gaio non si è reso conto di ciò, e continua a parlare di *obligatio* che si contrae *re* (Gai. 3, 89; 90), *verbis* (Gai. 3, 89; 92), *litteris* (Gai. 3, 89; 128) e *consensu* (Gai. 3, 89; 135; 136); ma questa inevitabile conseguenza della sua impostazione emerge dove egli definisce il contratto consensuale. Poiché, infatti, *consensu contrahere obligationem* equivale a dire *obligari ex conventione*, e ciò equivale a sua volta a dire *ex contractu obligari*, Gaio deve definire il contratto consensuale come quello che si perfeziona col solo consenso, senza necessità di forme orali o scritte, e senza trasferimento di proprietà o consegna di cose, o altra prestazione (Gai. 3, 136). Per vero egli evita quest'ultima precisazione: dice '*neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur*', ma non che non è necessaria, in particolare, una *datio*; se lo avesse detto, avrebbe dovuto escludere espressamente dall'ambito delle *obligationes consensu contractae* la *fiducia* e i contratti innominati, mentre egli preferisce passare sotto silenzio queste figure, così come deposito, comodato e pegno, che nella sua *divisio* non hanno spazio.

Questi difetti della *divisio* gaiana sono senza contropartita. I quasi-contratti consensuali, che restavano fuori dalla *divisio* tradizionale, continuano a restare esclusi; e si può aggiungere che la categoria delle obbligazioni *ex delicto*, oltre all'equivoco che la sua stessa presenza comporta, è stata da Gaio concepita in modo confuso: essa annovera quattro figure, scelte in modo da apparire esclusive, e tali perché appartenenti al *ius civile*, ma in realtà solo tre lo sono (furto, *iniuria*, danneggiamento aquiliano), perché la rapina è figura pretoria: chi compie rapina è *fur*, ma in quanto *fur* subirebbe l'*actio furti*; l'*actio vi bonorum raptorum* è un'azione speciale pretoria, anche se applicabile a certi casi di furto.

13. – Un giudizio teorico sulla *divisio* gaiana dovrebbe essere, chiaramente, negativo; la sua menzione dovrebbe appartenere al novero delle curiosità erudite. La storia, invece, ha operato altrimenti; e, in conseguenza della fortuna postclassica delle opere di Gaio e in particolare delle sue Istituzioni – una vicenda di cui qui non si può parlare –, l'impostazione di Gaio costituisce la base per la storia successiva della *divisio obligationum*.

stinctio' ..., cit., p. 448 s., n. 81) non è oggi più sostenibile; essa fu, d'altronde, creata, più o meno consapevolmente, nel desiderio di poter credere a Gaio.

⁷² Gai. 3, 91, sul quale, in part. J.C. VAN OVEN, *Remarques sur Gai. 3, 91*, in *Iura*, I, 1950, p. 21 ss.

A partire dalle *res cottidianae*: opera non solo importante all'epoca in cui fu scritta, perché assai diffusa, ma altresì in futuro, perché essa fornì l'ossatura della trattazione generale delle obbligazioni nelle *sedes materiae* di queste, nel Digesto.

L'autore delle *res cottidianae*, un ignoto, ma non sprovveduto giurista della fine del III secolo⁷³, si propose per l'appunto di adeguare alle esigenze della pratica – la pratica del suo tempo, che cominciava ad essere impostata in modo elementare – la *divisio* gaiana: un adeguamento commisurato alle esigenze che il manuale si proponeva di soddisfare. Esso consiste in una sorta di guida, cui le fonti delle obbligazioni vi sono ordinate secondo la loro particolare struttura e i loro effetti.

Il metodo adottato è estremamente semplice (e semplicistico: ma è il livello medio dell'epoca, non una particolarità dell'autore): secondo Gaio le obbligazioni nascono da contratto e da delitto (qui detto ora *maleficium*), ma le due figure non sono sufficienti a comprendere tutte le ipotesi rilevanti; e dunque a ciò si può rimediare con due operazioni: *a*) distribuire nella bipartizione quanto ancora può esservi distribuito; *b*) elencare fuori della classificazione le figure non classificabili in essa.

a) La prima operazione – di recupero – riguarda comodato (D. 44. 7, 1, 3) deposito (*eod.* 5) e pegno (*eod.* 6), che sono aggiunti al mutuo, nel novero delle *obligationes re contractae*.

L'autore non palesa nulla al proposito, ma è evidente che, nel compir questa operazione, egli cambiava radicalmente la nozione di *re contrahere*, comune alla tradizione classica ed ancora esclusiva in Gaio. Per l'autore delle *res cottidianae* il contratto *re* non è più basato sulla proprietà che il debitore acquista della cosa (*res data*); esso è ridotto alla nozione di «contratto alla cui conclusione è necessaria una qualsivoglia consegna della cosa» (traslativa di proprietà del mutuo, attributiva di possesso nel pegno, di semplice detenzione in comodato e deposito); una categoria, in se stessa, di nessun valore dommatico, ma intelligentemente escogitata per recuperare alla *divisio re, verbis, (litteris)*⁷⁴, *consensu* il comodato, il deposito e il pegno.

⁷³ I tentativi per attribuire nuovamente a Gaio (dopo le decisive dimostrazioni contrarie di V. ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle res cottidianae*, in *Studi Bonfante*, I, Milano, 1929, p. 498, e di S. DI MARZO, *I libri rerum cottidianarum sive aureorum*, in *Bullettino dell'Ist. di Dir. rom.*, LI-LII, 1948, p. 1 ss.) le *res cottidianae* (da ultimo W. WOŁODKIEWICZ, *Obligatioes ex variis causarum figuris*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, serie III, XIV, 1970, p. 84 ss.) sono destinati a fallire di fronte alla considerazione che la dommatica delle *res cottidianae* è molto diversa da quella delle Istituzioni: le affinità di linguaggio su questa base, diventano elementi senza rilevanza o anzi negativi, provando semplicemente la derivazione dell'una dall'altra opera.

⁷⁴ La categoria delle obbligazioni *litteris* è assente dal testo delle *res cottidianae* come esso compare nel *Digesto*. Impossibile stabilire se ciò sia effetto di intervento compilatorio o risalga all'impianto originale. La nozione di contratto *consensu* usata nelle *res cottidianae* è evidentemente quella gaiana, anche se ciò non ci risulta direttamente; il passo relativo (D. 44, 7, 2) è stato dai compilatori tolto direttamente dalle Istituzioni di Gaio.

b) La seconda operazione risulta più complessa. Il punto di partenza ne è, invero, assai semplice: benché Gaio presenti la propria *divisio obligationum* in contratti e delitti come completa (Gai. 3, 88: *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*), essa non è completa affatto; ci sono fonti di obbligazioni che non sono né contratti né delitti: *res cott.* D. 44, 7, 1 pr.: *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*. Queste altre *causarum* figurae sono *variae*, e pertanto non classificabili, ma danno luogo ad obbligazioni con regime giuridico non del tutto autonomo (*proprio quodam iure*): esse potranno invero essere trattate in analogia con obbligazioni contrattuali o delittuali.

In analogia con il contratto si hanno:

1. la *negotiorum gestio*, che realizza una fattispecie analoga al mandato, senza che esista mandato (*res cott.* D. 44, 7, 5 pr.);

2. le obbligazioni sanzionate con il *indicium tutelae*, le quali non sono contrattuali (*nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur*): *sed quia sane non ex maleficio tenentur* (sc. tutore e pupillo, poiché *mutuae sunt actiones*), *quasi ex contractu teneri videntur* (D. *eod.* 5, 1);

3. l'erede obbligato a prestare un legato (sc. *legatum per damnationem*) non è vincolato da alcun contratto *neque cum defuncto neque cum herede*, e poiché *maleficio autem nullum in ea re esse plus quam manifestum est*, la sua obbligazione risulta di altro genere (questo si limita a dire l'autore, astenendosi in questo caso dal precisare l'analogia con l'obbligazione contrattuale: D. *eod.* 5, 2);

4. chi ha ricevuto l'indebito, *obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitorum creditoribus* benché, come già diceva Gaio nelle Istituzioni, non sia obbligato *ex contractu* (D. *eod.* 5, 3: ho convertito in una citazione di Gaio la ripresa dell'argomentazione di Gai. 3, 91, che l'autore fa).

L'analogia col delitto è costruita con un procedimento che apparentemente è lo stesso, ma sostanzialmente, sotto le vesti di una maggior sottigliezza dommatica, si rivela tecnicamente sconnesso; perché tale, in realtà, è il suo punto di partenza. Con l'aggiunta di una precisazione dommatico-sistematica (che serve solo a documentare ancora meglio quanto a quell'epoca si fosse offuscato il significato tecnico di *re obligari*), l'autore delle *res cottidianae* accoglie in tutto l'impostazione gaiana dei delitti.

Ecco i due testi a confronto:

Gai 3, 182: Transeamus nunc ad obligationes quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit; quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus.

res cott. D. 44, 7, 4: Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria, quae omnia unius generis sunt: nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu.

Come abbiamo visto a suo luogo, il fatto che Gaio avesse limitato le fattispecie di delitto a queste quattro figure era una sorta di omaggio – se pure non ben confezionato – alla distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium* ed all'appartenenza della nozione di *obligatio* al *ius civile*. L'autore delle *res cottidianae* perpetua questo omaggio, proprio in un contesto nel quale decide di inserire alcuni illeciti pretori fra le fonti di obbligazioni: e lo perpetua negando agli illeciti pretori la qualifica di *maleficium*. Ma siccome la vera ragione di questa negazione non la vuole esprimere, egli cerca di giustificare dommaticamente la distinzione fra delitti (*maleficia*) e illeciti che non sono delitti, pur essendo ad essi analoghi, presentando questi ultimi come figure meno gravi, costituite da fattispecie nelle quali non v'è, necessariamente, un comportamento seriamente riprovevole della persona che deve risponderne. Il *iudex qui litem suam fecerit, peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam* (D. eod. 5, 4); la responsabilità per il *detectum effusumve* e per il *positum et suspensum* grava sull'*habitor* senza che si debba accertare che l'azione dannosa sia attribuibile a lui, ed anzi si sa che normalmente la causa è da ricercarsi in una colpa altrui (*servi aut liberi*: D. eod. 5, 5); *nauta, caupo* e *stabularius* rispondono del danno e del furto dei loro dipendenti per una colpa assai tenue – quella che poi fu detta '*in eligendo*' –, «*aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur*» (D. eod. 5, 6).

14. – I compilatori giustinianeî non solo ripresero i passi delle *res cottidianae*, di cui ci siamo valse or ora, in testa al titolo *de obligationibus et actionibus* del Digesto (44, 7), fornendogli così l'impostazione, e regalando la *divisio* di Modestino in posizione subordinata (al fr. 52 sui 61 dei quali consta il titolo): essi usarono la *divisio* delle *res cottidianae* per ricostruire l'ossatura sistematica della *pars de obligationibus* delle loro Istituzioni (3, 13-4, 5). Non mancava altro per consegnarla ai secoli seguenti come la *divisio* ufficiale.

L'impostazione data alla materia delle obbligazioni nelle istituzioni di Giustiano è un prodotto caratteristico del metodo di elaborazione sistematica delle scuole orientali: impostazione dialettica preoccupata della compiutezza e della simmetria.

La *pars de obligationibus* si apre – per la prima volta, a quanto ci risulta – con una definizione dell'*obligatio* (I. 3, 13 pr.); nella *divisio*, l'inversione del rapporto fra *genera* e *species* – che risale a Gai. 3, 88; 89 – è sanata con l'inserzione di una nuova divisione in *genera* (denominata *summa divisio*: I. 3, 13, 1), posta tra la definizione e la prima divisione in *species* (denominata *sequens divisio*: I. 3, 13, 2); le *variae causarum figurae*, che nelle *res cottidianae* non erano classificate, sono raccolte in due nuove *species* (*obligationes* che nascono *quasi ex contractu* e *quasi ex maleficio*) opportunamente collocate accanto a contratto e delitto (*maleficium*) (I. 3, 13, 2).

In realtà, queste operazioni sono più che altro velleitarie, esteriori. La definizione è poco felice (ma la sua analisi esula dai temi del presente lavoro); la divisio-

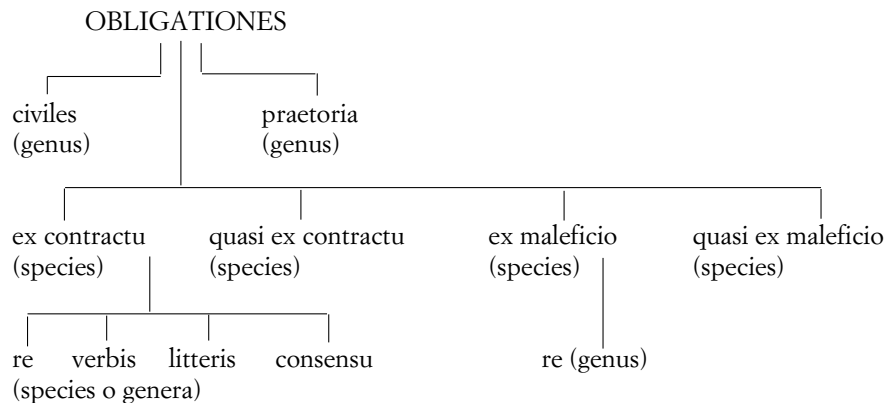
ne in *genera*, che la segue per prima, non solo è anacronistica (si tratta di una divisione fra obbligazioni civili e pretorie), e quindi affatto irrilevante nel contesto dell'opera, ma la successiva (*sequens*) divisione in *species* non è operata al suo interno, bensì è una nuova *summa divisio*, direttamente ricollegata alla nozione di obbligazione, cosicché non si ha alcuna sanatoria della vecchia inversione, anzi, lo stesso concetto è fatto oggetto di due *partitiones*, una in *genera* (obbligazioni civili e pretorie) e l'altra in *species* (quella che fa riferimento alle fonti), poste sullo stesso piano. Due membri della quadripartizione basata sulle fonti sono poi a loro volta suddivisi, ma l'uno, l'obbligazione da contratto, in *species* (I. 3, 13, 2, divisione che viene poi riferita come in *genera* in altro luogo, I. 4, 1 pr., quando si dice che le obbligazioni da delitto constano di un solo *genus*) e l'altro in *genera* (l'obbligazione da delitto, appunto, le cui fattispecie *unius generis sunt*).

Ecco i testi.

I. 3, 13: DE OBLIGATIONIBUS: Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura. 1: Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae. civiles sunt, quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt. praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur. 2: Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus.

I. 4, 1: DE OBLIGATIONIBUS QUAE EX DELICTO NASCUNTUR: Cum expositum sit superiore libro de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur ut de obligationibus ex maleficio dispiciamus. sed illae quidem, ut suo loco tradidimus, in quattuor genera dividuntur: hae vero unius generis sunt, nam omnes ex re nascuntur, id est ex ipso maleficio, veluti ex furto aut rapina aut damno aut iniuria.

Ne deriva il seguente schema.



Quanto al contenuto sostanziale, non vi sono notevoli innovazioni – per quanto concerne la nostra problematica – rispetto ai precedenti che conosciamo, se si eccettua la diversa configurazione della *obligatio litteris* (I. 3, 21), e l'aggiunta, fra le obbligazioni quasi-contrattuali, di quelle che si fanno valere fra comunionisti e coeredi con le azioni *communi dividundo* e *familiae erciscundae* (I. 3, 27, 3 e 4).

Nel creare le due nuove categorie delle obbligazioni *quasi ex contractu* e *quasi ex delicto* (o *maleficio*), i commissari giustinianeî compivano, coll'intenzione di operare un semplice assestamento, un passo di notevole portata.

L'autore delle *res cottidianae*, lasciando queste figure fuori della classificazione delle fonti delle obbligazioni, e giustificando con costante perseveranza tale esclusione con l'asserire di ciascuna che non si trattava né di contratto né di delitto, riferiva evidentemente le sue assimilazioni (*quasi ex contractu*, *quasi ex maleficio*) al regime giuridico dell'obbligazione – considerata nel tempo della sua esistenza –, e non alla fonte dell'obbligazione. Le obbligazioni *quasi ex contractu* danno luogo ad azione reipersecutoria, quelle *quasi ex maleficio* ad azioni con carattere penale. I compilatori delle Istituzioni imperiali, invece, facendo delle due assimilazioni altrettanti *genera* della *divisio*, creavano due nuovi tipi di fonti d'obbligazione. Ma questi tipi risultano, nel loro stesso contesto, indefinibili. Le precisazioni delle *res cottidianae* – non trattarsi né di contratto né di delitto –, che essi puntualmente riportano, se là suonavano bene, con un sottinteso «e quindi non le classifichiamo nei due *genera*», qui danno luogo ad una conclusione del tipo «e quindi l'obbligazione nasce *quasi ex contractu* o *quasi ex delicto*», che sa appunto, per così dire, di classificazione pura, di attribuzione della fattispecie ad un genere determinato per esclusione, in modo puramente negativo. L'unico elemento positivo per la definizione delle due categorie, e che permette quindi di distribuire le fattispecie nell'una piuttosto che nell'altra, è l'analogia; ma se l'analogia fra i regimi aveva un senso, essendo appoggiata al carattere dell'azione, l'analogia fra le fonti non ne ha molto: difficile infatti ammettere che una fattispecie sia analoga al contratto quando si parte proprio dalla constatazione che essa non ha gli elementi essenziali del contratto, o al delitto quando si parte dal presupposto che in essa manca propriamente l'elemento del delinquere. Una cosa è dire che la gestione d'affari altrui dà luogo ad una situazione pratica che è opportuno trattare con le norme sul mandato, in quanto applicabili; altra cosa, del tutto diversa, è dire che la *negotiorum gestio*, la fattispecie obbligante della gestione, è cosa analoga ad un contratto. La prima conseguenza sarebbe infatti la sottoposizione delle fattispecie quasi contrattuali alle norme sulla capacità contrattuale: ma questa sarà (e le sue radici risalgono alla controversia sulla *solutio indebiti* riferita in Gai. 3, 91) proprio una conclusione che la dottrina del quasi-contratto sarà concorde nel rifiutare.

IV. – LA ‘DIVISIO OBLIGATIONUM’ NELLA DOTTRINA MEDIOEVALE

15. – A quanto pare, il diritto medioevale non presentò gravi problemi sostanziali di classificazione delle fonti delle obbligazioni. La questione più rilevante, in questa materia, sembra sia stata quella degli effetti del nudo patto⁷⁵, che è una questione di configurazione dommatica di una fonte particolare, il contratto, e non un problema di ‘*divisio*’⁷⁶.

Vi sono, invero, certi istituti caratteristici del diritto medioevale che, a detta di alcuni autori, darebbero luogo ad obbligazioni nascenti da fonti non classificabili nella quadripartizione giustiniana: «obbligazioni dipendenti da una condizione di fatto», come, rifacendosi a certi rilievi del Gerber, le qualificava lo Schupfer⁷⁷. Questo tentativo di inquadrare le suddette figure nella *divisio obligationum* è però tutto moderno, non solo perché pensato in sede storico-giuridica negli ultimi 150 anni; esso è moderno nel suo spirito. Non pare, invero, che i giuristi medioevali abbiano mai sentito il bisogno di porsi, a proposito di quelle figure, il problema della classificazione delle loro fonti.

Gli istituti in questione sono quelli dei cosiddetti oneri reali⁷⁸, del diritto di re-tratto e dei diritti di bannalità. Ma da questo elenco possiamo subito eliminare l’ultima fattispecie che, con le obbligazioni, ha una parentela troppo lontana, consistendo in una situazione di monopolio particolarmente protetta⁷⁹, che derivava in

⁷⁵ Una tesi assai diffusa qualche decennio fa (v. in part. F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell’età del risorgimento*, I, Torino, 1920, p. 51 ss.; P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato, III: Le obbligazioni*², Milano, 1948, p. 11 ss.) attribuiva al principio dell’obbligatorietà del nudo patto una vasta diffusione sia pratica sia dottrinale in tutto il medioevo (anche fuori del diritto canonico, dove, malgrado le resistenze di G. ASTUTI, *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, in *Annali di Storia del diritto*, I, 1957, in part. p. 35), l’obbligatorietà del nudo patto sembra certo si ammettesse: P. BELLINI, *L’obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, Milano, 1964), già in connessione con la *convenientia* longobarda. Di avviso diametralmente opposto, G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Milano, 1952, e G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, p. 27 ss., che, in part., ritiene che il principio del nudo consenso fosse ancora puramente dottrinale presso i giuristi del XVII e XVIII sec., e sia passato nelle codificazioni (in part. l’art. 1001 del C.C. 1804) per effetto di un ottuso omaggio alla dottrina (v. in part. G. GORLA, *op. cit.*, p. 56 s.; dello stesso autore anche *Le contrat dans le droit continental et en part. dans le droit français et italien*, Torino, 1958).

⁷⁶ Anche se è dato trovare il patto trattato in modo autonomo. Cfr. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, XLIV, VII num. 4; v. anche la gl. *figuris* ad D. 44, 7, 1 pr., in fine.

⁷⁷ F. SCHUPFER, *Obbligazioni*, cit., I, p. 31 s. (ivi le cit. di Gerber).

⁷⁸ Cosiddetti, in quanto si tratta di obblighi e non di oneri; lo riafferma, da ultimo, nel contesto particolarmente significativo di una monografia sull’onere, G. GAVAZZI, *L’onere*, Torino, 1970, p. 5. La figura è rimasta nel diritto attuale; cfr. F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*³, München und Berlin, 1966, p. 276 ss.

⁷⁹ F. SCHUPFER, *Obbligazioni*, cit., III, p. 328 ss. Un esempio: se in un certo distretto un soggetto aveva la bannalità del mulino, nessuno degli abitanti del distretto poteva macinare il grano se non

genere da concessioni regie (o comunque legislative), ed era comunque connessa con una situazione di signoria di carattere feudale; la sanzione per la sua violazione era, di conseguenza, una multa (alla quale si aggiungeva talora il risarcimento del danno).

Il diritto di retratto (*Näherrecht*) aveva per contenuto la facoltà di comprare la cosa quando il proprietario intendesse alienarla, con il potere di recuperarla (*retrahere*) presso il terzo (retrattario), al quale fosse stata invece alienata senza il consenso del retraente; esso si deve dunque configurare come un diritto di prelazione di natura reale⁸⁰. Ma anche senza porsi da questo punto di vista strettamente teorico, si deve osservare che il retratto, se può essere considerato un rapporto giuridico *sui generis*, non ha fonti particolari. Esso può infatti derivare (e, nelle sue forme più recenti, derivava normalmente) da contratto o da una disposizione testamentaria; altrimenti, il diritto del retraente faceva parte di quei poteri che leggi e consuetudini attribuivano (e ancora, occasionalmente, attribuiscono) ai membri di una comunità che ha interesse a che le terre dei suoi componenti non vadano in mano di estranei – si tratti di comunità familiari o cittadine, di consorzi o di semplici situazioni di comunione di beni –: ed in questo caso il carattere reale del diritto assume rilevanza decisiva.

Quello che può senz'altro considerarsi un rapporto obbligatorio è il rapporto fra il possessore di un fondo gravato da onere reale e il beneficiario dell'onere. Non l'onere reale in sé, che è un rapporto reale. Mi spiego: poniamo che – in forza di una legge, di un contratto e della rassegnazione, per effetto di prescrizione acquisitiva⁸¹ – un monastero abbia acquistato una decima su di un certo fondo; da questo momento l'onere della decima costituisce una «legge del fondo», e grava su qualunque possessore del medesimo⁸². Fin qui abbiamo assistito unicamente all'acquisto di un diritto reale⁸³: ma si tratta di un diritto reale *sui generis*, poiché il soggetto passivo è gravato da un obbligo di fare. Se ci mettiamo dal punto di vista del possessore del fondo (per maggiore chiarezza si pensi ad un possessore di epoca lontana a quella in cui la decima è stata costituita, quando del come e del perché

presso di lui, nel senso che non poteva avere un mulino proprio né rivolgersi ad altri, neppur fuori del distretto, per la macinazione.

⁸⁰ La sua struttura è analoga a quella del diritto di prelazione del coerede e del comunionista (art. 732 C.C. 1942). Presso la dottrina tedesca la differenza fra prelazione reale (§§ 1094 ss. BGB) e personale (§§ 504 ss. BGB) è chiara, e basata sulla circostanza che, mentre la prima attribuisce l'azione contro il terzo, la seconda può dare luogo solo ad un'azione per il risarcimento dei danni contro il venditore che abbia alienato senza rispettare la prelazione. Cfr. F. BAUR, *Lehrbuch*, cit., p. 178; sotto il profilo storico H. MITTEIS-H. LIEBERICH, *Deutsches Privatrecht*, Kap. 34 (4 ed. München u. Berlin, 1963, p. 91). Per la configurazione del retratto come istituto appartenente alle obbligazioni, F. SCHUPFER, *Obbligazioni*, cit., p. 309.

⁸¹ Cfr. F. SCHUPFER, *Obbligazioni*, cit., III, p. 275.

⁸² *Ibidem*, pp. 271 e 276 s.

⁸³ Cfr. l'impostazione di H. MITTEIS-H. LIEBERICH, *Deutsches Privatrecht*, cit., Kap. 35 (nell'ed. cit. p. 92).

della costituzione si è persa memoria, ed essa spetta indipendentemente dal suo titolo originario, in forza del possesso che il monastero ne ha, e che gli assicura in ogni modo l'effetto acquisitivo della prescrizione), questi è tenuto a certe prestazioni, dell'adempimento delle quali risponde personalmente⁸⁴, e si trova così in una situazione che – vista in sé – ha tutto il carattere dell'obbligazione a prestazioni periodiche; uniche tracce della natura reale del rapporto sono il fatto che il debitore può sottrarsi all'obbligazione abbandonando il possesso del fondo⁸⁵ e il fatto che egli (indipendentemente dall'esecuzione) possa essere privato del possesso se non adempie⁸⁶.

Ora, l'obbligazione così individuata dipende bensì da una circostanza di fatto, il possesso del fondo; però, al contrario che per le altre obbligazioni, una lite circa la sua esistenza non avrà normalmente ad oggetto la sua specifica fonte, cioè la situazione di possesso, poiché l'interesse del convenuto non è quello di negare il proprio possesso, ma quello di negare il diritto dell'attore alle prestazioni inerenti all'onere reale, per poter possedere senza fornire la decima (o il censo o le opere). Il giudice insomma, non sarà chiamato a stabilire se esiste la fonte immediata dell'obbligazione, bensì se esiste quella sua fonte remota, che è il diritto (reale) del preteso creditore.

Ciò dà sufficiente ragione di un disinteresse per la classificazione dell'obbligazione derivante da onere reale, la quale per altro appare facilmente annoverabile fra le obbligazioni che, in quell'epoca, erano considerate quasi-contrattuali.

16. – La Glossa presenta una disamina completa delle *divisiones* giustiniane, dalla quale la classificazione di I. 3, 13, 2 risulta come ripulita di ogni residua incertezza dommatica. Anzitutto, i due *genera* di fonti che danno luogo alle obbligazioni *quasi ex contractu* e *quasi ex delicto* trovano una loro propria denominazione: il quasi-contratto e il quasi-delitto. Se noi dovessimo esplicitare l'*iter* logico che ha condotto a questo passaggio, ne proporremmo uno di questo genere: posto che (I. 3, 13, 2) le obbligazioni *aut ex contractu sunt aut quasi ex contractu, aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*, e che le fonti delle obbligazioni *ex contractu* e *ex maleficio* sono il *contractus* e il *maleficium*, ne consegue che le fonti delle obbligazioni *quasi ex contractu* e *quasi ex maleficio* sono il *quasi contractus* e il *quasi maleficium*. Che i Glossatori abbiano però proceduto in questo modo, con vera consapevolezza teorica, parrebbe da escludere. La terminologia *quasi contractus* e *quasi malefi-*

⁸⁴ F. SCHUPFER, *Obbligazioni*, cit., III, p. 278 s. L'esecuzione avveniva sul fondo (F. SCHUPFER, p. 279 s.), ma non escludeva quella su altri beni del debitore; ciò giustifica la costruzione dommatica medioevale, secondo la quale l'onere reale dava luogo ad un'obbligazione garantita da ipoteca sul fondo; F. SCHUPFER (*op. cit.*, p. 267 s.) la critica, ma non può, sostanzialmente, non riallacciarvisi (*op. cit.*, p. 280).

⁸⁵ F. SCHUPFER, *Obbligazioni*, cit., III, p. 277 s.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 279.

cium (*quasi delictum*) doveva già essere corrente nell'epoca in cui essi cominciarono ad operare⁸⁷, ed è assai probabile che derivi semplicemente dal fatto che in latino *quasi ex contractu* e *quasi ex maleficio* possono suonare come dizioni più eleganti di *ex quasi contractu* e *ex quasi maleficio*. Il ragionamento supposto sopra forse neppure così scompare, ma viene ridotto al livello dei sottintesi più o meno consapevoli.

Posto, comunque, che i *genera* delle fonti delle obbligazioni sono quattro, il discorso giustiniano appare ai Glossatori manchevole in tutti quei luoghi – tanto del Digesto quanto delle Istituzioni – nei quali si dice che una certa obbligazione deriva da quasi-contratto o da quasi-delitto perché non deriva da contratto né da delitto⁸⁸: essi, *ut sit argumentatio a sufficienti partium enumeratione*⁸⁹, esigono che il ragionamento per esclusione menzioni tre membri: così, ove si parla dei quasi-contratti, per una esatta qualificazione delle fattispecie si deve aggiungere – all'affermazione che esse non derivano né da contratto né da delitto – che esse non derivano neppure da quasi-delitto: *nec ex quasi maleficio supple per totum titulum istum, ut bona sit illatio*⁹⁰; e così, dove si parla dei quasi-delitti, si deve precisare che la fattispecie non è né contratto, né delitto, né quasi-contratto: *Sed quo genere dicemus*

⁸⁷ Tale terminologia compare già in quell'apparato di glosse alle Istituzioni, che va sotto il nome di Glossa Torinese (cito seguendo l'edizione di A. ALBERTI, *La Glossa Torinese*, Torino, 1933); e, se la sua menzione nella glossa 606 (alla rubrica di I. 3, 13, e che presenta uno stemma completo della *divisio obligationum*) ha poca rilevanza, trattandosi di glossa del sec. XII (A. ALBERTI, p. XXVII e 249), come prue quella che ricorre nella rubrica di I. 3, 27 (che è scritta: *De obligationibus quae ex quasi contractu nascuntur*), pure relativamente tarda (A. ALBERTI, p. XVI ss.), decisive sono invece le glosse 877 e 924 (rispettivamente alla rubrica di I. 3, 27 e a I. 4, 1 pr. *quattuor*), che sono del sec. X. In entrambe è menzionato il *quasi contractus*, e nella prima ne è anche fornita una nozione: *quasi contractus est quod quidem a contractu separatur nec delicto subiacet*, ecc. Al nostro tema si riferiscono pure altre glosse, che, ai fini del presente lavoro, possono essere semplicemente citate; si tratta di quelle contrassegnate con i numeri (A. ALBERTI): 883 (a 3, 27, 3 *communis*, sec. X); 887 (a 3, 27, 3 *solus eius*, sec. X); 896 (a 3, 27, 6 *errorem*, sec. X); menziono a parte la glossa 623 (a 3, 13, 2 *divisio*) che, pur essendo del sec. XIV (A. ALBERTI, p. 251), riduce le fonti delle obbligazioni alla bipartizione tra contratto e delitto: *Secundum causam haec facta est divisio* [cfr. il *casus* di Franciscus de Aretio a I. 3, 13, 1, *omnium autem*, nell'ed. Lione, 1551] *ius vero obligat aliquem ubi praecedat causa ex qua nascitur obligatio, set cause ille due sunt scilicet contractus et malefictum*.

Senza entrare qui nel complesso problema dei rapporti fra la Glossa Torinese e la Parafrasi di Teofilo (v. in part. FERRINI, in *Opere*, I, p. 41 ss.) e in genere in quello dell'influenza delle fonti bizantine sulla cultura giuridica dell'Europa medioevale e comunque dei rapporti fra i due ambienti (materiali comuni come punti di partenza, o contratti veri e propri; v., in generale, con lett., F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, I, Milano, 1954, p. 95 ss.), noterò che l'esempio più antico della terminologia 'quasi-contratto' si trova nella parafrasi di Teofilo: non in corrispondenza a I. 3, 13, 2 (dove si legge: *ὡσανεὶ ἀπὸ συναλλάγματος* e *ὡσανεὶ ἀπὸ ἀμαρτήματος*), né a I. 3, 27 pr., bensì in corrispondenza con I, 4, 5 pr., dove si legge due volte (in caratteri latini) *quasi contracton*.

⁸⁸ Invero, questo tipo di argomentazione era coerente solo nel contesto delle *res cottidianae*, che non partivano da una distinzione in quattro generi, nell'ambito dei quali tutte le fattispecie poi enumerate avessero posto, bensì lasciavano non classificate le fattispecie il cui regime si determinava poi per analogia. Allo stesso modo della Glossa ragionava già, per altro, la parafrasi di Teofilo (4, 5 pr.).

⁸⁹ L'espressione compare così nella gl. *figuris* a D. 44, 7, 1 pr.

⁹⁰ *Casus* (ed. Lione, 1551) a I. 3, 27 pr. (Franc.).

*ipsum mihi obligatum? Responde ut superius dictum est, quod cum non sit obligatus ex contractu, nec ex quasi contractu, eo quod neque contraxit neque quasi contraxit, neque ex maleficio: quia credebat bene facere: ex quasi delicto obligatur*⁹¹.

Come si vede, i Glossatori procedevano in questa materia con sicurezza; e con sicurezza provvidero anche a chiarire l'equivoco che può essere ingenerato dal dettato di I. 4, 1 pr.⁹². Un solo punto diede loro da pensare: e non pare, tutto sommato, che ne siano venuti a capo in modo soddisfacente. Esaminiamolo in breve.

Chi legga, con occhio da dommatico, senza fare serio conto sulla possibilità di una spiegazione storica, la trattazione delle obbligazioni tanto nelle Istituzioni (I. 3, 13-4, 5) quanto nel Digesto (D. 44, 7, 1-5), non può non essere colpito dalla circostanza che a due esposizioni del tutto analoghe sono premesse due *divisiones* diverse. Infatti, alla quadripartizione delle Istituzioni (contratto, quasi-contratto, delitto, quasi-delitto) fa riscontro nel Digesto la bipartizione contratto-delitto con l'aggiunta delle *variae causarum figurae*, tratta dalle *res cottidianae*. A rendere apparentemente ancor più strana questa situazione sta il fatto che l'esposizione analitica dei quasi-contratti e dei quasi-delitti nelle Istituzioni è tratta dalle *res cottidianae*, e cioè – per un lettore non storico della compilazione giustiniana – essa è sostanzialmente uguale a quella del Digesto (I. 3, 27, 1; 2; 4-6 = D. 44, 7, 5 pr.-5, 3; I. 4, 5 pr.-5, 3 = D. 44, 7, 5, 4-5, 6): e siccome essa, nelle Istituzioni, appare scritta in funzione di una *divisio* che comprende quasi-contratto e quasi-delitto, essa non cessa di parer tale nel Digesto. Non stupisce quindi che i Glossatori si siano posti questa duplice domanda: perché la *divisio* del Digesto non menziona quasi-contratto e quasi-delitto, e: quali sono le *variae causarum figurae*? Dalla glossa nella quale è trattato espressamente questo problema (*Quaeri consuevit, quae sunt istae obligationes, quae oriuntur ex variis figuris causarum?*: gl. *figuris* a D. 44, 7, 1 pr.) si desume che le opinioni in proposito furono fondamentalmente due. L'una identificava – e, noi sappiamo, giustamente – nelle *variae causarum figurae* le obbligazioni da quasi-contratto e da quasi-delitto, individuando in D. 44, 7, 1 pr. una tripartizione⁹³. Altri autori ritenevano invece che tale passo fosse da integra-

⁹¹ *Casus* (ed. Lione, 1551) a I. 4, 5 pr. (Franciscus). Le glosse ispirate a questa impostazione sono numerose: la precisazione è ripetuta per ogni passo che la suggerisce. V. ad es.: gl. *neque ex maleficio* a D. 44, 7, 5 pr. (*supple, vel quasi: alioquin ab insufficienti partium enumeratione male argumentaretur*); gl. *non ex maleficio* a D. eod. 5, 1; gl. *neque ex maleficio* a D. eod. 5, 2; gl. *neque ex contractu* a D. eod. 5, 4 e 5, 6; gl. *ex maleficio* a I. 3, 27, 2 e 3, 27, 6.

⁹² Dove la forma del passo delle Istituzioni può far pensare ad una allusione ad una precedente quadripartizione non solo dei contratti (*re, verbis, litteris, consensu*), ma anche dei quasi-contratti. Annotava infatti l'autore di una glossa contenuta nella Glossa Torinese (A. ALBERTI, num. 924, sec. X): *Si superius agnovimus in sex dividi quasi contractum quare hic dicit quattuor?* (con evidente equivoco fra suddivisione ed elenco di fattispecie; si veda anche il seguito della glossa, che qui non riporto). Ad una domanda come questa pare, appunto, rispondere la gl. *sed illae* a I. 4, 1 pr.: *Scilicet quae sunt ex contractu: non autem repetit eas: quae sunt ex quasi contractu.*

⁹³ In tutto il discorso della cit. gl. *figuris* le *variae causarum figurae* sono considerate un *genus*, e non l'indicazione di *causae* non classificate. L'opinione di cui si parla nel testo vi è così enunciata: *Re-*

re con l'aggiunta (meglio: esplicitando la sottintesa menzione) di quasi-contratto e quasi-delitto, dando luogo così ad una partizione in cinque membri⁹⁴. La classe delle *variae causarum figurae* risulterebbe così essere stata posta per altre obbligazioni, che non potevano rientrare nella quadripartizione. Secondo Ugolino si tratterebbe in particolare della *condictio ex causa furtiva*, il cui regime non permetterebbe, per l'obbligazione che essa sanziona, una assimilazione esclusiva alle figure contrattuali o a quelle delittuali (essa non rientrerebbe dunque in nessuna delle classi di cui la quadripartizione è composta in quanto sarebbe, in certo senso, mista); secondo altri si tratterebbe invece di certe obbligazioni *quae non sunt iure, scilicet ordinario: sed magis proprio quodam iure, idest, extraordinario separato a contractu, vel quasi: et maleficio, vel quasi*. L'identificazione di queste obbligazioni *proprio quodam iure* (non, cioè, miste) dà luogo ad illazioni svariate, che qui è inutile enumerare⁹⁵. Questa tesi della partizione in cinque membri è preferita nella Glossa accursiana, come risulta dalla gl. *ex quasi maleficio* a I. 3, 13, 2, dove si legge ... *et subaudi* [cioè: in aggiunta a contratto, quasi-contratto, delitto e quasi-delitto], *aut ex variis figuris causarum: ut ff de act. et obli. l.j. in principio* (= D. 44, 7, 1 pr.).

L'equivoco della Glossa fu però ben chiarito da Bartolo, nel suo commento alla *lex prima* di D. 44, 7⁹⁶, dove egli sottopose ad accurata critica le opinioni riportate nella *magna glossa*, nonché quelle di altri glossatori, valendosi di argomentazioni proprie ed altrui.

L'individuazione delle *variae causarum figurae* contenuta nella Glossa non è, dice anzitutto Bartolo, accettabile: la *condictio ex causa furtiva* discende, ormai per comune consenso, da delitto; gli esempi adottati per le obbligazioni *quae non sunt iure ordinario* sono esempi di azioni e non di obbligazioni; i *pacta incontinenti apposita*⁹⁷ sono contratti. Tutto il ragionamento della Glossa è comunque viziato da un equivoco, continua Bartolo, che dipende dal fatto di non aver sufficientemente notato che l'ordine adottato per l'esposizione delle obbligazioni si riflette, in ciascuno dei due luoghi (D. 44, 7, 1-5; I. 3, 13-4, 5), nella *divisio* premessavi, e che l'ordine del Digesto è diverso da quello delle Istituzioni. Dunque:

Institutiones de obligationibus⁹⁸ § J. [*rectius*: I. 3, 13, 2] procedere videtur secun-

spondunt quidam, illae quae sunt ex quasi contractu, et ex quasi maleficio, ... et secundum hoc sunt tantum tria membra.

⁹⁴ ... *ex contractu, supple, vel quasi. Item ex maleficio, supple, vel quasi: ut sit argumentatio a sufficienti partium enumeratione, et secundum hoc sunt quinque membra* (gl. *figuris* cit.).

⁹⁵ Si vedano nella gl. *figuris* a D. 44, 7, 1 pr., che qui continuiamo a seguire. Esse stanno comunque a provare che secondo i Glossatori la sistemazione delle fonti delle obbligazioni nei quattro *genera* delle Istituzioni non era esauriente.

⁹⁶ Cito dall'edizione veneziana dei *commentaria*, vol. 5 (1590).

⁹⁷ Essi pure menzionati dalla gl. *figuris*; cfr. sopra, n. 76.

⁹⁸ Il testo ha *de act.*, evidente errore. Nel riportare il passo ho, oltre che sciolto le abbreviazioni, modificato l'interpunzione.

dum ordinem titulorum in Institutionibus positorum, sed hic [*sc.* D. 44, 7, 1 pr.] Iurisconsulti [= di Gaio, che appare l'autore del passo] ordo est: contractus, quia primo hic agitur de obligatione ex contractu; secundo de obligatione ex maleficio, ut infra eo. l. *ex maleficiis* (*rectius: ex maleficio* = D. 44, 7, 4). Et postea sequitur, quod dicat de variis figuris causarum, et ponitur de obligatione ex quasi contractu, vel quasi maleficio. Et sic videtur de mente Iurisconsulti, quod istae sint ex variis figuris causarum.

In altre parole, la Glossa inseguiva un fantasma. Essa partiva dalla classificazione delle Istituzioni, che ha l'ordine della relativa esposizione speciale: contratto, quasi-contratto, delitto, quasi-delitto. Leggendo D. 44, 7, 1 pr. con tali categorie, essa era portata, da un lato, a sovrapporre al nuovo testo quei concetti (constatato che nella l. 1 pr., D. 44, 7 manca il quasi-contratto tra contratto e delitto, bisognava, procedendo con questa visuale, sottintenderlo; il che rendeva necessaria anche l'aggiunta del quasi-delitto dopo il delitto), ed a cercare nell'esposizione speciale, che lo segue, l'attuazione di quanto letto. Ma in questo modo, poiché ovviamente il contenuto di D. 44, 7, 5 veniva considerato come l'esposizione dei quasi-contratti e dei quasi-delitti, le *variae causarum figurae* restavano estranee ai quattro membri, per così dire, nominati della *divisio*, e prive di esemplificazione specifica. Se invece si legge il tit. D. 44, 7 partendo dalla classificazione con la quale quello stesso titolo si apre, si giunge del tutto naturalmente alle corrispondenze: contratto = fr. 1, 1-3, 2; delitto = fr. 4; *variae causarum figurae* = fr. 5, nel quale si ritrovano fattispecie che impropriamente, sulla base delle Istituzioni, sono dette quasi-contratti e quasi-delitti. Impropriamente, perché l'ordine del Digesto prevale su quello delle Istituzioni: Bartolo è chiarissimo in queste ultime affermazioni; il testo sopra riportato, infatti, prosegue:

Improprie ponitur istud verbum ex quasi contractu, et ex quasi maleficio, cum hic dicat ex variis figuris causarum, et sic est mens huius legis. Ad aliud quod + dicitur de ordine tituli Institutionum respondeo, quod magis debemus ordinem tituli in Digestis attendere...

Quasi-contratto e quasi-delitto non sono dunque, per Bartolo, membri della *divisio obligationum*, ma due esempi di *variae causarum figurae*, che per altro non le esauriscono; infatti *ex variis causarum figuris* nascono altre obbligazioni, che non sono né da quasi-contratto né da quasi-delitto, come quelle che danno luogo ad *actiones scriptae in rem*⁹⁹.

17. – L'economia del presente studio non permette di indugiare ulteriormente nell'esame delle fonti medioevali. Il piccolo saggio che ne abbiamo dato è, del re-

⁹⁹ Così mi pare da interpretare il seguito del passo citato. La disquisizione ulteriore sulle *actiones utiles* contiene – noto di passaggio – elementi rilevanti in ordine al problema delle obbligazioni *ex lege*.

sto, sufficiente per dare un'idea del modo in cui i giuristi di quel tempo abbiano proceduto in questa materia, contribuendo a mantenere viva la rilevanza dommatica e sistematica delle *divisiones* delle obbligazioni contenute nel *Corpus Iuris*, e delle quattro figure generali del contratto e del delitto, del quasi-contratto e del quasi-delitto: non senza avvertire l'insufficienza di una *divisio* che si limitasse a proporre questi quattro membri.

V. – LA ‘DIVISIO OBLIGATIONUM’ PRESSO I GIURISTI DELL'EPOCA DEL DIRITTO DI RAGIONE E NELLE CODIFICAZIONI GIUSNATURALISTICHE.

18. – L'atteggiamento dei Glossatori, per i quali il *Corpus Iuris* era la Sacra Scrittura del diritto, non era certo favorevole per far emergere il problema sostanziale della *divisio obligationum*. La *divisio* costituiva un semplice schema, per inserirvi le fattispecie di fonti che il *Corpus Iuris* stesso presentava; con la compilazione del *Digesto* e con la sua recezione in veste legislativa nel mondo medioevale anche le fattispecie atipiche di fonti delle obbligazioni individuate dai giuristi romani erano diventate tipiche.

È chiaro che, sulla base di questo modo di considerare le cose, la *divisio obligationum* che compare nel contesto legislativo passa sostanzialmente in secondo piano rispetto alle regole che prevedono singole obbligazioni. È una visuale che si perpetuerà: che una classificazione delle fonti delle obbligazioni, anche se legislativa, non abbia nulla più che un interesse teorico, è concetto che si va ripetendo anche oggi: un esempio emblematico si legge nelle parole introduttive al commento al § 859 ABGB, redatto dallo Gschnitzer¹⁰⁰.

In realtà, una conclusione come questa poteva essere corretta solo per i Glossatori, e solo quando essi facevano l'esegesi del *Corpus Iuris*, sulla premessa che esso contenesse un diritto autosufficiente: solo diritto e tutto il diritto. Ma già quando si fosse anche semplicemente ammesso che esistevano norme consuetudinarie (per il vigore delle quali il *Corpus Iuris* stesso si pronunciava), tale conclusione non avrebbe retto più; la forza sostanziale della *divisio obligationum* torna integra quando vien meno la tipicità delle obbligazioni che non derivano da contratto o (tenuto conto di certe osservazioni che faremo) da delitto.

¹⁰⁰ In KLING und GSCHNITZER, *Kommentar zum ABGB*², IV/I, Wien, 1968, p. 860: «Der Paragraph enthält keinen selbständigen Gesetzesbefehl, sonder gibt die Legaldefinition des 'persönlichen Sachenrechtes' und zählt die Entstehungsgründe der Schuldverhältnisse auf, was lediglich von theoretischem Interesse ist». In termini analoghi si era già espresso F. v. ZEILLER, nella seduta del 21 gennaio 1805 della Hofkommission in *Gesetzesachen* a proposito dei corrispondenti paragrafi (3. Teil, § 1-3) del WGG in corso dei lavori preparatori dell'ABGB: v. in J. OFNER, *Der Ur-Entwurf und die Beratungs-Protokolle des ö. ABGB*, II, Wien, 1889, p. 3. Sul punto, e contro questa tendenza, TH. MAYER-MALY, *Über den Sinngehalt des § 859 ABGB*, in *Österr. Juristenzeitung*, 1965, p. 64.

Quando l'autorità del *Corpus Iuris* fu revocata in dubbio dalla dottrina giusnaturalistica o fu tolta legislativamente di mezzo con le codificazioni, si ebbe un mutamento sostanziale nella forma delle fonti, consistente nella sostituzione di testi con struttura assiomatica ai testi romani di struttura casistica. La previsione analitica dei casi in cui sorgevano obbligazioni era, in questi testi (trattati o codici che fossero), assente o secondaria ed espressamente incompleta¹⁰¹: tutta la relativa problematica restava così agganciata alla previsione sistematica; e, in questa previsione sistematica, la *divisio obligationum* non poteva non svolgere una funzione primaria.

Negare che le norme legislative che indicano le fonti delle obbligazioni contengano precetti può, in questo contesto, ne siano o non ne siano consapevoli i loro interpreti, significare solo che esse contengono principi generali.

Le classificazioni del *Corpus Iuris*, prese nel loro complesso, adombrano infatti principi generali praticamente operanti, e che possono essere enunciati (usando, per maggiore chiarezza, un linguaggio attuale) nelle seguenti regole:

a) non tutti i fatti e le situazioni giuridiche, che generano o potrebbero generare obblighi, generano obbligazione; a questo fine il fatto o la situazione deve precisamente essere individuato come fonte di obbligazione. (Per la determinazione di questa regola, i testi sulle fonti delle obbligazioni vanno messi in relazione con la definizione di obbligazione di I. 3, 13 pr.);

b) l'accordo delle parti interessate genera obbligazione quando rivesta la struttura che il diritto riconosce corrispondente alla fattispecie del contratto;

c) il fatto illecito riconosciuto dalla legge come delitto genera obbligazione;

d) al di fuori dal contratto vi sono fatti leciti che possono (quasi-contratti) oppure non essere considerati analoghi al contratto, e che generano obbligazioni analoghe a quelle contrattuali;

e) al di fuori dei casi di delitto vi sono fatti illeciti (quasi-delitti) che generano obbligazioni analoghe a quella da delitto.

Considerando la consistenza di queste regole, appare chiaro che, oltre alla prima, solo quelle sub *b* e sub *c* sono determinate sotto il profilo della *divisio obligationum*. La regola sub *b* dà luogo a dubbi solo in quanto contiene un rinvio alla dottrina del contratto, e quindi al problema dell'efficacia obbligatoria del nudo patto¹⁰²; quella sub *c* contiene un rinvio alla legge (quando si adotti un sistema di tipicità dei delitti: nel quale si troverebbe la risposta ad ogni quesito relativo alla individuazione delle fonti d'obbligazione in questo settore) ovvero alla nozione generale di delitto (quando si rinunci alla soluzione basata sulla tipicità; e

¹⁰¹ L'enumerazione di figure tipiche vi riguarda soprattutto i contratti: ma i contratti tipici espressamente previsti o descritti lo sono in funzione della loro disciplina particolare, non in funzione di una loro individuazione come fonti di obbligazioni, perché tale loro qualità discende già dalla previsione generale del contratto fra le fonti delle obbligazioni.

¹⁰² V. sopra, p. 290 e n. 75, dove si è già notato come questo problema sia senza influenza su quelli che la *divisio obligationum* è chiamata a risolvere.

in questo caso il problema sarebbe pure risolto, in modo analogo a quello del contratto).

Ma le regole *d* ed *e* sono indeterminate, perché al concetto che sta alla base di ciascuna di esse – quasi-contratto (nonché eventualmente, per chi voglia ammettere l'esistenza, altre *causae obligationum* consistenti in fatti leciti o situazioni lecite, non riconducibili al quasi-contratto) e quasi-delitto – non corrisponde una nozione che possa essere definita positivamente.

Il problema sarebbe tutto risolto, qualora si decidesse per la tipicità delle *variae causarum figurae*. Ed è questa una soluzione che non mancò di essere proposta, ma, vedremo, senza mai vero successo.

Una enunciazione in questo senso può riconoscersi nel *De iure belli ac pacis* di Grozio, nel seguente passo¹⁰³:

...aut id quod nobis debetur sive ex pactione sive ex maleficio, sive ex lege, quo referenda quae ex quasi contractu et ex quasi maleficio dicuntur...

Ma contro questa affermazione se ne possono subito addurre altre in contrario: e – per limitarci ad esempi significativi – non solo il fatto che già la Glossa parlava di *exempla* in relazione all'enumerazione delle fattispecie di quasi-contratto e quasi-delitto contenute nelle Istituzioni¹⁰⁴ (essa poteva in effetti voler dire che il *Corpus Iuris* stesso ne contiene altri), ma anche, e di particolare valore, la testimonianza esplicita di un autore posteriore e vicino al Grozio per epoca ed ambiente, anche se non per metodo. Si legge, dunque, nel *Commentarius ad Pandectas* (1698 e 1704) di Johannes Voet¹⁰⁵, a proposito dei quasi-contratti, nel commento al tit. D. 44, 7 (num. 5 in fine):

Quamvis autem quasi contractus vulgo quinque recenseantur, puta negotiorum gestio, tutelae administratio, gestio occasione communionis, seu administratio rerum communium, hereditatis aditio, et indebiti solutio (*t. Inst. de oblig. ex quasi contractu*), tamen plures alios in iure nostro inveniri, demonstratum in *t. de pet. hereditatis n. 1.*

E nel più importante luogo a cui l'autore stesso rinvia (commento al tit. D. 5, 3):

Etenim quinario praecise numero, in titulo *Institut. de oblig. ex quasi contractu* proposito, adstringere ac circumscribere velle omnes quasi contractus, erroneum est; eo

¹⁰³ H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres* (1625), II, I § 2, num. 1. Cito dall'edizione di Loanna, 1751-52, vol. II, p. 3 s. Si veda anche II, XVII § 1: *Supra diximus eius, quod nobis debetur, fontes esse tres, pactionem, maleficium, legem. De pactionibus satis tractatum. Veniamus ad id, quod ex maleficio naturaliter debetur.* Delle obbligazioni *ex lege*, dato lo scopo dell'opera, il Grozio non s'interessa.

¹⁰⁴ V. la gl. *post genera* a I. 3, 27 pr. ed il relativo *casus* (Franciscus, nell'ed. Lione, 1551), già citato; nonché il *casus* (id., eod.), pure già cit., a I. 4, 5 pr.

¹⁰⁵ Uso la seconda edizione di Venezia, 1775, in due volumi; i luoghi citati si trovano nel vol. II, p. 489 e nel vol. I, p. 229.

quod et condictio causa data causa non secuta ex quasi contractu descendit; et generaliter, ubi extra id quod agitur tacita obligatio nascitur, *l. is, qui 13. in fine ff. commodati* (= D. 13, 6, 13, 2).

Quin et iurisiurandi delatione, et iudicio quasi contrahi, manifestum est ex *l. licet 3 § idem scribit 11 ff. de peculio* (= D. 15, 1, 3, 11) *l. qui iurasse 26 § ul. ff. de iurei.* (= D. 12, 2, 26, 2) iunct. *l. inter stipulantem 85. § si Stichum 1. ff. de verbor. obligat.* (= D. 45, 1, 83, 1). Simili ratione si possessor hereditatis fructus perceperit, vel ex rerum hereditariarum distractione pretium redegerit, vel defuncto debitum a debitoribus hereditariis exegerit, vel ex hereditaria pecunia res comparaverit hereditati necessarias, vel res hereditarias reddiderit dolo culpave deteriores, incipit protinus heredi vero ex quasi contractu ad haec omnia restituenda vel praestanda obstrictus esse, *l. sed et si 25. § petitio 18. ff. hoc titul.* (= D. 5, 3, 25, 18) iunct. *l. item veniunt 20. § 1.2.3 ff. hoc titul.* (= D. 55, 3, 20 pr.-2)...

Più che l'esemplificazione, significativa è, in questo passo del Voet, la citazione, come testo chiave dell'argomentazione, di D. 13, 6, 13, 2, che già conosciamo¹⁰⁶, come uno dei testi nei quali è riconoscibile un'apertura della giurisprudenza classica verso figure quasi-contrattuali non tipizzate. Lo stesso autore invece, tratta come tipici i quasi-delitti (comm. al tit. D. 44, 7, num. 6).

Ma i problemi delle une, e quelli delle altre figure sono così diversi, che meritano ciascuno una trattazione separata.

19. – E incominciamo dai quasi-delitti.

Tutto lascia pensare che, quando l'autore delle *res cottidianae* enumerò alcune figure di illecito tenendole separate dai *maleficia* per qualificare *quasi ex maleficio* l'obbligazione che ne nasceva, abbia celebrato null'altro che un omaggio postumo alla distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium* o almeno abbia perpetuato l'omaggio che, in questa materia e neppure del tutto correttamente, Gaio aveva, a tale distinzione, tributato¹⁰⁷.

Ma, formalmente, già nelle *res cottidianae* – cioè, per gli interpreti successivi, nel Digesto – e, di conseguenza, nelle Istituzioni, la distinzione fra le fattispecie delittuose e quelle quasi-delittuose era presentata come fornita di un fondamento dommatico. Come si è accennato a suo luogo, una individuazione tecnicamente rigorosa di tale fondamento non è possibile¹⁰⁸: esso si riduce alla constatazione di una minore o più incerta riprovabilità morale dei quasi-delitti, nel senso che si tratta di fatti non dolosi o non necessariamente dolosi¹⁰⁹, o di casi

¹⁰⁶ V. sopra, p. 281.

¹⁰⁷ V. sopra, p. 284 e p. 287.

¹⁰⁸ V. sopra, p. 287 e, per le diverse opinioni enunciate in proposito, dal complesso delle quali tale impossibilità di una individuazione univoca del fondamento emerge lampante, W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes ...*, cit., p. 222 ss.

¹⁰⁹ Cfr. Ulp. D. 5, 1, 15, 1, su cui W. WOŁODKIEWICZ, *op. cit.*, pp. 194, 223 e n. 247.

di responsabilità per colpa altrui o comunque non necessariamente per colpa propria¹¹⁰.

Una determinazione così vaga della differenza tra delitti e quasi-delitti non poteva certo soddisfare gli interpreti successivi; ed essi tesero a darle un connotato tecnico preciso basandola su di una configurazione dei delitti come figure dolose e dei quasi-delitti come figure colpose, nelle quali ultime la colpa altrui dava luogo a responsabilità in quanto interpretata come *culpa in eligendo*. Questa tendenza parte dalla Glossa e fu poi per lungo tempo seguita e perfezionata¹¹¹.

Ne seguiremo qui, necessariamente per sommi capi, le vicende più significative nella dottrina dei paesi tedeschi ed in quella francese, tenendo distinti i due ambienti, per l'esito diverso che tali vicende ebbero in ciascuno di essi.

20. – Una sistemazione chiara della materia delle obbligazioni da illecito¹¹² si trova negli *Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum* dello Heineccius (1681-1741)¹¹³.

Il delitto (in senso ampio) è un fatto illecito volontario (*sponde admissum*), costituito da due elementi: il *reatus, seu vitiositas actus*, che produce l'obbligazione alla pena e genera l'azione penale, e l'*effectus, seu damnum alteri illatum*, che produce l'obbligazione al risarcimento del danno (§ 1033)¹¹⁴, protetta con azione reipersecutoria (§ 1037)¹¹⁵.

I delitti si suddividono in delitti propriamente detti (*delictum verum*) e quasi-delitti; i primi sono dolosi, gli altri esclusivamente colposi (*Illud ex dolo malo, hoc ex culpa sine dolo admittitur*; § 1034; cfr. § 1112).

I delitti propriamente detti si distinguono in pubblici o privati, a seconda che siano perseguibili con *iudicium publicum*, ovvero producano solo conseguenze pri-

¹¹⁰ W. WOŁODKIEWICZ, *op. cit.*, p. 223: è il caso dell'*effusum vel deiectum*.

¹¹¹ V. le cit. in W. WOŁODKIEWICZ, *op. cit.*, p. 222, n. 245.

¹¹² HEINECCIUS, *Elementa sec. ord. Inst.* cit. più avanti, ed. cit. alla n. seg., p. 258, pone la seguente *divisio* al § 771: Le obbligazioni derivano dall'equità o dalla legge. Alcune nascono immediatamente dall'equità naturale o dalla legge civile, altre con la mediazione di un fatto obbligatorio. Il fatto obbligatorio (§ 772) può essere lecito o illecito, rispettivamente, cioè, *conventio* o *delictum (vel maleficium)*.

¹¹³ Di cui uso l'edizione napoletana del 1778; i paragrafi in seguito citati (dal 1032) vi si leggono alle pagine 329 ss.

¹¹⁴ In questa distinzione lo Heineccius si basa, con citazione espressa, sul seguente passo del GROZIO, *De iure belli*, cit. II, 17, 22 (ed. sopra cit., vol. III, p. 185 s.): *Sed damnum, ut diximus, etiam adversus honorem, et famam datur, puta verberibus, contumeliis, maledictis, calumniis, irrisu, aliisque similibus modis. In quibus non minus, quam in furto, atque aliis criminibus vitiositas actus ab effectu discernenda est. Nam illi poena respondet, huic damni reparatio, quae fit culpa confessione, exhibitione honoris, testimonio innocentiae, et per ea, quae his similia sunt: quamquam et pecunia tale damnum reperiendi poterit, si laesus velit, quia pecunia communis est rerum utilium mensura.*

¹¹⁵ Naturalmente, le due azioni (penale e reipersecutoria) possono coincidere, ove dal delitto nasca una sola azione mista (§ 1037).

vate, in quanto considerati come diretti solo a produrre lesioni a privati (*cum directe ad laesionem privatorum tendat*: § 1035). I quasi-delitti sono, di conseguenza, tutti privati.

Le difficoltà maggiori, che turbano l'armonia di questa sistemazione, ed in particolare la distinzione dommatica – il che più ci interessa – tra delitti e quasi-delitti, sono costituite dalla presenza tra i primi del danneggiamento aquiliano, che può essere colposo, e tra i secondi del caso del *iudex qui litem suam fecerit* (fattispecie individuata nel *male iudicare*), che può essere doloso. Quest'ultimo caso è dallo Heineccius inserito elegantemente nel proprio sistema, asserendo che il giudice che giudica male con dolo non risponde di quasi-delitto ma di delitto propriamente detto (§ 1113). Non altrettanto egli poteva fare con il *damnum iniuria datum*, a proposito del quale non può che apporre questo chiarimento (nota al § 1034).

Quamvis enim damnum iniuria datum tam ex culpa quam ex dolo nascatur ... a potiore tamen Jurisconsulti id delictum, quam quasi delictum, adpellare maluerunt.

Quanto esposto finora, sintetizza la spiegazione che lo Heineccius dà del contenuto delle fonti romane. Ma non meno rilevanti sono le sue precisazioni relative all'*usus hodiernus*.

Mentre per i Romani furto e rapina erano delitti privati¹¹⁶, presso le genti di origine germanica essi sono delitti pubblici; le antiche azioni penali nel doppio e nel quadruplo sono sostituite da azioni criminali pubbliche¹¹⁷, con le quali concorre, come azione privata, la sola azione reipersecutoria¹¹⁸. Quanto all'*iniuria* (definita *quodvis dictum factumve, ad alterius contumeliam dolo malo directum*, § 1096), il sistema romano fondato sul concorso di una tutela con *actio aestimatoria* civile e di quella criminale (applicate adeguandole alle particolarità di una varia casistica) è conservato, con qualche variante relativa al modo di determinare l'*aestimatio* e salvo il concorso delle vecchie azioni germaniche *ad palinodiam vel recantationem*, di natura reipersecutoria e quindi cumulabili con la tutela estimatoria e quella criminale¹¹⁹. Una grande semplificazione ed espansione ha invece subito il regime del danneggiamento aquiliano, tale che la relativa azione non può più, nel diritto germanico dei tempi dell'autore, considerarsi fondata sulla *lex Aquilia*, bensì nel dirit-

¹¹⁶ HEINECCIUS, *Elementa*, cit., § 1035; ma v. § 1059; 1061 e 1065 per la desuetudine, già nel diritto romano, dei più antichi sistemi privati di repressione e per l'instaurazione della persecuzione criminale *extra ordinem* del furto.

¹¹⁷ HEINECCIUS, *op. cit.*, nota al § 1035; § 1079 (rapina) e 1066 per il furto, ove si legge questa giustificazione: «*quia vix fert rerumpublicarum nostrarum facies, ut poenae pecuniariae actori adplicentur*». Su questo tema, del passaggio dalle pene a favore dell'attore al sistema delle pene pubbliche, si rileggano le pagine di F.C. v. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, II, Berlin 1853, p. 300 ss.

¹¹⁸ HEINECCIUS, *Elementa*, cit., § 1070. Per il *furtum usus* non v'è pena, ma la sola azione reipersecutoria *in id quod interest* (§ 1066).

¹¹⁹ HEINECCIUS, *op. cit.*, § 1109; 1110.

to patrio e nell'equità naturale¹²⁰; si tratta infatti di un'azione generale in *id quod interest* (commisurato al valore reale della cosa danneggiata), per ogni danneggiamento, comunque causato; non v'è litiscrescenza, ma, in caso di danneggiamento doloso, si applica – in aggiunta al risarcimento – una pena (pubblica), che può essere statutaria o stabilita ad arbitrio del giudice¹²¹.

Di fronte a questa concezione del danneggiamento, le fattispecie dei quasi-delitti perdono la loro autonomia sostanziale. Esse sono, nel loro complesso, considerate ancora fonti di obbligazioni¹²²; ma l'azione che ne deriva, persa ogni connessione con singole fattispecie tipiche e privata delle particolarità che esse comportavano¹²³, è un'azione anch'essa generale, che spetta al danneggiato *in simplum, vel in id, quod interest*, e che quindi non si differenzia sensibilmente dall'azione accordata per il danneggiamento aquiliano.

Le linee principali di questa sistemazione restarono ferme nei successivi momenti salienti della dottrina tedesca, accentuati dalla sparizione del termine di «quasi-delitto»¹²⁴. E ciò almeno fino alla compilazione del Codice civile generale austriaco (ABGB) del 1811. Si deve anzitutto notare che il primo disegno compiuto di tale codice, del quale costituisce altresì una ricchissima base dommatica e sistemica, il *Codex Theresianus* del 1766¹²⁵, rispecchia ancora fedelmente le linee indicate dallo Heineccius per l'*usus hodiernus*, se si eccettua il particolare – per altro rilevante – che fra i delitti propriamente detti (*Verbrechen*, ovvero *wahre und eigene Verbrechen*) e gli atti dalla legge equiparati ai delitti (*für Verbrechen geachtete Handlungen*: C. Ther. III, 1, 92 e il Caput XXII della III parte), definiti tutti sulla base della colpa, si pone una distinzione in termini di colpa commissiva e omissiva, in questi termini:

C. Th. III, I (§ 8), 91: Die ohnerlaubte Handlungen wirken die Verbindlichkeit aus einer Schuld oder Gefährde. Diese Schuld haftet entweder an der Person dessen, wel-

¹²⁰ HEINECCIUS, *op. cit.*, § 1095: «Unde verissima eorum sententia, qui hodiernam actionem non ex lege Aquillia; sed ex iure patrio, vel aequitate naturali, superesse statuunt».

¹²¹ HEINECCIUS, *op. cit.*, § 1095.

¹²² HEINECCIUS, *op. cit.*, § 1124: *Haec omnia nec a foro nostro aliena sunt...*

¹²³ «Praeterquam quod actiones populares, actiones in duplum, et poenales, ad poenam actori adplicandam comparatae, hodie non frequentantur» (è il seguito del testo cit. alla n. prec.).

¹²⁴ Ciò anche nel *Codex Maximilianus Bavaricus civilis* del 1756, di cui si veda la *divisio obligationum* (§, 1 § 1): *Zusage, Gedinge, Verbrechen = pollicitatio, conventio, delictum*; nonché nell'ALR, I, 6, § 1 ss.

¹²⁵ Edizione: PH. HARRAS VON HARRASOWSKY, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen*, Wien, 1883-1886 (il C. Ther. occupa i primi tre volumi; il quarto contiene l'Entwurf Horten's; il quinto l'Entwurf Martini's). I successivi lavori preparatori dell'ABGB stanno in J. OFNER, *Der Ur-Entwurf und die Beratungs-Protokolle*, cit. Ricordo che l'*Ur-Entwurf* corrisponde al *Westgalizisches Gesetzbuch* (WGGB). Cfr. C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, 1971, p. 122 ss.; più analiticamente, e con lett., J. SCHEY (H. KLANG), in KLANG U. GSCHNITZER, *Kommentar*, cit., I, 1², Wien, 1964, p. 5 ss.

cher das Verbrechen ausgeübet, und ist eine wahre Schuld, woraus die wahre und eigene Verbrechen entsteht, oder sie wird von den Gesetzen Jemandem, der zwar das Verbrechen nicht ausgeübet, in dessen Macht es aber gestanden solches zu verhüten, beigemessen, welche nur eine beigemessene Schuld ist, und derlei Handlungen sind keine wahre Verbrechen, sondern werden nur für Verbrechen geachtet.

Le «für Verbrechen geachtete Handlungen» sono, nel Codice Teresiano, raccolte in quattro generi (*Gattungen*: C. Ther. III, 22 § 2), i primi due dei quali corrispondono al *iudex qui litem suam fecerit*¹²⁶ e a *effusum vel deiectum, posita et suspensa*¹²⁷, il terzo è ispirato alla responsabilità di *nauta, caupo, stabularius*¹²⁸, mentre la quarta riguarda il danno da animale altrui¹²⁹.

Il connotato, che possiamo dire caratteristico, della sistemazione di questa materia nel Codice Teresiano resta comunque la connessione di tutti i delitti – veri e propri o tali perché frutto di equiparazione – con il criterio della responsabilità per colpa. Il superamento di una distinzione fra fattispecie dolose e colpose di illecito¹³⁰ è evidentemente il frutto di una complessiva identificazione dell'illecito civile nella figura del danneggiamento aquiliano, generalizzato ad incarnare il principio, ben consono con la mentalità giusnaturalistica, del *neminem laedere*. Ne risulta una concezione della responsabilità da illecito civile che parte dalla considerazione del danno e non da quella della condotta e del suo elemento soggettivo, che ne divengono i criteri di responsabilità. Questa visuale, ancora implicita nel Codice Teresiano, emergerà, invece, attraverso il filtro delle elaborazioni intermedie¹³¹, nell'ABGB, dove, nel paragrafo che pone la *divisio obligationum*,

¹²⁶ C. Ther. III, 22, § 3: «Von Unerfahrenheit eines Richters insonderheit». Il C. Ther. è diviso in parti, capitoli, paragrafi e numeri; nelle citazioni il paragrafo si omette, perché l'ordine dei numeri è continuo nell'ambito dei capitoli. Il terzo dei numeri, che uso nella citazione, è dunque quello del 'numero', salvo che premetta l'espressa indicazione §, quando mi riferisco al contenuto di tutto un paragrafo. Aggiungo qui anche, nelle note, i luoghi corrispondenti dell'ABGB (indicando fra parentesi se essi hanno subito modifica ad opera delle Teilnovellen del 1914-16), per rendere possibile una semplice constatazione del modo in cui questi concetti e queste regole sono state calate nella sistematica del codice austriaco definitivo. Per C. Th. III, 22 § 3 la corrispondenza è ABGB § 1341.

¹²⁷ C. Ther. III, 22, § 4: «Von schädlicher Hinabwerfung, Ausgiessung und gefährlicher Aushängung aus einer Wohnung». Cfr. ABGB § 1318 e 19 (modif.).

¹²⁸ C. Ther. III, 22, § 5: «Von Zufügung eines Schadens durch fremde Bediente». Cfr. ABGB § 1314-16 (tutti modif.).

¹²⁹ C. Ther. III, 22, § 6: «Von Beschädigung durch fremdes Vieh». Cfr. ABGB § 1320 (modif.), 1321-22.

¹³⁰ Si tenga presente che l'enunciazione di queste fattispecie come colpose non esclude, ché anzi ricomprende, la responsabilità nel caso che esse siano attuate con dolo. La distinzione fra dolo e colpa resterà ferma con valore generale nel diritto penale (che con le codificazioni acquistò vieppiù autonomia, insieme con la sua scienza), dove spesso accade di vedere differenziati, per regime e conseguenze, concetti che il diritto civile distingue solo in funzione di un'analisi della casistica. Si veda ad es. la distinzione fra negligenza e imperizia contenuta nell'art. 78 del Cod. penale militare marittimo del Regno d'Italia (1870).

¹³¹ V. sopra, n. 125.

non si fa più parola, accanto alla legge e al contratto, d'altro che di «danno sofferto»¹³²:

§ 859: Die persönlichen Sachenrechte¹³³, vermöge welcher eine Person einer andern zu einer Leistung verbunden ist, gründen sich entweder unmittelbar auf ein Gesetz; oder auf einen Vertrag; oder auf eine erlittene Beschädigung.

Questo modo di inserire gli illeciti nella *divisio* è in rapporto anche con una innovazione sistematica rilevante. Il «danno sofferto» non è infatti solo l'effetto dell'illecito extracontrattuale, ma anche dell'inadempimento; e, in armonia con questa considerazione, l'ABGB non contiene un capitolo formalmente dedicato ai soli fatti illeciti extracontrattuali (delitti e fattispecie quiparate); il capitolo in questione (XXX. della seconda parte) è intitolato «Del diritto di indennizzazione e di soddisfacimento» («Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genungtuung»), ed è retto dal principio del § 1295¹³⁴, per il quale «Ciascuno ha diritto di esigere dal danneggiante la riparazione del danno dato con colpa, sia che si fosse recato con l'essersi contravvenuto ad un dovere nascente da un contratto, o indipendentemente dal medesimo».

L'obbligazione da delitto è messa così sullo stesso piano di quella da inadempimento contrattuale, e non sul piano di quella da contratto: la disarmonia introdotta fin da Gaio (v. sopra, p. 283, paragrafo 12 *sub b*) è stata finalmente corretta¹³⁵.

21. – Nella dottrina francese il problema della posizione dell'illecito nel sistema delle fonti delle obbligazioni può essere impostato facendo capo alle *Loix civiles* del Domat¹³⁶; anche se, come vedremo, il *Code Civil* del 1804 adotterà la più scolorita e tradizionalista elaborazione del Pothier.

¹³² La terminologia italiana la traggio, qui come in seguito, dalla traduzione ufficiale per il Regno Lombardo-Veneto. Il testo tedesco riportato è quello originale. Le *Teilnovellen* hanno sostituito alla menzione del contratto quella della figura pandettistica del negozio giuridico («oder auf ein Rechtsgeschäft»): cfr. *infra*, p. 317.

¹³³ «Diritti personali sulle cose» sono dette, nell'ABGB, le obbligazioni. Cfr. il § 307 ABGB.

¹³⁴ § 1295¹ dopo le *Teilnovellen*: «Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht, oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein».

¹³⁵ Se questa correzione non ebbe grande seguito nella successiva scienza giuridica, si deve con ogni probabilità ad una infelice pagina del SAVIGNY, *Obligationenrecht*, cit., II, p. 293 ss.

¹³⁶ *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, I^a ed. anonima Paris 1689-1694, con il suo seguito in *Le droit public*, edito postumo (e incompleto) a Parigi nel 1697. Ogni notizia ti trova in G. TARELLO, *Sistemazione e ideologia nelle 'Loix civiles' di Jean Domat*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, II, 1972, p. 127 ss. Io traggio le citazioni in italiano dall'edizione napoletana del 1796-1801, l'ultimo tomo della quale (VI) contiene due articoli del *Droit public*, fra i quali quello sui delitti.

I numeri delle citazioni si riferiscono, nell'ordine, a Parte, libro, titolo, nonché – ove questi esistano – a sezione e paragrafo. Il *Traité des Loix*, che costituisce l'introduzione generale a tutta l'opera, è diviso in capitoli e paragrafi; lo citeremo TdL, con l'indicazione dei due numeri relativi.

Il perno della costruzione del Domat in questa materia è costituito dalla nozione di danno e da quella – correlativa – di risarcimento:

I, III, V: Dall'obbligo generale di non far torto ad alcuno, e da tutte le specie di obblighi particolari, deriva la conseguenza naturale, che chi ha cagionato danno, con aver contravvenuto alla propria obbligazione, o con preterire quello che esigeva questa obbligazione, sia tenuto a riparare il danno cagionato.

... Tutti i risarcimenti si riducono a due specie; l'una che chiamasi semplicemente interesse; l'altra che chiamasi danni ed interessi. L'interesse è il risarcimento e l'indenizzazione, a cui un debitore di una somma di danaro può esser tenuto verso il suo creditore, per il danno che può cagionargli, mancando di pagare. ... Tutti gli altri risarcimenti, di qualunque natura sia il danno cagionato, chiamansi danni ed interessi. ... Il risarcimento ne' delitti chiamasi propriamente interesse civile, ch'è la medesima cosa de' danni ed interessi; ma si fa uso della parola d'interesse civile, per distinguerlo dalle altre pene imposte a' delitti.

I delitti, di cui si fa parola nel passo, sono i delitti pubblici (dolosì), ai quali la denominazione di delitti è riservata¹³⁷. Gli illeciti privati sono, anche dal Domat, messi sullo stesso piano dell'inadempimento contrattuale, e trattati come quasi-delitti (colposi), senza che abbiano propriamente né questo né altro nome:

I, II, VIII: Possono distinguersi tre sorte di colpe, per cui può accadere un danno. Quelle che s'imputano a delitto. Quelle delle persone che mancano agli obblighi de' contratti; come un venditore che non consegna la cosa venduta, un inquilino che non fa le riparazioni a cui è tenuto. E quelle che non hanno alcuna relazione co' contratti, e che non formano un vero delitto; come se per inavvertenza si getti da una finestra qualche cosa che sporca una veste; se un bestiame mal custodito faccia qualche danno; se per negligenza si cagioni un incendio; se un edificio che minaccia rovina non essendo riparato, cada sopra l'edificio del vicino e lo danneggi.

Di queste tre sorte di colpe, quelle soltanto dell'ultima specie formano la materia di questo titolo [rubricato: «De' danni cagionati per colpe che non possono imputarsi a delitto»]. Poiché i delitti non debbono confondersi colle materie civili: e per ciò che riguarda i contratti, se n'è pienamente ragionato nel primo libro.

Questa impostazione somiglia non poco a quella che abbiamo visto codificata (più di un secolo dopo le *Loix civiles*) nell'ABGB, e anche là, come qui, essa si faceva dommaticamente rigorosa dove il discorso verteva sulla responsabilità e il risarcimento del danno. Ed è logico, che il problema della classificazione delle fonti delle obbligazioni sia sentito in modo tecnicamente più raffinato dove esso è costretto a venire commisurato con le sue conseguenze pratiche.

Anche nel Domat, infatti, se gli stessi problemi ora trattati si rileggono esposti dove il discorso è retto dalla sistemazione generale, che egli ricavava dalla sua ideo-

¹³⁷ Essi sono «qualunque azione, ch'è vietata dalle Leggi, perché contraria al patto sociale», come è detto all'inizio dell'articolo sui delitti, nel *Droit Public* (nell'edizione napoletana cit., vol. VI, p. 78).

logia, tutto appare – dal punto di vista tecnico – più sfumato e meno concludente. Le obbligazioni sono di due specie (TdL, XIV, IV); le prime nascono dagli accordi (*conventions*: TdL, XIV, XI), le seconde si formano senza consenso reciproco (ad es. gestione di affari) o senza la volontà di alcuna delle parti, come è delle obbligazioni del tutore verso il pupillo (TdL, XIV, IV) o di queste che ci interessano, da illecito civile:

TdL. XIV, XI: Il secondo libro, che sarà delle obbligazioni senza convenzioni, comprenderà quelle che si formano senza una volontà reciproca; come sono le obbligazioni de' tutori, de' curatori, i quali si danno, o alle persone, come a' prodighi, agl'insensati ec., o pure a' beni, come ad una eredità giacente; l'obbligazione delle persone che amministrano gli affari degli assenti senza loro saputa, e quella di coloro, di cui sono stati amministrati gli affari; quella delle persone che si trovano avere qualche cosa in comune senza convenzione; e vi sono altre fonti di obbligazioni involontarie, ed anche alcune che si formano per casi fortuiti.

Gli illeciti civili sono, in questa enumerazione, fra le «altre fonti di obbligazioni involontarie», come prova, nell'esposizione analitica del secondo libro stesso, la posizione del titolo VIII (I, II, VIII), al quale sopra si è già fatto riferimento.

Se un difetto rilevante aveva l'impostazione del Domat, esso era comunque quello di escludere dal diritto civile le obbligazioni da delitto, cioè da quegli illeciti pubblici che «oltre ad offendere l'ordine pubblico, recano danno ai particolari» e quindi, oltre alla pena «diretta alla pubblica vendetta, ed alla correzione del reo», comportano «la riparazione del danno cagionato da delitto»¹³⁸, cioè danno luogo, come sappiamo, all'interesse civile. Ma siccome quella della enucleazione dei delitti (illeciti dolosi) dall'ambito delle *Loix civiles*, per attribuirli esclusivamente a quello del diritto pubblico, era stata la via che aveva permesso al Domat di evitare l'impiego del concetto e del termine di quasi-delitto per le fattispecie colpose, la riconsiderazione in sede civilistica delle conseguenze privatistiche dei delitti pubblici ebbe come conseguenza la reintroduzione di quella terminologia, con la bipartizione degli illeciti civili in delitti e quasi-delitti.

È quanto si ritrova nel *Traité des Obligations* di R.J. Pothier¹³⁹, e, di conseguenza, nel *Code Civil*, che in materia di obbligazioni – in particolare per quel che concerne la *divisio* – quel *Traité* ha fedelmente seguito. La restaurazione della dicotomia è però, tanto presso il Pothier quanto nel *Code Civil*, puramente formale. Nel *Traité des Obligations* delitti e quasi-delitti sono distinti nella definizione¹⁴⁰, ma la tratta-

¹³⁸ Citazioni tratte dal discorso preliminare dell'articolo dei delitti e delle pene, nel *Droit Public* (ed. napoletana cit., vol. VI, p. 79).

¹³⁹ Prima edizione 1701. Qui uso l'edizione di Paris, 1805, in due volumi. Le citazioni sono fatte secondo la parte, il capitolo, l'articolo e il paragrafo, cui faccio seguire il numero (suddivisione interna continua in tutta l'opera, e che quindi basterebbe da sola ad individuare il passo).

¹⁴⁰ *Traité des Obligations*, I, I, 2, 2 (116): «Les délits sont la troisième cause qui produit les obligations, et les quasi-délits la quatrième. On appelle *délit*, le fait par lequel une personne, par dol ou

zione che segue, e che riguarda la loro natura e il loro regime giuridico, si riferisce sempre alla coppia, «délits ou quasi-délits» ovvero «délits et quasi-délits», considerata un tutt'uno omogeneo. Che un danneggiamento sia doloso o colposo interessa invero assai poco il diritto civile, e quel poco solo di riflesso, anche in un'epoca in cui esisteva la «contrainte par corps» (arresto personale) in materia civile, che all'epoca del Pothier poteva essere disposta contro chi non avesse pagato la somma alla quale era stato condannato per un delitto (e non un quasi-delitto) commesso¹⁴¹.

Nel *Code Civil*, poiché la definizione è omessa, la distinzione fra delitti e quasi-delitti è ridotta al semplice enunciato della rubrica del secondo *chapitre* del tit. IV, lib. III. («des délits et des quasi-délits»); la disciplina normativa, che di tale *chapitre* forma il contenuto, è assolutamente unitaria, e così fu intesa da dottrina e giurisprudenza¹⁴².

La rubrica e il tenore delle norme di questa parte del *Code Civil* (in part. i fondamentali art. 1382 e 1383) passarono identici o pressoché identici, oltre che nel Codice Civile del Regno d'Italia (napoleonico) del 1806 (che è una pura traduzione del *Code Civil*), negli altri codici civili italiani derivati dal modello francese: art. 1336 ss. Leggi Civili (Parte I. del Codice del Regno delle Due Sicilie del 1819); art. 2085 ss. del Codice Civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla (del 1820); art. 1094-1095 del Codice Civile della Repubblica e del Cantone del Ticino (del

malignité, cause du dommage ou quelque tort è un autre. Le *quasi-délit* est le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre».

¹⁴¹ V. l'accenno nel *Traité*, I, I, 2, 2 (122). Un'altra allusione isolata ai quasi-delitti si trova al num. 120 in fine, ma solo per dire che «les fautes d'imprudence que nous appellons *quasi-délits*, s'excusent plus facilement dans ces personnes (cioè i minori puberi o *pubertati proximi*), que dans les majeurs interdits pour prodigalité».

La «contrainte par corps» in materia civile sarà ancora presente nel *Code Civil* del 1804 (art. 2059-70; essa verrà abolita con legge del 22 luglio 1867), ma il caso che ci interessa non vi è previsto; tuttavia, a tenore degli art. 52; 53 e 469 C. Pén. 1810 (giusto il rinvio alla legge formale contenuto nell'art. 2065 C. Civ.), potevano dar luogo alla *contrainte par corps* le condanne ai danni in un giudizio civile per un fatto qualificato come reato dalla legge penale (cfr. C.S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, trad. it. dell'ed. franc. di Aubry e Rau, condotta sulla 5^a ed., ted., Napoli, 1846, § 445; di quest'opera, la prima ed. tedesca è di Heidelberg, 1808; la prima ed. francese di Strasbourg, 1839-1844). Questa stessa regola prescinde comunque dalla natura di delitto o quasi-delitto del fatto, in quanto ormai la nozione di delitto privato e di delitto criminale si sono fatte indipendenti l'una dall'altra (cfr. C.S. ZACHARIAE, *Corso*, cit., § 443). Diversamente dal C.C. 1805, il C.C. italiano del 1865 accorderà (art. 2094 n. 1) l'arresto personale «contro il debitore per l'adempimento di obbligazioni che derivano da violenza, da dolo o da spoglio, ancorché il fatto non costituisca reato», norma che comprende una casistica più vasta di quella della legge francese.

¹⁴² Indicazioni complete sulla dottrina e giurisprudenza dei primi quattro decenni di vigore del *Code Civil* si trovano in *Les Codes annotés del Sirey* (P. GILBERT, F. HÉLIE, M. CUZON), I: *Code Civil*, Paris, 1847. Si veda, fra gli autori, soprattutto C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, al punto della trattazione dei delitti e quasi delitti (Tome VI, p. 48 ss. nell'ed. di Bruxelles, 1830); l'a. tratta congiuntamente delitti e quasi delitti; ma anche gli autori che mantengono tale trattazione separata (come lo ZACHARIAE, *Corso*, cit., §§ 443 ss.), quando giungono a parlare dei quasi delitti, non fanno, dopo averne dato la nozione, che rinviare al regime del delitto (cfr. C.S. ZACHARIAE, § 446).

1837); art. 1500 ss. del Codice Civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna (del 1837)¹⁴³; art. 1393 ss. del Codice Civile per gli Stati Estensi (del 1851).

La stessa struttura avevano ancora gli art. 1151 ss. del C. Civ. italiano del 1865: ma l'esame della loro vicenda appartiene alla seconda parte di questo lavoro.

22. – Ma i problemi più seri sorgono in relazione ai fatti leciti non contrattuali produttivi di obbligazioni. E ci se ne rende bene conto se si pone mente a come l'evoluzione seguita nei due paragrafi precedenti abbia portato alla piena soluzione del problema pratico connesso con i quasi-delitti: poiché per i quasi-contratti una soluzione del genere non è possibile.

La linea evolutiva di quella problematica può essere ridotta a questi semplici termini: si è cominciato stabilendo una serie di quattro delitti tipici (Gaio); si è poi rilevato che esistevano altre figure tipiche (in quanto previste nell'editto pretorio) con effetti analoghi (*res cottidianae*); tali figure sono state raccolte sotto la nozione di quasi-delitto, fornendone contestualmente l'elenco (Istituzioni giustiniane); tale elenco costituiva la nuova fonte della tipicità delle figure comprese, ma di per sé non escludeva che ve ne potessero essere altre (e così fu inteso ora come tassativo ora no); si cercò una distinzione dommatica fra delitti e quasi-delitti, ma proprio la ricerca di questa distinzione mostrò come fosse prevalente il carattere comune delle due categorie, carattere comune che derivava dalla presenza nella fattispecie di entrambe di un danno riconducibile in qualche modo ad un comportamento colpevole di un soggetto. Così, nel ricercare la differenza fra delitti e quasi-delitti si affermò anche il carattere unitario della categoria, poiché la distinzione era raggiungibile mediante il procedimento definitorio classico del genere prossimo e della differenza specifica. Ora, la figura più rilevante tra tutte le fattispecie di delitto e quasi-delitto, il danno aquiliano, poteva stare tanto nell'una categoria quanto nell'altra; bastò la sua astrazione dai connotati che l'originaria fonte legislativa gli dava (astrazione già iniziata dai giuristi romani) per farne un modello generale del fatto illecito civile, rispetto al quale le altre figure, di delitto o quasi-delitto, tipiche e atipiche, assumevano la posizione di semplici varianti. A questo punto fu sufficiente una modifica nella formulazione normativa perché le fattispecie subalterne diventassero semplici regole sussidiarie per l'impiego della fattispecie principale, diventata a sua volta regola generale. Con ciò si era superata la distinzione fra delitti e quasi-delitti e la connessa tipicità di queste figure, riconducendo tutta la materia ad un'unica regola¹⁴⁴.

¹⁴³ Con riguardo a questo Codice, l'affermazione che si legge nel *Manuale forense, ossia confronto fra il Codice Albertino il Diritto Romano e la legislazione anteriore ecc. compilato da una Società di Avvocati*, VI, Torino, 1841, p. 807, secondo la quale i quasi-delitti sarebbero da identificare con la fattispecie del solo art. 1501 di tale Codice (= 1383 C. Civ. 1804), deve ritenersi solo scorretta.

¹⁴⁴ Come accenneremo nella seconda parte di questo lavoro, si è tanto criticata la formulazione della rubrica del tit. X libro V del Codice Civile it. 1942, perché dice «Dei fatti illeciti» invece che

Nel campo delle obbligazioni da fatto lecito, non era possibile nulla di simile: fra contratti e quasi-contratti è irreperibile un elemento che possa costituire il genere prossimo di una definizione comune (se non il fatto di essere entrambi fatti leciti: il che è troppo, e quindi troppo poco), e, per di più, i quasi-contratti stessi mancano di omogeneità tra loro. I quasi-delitti erano veramente figure simili a quelle di delitto – e non semplicemente fattispecie con regime analogo – in quanto strettamente analogo, anzi identico, ne era l'elemento obbligante: il danno ingiusto colpevole. Invece, mentre l'elemento obbligante dei contratti è l'accordo delle parti (elemento più o meno sufficiente, ma comunque necessario ed anzi primario), i quasi-contratti hanno nell'assenza dell'accordo il solo dato utilizzabile – accanto a quello della loro natura di fatti leciti – per una loro definizione.

Siccome dunque il fondamento dell'obbligatorietà del quasi-contratto, o in genere dai fatti leciti non contrattuali dai quali si vuole che sorgano obbligazioni, non può essere lo stesso del contratto, si deve individuarne uno autonomo – per la categoria nel suo complesso, o per le singole fattispecie di essa, o per gruppi di questa.

Di fronte ad un problema di tal genere, la dottrina giusnaturalistica aveva le sue armi, ma si trattava di armi a doppio taglio. Tutto ciò emerge ben chiaro in particolare dalla trattazione del Pothier, che rappresenta un modello paradigmatico di soluzione giusnaturalistica di questa problematica.

Il fondamento obbligatorio di tutte queste fattispecie sta, per lui, nell'equità naturale; se questa opera attraverso la mediazione di un fatto, che non costituisca né contratto, né delitto o quasi-delitto, si ha l'obbligazione da quasi-contratto¹⁴⁵, come nel caso dell'accettazione dell'eredità (che opera come quasi-contratto nei confronti dei legatari), in quello del pagamento dell'indebito ed in quello della gestione degli affari altrui¹⁴⁶; se l'equità naturale opera invece direttamente¹⁴⁷, si ha l'obbligazione che deriva dalla legge («obligations qui ont pour seule et unique cause immédiate la loi»), la quale deve essere intesa – il pensiero dell'autore è chiarissimo su questo punto¹⁴⁸ – come «legge naturale»: gli esempi sono quelli dei figli, che, qualora ne abbiano i mezzi, sono obbligati a fornire gli alimenti ai genitori indigenti, della moglie, che è tenuta a restituire la somma che essa si sia fatta prestare

«Degli atti illeciti», sulla base di una semplice difformità tra il vocabolario dei compilatori del codice e di quello dei suoi critici; la rubrica contiene invece una grave imprecisione dommatica, là dove usa il plurale (si veda invece il corretto uso del singolare nell'art. 1173). Di «Torts» al plurale parlano bene i giuristi inglesi, perché i Torts sono tipici; ed infatti essi, per converso, parlano al singolare di «Contract», che nel *Common Law* è una fattispecie generale, un principio generale del sorgere delle obbligazioni, non articolato in singole figure tipiche. Anche di ciò si parlerà nella seconda parte.

¹⁴⁵ POTHIER, *Traité des obligations*, cit., I, I, 2 § 1 (113; 114), I, I, 3 § 3 (123). A noi verrebbe più naturale parlare di atto, anziché di fatto (*fait*).

¹⁴⁶ Sono gli esempi adottati dal Pothier in I, I, 2 § 1 (113).

¹⁴⁷ Si deve tenere presente, per capire esattamente questa impostazione, che il Pothier non disponeva della, più recente, categoria della «situazione giuridica».

¹⁴⁸ I, I, 3 § 3 (123).

senza il consenso del marito e che sia stata volta a suo profitto¹⁴⁹ e quello dei proprietari di case in Orléans che sono tenuti a vendere al vicino la comunione del muro quando il vicino voglia costruire in aderenza¹⁵⁰.

Ora, il rinvio all'equità o alla legge naturale sembrerebbe dover implicare un rinvio alla giurisprudenza, per una soluzione casistica di queste fattispecie. Ma un simile rinvio è quanto di meno consono si possa immaginare con la mentalità giusnaturalistica¹⁵¹, e comunque esso contrasta con l'evoluzione alla quale il giusnaturalismo sei-settecentesco ha dato storicamente luogo. Il «diritto della ragione» infatti tese – ideologicamente e storicamente – alla codificazione legislativa. E, una volta composte le leggi civili positive, le quali dovevano essere codificazione del diritto naturale, esse dovevano anche, per ciò stesso, offrire quel fondamento alle obbligazioni, che prima era offerto dal diritto naturale. Codificare significava fissare con una legge positiva la legge naturale.

I compilatori del *Code Civil*¹⁵² si attenero all'impostazione, così chiara, del Pothier. Ma, se questa aveva il merito di offrire nudi i termini del problema che con la codificazione doveva essere risolto, essa non forniva, per la soluzione, che certe indicazioni. Il risultato del lavoro di codificazione può essere indicato come segue.

La *divisio* adottata (che va completata con gli articoli che sanciscono l'obbligatorietà del contratto, in part. 1101 e 1108) è la seguente:

art. 1370: Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucunes conventions, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé.

Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée.

Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits; ils font la matière du present titre.

¹⁴⁹ Il caso va valutato tenendo presente che il mutuo, da esso implicato, era nullo nel diritto dell'epoca di Pothier.

¹⁵⁰ Questa obbligazione (ora sanzionata in generale dall'art. 661 C. Civ. 1804) era, ai tempi del Pothier, fondata sulla sola «loi municipale» di Orléans. La presenza di questo esempio, accanto ai due che non fanno riferimento ad alcun fondamento positivo, colorisce di una tinta particolare la nozione di legge naturale che il Pothier usa in questo contesto. La legge municipale di Orléans è trattata infatti alla stregua della legge naturale, pur trattandosi di una legge positiva, ma non statale.

¹⁵¹ Cfr. C.A. CANNATA, *Lineamenti*, cit., p. 106 ss.

¹⁵² Il materiale relativo ai lavori preparatori per la codificazione del *Code Civil* si trova in part. nelle note opere di J.G. LOCRÉ, *Législation de la France*, vol. I-XVI, Paris, dal 1827, e soprattutto *Esprit du code Napoléon*, Paris, dal 1805, nonché nelle altre collezioni, parziali o complessive (come quella del Fenet), che sono elencate con diligenza nell'apparato ai § 7-10 del *Corso*, cit. dello Zachariae. Dal punto di vista tecnico, questi lavori non sono però affatto comparabili, per consapevolezza dommatica e sensibilità giuridica, a quelli apprestati dai compilatori austriaci; sotto questo aspetto, i veri lavori preparatori del *Code Civil* sono le opere di Domat e di Pothier.

Le obbligazioni che «résultent de l'autorité seule de la loi» (parola che qui allude, ovviamente, alla legge positiva) costituiscono una categoria a parte, che si contrappone a tutte le altre; e non tanto per la circostanza che risulta evidenziata nella norma (e cioè che esse sole non implicherebbero l'intervento di un fatto umano: il che non è sempre esatto in pratica – si pensi alla responsabilità per colpa altrui, per fatto di animali ecc. –, e rappresenta comunque una circostanza esteriore), ma perché esse, ed esse sole, sono definite mediante un rinvio alla legge, cioè a singole previsioni legislative, cioè facendo riferimento ad una serie di fattispecie tipiche. La categoria delle obbligazioni *ex lege*, che passò in quasi tutti i codici derivati dal *Code Civil*¹⁵³, e venne di moda criticare come dommaticamente scorretta¹⁵⁴ (perché tutte le obbligazioni derivano mediatamente dalla legge, e nessuna direttamente dalla legge senza la mediazione di un atto, un fatto o una situazione giuridica) aveva un significato tecnico ben preciso, almeno in senso negativo¹⁵⁵: che, al di fuori dei contratti e dei quasi-contratti, nessun fatto lecito può produrre obbligazione se non nei casi espressamente previsti dalla legge.

Che gli altri quattro *genera* (o meglio, i quattro *genera*¹⁵⁶) della classificazione del *Code Civil* siano tutti definiti mediante enunciazione concettuale della *causa obligatio-nis*, senza alcun limite connesso con la tipicità, già lo sappiamo – oltre che per il contratto – per delitti e quasi-delitti. Per i quasi-contratti essa risulta dal fatto che il relativo titolo si apre con una definizione come questa (cfr. anche l'art. 1140 C. Civ. 1865):

art. 1371: Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties.

e mettendo questa definizione in relazione anche con la circostanza che le norme che la seguono disciplinano unicamente la gestione d'affari (art. 1372-1376) e il pagamento dell'indebito (art. 1377-1381). Nessuno ebbe mai dubbi, del resto, a questo proposito. Già nel 1912 e 1913 le corti decidevano che i bambini restano legati ad un quasi-contratto con le persone estranee (istitutori ecc.) che provvedono alla loro educazione ed al loro nutrimento, per il rimborso delle spese sostenute¹⁵⁷; decisioni che concernono una fattispecie atipica e si basano su uno dei principi

¹⁵³ V. Leggi civili Due Sic. art. 1324; Cod. albertino art. 1488; Cod. estense art. 1381; C.C. 1865 art. 1097.

¹⁵⁴ V. sul problema TH. MAYER-MALY, *Das Gesetz...*, cit., p. 437 ss. Le obbligazioni *ex lege* del C.C. 1804 sono più vicine alle *variae causarum figurae* delle *res cottidianae* che non alle obbligazioni *ex lege* della *divisio* di Modestino; la categoria del C.C. corrisponde infatti al luogo delle fonti di obbligazione non classificabili nei *genera* dommaticamente definiti nella *divisio*.

¹⁵⁵ Cfr. GSCHNITZER, in KLAUG U. GSCHNITZER, *Kommentar*², cit., IV/1, p. 41, a proposito dell'analogo enunciato dell'ABGB, del quale si dirà nel paragrafo seguente.

¹⁵⁶ V. sopra, n. 154.

¹⁵⁷ 11 août 1812, Aix; 18 août 1813 Rej. V. le altre decisioni, che riguardano la stessa fattispecie, elencate in *Les Codes annotés de Sirey, I: Code civ.*, cit., sub art. 1371.

fondamentali del regime del quasi-contratto: che cioè ad esso non si applicano le norme sulla capacità contrattuale.

Come il contratto e come gli illeciti (delitto e quasi-delitto), il quasi-contratto era dunque, nel Code Civil, una *causa obligationis* da definire mediante l'individuazione dell'elemento obbligante: quell'elemento che – come nei contratti il consenso e negli illeciti il danno ingiusto e colpevole – una volta reperito nel singolo caso lo fa sussumere nel *genus* in questione, indipendentemente da una sua corrispondenza con una fattispecie tipica espressamente prevista. Ma la nozione pomposamente fornita dall'art. 1371, che si è letto, non offriva nulla che potesse servire a quello scopo. L'art. 1371 non contiene, in realtà, alcuna nozione: esso dice solo che i quasi-contratti sono volontari (puramente – ! – volontari), e che ne sorgono obbligazioni. Il Pothier aveva scritto che, in questi casi, «c'est la loi seule ou l'équité naturelle qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle résulte» (*Traité des obligations*, I, I, 2 § 2 [114]). Nel passaggio dalla legge naturale a quella positiva rappresentato dalla codificazione questa posizione avrebbe dovuto logicamente essere tradotta in una impostazione basata sulla tipicità, ma poiché tale soluzione fu scartata, il problema di trovare il fondamento delle obbligazioni da quasi-contratto veniva trasferito intatto agli interpreti del *Code Civil*.

Ed essi trovarono quel fondamento nell'arricchimento ingiusto. A tale conclusione non si poté evidentemente giungere mediante una semplice interpretazione esegetica dell'art. 1371 C. Civ.; bensì attraverso una valutazione sistematica della categoria del quasi-contratto, per la quale non vi è testimonianza più chiara di questo passo del Toullier¹⁵⁸:

... il nous semble qu'au lieu de l'explication insignifiante que donne du quasi-contrat l'art. 1371, il faut, pour perfectionner ou compléter la doctrine du Code, transformer cet article en une disposition impérative, qui indique en même temps quels sont les faits d'où naît une obligation, et auxquels il donne la dénomination impropre de *quasi-contrats*, et dire en conséquence: «Tout fait licite quelconque de l'homme, qui enrichit une personne au détriment d'une autre, oblige celle que ce fait enrichit, sans qu'il y ait eu intention de la gratifier, à rendre la chose ou la somme dont elle se trouve enrichie».

Questa nuova enunciazione del principio dell'obbligazione non contrattuale da fatto lecito (senza qualificarlo quasi-contratto)¹⁵⁹ costituisce il parallelo del principio fornito dall'art. 1382 per l'illecito (inteso unitariamente, senza distinzione tra delitto e quasi-delitto):

Ces deux dispositions renferment tous les engagements ou toutes les obligations que la loi fait naître à l'occasion d'un fait personnel de l'homme, sans qu'il intervienne aucune convention. Il n'est plus besoin de les indiquer en particulier, ni de les énumérer.

¹⁵⁸ *Le droit civil français*, cit., III, 4, 20 (ed. cit. vol. VI, p. 11).

¹⁵⁹ Dopo «au détriment d'une autre» il Toullier annota: «Si l'on veut absolument conserver le mot inutile et impropre de *quasi-contrat*, il faut ajouter ici "est un quasi-contrat qui oblige, etc."».

Questo tipo di soluzione del problema in questione era formalmente perfetta, ed anche praticamente soddisfacente nella maggior parte dei casi per ordinamenti influenzati dalle concezioni del liberalismo, i quali tendono a ridurre al minimo le obbligazioni che non provengono né da contratto né da illecito. La soluzione che lega tali obbligazioni (quando la legge non disponga espressamente in modo diverso) all'arricchimento della parte obbligata, non solo fornendo l'azione esclusivamente quando arricchimento vi sia stato, ma anche accordandola nei limiti dell'arricchimento verificatosi, dà luogo però a difficoltà sensibili in certi casi rilevanti, nei quali un'azione di questo genere è difficilmente configurabile. Si pensi alle prestazioni di lavoro fornite senza contratto o sulla base di un contratto nullo, che possono – da caso a caso – fornire all'altra parte un arricchimento minimo rispetto all'impegno che sono costate a chi le ha eseguite, ovvero un arricchimento enormemente superiore al corrispettivo con il quale tali prestazioni sarebbero retribuite se prestate in forza di un normale contratto ¹⁶⁰.

Ma sono problemi, questi, che appartengono alla seconda parte di questo lavoro.

23. – Nelle *Istituzioni del Diritto Civile austriaco, con le differenze tra questo e il Diritto Civile francese e coll'additamento delle disposizioni posteriori alla promulgazione del Codice Civile Generale Austriaco pubblicate nel Regno Lombardo-Veneto*, di A. Reale ¹⁶¹, si legge:

La teorica seguita dai legislatori francesi, di far derivare le obbligazioni reciproche dei tutori e minorenni dalla legge, apparisce senza dubbio più esatta di quella di Giustiniano, il quale fece scaturire siffatte obbligazioni da un quasi contratto, *instit. de obligat. quae quasi ex contractu nascunt.*; la quale dottrina, come acconciamente scrisse lo scozzese *Fergusson*, filosof. mor. part. 5, cap. 10, sez. 3, non è fondata che su una irragionevole finzione. Il legislatore austriaco seppe vie meglio rendere omaggio alla ragione, non ammettendo contratti fittizi, ossia i quasi contratti, de' quali discorre all'opposto eziandio il codice parmense, art. 2073-2084.

Il § 859 dell'ABGB, che già conosciamo ¹⁶², enumerava infatti due soli *genera* di fonti d'obbligazione: il contratto (*Vertrag*) e il danno sofferto (*erlittene Beschädigung*); per tutte le altre fonti era stabilito il principio della tipicità legislativa. Che l'allusione alle obbligazioni che «gründen sich unmittelbar auf ein Gesetz» conte-

¹⁶⁰ Come si vedrà a suo luogo, nella seconda parte, il diritto inglese concede in questi casi una azione in *quantum meruit*, fondata sull'unjust enrichment, ma non commisurata ad esso, bensì al valore delle prestazioni eseguite, calcolato come livello di retribuzione. Questo modo di intendere l'azione per l'arricchimento non è, del resto, assente neppure dalla tradizione giuridica dell'Europa continentale; v. in part. B. KUPISCH, *Die Versionsklage*, Heidelberg, 1965, in part. p. 23 ss.

¹⁶¹ Vol. III, Pavia, 1832, p. 3 (in nota).

¹⁶² V. sopra, paragrafo 20.

nesse un rinvio ad espresse previsioni era confermato anche dal tenore del successivo § 860 – soppresso dalle Teilnovellen come superfluo¹⁶³ – che recitava¹⁶⁴:

Die Fälle, in welchen jemanden unmittelbar von dem Gesetze ein persönliches Sachenrecht ertheilet wird, sind an den gehörigen Orten angegeben. Von dem Rechte des Schadenersatzes handelt das dreissigste Hauptstück.

Nel suo commento a questo paragrafo, lo Zeiller (il principale artefice del codice austriaco) enumerava – a titolo di ampia esemplificazione¹⁶⁵ – una serie di fattispecie, alcune delle quali sarebbero da considerare di rapporti obbligatori *ex lege* anche adottando il profilo dommatico del *Code Civil* (come il diritto agli alimenti del coniuge, dei figli e dei genitori, i rapporti fra tutore e pupillo, i diritti dei legatari verso gli eredi), mentre altre sarebbero, alla stregua del codice francese, quasi-contratti: come la gestione d'affari e la ripetizione dell'indebito. Ma che lo Zeiller pensasse anche all'arricchimento, nelle forme della *Versionsklage*, è fuor di dubbio: l'ABGB prevede espressamente quest'azione (§§ 1041 ss.: *Verwendung einer Sache zum Nutzen des andern*), e nella concezione dello Zeiller essa aveva natura assai affine all'azione derivante dalla gestione senza mandato¹⁶⁶.

Il risultato pratico della *divisio* dell'ABGB è dunque praticamente lo stesso di quello che abbiamo visto scaturire dal *Code Civil*, come interpretato dal Toullier¹⁶⁷.

24. – La storia di questa semplice *divisio obligationum* dell'ABGB è molto significativa. Essa mostra bene come il compito della codificazione abbia fatto risaltare le esigenze pratiche dell'indicazione delle fonti delle obbligazioni, e come la sensibilità per questa dimensione della *divisio*, se si era acuita al momento di tradurla in una norma a conclusione del travaglio dommatico del giusnaturalismo settecentesco, si sia invece dissolta nel dommatismo astrattizzante della dottrina dell'800 e del primo '900, in Germania e altrove.

Il *Codex Theresianus* proponeva una *divisio* in sei *genera*:

¹⁶³ E sostituito con le norme (§ 860; 860 a.; 860 b.) sulla promessa al pubblico (*Auslobung*).

¹⁶⁴ Nella traduzione italiana: «Sono a suo luogo stabiliti i casi nei quali la legge dà immediatamente ad alcuno un diritto personale sulle cose. Nel capitolo trentesimo si tratta del diritto al risarcimento del danno».

¹⁶⁵ L'enumerazione (che è tutta composta di rinvii a norme precise) si chiude con «u.m.a.» («e molti altri»); v. F. v. ZEILLER, *Commentar über das ABGB*, 3. Band, 1. Abtheilung, Wien u. Triest, 1812, p. 4; in trad. it. (GAROZZI), *Commentario sul Codice Civile Universale ...*, Tomo IV, Milano 1815, p. 8 s.

¹⁶⁶ B. KUPISCH, *Die Versionsklage*, cit., p. 96.

¹⁶⁷ Un vantaggio della struttura sistematica dell'ABGB si è trovato nel fatto che questo codice, al contrario del C. Civ. 1804 e della dottrina su di esso, non presuppone, per le obbligazioni derivanti da arricchimento, la necessaria mediazione di un «fait» (= menschliches Verhalten): cfr. GSCHNITZER, in KLANG U. GSCHNITZER, *Kommentar*², cit., IV/1, p. 41.

C. Ther. III, I, 92: Es sind demnach sechserlei Gattungen deren Handlungen, welche die persönliche Verbindung wirken, und nach der hiernachstehenden Ordnung in den folgenden Capiteln erklärt werden, als: Erstens, Zusagen, Verträge und Vergleiche; zweitens, benannte Contracten; drittens, denen Contracten gleichkommende Handlungen; viertens, aus blosser natürlicher Billigkeit verbindende Handlungen; fünftens, Verbrechen; sechstens, für Verbrechen geachtete Handlungen.

Vale a dire:

1. promesse (C. Ther. III, II, 1-31; anche III, I, 87); contratti innominati (*Vertrag* = pactum; per la nozione C. Ther. III, I, 88-89; *sedes materiae*: C. Ther. III, II, 32-179); transazioni (C. Ther. III, II, 180-220; anche III, I, 89);

2. contratti nominati (*Contract*; C. Ther. III, III, per il regime in generale; III, I, 90 per la nozione; III, IV-XVIII per i singoli contratti ed altre particolarità del regime);

3. atti equiparati ai contratti (C. Ther. III, XIX; anche III, I, 90); cioè i quasi-contratti, e precisamente gestione d'affari altrui, gestione della tutela, pagamento dell'indebitato, comunione e coeredità, regolamento di confini, adizione dell'eredità, carico di cose in nave o vettura o loro deposito in albergo, «Befestigung des Kriegs»;

4. atti obbligatori in forza della sola equità naturale (C. Ther. III, XX; anche III, I, 88), quelli cioè che corrispondono ai vari casi di *condictio* del diritto comune (*causa non secuta, sine causa*, per causa illecita), alla *Versionsklage*, ed all'obbligo di indennizzare chi abbia perso una cosa, in condizioni di pericolo, in funzione della salvezza comune;

5. delitti (C. Ther. III, XXI; anche III, I, 91);

6. atti considerati delitti (C. Ther. III, XXII; anche III, I, 91; la nozione è data chiaramente in C. Ther. III, XXI, 33).

La complessità di questa *divisio* dà la misura della seria opera di semplificazione dei compilatori austriaci, che hanno saputo sacrificare alla corretta impostazione normativa un patrimonio non indifferente di analisi teorica: raccogliendo sotto la nozione di *Vertrag* ogni specie di accordo, unificando delitti e quasi-delitti sotto il profilo del danno sofferto – che, come si è visto a suo luogo, fondava anche le obbligazioni nascenti da inadempimento –, e, riconducendo alla semplice tipicità legislativa non solo gli atti obbligatori in forza dell'equità naturale (cioè nei quali non solo non è reperibile, ma neppure presumibile un accordo, C. Ther. III, XX, 1, e l'obbligatorietà dei quali si fonda sul fatto che alcuno faccia od ometta alcunché, che senza suo danno possa ridondare a vantaggio di altri; ovvero sul fatto che alcuno si sia senza giusta causa arricchito a danno di altri, C. Ther. III, XX, 2), ma anche i quasi contratti, ancora messi in evidenza nei progetti intermedi: l'*Entwurf Martini's* (3. Th., 12. Hauptstück, § 1-2: «von Vermuthungsverträgen») ¹⁶⁸ e

¹⁶⁸ Harras v. Harrasowsky, V (II), p. 206.

l'*Urentwurf* (3. Th., 12. Hauptst., § 380-381: «von vermuteten Verträgen») ¹⁶⁹, con la denominazione di «contratti presunti», proveniente dal diritto comune ¹⁷⁰.

Da queste norme intermedie risulta per altro l'elemento che ha suggerito ai compilatori dell'ABGB la possibilità di coprire anche questi casi con un puro rinvio alla legge: poiché la presunzione, in essi, di un (inesistente) accordo delle parti è attribuita alla legge, che opera sulla base di certe proposizioni assiomatiche che accomunano i casi di quasi-contratto a quelli di arricchimento ingiusto:

WGGB (= Urentwurf), 3, 12, § 380: Es gibt erlaubte Handlungen, welche zugleich auf die Rechte eines Andern Einfluss haben, und aus Mangel einer wirklichen Verabredung nicht zu den wahren Contracten gehören, denen aber das Gesetz in Rücksicht auf die vermutete Einwilligung der dabei interessierten Partheien die Kraft eines Contractes beilegt.

§ 381: Die rechtliche Vermuthung gründet sich in solchen Fällen auf einen der folgenden unstreitigen Sätze: Erstens, dass derjenige, der ein Geschäft unternimmt, mit den damit gewöhnlich verbundenen Folgen einverstanden sei. Zweitens, dass Jedermann, selbst ein Unmündiger und Wahnsinniger sein Bestes befördern lassen wolle. Drittens, dass Niemand mit dem Schaden eines Dritten zu gewinnen denke.

Lo Zeiller stesso aveva ancora una qualificazione dommatica dei quasi-contratti, come «erlaubte Handlungen des Berechtigten» ¹⁷¹, ma seppe astenersi dall'introdurla nel testo definitivo.

Come si era già accennato più sopra ¹⁷², il § 859 ABGB, dopo un secolo di vigore, subì una modifica per effetto delle Teilnovellen. Alla menzione del contratto («auf einem Vertrag») fu sostituita quella del negozio giuridico («auf ein Rechtsgeschäft»). Lo scopo della modifica era quello di inserire nella sistematica le obbligazioni derivanti da negozio unilaterale, ed in particolare quelle da promessa al pubblico (il cui regime era introdotto *ex novo* nel codice) e quelle connesse con l'accettazione della delegazione (materia che le Teilnovellen riformavano) ¹⁷³.

Con questa modifica, il significato pratico della *divisio obligationum* dell'ABGB – significato che dipendeva dalla sua coerenza normativa – era tutto perduto. La categoria dommatica del negozio giuridico, che, presso i giuristi del liberalismo idealistico concettualizzava in un istituto l'ambito nel quale l'autonomia privata era riconosciuta capace di produrre norme vincolanti ¹⁷⁴, è una figura adatta per la co-

¹⁶⁹ J. OFNER, I, CXXV.

¹⁷⁰ Cfr. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, cit., ad D. 44, 7, num. 5, che mette bene in luce come in queste «*praesumtae conventiones*» il consenso non è tacito, ma semplicemente presunto, e quindi assente, il che permette di non applicare a queste fattispecie le norme sulla capacità contrattuale.

¹⁷¹ J. OFNER, II, 4.

¹⁷² V. n. 132.

¹⁷³ Rispettivamente § 860-860 b; § 1400-1403 ABGB; cfr. GSCHNITZER, in KLANG U. GSCHNITZER, *Kommentar*², cit., IV/1, p. 41.

¹⁷⁴ Cfr. W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Heidelberg, New York, 1965, p. V s.

struzione sistematica improntata a quell'ideologia; ma, come tutte le categorie troppo vaste, non possiede alcun valore normativo. Al contrario della nozione di contratto, essa dice della natura degli atti, ma tace sul loro regime, o meglio lo presuppone. Un negozio obbligatorio non è obbligatorio perché negozio; se mai è negozio perché è obbligatorio, perché è riconosciuto dall'ordinamento produttivo di quegli effetti.

I due istituti per i quali il *Rechtsgeschäft* veniva introdotto nella *divisio* del § 859 (al posto, per giunta, del contratto) non potevano dunque trovare il fondamento del loro carattere obbligatorio nella loro natura negoziale, ma solo nella loro espressa previsione legisaltiva.

Fare del negozio giuridico un *genus* di fonti d'obbligazione è, dunque, per più versi, inesatto. Da quanto si è detto or ora, risulta che la natura negoziale di un atto non può essere stabilita senza che si sia – prima e *aliunde* – accertato che esso produce effetti giuridici, anzi, certi effetti giuridici; per altro, non tutti i negozi giuridici hanno effetti obbligatori.

I *genera* di una *divisio obligationum* devono – lo sappiamo ormai bene – alludere ad istituti i cui connotati siano univocamente indicativi dell'elemento obbligante. Il negozio giuridico, per questo aspetto, fa il paio invece con il quasi-contratto dell'art. 1371 del *Code Civil*: un *genus* che crea problemi, invece di risolverli. Ma se i compilatori del codice francese adottarono quella formulazione manchevole perché non erano ancora arrivati alla soluzione del corrispondente problema, i riformatori del codice austriaco compromisero un risultato raggiunto.

Tanto basta per affermare che gli autori delle *Teilnovellen* avevano smarrito il significato autentico della *divisio obligationum*.

LE DEFINIZIONI ROMANE DELL'‘OBLIGATIO’. PREMESSE PER UNO STUDIO DELLA NOZIONE DI OBBLIGAZIONE *

PREMESSA

1. – Nelle sue *Note semantiche sulle definizioni di obligatio*, Lelio Lantella¹ ha riproposto, per una nuova meditazione, il vecchio tema della definizione dell'obbligazione, raccogliendo intorno ad esso materiali di notevole interesse. Chi consideri la documentazione nel suo insieme non può esimersi dalla considerazione abbastanza banale, ma non trascurabile, che i giuristi romani, i quali hanno creato la figura dell'obbligazione e l'hanno compiutamente elaborata facendone uno strumento primario del loro metodo di analisi delle fattispecie, contribuiscono a quel materiale con ben poca cosa; anche se la quasi totalità dei materiali stessi si rivela poi imperniata sulla rielaborazione di quella poca cosa che da loro proviene e che dobbiamo pensare sia tutto quanto i compilatori di Giustiniano hanno potuto raggranellare negli scritti dei giuristi, integrandolo anzi in misura notevole, come vedremo.

I. – LA DEFINIZIONE UFFICIALE (I. 3, 13 pr.)

2. – La tradizione giuridica dell'Europa continentale² ha considerato, con una

* Estratto da *Studi in memoria di Giuliana D'Amelio*, I, *Studi storico-giuridici*, Milano, 1978.

Lo scritto, con il quale contribuisco a questa raccolta di studi in memoria di Giuliana D'Amelio, è la traccia di una parte del corso sulle obbligazioni, da me tenuto nell'anno accademico 1972-1973. Ciò dà ragione di certi caratteri dell'esposizione, con spiegazioni esplicite di cose note, e del corredo di note, dirette unicamente a completare le notizie o a indicare i luoghi dove leggere i contributi altrui espressamente citati o criticati. Ho scelto intenzionalmente, per questa occasione, il presente scritto: perché mi sono cari gli echi, che esso contiene, di dialoghi con Giuliana; quelli che punteggiavano gli anni del nostro lavoro comune per attuare un insegnamento moderno della storia del diritto.

¹ 1970 (estr. da *Studi Grosso*, 4, 165 ss.).

² Anche i giuristi inglesi, quando definiscono l'obbligazione, lo fanno seguendo la definizione giu-

continuità ininterrotta³, la definizione dell'*obligatio*, che apre il corrispondente titolo delle Istituzioni giustinianee (I. 3, 13 pr.), come una definizione ufficiale. Il che non stupisce affatto, in quanto, finché il *Corpus Iuris* fu vigente come diritto comune, quella era in effetti la definizione ufficiale: l'altra definizione, che le fonti giustinianee contengono (Paul. D. 44, 7, 3 pr.), servì a spiegarla e completarla, ma mai ne minacciò il primato. Forse per il suo andamento più discorsivo che enunciativo, e l'apparente difetto formale di incominciare con una connotazione negativa, la definizione di Paolo era stata posta dai compilatori in posizione subordinata, all'interno del titolo, dopo la *divisio* e la trattazione dei contratti condotte su testi attribuiti a Gaio.

In questo modo, il contenuto definitorio della *lex 'obligationum'* (Paul. D. 44, 7, 3 pr.) aveva assai poco risalto; l'interpretazione, che la Glossa accursiana diede del passo⁴, non giovò poi certo a ridargli quota. Del resto, D. 44, 7, 3 pr. è costruito su di una contrapposizione sistematica tra diritti reali e obbligazioni, e solo quando tale contrapposizione divenne una delle chiavi di volta della sistematica privatistica la *lex obligationum* ritrovò i presupposti per una certa rivalutazione: presso la dottrina dei paesi di lingua tedesca, nel lavoro legato alle codificazioni dell'ABGB e del BGB⁵.

In sostanza, quello che possiamo, con buona approssimazione, considerare il punto di vista comune della giurisprudenza europea in ordine all'impiego delle fonti romane per una definizione dell'obbligazione è ben rispecchiato, nelle sue linee generali, dalla sequenza di testi, composta dal Pothier per l'art. 1 § 1 della *pri-*

stiniana. L'esempio più antico ritengo sia quello del seguente luogo di BRACON, *De legibus et consuetudinibus Angliae* (1256?), lib. III, cap. II (nell'ed. di Londra, 1640, p. 99): *Et primo sciendum quod obligatio est juris vinculum, quo necessitate astringimur ad aliquid dandum vel faciendum, ut si quis ligatus fuerit et astrictus alicui ad aliquid, et ille alius ei ad aliud contra obligatus. Est enim obligatio, quasi contra ligatio ...*; un esempio recente si trova in ORR, *The Law of Contract (Stephen's Commentaries on the Laws of England, II²¹)*, London, 1950, 3. Va però osservato che la nozione di obbligazione è, nel diritto inglese, puramente dottrina, e che è normale leggere trattazioni complete della materia del contract e dei torts senza incontrare mai la parola 'obligation', se non ad indicare il documento ('deed', scritto, o 'tally', bastoncino con tacche – l'antenato del moderno deed –) che poteva fondare un'azione basata sul writ of debt, e precisamente il 'Debt on an obligation', contrapposto al 'Debt on a contract' (cfr. ANON, 8 Rich. II, Bellewe, p. 111, dell'anno 1385), o meglio 'on a simple contract', in quanto 'the contract and the obligation are two different contracts' (Salman v. Barkyng, Y.B. 1 Hen. VI, S.S. vol. 50, p. 115, dell'anno 1422): pretesa basata sul documento, pretesa basata sulla causa. Cfr. FIFOOT, *History and Sources of the Common Law, Tort and Contract*, London, 1949, 223 ss. (da cui ho tratto i testi dei due cases citati).

³ Che muove già dal pensiero giuridico precedente la Glossa, come indica il seguente passo del *libellus de verbis legalibus* (ed. FITTING, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle 1876), che risulta composto con materiali precedenti la metà del sec. XI (cfr. FITTING, 30 ss.):

7 (De actione) (FITTING, p. 184, lin. 15 ss.): Actio est ius persequendi iudicio quod sibi debetur. Obligatio est iuris vinculum quo necessitate astringimur alicuius rei solvendae secundum iura nostrae civitatis.

Si vedano i luoghi citati da LANTELLA, 170 n. 9.

⁴ V. *infra*, par. 8.

⁵ Il tema sarà fatto oggetto di specifica indagine, in altra occasione.

ma pars del titolo XLIV, VII delle sue *Pandectae Just. in novum ordinem digestae*⁶.

Il paragrafo, con cui l'autore iniziava la trattazione generale delle obbligazioni, risulta diviso in due parti; nella prima viene subito enunciata la definizione giustiniana (I. 3, 13 pr.), alla quale è fatta seguire la *lex obligationum* di Paolo, in forma logicamente subordinata al passo delle Istituzioni, subordinazione resa esplicita dalla congiunzione *igitur*, con la quale il Pothier porta il discorso dalla prima alla seconda legge. La seconda parte si apre con la frase: *Cum autem obligationum substantia in eo consistat, ut quis ASTRINGATUR ad aliquid sequitur neminem posse videri obligatum ad id quod in merum arbitrium collatum est*, ed a sostegno (*hinc*) si cita Diocl. Max. C. 4, 38, 13; prosegue l'autore: *Potest autem contractus in contrahentis arbitrium rite conferri non merum sed tanquam boni viri: et inde nascentur obligatio*, e si citano (*hinc*) Ulp. D. 18, 1, 7 pr. e D. 50, 17, 22, 1.

L'insistenza e il chiarimento sul carattere vincolante dell'obbligazione, che il Pothier pone nella seconda parte del suo paragrafo, vi appaiono formalmente legati ad uno spunto della definizione di Paolo; ma in realtà (come risulterà chiaro dall'analisi, che faremo), è la *lex 'obligatio'* (I. 3, 13 pr.) che pone il carattere vincolante come elemento primario della definizione, e che permette quindi di affermare – come fa il Pothier⁷ – che il discorso si riferisce alla sola obbligazione civile, e non alla naturale⁸.

⁶ L'articolo è intitolato: *De substantia et divisione obligationum*. Uso l'edizione parigina del 1818-1820. Vedi nel vol. IV, p. 149 s.

⁷ Tutto ciò appare ben chiaro leggendo l'article préliminaire del *Traité des obligations*, dove il Pothier si esprime per esteso ed esplicitamente. La pagina ora citata del Pothier rappresenta, nell'ambito della dottrina del suo tempo, un vero contributo, nel senso di un recupero della nozione tecnica di obbligazione, che il discorso giusnaturalistico sui doveri aveva dissolto, stemperandola nella nozione di obbligo in generale, talora neppure bene distinguendo tra obbligo giuridico e non giuridico. In questo senso il Pothier reagisce in particolare al Domat (si veda tutto il sistema delle *Loix civiles*, e vi si legga in part. il cap. II, 3 del *Traité des Loix*). Per avere un altro esempio di questa contrapposizione fra impiego giusnaturalistico e impiego tecnico-giuridico della nozione (e del termine) di *obligatio* – questa volta all'interno dell'opera di uno stesso autore –, si legga come si esprimeva lo HEINECCIUS, da un lato in *Elementa Juris naturae et gentium* (1737), I, 1 § 6 e 9, e dall'altro, in *Elementa Juris civilis sec. ord. Inst.* (1727), III, 13 § 767 ss., e anche in *Antiquitatum Romanarum Syntagma* (1719), III, 14, § 1. Si vedano anche i luoghi citati da LANTELLA, 168 n. 4 (in fine).

⁸ Questa precisazione, a proposito di I. 3, 13 pr., era già da tempo di prammatica, prima e fuori del pensiero giusnaturalistico; cfr. CUJACIUS, *Notae in IV. libros Inst.* (in *Opera*, II, Prati 1836, 1086): «Haec definitio propria est obligationis civilis, ut postrema verba declarant»; DUARENUS, *In lib. 44 Pandectarum seu Dig. Partitio methodica* (in *Opera*, Francofurti, 1592, p. 714), ad tit. VII, cap. II: «... Ex hac definitione satis apparet de ea obligatione nos loqui, quae ad aliquid praestandum auctoritate publica nos obligat, non de obligatione naturali, quae proprie non dicitur obligatio». Tale era già il senso della gl. *obligatio* ad h.l., dove però l'inizio va forse letto: '*videtur quod mixta obligatio definiatur*' e non '*quod nulla obligatio*', come invece è nella tradizione (si vedano in appendice il testo della glossa, e il commento di Jacques): la glossa fa infatti riferimento alla tripartizione in *obligatio naturalis*, (*mere*) *civilis*, *mixta*, per la quale si veda l'ampia spiegazione del VINNIUS, *In IV libros Inst. commentarius academicus et forensis*, 2, Lugduni, 1666, 694 ss. (v. in part. il paragrafo 10 della *expositio*, a p. 696).

In sostanza, dunque, la *lex obligationum* è impiegata come semplice ricalco alla *lex obligatio*, senza che il suo contenuto specifico sia valorizzato e neppure colto; essa serve, in realtà, a completare la parte meno chiara della *lex obligatio*, quella che indica la prestazione con il verbo *solvere*, dove Paolo precisava invece ‘*dare, facere, praestare*’. È questo praticamente, invero, tutto quanto per lungo tempo i giuristi europei trovarono da aggiungere alla definizione delle Istituzioni traendolo dal passo del Digesto, come è ancora emblematicamente evidente presso il Toullier⁹:

Les jurisconsultes romains définissent l’obligation, dans un sens métaphorique, un lien de droit ou d’équité, qui nous impose la nécessité de donner ou de faire une chose suivant les lois de notre pays. *Vinculum juris, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae, secundum nostrae civitatis jura*. Inst., de Oblig.

Dopo «chose» egli poneva in nota la *lex obligationum*.

I compilatori del Codice Civile italiano del 1942 trovarono opportuno perseverare nella tradizione delle codificazioni di tipo francese non introducendo una definizione di obbligazione nel testo legislativo. Invero, la loro dipendenza culturale – a quell’epoca – dalla dottrina tedesca li poneva, a questo proposito, in una situazione difficile; il BGB (§ 241) conteneva, infatti, una norma definitoria del «Wesen des Schuldverhältnisses», ma la dottrina pandettistica – alla quale essi, più che non al BGB in se stesso, erano legati – ne aveva, con le sue rilevanti discussioni sul tema, resa problematica la formulazione. Cosicché i compilatori italiani preferirono abbandonare l’idea della definizione, che pur si era concretata in una formula del progetto preliminare, la quale resta tuttavia caratteristica, in quanto consiste in una riconduzione ai termini giustiniani della definizione del BGB, la quale dipende invece dal testo di Paolo¹⁰. Nel vigore del nuovo codice, comunque, per buona parte della dottrina civilistica italiana, una definizione dell’obbligazione poteva ottenersi solo parafrasando «l’antica e sempre vera definizione romanistica»¹¹ di I. 3, 13 pr., come «la definizione più sicura e calzante»¹².

3. – Il tenace predominio della definizione di I. 3, 13 pr. si può spiegare nel modo semplice, già accennato all’inizio del paragrafo precedente: per gli interpreti del diritto comune il problema non era di costituire una definizione, quando le fonti romane già ne presentavano come tale un’altra, ma solo di capire quest’altra – ma-

⁹ *Le droit civil français, suivant l’ordre du Code*, III, Bruxelles, 1830, 314.

¹⁰ Il testo del progetto preliminare (ricordato anche dal LANTELLA, 196, n. 38) era il seguente: «L’obbligazione è un vincolo in virtù del quale il debitore è tenuto verso il creditore a una prestazione, positiva o negativa».

¹¹ BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, P (rist.), Milano, 1963, 9 (I^a ed., Milano, 1946, 7).

¹² N. STOLFI-F. STOLFI, *Il nuovo cod. civ. commentato, Libro IV*, tomo I, Napoli, 1949, 5. Per qualche voce in contrario v. BARASSI, *La teoria*, cit., P, 12 ss.

gari, come si vedrà, criticandola – e trovare passi, come D. 44, 7, 3 pr., per illustrarla e completarla; la scuola del diritto della ragione, nel suo complesso, fu, almeno con riguardo al problema che trattiamo, più feconda di novità sul piano sistematico, che non su quello strettamente dommatico (a giudicar solo, naturalmente, da quella parte del suo lavoro, che interessa direttamente lo storico del pensiero tecnico-giuridico); solo la scuola storica tedesca, beninteso con i suoi precedenti giusnaturalistici legati al movimento delle codificazioni, si fece promotrice di una nuova dommatica. E, quanto alla dottrina francese e italiana del XIX e XX secolo, la forza della tradizione e il rispetto, comunque perdurante, per le fonti romane fu più forte di un rinnovato spirito analitico, peraltro, a giudicare dal complesso, di mediocre levatura.

Qui non interessa, comunque, spiegare perché la *lex obligatio* sia stata, e in parte sia, la definizione ufficiale dell'obbligazione; ci è sufficiente constatarlo, per affrontare un problema diverso: e cioè quello di misurare gli effetti di tale predominio in ordine alla concezione dell'obbligazione nel nostro diritto. E, a questo scopo, la prima cosa da fare è stabilire con esattezza che cosa la *lex obligatio* dica; ed in secondo luogo, cercare di determinare l'origine del suo dettato, per vedere quanto della effettiva nozione romana di obbligazione – la quale è certo passata nel nostro diritto, insieme ad una massa di principi, regole, istituti, fattispecie tipizzate – essa testimoni.

4. – Il risultato e la prova di una buona interpretazione di

I. 3, 13 pr.: ...Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.

sarà una corretta traduzione del passo, per giungere alla quale è necessaria una serie di osservazioni preliminari.

a) La definizione di I. 3, 13 pr. riguarda l'obbligazione come rapporto, e non la *causa obligationis*¹³. Ad un lettore moderno, l'osservazione sembra banale, ma sotto questo profilo la definizione fu criticata da Jacques de Révigny, in un passo che coinvolge tanto la *lex obligatio* quanto la sua glossa *iuris vinculum*, la quale recita:

Iuris vinculum, idest ius vinciens: et sic est res incorporalis: ut supra de rebus corporalibus et incorporalibus in fine [= I. 2, 2, 3]. Ut enim boves funibus visualiter ligantur, sic homines verbis ligantur intellectualiter: ut ff. de verborum sign. l. rei, § 1¹⁴.

¹³ Va, cioè, intesa in senso effettuale, se si vuole usare la terminologia del LANTELLA, 167 ss.; 170 s.

¹⁴ Il riferimento al Digesto non è chiaro; il tit. D. 50, 16 contiene due *leges 'rei'* (h.t. 5; 23; cfr. anche 72), nessuna delle quali mi pare calzante. Più probabile è un riferimento al § 1 della *lex 'nominis et 'rei'* (h.t. 6).

ADDITIO. Iuxta illud, verba ligant homines, taurorum cornua funes. Cornu bos capitur, voce ligatur homo.

La critica di Jacques ci è giunta in due versioni quasi identiche, nei *Commentarii in libros Institutionum*, pubblicati come opera del Bellapertica¹⁵, nonché nella *Lectura Institutionum*, che è edita tra i *Commentaria* di Bartolo¹⁶. Ecco i due luoghi a confronto, nell'ordine in cui li ho menzionati¹⁷:

+ Dicit ergo litera, obligatio est iuris vinculum etc. Exponitur iuris vinculum, idest ius vinciens: sicut boves funibus vinciuntur. Sed haec expositio non est bona: quia obligatio non est ius vinciens: imo id quod resultat ex eo quod vincitur vel obligatur iuris adminiculo secundum quod inferiorius apparebit. Sequitur in litera quo scilicet iure vinciente; nam ipsum ius vincit intellectualiter, ipsa obligatione necessitate astringimur alicuius rei solvendae causa, et quod dicit rei large intelligas ut rei et facti, ut tam corporalia quam incorporalia comprehendat et omnia quae possunt in obligatione deduci, unde nomen rei tamquam generalissimum praetor elegit: ff. si certum petetur, lex I in fine [= D. 12, 1, 1, 1].

Dicit ergo litera: + obligatio est iuris vinculum. Exponitur iuris vinculum, idest ius vinciens. Sicut enim boves funibus ligantur, ita et homines verbis obligantur, etc. Sed certe haec expositio non est bona, quia obligatio non est ius vinciens, imo id quod resultat ex facto, quod vincit, vel ligat, cum iuris vinculo, secundum quod in inferioribus apparebit. Sequitur in litera quo scilicet iure vinciente; nam ipsum ius vincit, vel ligat. Nam obligatione adstringimur alicuius rei solvendae causa, et quod dicit, rei, large intelligas ut nomen, facta, tam corporalia, quam incorporalia comprehendat: et omnia, quae possunt in obligatione deduci, unde rei nomen, tamquam generalissimum praetor elegit, ff. si certum petetur lex I ad finem [= D. 12, 1, 1, 1].

¹⁵ P. 233 e 237 s., nell'edizione di Lione, 1536. Il passo che ci interessa risale certo a Jacques de Révigny, malgrado l'attribuzione a Pierre de Belleperche dell'opera in cui è contenuto. Del resto, l'identità dei due passi qui esaminati non è isolata: tutta la *Lectura Institutionum* di Jacques (pseudonimo Bartolo) corrisponde al testo edito sotto il nome di Pierre de Belleperche: cfr. MEIJERS, *Etudes d'histoire du droit*, III, Leiden, 1959, 70 n. 261; IV, 53 n. 4; WEIMAR, *Die Erstaussgabe der sogenannten Lectura Institutionum des Pierre de Belleperche*, in *TR*, 35 (1967), 284 s., in part. 285. L'illustre collega R. FEENSTRA (che mi ha, con squisita gentilezza, fornito indicazioni in proposito) considera assai cattivo il testo edito sotto il nome di Bartolo, e comunque preferibile quello edito sotto il nome di Bellapertica. Un'altra opera di Jacques è stata tramandata come di Pierre: si tratta della *Lectura del Codex*, pubblicata a Parigi nel 1509. Cfr. KIEFNER, in *TR*, 31 (1963), 5 ss.; HORN, in COING, *Handbuch der Quellen u. Literatur der neueren europ. Privatrechtsgesch.*, I, München, 1973, 318.

¹⁶ Cito dall'edizione veneziana del 1590 dell'opera di Bartolo (vol. IX, foglio 87 verso, 88). Il LANTELLA, 202 – che pure si occupa di questi passi – cita il secondo nell'edizione di Venezia, 1602. Come è noto, l'attribuzione di quest'opera a Jacobus de Ravenneio si deve in particolare al MEIJERS, *Etudes*, cit., III, 68. V. anche FEENSTRA, *Fata iuris Romani*, Leyde, 1974, 299 n. 3.

¹⁷ Nel riportare i passi da edizioni antiche (qui come altrove), sciolgo le abbreviazioni e modernizzo l'interpunzione.

Primo igitur quaero quid sit obligatio. Et videtur quod ista quaestio sit fatua. Tamen litera vestra dicit + quod obligatio est iuris vinculum. Nam sicut dicit glossa, et bene, sicut boves ligantur funibus vel chordis, ita homines verbis ligantur; verum est cum adminiculo iuris. Unde ius vincit; unde bene dicit glossa, ius vinciens¹⁸; si aliquis diceret obligatio est chorda, vel illud quo homines ligantur, male diceret; imo ligatio est id quod resultat ex applicatione ligamenti ad rem ligatam. Ergo cum factum vinciat vel liget cum adminiculo iuris. Videtur quod glossa extet, quae dicit quod obligatio est ius vinciens. Unde apparet manifeste quod vinculum non potest dici obligatio, imo magis id quod resultat ex illo vinculo iuris ligantis, ex quo ligamento resultat obligatio, et possibilitas agendi, quae possibilitas antequam reducatur ad actum agendi nondum est actio: ut patebit in tractatu de actionibus; et bene dixit cum adminiculo iuris ligantis, sicut nos dicimus in alia facultate quod homo generat hominem id est homo generat cum adminiculo vel cum influentia solis, vel aliquorum corporum supercoelestium, et intelligo facta, idest iura contractus. + Nam contrahere facti est, ut ff. de curatoribus furioso, l. consilio, in fine [= D. 27, 10, 7, 3]. Quod ergo dicit quod obligatio est iuris vinculum intelligo idest effectus vinculi, idest iuris vincientis. Ita quod non sit ibi formalis praedicatio. Ideo obligatio est iuris vinculum. Similiter opponitur: alibi lex dicit quod servitus est constitutio iuris gentium. Si tu intelligas quod servitus sit illa consti-

Primo + quaero, quid sit obligatio. Et ista quaestio est fatua, cum litera nostra dicat, obligatio est iuris vinculum, etc. Sed certe immo ego ostendo, quod obligatio non sit iuris vinculum, et sic glossa dicit et bene, sicut boves ligantur funibus vel chordis, ita ligantur homines verbis. Unde versus, Verba ligant, etc. Lex nostra dicit quod verbis ligantur, quod est verum, cum vinculo iuris, unde ius vincit, unde dicit glossa ius vinciens. Sed si quis dicat, ligatio est chorda, vel illud quo boves ligantur, male diceret, immo ligatio est¹⁹ id, quod resultat ex applicatione ligamenti ad rem ligatam, cum factum vinciat vel ligat cum vinculo iuris. Quod autem glossa dicit ius vinciens, manifeste vult quod obligatio non possit dici ipsum vinculum, immo magis id, quod resultat ex ipso vinculo, vel effectu ipsius vinculi; res autem cum vinculo iuris ligat²⁰, ex quo ligamento resultat obligatio, et possibilitas agendi, quae possibilitas si reducatur ad actum agendo in iudicio, est actio, ut patebit in tractatu de actionibus. Et bene dixi, quod facta cum vinculo iuris ligant, sicut nos dicimus in aliqua facultate, quod homo generat hominem, et sol, idest homo generat hominem cum adminiculo, vel cum affluentia solis, et aliquorum corporum supercoelestium, et intelligo facta, verba contractus: nam contrahere facti est, ff. de curatoribus furioso in lege consilio [= D. 27, 10, 7, 3]. Ergo quod dicunt, quod obligatio est iuris vinculum, etc. intelligo idest effectus vinculi, idest iuris vincientis, non quod ibi sit formalis praedicatio dicendo obligatio est iu-

¹⁸ Nel testo non vi è alcuna interpunzione; ma la frase, letta in tal modo, non avrebbe senso.

¹⁹ Invece di *est* (abbreviato magari in *e*), il testo ha *re*, che non ha senso, in quanto potrebbe essere solo abbreviazione di *rem*. Il precedente *immo* è, nel testo, abbreviato in *iō*, che dovrebbe piuttosto essere inteso come *ideo*.

²⁰ Il testo ha *ligat* (= *ligatur*), evidente errore.

tutio vel illud statutum quod statutum fuit, scilicet quod captus ab hostibus efficeretur servus; patet rusticis et tonsoribus quod ista est falsa: servitus est constitutio. Unde nos exponimus, idest effectus constitutionis. Similiter obligatio est vinculum, idest effectus vinculi; ut supra, de iure personarum, § servitus [= I. 1, 3, 2], et sic patet quid sic obligatio.

ris vinculum etc. Intelligo similiter expositum alibi, lex dicit servitus est constitutio iuris gentium. Si tu intelligeres, quod servitus sit ita constitutio vel statutum quod captus efficeretur servus, esset factum, patet quid sit obligatio.

La seconda versione del testo, salvo il taglio finale, che vi rende oscuro il ragionamento, è migliore della prima. Per intenderne bene il senso, si devono stabilire alcune corrispondenze terminologiche, nelle quali sta la chiave del discorso di Jacques:

– *chorda*, che renderemo in italiano con «corda», indica il mezzo materiale che serve a legare (a legare i buoi, nell'esempio del testo), la fune, la corda appunto, una cosa che, tuttavia, non ha necessaria relazione con il legare (posso tenere la corda in un angolo del magazzino, o usarla per saltare o per fare il tiro alla fune); le corde giuridiche sono le fonti delle obbligazioni (che sono fatti giuridici, come il contratto);

– *ligamentum*, che rendo con «legamento», che indica precisamente la corda in quanto impiegata a legare, il nodo fatto con la corda (non il nodo in astratto), la corda annodata, ma considerata indipendentemente dall'oggetto che essa annoda: il nodo scorsoio di una forca, prima che sia stato stretto attorno al collo del condannato, sarebbe già un *ligamentum* in questo senso (mentre non è ancora una *ligatio*). Nella metafora giuridica, al *ligamentum* equivale, per Jacques, il *vinculum*;

– *ligatio*, che rendo con «legame», è l'effetto del *ligamentum* quando questo è applicato ad una cosa, che pertanto risulta *ligata*, legata. *Ligatio* è dunque la situazione nella quale si trova una cosa legata. Nella metafora giuridica alla *ligatio* equivale, secondo Jacques, l'*obligatio*.

Dunque Jacques diceva, in sostanza: come sarebbe scorretto affermare che 'il legame è la corda', in quanto legame è ciò che risulta dall'applicazione del legamento alla cosa legata, analogamente è scorretta l'asserzione 'l'*obligatio* è il *vinculum*', perché l'*obligatio* è l'effetto del *vinculum*; la *res* (intesa come *causa obligationis*: contratto ecc.) lega col *vinculum* del diritto, e l'*obligatio* risulta da tale legamento.

Ma, almeno da un punto di vista esegetico, la critica del Révigny cade, se in I. 3, 13 pr. *vinculum* lo si intende come «legame», nel senso accolto sopra; *vinculum iuris*, legame giuridico, indicherebbe allora la situazione che anche per l'ultramontano corrisponde all'*obligatio*: la situazione di chi si trova imbrigliato in tale legame. E nulla vieta di intendere appunto così la definizione giustiniana, come del resto faceva la Glossa quando spiegava '*iuris vinculum idest ius vinciens*', poiché con l'espressione *ius vinciens* essa intendeva evidentemente alludere al con-

cetto, che con termini moderni indicheremmo come «rapporto giuridico vincolante»²¹.

b) Sebastiano de Medici²², in una notevole critica – per altro condotta sul piano formale – della definizione giustiniana, rilevava la superfluità della parola 'necessitate', poiché il verbo *adstringimur* 'per se de sua natura importat necessitatem'. La critica è stata anche portata più in là: il punto esclamativo, con il quale lo Schulz²³ annotava l'ablativo *necessitate*, sta ad esprimere l'incongruenza che egli rilevava nel parlare di una necessità che spinge ad una prestazione là dove si parla dell'obbligazione, cioè di un istituto giuridico che vuole assicurare l'esecuzione di una prestazione proprio perché tale esecuzione non è di per sé necessariamente attendibile. L'argomento può però facilmente essere rovesciato: poiché l'esecuzione di una prestazione non è necessaria, interviene – quando l'ordinamento lo ritenga – l'obbligazione ad introdurre questa necessità; l'argomento è dello Zasius²⁴:

merito postea dicitur in definitione quod per hoc vinculum necessitate adstringimur: nam obligatio parit necessitatem.

In sostanza, come ha rilevato il Betti²⁵, *necessitate* sottolinea il carattere coattivo dell'obbligazione; la parola non è certo assolutamente indispensabile, ma è utile a chiarire, al di là di ogni possibile dubbio, che nella nozione di *obligatio* non devono essere ricomprese le obbligazioni naturali. Ma, anche senza pensare a questo tipo di precisazione²⁶, che l'espressione complessiva possa, nel linguaggio della compilazione, alludere alla coercibilità del vincolo è provato dal confronto con il testo seguente, che abbiamo già visto citato dal Pothier:

²¹ Cfr. il *Commentarius* di Vinnio, cit. sopra alla n. 8, II, 696:

Recte *vinculum*: quoniam qui nobis obligatus est, necessitate quadam praestationis tenetur, ut effugere non possit, nisi vinculo hoc soluto. Metaphora sumpta a vinculis corporeis. Concepta est definitio relatione facta ad personam debitoris, ita tamen, ut simul ostendat, quodnam hic sit ius creditoris.

²² *De definitionibus*, in *Tractatus illustrium in utraque tum pontificii tum caesarei iuris facultate iurisconsultorum*, 18, Venetiis, 1584, 303. Il testo è considerato dal LANTELLA, 205 n. 52; 212.

²³ SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it., Firenze, 1949, 41 n. 35.

²⁴ *Commentaria seu lectiones in titulos tertiae partis pandectarum*, in *Opera omnia*, Lugduni, 1550, C, 960. Il testo è citato dal LANTELLA, 213, che adduce anche un passo dello STRYK, *Dissertationes iuridicae ex iure publico, privato, feudali et statuario*, VIII, Firenze, 1839, 738 (il luogo appartiene alla dissertazione dottorale (*De obligatione filii familias*) di un certo Daniel Nicolai, e ve lo si legge nel *caput I*, § 6.

²⁵ *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*², Milano, 1955, 44 s. Non caricherei la parola in questione dei riflessi di una evoluzione storica, come fanno ad es. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*²⁴, Napoli, 1960, 285; GROSSO, *Obbligazioni*², Torino, 1966, 5. Da notare che il VOCI, *Le obbligazioni romane*, I, 1, Milano, 1969, 19 s., introduce la nozione di necessità per spiegare la definizione di Paul. D. 44, 7, 3 pr., la quale non contiene la parola.

²⁶ V. sopra, n. 8.

C. 4, 38, 13 (Diocl. Max.): In vendentis vel ementis voluntatem collata condicione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est. idcirco dominus invitus ex huiusmodi conventionem rem propriam vel quilibet alius distrahere non compellitur.

c) Altro termine, che esige un chiarimento, è il verbo 'solvere'. Esso, come è noto, letteralmente allude al pagamento: ma una definizione dell'obbligazione, che preveda solo quelle aventi per contenuto una prestazione che si adempie pagando, non sarebbe una definizione esauriente e neppure sensata²⁷. I tentativi di coloro²⁸, che hanno voluto conservare alla parola *solvere* (o, meglio, all'espressione complessiva *solvere rem*) un significato ristretto, e comunque diverso da quello che permette un generico riferimento alla prestazione, di qualunque tipo esso sia, non possono essere presi in considerazione, se si vuole dare un significato a I. 3, 13 pr.

Del resto, *solvere*, con o senza il complemento oggetto (*aliquam rem*)²⁹, ha nelle fonti – tanto classiche quanto giustinianee – un'accezione tecnica corrispondente al significato di «eseguire la prestazione dovuta»; e ciò non solo in *obiter dicta*, ma in luoghi ove il significato della parola viene in considerazione in primo piano. Lo dimostrano, e credo a sufficienza, i passi con i quali si inizia la trattazione dei modi di estinzione delle obbligazioni nelle Istituzioni di Gaio (3, 168) e in quelle di Giustiniano (3, 29 pr.); altre testimonianze si potrebbero aggiungere, come quella di C. 4, 10, 9 (e C. 7, 53, 9, a. 294), dove il sostantivo *solutio* è usato con significato generale; ma credo sia comunque decisiva la lettura di questi due frammenti:

D. 50, 16, 176 (Ulp. 45 *Sab.*): 'Solutionis' verbum satisfactionem quoque omnem accipiendam placet. 'solvere' dicimus eum qui fecit³⁰ quod facere promisit.

D. eod. 47 (Paul. 56 *ed.*): 'Liberationis' verbum eandem vim habet quam solutionis.

²⁷ Ciò era chiaro agli autori del diritto comune, i quali però operavano l'estensione della nozione di *solvere aliquam rem* a qualunque prestazione (*omnia quae possunt in obligatione deduci*: Jacobus de Ravenneio, *l.c.* sopra, par. 4 sub *a*, in armonia con I. 3, 15, 7) partendo dal carattere generale del termine *res* (in conformità con l'affermazione, considerata generale, di D. 12, 1, 1, 1); v. ancora la gl. *rei* a I. 3, 13 pr., e VINNIUS, *In IV libros Inst.* (sopra. n. 8), 2, 696 che considera anche il verbo *solvere*, ma sotto altro profilo.

²⁸ In part. MARCHI, *Le definizioni romane dell'obbligazione*, in *BIDR*, 29 (1916), 59 ss., su cui SEGRÈ, *Scritti vari*, Torino, 1952, 309 s. n. 10. La lettura del BETTI, *Struttura*, cit., 43 s. (v. anche 29 s.), che crede in un originario '*alicui solvendae pecuniae*', è troppo arbitraria e non fa che aggravare la situazione, oltre che portare ad un'inesattezza (la *pecunia*, secondo il Betti, sarebbe la veste, che assumeva – nel processo formulare – il debito quando diventava coercibile; ma la condanna pecuniaria è il mezzo di coazione, mentre il debito coercibile ha per oggetto la prestazione originaria; da questa obiezione, che il Betti stesso si fa, non mi sembra che egli riesca ad uscire; cfr. ALBERTARIO, *Studi*, 3, Milano, 1936, 14 s. n. 5; ma soprattutto Paul. D. 46, 3, 54, di cui *infra*, nel testo).

²⁹ Questa precisazione, sufficientemente documentata dai testi che sono menzionati in seguito, è fatta a proposito di quanto asserisce l'ALBERTARIO, *Studi*, 3, 14.

³⁰ La F² ha *id fecit*; forse *facit* sarebbe comunque più corretto.

I testi, di per sé, essendoci giunti avulsi dal proprio contesto³¹, non proverebbero in modo assoluto per il linguaggio della giurisprudenza classica, ma essi sono decisivi per il linguaggio della compilazione giustiniana – posti, come sono, nel titolo *de verborum significatione* –, e quindi anche per la definizione di I. 3, 13 pr.

Il testo di Paolo ci offre, comunque, una traccia per dire qualcosa di più. Esso proviene dal libro 56 *ad edictum*, dove pare che il giurista commentasse la clausola (*Ed.* 198) che apriva il titolo *de re iudicata* (XXXVI) dell'Editto pretorio, e di cui è traccia in

D. 42, 1, 4, 3 (Ulp. 58 *ed.*): Ai praetor: 'condemnatus, ut pecuniam solvat'. a iudicato ergo hoc exigitur, ut pecuniam solvat. quid ergo, si solvere quidem paratus non sit, satisfacere autem paratus sit, quid dicimus? et ait Labeo debuisse hoc quoque adici 'neque eo nomine satisfaciatur': fieri enim posse, ut idoneum expromissorem habeat. sed ratio pecuniae exigendae haec fuit, quod noluerit praetor obligationes ex obligationibus fieri: idcirco ait 'ut pecunia solvatur'. ...

A questo proposito, Paolo (evidentemente per dare confronto, sulla base della semantica di *solutio*, all'opinione di Labeone, che egli seguiva), in un passo escerpito dai compilatori nel titolo *de solutionibus*, ma proveniente dallo stesso libro 56 *ad edictum* (D. 46, 3, 54³²), scriveva:

Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem.

Come vedremo trattando di D. 44, 7, 3 pr. nel prossimo capitolo, la *substantia obligationis* era per Paolo il contenuto dell'obbligazione, che egli esprimeva come vincolo a *dare, facere, praestare*.

Ma, stabilito questo risultato, e cioè che le parole '*alicuius solvendae rei*' di I. 3, 13 pr. possono e debbono riferirsi a qualunque prestazione, abbiamo superato solo la prima difficoltà, che sorge a questo proposito. Poiché è stato rilevato ancora che, dato a *solvere* un significato generale, esso verrebbe a coincidere con adempiere, e la definizione diverrebbe tautologica³³, in quanto verrebbe a dire che l'obbligazione è un vincolo, che ci costringe ad adempierla. Io confesso di non capire, però, come una tesi simile possa essere sostenuta; essa forse risente di certi visuali sull'origine dell'*obligatio*, che fanno leva, mettendole pertanto in luce, su certe figure materialistiche della terminologia relativa: *obligare* e *obligari* (legare e venir legato), *solvere* e *solvi* (scio-

³¹ Il libro 45 *ad Sabinum* di Ulpiano era però quello in cui si iniziava la trattazione della *stipulatio*, e, da quanto rimane di tale trattazione (libri 45-50, *Pal.* 2918-2982), appare ben possibile che problemi relativi all'adempimento in generale entrassero nel discorso svolto nel libro 45. Per il passo di Paolo, v. avanti nel testo.

³² *Pal.*, Paul. 690, ove il passo è erroneamente indicato come fr. 45.

³³ ALBERTARIO, *Studi*, 3, 14.

gliere e venir sciolto), *obligatio* (legatura) e *solutio* (scioglimento). Ora, dire che l'*obligatio* è un *vinculum* alla *solutio* è l'inizio di un circolo vizioso, se io sono legato e io vengo sciolto (*me a te solvo liberoque*), com'era il formulario dell'antica *solutio* formale (Gai. 3, 174); ma il testo di I. 3, 13 pr. non dice affatto questo; il testo dice che l'*obligatio* costringe noi a solvere *aliquam rem*. Il soggetto legato, vincolato, *obligatus* è diverso dall'oggetto *solutum*, e quindi *solutum* non vuol dire sciolto, liberato. La prospettiva arcaica dei termini è completamente svanita; la stessa metafora del *vinculum*, che compare nella definizione, in quanto metafora rispetto ad *obligatio*, implica che il significato metaforico della parola *obligatio* non sia più sentito; così come *solvere*, se è un *solvere rem* (e non si parla delle garanzie reali), non può più contenere figura o metafora alcuna. Se I. 3, 13 pr. viene letto in una prospettiva scevra da queste sovrastrutture, ci si rende conto di due cose. Anzitutto che un'asserzione come «l'obbligazione ci costringe all'esecuzione» non è, in realtà, una tautologia; essa è solo l'enunciazione, abbreviata per elisione, del regime giuridico dell'*obligatio* (che consiste in ciò: l'obbligazione è in vincolo ad un certo comportamento, la realizzazione del quale estingue l'obbligazione perché ne costituisce l'adempimento, essendo «adempimento» la realizzazione dello scopo per il quale il vincolo è stato creato). In secondo luogo, ci si accorge che I. 3, 13 pr. non dice neppure che «l'obbligazione ci costringe ad adempierla», perché '*solvere rem*' allude all'esecuzione di un comportamento (quello dovuto), ma non all'adempimento: quella di «adempimento» è una qualifica dell'esecuzione del comportamento, che il diritto sovrappone in funzione del problema dell'estinzione dell'obbligazione. Le proposizioni in gioco sono tre: *i*) l'obbligazione rende dovuta una prestazione; *ii*) l'esecuzione della prestazione è adempimento (= fa venir meno la ragione dell'obbligo); *iii*) l'adempimento estingue l'obbligazione. Questo è un circolo chiuso, non un circolo vizioso; e comunque la definizione di I. 3, 13 pr. contiene solo la prima di queste tre proposizioni.

d) L'espressione, contenuta in I. 3, 13 pr., che più ha sollecitato la fantasia degli autori antichi³⁴ e moderni, è quella finale, '*secundum nostrae civitatis iura*'. Invero, la maggior parte di quanto più di recente si è scritto in proposito³⁵ non riguarda propriamente il problema che ci stiamo ora ponendo – quello di dare una traduzione corretta della definizione giustiniana, considerata in se stessa – poiché lo si è pensato sul presupposto che la definizione risalisse ad un giurista classico; e può ben darsi, se si vuole ammettere tale ipotesi, che *secundum nostrae civitatis iura* suonasse alle orecchie dei classici diversamente che alle orecchie dei collaboratori di Triboniano. Credo che, comunque, il problema possa essere affrontato, in modo complessivo³⁶, nei termini seguenti.

³⁴ V. ad es. la gl. *secundum* ad h.l.; il passo di Jacobus de Ravenneio, cit., al par. 4 sub *a* (nella parte non riportata nel testo).

³⁵ V. lett. in LANTELLA, 172 s. (nota).

³⁶ Dopo che i problemi fondamentali appaiono risolti o almeno correttamente impostati dal BISCARDI, '*Secundum nostrae civitatis iura*', in *Studi Senesi*, 63 (1951), 40 ss.

– *Secundum nostrae civitatis iura* non poteva alludere, nel linguaggio di un giurista classico, che al *ius civile* come contrapposto al *ius gentium* (cfr. Gai. 1, 1); ma nessun giurista classico avrebbe mai posto un limite del genere in una definizione dell'*obligatio*, perché i rapporti obbligatori non accessibili ai *peregrini* costituivano, lungi dall'essere la regola, una sparuta serie di eccezioni. La sola via possibile per sostenere la classicità dell'espressione *secundum nostrae civitatis iura* è quella di riferire la definizione non all'*obligatio*, ma a una di quelle poche *causae obligationum*, che avrebbero sopportato la contrapposizione col *ius gentium*: come ha proposto l'Albertario³⁷, per il quale i compilatori delle Istituzioni giustinianee avrebbero adattato all'obbligazione una definizione classica della *sponsio*. La insostenibilità di una simile tesi – del tutto arbitraria, e che è contraddetta dalla struttura della definizione, la quale, abbiamo visto, riguarda un rapporto e non la fonte di un rapporto – esclude dunque che il significato di *secundum nostrae civitatis iura* possa essere determinato con riferimento al linguaggio dei giuristi classici³⁸.

– Nel linguaggio degli autori delle Istituzioni giustinianee, *secundum nostrae civitatis iura* non può riferirsi né alla contrapposizione *ius civile-ius gentium* (per le stesse ragioni addotte a proposito del linguaggio dell'epoca classica), né alla contrapposizione *ius civile-ius honorarium* (perché quella fra *obligationes civiles* e *obligationes praetoriae, quae etiam honorariae vocantur* è una distinzione, che i compilatori stessi operano nell'ambito della nozione di *obligatio* da essi definita: I. 3, 13, 1); per cui è necessario vedere nella espressione in parola un'allusione complessiva alle «regole del nostro diritto positivo», con una contrapposizione implicita tra *ius civile* e *ius naturale*³⁹. Ciò è in armonia con quanto visto sopra⁴⁰, che l'obbligazione definita in I. 3, 13 pr. esclude le fattispecie dell'obbligazione naturale.

Tenendo conto di tutte queste osservazioni, possiamo giungere alla seguente traduzione di I. 3, 13 pr., e concludere, dunque, che al quesito '*quid sit obligatio*'⁴¹

³⁷ ALBERTARIO, *Studi*, 3, 16 s.

³⁸ Non merita più di un cenno l'altra tesi (in part. MARCHI, *BIDR*, 29, 1916, 35 n. 21), per la quale *secundum nostrae civitatis iura* si riferirebbe al *ius civile* contrapposto al *ius honorarium*: ciò è impossibile perché le parole *iura nostrae civitatis* non possono avere questo significato; esse non contrappongono il *ius civile* al *ius honorarium*, poiché nell'ambito del *ius honorarium* stesso ci sono istituti concepiti *secundum nostrae civitatis iura* (*actio Publiciana, bonorum possessio, actio a favore del bonorum emptor* con *formula Serviana* etc.: Gai. 2, 40; 41; 4, 34; 35).

³⁹ Cfr. soprattutto BISCARDI, *Studi Senesi*, 63 (1951), 45 ss.

⁴⁰ V. sopra, par. 2 e n. 8.

⁴¹ Il *casus* firmato Franciscus (de Aretio), ad h.l., chiarisce così la posizione sistematica della definizione: '*Quaesivi ab Imperatore sic: Domine, cum curam hadibueritis ad res et ad personas, ad quid proponitis vos transferre? Respondet Imperator: Nunc etc. Quaesivi etiam ultra sic: Domine, quid est obligatio? Respondet ipse: Obligatio est iuris vinculum etc.* Ricordo che questi *casus Institutionum* pubblicati come glosse marginali, sotto il nome di Franciscus (de Accoltis) de Aretio, in diverse edizioni delle Istituzioni con la glossa accursiana, in realtà non sono del commentatore Francesco Accolti (c. 1418-1485/86), bensì di Guido de Cumis, un ultramontano della metà del duecento di origine lombarda (Como?), che studiò a Bologna con Jacobus Balduini e Ubertus de Bobio, e vi fu esaminato da

le Istituzioni imperiali rispondevano: «L'obbligazione è un legame giuridico, per effetto del quale noi ci troviamo vincolati coattivamente a fornire alcunché, secondo le norme dell'ordinamento giuridico al quale siamo soggetti».

Con questa traduzione credo si evidenzia anche, che non c'è vera ripetizione tra *iuris vinculum* e *secundum nostrae civitatis iura*, poiché la prima allusione al *ius* serve solo a precisare la dimensione della metafora (legame, ma legame immateriale, e per l'esattezza giuridico), mentre il secondo precisa la natura delle norme che governano l'obbligazione.

5. – Se, come si è visto sopra, le parole '*secundum nostrae civitatis iura*' non possono essere classiche, resta ancora da vedere se esse, ed eventualmente altre modifiche, costituiscono l'interpolazione di una definizione classica, ovvero se si deve arrivare alla conclusione che tutta la definizione di I. 3, 13 pr. sia da attribuire ad un ambiente diverso e più recente di quello dei giuristi romani dell'epoca classica.

Credo utile partire, per questa ricerca, da una osservazione dello Schulz⁴². Egli considerava non classica tanto la definizione di I. 3, 13, pr. quanto la spiegazione della *substantia obligationis* contenuta in Paul. D. 44, 7, 3 pr., e ne traeva la conseguenza che i giuristi classici non definirono mai l'*obligatio*, perché – egli notava – se i compilatori avessero avuto a disposizione una definizione classica dell'obbligazione non avrebbero mancato di utilizzarla. Come risulterà da quanto diremo in seguito, i termini in cui questo ragionamento è inserito non sono accettabili, in particolare perché D. 44, 7, 3 pr. è sostanzialmente genuino; ma corretto è l'atteggiamento dello Schulz, che sta alla base della sua considerazione, e cioè quello di impiegare come principio di indagine la tendenza dei compilatori ad usare le fonti classiche il più possibile, nel dare corpo alle proprie linee espositive. Da questo atteggiamento, nel nostro caso, si trae una proposizione che, se non può dimostrarsi vera, può tuttavia essere sorretta anche da concrete argomentazioni tali da renderla del tutto attendibile; e cioè che, se la definizione di *obligatio* contenuta in I. 3, 13 pr. avesse avuto una qualsiasi radice classica che permettesse ai compilatori del Digesto di darle una rubrica col nome di un giurista, essi l'avrebbero posta in apertura del titolo D. 44, 7 (*De obligationibus et actionibus*).

Per offrire un fondamento a tale asserzione si può incominciare col rilievo che le definizioni che compaiono nelle *Institutiones* sono normalmente presenti anche nei corrispondenti luoghi del Digesto; siamo, qui, di fronte ad una vera e propria regola della compilazione. Essa è provata dall'elenco che segue, che è redatto non con desiderio di completezza, ma in funzione del problema che andiamo trattando; si tratta di un elenco di definizioni che riguardano concetti, i quali hanno, nell'eco-

Accursio personalmente, per diventare poi professore a Orléans. Si veda FEENSTRA, *Les casus Institutionum de Guido de Cumis*, in *Mémoires de la Soc. pour l'hist. du droit et des inst. des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, 29 (1968-69), 231 ss. (*Etudes Chevrier*, I, e ora *Fata iuris romani*, 260 ss.); HORN, in COING, *Handbuch*, I, 281; 328.

⁴² *Classical roman Law* (1951), § 786.

nomia del discorso contenuto nelle *Institutiones*, funzione o posizione analoga alla definizione di *obligatio*:

- Iustitia*: I. 1, 1 pr. = Ulp. D. 1, 1, 10 pr.
Iuris prudentia: I. 1, 1, 1 = Ulp. D. 1, 1, 10, 2.
Ius naturale: I. 1, 2 pr. = Ulp. 1, 1, 1, 3.
Ius civile, ius gentium: I. 1, 2, 1-2 cfr. (senza corrispondenza precisa, ma con sostanziale corrispondenza definitoria) D. 1, 1, 1, 4-eod. 9.
Ius publicum-ius privatum: I. 1, 1, 4 = Ulp. D. 1, 1, 1, 2.
Libertas, servitus: I. 1, 3, 1-2 = Flor. D. 1, 5, 4 pr. e 1.
Servi: I. 1, 3, 3 = Flor. D. 1, 5, 4, 2.
Ingenuus: I. 1, 4 pr., cfr. Marcian. D. 1, 5, 5, 2.
Libertini: I. 1, 5 pr. = Gai. D. 1, 5, 6.
Manumissio: I. 1, 5 pr. = Ulp. D. 1, 1, 4.
Persone sui iuris e alieni iuris: I. 1, 8 = Gai. D. 1, 6, 1.
Potestas (sc. *in potestate esse*): I. 1, 9 pr. = Gai. D. 1, 6, 3.
Tutela: I. 1, 13, 1 = Paul. D. 26, 1, 1 pr.
Tutores: I. 1, 13, 2 = Paul. D. 26, 1, 1, 1.
Adgnati: I. 1, 15, 1 e I. 3, 2, 1 = Gai. D. 26, 4, 7.
Capitis deminutio: I. 1, 16 pr., cfr. Gai. D. 4, 5, 1.
Iter, actus, via: I. 2, 3 pr. = Ulp. D. 8, 3, 1 pr.
Servitutes praediorum urbanorum: I. 2, 3, 1 e 3 = Ulp. D. 8, 4, 1.
Usus fructus: I. 2, 4 pr. = Paul. D. 7, 1, 1.
Mortis causa donatio: I. 2, 7, 1 in fine = Marcian. D. 39, 6, 1.
Legatum: I. 2, 20, 1 = Mod. D. 30, 36.
Stipulationes iudiciales, praetoriae, conventionales, communes: I. 3, 18 = Pomp. D. 45, 1, 5 pr.
Furtum: I. 4, 1, 1 = Paul. D. 47, 2, 1, 3.
Manifestus fur: I. 4, 1, 3 = Ulp. D. 47, 2, 3 pr.
Nec manifestus furtum: I. 4, 1, 3 = Ulp. D. 47, 2, 8.
Actio: I. 4, 6 pr. = Cels. D. 44, 7, 51.
Pauperies: I. 4, 9 pr. in fine = Ulp. D. 9, 1, 1, 3.

Naturalmente, non sempre tra Istituzioni e Digesto si ha una così (più o meno) precisa corrispondenza nelle definizioni impiegate. Talora la definizione delle Istituzioni appare dipendere da quella escerpita nel corrispondente luogo del Digesto, ma senza una connessione precisa (ad es. *nuptiae*: I. 1, 9, 1, cfr. Mod. D. 23, 2, 1 e Ulp. D. 1, 1, 1, 3; *intestatus*: I. 3, 1 pr., cfr. Ulp. D. 38, 16, 1 pr.); talora, della definizione del Digesto, le Istituzioni restituiscono una semplice eco (*servitutes*: I. 2, 2, 3, cfr. Marcian. D. 8, 1, 1; *donatio*: I. 2, 7 pr. + 2, cfr. Iul. D. 39, 5, 1 pr.; *cognati*: I. 1, 15, 1, cfr. Ulp. D. 38, 8, 1, 1). In certi altri casi i compilatori, avendo a disposizione diverse definizioni classiche, ne hanno scelto nelle Istituzioni una diversa da quella del Digesto: è il caso dell'*iniuria*, per la quale la definizione di I. 4, 4 pr. proviene da Paolo (cfr. Coll. 2, 5, 1) mentre nel Digesto è stato accolto un passo di Ulpiano (D. 47, 10, 1 pr.); così è probabilmente anche per il *testamentum*, per il quale nel Digesto è impiegata una definizione di Modestino (D. 28, 1, 1), mentre I. 2,

10 pr. reca una definizione di evidente origine labeoniana (cfr. D. 28, 1, 2). Tutto sommato, a parte i settori nei quali Istituzioni e Digesto procedono, per così dire, di conserva, senza che tuttavia possa stabilirsi un vero e completo parallelismo formale di definizioni (le varie categorie di *res*: I. 2, 1 e I. 2, 2, cfr. D. 1, 8; modi di estinzione delle obbligazioni; singoli contratti; quasi contratti e quasi delitti, dove il materiale è in gran parte addirittura comune), a parte gli istituti che mancano del tutto di vera definizione nella compilazione (*usus, habitatio, fideicommissum*), ed a parte infine le definizioni che si trovano nel Digesto, senza corrispondenza nelle Istituzioni (*usucapio*: Mod. D. 41, 3, 3; *usurpatio*: Paul. eod. 2; *pactum*: Ulp. D. 2, 14, 1, 1-2; *contractus*: Ulp. D. 50, 16, 19; *stipulatio*: Pomp. D. 45, 1, 5, 1; *novatio*: Ulp. D. 46, 2, 1 pr.; *exceptio* e *replicatio*: Paul. D. 44, 1, 2 pr.-1), le sole definizioni delle *Institutiones* che non trovano corrispondenza nel Digesto sono le seguenti: *heredes necessarii, sui et necessarii, extranei; obligatio; fideiussores; furtum conceptum, oblatum, prohibitum, non exhibitum; interdictum; publica iudicia*.

Diciamo subito che non meraviglia il fatto che le nozioni di *heres necessarius, suus et necessarius* ed *extraneus*, date per implicite nel Digesto e spesso impiegatevi (in part. nel tit. 29, 2) non vi siano definite; esse sono spiegate in I. 2, 19 (sulla base di Gai. 2, 152 ss.) come puri dati di vocabolario giuridico elementare; così è per *fideiussores*, nozione che in realtà non è veramente definita nelle Istituzioni: I. 3, 20 si inizia con la frase ‘*Pro eo qui promittit solent alii obligari qui fideiussores appellantur, quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit*’, costruita con una discutibile sintesi di Gai. 3, 115 e 117, e che ha il tipico andamento della proposizione introduttiva ad un nuovo argomento, che si trova nei trattatelli istituzionali; un posto nel Digesto (tit. 46, 1) non poteva certo trovarlo.

Diverso è il discorso da farsi per le nozioni di *furtum conceptum, oblatum, prohibitum, non exhibitum*: qui non le definizioni, ma le nozioni stesse sono escluse dal Digesto, in quanto non più appartenenti al diritto vigente; sono le *Institutiones* stesse che avvertono di ciò (I. 4, 1, 4: *hae actiones... in desuetudinem abierunt. cum enim requisitio rei furtivae hodie secundum veterem observationem non fit: merito ex consequentis etiam praefatae actiones ab usu communi recesserunt, cum manifestissimum est, quod omnes qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt*). Per la nozione di *interdictum* la situazione è analoga: nel diritto giustiniano non vi sono più interdetti, ma azioni che li sostituiscono: nelle Istituzioni la definizione dice infatti che cosa gli interdetti erano, non che cosa sono; ovvio quindi che la definizione non sia ripetuta nel Digesto:

I. 4, 15 pr.: *Sequitur, ut dispiciamus de interdictis seu actionibus, quae pro his exercentur. erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus praetor aut iubebat aliquid fieri aut fieri prohibebat.*

Restano dunque solo le definizioni di *publica iudicia* (I. 4, 18, 1: *Publica autem dicta sunt, quod cuivis de populo executio eorum plerumque datur*) e quella di *obligatio*.

Nulla vieta di pensare che la definizione di *publica iudicia* abbia una radice classica; ma essa può ben essere (come le nozioni di *heres necessarius* etc.) considerata un chiarimento di vocabolario giuridico, non essenziale all'economia del tit. D. 48, 1.

Ben diversa recettività mostra la struttura del tit. D. 44, 7 rispetto ad una definizione di *obligatio*.

6. – Il titolo '*de obligationibus et actionibus*' del Digesto (44, 7) ha un taglio chiaramente istituzionale: sia per il contenuto, ricco di definizioni, distinzioni e regole più che di casistica, sia per la forma, specie nella sua parte iniziale. Esso si apre infatti con un lungo squarcio tratto dalle *Res cottidianae* (libri 2 e 3; D. 44, 7, 1; 4; 5) – opera dai compilatori, come è noto, attribuita a Gaio stesso – intercalato da due frammenti, più brevi, delle Istituzioni di Gaio (fr. 2) e di Paolo (fr. 3). L'argomento, con il quale il primo frammento di tutta la serie si inizia, è la *divisio obligationum: obligationes aut ex contractu nascuntur* etc. Siamo dunque di fronte al tipo di inizio che caratterizzava le Istituzioni di Gaio, e che i compilatori delle Istituzioni giustiniane hanno voluto evitare, premettendo la definizione di *obligatio*. È chiaro, almeno a questo punto, che tale definizione non figurava nelle *res cottidianae* (opera già postclassica, ma, come si è detto, dai compilatori escerpita come opera di Gaio): se ci fosse stata, i compilatori non avrebbero mancato di iniziare il loro *excerptum* qualche rigo prima. Ma i risultati dell'indagine condotta – pur se sommariamente – nel paragrafo che precede, ci permettono di andare più in là, e di affermare che i compilatori del Digesto⁴³ non disponevano affatto di una definizione classica da premettere alla *divisio*. L'unica obiezione seria a questa affermazione sarebbe quella di dire che qui si tratta di uno di quei casi (si ricordino gli esempi dell'*iniuria* e del *testamentum*), nei quali i compilatori avevano a disposizione due definizioni classiche, e ne hanno scelta una; quella scelta per il Digesto sarebbe in questo caso il passo tratto dalle Istituzioni di Paolo, D. 44, 7, 3 pr. (*obligationum substantia*, etc.). Ma se così fosse, voglio dire se i compilatori del Digesto avessero considerato il testo di Paolo come una definizione, essi l'avrebbero posta in testa al titolo⁴⁴, dove appunto – prima della *divisio* – era il suo posto: staccarla dal resto del frammento di Paolo non sarebbe stato difficile, dal momento che nell'ambito di esso, fra il paragrafo *obligationum substantia* (pr.) ed il § 1 (*non satis autem*) c'è un'evidente lacuna; i compilatori hanno infatti palesemente ommesso un brano, che si riferiva senza dubbio proprio alla *divisio obligationum*. Per i compilatori il fr. *obligationum substantia* conteneva un chiarimento importante, da porre in posizione evidente, ma non una defi-

⁴³ Tutto il discorso che andiamo facendo parte evidentemente dal presupposto – che non credo necessario giustificare – che la compilazione del Digesto e quella delle Istituzioni sia stata non del tutto fatta, ma certo messa a punto sotto le direttive delle stesse persone e nello stesso tempo.

⁴⁴ Cfr. MARCHI, *BIDR* 29 (1916), 27.

nizione; qualcosa come il fr. 2 (Cels.) D. 7, 1 (*De usufr.*), i fr. 2 (Lab.) e 3 (Pap.) D. 28, 1 (*Qui testam.*).

L'argomento, acuto e sottile, con il quale l'Arangio-Ruiz ha voluto spiegare l'origine della definizione di *obligatio* di I. 3, 13 pr., acquista così notevole valore. Questa definizione è, nelle Istituzioni giustinianee, inserita in una posizione che corrisponde al § 88 del terzo libro delle Istituzioni di Gaio; ora, notava l'Arangio⁴⁵, Gai. 3, 87 (il paragrafo precedente, cioè, relativo alla *in iure cessio hereditatis* operata dall'*heres suus et necessarius*) si conclude con la frase: '*nihil enim interest, utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat, an iuris necessitate hereditati adstringatur*'. Le ultime cinque parole contengono tre delle parole chiave della definizione di *obligatio* di I. 3, 13 pr.: *iuris, necessitate, adstringi*. Si tratta di una semplice notazione psicologica, che indurrebbe a pensare che l'autore della definizione, quando la elaborava, aveva fissate di fresco nella memoria, ronzanti, per così dire, nell'orecchio, quelle parole – *iuris, necessitate, adstringi* –, cosicché si trovò, più o meno consciamente, portato ad usarle. L'Arangio ne concludeva che chi operò in questa situazione doveva presumibilmente essere l'autore postclassico delle *res cottidianae*, ma questa eventualità noi l'abbiamo già esclusa; le coordinate per la determinazione dell'origine della definizione di *obligatio* di I. 3, 13 pr. sono dunque le seguenti: un ambiente che studiava tanto le Istituzioni di Gaio quanto le *res cottidianae*, e che era in condizione di fornire ai compilatori di Giustiniano i frutti di questo studio: l'ambiente di un'epoca successiva a quella della compilazione delle *res cottidianae*. Ne risultano le scuole orientali di diritto dei secoli IV-VI.

7. – La definizione potrebbe essere opera dei compilatori stessi, o di uno di loro; ma è più probabile che si tratti di un più risalente adagio scolastico. Comunque è dimostrabile che non ne fu autore Teofilo.

Nella sua parafrasi greca delle Istituzioni, egli traduce la definizione così (Th. Par. 3, 13 pr.):

ἐνοχή ἐστὶ δέσμος δικαίου, δι' οὗ τις ἀναγκάζεται καταβαλεῖν τὸ ἐποφειλόμενον κατὰ τοὺς τῆς ἡμετέρας πολιτείας νόμους.

e prosegue spiegando

οἷδας γὰρ ὅτι οὐ πᾶσα καταβολὴ χρέους ἔχει τὸ βέβαιον ἐν ἑαυτῇ, εἰ μὴ γένοιτο κατὰ νόμους. ταῦτα δὲ εἶπον αἰνιττόμενος τὴν εἰς τὸν ρύριλλον καταβολὴν ἢ τὴν ἀπὸ pupil-
lu, ὅτι δεῖ τὸν ἐπιτροπὸν συναινεῖν· ἐσθότε δὲ καὶ τήρησιν ἐτέρου γίνεσθαι τινος.

La definizione non differisce sostanzialmente da quella di I. 3, 13 pr., e può ben rappresentarne una semplice traduzione greca (quanto detto prima farebbe infatti

⁴⁵ ARANGIO-RUIZ, *Noterelle gaiane*, in *Festschr. Wenger*, 2 (1945), 58 s.

propendere per una definizione concepita originariamente in latino). Essa può rendersi in latino, letteralmente, così: '*Obligatio est vinculum iuris, quo aliquis adstringitur solvere debitum secundum nostrae civitatis leges*'. Noterò che l'assenza dell'ablativo *necessitate* è un puro effetto della mia retroversione: il verbo greco ἀναγκάζω contiene infatti l'idea della necessità, solo che con ciò, non valendosi del complemento di mezzo, esige un *solvere* all'infinito (mentre in I. 3, 13 pr. *alicuius solvendae rei* è specificazione di *necessitate*: «siamo astretti dalla necessità di eseguire una prestazione»); per conservare l'infinito ho tradotto dunque senza introdurre l'ablativo *necessitate*. La definizione greca usa la forma impersonale (τις = *aliquis* = alcuno), ma questo è un suo difetto (che rivela trattarsi di una traduzione), poiché così manca la concordanza fra l'inizio e la fine della seconda parte della definizione («alcuno è astretto secondo le leggi della nostra città», invece del corretto latino di I. 3, 13 pr. «siamo astretti secondo le leggi della nostra città»). Due caratteristiche positive ha invece il testo di Teofilo: l'allusione al *debitum* (precisamente: ciò che è dovuto) indica più esattamente della definizione latina un aspetto del regime dell'obbligazione, cioè la determinatezza dell'oggetto; la diversa parola usata per la delimitazione della metafora (*iuris vinculum*, ove *iuris* è reso con δικαίου) e per la concreta allusione alle norme del diritto oggettivo (*secundum nostrae civitatis iura* ove *iura* è reso con νόμους); questo è un vantaggio della lingua greca, perché νόμοι corrisponde al latino *leges*, ma non ha il significato tecnico che la parola *leges* implicava necessariamente in latino, potendo genericamente alludere al diritto oggettivo nel suo insieme⁴⁶.

Fin qui dunque nulla vieterebbe di ritenere che Teofilo abbia pensato la definizione di *obligatio* come strutturata in modo analogo a quella delle Istituzioni. È il seguito del passo, con la spiegazione che egli ne dà, a mostrare una divergenza, che non può rappresentare che un equivoco di Teofilo. La spiegazione dice: «tu sai infatti che non ogni pagamento di debito è valido, se non avviene secondo le leggi (= il diritto positivo). Ho già detto ciò quando accennavo al pagamento fatto al pupillo o dal pupillo, nel qual caso è necessario l'assenso del tutore; e talora anche l'assistenza di un'altra persona». Con ciò Teofilo mostra di riferire l'espressione '*secundum nostrae civitatis iura*' non in generale al regime dell'obbligazione (che sorge solo nei casi previsti dal diritto: in I. 3, 13 pr., *secundum etc.* dipende da *adstringimur*), ma all'adempimento (facendo di *secundum etc.* un complemento di *solvendae rei*)⁴⁷. Si tratta di un vero e proprio equivoco, come accennavo: dire che l'obbligazione è un modo per vincolare che corrisponde alle previsioni del diritto positivo ha un senso, mentre non ne ha dire che l'obbligazione vincola ad un adempimento conforme al diritto; non ha senso e non è vero, perché l'adempimento viene spesso giudicato non secondo principi del diritto oggettivo, ma secondo le concrete previsioni delle parti, secondo principi tecnici, etc.⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. Ulp. D. 1, 1, 6, 1 = I. 1, 2, 3.

⁴⁷ Per la definizione latina questa concordanza è stata sostenuta dal MARCHI, *BIDR* 29 (1916), 34 s.

⁴⁸ Cfr. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico* (1969), 55 ss.

Se Teofilo, uno dei due redattori delle Istituzioni ed uno dei principali membri della commissione che compilò il Digesto, poteva equivocare, anche se per una sottigliezza⁴⁹, sul significato della definizione, è assai probabile che essa abbia origine più antica, e costituisca una specie di luogo comune formatosi nella tradizione scolastica orientale. Cioè – per quanto detto finora – dopo la redazione delle *res cottidianae* (circa la fine del III secolo) e prima del regno di Giustiniano; diciamo, approssimativamente, fra il 300 e il 500.

II. – LA DEFINIZIONE DI PAOLO (D. 44, 7, 3, pr.)

8. – Le fonti romane tramandano, questa volta nel Digesto, un altro testo, che è stato considerato ai fini della definizione di *obligatio*. Si tratta del – già più volte da noi citato – frammento.

D. 44, 7, 3 pr. (Paul. 2 *Inst.*): *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

Da un punto di vista esteriore, questo testo presenta caratteristiche esattamente opposte a quelle che avevamo riscontrato a proposito di I. 3, 13 pr.: se la definizione delle Istituzioni diceva di più ad uno sguardo complessivo che non ad un'analisi minuziosa, D. 44, 7, 3 pr. ha bisogno di un'analisi per essere apprezzato a fondo. Il testo dice infatti che le obbligazioni non sono i diritti reali; ora, questa affermazione sembra una banalità⁵⁰, e solo quando si esamina come questa affermazione sia congegnata si arriva a comprendere che essa, lungi dal ridursi ad una banalità, è invece una considerazione di grande portata. Ma per arrivare a ciò la via è stata troppo spesso impedita da un fraintendimento, che ha ostacolato una corretta interpretazione del passo.

Tradotta letteralmente, la *lex obligationum* dice: «La sostanza delle obbligazioni non consiste in ciò, di far nostra una cosa corporale o una servitù, ma di costringere un altro a favor nostro a dare, fare o *praestare*⁵¹ qualcosa». Il ragionamento,

⁴⁹ Lo scopo che Teofilo persegue col proprio chiarimento è infatti sempre quello di attribuire l'*obligatio* al campo del diritto civile in contrapposto al diritto naturale (cioè quello di escludere l'obbligazione naturale dalla nozione di *obligatio*); cfr. BISCARDI, *Studi senesi*, 68 (1951), 47 ss., che pure non può non rilevare come il ragionamento del parafraste sia, nel complesso, oscuro; in realtà, più che oscuro, esso è scorretto.

⁵⁰ PEROZZI, *Le obbligazioni*, 12; MARCHI, *BIDR* 29 (1916), 26; anche su questo testo, per la bibliografia relativa, rinvio a LANTELLA, 182 ss.

⁵¹ Tralascio di tradurre *praestare*, rinviando al chiarimento che, del suo significato, ho fatto, in *Studi Cagliari*, 47 (1971-72), 32 ss.

ora espresso⁵² ora implicito, che la struttura di questa frase ha troppo spesso suscitato, è il seguente: *'facere nostrum aliquid'* significa «render nostro qualcosa», ed allude quindi ai modi di acquisto della proprietà; ciò che può confrontarsi con i modi di acquisto della proprietà non è l'obbligazione, bensì sono le fonti dell'obbligazione; di conseguenza il testo non riguarderebbe la «sostanza» del rapporto obbligatorio, ma quella delle fonti delle obbligazioni.

Il fraintendimento (poiché di fraintendimento, come vedremo, si tratta) non è recente. Esso era già per lo meno implicito nella glossa. Si legga la

gl. *obligationum substantia* (ad h.l.): idest esse, et natura proficiscens ex contractu, vel quasi: nisi stipulatio sit inita cum ecclesia: quo casu transfertur dominium ex obligatione (ut C. de sacr. eccl. l. fi. [= C. 1, 2, 23]). secus si obligatio oriatur ex maleficio (ut supra de publ. l. commissa [= D. 39, 4, 14]). Idem est in tacitis fideicommissis idest tacite relictis non capacibus (ut infra, de iure fisci, l. Imperator [= D. 49, 14, 43]). Et facit C. de pactis l. traditionibus [= C. 2, 3, 20]. (Accursius).

Dal punto di vista formale, il discorso della glossa è condotto correttamente. Essa dice che la *substantia obligationum* è la natura della situazione giuridica nascente dalla fonte dell'obbligazione; e conclude asserendo che la peculiarità di questa situazione giuridica (o meglio la differenza tra la situazione giuridica «obbligazione» e la situazione giuridica «proprietà») «produce» (così va inteso *'et facit'*) la regola di C. 2, 3, 20, il famoso passo che afferma che la proprietà si trasmette mediante modi tipici, e non semplici accordi (*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*); e che viene evidentemente inteso così: che per trasferire la proprietà non serve porre in essere un'obbligazione. Le eccezioni poste dalla glossa vanno pure intese in questa linea: *a*) quanto alle obbligazioni da contratto, se la stipulazione ha luogo con la chiesa, il rapporto obbligatorio che nasce ha per effetto di trasferire la proprietà⁵³; *b*) se l'obbligazione nasce da delitto, almeno nel caso di D. 39, 4, 14, l'obbligazione sorge con effetto traslativo della proprietà⁵⁴; *c*) così, infine, nel caso dei fedecommessi taciti a favore di persona non capace di ricevere per fedecommesso⁵⁵: qui la frode (e cioè l'il-

⁵² MARCHI, *BDR* 29 (1916), 10; DUMONT, *Obligatio*, in *Mél. Meylan*, 1 (1963), 77 s.

⁵³ Vedere C. 1, 2, 23 e la sua glossa.

⁵⁴ Si allude alle norme che attribuiscono al fisco o ai *publicani* la proprietà delle cose confiscate in dogana.

⁵⁵ Era denominato (nel diritto comune, sulla base di fonti romane che ora citeremo) fedecommesso tacito un fedecommesso che fosse implicito nelle disposizioni testamentarie, senza esservi espressamente disposto (D. 31, 88, 16), ovvero non risultasse affatto del testamento ma fosse stato assunto con atto tra vivi dall'erede o dalla persona che comunque ne sarebbe stata gravata (*domestica cautio- ne vel chirographo obligaret se ad praestandum*: D. 30, 103; cfr. D. 40, 14, 3 pr.; D. 34, 9, 10 pr.). Ora poiché per fedecommesso potevano ricevere (a partire da una certa epoca, almeno) solo le persone capaci di ricevere un legato (Ulp. 25, 6), un fedecommesso a favore di persona incapace era nullo. Un fedecommesso tacito lasciato a persona incapace era pertanto considerato fraudolento e quindi i beni

lecito) produce un'obbligazione *ex delicto* che ha per effetto l'attribuzione al fisco della proprietà.

Ma, intendendo così il discorso della glossa, se ne rispetta l'impostazione (*transfertur dominium ex obligatione*, e non *ex contractu*, *ex maleficio* etc.), ma se ne mette in luce la sconnessione dommatica, che porta, all'atto pratico, al fraintendimento del passo. Se, qualunque sia la terminologia usata in concreto, il discorso è allusivo agli effetti, esso è un discorso sugli atti e non sui rapporti: il rapporto diviene un superfluo intruso. L'acquisto della proprietà, poniamo, per contratto, non può essere detto un effetto dell'obbligazione nascente dal contratto⁵⁶: esso è un effetto reale del contratto. Se si dice che la *substantia obligationum* può essere, in certi casi, l'acquisto o il trasferimento della proprietà, delle due l'una: o si dice *obligatio* per fonte dell'*obligatio* o si dice una scorrettezza.

Il fatto è che D. 44, 7, 3 pr., contrapponendo il *facere nostrum aliquid* all'*alium nobis obstringere*, non contrappone l'acquisto della proprietà al sorgere del vincolo obbligatorio, ma contrappone l'appartenenza attuale all'aspettativa⁵⁷. È un discorso di contenuti⁵⁸, non di effetti.

Cerchiamo di portare un poco più avanti queste considerazioni.

Senza condividere il sospetto del Perozzi⁵⁹, secondo il quale nel testo originale Paolo poteva parlare non dell'*obligatio* ma dell'*actio*, è certo che la *lex obligationum* è stata concepita secondo una impostazione che risente della distinzione romana fra *actio in rem* e *actio in personam*; rileggiamola nell'enunciato di

Gai. 4, 2: In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE. 3: In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, veluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel alius tollendi prospiciendive; <aut cum> actio ex diverso adversario est negativa.

che ne erano oggetto venivano non solo attribuiti al fisco (come era in genere per i fedecommissi colpiti da nullità perché lasciati ad incapaci), ma attribuiti in proprietà al fisco *ipso iure*: esso, per ottenerli, aveva di conseguenza un'azione reale (D. 49, 14, 43).

⁵⁶ Proprio così, per verità, si esprime invece l'art. 1138 del code civil (1804):

L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend la créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a du être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

Ma si tratta di una scorrettezza dommatica, dipendente dal fatto che l'effetto reale del contratto è qui costruito attribuendo direttamente all'obbligazione di consegnare l'effetto della *traditio* (in realtà non ancora eseguita), nel desiderio di riaffermare il principio illuministico che il proprietario non deve essere obbligato ad alienare la sua cosa.

⁵⁷ Cfr. SCHERILLO, *Le definizioni romane delle obbligazioni*, in *Studi Grosso*, 4, 101.

⁵⁸ FADDA, *Teoria del negozio giuridico* (1909), 31. È in questa linea, anche se parla di effetti (ma «della proprietà» e «dell'obbligazione», con atteggiamento simile a quello della Glossa) il PACCHIONI, *Concetto e origine dell'obbligazione romana*, nell'appendice a SAVIGNY, *Le obbligazioni* (trad. it.), I (1912), 655.

⁵⁹ PEROZZI, *Le obbligazioni*, cit., 13.

Per il confronto che ci accingiamo a fare è necessario un chiarimento. Ciò che Gai. 4, 3 menziona con il termine *ius* è precisamente la *servitus* di D. 44, 7, 3 pr.: si tratta, rispettivamente, della terminologia classica⁶⁰ e della terminologia giustiniana⁶¹ per indicare i diritti reali su cosa altrui, o più precisamente per indicare – fra questi diritti – l'usufrutto (e diritti affini: uso e abitazione) e le servitù prediali.

Il punto rappresenta dunque, con ogni probabilità, una correzione compilatoria del passo⁶²; correzione che comunque non ne altera il senso. Dicendo che una *servitus* è *nostra* o che un *ius nobis competit* si esprime sempre un'appartenenza; si tenga presente che l'espressione formulare per la rivendica di un diritto reale su cosa altrui era del tipo '*si paret Aulo Agerio ius esse utendi fruendi fundo Corneliano*', con un dativo, retto dal verbo *esse*, di appartenenza (*dativus possessivus*).

Consideriamo dunque il modo nel quale vengono enunciate le situazioni giuridiche:

A) rapporto giuridico reale:

a) nella classificazione gaiana delle azioni: *rem corporalem nostram esse; ius aliquod nobis competere*;

b) nella formula dell'azione reale: *fundum Cornelianum (= rem) Auli Agerii (= dell'attore) esse; Aulo Agerio ius esse utendi fruendi fundo Corneliano*;

c) in Paul. D. 44, 7, 3, pr.: *aliquod corpus nostrum*, ovvero (*aliquam*) *servitutem nostram facere*.

B) Rapporto giuridico obbligatorio:

a) nella classificazione gaiana delle azioni: (*aliquem nobis*) *dare facere praestare oportere*;

b) nella formula dell'azione personale: *si paret Numerium Negidium (= il convenuto) Aulo Agerio (= all'attore) dare facere praestare oportere*⁶³;

c) in Paul D. 44, 7, 3 pr.: *alium nobis obstringi ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*.

Le espressioni *sub A)* sono tutte allusive ad una appartenenza attuale; con riguardo all'azione si dice *nostrum esse (Aa)* o *Auli Agerii esse (Ab)*, perché l'azione è il momento in cui l'appartenenza attuale è fatta valere; nell'azione non si fa valere la proprietà (che di per sé è un'astrazione, come l'usufrutto o la servitù), ma il

⁶⁰ PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 318 s.

⁶¹ Cfr. Marcian. D. 8, 1, 1; il testo può essere genuino: in questo caso si dovrebbe ammettere che questa terminologia risalga agli ultimi giuristi dell'epoca classica; ma è un problema che qui non interessa.

⁶² V. lett. in LANTELLA, 183 nota.

⁶³ Sulla presenza di *praestare* nella formula, v. CANNATA, *Studi Cagliari*, 47 (1971-72), 32.

suo contenuto concreto (l'appartenenza, il diritto di usare e godere). Con riguardo alla proprietà (o al diritto reale frazionario) si dice *nostrum facere* (*Ac*), poiché essa fornisce quel contenuto che si può poi far valere; la proprietà fa di una cosa una cosa nostra, nel senso che ha per suo contenuto specifico l'appartenenza.

Le espressioni *sub B*) sono invece allusive ad un vincolo di Numerio Negidio (altri) ad una prestazione a favore di Aulo Agerio (noi). Con riguardo all'azione (*Ba*; *Bb*) si dice che *alium* (*Numerium Negidium*) *dare facere praestare oportere nobis* (*Aulo Agerio*), cioè che egli «deve» *dare* etc., perché è l'esistenza attuale del vincolo che si fa valere; non è l'obbligazione (ancora un'astrazione) che si fa valere, ma il suo contenuto concreto; con riguardo all'obbligazione si dice (*Bc*) che essa *obstringit ad dandum* etc., poiché essa, tendendo altri vincolato verso di noi, fornisce quel contenuto che noi faremo valere.

Per quanto riguarda l'*obligatio*, ciò è espresso da Gaio stesso. Si rileggano le parole di Gai. 4, 2: si ha *actio in personam* quando si agisce con qualcuno che è obbligato verso di noi da contratto o da delitto (*qui nobis... obligatus est*) e cioè quando noi pretendiamo (*intendimus*: chiediamo un'azione con *intentio* a ciò diretta) che (altri) debba eseguire una prestazione (a nostro favore) (*dare facere praestare oportere*). Non si pretende, con l'azione, l'esistenza dell'obbligazione, ma si pretende il dovere di prestare, e lo si pretende sul presupposto che quegli – il convenuto – sia obbligato⁶⁴.

L'appartenenza e il vincolo forniscono dunque la *causa petendi*⁶⁵ rispettivamente alle azioni reali e alle azioni personali; essi rappresentano, d'altra parte, il contenuto dei rapporti giuridici reali e, rispettivamente, obbligatori.

9. – Siamo così giunti ad una interpretazione corretta di Paul. D. 44, 7, 3 pr., con la quale ci siamo anche resi conto della sua importanza; esso (isolando con eleganza il contenuto del rapporto giuridico dal rapporto stesso – o, se si vuole, dal diritto soggettivo – e dalla relativa azione) fornisce un chiarimento fondamentale: l'obbligazione è un rapporto giuridico che, per il suo titolare attivo – il creditore –, non è di per se stesso soddisfacente e pertanto viene tutelato con azioni dirette a procurargli la corrispondente soddisfazione: al contrario del diritto reale che, avendo per contenuto la appartenenza, è contemporaneamente soddisfacente. Le azioni reali sono azioni dirette alla conservazione del contenuto tipico della situazione che le fonda, ovvero alla restaurazione di tale contenuto, se compromesso. Le azioni personali sono dirette a far valere un vincolo (attuale) in funzione di una soddisfazione futura, e quindi hanno sempre per iscopo una modifica autentica (neppure una restaurazione) della situazione di fatto⁶⁶.

⁶⁴ A torto dunque l'ALBERTARIO, *Studi*, 3, 7 muove alla *lex obligationum* l'appunto di tacere sull'*oportere*.

⁶⁵ CANNATA, voce *Formula*, in *Nss. D.I.*, par. 5, sub *b*.

⁶⁶ Cfr. su tutto ciò, GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana* (1944), in part. 213; ID., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano* (1970), 333.

Questi risultati possono costituire il punto di partenza per una serie di riflessioni, alle quali accenneremo qui di seguito: data l'economia del presente lavoro non è possibile approfondirle in tutta la loro estensione poiché implicano problematiche assai vaste (e oggetto di una letteratura sterminata), ma cercheremo di proporre chiaramente la tematica che vi corrisponde.

Si può incominciare con l'osservazione che, dove si parla dell'obbligazione, si tende a dare rilievo al soggetto passivo del rapporto: il termine stesso di *obligatio*⁶⁷ descrive la situazione di chi è vincolato; I. 3, 13 pr., come ha espressamente scritto il Lantella⁶⁸, sembra «una definizione autobiografica formulata dai debitori» (*adstringimur*); Paul. D. 44, 7, 3 pr. è scritto in persona del creditore (*nobis obstringat*), ma l'*alium* è sempre presente in prima linea; secondo Gai. 4, 2, con l'*actio in personam*, noi (creditori) *agimus cum aliquo, qui nobis obligatus est*.

Parlando dei diritti reali, invece, la situazione rilevante è quella del titolare, in rapporto alla cosa: *rem nostram esse, ius* (sc. di far qualcosa della, sulla o con la cosa) *nobis esse, servitutem nostram esse*. Il soggetto passivo è tale solo al momento dell'azione. Nulla è più espressivo, a riguardo, del formulario dell'antica *legis actio sacramento in rem*. In essa (come è noto, e risulta, per la *vindicatio* dei mobili, da Gai. 4, 16) l'attore, con il convenuto e con la cosa presente davanti al magistrato, affermava l'appartenenza di essa a se stesso, e solo ai fini processuali parlava del e al convenuto: *Hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio secundum suam causam. sicut dixi ecce tibi vindictam imposui*; che è come dire: «Questa cosa è mia, ed è nei tuoi confronti che, in quest'occasione, lo affermo».

Di qui l'idea assai diffusa, che i diritti reali sono diritti assoluti, nel senso che hanno per soggetti passivi tutti i consociati, mentre il credito è un diritto relativo, che può essere fatto valere solo nei confronti di un soggetto passivo determinato. Questa idea non è però una deduzione rigorosamente esatta (si pensi alle servitù prediali, nelle quali il soggetto passivo non è meno determinato di quanto non lo sia in un rapporto obbligatorio⁶⁹, se di soggetto passivo del diritto reale si vuol parlare): è vero che i rapporti reali possono essere detti assoluti e quelli obbligatori relativi, ma in un senso diverso. E che può essere precisato solo contrapponendo i rispettivi contenuti – appartenenza e aspettativa – che li caratterizzano.

L'appartenenza è una situazione compiutamente realizzata, stabile, come si è detto. Finché essa sussiste, il suo titolare può affermarla in giudizio ogni volta che gli sia contestata, contro chiunque la contesti; poiché le azioni che essa produce tendono alla sua conservazione, essa ne produrrà sempre, finché deve essere conservata.

L'aspettativa del comportamento di un singolo produce invece un'unica azione,

⁶⁷ Cfr. GROSSO, *I problemi*, cit., 208.

⁶⁸ P. 180.

⁶⁹ Diversa è solo la disciplina della successione nel rapporto: v. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, 175 (che pure sostiene la tesi più diffusa).

quella per il suo soddisfacimento, contro chi deve soddisfarla. Può essere esperita una sola volta e non si riproduce.

APPENDICE

1. *Glossa «Obligatio»* (ed. Lione 1551)

Obligatio. videtur quod nulla obligatio definiatur.

Nam civilis sola non habet effectum exigendi: ut patet in obligatione literarum ante biennium *: ut j. de liter. obl. [*lege*: de litter. obl. = I. 3, 21]. Item patet in omni obligatione civili et naturali simul. nam si pactum fieret de non petendo, tollitur naturalis, et remanet civilis: ut ff. de sol. l. Stichum aut Pamphilum § naturalis (= D. 46, 3, 95, 4), et tamen non habet effectum istum: ut j. de exce. § praeterea (= I. 4, 13, 4).

Item nec naturalis: quia nec per eam fit actio, licet impediatur repetitio: ut ff. de do. l. hoc iure § fi. [= D. 39, 5, 19 § ?? *citazione incomprensibile*] et ff. de cond. indebit. l. iudex (= D. 12, 6, 28) et l. Iulianus [= D. eod. 60 pr.].

Sed dic, quod simul utraque hic definitur.

Item si bona est definitio: ergo convertitur cum suo definito. Ubicumque ergo est iuris vinculum, est obligatio: et econtra, ubi non est tale iuris vinculum non est obligatio, ergo nec fideiussor adhiberi potest: ut ff. de verbo. obl. l. j § ij. incipit, si quis ita, in fin. [= D. 45, 1, 1, 2] quod est falsum: quia naturali obligationi accedit; ut j. de fideiuss. in princi. [= I. 3, 20, 1].

Sed dicas quod hic est deceptio. nam si dicas non est obligatio, scilicet civilis et naturalis, vera est. si dicas obligatio, scilicet nulla, etiam naturalis, falsa est. et sic vis est in dictione obligatio.

Ubicumque enim dico, quod naturali obligatione quis tenetur, intelligo de iure gentium: quia convenit solis hominibus et omnibus.

(*a margine*)

Obligationum quaedam est civilis tantum, quaedam naturalis tantum, quaedam civilis et naturalis simul.

* Et haec sententia communis habetur licet ultra modum nec naturalem nec civilem natam velint, de quo habetur in l. cum quis C. de iur et fact. igno. et cum his sentit Iac. ab Are. tametsi glo. sequitur hic Porc. [= *Christophorus Porcus*] quem tu videto.

Definitio bona convertitur cum suo definito.

2. *Jacobus de Ravenneio*

in BARTOLUS, *Commentaria*, Venetiis 1590, IX, f. 88, recto, col. 1.

Sono aggiunte in corsivo le addizioni principali da PETRI DE BELLAPERTICA, *In libros Inst. commentarii*, Lugduni 1536, 235 s.

Quaerit glossa in primis, quae obligatio diffinitur hic. Et ostendit inductive, quod nulla obligatio diffinitur, quia non est nisi triplex obligatio, ut supponit, civilis, et naturalis, et civ. simul iuncta, sed neutra istarum diffinitur, ergo, etc.

De civili ostendit, quod non est nisi duplex, civilis sola, et illa quae est semper sola, alia est sola, sed semper non fuit sola. Prima non diffinitur hic, quia ex illa non adstringimur ex necessitate, ut patet in chirographo ante biennium. Si enim quis confitetur se recepisse pecuniam spe futurae numerationis, civiliter obligatus est, et tamen agenti contra eum ante biennium obstat exceptio non numeratae pecuniae. j. de verb. ob. et de non num. pec. l. in contractib. [*lege*: j. de litter. obl. et C. de non num. pec. l. in contractib. = I. 3, 21; C. 4, 30, 14]. Item nec illa quandoque habuit concomitantiam naturalis, et est videre in eo, qui cum esset naturaliter, et civiliter obligatus, si fiat sibi pactum de non petendo, iure tollitur naturalis, et remanet civilis sola. ff. de sol. l. Stichum. § naturalis (= D. 46, 3, 95, 4). Sed si ex ista civili agatur, obstat exceptio. ff. de pactis l. si unus § pactus [= D. 2, 14, 27, 2]. ergo nec ista hic diffinitur: civilis igitur sola non diffinitur.

Item nec sola naturalis, probatur, nam non est nisi duplex naturalis, quae semper fuit sola, ut in pacto nudo, in quo est naturalis obligatio, secundum Doc. ff. de pactis l. I [= D. 2, 14, 1 ??], et ea, quae quandoque habuit concomitantiam civilis [*err.* concomitancias civ.]. sed ex prima, non agitur, ff. de pactis l. iuris gentium § quinimmo [= D. 2, 14, 7, 5], ff. de pactis l. legitima [= D. 2, 14, 6]. Ergo cum per eam non adstringamur ex necessitate, etc. non diffinitur hic. Item nec illa, quae quandoque habet concomitantiam civilis, quae per alium actum civilem sublata est, nam nec illa habet efficaciam agendi, quamvis repetitionem inhibeat. ff. de conditione indebiti l. Iulianus [= D. 12, 6, 60 pr.] et l. iudex [= D. eod. 28].

Item nec utraque simul iuncta probatur, nam in Macedoniano, et Velleiano est reperire aliquem civiliter et naturaliter obligatum, quod patet ex eo, quod agitur ipso iure contra ipsum, sed exceptio obstat. ff. ad Velleianum l. si mulier in iure [= D. 16, 1, 23]. sed ex alio non agitur, ut ff. de act. et obl. l. naturales [= D. 44, 7, 10]. ergo ex illa simul coniuncta non obligatur aliquis cum effectu, ergo nec simul iuncta hic diffinitur. *ergo nulla est haec diffinitio: ut videtur. Sed certe glossa ostendit quod utraque hic diffinitur. si velit dicere glossa utraque id est civilis et naturalis hic diffinitur.* Hoc est ridiculum dicere, quia iam plura diffinirentur una diffinitione. sicut fatuum esset dicere quod homo et asinus simul diffinirentur una diffinitione. sed ego excuso glossam quantum ad hoc, quod inducit (= enim dicit) glossa quod utraque hic diffinitur, intellexit utraque scilicet simul iuncta, et prout in eodem facto concurrunt (= concurrunt) utraque, scilicet civilis et naturalis ...

DAS ABGB UND DIE JURISTISCHE KULTUR IN DER LOMBARDEI *

I. – VORBEMERKUNG: MAILAND UND DIE AUSLÄNDISCHEN REGIERUNGEN

1. – Die kulturgeschichtlichen Zustände, unter denen das ABGB in der Lombardei in Kraft trat, lassen sich nur verstehen, wenn wir sie mit einer bedeutsamen Eigenschaft des mailändischen Charakters in Verbindung bringen.

Doch zuvor bedarf es einer Klarstellung. In der vorliegenden Untersuchung wird fast nie von der Lombardei und den Lombarden, sondern fast immer von Mailand und den Mailändern die Rede sein. Dies bedeutet keine Einschränkung des Gegenstandes, sondern trägt lediglich der primären und verbindenden Rolle Mailands im kulturellen Bereich der lombardischen Sozialgeschichte Rechnung. Die kulturelle wie auch wirtschaftliche Vorrangstellung Mailands in den Gebieten des Pobeckens, südlich der Schweizer Alpen, zwischen Piemont und Venedig ist sehr alt, vor allem viel älter als die politische. Die letztere war erst eine Folge der Machtpolitik der *Signori di Milano*, der Visconti und der Sforza, die im 14. und 15. Jahrhundert als Herzöge die Stadt beherrschten. In der Zeit davor verhinderte die Idee der städtischen Freiheit eine ausgedehnte staatsähnliche Gliederung der lombardischen Einwohner; bekanntlich fanden die mit Kaiser Barbarossa zerstrittenen Mailänder vor ihren Türen die kaisertreuen Städte Pavia, Lodi und Como. Dennoch ist ein mailändischer Staat entstanden: aber er hat nie feste Grenzen erlangt. Im Laufe lokaler oder europäischer Auseinandersetzungen wechselten lombardische Gebiete, vor allem die Randgebiete zum Piemont, Venedig und der Schweiz, immer wieder ihren Besitzer. Die kennzeichnende Konstante der politischen Existenz Mailands war jedenfalls seit dem Mittelalter – und zwar unabhängig davon, ob Mailand als Freistadt oder als Staat anzusehen ist – die Tatsache, daß es immer dem Heiligen Römischen Reich zugehörte. Ich sehe von den kurzen Perioden französischer Herrschaft (etwa 1499-1521; 1796-1814) natürlich ab; auch die längere spanische Herrschaft (1525-1706) bildet nur eine scheinbare Ausnahme, denn sie war eine Folge der besonderen Stellung Karls V. Die Zugehörigkeit zum Reich beweist noch der um die Wende vom 17. zum 18. Jahrhundert, zur Zeit

* Pubblicato in *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828)*, Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte. Im Auftrag des Vorstandes der Wiener Rechtsgeschichtlichen Gesellschaft herausgegeben von WALTER SELB und HERBERT HOFMEISTER, Wien-Graz-Köln, 1980.

des spanischen Erbfolgekrieges, vom römischen Kaiser eingenommene Standpunkt, Mailand sei in jedem Falle nach dem Tode Karls II. wieder an das Reich gefallen.

Da Mailand zwischen dem von Frankreich beeinflussten Piemont und der so gut wie ganz unabhängigen, zwischen Osten und Westen zweideutig das Gleichgewicht haltenden Republik Venedig lag, ist seine politische Stellung nicht ohne Bedeutung.

2. – Der besondere mailändische Charakterzug, den ich eingangs erwähnte, steht mit der Gewohnheit der Mailänder, sich als Glied einer größeren Gemeinschaft zu fühlen, in engem Zusammenhang. Die Möglichkeit, besser gesagt, die Freiheit, ihre Arbeit und ihren Reichtum, kurz ihre Wirtschaft, so zu organisieren, wie sie wollen, ist den Mailändern über alles lieb, die politische Unabhängigkeit hingegen ist für sie eine zweitrangige Angelegenheit, und die Nationalität ihres Herrn ist ihnen gleichgültig, sofern er nur ein guter Gouverneur und kein Ausbeuter ist¹. In der Erinnerung der Mailänder nahm die Epoche der österreichischen Regierung unter Maria Theresia und Josef II. einen bevorzugten Platz ein, die napoleonischen Schöpfungen (Repubblica Cisalpina, Repubblica Italiana, Regno d'Italia) haben die Mailänder trotz des Anstriches nationaler Freiheit stets als fremde Ausbeutungssysteme betrachtet. Der Übergang zur piemontesischen, italienischen Herrschaft (1859) war gewiß auch eine Wahl gegen Österreich, zwar ohne breiten Anklang im Volk, aber doch begründet in einer Reaktion gegen die Kolonisationspolitik, welche die österreichische Verwaltung nach dem Wiener Kongreß kennzeichnete².

3. – Wie eben gesagt, ertrugen die Mailänder die als Regno d'Italia verummte Herrschaft Frankreichs nur mühsam. Der Abmarsch der französischen Truppen wurde von Carlo Porta, dem größten Dichter mailändischer Zunge (1776-1821), mit folgenden Versen begrüßt:

¹ Als literarisches Beispiel für diese Haltung kann das Sonett *Paracar che scappee de Lombardia* von CARLO PORTA gelten, dessen erste Strophe oben zitiert ist. Die Tatsache, daß dieser Dichter einen *Brindes de Meneghin a l'ostaria. Ditiramb per el matrimoni de S.M. l'Imperador Napoleon usw.* und später einen anderen *Brindes de Meneghin a l'ostaria per l'entrada in Milan de sova S.C. Maistaa Franzesch Primm usw.* (s. unten) geschrieben hat, ist keineswegs als opportunistischer Meinungswechsel zu betrachten (vgl. im zweiten *Brindes* die Verse 22 ff.; und auch das Sonett *Mò sissignor, no gb'oo vergogna a dill, hoo vorsuu ben anca a Napoleon*); es handelt sich vielmehr um die Philosophie eines Volkes, das nicht in der Unabhängigkeit sein Wohlsein sucht. Vgl. noch das Sonett *Marcanaggi politagh secca ball*.

² Die historische Richtigkeit dieses Urteils scheint etwa in der folgenden Werbeschrift gegen Österreich durch: CARLO CATTANEO, *Dell'insurrezione di Milano nel 1848 e della successiva guerra*, Lugano 1849.

*Paracar che scappee de Lombardia
se ve dan quaj moment de vardà indree
dee on'oggiada e fee a ment con che legria
se festeggia sto voster sant Michee.*³

Aber in der Chronik jener bedeutungsvollen Tage fehlen auch grauenvolle Ereignisse nicht. Sie brachten den einzigen Fall einer Lynchjustiz durch das Volk, der sich in der Geschichte der Stadt ereignet hat. Am 20. April 1814 – an einem typisch lombardischen Frühlingstag, an dem Wolken, Regen und wieder helles, frisches Sonnenlicht rasch wechselten, stürmte eine aufgebrachte Menge mit Regenschirmen bewaffnet das Haus des Finanzministers des Regno d'Italia, des Piemontesen Giuseppe Prina. Der arme Beamte wurde ergriffen, aus dem Fenster geworfen und schließlich mit Regenschirmen (und zwar mit Seidenschirmen vornehmer Mailänder, wenn man einigen, vielleicht parteiischen, Zeugen glauben darf) getötet.

Wir können verstehen, daß die Rückkehr der Österreicher nach Mailand zur Zeit des Wiener Kongresses als die beste Lösung der damaligen Probleme überhaupt angesehen wurde. Einmal wußten die Mailänder, daß die Modernisierung der lombardischen Wirtschaft und Gesellschaft und die blühende Kulturbewegung der lombardischen Aufklärung ein Erfolg der Wiener Politik des 18. Jahrhunderts war. Die Bevölkerung, der Napoleon das Opfer mehrerer tausender junger Leben abgefordert hatte, sehnte sich vor allem nach Frieden. Die österreichische Restauration berstärkte gerade diese Friedenshoffnungen. Noch einmal können wir unseren Dichter zitieren. In seinem *Brindes de Meneghin a l'ostaria per l'entrada in Milan de Sova S. C. Maistaa I. R. A. Franzesch Primm in compagnia de sova miee l'Imperatriz Maria Luvisa*⁴, sagt Meneghin, die typisierte poetische Figur (Maske) des Mailänders, daß er trinken will

*col fà eviva
al Gran Mètter che riva,
al Patron, car carasc, bon Patron,
ch'el ven scia con la brocca d'oliva,
senza ruzz, nè sparad, nè baccan,
a proved ai besogn de Milan*⁵,

denn das ist

³ D. h. etwa: «Ihr, rotbemützte Wegsteine – ein den französischen Soldaten angehängter Spitzname –, die ihr aus der Lombardei fliehen müßt, blickt einen Augenblick zurück, und seht, und merkt euch die Freude, die über diesen euren Abzug herricht».

⁴ D. h. «Trinkspruch in der ostaria zum Einzug Seiner hl. kaiserlichen Majestät Franz I. in Begleitung seiner Gattin der Kaiserin Marie Luise».

⁵ D. h. etwa: «und schreien: es lebe der große Herrscher, der kommt, der Herr, der vielgeliebte, der gute Herr, der einzieht mit dem Olivenzweig, ohne Zwang, ohne Pomp und lärmigen Aufwand, um sich der Nöte Mailands anzunehmen».

... el di boffà,
 de spongà,
 de sugà,
 de negà,
 chè la pas no la naca - l'è franca,
 chè l'è chi, che la pò pù scappà⁶.

II. – DAS ABGB IN DER LOMBARDEI

1. – Unter diesen allgemeinen Umständen wurde durch das Patent vom 28. September 1815 das ABGB in einer vorzüglichen italienischen Übersetzung⁷ als Codice Civile Generale Austriaco im lombardisch-venetianischen Königreich eingeführt. Es trat am 1. Jänner 1816 in Kraft.

Aber die eben genannten allgemeinen Umstände reichen nicht aus, um den Beifall, den das Gesetzbuch bei den lombardischen Juristen fand, zu erklären. Ein Blick auf die wechselvolle Geschichte der Rechtsquellen in der Lombardei drängt sich auf.

Im Vorwort zu seinem *Manuale degli atti tra vivi e d'ultima volontà* – einer eilig verfaßten, aber doch genauen und für die Praxis brauchbaren Darstellung der Testamente und der wichtigsten Verträge – schrieb der Rechtsanwalt Francesco Maria Carcano: «Der wiederholte gänzliche Wechsel der Gesetzgebung innerhalb der kurzen Zeit von zehn Jahren hat in der Öffentlichkeit Verunsicherung der Rechtsauffassungen bewirkt. Zwar ist es wahr, daß die Gesetzbücher in italienischer Sprache jedem zugänglich sind, aber die alten Leute, seit langem gewohnt, nach römischem und statutarischem Recht zu leben, können diese nicht vergessen und die Jugend, noch voll von der letzten, schon außer Kraft stehenden Gesetzbüchern, täuscht sich, weil sie sich über die eingeführten Änderungen des geltenden Gesetzes nicht Rechenschaft gibt». Der kurze Zeitraum von zehn Jahren, auf den der Verfasser in seinem 1922 erschienenen Buch⁸ anspielt, ist das Jahrzehnt von 1806-1815.

⁶ D. h. etwa: «ein Tag zum Trinken, zum Saufen, zum Vollaufen lassen, denn der Friede ist nicht fern – ist gesichert, ist da und entflieht nicht mehr».

⁷ «Delle versioni italiane l'edizione seconda, pubblicata in Milano nel 1815 dalla cesarea regia stamperia, è la sola ufficiale, e quindi non è da consultarsi mai quella inserita nella raccolta degli atti del governo, giusta la notificazione governativa 22 dicembre 1823». So G. BASEVI, *Annotazioni pratiche al Codice Civile Austriaco*, 5. Auflage, Milano 1852, 12. In diesem Kurzkomentar werden einige Unvollkommenheiten der offiziellen Übersetzung verbessert, und es wird der italienische Text durch Vergleich mit dem deutschen oft erklärt; s. z. B. die Erläuterung der Paragraphen 2; 7; 61; 88; 480; 499; 835; 862; 933; 1008; 1294; 1373; 1383; 1396; 1397.

⁸ Die im Text zitierte Stelle befindet sich in der ersten (Milano 1822) und der zweiten (Milano 1839) Ausgabe des *Manuale*, aber nicht in der dritten. Der italienische Text lautet: «*Il reiterato totale*

Wie wir bei Carcano gelesen haben, lebte die Lombardei nach dem Recht der *libri legales* und der Statuten. Übersehen wir nicht, daß die Rechtsprechung des Mailändischen Obergerichtes, des Senato, während des 16. und 17. Jahrhunderts, vor allem unter der spanischen Herrschaft, die Rechtspraxis stark beeinflusste, und zwar in einem sehr reaktionären Sinne. Der Einfluß der vom Patriziato, vom Patrizier- oder Adelsstand, beherrschten Einrichtungen, wie etwa dieses Senates, wurde durch die Reformen Maria Theresias und Josefs II., oder genauer des Fürsten von Kaunitz, überwunden⁹. Eine wichtige Rolle spielte in diesem Streit der neue *Regolamento del processo civile per la Lombardia austriaca*, der eine Bearbeitung der Zivilgerichtsordnung von 1781/82 enthielt¹⁰. Der *Regolamento* wurde am 28. Oktober 1785 publiziert und trat 1786 in Kraft. Die Niederlage des Patriziates und das darauffolgende Ende seines Führungsmonopols im öffentlichen Leben hatte die Zentralverwaltung in Wien, aber auch den mailändischen Bürgerstand begünstigt und daher dem Rechtsleben der Stadt, die Andrea Alciato, Cesare Beccaria und Pietro Verri zu ihren Söhnen wählt, die ihr angemessene europäische Tradition wiedergeben.

Auch das Verlangen nach einer Kodifikation des Zivilrechtes war damals spürbar; wir finden es in zwei mit 1765 datierten Briefen des Fürsten VON KAUNITZ, in denen er die Frage der Kodifikation des mailändischen Rechtes darlegt¹¹. Dieses Programm einer Kodifikation des mailändischen Rechtes war auch noch unter der französischen Regierung lebendig, bis dann am 30. März 1806 die italienische Übersetzung des Code Civil im Regno d'Italia eingeführt wurde.

2. – 1806, der Code Civil; 1815/16, das ABGB. Ganz ohne Zweifel haben die lombardischen Juristen und Praktiker das erste Gesetzbuch mit Kühle, Skepsis und Mißtrauen, das zweite hingegen mit Begeisterung aufgenommen. Es gibt sogar ein Büchlein, zwar nicht in der Lombardei, sondern 1815 in Venedig, geschrieben und erschienen, das schon im Titel eine vor allem in Mailand verbreitete Überzeugung ausdrückt: *Dei difetti del codice civile italico che porta il titolo di codice Napoleone, e dei pregi del codice civile austriaco*¹². Dem zugkräftigen Titel entspricht der Inhalt des Buches nicht genau. Wie der Verfasser, Doktor Gio-

cambiamento della legislazione seguito nel breve periodo di dieci anni ha prodotta nel Pubblico una oscillazione d'idee: egli è vero che i codici attuali in idioma italiano sono a portata di tutti, ma le persone provette, accostumate da lunga pezza a vivere sotto le leggi romane e statutarie, non sanno dimenticarsene, e la gioventù imbevuta de' cessati recenti codici talvolta prende equivoco non avvertendo ai cambiamenti introdotti dalla legge vegliante».

⁹ U. PETRONIO, *Il Senato di Milano*, 1972, 203 ff.

¹⁰ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, 1976, 513 A. 43.

¹¹ PETRONIO, a. a. O., 296 f.; vgl. 323, über die Notwendigkeit eines codice mercantile.

¹² D. h.: «Über die Nachteile und Fehler des Codice civile italico, welcher den Titel eines Codice Napoleone trägt, und über die Vorteile des Codice civile austriaco».

vanni Maria Negri, avvocato und giureconsulto in Vicenza, in der Einleitung schreibt, hatte er schon zur Zeit der französischen Regierung eine kritische Sammlung der im Code Civil enthaltenen mangelhaften Artikel vorbereitet. Nachdem aber *la sospirata dominazione austriaca* wieder in den Besitz dieser Staaten kam und die italienische Übersetzung des ABGB bekannt wurde, fand Negri darin mehrere, seinen Wünschen entsprechende Normenverbesserungen, sodaß schließlich sein Werk zu einem Register der Vorzüge des ABGB samt einiger weiterer Randvorschläge wurde.

Das überschwengliche Lob für den Inhalt des ABGB, in dem römische Weisheit mit germanischer Treue wunderbar vereinigt waren – wie Onofrio Taglioni¹³ schrieb –, soll aber durch das kurze, jedoch scharfsinnige, Werturteil über das System des Gesetzbuches ergänzt werden, das wir gerade in der Vorrede des *Commentario*¹⁴ desselben Taglioni lesen können. Kurz und gut: Vollkommenes und geeignetes System, gerechter und aufgeklärter Inhalt, somit alles, was von einem naturrechtlichen Gesetzbuch verlangt werden kann.

Die Vorliebe des mailändischen juristischen Milieus für das ABGB bedarf einer Rechtfertigung. Natürlich kann man allgemeine und vordergründige Argumente anführen, wie zum Beispiel die Tatsache, daß der Code Civil das erste Zivilgesetzbuch der Lombardei war und deshalb die übliche Abneigung gegen das Neue ganz auf ihn entfiel. Wie einige untrügliche Indizien beweisen, war dies auch der Fall. So zeigt sich vor allem, daß die lombardischen Juristen sich mehr darum bemühten, die überlieferte romanistische rechtsprechung dem Code Civil anzupassen, als den Code Civil als solchen zu verstehen. Der schon erwähnte Onofrio Taglioni, den wir als Verfasser eines Kommentars zum ABGB gleich kennenlernen werden, hatte im Jahre 1809 ein Buch veröffentlicht mit dem folgenden Titel: *Codice civile Napoleone, col confronto delle leggi romane, ove si espongono i principi delle stesse leggi, si trattano le questioni più importanti sulla interpretazione delle medesime e si accennano le comuni teoriche dei giureconsulti ricevute nel foro*. Es handelt sich deutlich um eine Darlegung des gemeinen Rechtes und um ein Buch, in dem ein gemeinrechtlicher Jurist seine traditionelle Wissenschaft für den Gebrauch eines Landes, das unter dem Code Civil leben mußte, darstellt.

Wollen wir aber die authentischen Gründe für die Einstellung der mailändischen Juristen erkennen, so müssen wir den Aufbau der beiden Gesetzbücher, des französischen und des österreichischen, näher betrachten. Wir sind gewohnt, in den Darstellungen der neueren Rechtsgeschichte zu lesen, daß das ABGB zwar ein gutes Gesetzbuch sei, der Code Civil aber doch das beste wäre. Diese Wertung ist eher politisch als technisch, genauer, eher justizpolitisch als fachjuristisch zu ver-

¹³ Im Vorwort zum ersten Band seines *Commentario al Codice civile universale austriaco*, Milano 1816, S. X. Zitiert auch von L. PFAFF und F. HOFMANN, *Commentar zum österr. allg. bürgerl. Gesetzbuche*, I/1, 1877, 65. Über TAGLIONI und seinen Kommentar s. noch unten.

¹⁴ TAGLIONI, a. a. O., I, S. IX.

stehen. Wer die Vorarbeiten beider Gesetzbücher untersucht, der kann feststellen, daß das technische Gerüst des Code Civil fast nichts anderes als das System und die Dogmatik Pothiers enthält, die neuen revolutionären oder napoleonischen Normen sind unvermittelt und ohne die nötige Beachtung der gesetzestechnischen Konsequenzen eingeschoben. Das ABGB hingegen ist nach Stoff und Gestalt als ein einheitliches Werk entstanden. Der Codex Theresianus war zwar nach der weisen Ansicht des Staatsministers von Kaunitz wegen seiner Unverständlichkeit und Breite als Gesetzbuch zu mißbilligen¹⁵, aber er enthielt eine ausführliche und eingehende, schon auf die Kodifikationsbedürfnisse ausgerichtete analytische Bearbeitung des Rechtsstoffes, die es möglich machte, die Endfassung durch graduelle Vereinfachung und durch Annäherung an ein ideelles Muster herzustellen. Das Endergebnis war obendrein nicht nur das Werk eines großen Juristen, Franz von Zeillers, sondern auch eines Mannes, der Größe genug hatte, seine eigene Position zurückzustellen, wenn sich in den Beratungen eine andere Lösung als die bessere erwies. Kurz, wir können sagen, daß der Aufbau des Code Civil, der französischen Tradition (wenigstens seit Domat und Pothier) folgend, aus einer logischen Gliederung der Rechtsregeln besteht, während das ABGB ein funktionelles, dem Rechtsstoff innewohnendes Netz von Rechtsverhältnissen entfaltet.

Die mailändischen Juristen waren gebildete Praktiker und ihre Vorliebe für das Meisterwerk der praktischen Dogmatik ist selbstverständlich. Das ABGB war überdies ein Erzeugnis der theresianisch-josephinischen Kulturbewegung, an der die Mailänder tiefen Anteil genommen hatten. Auch aus der Sicht der gemeinrechtlichen Überlieferung schien es echter als der durch fremde Gewohnheiten (die Coutumes) befleckte Code Civil.

3. – Das auffälligste Ereignis, das die Kraft des ABGB in der Lombardei ausgelöst hat, ist das reichliche Aufquellen einer neuen juristischen Literatur. Bei Pfaff und Hofmann¹⁶ lesen wir: «Dies Ereignis (d. i.: die Einführung des ABGB im lombardisch-venetianischen Königreich) hatte eine binnen kurzem in's Unübersehbare ausgedehnte italienische Literatur über das österreichische Privatrecht zur Folge. Man weiß nicht, worüber man mehr erstaunen soll: über die Schreibseligkeit der Schriftsteller, die bei Carozzi und Castelli in eine Art Schreib-Monomanie überging (von den unzähligen Publicationen des ersteren erschienen etwa 30 Bände binnen 10 Jahren; er scheint es im Ganzen auf 40 Bände gebracht zu haben, und wurde darin von Castelli noch übertroffen), über den Muth der Verleger oder über die Geduld des Publicums!».

Ich möchte sogleich beifügen, daß sich die Masse nur um weniges verkleinert, wenn wir die venetianischen Publikationen von den nur lombardischen heraus-

¹⁵ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage, 1967, 336.

¹⁶ *Commentar*, I/1, 65.

nehmen. Größtes Verlagszentrum war Mailand, die meisten und ergiebigsten Schriftsteller sind mailändische Praktiker, unter ihnen die eben erwähnten Castelli und Carozzi, der letztere auch als Übersetzer des Zeillerschen Kommentars. Daneben finden wir Pavia als akademisches Verlagszentrum, wo zum Beispiel die *Istituzioni del Diritto Civile Austriaco* von Professor Dr. Agostino Reale¹⁷ erschienen sind. Die Universität zu Pavia war damals die einzige lombardische Universität; die Universitäten in Mailand wurden erst im 20. Jahrhundert gegründet.

Meine auf Übersicht angelegte Darstellung ist nicht der geeignete Ort, diese Literatur im einzelnen zu bewerten; ich begnüge mich, ihren Bestand und ihren Stil zu beschreiben.

Einmal haben wir zu erklären, warum uns dieser Überfluß nicht zu erstaunen braucht. Nachdem ein- für allemal entschieden schien, daß das österreichische Recht auch das Recht der Lombardei sei, ergab sich als nächster Schritt, eine vollständige Literatur über dieses Recht in italienischer Sprache von Grund auf vorzubereiten. Die Aufgabe wurde durch den Umstand erschwert, daß die neuen Darstellungen nicht auf jede Bezugnahme auf das französische Recht verzichten konnten, denn das lombardisch-venetianische Königreich war von Staaten mit französischem Zivilrecht umschlossen (wir sollten auch die Tatsache nicht übersehen, daß der Code Civil vorher in der Lombardei in Geltung war und daß der Code de Commerce noch unter der österreichischen Regierung in Kraft blieb). Vor allem aber wollten die mailändischen Juristen auf ihre Kenntnis der römischen Quellen nicht verzichten, sondern sie als Mittel der Auslegung verwenden: zwar nicht um die neue österreichische zivilrechtliche Dogmatik zu unterlaufen, wie es mit der französischen etwa geschehen war, sondern um römische und österreichische Entscheidungsmethoden zu vergleichen, zu harmonisieren und wechselseitig zu ergänzen.

Hiezu ein Beispiel aus: G. A. CASTELLI, *Questioni diverse sulle servitù prediali*, 2. Auflage (Milano 1830), S. 116 (Buchstaben und Nummern beziehen sich auf ein Bild).

Questione CXV, *La casa G possiede la servitù dello stillicidio N. 8 (a carico della casa H. I proprietari di queste due case si uniscono in matrimonio. Domandasi se il diritto di servitù si perde.*

Se i poteri della moglie soggiacciono ad una servitù verso quelli del marito, il diritto confondesi nel tempo del matrimonio; lo stesso avviene dei poteri del marito gravati di una servitù verso quelli della moglie. Ma dopo sciolto il matrimonio la servitù ripiglia la sua forza, ed è dovuta egualmente che prima dell'unione conjugale. Tale è la decisione della *leg. 7, ff. de fundo dotali*. Né la cosa è diversamente, secondo il Codice Civile Generale, dacché quel motivo che dettò la disposizione del §

¹⁷ AGOSTINO REALE, *Istituzioni del Diritto civile austriaco con le differenze tra questo e il diritto civile francese e coll'additamento delle disposizioni posteriori alla promulgazione del Codice civile generale austriaco pubblicate nel Regno Lombardo-Veneto*, 2 Bände (= ein Band + 2 Halbbde.), Pavia 1829-1832, 1833 folgte das antikritische Heft *Osservazioni sui cenni critici* usw.; 1836 und 1838 zwei Supplemente (Appendici).

1495 prescrivente, che tra conjugj non può incominciare la prescrizione, né continuare durante il vincolo del matrimonio, sussiste pure nella concreta specie di fatto. Se dunque è vero che *ubi eadem est ratio, ibi eadem est juris dispositio*, ne segue che la servitù dello stillicidio stabilito in favore della casa G rimarrà interrotta, durante il matrimonio, ma riacquisterà ogni suo vigore a carico della casa F sciogliendosi tale vincolo.

Deswegen wurde eine Menge österreichischer Werke übersetzt, nicht nur Bücher, sondern auch Aufsätze: als erstes natürlich der Kommentar Zeillers, der eine mailändische und zwei venetianische Übersetzungen erhielt¹⁸ und immer der Kernpunkt der Exegese des ABGB blieb. Dann wurden neue Werke aller Art verfaßt: Kommentare, Handbücher, entweder mit allgemeinen Erörterungen oder Teilbetrachtungen, Institutionen, Monographien, kasuistische Darstellungen, rein praktische Handbücher mit Geschäftsformularen usw. Es ist gerade diese reiche und mannigfaltige Literatur, in der wir die eben beschriebene Methode der praxisorientierten, romanistisch-österreichischen Rechtsdogmatik finden. Durch diese Literatur wurde ein durchaus verdienstvoller Beitrag zur Auslegung des ABGB geleistet, der vielleicht größerer Beachtung würdig wäre als diesem bisher zuteil wurde.

III. – TAGLIONI UND ZEILLER

Wie bereits gesagt: der Kommentar FRANZ VON ZEILLERS war der beständige Ausgangspunkt der gesamten lombardischen Literatur über das ABGB. Es konnte nicht anders sein. Es gibt jedoch ein Werk, das in einem besonderen Verhältnis zu Zeiller steht: ich meine den *Commentario al Codice Civile Austriaco* von Onofrio Taglioni.

Ich habe Taglioni schon als Verfasser eines *Codice Civile Napoleone col confronto delle leggi romane* vom Jahre 1809 erwähnt: der *Commentario zum ABGB* umfaßt 10 Bände, aber der Verfasser konnte nur die ersten 8 vollenden, die zwischen 1816 und 1822 erschienen, denn am 6. November 1823 starb er im Alter von nur 41 Jahren. Der neunte und der zehnte Band wurden von Giuseppe Carozzi 1825, respektive 1826 herausgegeben. Taglioni war kein Mailänder¹⁹, er wurde 1782 zu Bagnacavallo bei Ravenna im Kirchenstaat geboren. Seine juristische Bildung hatte er sich an der Universität zu Bologna erworben, wo er 1807 die Doktor-

¹⁸ Die mailändische von G. CAROZZI (Milano 1815/16); die venetianischen von B. BARTOLINI bzw. F. DE CALDERONI.

¹⁹ Ich folge den biographischen Daten, wie sie bei WURZBACH, *Biographisches Lexikon des Kaiserthums Oesterreich*, 43. Th., 1881, 26 f. angegeben sind.

würde erlangt hatte. Hierauf begab er sich nach Mailand und übte daselbst die Anwaltspraxis aus. Sein Codice Civile Napoleone fand bei der damaligen französischen Regierung eine sehr günstige Aufnahme. Das Ministerium der Justiz approbierte dieses Werk, die Direktion des öffentlichen Unterrichts bestimmte es zum Hand- und Vortragsbuch an den Hochschulen und Lyzeen, und der König verlieh dem Verfasser die Lehrkanzel der Institutionen am Lyzeum zu Sondrio. Aber Taglioni nahm diese Stelle nicht an, er zog es vor, in seinem praktischen Beruf als Anwalt tätig zu bleiben. Als dann die Lombardei wieder zu Österreich kam, begann er einen Kommentar zum ABGB zu schreiben. Während die Bände seines Kommentars der Reihe nach erschienen und sein Ruf als Rechtsgelehrter im Lande wuchs, wurde er von einem schweren Leiden erfaßt, das damals als «tiefe Melancholie» bezeichnet wurde. Heilung suchend verließ er Mailand und glaubte sie in seiner Heimat zu finden, aber in Bologna angelangt, verfiel er in Raserei. Er fand wohl Genesung im Hospital zu Faenza, doch leider war die Besserung nicht von Dauer. Sein Trübsinn kehrte zurück und er starb, im Begriff nach Mailand zurückzukehren, in Bologna, nachdem er die letzten 17 Monate im Spital St. Ursula zugebracht hatte.

Taglioni scheint eine eigenartige Persönlichkeit gewesen zu sein: vielleicht ein recht eigenartiger Kerl, wenn eine gewisse Anekdote²⁰ wahrheitsgemäß ist. Doch ist der Kommentar Taglionis das Werk eines sehr ernstesten Mannes. Die Selbständigkeit der Ansichten des Verfassers wurde rasch bemerkt und beachtet, besonders wegen der Kritik an vielen, im Zeillerschen Kommentar aufgestellten Behauptungen. Die österreichischen Juristen haben dies Taglioni übelgenommen, er wurde als eifriger Gegner Zeillers bezeichnet und war damit gerichtet²¹. Aber das entspricht, wie schon Pfaff und Hofmann²² bemerkt haben, nicht der Wahrheit. Die Polemik Taglionis ist immer begründet, nie persönlich.

Ein Beispiel. TAGLIONI, Commentario, I, 140 f. (vgl. ZEILLER, Commentar I, zu § 115, n. 4): «Può accadere che l'uno o l'altro coniuge abbia motivo di domandare lo scioglimento del matrimonio; allora il motivo d'un coniuge distruggerà quello dell'altro coniuge? Zeiller sostiene l'affermativa per l'antica regola che *paria delicta mutua compensatio*

²⁰ Diese ist geschildert bei G.F. CRESPI, *La fine del Prina: giustizia popolare o delitto politico?*, in *Città di Milano*, novembre 1972, 26: Am Beginn der Tötlichkeiten, die schließlich zu der – schon oben erwähnten – Tötung des Finanzministers des Regno d'Italia, Giuseppe Prina, am 20. April 1814 führten, versuchte die Menge, die Fassade des Hauses, in dem der arme Minister wohnte, zu ersteigen. Dabei kletterte ein Mann auf einen Regenschirm, den ein anderer querhielt, um ein Fenster zu erreichen und das Gitter zu ergreifen. Aber der Regenschirm zerbrach, und sogleich entspann sich ein Streit zwischen den beiden Männern, da der Eigentümer des Regenschirmes Schadenersatz verlangte. Der Wandkletterer, der hierauf zu zahlen gezwungen wurde, schein Taglioni gewesen zu sein.

²¹ Vgl. z. B. die Rezension von M. STÖGER, in *Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde*, 1830, III, 430 ff.

²² *Commentar*, I/1, 65.

ne tolluntur. Ma io osservo che questa regola non procedeva che quando trattavasi di adulterio o d'ingiurie non atroci (Anmerkung: *L. 13. § 5 ff. ad legem Jul. de adult. L. 17 § 6 ff. de injur. et fam. libell.*), quindi tutt'al più potrebbe anche aver oggidi luogo in questi due casi quando pure le ingiurie non atroci si vollesero ritenere per un sufficiente motivo da sciogliere il matrimonio: ma in ogni altro caso direi di non ammettere compensazione, e che ciascun coniuge avesse il diritto di far sciogliere il matrimonio. Come in fatto compensare una condanna non minore di cinque anni di carcere, la quale rende quasi inutile il matrimonio; come compensare pericolose insidie, e gravi ripetuti maltrattamenti, che quasi rendono necessario lo scioglimento del matrimonio per comune sicurezza dei coniugi? Se eglino si condonassero reciprocamente le loro colpe, stimo che non potessero più far disciogliere il loro matrimonio, se non per nuovi motivi; ma conservando l'animo esacerbato dai loro delitti, non c'è ragione per negar loro il tristo rimedio dalla legge concesso per terminare un consorzio divenuto insopportabile e pericoloso».

In der Tat entscheidet ZEILLER auf Grund des Verschuldensprinzips, während TAGLIONI das moderne Zerrüttungsprinzip²³ intuitiv erfaßt.

Neben den kritischen Stellen, an denen Taglioni Zeiller widerspricht, gibt es zahlreiche andere, an denen er Zeiller zustimmt. Der wirkliche Grund, weshalb die österreichischen Juristen dem Handbuch TAGLIONIS (es handelt sich eigentlich nicht um einen Kommentar, sondern um ein Handbuch) abgeneigt waren, darf nicht in oberflächlicher Empfindlichkeit gesucht werden. Die wichtigste Ursache war der Umstand, daß der Bologneser Taglioni das österreichische Zivilrecht nicht vom naturrechtlichen, sondern vom romanistischen Standpunkt aus betrachtete. Aber gerade darum kann es als ein Standardwerk des mailändischen Juristenstils gelten, weil es das späte österreichische Naturrecht mit der romanistischen Überlieferung zu harmonisieren sucht.

IV. – NACHWORT

Von diesem Stil ist heute fast nur noch Erinnerung geblieben. Nachdem die Lombardei 1859 von Piemont annektiert und danach 1861 in das neue Regno d'Italia unter dem Hause Savoyens aufgenommen wurde, blieb das ABGB zwar zunächst bis 1865 in Kraft; danach aber wurde der neue Codice Civile im ganzen italienischen Königreich eingeführt.

Da dieses Gesetzbuch eine Bearbeitung des französischen Code Civil darstellt, geriet die lombardische Literatur über das ABGB außer Gebrauch. Das italienische juristische Schrifttum seit 1865 knüpfte an die piemontesische und neapolitanische Literatur an und war daher deutlich von französischem Einfluß geprägt.

²³ Vgl. SCHWIND in KLANG-GSCHNITZER, *Kommentar zum ABGB*, I/1, 2. Auflage, 1964, 725, 785.

Später übernahm es die Methoden der deutschen Pandektenwissenschaft, ohne jedoch ein sicheres Gleichgewicht zwischen Lehre und Praxis zu erlangen, wie dies ja auch der neueste Codice Civile von 1942 beweist.

Die Geschichte, die ich hier geschildert habe, bildet demnach eher ein Kapitel der österreichischen als der italienischen Privatrechtsgeschichte.

DAI GIURISTI AI CODICI, DAI CODICI AI GIURISTI *

(Le regole sulla responsabilità contrattuale
da Pothier al codice civile italiano del 1942)

1. – Quella dell'art. 1176 è, come tutti sanno, una delle norme più problematiche della codificazione civile del 1942: in particolare perché si è voluto considerarla una replica, dettata in relazione all'adempimento, dell'altra regola che, in relazione all'inadempimento, si trova collocata nell'art. 1218. Con la conseguenza di trovarsi di fronte al vigore, nella stessa codificazione, di una norma che sancisce la responsabilità per inadempimento come responsabilità per colpa-negligenza, e di un'altra che sancisce la responsabilità oggettiva, con il limite della *vis maior*¹.

Io credo che il problema risulti alquanto semplificato da una corretta ricostruzione della genesi storica delle norme citate²: cioè dell'art. 1176 (la quale ricostruzione, come vedremo, coinvolge anche quella della genesi dell'art. 1177) e dell'art. 1218 c.c. 1942. Naturalmente, con il chiarimento che mi accingo ad esporre, non pretendo di fornire uno strumento idoneo a dimostrare migliore l'una o l'altra delle soluzioni del problema della responsabilità per inadempimento: si tratterà solo di impostare correttamente il problema, individuando gli elementi tecnici che, in quelle scelte, sono in gioco.

Credo, invece, che la ricerca di questi elementi atti alla disamina di un problema civilistico presenti un notevole interesse per lo storico del diritto: perché esso mostra come la vicenda della codificazione abbia reagito sul lavoro dei giuristi (teo-

* Pubblicato nella *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXV (1981).

GIOVANNI TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 651.

Il testo del presente articolo è stato letto al congresso internazionale che ha avuto luogo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari nei giorni 18-20 maggio 1981, dedicato al tema «Legge, giudici, giuristi».

¹ Quest'ultimo schema, adottato per impostare il problema della responsabilità contrattuale, è evidentemente in rapporto con quello che la dottrina romanistica, dal BARON (*A/CP*, 52, 1869, 44 ss.) in poi, aveva elaborato in relazione alla responsabilità per custodia: v. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milano, 1966, p. 25 ss. (ove pure, a p. 85 ss., si propone un diverso, e più articolato profilo dell'evoluzione di quella categoria romana).

² Fra i tentativi, che già ne sono stati fatti, menzionerò per tutti quello recente, ricco di dati e di indicazioni bibliografiche, della VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, pp. 6 ss.; 119 ss.; ad esso si aggiunge ora il perspicuo saggio della DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, Torino, 1981.

rici e pratici: cioè professori e giudici, in particolare, perché gli avvocati dipendono dagli uni e dagli altri), o – forse meglio – come il lavoro dei giuristi abbia reagito alla codificazione. E si vedrà pure (questa è una proposta di metodo) come indagine storica e lavoro tecnico in funzione del diritto vigente possano trovarsi inscindibilmente connessi.

2. – L'idea che la responsabilità per inadempimento sia – in linea di principio – responsabilità per colpa, ha una larga base nel diritto comune. I giuristi dell'epoca intermedia, facendo capo a testi romani del tipo di D. 50, 17, 23, delinearono un sistema, che può essere sintetizzato nei termini seguenti: in ogni contratto³ vengono in considerazione, per determinare i doveri sussidiari (che è come dire l'ambito di rispondenza) del debitore, il dolo, il caso fortuito, e la colpa (negligenza). Del dolo il debitore risponde sempre, senza possibilità di pattuire il contrario (salva la possibilità di *pacisci de praeterito dolo, et quaesitam actionem remittere*); per il caso fortuito, che è inteso in senso oggettivo, il debitore non risponde mai, salva la *perpetuatio obligationis* conseguente alla mora, e salva l'espressa assunzione del rischio per il fortuito, che il debitore abbia operata⁴; quanto alla colpa, il debitore ne risponde o meno a seconda del tipo di contratto dal quale dipende l'obbligazione (principale) al quale il dovere di diligenza accede, e dal tipo contrattuale dipende anche la misura della diligenza dovuta, e perciò si avrà talora nessuna responsabilità per colpa, talora una responsabilità per colpa lieve, talora una responsabilità per colpa lievissima; della colpa grave, data la sua equiparazione al dolo, il debitore risponde sempre.

Questa dottrina, che ho esposto seguendo le linee che essa assume nel commentario alle *Institutiones* del Vinnio, era ancora ferma nelle *Loix civiles* del Domat.

Si noti ora, come invece ragionava il Pothier⁵. Egli distingueva le obbligazioni,

³ La dottrina in parola è stata costruita in relazione ai contratti, ma si applica evidentemente anche all'inadempimento delle obbligazioni da fatto lecito non contrattuale, in particolare alle figure che la tradizione romanistica (accolta nel Code civil e nei codici italiani che ne derivarono, fino a quello del 1865) denominava quasi contratti (sulla cui nozione, in prospettiva storica, v. CANNATA, in *Materiali per una Storia della Cultura giuridica raccolti da G. Tarello*, IV, Bologna, 1974, p. 37 ss.; ed anche in *La formazione storica del diritto moderno in Europa, Atti del III congresso int. della Società italiana di Storia del Diritto*, III, Firenze, 1977, p. 1177 ss.). Un'esposizione molto precisa, di questa dottrina della responsabilità contrattuale propria del diritto comune, si legge in VINNIUS, *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, precisamente ai numeri 4-12 del *commentarius* a I. 3, 15, 2 (nell'edizione di Lione, 1666, p. 710 ss.).

⁴ E salvo che il fortuito (o meglio, l'impossibilità derivante dal fortuito) trovi causa nella colpa del debitore: fattispecie che, però, è in genere considerata di responsabilità per colpa, e non per il fortuito.

⁵ Per DOMAT v. *infra*, nt. 31. Quanto a POTHIER, il luogo è il *chap. II* della *partie I* del *Traité des Obligations* (1761), in part. l'*art. premier*. Io uso l'edizione di Paris 1805, in due volumi (I, p. 95 ss.), citando però i «numeri» (unità minima della suddivisione del testo, comune a tutte le edizioni).

a seconda del loro oggetto⁶, in obbligazioni di dare, di fare e di non fare; nell'ambito delle obbligazioni di dare sono, a loro volta, isolate le obbligazioni di dare «un corps certain»⁷, sicché, al di fuori di queste, resta una zona di obbligazioni di dare generico, delle quali il Pothier parla poco, ma che tratta in sostanza come obbligazioni di dare una cosa appartenente ad un *genus illimitatum*⁸. Le regole, che il Pothier detta, in relazione a questa distinzione, possono essere sintetizzate così:

a) le obbligazioni di dare (tutte) sono suscettibili di esecuzione forzata in forma specifica; perché si abbia inadempimento, è necessaria la messa in mora (che per il Pothier si attua esclusivamente con la citazione in giudizio)⁹, salvo che contro il ladro per la restituzione della cosa rubata¹⁰; e la mora ha l'effetto generale di creare l'obbligazione al risarcimento del danno per il ritardo ed alla prestazione dei frutti che sono stati percepiti o potevano esserlo dal giorno della mora (cioè della citazione)¹¹;

b) le obbligazioni di dare una cosa determinata, oltre che alle regole ora esposte *sub a*, sono assoggettate a regole particolari, dipendenti dal fatto che la cosa dovuta può deteriorarsi e perire, mentre l'adempimento, in linea di principio, consiste nella consegna¹² della cosa nello stato in cui si trova¹³; con la conseguenza che il perimento estingue l'obbligazione¹⁴. Così, il perimento della cosa (o il suo deterioramento) fa sorgere l'obbligazione (suppletiva) al risarcimento del danno: 1) se il perimento, dovuto a caso fortuito o forza maggiore (intesi in senso oggettivo), è avvenuto perché la cosa è stata esposta al *casus* per colpa del debitore¹⁵; 2) ovvero se il perimento ha avuto luogo durante la mora, «dans les cas auxquels la chose n'aurait pas également péri chez le créancier»¹⁶; 3) se il perimento o il deterioramento si sarebbero potuti evitare con la custodia. Quest'ultima regola esige un particolare chiarimento. Essa è stata, dal Pothier¹⁷ fatta oggetto di particolare attenzione¹⁸,

⁶ Cfr. POTHIER, n. 130.

⁷ POTHIER, n. 142.

⁸ Al n. 509 (parlando dell'adempimento) il POTHIER le denomina «dettes d'un corps indéterminé».

⁹ POTHIER, n. 144.

¹⁰ *Loc. cit.*: il ladro è sempre in mora.

¹¹ POTHIER, n. 143.

¹² Eventualmente traslativa. POTHIER, n. 504 pare limitare l'obbligazione di dare a quella di compiere la *traditio*, ma in realtà l'autore vi comprendeva pure gli obblighi di consegna non traslativa (cfr. gli esempi in POTHIER, n. 142).

¹³ POTHIER, nn. 508-509.

¹⁴ POTHIER, n. 613.

¹⁵ POTHIER, n. 142.

¹⁶ POTHIER, n. 143.

¹⁷ POTHIER, n. 142.

¹⁸ Si noterà che il dovere di non esporre la cosa al *casus* (quello che, nel nostro elenco, è enunciato *sub 1*) non è costruito espressamente, dal Pothier, come dovere autonomo, ma semplicemente come limite agli effetti del *casus*, favorevoli al debitore.

perché egli (quantunque il riferimento non sia espresso) non poteva dimenticare che in una *lex* famosa si legge che *qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur*¹⁹: per questo il Pothier costruì espressamente l'obbligazione di custodire²⁰ come naturalmente sussidiaria dell'obbligazione di dare una specie. Il dovere di custodia, che dunque costituisce un aggravamento dell'obbligazione di dare, è però temperato dall'essere costruito come dovere di diligenza (o, in altri termini, dall'essere accompagnato dal dovere ulteriormente sussidiario della diligenza), per cui l'ambito di rispondenza del debitore non risulta negativamente delimitato dal criterio oggettivo della *vis maior*, bensì positivamente determinato come responsabilità per gli eventi evitabili con la diligenza (in *custodiendo*): la misura della quale varia «selon la différente nature des contrats ou quasi-contrats d'où l'obligation descend», con la conseguente graduazione tipizzata nelle figure della colpa grave (equiparata al dolo), della colpa lieve e della colpa lievissima²¹;

c) le obbligazioni di fare o di non fare non sono suscettibili di esecuzione in forma specifica: il loro inadempimento dà luogo al solo risarcimento del danno²². Se si tratta di obbligazioni di fare puntuale («lorsque la chose que le débiteur s'est obligé de faire, ne pouvoit se faire utilement que dans un certain temps qu'il a laissé passer»²³) o di non fare²⁴, il risarcimento è dovuto per effetto, rispettivamente, dell'inutile decorrenza del termine essenziale implicito ovvero del *facere* concretante l'inadempimento. Se invece si tratta di obbligazioni di fare ordinario, è necessaria la messa in mora, mediante citazione in giudizio: il giudice adito assegnerà un termine per l'adempimento, e se il debitore lo rispetta rifonderà al creditore unicamente le spese, salvo l'eventuale risarcimento del danno per il ritardo; se il debitore non esegue il dovuto entro il termine, sarà condannato al risarcimento del danno, oltre che alle spese²⁵. Nessun risarcimento è invece dovuto se chi era tenuto a fare non ha fatto o chi era tenuto a non fare ha fatto per causa di caso fortuito o di forza maggiore²⁶; a carico del debitore, che non possa adempiere per causa di una *vis maior*, è però posto un dovere (accessorio) di avviso, il quale, se inadempito (a meno che, a sua volta, non resti inadempito per causa della stessa forza maggiore), lascia sussistere l'obbligo di risarcire il danno²⁷.

¹⁹ D. 45, 1, 91 pr., che esclude la responsabilità del *promissor hominis*, il quale *neglegat infirmum* lo schiavo promesso.

²⁰ Si ponga mente al fatto che il custodire è pur sempre un *facere*, anche se il relativo dovere viene tecnicamente costruito come quello di *custodiam praestare*.

²¹ POTHIER, n. 142.

²² POTHIER, n. 146.

²³ POTHIER, n. 147.

²⁴ POTHIER, n. 148.

²⁵ POTHIER, n. 146.

²⁶ Sempre in senso oggettivo; la motivazione di POTHIER, n. 149, suona infatti: «car *nemo praestat casus fortuitos*». Il riferimento (parafrasi senza citazione) è a D. 50, 17, 23 in fine.

²⁷ POTHIER, n. 149, secondo capoverso.

Come si vede, il Pothier prospettava un sistema di responsabilità fondamentalemente oggettiva: responsabilità assoluta per l'inadempimento delle obbligazioni di dare generico; responsabilità oggettiva con il limite della *vis maior* per tutte le altre obbligazioni, fra le quali l'obbligazione di dare una specie è però aggravata dalla responsabilità per colpa in ordine alla *vis maior* ed estesa ai casi di perimento della cosa per fatti evitabili con la custodia: in forza di un dovere di custodia attenuato dall'essere costruito come dovere di diligenza.

Come d'uso, i compilatori del *code civil* (1804) lavorarono con Pothier alla mano, e, salva qualche correzione di contorno²⁸, lo seguirono anche qui: essi infatti stabilirono, accanto all'obbligazione di dare, quella della custodia (art. 1136), con il parametro (variabile: art. 1137, comma 2) del bon père de famille²⁹ (art. 1137, comma 1), stabilirono in generale il limite della *vis maior* (art. 1148)³⁰, ma inserirono prima di questo, senza riscontro in Pothier, la norma dell'art. 1147: «Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part».

In questo articolo si ravvisa *ictu oculi* il prototipo, per il tramite dell'art. 1225 c.c. 1865, dell'art. 1218 c.c. 1942; ma esso, secondo i compilatori del *code civil*, doveva invece colmare una lacuna del discorso di Pothier, riaffermando come generale il principio della «prestation des fautes», proprio del diritto comune e, come notavamo, di Domat³¹. Pare appunto corrispondere, invero, ad una semplice lacuna il fatto che il Pothier, mentre definiva con precisione l'ambito di applicabilità del suddetto principio in relazione alle obbligazioni di dare, ne tacesse poi del tutto a proposito delle obbligazioni di fare, dove il principio è pur sempre implicito, in quanto ogni *facere* ha senso solo se definito nelle proprie modalità³²: poiché nessuno può essere tenuto a fare in assoluto, ma dovrà fare in qualche modo, secondo regole tecniche, direttive pattizie, oculatèzza appropriata: criteri tutti a norma dei quali il fare è dovuto, ma oltre i quali non è dovuto: analogamente a come giocano

²⁸ Così, essi rinunziarono alla tipizzazione dei gradi della colpa (art. 1137), che era stata criticata, prima che dal Lebrun (cfr. VISINTINI, *op. cit.*, alla nt. 2, p. 130), dal THOMASIIUS (*Dissertatio de usu practico doctrinae de culparum praestatione in contractibus*, in *Dissertationum*, II, p. 1006, come lo cita il TOULLIER, *Le droit civil*, III, Bruxelles, 1830, p. 405); regolarono in modo più semplice e completo l'inizio della mora (art. 1139); dichiararono eseguibili in forma specifica certe obbligazioni di fare (artt. 1143-1144). Non è di contorno, ma non ci riguarda direttamente, l'introduzione dell'effetto reale del contratto (art. 1138 *code civil*).

²⁹ Così impostata in relazione alla soppressione della graduazione tipizzata della colpa: v. la nota prec.

³⁰ Per il perimento della cosa di specie dovuta, v. anche l'art. 1301 *code civil*.

³¹ Cfr. le *Lox civiles*, I Partie, Livre I^{er}, Tit. I^{er}, sect. III, spec. nn. 8-9.

³² E non importa se l'obbligazione sia di condotta o di risultato, come invece pensava l'OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione* (1918), in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, pp. 117 ss.; 153.

i principi sulle qualità della cosa oggetto di un'obbligazione di dare, ove il debitore risponde dell'assenza delle qualità dovute³³, ma non di quelle non dovute. Che il senso dell'aggiunta, al complesso normativo tratto da Pothier, dell'art. 1147 *code civil* fosse questo, nelle intenzioni dei compilatori, risulta in modo inequivoco dai lavori preparatori di quel codice³⁴.

La coppia degli artt. 1147-1148, dunque, formata da una norma (la seconda) desunta da Pothier, e da una norma (la prima), creata dai compilatori, rappresentava la recezione, nel *code civil*, della teoria tradizionale della responsabilità contrattuale: art. 1147, responsabilità per colpa, individuata come criterio di imputabilità (variabile di caso in caso, secondo il tipo di fonte dell'obbligazione o i patti concretamente intervenuti) dell'inadempimento o del ritardo, aggravata dall'inversione dell'onere della prova; art. 1148, principio del carattere esonerante della *vis maior* (intesa in senso oggettivo).

Ma, per una di quelle anastrosi di cui è ricca la storia del diritto, i commentatori del codice francese, per affermare il vigore del principio della responsabilità per colpa, non si rifecero all'art. 1147 *code civil*, che direttamente lo codificava. Un equivoco esegetico li condusse ad identificare la «cause étrangère» dell'art. 1147 con la «force majeure» e il «cas fortuit» dell'art. 1148³⁵, riducendo così l'art. 1147 a pura norma sull'inversione dell'onere della prova: la teoria della *prestation des fautes* venne invece desunta, per via traversa, dall'art. 1137 *code civil*, intendendosi la regola, ivi enunciata in rapporto alla custodia, come punto di emersione di un principio generale³⁶. Una ricerca accurata, che qui non è possibile documentare,

³³ POTHIER, n. 509; *code civil* art. 1246. L'analogia era anche chiara a OSTI, *Scritti giuridici*, cit., I, p. 97.

³⁴ La norma comparve, la prima volta, come art. 44, nel *livre III, titre II* del *Projet de la commission du Gouvernement, présenté le 24 thermidor an VIII* (12 agosto 1800) (cfr. FENET, 2, p. 165); si veda, poi, il corrispondente art. 45 del progetto presentato da Bigot-Préameneu al *Conseil d'Etat* (3 novembre 1803: FENET, 13, p. 10), di cui in part. si legga la discussione (FENET, 13, p. 55 s.), ove, ad es., il Regnaud chiedeva «s'il suffit d'une cause qui soit étrangère au débiteur pour justifier son retard, et s'il ne serait pas nécessaire de réduire l'excuse au seul cas de la force majeure», con la risposta del Bigot-Préameneu, il quale osserva che «l'excuse» è ridotta in tal modo entro limiti ragionevoli; ed ove il Treilhard sintetizzava (in risposta ad una successiva obiezione formulata su di un caso) dicendo che «en général les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en faute». Ancora, nel *Discours prononcé par le Tribun MOURICAULT* avanti il *corps législatif*, la «cause étrangère» dell'art. 1147 è presentata nella serie delle cause che esonerano dall'obbligo di risarcire il danno come distinta dal fortuito e dalla forza maggiore (FENET, 13, p. 420 ss.; v. anche la *Présentation au corps législatif et exposé des motifs* di Bigot-Préameneu, in FENET, 13, p. 232, sub artt. 1146-1147).

³⁵ Il TOULLIER (*op. cit.* alla n. 28, 3, p. 403), maestro di indiscussa autorità in materia di obbligazioni, iniziava con queste parole la sua trattazione dell'obbligo di risarcire il danno: «Les dommages et intérêts sont dus, soit à raison de l'inexécution, soit à raison du retard dans l'exécution de l'obligation (1147). L'inexécution et le retard proviennent de trois causes, du dol ou de la mauvaise foi de l'autre partie, de sa faute, ou enfin d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée; c'est ce qu'on appelle cas fortuit, force majeure».

³⁶ Cfr. VISINTINI, *op. cit.*, p. 125 ss. La posizione descritta nel testo era propria già dei primi commentatori del *code civil*; essa è già presente nel *Handbuch* dello ZACHARIÄ, la cui prima edizione, come

rivelerebbe che la fonte dell'equivoco sta nel fatto che i commentatori del *code civil* fecero ancora capo a Pothier, come fosse il primo commentatore del codice: i compilatori del *code civil* avevano, in buona parte, desunto dai *Traités* di Pothier l'apparato normativo codificato; i commentatori ritrovavano in Pothier il codice commentato e spiegato.

I compilatori del codice civile italiano del 1865 adottarono l'atteggiamento della dottrina (e della prassi) francese, che abbiamo or ora descritto, modificando, in conformità con esso, i testi normativi³⁷: sicché essi, con un'innovazione di considerevole entità dal punto di vista della formulazione legislativa³⁸, eliminarono il richiamo alla diligenza in relazione all'obbligazione di custodia (art. 1219 c.c. 1865), per formulare invece la relativa regola in termini generali, per tutte le obbligazioni, nel testo che segue: «La diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambidue, è sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito accennato nell'art. 1843. Questa regola per altro si deve applicare con maggior o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo codice».

Essi posero questa norma immediatamente prima delle norme sulla «causa estranea» (art. 1225 c.c. 1865 = 1147 *code civil*) e sulla *vis maior* (art. 1226 c.c. 1865 = 1148 *code civil*). L'art. 1224 è il precedente diretto dell'attuale art. 1176 c.c.: il fatto che, nei lavori preparatori del c.c. 1865, non vi sia traccia dell'operazione compiuta in sede normativa³⁹ non rappresenta altro che una prova in più – se ve ne fosse bisogno – della superficialità con cui la relativa documentazione è stata redatta.

I compilatori del codice civile del 1942 operarono una sistemazione organica di queste regole: nella sequenza dei quattro artt. 1176-1179 enumerarono le regole sulle modalità della prestazione (o meglio sulle obbligazioni sussidiarie a quella della prestazione principale): art. 1176, dovere generale di *praestare* la diligenza; art. 1177, dovere di *praestare custodiam*, sussidiario dell'obbligazione di consegna-

è noto, è del 1808; io ne leggo la traduzione italiana edita, in tre volumi, a Napoli, 1846, col titolo: *Corso di diritto civile francese di C.S. Zachariä, ... tradotto dal tedesco su la quinta edizione, riveduto ed aumentato col permesso dell'autore da' signori Aubry e Rau... prima edizione napolitana per cura di Camillo Attanasio e Baldassarre de Core*. (In realtà, l'edizione su cui era condotta la traduzione francese era la terza, del 1827: cfr. la prefazione, p. 7). Per il nostro tema cfr. I, p. 414 (il cpv. del § 299 con la n. 3); I, p. 435 ss. (§ 308 2°, con la nota 2 di p. 436).

³⁷ Un esempio analogo, già maturato negli artt. 445 e 446 del codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna (poi artt. 694 e 694 c.c. 1865; artt. 1168-1170 c.c. 1942) è quello delle azioni possessorie. Per ricostruire la vicenda si veda: *Motivi dei codici per gli Stati sardi*, Genova, 1853, p. 456 ss. (sub artt. 445-448); MANCINI, PISANELLI, A. SCIALOJA, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, I, parte II, Torino, 1857, pp. 396 ss.; 399 ss.; 409 s. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*², II, Torino, 1976, p. 181 s. nota 6, con altri riferimenti. Su tutto il tema vedi ora lo squisito libro del GAMBARO, *La legittimazione passiva alle azioni possessorie. Studio di diritto comparato*, Milano, 1979.

³⁸ Innovazione anche rispetto ai codici italiani preunitari di tradizione francese: si vedano gli artt. 1228 del codice sardo, l'art. 1091 delle leggi civili delle Due Sicilie, l'art. 1187 dell'estense.

³⁹ Cfr. VISINTINI, *op. cit.*, p. 122 s.

re una cosa determinata (la vecchia obbligazione di «dare» una specie, adeguata, nella terminologia, alla introduzione dell'effetto reale del contratto)⁴⁰; art. 1178, dovere di *praestare* la qualità media nelle obbligazioni di fornire cose determinate soltanto nel genere (cfr. l'art. 1248 c.c. 1865; art. 1246 *code civil*); art. 1179, libertà nella scelta della garanzia idonea, nelle obbligazioni di dare una garanzia (che è una eccezione alla norma precedente); le norme sulla causa estranea e sulla *vis maior* (artt. 1225 e 1226 c.c. 1865; artt. 1147 e 1148 *code civil*) furono sintetizzate nell'art. 1218⁴¹, cosicché si eliminò la menzione della *vis maior* in sede generale.

Quale fosse la linea di pensiero, che regge questa sistemazione normativa, è noto⁴²: in particolare è risaputo come essa rispecchi l'impostazione che, del problema della responsabilità contrattuale, era stato dato dall'Osti⁴³; e la possiamo sintetizzare, con riferimento tanto all'autore quanto ai lavori del legislatore, nei termini seguenti.

Nessun problema si pone finché la prestazione sia possibile, in senso oggettivo (o, come amava dire l'Osti, in senso oggettivo e assoluto), in quanto, sinché tale possibilità perdura, il debitore risponde sempre per l'inadempimento.

Il problema sorge, invece, quando si sia verificata l'impossibilità oggettiva ed assoluta della prestazione: e questa ha luogo nel caso che l'irrealizzabilità del contegno dovuto dipenda da cause che «incidano sulla prestazione considerata in sé e per sé, nella sua sostanza e nei suoi obiettivi presupposti»⁴⁴: chiarendo, può dirsi in generale che l'impossibilità sia tale quando provenga da una sfera esterna alla persona e all'economia del debitore⁴⁵, ma, se si tratta di un fare infungibile, deve ammettersi «la rilevanza anche degli impedimenti personali del debitore, ogni qualvolta, per la natura della prestazione, tali impedimenti reagiscano direttamente sulla possibilità di quest'ultima»⁴⁶; anche un fare fungibile, però, è oggettivamente impossibile se il debitore, impedito a fare, sia anche impedito a farsi sostituire⁴⁷.

Ora, l'impossibilità (oggettiva e assoluta nel senso chiarito), estingue l'obbliga-

⁴⁰ Si tenga presente che la terminologia romanistica riservava il verbo *dare* all'oggetto di un'obbligazione di trasferire la proprietà di una cosa o di costituire un diritto reale.

⁴¹ Relazione al re, n. 37: «La formulazione adottata [sc. nell'art. 1218] vuol precisare il principio che il codice del 1865 esprimeva negli artt. 1225 e 1226; nel primo di questi era considerata esoneratrice della responsabilità per inadempimento o per ritardo la causa estranea non imputabile al debitore, nel secondo si identificava tale causa col caso fortuito o con la forza maggiore».

⁴² Si vedano, per es., COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, p. 29 ss.; VISINTINI, *op. cit.*, p. 37 ss.

⁴³ Dell'OSTI si veda in part. il saggio *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, già cit. alla n. 31 (in *Scritti giuridici*, I, p. 3 ss.). L'Osti partecipò di persona ai lavori della codificazione del 1942, in particolare come esperto in materia d'obbligazioni. Cfr. RESCIGNO, nella *Presentazione* di OSTI, *Scritti giuridici*, cit., I, pp. VIII-XII.

⁴⁴ *Relazione al re*, n. 37; OSTI, *Scritti giuridici*, cit., I, p. 11 s.

⁴⁵ *Relazione al re*, n. 37; OSTI, *Scritti giuridici*, cit., I, p. 11.

⁴⁶ *Relazione al re*, n. 37.

⁴⁷ OSTI, *Scritti giuridici*, cit., I, p. 12 ss. (in part. p. 14 s.); p. 465. L'ultima citazione si riferisce al saggio *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni* (1954).

zione (art. 1256 c.c.); ma non (nel senso che in tale caso dà luogo a responsabilità del debitore inadempiente) quando sia da imputarsi a colpa del debitore⁴⁸ (art. 1218 c.c.), cioè quando il debitore abbia dato causa all'impossibilità «con un suo comportamento meno corretto ed oculato del normale»⁴⁹, abbia, cioè, violato il dovere di diligenza⁵⁰ (art. 1176 c.c.).

Si deve, a questo punto, osservare che la vicenda di queste norme – la loro genesi, la loro interpretazione e la correlativa loro metamorfosi nel succedersi delle codificazioni – ha sostanzialmente condotto ad una riformulazione degli schemi propri al diritto comune: precisamente, fra quelli desumibili dal Corpus Iuris, degli schemi più vicini all'impostazione che, dei problemi della responsabilità per inadempimento, adottavano i giuristi romani. In effetti, nella concezione, che abbiamo riferita come propria dell'Osti e del legislatore del 1942, si possono sottolineare i seguenti aspetti, fra i più rilevanti:

a) la colpa costituisce il fondamento della responsabilità, ma non in quanto direttamente connessa con l'inadempimento, bensì come criterio di imputazione, al debitore, dell'impossibilità della prestazione: si tratta dello schema impiegato dai giuristi romani (della repubblica: i *veteres*) per valutare la responsabilità nelle obbligazioni da *stipulatio in dando*, schema che è appunto alla radice di tutta la costruzione giurisprudenziale romana della responsabilità contrattuale⁵¹;

b) la colpa è intesa come negligenza, ed il suo impiego come criterio generale di responsabilità implica l'ammissione della esistenza di un dovere generale di diligenza del debitore; questa non è un'idea romana⁵², ma del diritto comune tardo: è un punto sul quale torneremo⁵³, per mostrare come l'impostazione più antica vada invece emergendo ora, presso i più recenti interpreti del codice civile del 1942;

c) un punto particolarmente delicato è quello della eliminazione della nozione di *vis maior* (caso fortuito e forza maggiore) in sede generale, cioè nell'art. 1218 c.c. La relazione al re⁵⁴ avverte che la formulazione adottata («causa non imputabile al

⁴⁸ OSTI, *Scritti giuridici*, cit., I, p. 90; 110 ss.; 167; 463; 467 s.; 502. L'ultima citazione si riferisce alla voce *Impossibilità sopravveniente*, del *Noviss. dig. it.* (1962).

⁴⁹ OSTI, *Scritti giuridici*, cit., I, p. 111.

⁵⁰ OSTI, *ivi*.

⁵¹ Sul problema romanistico: CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969, pp. 53 ss.; 304 ss.; anche la voce *Mora (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, p. 921. La regola dei *veteres* era che *quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuatur obligatio*; la *culpa* si aveva *si per debitorem steterit quo minus res detur* (cioè se il perimento era avvenuto dopo iniziata la mora, ovvero era avvenuto, prima della mora, per un fatto colpevole del debitore); la *perpetuatio* significava considerare sussistente il debito malgrado il perimento della cosa (cfr. D. 45, 1, 91 pr.; eod. 91, 3).

⁵² O almeno non classica: in part. v. KUNKEL, *Diligentia*, in *ZSS (RA)*, 45 (1925), p. 266 ss., su cui CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, 1, Milano, 1966, p. 6 ss.

⁵³ V. *infra*, n. 3.

⁵⁴ Nel corpo del n. 37, il capoverso «D'altra parte ...»: il luogo va inteso bene, con una lettura attenta.

debitore») presuppone accettata «la più recente tendenza della dottrina», che (in sede di interpretazione dell'art. 1226 c.c. 1865) identificava «quel concetto (*sc.* di caso fortuito e forza maggiore) con l'assenza di colpa, da parte del debitore, nella determinazione dell'evento da cui dipende l'inadempimento o il ritardo»; e che si è adottata quella formulazione per evitare equivoci («a dirimere ogni questione»). Gli equivoci da evitare dipendevano dal fatto che l'identificazione *vis maior = non culpa* era propria piuttosto delle teorie soggettive della responsabilità⁵⁵ secondo le quali l'obbligazione si identifica con un dovere di diligenza⁵⁶, che il legislatore rifiutava⁵⁷; nella teoria oggettiva (come è quella di Osti), l'identificazione *vis maior = non culpa* ha senso solo in questi termini: per *vis maior* s'intende l'impossibilità non imputabile, e quindi la *vis maior* risulta essere l'impossibilità non dovuta a colpa; l'obbligazione ha così per contenuto un dovere di *dare o facere*, limitato nella sua estensione da un dovere di *culpam (diligentiam) praestare*. E ciò corrisponde esattamente all'idea che ne avevano i giuristi romani, per i quali l'obbligazione consiste in un dovere di *dare, facere, praestare*, dove però solo i doveri di *dare e facere* sono esigibili come prestazioni (cioè sono azionabili), mentre i doveri di *praestare* hanno natura sussidiaria, nel senso che essi funzionano come criteri di responsabilità, cioè limiti all'imputabilità del mancato *dare o facere*⁵⁸.

3. – Nella codificazione civile oggi vigente in Italia, l'art. 1176 rappresenta la sede normativa del dovere (sussidiario) generale di diligenza del debitore: dovere che concerne l'adempimento, e la cui violazione corrisponde al concetto giuridico di colpa del debitore, ovvero di colpa nell'inadempimento. Quando e come questo dovere e questa (reciproca) colpa abbiano rilevanza in ordine alla responsabilità del debitore per l'inadempimento, è tema che riguarda l'esegesi dell'art. 1218 c.c. – o delle norme speciali che, nella disciplina dei singoli rapporti, lo precisano –: mentre dell'art. 1176 dovremmo attenderci le indicazioni relative al contenuto della colpa, cioè alla definizione dei doveri, nella cui violazione la colpa si concreta.

Per far ciò, però, sarà presto chiaro che, più che non spiegare il significato del

⁵⁵ Per ogni notizia rinvio a VISINTINI, *op. cit.*, p. 10 ss.

⁵⁶ Questa formulazione estrema è, in realtà, propria solo di certi autori, il più importante dei quali fu lo HARTMANN, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, su cui: OSTI, *Scritti giuridici*, cit., I, p. 37 ss.; COTTINO, *op. cit.*, p. 20 s. Per la dottrina italiana orientata in questo senso, v. DE LORENZI, *op. cit.*, p. 32 ss.; in part. sul pensiero del BARASSI, v. la n. 30 a p. 33, nonché VISINTINI, *op. cit.*, p. 16 s.; 51.

⁵⁷ Il rifiuto delle teorie soggettive della responsabilità da parte del legislatore del 1942 è netto, nella stessa misura in cui lo è presso l'Osti, come sappiamo; ma un segno più marcato di questa direzione sta nella circostanza che, durante i lavori preparatori, si era persino proposto di ricondurre il dovere di diligenza del buon padre di famiglia alla sola obbligazione di custodia: si veda la *Relazione della Commissione reale al progetto del libro «obbligazioni e contratti»*, p. 29.

⁵⁸ V. CANNATA, *Die vertragliche Haftung in der Sicht der römischen Juristen*, in *Studi Fac. Giur. Univ. Cagliari*, 47 (1971-72), p. 32 ss.

testo della norma, dovremo, tale significato, ricostruirlo. Perché, tra tutti gli articoli del codice civile del 1942, pochi se ne trovano per i quali la forma, per così dire, letteraria dell'espressione normativa sia così poco adeguata all'autentico contenuto sostanziale. Come passiamo subito a mostrare.

Noteremo anzitutto che l'aggancio della nozione di diligenza alla figura del buon padre di famiglia è insieme imprecisa e contraddittoria. Non manca di rapporto con l'imprecisione la circostanza che tale figura emblematica risulti oggi – ma non solo da oggi – buffa: parafrasando il Gierke⁵⁹, potremmo insinuare che la legge esiga dalla spogliarellista che essa esegua il suo *strip-tease* come lo farebbe un buon padre di famiglia; e potremmo anche suggerire che, ai sensi dell'art. 3 Cost. e soprattutto dopo la riforma del primo libro del codice, attuata dalla legge 19 maggio 1975, n. 151, l'emblema è viziato da maschilismo antiggiuridico. Il grottesco sarebbe, per altro, sopportabile se fosse vero, come vuole la relazione del Guardasigilli (n. 64), che «la figura del *bonus pater familias*... ha una tradizione bimillennaria; e, per quanto sommersa dai principi portati con le invasioni barbariche, si è manifestata tanto piena di vitalità da ritornare a dominare la vita giuridica con la resurrezione del romanesimo». In realtà, c'è ben poco di vero in affermazioni del genere.

I giuristi romani dell'epoca classica non facevano riferimento al *paterfamilias* come ad una misura del comportamento, se non sporadicamente, e comunque lo facevano solo se si trattava di valutare un contegno direttamente riferibile a quel modello concreto⁶⁰; la figura del *bonus*, o piuttosto del *diligens paterfamilias* si affacciò piuttosto in rimaneggiamenti postclassico-giustiniani di testi classici⁶¹, ma neppure qui con costanza, e soprattutto senza che il parametro fosse universale⁶²; neppure nella Glossa accursiana il padre di famiglia ha un rilievo sensibile⁶³. Una ricerca accurata metterebbe in luce che la tradizione vantata nella relazione del Guardasigilli ha radici relativamente recenti⁶⁴. Comunque – è questo che, qui, più

⁵⁹ Il passo del GIERKE, che criticava il progetto del BGB, si trova tradotto nel contesto di GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile (1955-1956)*, I, s.l., ma Varese, 1956, p. 183 s.

⁶⁰ Cfr. Paul. D. 19, 2, 54 pr.; PEROZZI, *Istituzioni*², II, Roma, 1928, p. 162, n. 2; KASER, *Das röm. Privatrecht*², I, München, 1971, p. 511 s. Si noterà pure che la figura del *paterfamilias* romano non corrisponde esattamente all'idea che l'espressione «padre di famiglia» suscita nel linguaggio moderno.

⁶¹ KASER, *Das röm. Privatrecht*², 2, München, 1975, p. 348 ss.

⁶² Ad esempio, in un testo in materia di appalto (D. 45, 1, 137, 3) è interpolato il criterio del '*diligens aedificator*': CANNATA, *Per lo studio*, cit., p. 152 ss.

⁶³ Ad esempio, in un testo centrale come la glossa *contractus* a D. 50, 17, 23, il parametro (e, si noti, in un contesto che contrappone la *culpa in abstracto* alla *culpa in concreto*) viene enunciato così: *diligens enim debet esse ad eum modum, quem hominum natura desiderat*, con citazione di D. 16, 3, 32 (la famosa *lex 'quod Nerva'*, di Celso, donde il glossatore trae il parametro, sebbene lo usi in funzione di una diversa soluzione del problema), ove si legge, ancora ad esempio, nella glossa *nam et si quis, «ita diligens sicut homines solent esse»*.

⁶⁴ Come la Glossa fungeva da termine *post quem*, un termine *ante quem* è rappresentato dai n. 786-787 degli *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum* dello HEINECCIUS (1725); nell'opera

interessa sottolineare –, in tutta tale tradizione il *paterfamilias*, quando è preso a modello, lo è esclusivamente in relazione alle attività che non rivestono carattere tecnico: modello dell'operare accorto, non parametro dell'esecuzione a regola d'arte. Ora, siccome l'art. 1176 c.c. – il cui secondo comma è scritto come esemplificazione delle varianti del criterio enunciato nel primo⁶⁵ (e si veda pure l'art. 2236) – mostra d'intendere il buon padre di famiglia come modello universale, egli dovrebbe, di volta in volta, indossare il camice, la toga, la tuta, il coturno, per trasformarsi in buon padre di famiglia medico, in buon padre di famiglia avvocato, in buon padre di famiglia meccanico, in buon padre di famiglia attore: travestimenti tutti che contengono una contraddizione, essendo mostri generati dalla simbiosi di Pantalone e del dottor Balanzone: del tecnico e del non tecnico, del comune e dello speciale; cosicché, dopo aver ragionato, si vede riapparire quel ridicolo che avevamo percepito all'inizio.

È necessario, dunque, proprio per comprendere la norma nel suo tenore letterale, cessar di pensare al buon padre di famiglia leggendo l'art. 1176 c.c., per tener conto invece di quel che tale infelice espressione dovrebbe in effetti significare. E questo è facile reperirlo.

Anzitutto, l'adozione del riferimento al buon padre di famiglia significa aggancio del criterio della diligenza ad un parametro oggettivo, e quindi rifiuto di ogni applicazione del criterio della *diligentia quam suis* (e della correlativa nozione di *culpa in concreto*)⁶⁶; in secondo luogo, essa significa che il dovere imposto (dovere di diligenza, o di che altro vedremo) è «medio», cioè normale, comune: che non è ammessa sciatteria alcuna, ma non si pretende alcunché d'eccezionale.

Ma, come l'ultimo inciso posto fra parentesi già suggeriva, ritengo che il vero problema esegetico relativo all'art. 1176 c.c. sia quello di stabilire che cosa significhi, nel suo contesto, la parola «diligenza».

Possiamo partire senz'altro, per quel che già si è detto, da un postulato, per altro sufficientemente pacifico: che, cioè, l'art. 1176 esprime in termini positivi la medesima nozione che, in termini negativi, è sintetizzata nella parola «colpa». Vale a dire, i doveri sussidiari all'adempimento del debitore indicati nell'art. 1176 sono gli stessi che permettono di considerare in colpa il debitore, il quale, per esservi venuto meno, non adempia. Ma, se è così, vien subito fatto d'osservare che non sempre la presenza della diligenza esclude la colpa, o, se si vuole, non sempre la

di VINNIUS (1647), già citata sopra alla n. 3, il *diligens paterfamilias* è impiegato, ma è ben lungi dal dominare l'impostazione.

⁶⁵ *Relazione al re*, n. 25: «Ma, d'altra parte, è un criterio che va commisurato al tipo speciale del singolo rapporto; per questo, nel secondo comma dell'art. 6 [= 1176 c.c.], è chiarito, a titolo di esemplificazione legislativa, che, trattandosi di obbligazioni inerenti alla organizzazione o all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi avuto riguardo alla natura della attività esercitata; per questo, inoltre, per quanto sia apparso superfluo riprodurre il secondo comma dell'art. 1224 c.c. [sc: del 1865], è da ritenersi certo che sussistono anche nel nuovo sistema dei casi in cui la diligenza deve apprezzarsi con minore o con maggior rigore».

⁶⁶ *Relazione al re*, n. 25.

colpa coincide con la negligenza: la nozione, che della colpa fornisce l'art. 43 c.p., come «negligenza, imprudenza, imperizia, inosservanza di leggi, regolamenti, ordini, discipline», non è diversa da quella che si adopera nel diritto delle obbligazioni, ed è certo che l'art. 1176 si riferisce a tutte quelle ipotesi. In particolare, per l'imperizia, la qualificazione di Celso (in Ulp. D. 19, 2, 9, 5), secondo il quale «*imperitiam culpa adnumerandam*» se il debitore sia addivenuto al contratto «*ut artifex*», è tuttora un comune strumento interpretativo. Del resto, è evidente che il secondo comma dell'art. 1176 c.c. quando parla della diligenza nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale dicendo che questa deve valutarsi «con riguardo alla natura dell'attività esercitata», parla della 'perizia' e non solo (anzi, non parla del tutto, come vedremo subito) della diligenza; così come è la colpa-imperizia a venire in considerazione nell'art. 2236 c.c.⁶⁷, che del secondo comma dell'art. 1176 è un'appendice.

Per comprendere a fondo la portata di questa obiezione, si deve por mente al fatto che nelle prestazioni con carattere tecnico, quelle – cioè – che vanno eseguite «a regola d'arte», è unicamente la colpa-imperizia a venire in considerazione, poiché il grado di diligenza (attenzione, accuratezza, prudenza) richiesto è richiesto dalle regole dell'arte, fa parte delle regole professionali assieme al possesso delle conoscenze tecniche: un orologiaio, il quale ripari male l'orologio del cliente, non esegue a regola d'arte anche se abbia esattamente individuato il guasto ed abbia predisposto ed attuato l'intervento opportuno con i mezzi adatti, ma abbia lavorato male perché ottuso dal vino o distratto da un amore non corrisposto; egli risponderà per colpa-negligenza se non restituisca l'orologio perché questo gli è stato rubato o lui stesso lo abbia perso o consegnato per errore ad un altro cliente, ma solo la colpa-imperizia servirà da criterio di responsabilità per una riparazione male eseguita.

Se il dettato dell'art. 1176, comma 2, contiene l'assurdo di lasciare intendere che si risponda di negligenza in relazione alla imperizia, questo è il frutto di una curiosa evoluzione storica, di cui si deve tenere conto.

Quello di aver raccolto sotto la nozione di colpa (*culpa*) i criteri di responsabilità fondati, diversamente dal dolo (che è riprovevolezza della volontà), sulla riprovevolezza della condotta, è un apporto della giurisprudenza romana del periodo classico⁶⁸: condotta riprovevole significava, in funzione di tale operazione concettuale, condotta in cui sia ravvisabile violazione di un dovere giuridico funzionale all'esecuzione della prestazione dovuta (dovere sussidiario): quello di diligenza era certo uno di quei doveri, ma – per così dire – l'ultimo, che soccorreva quando non vi fossero già doveri tecnici o derivanti da limiti contrattuali⁶⁹, cui fare capo. Fu durante il basso impero (come suol dirsi, in epoca postclassico-giustiniana) che,

⁶⁷ VISINTINI, *op. cit.*, p. 173, e CATTANEO, *ivi cit.* alla n. 147.

⁶⁸ Si veda il mio libro *Per lo studio*, cit. D. 19, 2, 9, 5 offre uno degli esempi più evidenti.

⁶⁹ V. ad es. D. 13, 6, 5, 7, su cui CANNATA, *Per lo studio*, cit., p. 265 ss.

volendosi accentuare il profilo morale della riprovevolezza del contegno del debitore, in funzione del pure accentuato carattere punitivo della condanna civile (perché l'imperatore è un giudice giusto, che premia i buoni e condanna i cattivi), il criterio della negligenza venne adottato come indice generale della colpevolezza: per cui, ad esempio⁷⁰, l'*aedificator* che usa pochi operai '*secundum rationem temporum locorumque*' diventa un *aedificator negligens*. Fu così che 'colpa' divenne uguale a 'negligenza': ma finché tale proposizione mantenne sostanzialmente il suo carattere ideologico, il messaggio in essa racchiuso non poteva turbare gran che la pratica del diritto privato. Le difficoltà ebbero inizio quando la proposizione 'colpa = negligenza' venne presa sul serio come enunciato tecnico⁷¹: perché allora se ne doveva dedurre che 'non negligenza = non colpa', e dunque che la prova della diligenza esclude la colpa e quindi la responsabilità per colpa. Quando questo risultato (che è alla base delle concezioni dell'obbligazione come dovere di diligenza)⁷² acquistò forza di regola, e portò di conseguenza a proporre regole corollarie del tipo che «il debitore di una prestazione tecnica è esonerato da responsabilità se prova di essersi condotto con diligenza», i giuristi non potevano non vedersi costretti a escogitare le teorie cosiddette oggettive della responsabilità contrattuale. Ma (se è vero quanto fin qui abbiamo raccontato) tali teorie, che si presentano come «oggettive» nel senso di proporre un sistema prevalentemente impostato sulla «responsabilità senza colpa», in realtà lo sono nel senso di proporre «criteri di imputazione in prevalenza diversi dalla negligenza»: cioè, da un lato, non sono teorie oggettive, dall'altro non propongono affatto una «responsabilità senza colpa». Mi spiego.

Responsabilità oggettiva, propriamente, è solo quella che, per stabilire la responsabilità dell'obbligato in caso di mancato adempimento, prescinde del tutto dal contegno dell'obbligato stesso; del tutto: e cioè non tanto nel senso che tale contegno non viene in alcun modo controllato, ma addirittura nel senso che esso non fa parte dei dati sui quali il problema della responsabilità si imposta. In altre parole, o la responsabilità oggettiva non si vale per nulla di criteri di responsabilità, perché il fatto del mancato adempimento è sufficiente a dar luogo a responsabilità per inadempimento (come avviene di regola nelle obbligazioni pecuniarie); ovvero fa riferimento a criteri di responsabilità che non sono criteri di imputabilità dell'inadempimento, perché consistono nella semplice attribuzione al debitore del rischio dell'impossibilità del risultato dovuto (di solito: del rischio del perimento

⁷⁰ Si veda il testo citato sopra, alla nt. 62.

⁷¹ Il fenomeno avvenne presso la giurisprudenza dell'epoca intermedia, in modo oscillante più che graduale. Purtroppo una ricostruzione storica di esso non è ancora stata fatta; qui posso solo dire che, a favorirlo, contribuirono due fattori: dapprima l'adozione diffusa della classificazione della colpa secondo gradi (*levissima, levis, lata*), che si definiscono unicamente in relazione a gradi analoghi di un parametro opposto (unitario), e nelle fonti il parametro adottato a questo fine è quello della diligenza; poi, le prospettive etiche della giurisprudenza giusnaturalistica.

⁷² V. sopra la nota 56.

della cosa dovuta) per certi eventi, che vengono considerati come vicende dell'iter di produzione di quel risultato (di solito: vicende della cosa), non come fatti che possono essere favoriti o evitati: come avviene nell'attribuzione, legislativa o pattizia, del rischio della *vis maior*.

Ogni sistema di responsabilità, che si basi invece sull'idea che l'impossibilità è a carico del debitore perché questi era tenuto ad evitarla, cioè che il debitore risponde dell'impossibilità in quanto questa gli sia imputabile, ovvero (è la stessa cosa) che il debitore non risponde se l'impossibilità proviene «da causa a lui non imputabile» (art. 1218 c.c.)⁷³, è un sistema di responsabilità soggettiva, e precisamente di responsabilità per colpa, poiché colpa è l'inadempimento del dovere (come concretamente configurato da caso a caso) di evitare l'impossibilità: e ciò, qualunque sia il criterio in base al quale si deve decidere dell'imputabilità, sia esso quello della negligenza, quello dell'imperizia o quello del cosiddetto rischio d'impresa.

Per questo, le teorie che in genere si definiscono oggi «oggettive», in realtà corrispondono a sforzi per restituire alla responsabilità per colpa la sua dimensione autentica.

Alla luce di questi chiarimenti, possiamo concludere, da un lato, che l'art. 1218, non isolando la *vis maior*, pecca solo per una piccola imperfezione terminologica, in quanto, nel caso in cui il debitore debba rispondere della forza maggiore, non gli servirà di provare che l'impossibilità deriva da causa a lui non imputabile (perché la *vis maior* non gli sarà, per definizione, mai imputabile, mentre può ben essergli addossato il relativo rischio)⁷⁴. D'altro lato, tornando all'art. 1176 c.c., appare ormai, credo, chiaro che il suo significato autentico non è quello di una norma sulla diligenza, ma quello della regola generale in materia di colpa, o – se si vuole – di criteri di imputazione dell'inadempimento (o dell'impossibilità dell'adempimento), ovvero ancora sui doveri sussidiari del debitore in ordine alla realizzazione dell'adempimento: e che, quindi, la portata normativa dell'art. 1176 non è quella di stabilire il contenuto di tali doveri o criteri, ma semplicemente di stabilire che (di regola) essi andranno determinati con riferimento a parametri, variabili a seconda del tipo di prestazione e del tipo di contratto in base al quale essa è dovuta (comma 2), ma sempre determinati in astratto e con riferimento a modelli medi (comma 1).

4. – In questa specie di viaggio tra giuristi e legislatori abbiamo incontrato un numero notevole di impostazioni diverse del problema della responsabilità con-

⁷³ Ai fini di questo discorso, si può prescindere dall'inversione dell'onere della prova.

⁷⁴ La dizione corretta sarebbe, pertanto: «... derivante da causa di cui egli non deve rispondere», o «di cui egli non deve sopportare il rischio»: non condivido la contrapposizione fra rischio e responsabilità nei termini in cui essa è stata formulata dal BETTI, come ho brevemente spiegato in *Die vertragliche Haftung*, cit., p. 26 s.

trattuale: ma abbiamo anche dovuto constatare (credo che sia risultato sufficientemente chiaro) che il numero delle varianti della sostanza della disciplina positiva del problema è assai minore. Io sarei anzi tentato di dire che, da Celso in poi, del problema della responsabilità per inadempimento si è sempre adottato uno schema uniforme di soluzione pratica. Le varianti sostanziali furono, al massimo, del calibro dell'accoglimento o del rifiuto di una *culpa in concreto*; le vere varianti sono formali, e frutto, in generale, di fraintendimenti del materiale preesistente, ovvero di sforzi per correggere fraintendimenti sui quali il materiale preesistente era stato costruito.

Quello della responsabilità contrattuale è considerato campo caratteristico di innovazioni legate al progresso sociale e tecnologico, che impongono scelte di politica del diritto⁷⁵: a me pare piuttosto un campo nel quale le grandi scelte sistematiche sono del tutto assenti, mentre, da Pothier in poi, è costante l'apparenza esteriore di scelte del genere. Il vero lavoro dei pratici è stato, invece, quello di stabilire in concreto quali fossero i doveri o i rischi da addossare alla parte, a seconda della veste che essa assume addivenendo ad un contratto: cioè il lavoro di determinare – giorno per giorno, professione per professione, ambiente per ambiente – quali siano i criteri per imputare al debitore l'inadempimento. Che è come dire, definire la nozione di colpa.

⁷⁵ Sulle trasformazioni del diritto civile, v. la letteratura alla voce *Diritto civile*, redatta da GRASSETTI e CARNEVALI per l'*Appendice del Noviss. dig. it.* (1980). Un'eco delle mutazioni in tema di responsabilità contrattuale si trova, in quella voce, al n. 8, dedicato alla *responsabilità civile*.

VIOLENZA FITTIZIA E VIOLENZA REALE NELLE STRUTTURE PRIMIGENIE DEL PROCESSO PRIVATO ROMANO *

I. – PREMESSA

1. – La presenza, nelle *legis actiones* primitive, di atti, che realizzano o rappresentano l'impiego della forza fisica nei confronti di persone o cose, costituisce un topos degli studi su quella fase della storia del processo¹: sicché un ulteriore scritto sul tema può apparire destinato a tradursi in una esercitazione accademica, senza alcun valore euristico. Tanto più che ogni discorso sulle *legis actiones* si basa su poche già spremutissime fonti, l'ultimo arricchimento delle quali risale ormai a quasi mezzo secolo fa, quando furono pubblicati i frammenti egizi delle Istituzioni di Gaio, relativi alla *iudicis arbitrive postulatio* ed alla *legis actio per condictioem*².

Però – senza che questa affermazione possa avere un carattere assoluto, ma solo quello di una descrizione complessiva – si deve dire che le tracce di violenza privata, ed in particolare gli atti che ne costituiscono dei simboli, sono in genere stati considerati da un punto di vista, che definirei piuttosto socio-antropologico che non giuridico. Intendo dire che, anche nel contesto di ricerche inequivocabilmente

* Estratto da *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, vol. IV, Milano, 1983.

I risultati esposti nel presente studio – che, con la devozione di sempre, mi onoro di dedicare a Cesare Sanfilippo – dipendono in parte da prospettive che accennai brevemente, dapprima, nella dispensa *La giurisprudenza romana*, Torino, 1974, p. 9 ss. (= *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, I, Torino, 1976, p. 22 ss.), ed ho poi più ampiamente espone nella recente dispensa *Profilo istituzionale del processo privato romano, I: Le legis actiones*, Torino, 1980.

¹ Cfr. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I: Le legis actiones* (corso 1961-1962), Roma, 1962, p. 28 ss. (con letteratura, per la quale, oltre le note relative al punto citato, e che si trovano a p. 60 ss., v. anche la nt. 3 a p. 19 ss.); KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, p. 19 ss. (anche p. 18), con una sintesi della storia del problema. Presso gli autori, che adottano una spiegazione magica o magico-religiosa dei riti processuali antichi, il problema della violenza degli atti rituali tende apparentemente ad essere svalutato: in realtà esso risulta piuttosto, per così dire, stemperato nel diverso contesto. Come modelli di quest'ultimo indirizzo (e non tanto perché si tratta di lavori recenti, bensì per l'acribia e la ponderatezza che li caratterizzano) proponerei i due scritti del SANTORO, *Potere e azione nell'antico diritto romano*, Palermo, 1967 (estr. da *AP*, 30); *Manu(m) conserere*, Palermo, 1971 (estr. da *AP*, 32).

² Il reperto, che fu pubblicato dall'ARANGIO RUIZ (*PSI*, XI, n. 1182; cfr. *BIDR*, NS 1, 1935, p. 570 ss.) nel 1935, è, come si sa, abbastanza vasto, e non offre solo il contributo ricordato nel testo.

te di storia del diritto, il senso di quelle scenografie di lotta, e talora anche quello degli atti di violenza reale, è stato cercato al di fuori della loro funzione quali atti di una procedura giudiziaria, per scorgervi testimonianze ora di un ambiente pregiudicato – un assetto di equilibri intersoggettivi non ancora, o non pienamente assoggettati al giudizio di strutture giudicanti istituzionalizzate –, ora di una sfera paragiuridica, soprattutto magica o religiosa³.

La presente esposizione si giustifica appunto per il fatto di prescindere da ogni considerazione o valutazione di quel tipo: senza che ciò ne costituisca una connotazione negativa, perché si tratta invece di un modo per dare ad una trattazione di problemi d'origine il suo senso appropriato nel contesto di una ricerca storico-giuridica, ove i problemi d'origine degli istituti siano quelli dell'origine degli istituti e non quelli della struttura degli istituti in una certa epoca che si voglia considerare alle origini di una certa cultura. Nella prospettiva così scelta, è chiaro che problemi d'origine se ne possono porre con riguardo a qualsiasi epoca: e se quelli, che qui si trattano, sono cronologicamente situati ai primordi di Roma, ciò dipende solo dal fatto che noi ci occupiamo del processo romano, e le origini del processo romano si situano cronologicamente in quei primordi. Ma siccome, dal punto di vista della storia delle istituzioni giuridiche, il processo, allora ed in quel modo formatosi, è durato – modificandosi ed arricchendosi, ma senza finire – oltre quei primordi, oltre Roma, oltre ogni passato, fino ad oggi, noi dovremmo procedere ad una valutazione delle strutture normative ed istituzionali arcaiche come di un punto di partenza dell'evoluzione successiva o, se si vuole, come luogo dei dati germinali – e così condizionanti – di strutture ancora presenti. Una trattazione, dunque,

³ A questo tipo di valutazione complessiva si sottrae il recente corso del NICOSIA, *Il processo privato romano*. I: *Le origini*, Catania, 1980 (ma già diffuso la prima volta in una dispensa ciclostilata, col titolo *Iurisdictio e potere politico in Roma*, I, anno acc. 1976-77, che l'amicizia dell'autore mi permise di conoscere). Egli, nel riproporre (con una parziale rivalutazione delle tesi di Wlassak: v. in part. NICOSIA, *Il processo*, cit., p. 49 ss.; 168 ss.; ma anche 60 s.) una visuale privatistica per l'individuazione della genesi delle forme processuali romane, individua bensì tale genesi in atti di autodifesa, ma (distaccandosi così dalle analoghe concezioni passate, in part. quella del Luzzatto: v. in part. NICOSIA, p. 56 ss.; 175 ss.) ravvisando in tali procedure autodifensive, attuate dalle parti «senza il controllo di un organo sovraordinato» (NICOSIA, p. 179, ma cito solo una delle pagine conclusive del discorso che anima tutto il libro), un vero e proprio istituto dell'ordinamento dell'antica Roma (persistito fin oltre l'epoca delle XII tavole). Il discorso del Nicosia è dunque una ricostruzione di strutture giuridiche, e non di strutture pre- o paragiuridiche. Ora, sebbene io sia incline a ravvisare nelle prospettive del Nicosia una ancor troppo densa ombra del «modello niebuhriano» (TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, I, Milano, 1981, p. 3 ss.; per esempio, si confronti, sulla ricostruzione del processo di formazione ed assetto del regime repubblicano, NICOSIA, *Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma*, Catania, 1971, p. 65 ss.; *Il processo*, p. 31 ss., con TONDO, *Profilo*, p. 131 ss.), e, sebbene ancora, a me paia che l'analisi dei dati disponibili suggerisca, per l'origine delle *legis actiones*, una vicenda diversa da quella che egli propone, è pur vero che i nostri due discorsi partono da rilievi in gran parte comuni, primo fra tutti quello della originaria incompetenza del magistrato supremo a decidere le controversie fra i privati, anzi del tutto a provvedere a quei processi: in una parola, quello dell'assenza della *iurisdictio* (come la definisce il NICOSIA, *Il processo*, p. 8 ss.; anche 161 ss.) fra i poteri magistratali dei primi secoli di Roma.

aperta al futuro degli oggetti trattati, piuttosto che al loro passato o alle concomitanze non giuridiche del loro presente. Il che si giustifica anche, da un lato, per la considerazione che, in un discorso sulla storia del nostro diritto, le *legis actiones* primitive non hanno un passato (o non ne hanno uno percettibile e scientificamente considerabile), mentre ne ha uno – enorme – l'ambiente culturale nel quale esse sono nate; e, d'altro canto, per il fatto che l'impostazione tecnica degli istituti giuridici ha, sul loro assetto successivo e sui modi di evoluzione di tale assetto, un peso assai più notevole e, in ogni modo, assai diverso da quello che i dati socio-economici, che tale assetto hanno determinato, hanno sulle strutture socio-economiche successive: c'è una perennità, per fare un esempio, nella concezione giuridica della proprietà, che la corrispondente situazione economica dell'appartenenza non condivide affatto.

Con ciò, spero che sia chiaro, non è affatto mia intenzione proporre, parafrasando un enunciato programmatico famoso, il metodo di una «reine Rechtsgeschichte», cioè di una storiografia giuridica che adotti, per l'individuazione del dato che essa storicamente tratta, la stessa nozione di «purezza» che il Kelsen, nel primo paragrafo della *Reine Rechtslehre*, adottava in funzione dell'elaborazione teorica dello stesso dato. Non perché io non operi, più o meno, in questa linea: ma perché, nel farlo, non propongo un metodo, ma solo un punto di vista – uno dei tanti validi, e valido esso stesso in quanto fecondo di certi risultati, come altri sono fecondi di altri risultati.

Ed ancora: non voglio sostenere che si possa fare la storia del diritto, per quanto «rein», prescindendo dagli elementi che, di ogni fenomeno giuridico, costituiscono l'«impurezza»: ciò significherebbe rinunciare a capire, perché ogni soluzione giuridica è dotata di una precisa funzionalità politica, prescindendo dalla quale il dato giuridico risulta incomprensibile, come lo sarebbe un albero a cammes considerato in sé: nulla vieterebbe, in tale ipotesi, di reperire il senso culturale dell'oggetto in una serie che passa dai fregi del Partenone ai profeti di Wiligelmo, alla Pietà Rondanini ed alle Reclining Figures di H. Moore, piuttosto che non nella serie che, partendo dalla leva e dalla ruota, comprende pendolo, valvole e pistoni. È solo, ripeto, un problema di prospettiva: come quando gli storici dell'ingegneria navale si pongono il problema delle polireme (se, poniamo, una trireme avesse tre ordini di remi sovrapposti o tre rematori per remo, o tre rematori e tre remi per ogni banco), e si preoccupano bensì di come le navi fossero, nel complesso, fatte, di quali settori del mare navigassero, di come combattessero ed in quali mesi dell'anno, ma non si curano dello stato giuridico dei marinai, o degli ideali e degli interessi che li portavano ad impegnarsi in guerra, e neppure del perché certi scontri avessero luogo per mare piuttosto che sulla terra ferma⁴.

⁴ Credo opportuno notare, che questa mia scelta di prospettiva finisce comunque con lo scontrarsi con proposte di metodo. Ora, se posso esimermi dal prendere posizione su di esse (in quanto non ne adotto alcuna), non posso sottrarmi al confronto con esse. In altre parole, devo dar conto della misura, nella quale la prospettiva che adotto possa essere compatibile con quelle connesse con tali metodi.

2. – L'analisi del processo romano più antico, che qui propongo, si basa su di una distinzione, che è bene chiarire in via preliminare, fra violenza fittizia e violenza reale: cioè, nell'ambito delle *legis actiones* primitive, fra atti che rappresentano, con simulacri di apparenza reale ma in realtà costruiti di simboli, l'uso della forza, e atti che realizzano un assoggettamento vero di persone o cose al potere, fisicamente realizzato, di un soggetto⁵.

La ritualità di tali atti – cioè il fatto che essi, per essere giuridicamente rilevanti in un certo senso, ovvero addirittura non vietati, dovevano svolgersi secondo moduli predisposti – non interessa tale distinzione: gli atti di violenza fittizia erano, ovviamente, sempre rituali, ma in genere lo erano anche quelli di violenza reale, almeno se si trattava di atti che dovessero avere luogo *in iure*, cioè che facevano propriamente parte delle *actiones*; e persino gli atti stragiudiziali (cioè che, pur essendo essenziali alla procedura, avevano luogo *extra ius*), benché non possa parlarsi di una loro autentica ritualità, in quanto non corrispondevano ad un copione, erano assoggettati ad una certa disciplina, che ne governava l'esito e ne determinava certe modalità e certi limiti⁶.

che. Brevemente può dirsi: *a*) la prospettiva adottata è compatibile con la teoria detta della «Selbsthilfe», in quanto può prescindere: tale teoria rappresenta veramente, in effetti, un tentativo di convogliare nella storia giuridica un 'pregiuridico', che può essere considerato come un orpello irrilevante o addirittura un postulato senza giustificazione (cfr. KASER, *Das röm. Zivilprozessrecht*, p. 19 s.; SANTORO, *Potere*, p. 110 nt. 4). Ovviamente, fra i frutti della teoria della «Selbsthilfe» non considero le ricerche del Nicosia, di cui sopra, nt. 3, rispetto alle quali non credo i miei lavori offrano differenze sul piano del metodo; *b*) le spiegazioni magico-religiose, invece, in quanto presentano la dimensione magico-religiosa come elemento intrinseco al dato di fatto storico-giuridico, cioè tendono a considerare il dato storico arcaico (ad es. il rito della *legis actio sacramento*) come giuridicamente incomprensibile al difuori del suo senso magico-religioso, contrastano con una proposta come la mia, di spiegare i fatti al difuori di tale sfera (anche riconoscendo nei fatti una componente di quella natura); la compatibilità qui è sempre limitata al caso che si ammetta che i dati sono comprensibili «anche» così.

⁵ PUGLIESE, *Il processo*, cit., I, p. 27: «atti e gesti, i quali servivano a soddisfare direttamente l'attore, vincendo la resistenza dell'avversario anche con la forza, o riproducevano in forma stilizzata atti e gesti della stessa specie o almeno implicanti una lotta tra le parti». La distinzione trova un riscontro nelle fonti, non certo nel senso che essa risulti essere stata posta come tale in sede teorica, bensì nel senso di una individuazione, di carattere socio-politico, del fenomeno della violenza fittizia processuale, come contrapposto (di fatto) alla violenza reale. Il luogo è noto: si tratta del frammento di Ennio, riportato da Aulo Gellio, e della spiegazione che quest'ultimo ne dà, in *N.A.* 20, 10, 5 e 10, ove si contrappone la *vis civilis et festucaria, quae verbo diceretur* a quella *quae manu fieret*, che si attua *bello ferroque*, cioè all'appropriazione effettuata *vera vi atque solida*. Se qui la violenza reale non è quella processuale (alla quale né Ennio né Gellio paiono pensare), è certo invece che la *vis civilis et festucaria* è la violenza fittizia processuale (e solo questa, non anche la violenza reale processuale). Sui testi, da ultimo, SANTORO, *Potere*, p. 193 ss.; *Manu(m) conserere*, 537 ss., 575 ss.

⁶ Nelle espressioni *in ius*, *in iure*, *extra ius*, il significato locativo di *ius* ('*locus in quo ius redditur*', Paul. D. 1, 1, 11) coincide praticamente con il significato 'rituale' (SANTORO, *Potere*, p. 153 ss.; NICOSIA, *Il processo*, p. 70 ss.), ove si ritenga che il processo romano abbia sempre implicato la partecipazione del magistrato (mentre la critica di questo, che all'A. appare un mero postulato, è l'anima nuova della visuale del NICOSIA, del quale v. in part. *Il processo*, p. 179 s.). Aggiungerò che, senza voler negare un originario significato puramente rituale di *ius*, né che nelle espressioni sopra riferite il significato locativo dipenda storicamente da tale significato rituale e ne conservi un connotato semantico, proprio tali espressioni però – e specie quelle rette da *in* seguito dall'ablativo di stato o dall'accusati-

La linea scriminante tra violenza fittizia e violenza reale va tracciata altrove: tenendo cioè conto del fatto che gli atti, che concretano la prima, non possono avere che effetti processuali; che, in altre parole, essi servono a realizzare il processo, ma in se stessi sono affatto innocui; mentre gli atti di violenza reale sono riconoscibili in quanto, ove non vengano interrotti, producono le conseguenze materiali proprie dell'attività nella quale si concretano. Non serve, per ora, proporre degli esempi: qualificheremo i singoli atti via via incontrandoli, in un compiuto panorama.

3. – Se si prescinde dalla *pignoris capio* – che certo è alquanto antica, ma, se pure era una *legis actio*, non era precisamente un processo⁷ – i *modus agendi* più antichi risultano essere stati le due *legis actiones sacramento, in rem e in personam*, e la *manus iniectio*. Ora, se ne esaminiamo le procedure, almeno come a noi è dato di conoscerle, si riscontra subito un diverso rapporto di ciascuna di esse con gli atti di violenza.

Nella *legis actio sacramento in rem* sono presenti atti di violenza fittizia, mentre quella della *manus iniectio* è una procedura che serve a realizzare una violenza reale: anzi, essa consiste tutta in un certo modo di realizzare una simile violenza ed i suoi effetti. Nella *legis actio sacramento in personam*, per contro, è caratteristica l'assenza totale di qualunque gesto che possa essere inteso come espressione, simbolica o reale, della forza fisica. È bensì vero che, a causa della nota lacuna delle *Institutiones* gaiane, noi non conosciamo pressoché nulla della fase *in iure* di questo processo, e che siamo così costretti a ragionare sulla base di una ricostruzione operata per il tramite equivoco di quel che Gaio ci racconta della *legis actio per iudicis postulationem* – struttura assai più recente della *legis actio sacramento in personam* – e sulla scarsa testimonianza delle *notae* di Valerio Probo; ma va concesso che è ben difficile immaginarsi qualcosa di diverso da quanto questi indizi suggeriscono.

vo di moto – impiegano *ius* come semantema locativo: come allusivo al luogo dove si svolge quella parte del processo che implica la presenza del magistrato, e che pertanto costituisce l'*agere* in senso proprio (secondo dettami formali rigorosi: PUGLIESE, *Il processo*, I, p. 8 s.; CANNATA, *Profilo*, 11).

⁷ Sulla *pignoris capio* resta fondamentale PUGLIESE, *Gai. 4, 32 e la pignoris capio*, in *Mél. Meylan*, I, Lausanne, 1963, p. 287 ss. (cfr. *Il processo*, I, p. 321 ss.). Che non si trattasse di un processo (salvo che si voglia cambiare la stessa nozione giuridica di processo, così come essa si è storicamente formata) si desume dalla circostanza che i rapporti tutelati mediante *pignoris capio* (Gai. 4, 26-28) non potevano dar luogo a processo, perché non potevano essere contestati: non v'era, pertanto, spazio per un'azione di cognizione (non essendovi luogo ad accertamento né a condanna) né per un'azione esecutiva, la quale presuppone pur sempre o una notorietà contestabile o un precedente accertamento. La *pignoris capio* costituiva dunque una forma di autotutela lecita, non connessa con un'attività di tipo giurisdizionale: la quale, se compiuta illegittimamente e lesiva di diritti, potrà poi dar luogo ad un processo, ove sarà considerata, nel suo complesso, come attività materiale del cui carattere illecito e lesivo si deve decidere. Si pensi all'uccisione del ladro che reagisca armato, la quale potrà essere considerata omicidio in un successivo processo, ma certo essa non è processo (diverso l'atteggiamento del NICOSIA, *Il processo*, p. 84 ss.; p. 95 ss.).

Nel procedere all'analisi, partiremo così dalle strutture processuali nella loro ricostruzione usuale: e noteremo via via come quelle della *legis actio sacramento in rem* e della *manus iniectio*, quali Gaio ce le espone, mostrino connotati che rivelano modifiche o reinterpretazioni di strutture originarie in qualche modo diverse, e come la ricostruzione usuale della *legis actio sacramento in personam* sia accettabile, ma assuma – se vera – un particolare significato.

II. – LA LEGIS ACTIO SACRAMENTO IN REM

4. – Come è noto, Gaio ci descrive la fase *in iure* della *legis actio sacramento in rem* nella forma che tale procedura assumeva quando veniva attuata presso la sede fissa del magistrato, posta al centro della città, nel *comitium*; quel rito era, in origine, adatto alla sola *vindicatio* delle cose mobili, mentre le azioni relative agli immobili avevano luogo sul fondo contestato: il magistrato – all'epoca che ci interessa, il *rex* – vi si recava, sul proprio carro, a porvi il proprio tribunale⁸.

In entrambi i casi, si fosse cioè nel *comitium* ovvero sul fondo, il simulacro di lotta aveva luogo all'inizio del processo avanti il *rex*, quando le parti pronunciavano, l'una dopo l'altra, due *vindicationes* identiche, con parole che, a detta di Gaio, se oggetto della *vindicatio* era uno schiavo, suonavano: *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam imposui*; parole accompagnate dal gesto di afferrare lo schiavo con una mano e d'imporre su di esso, con l'altra mano, la *festuca*, simbolo dell'*hasta*. Nella variante adatta

⁸ Questa impostazione, che distingue semplicemente la *vindicatio* dei fondi e quella dei mobili riferendo alla prima il rito del *conserere manum* e alla seconda il rito descritto da Gai. 4, 16, è la sola che, nel rispetto dei dati testuali disponibili, si giustifichi anche in una prospettiva storica. Non mi pare, in particolare, corretto desumere da Gai. 4, 17 (in una prospettiva dommatizzante) che i casi per i quali è, in tal passo, prevista la *vindicatio* (nella sede fissa del magistrato) su di un simbolo della cosa fossero gli stessi, per i quali in origine aveva luogo il *manum conserere*, in quanto la forma di questo, una volta involutasi in finzione (Cic., *p. Mur.*, 12, 26; Gell. 20, 10, 9), serviva appunto a giustificare la presenza *in iure* del simbolo della cosa. Argomento e conclusione sono scorretti (su Gell. 20, 10, 7, *'sive ager sive quid aliud est'*, cfr. NICOSIA, *Il processo*, p. 110): infatti, dei casi di *vindicatio* sul simbolo enumerati da Gaio, solo quello relativo ai fondi può vantare un'antichità sufficiente per poter essere preso in considerazione in rapporto ai primordi. In tale epoca il *grex* non aveva certo una considerazione unitaria, mentre la *columna* e la *navis* non esistevano come entità economiche della società che disciplinava il *tignum iunctum* ed i cui traffici si effettuavano con chiatte e barche (e porsi il problema di come si rivendicassero queste ultime sarebbe arbitrario ed anche stravagante); l'impiego della *legis actio in rem* per la *vindicatio hereditatis* è pure, certamente, successivo. Perciò non vale il discorso di SANTORO, *Manu(m) conserere*, p. 529 ss. Aggiungerò che, in relazione al discorso che andiamo conducendo, non possono essere considerate neppure le applicazioni della *legis actio in rem* in materia di *status*, in particolare per i processi di libertà, compresa l'applicazione fittizia a scopo di *manumissio*: siamo ancora di fronte ad applicazioni non originarie del rito, il quale ha subito, di volta in volta, i necessari adattamenti.

alla *vindicatio* degli immobili, le parti – nel fondo controverso, davanti al magistrato pure presente sul fondo – si prendevano reciprocamente per le mani (*manum conserere*), con un gesto che è stato correttamente interpretato come il simbolo di un tentativo reciproco di scacciarsi dal fondo⁹. Che cosa, le parti di questa *manus consortio*, si dicessero non ci è noto: ma il loro dialogo doveva in ogni caso comprendere una duplice *vindicatio*, del tipo: *Hunc ego fundum meum esse aio* etc.¹⁰.

Non è possibile dare, di queste scene, un'interpretazione, per così dire, pacifista: poiché questa sarebbe, in ogni caso, negata dall'evidente carattere conflittuale della situazione alla quale le parole e i gesti del rito conducono: e l'impressione che prova chi osservi tale situazione finale – con le parti nell'atto di scacciarsi dal fondo ovvero di contendersi lo schiavo, e ciò appena dopo aver detto, ciascuna, che il fondo o lo schiavo è suo –, di trovarsi ad assistere ad una guerra privata, intollerabile in una comunità retta da un ordine giuridico, è condivisa pure dal capo di quella comunità, tutore di quell'ordine, che è presente, e impone alle parti di cessar la contesa: *Mittite ambo hominem*. Con la corretta conseguenza che la contesa non finisce affatto, poiché le parti continuano a litigare, ma, in luogo di una soluzione di forza, esse passano a proporre una soluzione che non turba l'ordine della comunità, mediante la scommessa giurata, il *sacramentum*. E il magistrato accetta questa scelta, anzi la favorisce.

5. – È evidente il problema che si pone a questo punto. Se la soluzione mediante *sacramentum* è quella che la comunità accetta, se cioè la scommessa giurata è lo strumento decisionale proprio di questo tipo di processo, perché far procedere gli atti necessari a giungervi da una scena di violenza che, ove la si percepisca inutile, appare immediatamente Kitsch?¹¹ A questa domanda c'è una sola risposta: che, naturalmente, il simulacro di lotta era, in antico, necessario: si tratta di stabilire a che cosa.

E partiamo dalla considerazione che il rito della *legis actio sacramento in rem* ha un altro aspetto caratteristico: a ben considerarlo, assai più stupefacente che non la

⁹ PUGLIESE, *Il processo*, I, p. 44.

¹⁰ Gell. 20, 10, 7.

¹¹ Nell'orazione *pro Murena* (12, 26), Cicerone espresse un giudizio appunto di questo genere: egli aveva di mira, direttamente, non il simulacro di lotta, ma il copione dell'*ex iure manum consortium vocare*, formatosi sull'involuzione del *manum conserere* originario; tuttavia, la considerazione, da cui egli muoveva, comprende anche la critica che interessa a noi. Egli diceva infatti: *Cum hoc fieri bellissime posset: 'fundus Sabinus meus est', 'immo meus', deinde iudicium*; con il che (a parte il fatto che Cicerone abbreviava troppo, eliminando l'imprescindibile allusione alla *causa*: CANNATA, *Profilo*, p. 18 ss.) viene proposto, come alternativa, un rito processuale ideale, che consiste appunto nell'enunciazione della controversia e nell'instaurazione dello strumento decisionale (che per Cicerone era il *iudicium*, essendo, ormai alla sua epoca, il *sacramentum* non più un necessario strumento decisionale, ma un superfluo intermediario formale tra l'enunciazione della controversia mediante affermazioni contrapposte e il *iudicium*).

presenza di un simulacro di lotta, anzi, addirittura sbalorditivo. Perché, in tutta la tradizione del nostro diritto, il rito del processo, ed in particolare del processo privato, è costituito da una serie di atti che, come dato costante, comprende le richieste delle parti, o almeno di una parte, ad un'autorità pubblica, dirette ad ottenere, da tale autorità, provvedimenti a sé favorevoli; ora, nella *legis actio sacramento in rem*, le parti non chiedono al magistrato assolutamente nulla: anzi, benché assai loquaci tra loro, esse non gli rivolgono mai la parola¹².

La lite privata era, dunque, faccenda privata, delle parti; e tale essa restava malgrado il processo: malgrado, intendo dire, l'intervento del magistrato, che obbligava bensì le parti a smettere di battersi, ma non indicava loro alcuna soluzione. Erano sempre le parti a scegliere la scommessa giurata, e il magistrato non aveva nulla su cui provvedere in proposito, non era suo compito accordare alcunché: egli sorvegliava, lasciava fare, approvava semmai; era il moderatore di un dibattito, che egli, propriamente, neppure dirigeva, ma che si svolgeva sotto i suoi occhi, nella direzione impressagli dalle parti. Sotto i suoi occhi attenti, certo: ma attenti solo a scorgere e rimuovere ogni degenerazione della contesa in rissa.

In altri termini, la presenza del magistrato trovava giustificazione unicamente nel pericolo che le parti si facessero guerra: egli era presente al solo scopo di impedire questa eventualità. Il che significa che la presenza del magistrato era una conseguenza dell'uso della forza, che aveva avuto luogo all'inizio: egli era dovuto intervenire per farla cessare, e restava a vegliare che non ricominciasse.

6. – Da tutto ciò si desume che le liti private non erano di competenza del capo della comunità romana privata, finché esse non degeneravano in rissa. Come avrebbe detto un giurista inglese del medio evo, quel che permetteva al re d'intervenire, anzi l'obbligava a farlo, era la violazione della «King's peace», la pace pubblica (per gli antichi cittadini di Roma, forse, la *pax deorum*) di cui egli era tutore.

Il simulacro di lotta era, pertanto, un espediente: per attribuire il processo privato al *rex* senza modificare le sue competenze, senza ampliare i limitati poteri che, nella comunità primitiva, egli aveva di interferire negli affari che riguardavano en-

¹² Gaio non fa cenno di richieste delle parti al magistrato neppure in relazione al procedimento per l'assegnazione del possesso interinale della cosa (*vindicias dicere*); può darsi, tuttavia, che nel corso di quella che viene impropriamente chiamata *lis vindiciarum* le parti pur dicessero qualcosa al magistrato, ma ciò non toglie nulla al peso del nostro rilievo. Al momento della gara per ottenere il possesso interinale, il processo era infatti già impostato, poiché – pronunziati i *sacramenta* – i pontefici erano già investiti del giudizio. L'attribuzione del possesso non era dunque un atto del processo in senso stretto (cioè non era un atto del procedimento che conduceva al giudizio), ma attività sussidiaria ad esso, diretta ad agevolarne la funzionalità pratica. Queste osservazioni diventano, per altro, superflue se si ammette, come ormai tutti fanno, che l'assegnazione del possesso interinale costituisca un perfezionamento non originario della procedura: ipotesi che mi pare assai plausibile, ma dalla quale non è lecito trarre il corollario che il rito più antico non contenesse neppure l'ordine '*mittite ambo hominem*' (v. NICOSIA, *Il processo*, 146 ss.); il dialogo pacifico (contestazioni relative alla *causa* e *provocatio sacramento*) presuppone necessariamente un evento atto ad interrompere la precedente contesa violenta.

tità diverse dalla *civitas*, i privati, cioè, o meglio le comunità minori. Senza il simulacro di lotta, un processo «pubblico» su di una lite privata sarebbe stato impossibile.

III. – LA MANUS INIECTIO

7. – La *legis actio per manus iniectioem*, come già si notava nella premessa (§ 3), attuava una reale sopraffazione violenta: chi vantasse un credito, se la sua pretesa era fondata su di un titolo (*causa*) al quale l'ordinamento riconosceva certezza e pubblica notorietà, aveva il diritto di afferrare il debitore, condurlo seco a casa propria, imprigionarlo, e infine – se entro 60 giorni quegli non avesse pagato, un terzo non lo avesse riscattato, o non fosse intervenuta una transazione – di venderlo schiavo *trans Tiberim* o ucciderlo. Sola condizione, per l'esercizio di tale diritto, era che il creditore, appena impossessatosi (*extra ius*) della persona del debitore mediante la *manus iniectio*, e tenendo ancora la mano sul corpo di lui, andasse *in ius* a dichiararvi davanti al magistrato la *causa* della *manus iniectio* e la somma, in relazione a ciò, pretesa.

La violenza, che veniva impiegata in questa procedura, era la violenza reale propria di ogni processo di esecuzione. In altre epoche la violenza non si eserciterà più sulla persona, ma sui suoi beni (o meglio, non si eserciterà più prevalentemente così: poiché l'esecuzione sul patrimonio può sempre comportare violenza sulle persone), autore degli atti violenti non sarà più il privato, ma lo Stato: ma l'esecuzione implica comunque l'esercizio della forza, che lo Stato sorveglia permettendo certi atti violenti e non certi altri – come lo facevano i *mores* e poi le leggi di Roma antica – ed attribuivano al magistrato il compito di verificare la *causa* che giustifica, di volta in volta, l'impiego della forza, come lo faceva il *rex*, e poi lo farà il *praetor*.

8. – La violenza (reale) della *manus iniectio*, al contrario di quella (fittizia) della *legis actio sacramento in rem*, era unilaterale: ciò dipendeva dal fatto che essa corrispondeva ad un diritto del creditore, fondato su di una *causa* ancora incontestata, e che la controparte non poteva contestare¹³; perciò questa non aveva il diritto di opporre violenza alla violenza, non le restava se non che subire la sorte, che la comunità considerava adatta al debitore insolvente. E la verifica della *causa* era puramente formale: al creditore procedente bastava dichiararla, insieme con l'ammontare della somma pretesa, avanti il magistrato, perché questi autorizzasse la prose-

¹³ Naturalmente non prendo qui in considerazione la *manus iniectio pura*, alquanto tarda rispetto al periodo che ci interessa (Gai. 4, 23 s.).

cuzione della procedura – cioè autorizzasse che la violenza fosse condotta ai suoi effetti ulteriori –; e cioè sulla semplice constatazione che la *causa nominata* figurasse tra quelle che l'ordinamento riconosceva come possibili *causae* di una *manus iniectio*¹⁴.

Come si sa, questa vicenda non poteva essere interrotta che da un *vindex*: il cui intervento va analizzato con cura. È vero che le fonti non ci descrivono i modi di tale intervento: ma dall'insieme dei dati che noi possediamo risulta abbastanza chiaro tutto quanto può interessarci.

Il *vindex* – un soggetto capace di *lege agere* – doveva presentarsi *in iure*, cioè dove colui che effettuava la *manus iniectio* e la sua vittima erano davanti al magistrato. Il momento adatto all'intervento del *vindex* era precisamente quello che seguiva immediatamente la dichiarazione dell'attore sulla *causa* e la somma: in questo momento l'attore teneva la mano sul corpo del debitore; il *vindex* si avvicinava e andava a *depellere manum*.

Si tratta di un atto che riveste, nel contesto del discorso che andiamo conducendo, due aspetti molto importanti.

Anzitutto, il senso preciso dell'intervento del *vindex*: interrompendo l'attività dell'attore, il *vindex* contesta il suo diritto ad esercitarla; e poiché tale diritto si fondeva sulla notorietà della *causa*, l'atto del *vindex* voleva dire esattamente: 'la causa non è notoria: io faccio ben parte di questa comunità, e proclamo – a mio rischio – che la *causa* da te vantata non è vera', il che poneva il (preteso) creditore nella condizione di dover sottomettere la propria (pretesa) *causa* ad una verifica sostanziale, ove egli volesse continuare a far valere il proprio credito: gli accollava, in altre parole, l'onere di *lege agere sacramento in personam* contro il *vindex*.

In secondo luogo, va notato che l'atto del *vindex*, di *depellere manum*, era un atto violento: perché non può essere che violento un atto privato idoneo ad interrompere un'attività violenta altrui. Ma l'atto violento del *vindex* era atto di violenza fittizia: il gesto di *depellere manum* (che significa solo 'spinger via la mano', non anche attuare l'effetto di toglierla), contestuale e contrapposto alla presenza violenta e possessiva della mano dell'attore, dava luogo al simulacro di lotta che, ancora una volta, attribuiva al magistrato la competenza necessaria a presiedere una *legis actio sacramento*, questa volta *in personam*.

¹⁴ Secondo quanto si pensa usualmente, anche per certe tracce nelle fonti (Gai. 3, 189; Gell. 11, 18, 8; 20, 1, 44; si noti, tuttavia, che Gai. 4, 21 *in fine* non ne fa parola), questa «autorizzazione a proseguire la procedura» veniva data dal magistrato mediante *addictio*; il NICOSIA, *Il processo*, p. 87 ss., nel suo tentativo di tener fuori la *manus iniectio* originaria da un controllo magistratuale, attribuisce l'*addictio* ad un'epoca più recente. Io credo che in questo egli veda bene; nella prospettiva che qui propongo, sembra coerente pensare che in origine l'onere di chi effettuava la *manus iniectio* fosse unicamente quello di farla, nei modi previsti per questo *agere*, avanti il magistrato, il quale, per parte sua, «autorizzava» nel semplice senso di non ordinare la cessazione della violenza qualora la formula che accompagnava il gesto violento fosse corretta (cioè indicasse una causa che l'ordinamento riconosceva, per così dire, astrattamente idonea a giustificare quella violenza). La prassi dell'*addictio* formale (anche in casi diversi da questo, come l'*addictio* della cosa in seguito a *in iure cessio*: Gai. 2, 24) pare da ricollegarsi ad un'epoca nella quale fosse ormai riconosciuta la competenza del magistrato a gestire i processi privati.

IV. – LA IN IUS VOCATIO

9. – Infatti, se è vera la conclusione che abbiamo raggiunta nel § 6 – e cioè che, ai primordi, le liti private non erano di competenza del magistrato cittadino se non degeneravano in rissa – è anche vero, per conseguenza, che in tale epoca la *legis actio sacramento in rem* non poteva prendere inizio dalla *in ius vocatio* che ci presentano le XII tavole. La violenza, in tale *in ius vocatio*, era solo eventuale; per giunta, come vedremo, gli atti violenti che eventualmente vi ricorressero, non conducevano neppure alla *legis actio sacramento in personam*. Ora, alle origini del processo romano, niente violenza, niente processo privato: è, questo, un principio assoluto del processo primitivo.

Agli inizi della storia del diritto privato romano, dunque, non dovevano essere riconosciute cause idonee a fondare un'*actio in personam* se non dotate – come il *nexum* o il *furtum manifestum* – di quel carattere di pubblica notorietà, di cui si è detto nei §§ 7 e 8: per cui un'*actio in personam* si iniziava sempre, allora, con la *manus iniectio*, salvo trasformarsi in *legis actio sacramento in personam* contro il *vindex*, in seguito all'intervento di questi. Solo quando vennero riconosciute *causae (obligationis)* non fornite di quella notorietà – come la *sponsio* – divenne necessario agire *in personam* direttamente, allo scopo di stabilire, mediante una *res iudicata*, l'esistenza notoria della *causa obligationis*, e munire così il creditore del titolo esecutivo che gli permettesse di esercitare la *manus iniectio*. Fu per introdurre la *legis actio sacramento in personam* (e poi quella per *iudicis postulationem*) in questi casi che si rese necessaria la creazione del procedimento di *in ius vocatio*: che passiamo ad esaminare brevemente, perché qualche precisazione è necessaria se si vuole dargli il posto che gli compete nel sistema processuale antico.

Come è noto, noi conosciamo i testi delle XII tavole, che regolavano la *in ius vocatio*: anche se si tratta di testi che lasciano qualche dubbio d'ordine filologico, la loro sostanza è attendibile.

Si trattava di un procedimento (ovviamente) stragiudiziale, il quale si iniziava con una citazione, che rivestiva la forma di una *vocatio in ius*, vale a dire di un'intimazione, rivolta dall'attore al convenuto, di seguirlo fin davanti il tribunale del magistrato. Di fronte a questa intimazione, se l'intimato seguiva l'attore, tutto si svolgeva senza l'impiego della forza: né nell'*in ius vocatio*, né nella successiva *legis actio*, la quale non comportava che una disputa verbale e la scommessa giurata (o la *postulatio iudicis*); è, questa, l'ipotesi normale, e quella stessa che ci permette di affermare che il sistema *in ius vocatio* + *legis actio sacramento in personam* (o *iudicis postulatio*) appartiene ad un'epoca nella quale la competenza del magistrato a condurre i processi privati era ammessa senza problemi.

Nell'ipotesi, invece, che l'intimato non ottemperasse alla *vocatio*, l'attore – sempre secondo la legge – doveva anzitutto assicurarsi la presenza dei testimoni: testi-

moni, evidentemente, del fatto che l'intimazione aveva avuto luogo e che l'intimato non l'aveva soddisfatta, e testimoni altresì di quanto sarebbe seguito¹⁵.

La legge proseguiva: *Igitur em capito*. L'attore, davanti ai testimoni, poteva «prendere» l'intimato. Questo *capere* non è però ancora un atto di forza vero e proprio, non è un atto di violenza; lo è, semmai, per così dire, in potenza, poiché si tratta di una sorta di avvertimento minaccioso, un «seguimi» detto con un gesto che è più di una parola, ma non cessa di essere espressivo di intenzioni, non giunge ad essere loro attuazione.

Le cose cambiano se l'intimato *calvitur pedemve struit*, cioè se, dopo la minaccia che abbiamo descritta e sempre alla presenza dei testimoni, egli resistesse alla sollecitazione fattasi da verbale fisica o tentasse di scappare. In questo caso la legge autorizzava la *manus iniectio: manum endo iacito*. Questa espressione legislativa è oggetto di un equivoco assai diffuso: in generale si pensa, infatti, che le XII tavole autorizzassero semplicemente il *vocans* a condurre l'avversario davanti al magistrato con la forza, in ciò assistito e magari aiutato dai testimoni presenti, in rappresentanza della comunità¹⁶. Ora, a mio parere, se è certo che il *vocans* potesse impiegare la forza per condurre l'intimato *in ius*, e che i *mores* autorizzassero o anzi obbligassero i testimoni ad agevolarlo in tutto ciò, è però altrettanto certo che la formula delle XII tavole – *manum endo iacito* – non consente di dubitare che la forza, impiegata a questo punto dal *vocans*, sia quella della *manus iniectio*, cioè che, per effetto della norma che stiamo esaminando, la resistenza dell'intimato trasformi l'*in ius vocatio* in *manus iniectio*, intendo precisamente dire nella *legis actio per manus iniectioem*.

La resistenza dell'intimato ha frustrato la chiamata in giudizio, quindi la *in ius vocatio* viene abbandonata in quanto esaurita con esito negativo; ma quella stessa resistenza, dotata di notorietà pubblica (la medesima di un atto *per aes et libram*, fornita dalla presenza dei testimoni), ha provato che il *vocatus* intende sottrarsi al processo per l'accertamento della *causa*: con ciò egli ha perso il diritto di contestarla; solo un terzo potrà intervenire, come *vindex*, a proprio rischio, a farlo. In altre parole: il tentativo (pubblico) del *vocatus* di sottrarsi al processo per l'accerta-

¹⁵ La punteggiatura corrente delle parole della legge (XII tab., I, 1): *Si in ius vocat [ito]. Ni it antestamino. Igitur etc.*, darebbe come risultato questa sequenza: intimazione, rifiuto, chiamata dei testimoni, atti successivi (*em capito* etc.), il che evidentemente contrasta con il senso della disciplina dettata dalla legge, che esige la pubblicità tanto del rifiuto, quanto degli atti successivi, che solo il rifiuto consente. Il fatto è che la legge disciplinava (almeno nel luogo noto, e così come ricostruito) solo il caso di rifiuto ad ottemperare alla chiamata, e diceva che in questo caso sono necessari i testi. Essa va, dunque, letta così: *Si in ius vocat ni it: antestamino, igitur etc.* Queste considerazioni diventano più chiare se si comprende che la *in ius vocatio* non era una *legis actio*, per cui le XII tavole non ne stabilivano il copione, ma solo un canovaccio, indicando che cosa il *vocans* dovesse fare, ma non come precisamente lo dovesse fare; vi si prescriveva, in altre parole, la consistenza sostanziale degli atti, non anche la loro veste formale (parole e gesti). Ciò fino al '*manum endo iacito*', che, come vedremo, è un rinvio ad altra procedura, altrove disciplinata.

¹⁶ Lett. in KASER, *Das röm. Zivilprozessrecht*, p. 48 nt. 12; adde NICOSIA, *Il processo*, p. 77 ss. (anche 90 ss.).

mento della *causa* è sufficiente ad attribuire alla *causa* stessa una presunzione di fondatezza che permette l'esecuzione, e che potrà essere eliminata solo dall'intervento del *vindex*. Come nella *manus iniectio*, esercitata sulla base di una causa notoria, l'intervento del *vindex* affievoliva il carattere di notorietà della causa, rendendola inidonea a fungere da titolo esecutivo (cfr. § 8), così il tentativo pubblico del *vocatus* di sottrarsi all'accertamento della causa non notoria conferiva ad essa un grado di attendibilità sufficiente a farne un titolo esecutivo (in funzione di un procedimento, nel quale era possibile l'opposizione all'esecuzione basata sulla contestazione della causa).

V. – IL MODO D'INSTAURAZIONE DEI PROCESSI *IN REM*

10. – A questo punto, abbiamo esaminato tutti i casi di violenza, fittizia o reale, dei quali le fonti ci danno notizia, con riguardo alle *legis actiones*. Tuttavia, a mio avviso, se ne deve aggiungere un altro, le cui tracce sono affatto scomparse, ma la cui esistenza storica s'impone a chiunque consideri l'evoluzione delle strutture del processo antico.

Una descrizione tardiva del processo *per legis actiones*, come quella di Gaio, presenta – o sottintende – l'*in ius vocatio*, di cui si è parlato nel paragrafo precedente, come un modo comune d'introduzione di tutte le *legis actiones* di cognizione, cioè di tutti i processi *per legis actiones* ad esclusione della *manus iniectio*. Ma noi sappiamo, ormai, che la situazione originaria era diversa: che l'*in ius vocatio* fu creata, benché ancora in epoca antica – certamente prima delle XII tavole –, alquanto tardi nell'ambito di tale epoca; ed è altresì evidente che essa non quadra affatto con le strutture originarie della *legis actio sacramento in rem*, voglio dire quelle del periodo in cui il simulacro di lotta era simulacro verosimile, non ancora inquinato dalle finzioni tardive: quando, cioè, il *manum conserere* non si era ridotto al dialogo che Cicerone trovava tanto ridicolo, e le *vindicationes* si facevano sempre sulla cosa, e non su di un suo simbolo.

Si deve dunque dire che vi fu un tempo, nel quale la *legis actio sacramento in rem* veniva introdotta altrimenti che con una *in ius vocatio*. Quest'epoca è certamente esistita, e io propendo a credere che sia anche durata a lungo, perché le stesse XII tavole sembrano presentare ancora l'*in ius vocatio* come la forma di citazione propria dei soli processi *in personam*.

Il problema è di individuare come, in quel tempo, potesse instaurarsi un'*actio in rem*: perché le fonti ci descrivono sempre i relativi processi a partire dal momento in cui le parti e la cosa erano già davanti al magistrato. Ma, come vi erano arrivate?

La risposta è indicata senza equivoci dalla struttura del procedimento del *manum conserere*: se le due parti erano sul fondo, e cercavano di discacciarsene, ciò significa che la parte che aveva interesse a mutare la situazione di fatto esistente (l'at-

tore) era entrata nel fondo, dove già si trovava il possessore. Ma se l'attore si trova sul fondo già posseduto dall'altro, ciò significa che egli vi è entrato con un atto di forza reale.

Usando lo schema, suggerito dall'esame del *manum conserere*, per applicarlo all'*actio in rem* relativa ai mobili, vediamo subito che colui che avesse interesse a mutare la situazione esistente doveva anzitutto recarsi presso il possessore della cosa contestata, impadronirsi di essa con un atto di forza reale e portarla *in ius*: il possessore, a sua volta, se voleva contrastare questo spoglio, doveva seguire l'attore *in ius*, per recitarvi la propria *vindicatio* col simulacro di lotta.

Questa ricostruzione è confermata da una singolarità del rito della *legis actio sacramento in rem*, precisamente dal fatto che colui che per primo recitava la *vindicatio* avanti il magistrato (*qui prior vindicaverat*, lo designa Gai. 4, 16) non era l'attore, ma il convenuto. Si tratta di una circostanza che è rimasta a lungo inosservata, poiché era abituale affermare che nella *legis actio sacramento in rem* le parti non rivestivano ruoli differenziati; che, cioè, essendo identiche le loro *vindicationes*, non era possibile identificare un attore e un convenuto. Ma ciò è falso: se le *vindicationes* sono uguali, il dialogo che le segue è ben differenziato. Esso si riferisce alla conformità al *ius* della *causa* che sta a fondamento della *vindicatio* del secondo rivendicante, e sbocca in una scommessa giurata che ha ad oggetto appunto la conformità al *ius* di tale *causa*¹⁷. È dunque questo «secondo» che, nel processo, espone la propria causa alla verifica: è lui, perciò l'attore. Il che concorda col fatto che sia stato lui, e non l'altro, a portare la cosa *in ius*, e che sia invece l'altro a parlare per primo, allo scopo di *rem defendere*, provocando il simulacro di lotta e quindi il processo. Senza di che la presa di possesso, realizzata dall'attore con la forza, sarebbe divenuta definitiva.

VI. – CONCLUSIONI

11. – Il risultato di questo discorso si riduce all'indicazione di un semplicissimo schema strutturale dei principi della procedura primitiva¹⁸.

Possiamo cominciare con l'osservazione che, secondo la ricostruzione storica emersa dalla nostra indagine, la procedura primitiva, dell'epoca che possiamo definire come quella che precedette la creazione dell'*in ius vocatio*, non conosceva che

¹⁷ Su tutto questo problema, v. CANNATA, *Profilo*, p. 18 ss.

¹⁸ Si noterà che, nell'esperto, come del resto ho fatto finora, uso le espressioni classificatorie *in rem* e *in personam*, malgrado sia convinto (come ho spiegato altrove: *Profilo*, p. 25 ss.) che esse siano state concepite, come allusive ai termini di una *divisio* delle azioni formulari, dai giuristi dell'ultimo secolo della repubblica. Il fatto è che i concetti, ai quali le due espressioni alludono, trovano esatta corrispondenza nelle strutture delle *actiones* primitive.

due *legis actiones*: la *legis actio sacramento in rem* per le controversie sulla proprietà, e la *manus iniectio* (o meglio il sistema *manus iniectio* + eventuale *legis actio sacramento in personam*) per le controversie sui crediti. Il processo di codesta epoca era caratterizzato dalla presenza di atti di forza, di atti violenti: ma, nell'ambito di questi, si devono tenere ben distinti gli atti di violenza reale da quelli di violenza fittizia.

Gli atti di violenza reale hanno sempre carattere esecutivo: essi consistono nel fatto di impadronirsi della cosa o della persona (del corpo) dell'avversario, e sono permessi – anzi favoriti – se si svolgono pubblicamente e sono diretti a condurre avanti il magistrato la cosa o la persona presa; qui, cioè *in iure*, tali atti possono venire interrotti da un atto di violenza fittizia, in difetto del quale la situazione instaurata per mezzo degli atti di violenza reale continua a permanere ed anzi a svolgersi fino al proprio esito naturale, che per gli atti *in rem* è l'attribuzione della cosa all'attore, per gli atti *in personam* l'attribuzione all'attore della persona dell'avversario¹⁹.

Al contrario, gli atti di violenza fittizia sono atti puramente rituali, espedienti concepiti con lo scopo di permettere l'instaurazione di un processo per la verifica della causa vantata dall'attore a giustificazione dei suoi atti di violenza reale.

Mentre la violenza reale corrisponde ad un interesse dell'attore, la violenza fittizia è dunque nell'interesse del convenuto, ed è costui – cioè il possessore spossessato nell'*actio in rem*, il *vindex* nell'*actio in personam* – a doverne prendere l'iniziativa: pur se ciò non modifica la posizione delle parti, in quanto, nel processo che segue, attore è sempre chi aveva per primo esercitato la violenza reale.

In conclusione: all'inizio della storia del processo romano, ogni processo si iniziava con un atto di esecuzione, il quale – come tutti gli atti esecutivi della storia del processo, fino a noi – era un atto di violenza reale: su di una cosa se si trattava di processo *in rem*, su di una persona se si trattava di un processo *in personam*. Tale atto di violenza esecutiva poteva essere interrotto da un atto di violenza fittizia, il quale aveva l'effetto di addossare all'attore l'onere di provocare un processo per la verifica del fondamento del suo diritto all'esecuzione intrapresa, ove egli intendesse proseguirla. Questo atto di violenza fittizia era, naturalmente, facoltativo; il soggetto al quale spettava poteva sempre astenersene: l'intervento del possessore spossessato non è più necessario dell'intervento del *vindex* nella *manus iniectio*²⁰.

¹⁹ Si può anche supporre che gli obblighi che le XII tavole imponevano al *manus iniectens*, di tenere il convenuto presso di sé per 60 giorni e di condurlo a tre mercati successivi per facilitarne il riscatto, siano attenuazioni successive di un regime originario assolutamente duro.

²⁰ I giuristi dell'epoca classica conservarono solo la regola *nemo cogitur rem defendere* (Ulp. D. 50, 17, 156 pr.), mentre il convenuto in un processo *in personam* era tenuto a *se defendere*. Ciò dipende dal fatto, che il solo processo *in rem* ha avuto un'evoluzione lineare. Il processo (di cognizione) *in personam* degli inizi non aveva come convenuto il debitore, ma il *vindex*; il processo *in personam* del periodo classico deriva dalla *legis actio sacramento in personam* autonoma, cioè del sistema *in ius vocatio* + *legis actio sacramento in personam*, il quale si fonda sull'affermazione di un credito indirizzata al debitore, senza la collaborazione del quale (*confessio* o negazione come premessa per il giudicato) il creditore non può provvedersi di un titolo esecutivo.

Poiché gli atti di violenza fittizia erano necessari per determinare la competenza del magistrato a presiedere i processi privati, quando l'esistenza di quella competenza fra i poteri del magistrato fu acquisita, tali atti persero ogni giustificazione. Di conseguenza, essi rimasero nelle procedure antiche finché queste sopravvissero, ma non furono più riprodotti nelle forme processuali più recenti. Gli atti di violenza reale, al contrario, si trasformarono con la cultura e le concezioni politiche, ma la loro presenza rimane nel processo, con la medesima funzione di sempre: di realizzare – a favore del soggetto al quale l'ordinamento attribuisce il relativo diritto – le pretese che l'ordinamento riconosce realizzabili.

‘TERTIIS NUNDINIS PARTIS SECANTO’ *

PREMESSA

1. – La notizia più antica circa l’esistenza, nelle XII tavole, di una norma che permetteva ai creditori di ripartirsi il corpo del debitore, la si legge nelle *Institutiones oratoriae* di Quintiliano, che risalgono, come si sa, alla fine del primo secolo dell’era volgare: e l’autore vi accompagna l’asserzione con l’ulteriore notizia che la regola, però, sarebbe rimasta desueta:

Quintil. 3, 6,84: *Sunt enim quaedam non laudabilia natura sed iure concessa; ut in XII tabulis debitoris corpus inter creditores dividi licuit, quam legem mos publicus repudiavit.*

Le menzioni successive della regola decenvirale paiono dipendere dal passo citato, perché dicono le stesse cose, nella medesima prospettiva. Aulo Gellio, in un contesto sul quale torneremo, ne parla in due riprese, prima per riferire *de inmanitate illa secandi partiendique humani corporis, si unus ob pecuniam debitam iudicatus addictusque sit pluribus* (N.A., 20, 1, 19), e poi, dopo aver ripetuto con maggior precisione (come vedremo) la notizia (N.A., 20, 1, 48-51), per affermare – per vero egli riferirebbe parole di Sesto Cecilio Africano – che *dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi neque audivi* (N.A., 20, 1, 52). A Gellio, che scriveva nella prima metà del II secolo, si aggiungono due passi dell’epoca dei Severi, uno di Dione Cassio (4, 17, 8), l’altro di Tertulliano (*Apolog.*, 4), nei quali l’enunciato di Quintiliano viene ancora parafrasato, in greco e, rispettivamente, in latino.

La fondatezza della notizia appare, così, legata ad un filo assai tenue, il quale sembra però rafforzato dalla circostanza che Gellio, nel contesto del suo resoconto del colloquio fra l’Africano e il filosofo Favorino, che apre il ventesimo libro delle *Noctes Atticae*¹, riporta le parole esatte del versetto che, nelle XII tavole, avrebbe enunciato la regola orrenda:

Gell. 20, 1, 49: *“TERTIIS” inquit “NUNDINIS PARTIS SECANTO, SI PLUS MINUSVE SECUERUNT SE FRAUDE ESTO”*

* Pubblicato in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, vol. IV, Milano, 1983.

¹ Su tutto il passo di Gell. N.A. 20, 1 (con lett.), CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 3 ss. (= *Aufstieg und Niedergang*, 2, 15, Berlin-New York, 1976, p. 131 ss.).

Nella prima parte del presente scritto intendo dimostrare che, se dobbiamo credere all'autenticità del testo decenvirale (e non vedo davvero come potrebbe pensarsi altrimenti), è però sicuro che esso non enunciava quella regola; non si riferiva, anzi, affatto a quel problema.

I.

2. – Vorrei ribadire, per non lasciar luogo ad equivoci, che il compito che mi assumo è precisamente quello di dimostrare che quell'enunciato normativo, riferito da Gell. 20, 1, 49 ed oggi usualmente attribuito a *XII Tab.* 3, 6, non può riferirsi allo squartamento del cadavere tra concreditori insoddisfatti: non anche quello di negare che ai concreditori, in antico e magari ancora² in base a chissà quale passo delle XII tavole, spettasse un simile potere. Anche se ho sottolineato la tenuità del filo che regge la notizia, ed anche se essa ha raccapricciato antichi e moderni – almeno finché i frammenti pseudogaiani di Autun non hanno dato corpo ad una spiegazione altrettanto macabra ma meno cruenta e perciò meno orripilante³ – per lo storico del diritto essa offre, invero, una sola difficoltà, superabile.

La detta difficoltà sta nel fatto di dover ammettere, nel sistema delle *legis actiones*, l'ipotesi di un concorso di creditori nell'esecuzione sulla persona del debitore: perché tutto quanto noi sappiamo della *manus iniectio* e delle sue conseguenze ci fa pensare ad una procedura strettamente individuale. Ma, per vero, l'idea di una possibilità di concorso non trova ostacoli che impongano di escluderla: purché, ammettendola, le si dia una configurazione adeguata.

Una frase del discorso, che Gellio riferisce, di Favorino suggerirebbe l'idea di una *manus iniectio* eseguita insieme dai più creditori:

² Per vero si deve notare che le spiegazioni della prassi della partizione, fra i concreditori, del corpo del debitore (almeno quelle che non si risolvono in una sua negazione, per sublimarla in simboli o interpretarla in chiave patrimoniale) tanto più assumono verisimiglianza quanto più in antico vengono collocate. Una rassegna delle varie tesi è in FRANCIOSI, "Partes secanto" tra magia e diritto, in *Labeo*, 24, 1978, p. 263 ss. (le tesi negative sono elencate a p. 266 nt. 10), la spiegazione del quale (v. in part. p. 269 ss.) è, a sua volta, poco consona con l'universo delle XII tavole, ove la magia come tale si riduceva alle superstizioni del *fruges excantare* e del *malum carmen incantare* (che debolmente il Franciosi adduce, p. 267) e poco altro dello stesso genere, ponendosi dunque a un ben modesto livello in una classifica ideale dei complessi normativi (giuridici) condizionati da credenze magico-religiose.

³ Il passo è *Fr. Aug.* 81-87, in part. 83. La spiegazione alla quale alludo è quella del GEORGESCU, *RIDA*, 2, 1949, p. 367 ss., che però va troppo oltre, supponendo l'asportazione di parti non vitali del debitore (vivo): partendo, infatti, dalle considerazioni del JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants, larvae, lemures*, 1924, p. 217 ss.; p. 279 ss.; cfr. *RH*, 2, 1923, p. 576 ss., si deve giungere alle conclusioni di KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, 1966, p. 102 s.

Gell. 20, 1, 19: *Nam de inmanitate illa secandi partiendique humani corporis, si unus ob pecuniam debitam iudicatus addictusque sit pluribus ...*

E così pure, più avanti, nel discorso dell'Africano:

Gell. 20, 1, 48: *Nam si plures forent, quibus reus esset iudicatus, secare, si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt.*

Infatti, se appare evidentemente possibile che uno stesso soggetto venga *iudicatus* in tempi diversi rispetto a vari creditori, è del tutto inverosimile che il debitore, *addictus* ad uno in seguito a *manus iniectio*, venga *addictus* ad altri prima di essersi liberato – pagando, transigendo, venendo riscattato da terzi – dal primo: perché la *domum ductio*, eseguita da costui, gli riservava la persona del debitore, oggetto dell'esecuzione, per tutto il decorso della procedura.

Si deve dunque ritenere che Gell. 20, 1, 19 e 48 alludano ad una *manus iniectio* esperita dai vari creditori, muniti di titolo esecutivo, insieme, ovvero una di seguito all'altra, in modo da sboccare in un'unica *addictio*, pronunciata dal magistrato a favore – cumulativamente – di tutti quelli che al momento dell'*addictio* stessa tenevano la mano sul convenuto, ma con riferimento, quanto a ciascuno, alla *causa* ed alla somma dichiarata.

L'idea può essere suggestiva e pittoresca, ma essa pare troppo difficile da inserire non solo nelle notizie che abbiamo dell'antica procedura esecutiva, ma anche nella linea storica del processo romano, il quale non conobbe procedure esecutive concorsuali se non sul patrimonio, ed assai più tardi delle XII tavole: e come è possibile pensare che non sia rimasta traccia dei problemi che la procedura, suggerita da Gellio, avrebbe suscitato? Alludo a quelli dell'intervento del *vindex* e della concreta attuazione della *ductio*, con l'applicazione delle regole relative al periodo di permanenza del debitore nel carcere privato dell'attore.

Sembra più facile supporre una soluzione diversa, che rispetti il carattere individuale della *manus iniectio*: la quale (secondo il principio '*prior tempore potior iure*') avrebbe riservato al primo creditore procedente ogni possibilità di giovare dei vantaggi della *ductio* (pagamenti e transazioni), permettendo agli altri creditori (muniti di titolo esecutivo) solamente di intervenire quando, essendo mancati tali vantaggi e cioè esauritosi inutilmente il periodo di prigionia, il creditore già procedente intendesse far luogo agli esiti ultimi della procedura, e cioè all'uccisione del debitore; pare infatti doversi ritenere che la regola della dissezione del cadavere tra concorrenti possa appartenere solo ad un sistema che non prevedesse ancora l'alternativa della *venditio trans Tiberim*.

In questa ricostruzione è percepibile una certa logica: pagamenti e transazioni (cioè eventi soddisfatti) spettano al creditore procedente, ed hanno la conseguenza di rimettere – liberandolo – il debitore a disposizione dell'ulteriore creditore che successivamente prenda l'iniziativa. Mentre l'uccisione, che è soluzione non soddisfacente in senso economico e non commisurata al debito, ma che per il suo carat-

tere di vendetta soddisfa (nel suo piano di valori) interamente chiunque vi partecipi, è lasciata al concorso: e nell'eventualità che dall'uccisione derivi un lucro (per l'esborso, poniamo, cui sia disponibile chi richieda il cadavere per la sepoltura)⁴, esso pure obbedisce alle leggi della vendetta e non a quelle dell'estinzione satisfattiva dell'obbligazione⁵.

3. – Rileggendo, a questo punto, la norma di *XII tab.* 3, 6 (Gell. 20, 1, 49), 'TERTIIS NUNDINIS PARTIS SECANTO', si vede subito come la sua idoneità ad essere adottata come norma che enunciasse l'esito della procedura ora descritta, sia tenue e difficoltosa.

Non mi preoccupa tanto il fatto che essa, se pensata come conclusiva di tale procedura, tiene precisamente il luogo che, nella procedura adottata da un solo creditore, era proprio della norma che lo autorizzava ad uccidere: sicché, nel nostro caso dei più creditori, il *partis secanto* verrebbe a significare l'uccisione per squartamento, senza possibilità di interpretazione umanizzante alcuna: perché non potrebbe avere alcun significato pratico, neppure in una prospettiva magico-religiosa, l'asportazione innocua di frammenti di unghie o capelli del debitore vivo⁶; né può pensarsi ad una dissezione del debitore già prima ucciso, perché il *secare partes* è la prima e la sola cosa, che la regola legislativa prescrive da farsi *tertiis nundinis*.

La difficoltà proviene da una ragione formale: che, se la norma si riferisse agli esiti di quella speciale procedura, la forma del suo enunciato è tale da implicare necessariamente che gli atti precedenti fossero pure espressamente regolati: il che risulta difficilmente pensabile, e perché Gellio non vi fa alcun riferimento, e perché – se è vero quanto stabilito nel precedente paragrafo – egli non sarebbe incorso, col testo legislativo sott'occhio, nell'equivoco dell'*addictio pluribus*.

4. – Ma vi è un altro argomento, il quale vale ad escludere, in modo a mio parere decisivo, il tradizionale riferimento della norma di *XII tab.* 3, 6, alla spartizione del cadavere del debitore fra i suoi concreditori. Vale a dire che la norma, riportata testualmente in Gell. 20, 1, 49, si rivela estranea a tale tema – comunque si voglia configurare la dissezione – là dove stabilisce che *si plus minusve secuerunt se fraude esto*.

Ho ben presente che questo inciso è stato usato come prova contro un'interpretazione patrimoniale del *partes secanto*, proprio dicendosi che esso sarebbe tan-

⁴ V. KASER, cit. alla nt. prec.

⁵ La quale obbligazione, infatti, deve ritenersi estinta con l'uccisione del debitore, nei confronti di tutti quelli che vi abbiano partecipato.

⁶ V. *supra*, nt. 3.

to incoerente se riferito ad una spartizione di beni, quanto invece è coerente con una spartizione di cosa in sé di nessun valore economico, come il corpo⁷; ma questa argomentazione non è precisa fino in fondo. *Plus minusve*, infatti, indica una variante quantitativa, che si ammette come lecita, o meglio giuridicamente indifferente (*se fraude esto*: cfr. *XII tab.* 10, 8): ora, se questa regola dell'indifferenza giuridica di varianti quantitative nella spartizione è illogica perché iniqua se posta in relazione al patrimonio del debitore, essa è illogica perché priva di senso se posta in relazione al corpo del debitore ucciso. Se il legislatore decenvirale avesse voluto sancire l'indifferenza delle modalità della spartizione, non sarebbe ricorso ad un criterio quantitativo, perché così non disciplinava nulla. Le reliquie prelevate da un cadavere non sono comparabili sotto il profilo quantitativo, né, si direbbe, sotto altro profilo: se non magari quello (che però è qualitativo) della loro idoneità ad essere identificate come appartenenti a quel soggetto, e non ad altri.

Una norma decenvirale, che accorda il diritto di *secare partes* alle *tertia nundinae*, o meglio che dispone si esegua tale taglio in quella data, come primo ed unico atto da compiersi allo scadere di queste, e che sancisce l'indifferenza di un *plus minusve secare*, non si riferisce, dunque, alla dissezione del cadavere del debitore insolvente operata da più creditori.

Dobbiamo allora cercar di reperire la fattispecie alla quale essa si riferiva.

II.

5. – Il punto di partenza può essere una più attenta considerazione delle parole *plus minusve*; poiché esse non hanno il senso che l'interpretazione tradizionale del passo vi riconnette: per interpretazione tradizionale dovendosi intendere quella degli storici moderni, in quanto nel testo di Gellio la frase *Si plus minusve secuerunt se fraude esto* è riportata, ma non fatta oggetto di attenzione alcuna.

Riferita, come sappiamo, alla partizione del corpo del debitore, l'espressione *si plus minusve secuerunt se fraude esto* è intesa nel senso che le XII tavole stabilissero l'irrelevanza giuridica del fatto che un creditore si prenda più dell'altro o meno dell'altro⁸. Ora, a parte il fatto che il profilo relativo (più, ovvero meno, 'dell'altro') nel testo è assente, quel modo di intendere scinde il semantema unico '*plus minusve*' in due semantemi distinti. Mi spiego: il testo non può significare che è irrilevante se uno abbia tolto 'di più' ovvero 'di meno', perché così mancherebbe il riferimento necessario alla comparazione: più di che cosa o di chi, meno di che cosa o di chi? Mentre *plus minusve* sta ad esprimere che il *secare* ammette (come giuridi-

⁷ PUGLIESE, *Il processo civile romano, I: le legis actiones*, 1962, p. 318 e nt. 177.

⁸ FRANCIOSI, *Labeo*, 24, 1978, p. 268 s.

camente irrilevante) una approssimazione quantitativa; che non è richiesto un *secare* quantitativamente preciso. E la quantità è evidentemente indifferente perché il *secare* è di per sé retto da una regola qualitativa intrinseca, da una definizione, cioè, dell'oggetto del *secare* che non dipende da dati quantitativi. Il soggetto del *secare* può togliere 'quella tal cosa', che già *aliunde* è evidentemente nota, e non importa se la tolga senza precisione, purché quel che toglie sia 'quella tal cosa', e non un'altra.

Solo così una norma, che contenga un'approssimazione del genere, può avere un senso: se cioè l'approssimazione quantitativa assoluta (senza limiti) trovi il proprio limite in un criterio d'altra natura. Ed ancora, se la definizione legislativa dell'approssimazione sia necessaria all'applicazione corretta della norma.

Siamo giunti, mi pare, così a scoprire la fattispecie alla quale si riferisce *XII tab.* 3, 6: si tratta della norma che regola l'esecuzione del taglione⁹.

6. – Che, nell'esecuzione del taglione, la liceità dell'approssimazione quantitativa fosse necessaria, è ovvio. Argomenti del tipo di quelli dello pseudo-dottorino padovano contro l'usuraio di Venezia stanno splendidamente in una commedia, ma una legge saggia li previene: e che diatribe simili potessero aver luogo in occasione della *talio* per un *membrum ruptum* lo sapeva lo stesso Gellio (o Favorino), che vi vedeva lo spunto per "aprire una spirale senza fine di ulteriori rappresaglie"¹⁰:

Gell. 20, 1, 17: *Sed et si prudens ruperit, nequaquam patietur aut altius se laedi aut latius. Quod cuiusmodi libra atque mensura caveri possit, non reperio.*

18: *Quim etiam, si quid plus erit aliterve commissum, res fiet ridiculae atrocitatis, ut contraria actio mutuae talionis oriatur et adolescat infinita quaedam reciprocatio talionum.*

Subito dopo, in seguito (Gell. 20, 1, 19: è un caso, è l'*iter* logico del discorso di Favorino, o l'ordine delle norme delle XII tavole?) Gellio passa a parlare *de inmanitate illa secandi partiendique humani corporis, si unus ob pecuniam debitam iudicatus sit pluribus*, senza sapere che la norma, alla quale alludeva, conteneva la soluzione del problema appena posto. In effetti, solo ove la regola (sostanziale) che si ricostruisce testualmente col confronto fra Fest. (Linds.), 496 (*talionis*) e Gell. 20, 1, 14, ed oggi posta in

XII tab. 8,2: *SI MEMBRUM RUP(S)IT NI CUM EO PACIT TALIO ESTO.*

⁹ Dello stesso parere sembrerebbe HUVELIN, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, in *Mél. Appléon*, 1903, p. 378, ma, a quanto pare, per una "svista": PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, 1941, p. 32.

¹⁰ CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, 19; KASER, *Das altrömische Jus*, 1949, p. 209 nt. 10.

venga completata con la regola (come vedremo, processuale) di Gell. 20, 1, 49, ed oggi posta in

XII tab. 3, 6: ...SI PLUS MINUSVE SECUERUNT SE FRAUDE ESTO.

la disciplina decenvirale della sanzione del *membrum ruptum*¹¹ può essere riconosciuta chiara e compiuta: e si tratta di materia nella quale una mancanza di chiarezza sarebbe stata insostenibile.

7. – Prima di procedere a diverse, e più rilevanti, considerazioni, suggerite dal riferimento al taglione di *XII tab. 3, 6*, vorrei sgombrare il campo da un piccolo problema, di interesse marginale almeno in questa sede.

La norma che ci interessa è tutta scritta al plurale (*secanto; secuerunt*); e naturalmente potrebbe pensarsi che il testo abbia subito questa, più o meno inconsapevole, alterazione nel corso della vicenda stessa che – nell'epoca in cui ormai della pratica applicazione della regola era svanito pure il ricordo – ha fondato l'impressione e la convinzione del suo rapporto con lo squartamento del cadavere. Ma io sarei piuttosto del parere che il plurale vada conservato, anche ove si stabilisca il riferimento della norma all'esecuzione del taglione. È infatti sicuro che tale esecuzione non può essere attribuita – o almeno esclusivamente attribuita – alla parte lesa: perché questa, appunto a causa della mutilazione subita, e – normalmente – di recente subita, facilmente non è in grado di applicare la sanzione materiale. Del resto, la sola notizia che le fonti romane ci offrono in proposito, fa appunto riferimento ad un terzo:

Priscianus, *Inst gramm.*, 6, 13, 69: ... *Cato tamen 'os' protulit in IV Originum: "Si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur"*.

La notizia, così com'è riferita, non dà garanzia di essere esatta nei particolari¹²: ma l'idea che l'esecuzione fosse affidata ad un terzo, del gruppo agnatizio (piuttosto che cognatizio) della parte lesa, è del tutto naturale: ed anzi (ulteriore argomento a favore della conservazione del plurale del testo di *XII tab. 3, 6*) codesta esecuzione doveva in pratica implicare la collaborazione del gruppo come tale, o comunque di più persone, anche se sotto la direzione occasionale di quel *cognatus* (o *adgnatus*) *proximus*, perché non si trattava solo di amputare il colpevole, ma an-

¹¹ È chiaro che la nozione di '*membrum ruptum*' da me impiegata è quella che lo identifica nella mutilazione o comunque nell'asportazione di una parte del corpo che non si rigeneri naturalmente: cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, 1², 1971, p. 156; WATSON, *Personal injuries in the XII tables*, in *TR*, 43, 1975, p. 213 ss.

¹² Sull'estensione, che essa contiene, dal taglione all'*os fractum* v. KASER, *Das altrömische Jus*, p. 210 nt. 14; *Das römische Privatrecht*, 1², p. 156 nt. 11.

che di tenerlo fermo durante l'operazione, ch  certo i Romani del V secolo a.C. non sottostavano tutti alla maest  delle leggi con la disponibilit  del giovane Muzio, quando divenne Scevola.

8. – Ma il riferimento al taglione della norma “*TERTIIS NUNDINIS PARTIS SECANTO. SI PLUS MINUSVE SECUERUNT SE FRAUDE ESTO*” d  luogo ad una conseguenza di speciale interesse.

Le parole iniziali, *tertiis nundinis*, vengono cos , infatti, a significare che, all'epoca delle XII tavole, l'esecuzione del taglione non era pi  un atto di autodifesa lecita, bens  un atto processuale di esecuzione. Precisamente: che per eseguire il taglione si doveva esperire la *manus iniectio*, cosicch  l'amputazione era possibile solo alle *tertia nundinae*, se nel frattempo, durante la prigionia del debitore, non fosse intervenuta la *pactio*¹³.

Potremmo indicare nel modo seguente una linea ricostruttiva (congetturale) dell'intera procedura:

a) Non v'  ragione di pensare che la *membri ruptio* corrispondesse, di per s , ad una fattispecie dotata di quel grado di notorit  che permetteva l'esperimento diretto della *manus iniectio*; la parte lesa, pertanto, doveva anzitutto esperire l'azione di cognizione (*legis actio sacramento in personam*) per munirsi di un titolo esecutivo¹⁴. La cognizione, ed   questa una prima particolarit  (eccezionale) di questa procedura, non sboccava evidentemente in una condanna pecuniaria, come invece le normali applicazioni delle *legis actiones in personam*¹⁵, ma con una sentenza di accertamento del fatto e dell'identit , nella persona del convenuto, del suo autore.

b) Tale sentenza costituiva bens  cosa giudicata, ma non rientrava fra quelle previste in *XII tab.* 3, 1, norma che riguardava le sole condanne pecuniarie¹⁶. Per la sua esecuzione, dunque, si impiegava pur sempre la *manus iniectio*, ma con divergenze dalla procedura di *XII tab.* 3, 1 ss. (cio  Gell. 20, 1, 42-47). E la prima divergenza da notare   che certo, nel nostro caso, non aveva luogo il *iustitium* (Gell. 20,

¹³ Che una *manus iniectio* fosse necessaria (almeno dopo una fase primitiva, nella quale il reo sarebbe stato consegnato alla vendetta del ferito dal tribunale improvvisato dei vicini accorsi: KASER, *Das altrömische Jus*, p. 208 s.; *Das r m. Privatrecht*, 1², p. 156 nt. 9)   in genere ammesso, ma si pensa ad un procedimento che non implichi la dilazione alle *tertia nundinae*: il ferito, effettuata la *manus iniectio* contro il colpevole, lo avrebbe condotto *in ius* per vederselo *addicere*, dopo di che egli avrebbe immediatamente eseguito il taglione, “vor den Augen des Magistrats” (KASER, *Das atr m. Jus*, p. 209).

¹⁴ Che per determinare la responsabilit  per il *membre ruptum* fosse necessaria un'assunzione di prove, pare chiaro al KASER, gi  in *Das altröm. Jus*, p. 208 s.; in *SZ*, 84, 1964, p. 380 s. (criticando SCHMIDLIN, *Das Recuperatorenverfahren*, 1963, p. 37 ss.) e *Das r m. Zivilprozessrecht*, p. 95 nt. 11 egli mostra di propendere per l'esclusione del *membre ruptum* dall'elenco dei casi in cui la *manus iniectio* poteva essere direttamente esperita (senza *confessio* n  giudicato).

¹⁵ CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, 1980, p. 56.

¹⁶ V. nt. prec.

1, 43) di trenta giorni a favore del debitore: un periodo di tregua, per così dire, fra giudicato ed esecuzione, è funzionale ad un'obbligazione da giudicato che possa essere adempiuta (ad un debito, e non ad una pura responsabilità), mentre qui non v'è debito né possibilità di pagamento, bensì pura soggezione. Dopo il giudicato, dunque, l'attore poteva subito intentare la *manus iniectio*.

c) La *manus iniectio*, così intentata, era bensì basata su di un giudicato, ma non era una *manus iniectio iudicati*, non dipendendo dalle regole di *XII tab.* 3, 1; e non poteva neppure essere *pro iudicato*, mancando a tale scopo del dato d'analogia principale, e cioè il fatto di riferirsi ad una somma di danaro, e quindi di permettere l'intervento del *vindex*. Dobbiamo dunque pensare di essere di fronte al prototipo della *manus iniectio pura*, nella quale spetta al convenuto di *manum sibi depellere et pro se lege agere*, col rischio di aggravare la propria posizione, e cioè, nel nostro caso, di perdere il beneficio della *talio*. Voglio precisamente dire che il convenuto, ove interrompesse la *manus iniectio* per far valere l'inesistenza del giudicato (la sola difesa pensabile, nella procedura che stiamo ricostruendo), si vedeva intentare una *legis actio sacramento in personam* per l'accertamento dell'esistenza del giudicato, dopo la quale l'attore, se vittorioso, avrebbe avuto contro il reo la *manus iniectio* diretta all'esito dell'uccisore – evitabile in questo nostro caso solo con transazione e non con *solutio*, e quindi a discrezione dell'attore –, e non più alla sola *talio*.

d) Il reo *addictus* veniva *ductus* e tenuto in prigionia secondo le norme comuni, che conosciamo da Gell. 20, 1, 45. Si applicava pure la regola di

Gell. 20, 1, 46: *Erat autem ius interea paciscendi ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta.*

Il *pacisci* in questo caso, è quello stesso previsto da *XII tab.* 8, 2: *... ni cum eo pacit ...*, che dunque non significa, come talora si è voluto pensare, sostituire ad una soggezione derivante da delitto un'obbligazione da contratto; *pacisci*, qui, significa 'fare la pace', il che può attuarsi in vari modi, tutti comunque in se stessi unicamente estintivi di quella soggezione. Ove si fosse voluto che elemento del contenuto economico del *pacisci* fosse il sorgere di un'obbligazione del convenuto, si sarebbe dovuto impiegare all'uopo un'apposita *sponsio*. Poteva, dunque, in concreto, avvenire che la vittima perdonasse semplicemente il reo, che consentisse a liberarlo in cambio di una prestazione del reo o di un terzo, che consentisse a liberarlo in cambio di una promessa di prestazione fatta dal reo, da un terzo, o dal reo garantita da un terzo.

e) In mancanza di *pactio*, il reo, secondo le regole comuni di Gell. 20, 1, 47, *inter eos dies trinis nundinis continuus ad praetorem in comitium producebatur*; ma, poiché questa *productio* non poteva essere accompagnata da una proclamazione del *quantae pecuniae reus iudicatus esset*, l'annuncio doveva riferirsi semplicemente alla situazione (che si trattava di un *addictus* per un *membrum ruptum*, di chi e quale) con l'eventuale aggiunta della somma che la parte lesa fosse disposta ad accettare come composizione.

f) *Tertiis autem nundinis* (Gell. 20, 1, 47), ove a nessuna composizione si fosse giunti, veniva eseguito il taglione: “*PARTIS SECANTO*”.

III.

9. – Anche la crudeltà del taglione dava complessi di colpa ai Romani del II secolo, sicché Gellio mette in bocca all’Africano questa notizia¹⁷:

Gell. 20, 1, 37: *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis probabilius esse existimas, nolo hoc ignores hanc quoque ipsam talionem ad aestimandum iudicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat.*

Questo passo non pare riguardi la nostra indagine: come forse non si è sufficientemente notato¹⁸, esso allude ad una soluzione attuabile nel processo formulare, precisamente con una formula arbitraria, per la quale il convenuto viene condannato ad una pena pecuniaria (da determinarsi mediante *aestimatio litis*) qualora non si sottometta al taglione, dopo che il *iudex* ha pronunciato sulla sua soggezione ad esso.

Non è possibile dire a cosa Gellio pensasse, scrivendo così: se riferisse di una vecchia effettiva azione formulare, al suo tempo desueta; se semplicemente volesse descrivere, con una veste tecnica desunta dall’esperienza a lui contemporanea, il fenomeno della desuetudine del taglione e della sua sostituzione con una pena pecuniaria.

Nel caso si tratti di questo secondo fenomeno, potrebbe darsi che Gellio desse inconsciamente “aspetto formulare” ad un fenomeno verificatosi nell’ambito delle *legis actiones*.

Credo però che, per risolvere questo problema, si dovrebbe chiedere troppo alla fantasia.

¹⁷ Di ignota provenienza: CASAVOLA, *op. cit.* alla nt. 1, p. 20 e nt. 10.

¹⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio*, 1912, in *Rariora*, 1946, p. 68 ss.

INTRODUZIONE AD UNA RILETTURA DI GAI. 4, 30-33 *

1. – Il problema della storia del processo formulare, lo si pone in due modi diversi: almeno così pare, leggendo la letteratura romanistica più recente. Più recente, dico, perché tutta la letteratura sul processo formulare, e così pure quella sulle *legis actiones*, è recente, se si considera che la romanistica, in generale, a volerla ridurre nei limiti più angusti di una sicura scientificità, parte dalla glosse di Irnerio: mentre lo studio degli istituti dell'*ordo iudiciorum privatorum* è successiva alla lettura del Gaio veronese¹, ed anzi non acquistò dimensione autenticamente critica se non nella seconda metà del secolo passato².

Dicevo dunque, che il problema della storia del processo formulare lo si pone oggi in relazione a due tematiche, molto più nettamente distinte di quanto non lo fossero ai tempi, per intenderci, del Wlassak. L'una è quella che potremmo dire 'dell'evoluzione della formula', la quale, favorita anche da alcune scoperte epigrafiche, ha trovato singolare impulso nel libretto, magari involuto ma di penetrante acume, di Walter Selb sulle formule con *intentio incerta*³. L'altra potrebbe desi-

* Estratto da *Sodalitas - Scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. IV, Napoli, 1984.

¹ Ogni notizia sulla lettura e la pubblicazione del manoscritto delle Istituzioni giaine può trovarsi ora in VOLTERRA, *La prima edizione italiana del Gaio veronese*, in *BIDR*, 83 (1980) 262 ss.

² Un panorama critico della letteratura si trova in KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (1966) 13 ss.

³ SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris* (1974); il volumetto, di circa 60 pagine, è stato criticamente esplorato dal KUPISCH, in *ZSS*, 93 (1976) 434 ss., in una recensione assai corposa (circa due terzi del libro recensito). Il Selb prende le mosse, in particolare, dallo studio dell'ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, in *Studi Cagliari* 4/2 (1912) 75 ss. = *Rariora* (1946) 27 ss., contestandone impostazione e risultati. La linea di ricerca, di cui qui si parla, trova un'altra premessa maggiore negli studi di LENEL, e non solo in *Das Edictum perpetuum*³ (1927), ma anche nei singoli articoli pubblicati attorno all'opera maggiore, in particolare la lunga serie apparsa, con intensa frequenza, nei numeri dal 2 al 52 della *ZSS*. Fra i contributi recenti più rilevanti va ancora annoverato KASER, *Formeln mit intentio incerta ex stipulatu und conditio*, in *Labeo* 22 (1976) 7 ss., che è pure una sorta di recensione a SELB, *op. cit.* Tanto il Selb quanto il Kaser tengono conto delle formule pompeiane di *conditio*, scoperte nel 1959 e pubblicate nel 1972, sulle quali v. J.G. WOLF, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: die Konditionen des C. Sulpicius Cinnamus*, in *SDHI*, 45 (1979) 141 ss. Del SELB si veda ancora: *Zu den Anfängen des formula verfahrens*, in *Festschr. Flume* 1 (1978); dello SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozess*, in *De iustitia et iure (Fgb. V. Lübtow zum 80. Geburtstag*, 1980) 359 ss.; *La fonction de la demonstratio dans les actions de bonne foi* (in corso di pubblicazione negli *Studi Sanfilippo*). Una certa importanza, malgrado il carattere particolare del processo al quale si riferisce, ha la scoperta dell'iscrizione di Contrebia, sulla quale D'ORS, *Las formulas procesales del Bronce de Contrebia*, estr. da *AHDE* (1980). Mi permetto infine di rinviare alla parte relativa alla formula (69 ss.) del mio corso, citato nella nota 5.

gnarsi come ‘dell’origine e della legittimazione del processo formulare’, e, nell’impostazione attuale, ruota ancora attorno all’articolo sulla *lex Aebutia*, che il Kaser pubblicò nel 1953⁴.

La sequenza gaiana, alla quale è dedicato il presente scritto, si riferisce in particolare alla seconda tematica: anche se tocca la prima, e non solo per le necessarie connessioni tra l’una e l’altra, ma altresì per l’espresso riferimento dei paragrafi 32 e 33 ad un aspetto della tecnica formulare. E queste pagine, che offro (un povero omaggio, che trova giustificazione solo nell’affetto e nella riconoscenza che esso vuole testimoniare) ad Antonio Guarino, hanno un compito assai limitato: quello di stabilire esattamente quale sia il tenore – con un tentativo di parziale integrazione della lacuna che vizia il paragrafo 32 – del testo gaiano, quale il suo senso preciso, e quanta sia l’attendibilità delle notizie che esso fornisce. Si tratta in sostanza, di un discorso preliminare, anche se preliminare a conclusioni che ho già in parte abbozzato: ma lo scritto in cui esse sono apparse è, soprattutto nella parte che le contiene⁵, non solo condizionato dalla sua destinazione didattica, ma di per se stesso insufficiente e provvisorio, per essere unicamente costruito di spunti coordinati in una prospettiva, che, se mi pare più verosimile di quella usuale, non è certo ancora soddisfacente.

La sequenza di Gai. 4, 30-33 è nota a tutti: sicché posso parlarne senza riportare subito il testo, che trascriverò, con la proposta integrazione, più avanti. Qui mi limito a ricordare che esso si legge, nella *pars de actionibus* delle Istituzioni, di seguito all’*excursus* sulle *legis actiones*, e parla della decadenza ed abrogazione di queste, accenna alla diffusione del processo formulare e poi, dopo la lacuna di cui si è detto, riferisce delle azioni formulari che recano traccia palese del processo più antico, in quanto *ad legis actionem exprimuntur*.

2. – Precisamente, i paragrafi che ci interessano appartengono ad una lunga digressione, che Gaio faceva per spiegare la *divisio* fra azioni (formulari) «*quae ad legis actionem exprimuntur*» e «*quae sua vi ac potestate constant*». La *divisio* è enunciata al paragrafo 10, la digressione esplicativa occupa i paragrafi 11-30.

Esaminiamone brevemente la struttura.

Il passo rivela una netta contrapposizione, al suo interno, la quale dipende dal referente temporale. Nei paragrafi 11-29 l’esposizione usa i verbi al passato, perché al passato si riferisce, essendo un’esposizione storica, cioè una narrazione: si tratta infatti della descrizione delle *legis actiones*, come delle «*actiones, quas in usu veteres habuerunt*». Nei paragrafi 31-33, l’esposizione (salva l’ampia lacuna della quale

⁴ KASER, *Die lex Aebutia*, in *Studi Albertario* 1 (1953) 25 ss.; per precedenti, consensi e dissensi, KASER, *Das röm. Zivilprozessrecht* cit., 114 nt. 62; in part. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, 2. *Il processo formulare*, t. 1 (1963) 55 ss.; si aggiunga BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico* (1968) 147 ss.

⁵ CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, 2. *Il processo formulare* (1982) 46 ss.

non può dirsi, e di cui ci riocuperemo) si basa su verbi coniugati al presente, perché al presente si riferisce, essendo un'esposizione del diritto vigente: si tratta infatti dei casi in cui le *legis actiones* sono ancora applicabili, e – dopo la lacuna – delle azioni (formulari, attuali) «*quae ad legis actionem exprimuntur*» nonché di quelle «*quae sua vi ac potestate constant*». Il trait d'union tra la parte storica (Gai. 4, 11-29) e quella di diritto vigente (Gai. 4, 31-33) è rappresentato dal paragrafo 30, ancora scritto al passato – e quindi in sé storico – ma dominato dall'idea del passaggio al presente, perché gli istituti di cui si è parlato prima (*legis actiones*) sono considerati nel loro «venire in odio» ed «essere abrogati», mentre «*effectum est*» (un verbo al passato, che esprime però la genesi di un risultato presente, e quindi rappresenta il fulcro di quell'idea del 'passaggio') l'impiego, ancora attuale, del processo formulare.

Il discorso storico è quindi compiuto con il paragrafo 30, e, nell'ambito di tale discorso storico, il brano dedicato al passaggio dal vecchio al nuovo regime è limitato al paragrafo 30 medesimo. Resta solo la possibilità che Gaio riprendesse tale tematica nella lacuna che vizia il paragrafo 31a; e vedremo subito in che misura ciò possa essere vero.

3. – Tale paragrafo (Gai. 4, 31a) si presenta, nel manoscritto veronese, così:

«*Per pignoris [... lacuna di circa 23 righe...]*⁶ *apparet*».

Siccome nel successivo paragrafo 32 si parla dell'azione formulare «*quae ad legis actionem per pignoris capionem exprimitur*»⁷, un'osservatore superficiale potrebbe desumere dalle parole *per pignoris*, che si leggono prima della lacuna, che in tutta la pagina mancante si parlasse di quell'azione formulare. Ma ciò non è possibile; come è esattamente scritto nella nota apposta a questo punto nell'edizione di Arangio-Ruiz e Guarino⁸, «benché dall'ultima riga della pagina precedente e dalle prime della seguente sembri risultare che [Gaio] abbia discorso soltanto della finzione relativa alla *pignoris capio*, dal paragrafo 33 si deduce che l'indagine si è estesa anche alle altre *legis actiones*, ad esclusione della sola *condictio*».

Ma, a questo argomento desunto da quanto si dice dopo la lacuna, può aggiungersene un altro tratto da quel che vi si dice prima: poiché è possibile stabilire, a mio parere con piena sicurezza, che cosa Gaio dicesse nella prima delle frasi perdute, quella che si iniziava «*per pignoris...*».

Dedichiamo al problema una breve digressione.

⁶ Precisamente, manca nel manoscritto un'intera pagina: la parola «*pignoris*» è l'ultima della pagina 198, «*apparet*» la prima della pagina 200.

⁷ L'espressione è costruita da me, con elementi gaiani, al solo scopo di farmi intendere.

⁸ ARANGIO-RUIZ-GUARINO, *Breviarium iuris Romani* (rist. 1951) 159 nt. 1.

Un certo numero di autori ritiene che la frase di Gai. 4, 31a: «*Per pignoris...*», ovviamente da integrare, al suo inizio, «*Per pignoris capionem...*», dovesse essere diretta a spiegare l'applicazione della *pignoris capio* al *damnum infectum* rimasta in vigore anche dopo l'abrogazione delle *legis actiones*: e si è anche detto, per confortare l'ipotesi, che quanto al proposito si legge in Gai. 4, 30 costituirebbe un discorso incompiuto, che esigerebbe quindi quel tipo di seguito⁹. Ma ciò non è affatto vero. Nel paragrafo 30 Gaio si esprime secondo questa linea: 'l'abrogazione generale delle *legis actiones* ha conservato due eccezioni: in relazione al *damnum infectum* e in relazione ai giudizi centumviri; la seconda eccezione ha un'effettiva rilevanza pratica, in quanto per andare davanti ai centumviri si esperisce prima la *legis actio* davanti al pretore; la prima, invece, non è praticamente impiegata, perché gli interessati preferiscono il più pregevole rimedio pretorio'. Con il che è detto tutto quanto il tema trattato richiede: una illustrazione della procedura del *lege agere damni infecti nomine*, dopo che si era detto «*damni vero infecti nemo vult lege agere*», sarebbe stata del tutto fuori luogo in questo contesto.

Esiste, invece, un altro tema, il quale, una volta che lo si sia individuato, pare proprio debba essere stato trattato da Gaio al punto che ci interessa. Poco sopra, nel paragrafo 29, egli riferiva di una controversia circa la natura della *pignoris capio*; la quale controversia appare caratterizzata dai seguenti connotati *a)* si tratta di una controversia, rispetto all'epoca di Gaio, passata e conclusa nel passato (Gai. 4, 29 fa parte del brano storico, che abbiamo individuato sopra, nel § 2: i verbi con i quali la controversia è esposta sono al passato: «*placebat*»; Gaio non fa riferimento ai suoi *praeceptores* e ai *diversae scholae auctores*, quindi la controversia non era entrata nel repertorio dei dissensi tra Sabiniani e Proculiani); *b)* si è trattato di una controversia importante, poiché gli antagonisti sono indicati con le locuzioni «*plerisque placebat*» e «*quibusdam autem contra*», lasciandosi così intendere che la controversia impegnò, a suo tempo, la generalità dei giuristi; *c)* la controversia verteva sulla natura della *pignoris capio*, se essa fosse o non fosse una *legis actio*: e ciò in modo, per così dire, esclusivo, unilaterale; voglio dire che non si discuteva se la *pignoris capio* fosse una *legis actio* ovvero qualcos'altro, ma solo se essa fosse una *legis actio* o no; *d)* la controversia era una pura questione di qualificazione: cioè non aveva per iscopo di desumere una qualche regola circa il regime della *pignoris capio*, poiché il regime era anzi il presupposto delle argomentazioni sulla natura; infatti, i sostenitori della sua natura di *legis actio* si basavano sul dato di fatto che «*certis verbis pignus capiebatur*», gli oppositori replicando che il pro-

⁹ ALBANESE, *Gai. 4, 31 e il lege agere damni infecti* (1969, estr. da *AP*, 31) 9 ss., al quale rinvio per ogni altra notizia sul problema e la letteratura relativa (v. anche MOZZILLO, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto [diritto romano]*, in *NNDI*, 5 [1900] 457 ss.). L'Albanese, sulla scia in part. del Bethmann-Hollweg e del Karlowa (cfr. ALBANESE, 5), ritiene che la *legis actio* per il *damnum infectum* fosse un'applicazione della *pignoris capio*: questa tesi è incompatibile con quanto sosterrò circa l'integrazione della lacuna di Gai. 4, 31: v. la nt. 119 s.

cedimento «*extra ius peragebatur, plerumque etiam absente adversario*» e «*nefasto quoque die*».

Poiché i giuristi romani non si dedicavano a questioni di natura giuridica per amore di dottrina, si deve riconnettere codesta polemica ad un qualche problema pratico, nel quale avesse rilievo la risposta al preciso quesito «se la *pignoris capio* sia o non sia una *legis actio*». Ora, tutti e quattro i connotati della polemica, che sopra abbiamo individuati, conducono a riconoscere che essa dovette nascere in rapporto con l'abrogazione generale delle *legis actiones*. Evidentemente, la *lex Iulia*, che conteneva la norma abrogante, si esprimeva in generale: diceva, cioè, che le *legis actiones* erano abrogate salvo che per le due eccezioni di cui si parla in Gai. 4, 31, forse più precisamente stabilendo che d'ora in poi non è più consentito *lege agere* se non *damni infecti* ovvero «*si centumvirale iudicium futurum sit*». Così si comprende come possa essere sorto quel problema della natura della *pignoris capio*: esso equivaleva al problema di stabilire se, dopo la *lex Iulia*, si potesse ancora *pignus capere certis verbis* nei casi previsti dai *mores* e dalle leggi. Con il che si comprende anche che ad un consenso unanime su di una soluzione si sia dovuti giungere in un tempo sufficientemente breve: non si trattava di un dubbio che potesse permanere, e se ciò fosse accaduto sarebbe certo intervenuta una legge a risolverlo.

Se ciò è vero, è del tutto plausibile, direi quasi necessario, ammettere che Gaio, dopo aver detto nel paragrafo 31 delle eccezioni legislative all'abrogazione delle *legis actiones*, aggiunse, all'inizio del paragrafo 31a, che gli interpreti della *lex Iulia* nutrivano qualche dubbio sulla sopravvivenza della *pignoris capio*, ma pervennero comunque ad adottare la soluzione negativa¹⁰.

4. – Con la proposta di integrazione ora formulata, che si riferisce all'inizio della lacuna di Gai. 4, 31a, abbiamo introdotto un brano, che certo doveva essere scritto con i tempi al passato, nella parte del discorso gaiano, che stiamo esaminando, dedicata all'esposizione del presente. Ma, costituendo il nostro periodo «*per pignoris capionem...*» una parte della trattazione delle 'possibilità di applicazione odierna del processo per *legis actiones*', esso è pur sempre sostanzialmente un discorso, per Gaio, di attualità: solo che su di esso si stende, per così dire, il cono d'ombra del passato, il quale del resto sovrasta anche i successivi paragrafi 32 e 33, poiché il passato è sentito in tutto il parlare che Gaio fa delle azioni «*quae ad legis actionem exprimuntur*» (si noti l'«*olim*» del paragrafo 32) e, per ultimo riflesso, anche nelle azioni «*quae sua vi ac potestate constant*», poiché esse sono definite per contrapposto alle prime.

Ma siccome, a questo punto, dobbiamo dire che, se è vera la nostra integrazione-

¹⁰ La conclusione proposta è incompatibile con la tesi che vuole *damni infecti nomine* si agisse *per pignoris capionem*, poiché, se la *lex Iulia* avesse exceptato tale applicazione della *pignoris capio*, la controversia sulla natura di questa non avrebbe avuto senso, o almeno si sarebbe dovuta impostare su argomenti diversi da quelli riferiti da Gai. 4, 29.

ne dell'inizio di Gai. 4, 31a, se è vera l'osservazione di Arangio-Ruiz e Guarino sopra riportata, che prima di quell'*apparet* che lo chiude Gaio doveva aver parlato di altre (e almeno una di certo) *actiones ad legis actionem expressae*, gli esempi delle quali andavano, inoltre, in qualche modo introdotti, non resta spazio né topografico (voglio dire righe disponibili nel manoscritto)¹¹ né, soprattutto, logico per considerevoli appendici alla narrazione della storia del passaggio dalle *legis actiones* alle *formulae*, contenuta nel paragrafo 30.

5. – Passiamo al secondo aspetto del problema, cioè di stabilire il grado di attendibilità di quanto Gaio scriveva nei paragrafi che ci interessano: il che implica una valutazione dell'attendibilità di Gaio in generale.

Ora, che Gaio – in generale – sia attendibile, può essere lasciato fuori discussione. Così come mi pare oggi inattuale pensare che nella sequenza Gai. 4, 30-35 siano entrati glossemi di qualche rilevanza: sia perché tutta la tesi delle 'glosse a Gaio' appartiene ormai a un settore desueto della metodologia romanistica; sia perché, in ogni caso, mi pare improponibile l'ipotesi di aggiunte di mano tarda a passi come i nostri, assolutamente insignificanti per un eventuale revisore postclassico. Vi si potrebbe supporre, magari, soppressioni, ma non addizioni¹².

Però, la generale attendibilità di Gaio va verificata nello speciale rapporto che essa può avere con i nostri testi: e di questo mi accingo a trattare, pur se prendo inizio da considerazioni generali.

Lelio Lantella¹³, con il garbo che gli è proprio, mi rimprovera di aver scritto una volta che Gaio era poco intelligente; ma credo, quell'affermazione, di poterla ripetere, purché essa venga intesa per quel che vuol dire: che Gaio non era un giurista, e le cose che, con amore e chiarezza, esponeva, le capiva in una misura analoga a quella che oggi siamo soliti attenderci da un buon ragioniere o da un causidico dell'equo canone.

Quello che qui mi preme considerare, non è il difetto fondamentale delle *Institutiones*, che sta a mio parere nella sistematica: la sistematica, che il Lantella, nello scritto citato¹⁴, indica come uno dei pregi maggiori del manuale, ma che, in realtà,

¹¹ *Infra*, nel § 7, ho formulato una proposta di integrazione, che ho curato di contenere nello spazio più breve possibile. Essa, ricondotta alla grafica del manoscritto veronese, occuperebbe, se non calcolo male, circa due righe e mezza; pertanto, la lacuna (cfr. *supra*, § 3 e nt. 6) non integrabile verrebbe a contare 20 righe e mezza.

¹² Come invece si è fatto: v. SOLAZZI, *L'odio per le legis actiones in Gai. 4, 30*, in *Festschr. Wenger* 2 (1945) 49 ss. (anche per le diverse ipotesi precedenti).

¹³ LANTELLA, *Le istituzioni di Gaio come modello pragmatico*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista (Atti del convegno 1978 in onore di Silvio Romano 1981)* 77, nt. 26.

¹⁴ LANTELLA, *Le istituzioni*, in part. 49. Il discorso sulla sistematica, che egli conduce in questo scritto (del quale certo parlava re Ferdinando quando diceva «*How well he's read, to reason against reading!*»; SHAKESPEARE, *Love's Labour's Lost* atto I scena I), è viziato da due errori teorici, anche se è dovuto al più solido teorico fra i romanisti contemporanei. Anzitutto egli pare avere qui dimenti-

invece di evidenziare i rapporti sistematici che strutturano la materia esposta, li occulta e li distorce: perché non mette a disposizione dell'osservatore una griglia ordinatrice, ma lo costringe a cercar di reperire una visione compiuta dell'oggetto attraverso i buchi di un colapasta.

Quel che mi preme, dicevo, sottolineare qui, è il fatto che a Gaio capita di travisare la struttura giuridica di un istituto, quando tenta di precisarla per farla esplicita ai suoi lettori. L'esempio emblematico, a mio parere, è quello di Gai. 4, 36, quando egli scrive che nella *Publiciana* si finge l'usucapione. Ora, vi è la possibilità che nell'ultima parte del nostro passo si annidi un errore del genere.

Nello spiegare le azioni «*quae ad legis actionem exprimuntur*», Gaio insiste nel presentarle come *actiones ficticiae*. In Gai. 4, 32 si legge che «...*in ea forma (= formula)*¹⁵, *quae publicano proponitur, talis fictio est, ut...*»; in Gai. 4, 33 si dice che non v'è formula espressa «*ad conditionis fictionem*», perché, in caso di *petitio* di *res certa debita*, «*eam ipsam DARI NOBIS OPORTERE intendimus: nec ullam adiungimus conditionis fictionem*»: sicché se ne dovrebbe ricavare la conclusione che codeste azioni contenessero la *fictio* dell'esperimento di una *legis actio*¹⁶, e precisamente che – in quanto contrapposte alle «*actiones quae sua vi ac potestate constant*» (Gai. 4, 10; 33) – esse fondassero in tale *fictio* la propria *vis ac potestas*. Ma, siccome questo *genus* di *actiones* è inequivocabilmente descritto da Gaio come ancora attuale al suo tempo, e siccome è altrettanto evidente (e sicuramente confermato dall'esempio di Gai. 4, 32) che tali azioni si esperivano in casi (almeno: anche in casi) estranei agli impieghi delle *legis actiones* sopravvissuti alla *lex Iulia* (Gai. 4, 31), la spiegazione di Gaio appare inverosimile: infatti la *fictio* dell'esperimento di una *legis actio* non avrebbe più potuto fornire la *vis ac potestas* ad un'azione formulare quando l'esperimento effettivo della *legis actio* non era, esso stesso, più *permissum* (Gai. 4, 31).

A me pare che il lettore delle *Institutiones* si trovi qui in una situazione affatto

cato la differenza fra la sistematica come ordine espositivo e la sistematica come struttura della materia, differenza che proprio lui ha chiarito e analizzato nel volume *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano* (1975, estr. da AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*); in secondo luogo, egli pare convinto che la sistematica rappresenti, nella scienza giuridica, uno stadio più evoluto rispetto alla casistica; mentre è l'inverso, poiché la casistica presuppone la conoscenza sistematica (struttura della materia): naturalmente ove per casistica si intenda un certo metodo per la soluzione dei casi mediante regole elaborate per astrazione dai casi (giuristi romani del principato; *stare decisis* inglese), e non il riferimento al precedente come a un caso già deciso e che funge da modello (decisione identica per caso identico: prassi degli scabini) o il riferimento all'enunciato regolare contenuto in una decisione precedente, considerata ricognizione ufficiale di una regola generale e astratta (la motivazione come enunciato regolare o normativo, non come *ratio decidendi*, cioè considerata indipendentemente dalla soluzione concreta che essa regge: come è, in generale, nell'impiego attuale della giurisprudenza della Corte di Cassazione, in Italia, le cui massime sono persino, e per iniziativa del potere giudiziario stesso, affidate – senza riferimenti al caso – alla memoria di un computer).

¹⁵ CANNATA, *Profilo*, 2, cit., 69 s. e nt. 4.

¹⁶ Come si è in effetti pensato v., in part., BISCARDI, *Lezioni*, cit., 150 ss.; 185 ss. (e i precedenti lavori dell'A. citati in CANNATA, *Profilo*, 2, cit., 59, nt. 17, con l'osservazione di 60 nt. 20).

analoga a quella offerta da Gai. 4, 36. Là questo lettore si chiedeva: come è possibile si desse una *rei vindicatio* (quale la *Publiciana*) fingendo l'usucapione, il che equivale a fingere *dominus* l'attore (Gai. 4, 36) «*fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit*», con la conseguenza di rendere inutile l'azione, perché l'attore ha già vinto quando si sia interamente posta fuori discussione la fondatezza della *causa petendi*? Sarebbe come dare al *bonorum possessor* la *vindicatio hereditatis* con la *fictio* 'si heres Lucii Titii esset', cosa che il pretore si guardava bene dal fare. Ma il dubbio è risolto dallo stesso Gaio, che, se interpreta male il dato, lo fornisce però esatto: basta infatti leggere la formula, che egli riporta, per apprendere che nella *Publiciana* non si finge l'usucapione, ma il possesso annuale (o biennale).

E così è anche nel nostro caso. Se leggiamo l'esempio superstite di azione *expressa ad legis actionem*, apprendiamo che non vi era affatto un'*intentio* con la *fictio* dell'esperimento di una *legis actio*, ma la menzione di questa stava nella *condemnatio*, ove svolgeva una funzione analoga a quella dell'allusione all'*aequitas* nelle forme con la *condemnatio in bonum et aequum*:

Gai. 4, 32: «*Item in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est. ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat luere deberet, tantam pecuniam condemnetur*».

«*Talis fictio est ut*» non contiene, si badi, un *ut* finale: quel che segue la congiunzione è una proposizione oggettiva al congiuntivo, poiché il periodo è costruito secondo il modello, ben noto alla lingua latina, formato da una proposizione principale col verbo *sum* unito a un sostantivo (talora un pronome), la quale enuncia che qualcosa è reale o deve accadere. Il senso è, dunque, il seguente: nella formula, quae (in edicto) proponitur a favore del *publicanus*, vi è una clausola (non chiamiamola più *fictio*) che stabilisce la condanna del convenuto nella misura della somma, che un tempo questi avrebbe dovuto pagare come riscatto del *pignus captum*, cioè una clausola per la quale «*quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat luere deberet, tantam pecuniam condemnetur*»: parole che costituiscono una parafrasi, o meglio un adattamento (per un'enunciazione in forma indiretta nel contesto del discorso di Gaio di una *condemnatio*, che possiamo supporre di questo genere:

«*quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat luere deberet, tantam pecuniam, iudex, NmNm AoAo c.s.n.p.a.*»

forma che può pensarsi, a sua volta, un adattamento (pretorio), successivo alla *lex Iulia*, di una *condemnatio* così concepita, per l'azione formulare accordata al tempo del vigore delle *legis actiones*:

«*quanta pecunia si de ea re ab AoAo pignus captum esset, id pignus NsNs luere deberet, tantam pecuniam, iudex, NmNm AoAo c.s.n.p.a.*».

L'allusione alle *legis actiones* era dunque un semplice parametro di valutazione; le azioni, che la contenevano, non traevano da essa la loro *vis ac potestas*; una loro contrapposizione dialettica alle azioni che mancavano di tale allusione poteva forse trovare giustificazione fra le partizioni generali delle azioni solo per l'importanza che essa aveva rivestito in passato; se Gaio l'ha posta, il suo scopo era probabilmente soltanto quello di giustificare (rendendola necessaria a chiarire una delle sue proposizioni sistematiche: perché in Gaio la sistematica giustifica le cose) la digressione che egli intendeva fare sulle *legis actiones*.

6. – Perché Gaio amava la storia, aveva sicuro interesse per l'origine storica, la forma passata delle cose presenti. In questo egli condivideva un atteggiamento dell'ambiente intellettuale del suo tempo, ambiente al quale – al di fuori di ogni incertezza biografica – certo Gaio apparteneva, come vi apparteneva Gellio. E di tale ambiente, segnato da una cultura in riflusso, egli condivideva anche i limiti che, con specifico riferimento al senso della storia, si manifestano in una rappresentazione per stereotipi, con un supporto di categorie interpretative di assoluta banalità¹⁷. Tacito era morto da una quarantina d'anni; e le epoche di accentramento assolutistico non sono propizie alla diffusione di una visuale storiografica critica, più di quanto non lo siano quelle del dibattito ideologizzato. Siamo al tempo della relazione di Gellio sulla discussione fra Favorino e l'Africano intorno alle XII tavole, nella quale la banalità è di casa, se vi si toglie quanto il Casavola ha saputo introdurvi¹⁸.

Nel brano che ci interessa, Gaio fa della storiografia giuridica: ma oltre i dati, egli si lascia andare – nella parte che possiamo leggere – ad un solo giudizio: quello di Gai. 4, 30, quando egli dice che le *legis actiones* sarebbero venute *in odium*, perché la *nimia subtilitas* dei giuristi del tempo le aveva costrette nelle maglie di un formalismo iugulatorio. Questo tipo di giudizio ha già avuto i suoi critici, sicché tutta la frase «*Namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut qui vel minimum errasset litem perderet*» è stata dal Solazzi annoverata fra le «glosse a Gaio»¹⁹: ma questa proposta, oltre che per i motivi generali che si oppongono all'ipotesi dei glossemi in passi di questo genere, è esegeticamente in-

¹⁷ A questa situazione non si sottrae neppure Pomponio, sul quale (ma anche sull'epoca in generale) v. in part. NÖRR, *Pomponius oder «Zu Geschichtsverständnis der römischen Juristen»*, in *Aufstieg und Niedergang der röm. Welt*. 2.15 (1976) 563 ss., in part. 593 ss.; sulla struttura del discorso storiografico dell'Enchiridion, anche LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia* (1979) 7 ss.; sulla storia in Gaio v. GALLO, *La storia in Gaio*, in *Il modello di Gaio* cit. alla nt. 13, 89 ss.; MORGESE, *Appunti su Gaio ad legem XII tab.*, ivi, 117 ss.

¹⁸ Alludo a CASAVOLA, *Giuristi adrianei* (1980) 8 ss. (*Cultura e scienza giuridica nel II sec. d.C.: il senso del passato*, in *Aufstieg und Niedergang* 2.15, 131 ss.); su Gell. 20.1 v. anche NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike* (1974) 66 ss.

¹⁹ V. *op. cit.* alla nt. 12.

sostenibile. Il pensiero di Gaio sulla decadenza delle *legis actiones* si inizia là dove egli scrive che queste vennero *in odium*; la frase «*Namque...*» non può essere soppressa senza sostituirvene un'altra, perché un *namque* è necessario, a spiegare lo stravagante concetto storiografico dell'odio che uccide un sistema processuale con una lentezza da fare invidia ai più elaborati supplizi: circa tre secoli. E siccome un'altra frase non si vede come sostituirgliela, quella che ora si legge rimane, con le sue assurdità già rilevate da altri, alle quali aggiungerei (ma la ritengo prevalente) l'affermazione che l'odio per le antiche forme d'azione sarebbe stato generato dalla cattiva gestione che ne fecero i giuristi dell'epoca (non può che alludere a costoro l'espressione «*veteres qui tunc iura condiderunt*»: cfr. Gai 1.7), quando furono questi stessi gli autori del modello, per Gaio stesso alternativo e vincente, del processo formulare.

7. – Alla luce delle osservazioni che precedono, passiamo infine ad una valutazione complessiva del passo, che anzitutto riporto, con l'integrazione (ovviamente congetturale nel tenore) proposta. Rispetto alle usuali edizioni critiche, devo avvertire che adotto senza segnalarle le piccole integrazioni di lettere e le necessarie correzioni, e modifico un poco la punteggiatura:

Gai 4.30: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt: namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut qui vel minimum errasset litem perderet. Itaque, per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est ut per concepta verba, id est per formulas, litigemus. [31] Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est. Sane quidem, cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum. Damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est obligat adversarium suum, idque et commodius ius et plenius est. Per pignoris <captionem an agere liceret, lege Iulia lata quaesitum est, cum quidam eam legis actionem non esse putarent; sed, ut supra dictum est, plerisque hanc quoque legis actionem esse placuit, et ideo sublata videri> [... lacuna di circa 20,5 righe...]²⁰ apparet. [32] Item in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est ut, quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat luere deberet, tantam pecuniam condemnetur. [33] Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. Si ve enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam DARI NOBIS OPORTERE intendimus, nec ullam adiungimus conditionis fictionem. Itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.*

Tenendo conto di quanto abbiamo considerato in precedenza, e cioè utilizzando la sequenza come fonte di dati, a prescindere dai giudizi e dalle qualificazioni

²⁰ Cfr. *supra*, nt. 11.

di Gaio, possiamo ricavarne le seguenti sette proposizioni: *a*) l'impiego delle *legis actiones* subì una graduale decadenza; *b*) esse furono abrogate per effetto della *lex Aebutia* e di due (o 'delle due') *leges Iuliae*; *c*) effetto dell'abrogazione delle *legis actiones* fu l'impiego generalizzato del processo formulare; *d*) l'abrogazione *b*) ha avuto due eccezioni: l'impiego della *legis actio* per il *damnum infectum* (*d* 1); l'impiego della *legis actio* come fase *in iure* in funzione di un *iudicium centumvirale* (*d* 2); *e*) l'eccezione *d* 1) non trova seguito nella prassi (al tempo di Gaio), perché un istituto legato al processo formulare trova impiego per la corrispondente fattispecie: quindi *d* 1) non limita *c*); *f*) l'eccezione *d* 2) trova corrispondenza nella prassi, poiché si esperisce la *legis actio sacramento* davanti al pretore urbano o al pretore peregrino quando il *iudicium* sia *centumvirale*: quindi *d* 2) limita *c*); *g*) una traccia delle *legis actiones* nel processo formulare è costituita dalla presenza, in questo, di alcune azioni «*quae ad legis actionem exprimuntur*», nel senso che il giudice deve condannare valutando la *summa condemnationis* secondo criteri desunti dal regime della specifica *legis actio*, anche se abrogata, alla quale la formula fa riferimento.

Queste proposizioni, salva, in qualche modo, l'ultima, che è scritta sulla base di quanto esposto nel § 5, sono note e, può dirsi, indiscusse: la *b*) dà luogo, come si sa, al problema delle identificazioni delle *leges Iuliae* e del loro rapporto con l'abrogazione delle *legis actiones*²¹; la *d* 1) suscita il problema della tutela contro il *damnum infectum* mediante *legis actio*, che – nella nostra visuale – si converte nel problema della consistenza e delle ragioni di tale eccezione legislativa, nonché della datazione del fenomeno *e*), cioè del venir meno del significato pratico dell'eccezione *d* 1)²². Ma, in se stessa, l'individuazione di questi sette dati non apporta gran che al patrimonio di dati disponibili per la ricostruzione della storia del processo formulare. Il dato più interessante è, a mio parere, la mancanza di un'ottava proposizione: da Gaio, infatti, non si desume in alcun modo l'affermazione di una sanzione legislativa dell'*agere per formulas*. La diffusione del nuovo processo è una conseguenza, per Gaio, della decadenza e abrogazione delle *legis actiones*, e le leggi, menzionate da lui, sono menzionate come provvedimenti che hanno abrogato le *legis actiones*, e non introdotto, riconosciuto o, come suol dirsi, legittimato il processo formulare.

Se si aggiunge che la sola altra fonte, che parli della *lex Aebutia* (Gell, 16, 10, 8), la menziona anch'essa soltanto come fattore della vicenda d'involuzione delle *legis actiones*; che nessuna delle fonti che trattano delle azioni formulari (comprese le leggi municipali) riconduce mai alla *lex Aebutia* o alla *lex Iulia* tali azioni o alcuna di esse; che nessuna delle disposizioni, ricondotte nelle fonti alla *lex Iulia*, può essere intesa come riconoscimento di una nuova procedura; anzi: che la regola sulla

²¹ Lett. in KASER, *Das röm. Zivilprozessrecht* 115 s.

²² Lett. *supra*, nt. 9.

mors litis (Gai. 4, 104) presuppone che le azioni alle quali si riferisce fossero già istituiti dell'ordinamento giuridico di cui la legge stessa è espressione; se si aggiunge, dico, tutto ciò, appare chiaro che l'idea di una «legalizzazione del processo formulare» non trova riscontro alcuno nei dati oggettivi, sui quali la storia di quel processo può essere costruita.

RABELAIS ET LE PROCÈS *

I. – RAISON D'UN DISCOURS SUR LE PROCÈS SELON RABELAIS

1. – Il faut d'abord établir le sens des considérations que je vais présenter concernant l'attitude de Rabelais vis-à-vis du procès¹. Car Rabelais n'était pas juriste.

Mais le procès est justement un sujet juridique sur lequel les juristes ne disent pas grand-chose: je parle, bien entendu, du jugement général sur le phénomène et sur la branche de la science juridique qui a le procès comme objet. Lorsque l'on provoque des professionnels de la science juridique à exprimer leur opinion à ce propos (ce qu'en général ils ne font jamais par écrit), on s'aperçoit facilement que ces opinions vont d'un extrême à l'autre. D'aucuns considèrent le procès et la science de la procédure comme le vrai lieu de la science du droit – où tous les traquenards du dogmatisme effréné trouvent leur vérification désarmante face à la logique du jugement –. D'autres, en revanche, voient dans la procédure (science et réalité) le moyen d'annuler la science du droit, l'*ars boni et aequi*, en en confiant

* Pubblicato nel volume *In memoria di Antonio Basciu degli Studi Cagliari*, LI, 1985-1986.

¹ Cette étude, que j'offre à la mémoire d'un ami, constitue le point de départ d'une méditation plus complexe sur le procès civil de la tradition juridique des pays romanistes, que j'espère développer ensuite. Il n'est donc pas le divertissement dont il a l'air.

Pour toute information concernant Rabelais, ses rapports avec le droit, les juristes et la pensée juridique, je renvoie au livre fondamental d'ENZO NARDI, *Rabelais e il diritto romano*, Milano, 1962. Cet ouvrage contient aussi l'analyse des textes rabelaisiens concernant le droit romain. Son auteur s'est abstenu – par modestie (v. p. 17) – de prendre en considération les textes relatifs au droit canon, ce qui est vraiment regrettable, comme on peut en juger en lisant l'essai *Seigny Joan le Fol e il fumo dell'arrosto*, in *Studi Biondi*, Milano, 1962.

La bibliographie générale sur Rabelais est aussi citée dans le livre de Nardi. Il me suffit d'ajouter que les *Etudes rabelaisiennes* (Genève, 1956...) comptent aujourd'hui 17 volumes, le dernier ayant paru en 1983.

Dans mon étude, les textes sont cités suivant RABELAIS, *Oeuvres complètes* (Bibliothèque de la Pléiade, éd. Gallimard, 1955); à cette édition se réfèrent aussi les indications des pages (p.) qui font suite à chaque citation. Pour celles-ci les abréviations suivantes sont utilisées: P = *Pantagruel, Roy des Dipsodes*; G = *La vie très horrificque du grand Gargantua, père de Pantagruel*; III = *Le tiers livre des faicts et dictz héroïques du bon Pantagruel*; IV = *Le quart livre des faicts et dictz héroïques du bon Pantagruel*; V = *Le cinquiesme et dernier livre des faicts et dictz héroïques du bon Pantagruel*. Elles sont suivies du chiffre romain (en minuscules) indiquant le chapitre. J'ai encore revu l'orthographe et la ponctuation sur la base du texte établi par Pierre Michel (livre de poche).

J'ai beaucoup discuté le contenu de cet article avec mon savant ami neuchâtelois M. Pierre Jaquillard. Je lui demeure redevable de maintes critiques et suggestions.

l'exercice aux professionnels des calambours, qu'ils soient professeurs de procédure ou gens de justice.

Cette divergence d'idées se reflète aussi dans des phénomènes de grande envergure: ainsi en Allemagne et en Italie, par exemple, la science de la procédure a eu un développement considérable, qui lui donne une place tout à fait comparable à celles qu'occupent le droit civil ou le droit pénal parmi les sciences juridiques, tandis qu'ailleurs, comme en France, il n'y a aucun doute que la procédure, au moins la procédure civile, n'a encore qu'un rôle secondaire dans la science du droit et dans l'enseignement universitaire.

2. – En tout cas, tout le monde est d'accord pour penser que le procès réalise le droit. Et, puisque la réalisation pratique, c'est-à-dire le succès de l'ordre juridique est un phénomène politique, tout *animal politicum*, à savoir n'importe qui, a le droit et la compétence d'exprimer son opinion à ce sujet.

L'opinion de Rabelais est très intéressante. Il dominait la pensée de son temps: et la pensée de son temps est précisément celle qui a donné leur forme actuelle aux racines médiévales de notre culture.

Il était d'ailleurs particulièrement qualifié pour exprimer des jugements sur le procès.

François Rabelais était fils d'Antoine Rabelais, licencié ès loix et avocat au siège de Chinon: et un avocat à succès, semble-t-il. Le fils était aussi docteur en droit, et fut très ami d'André Tiraqueau. Mais il a surtout laissé dans ses ouvrages des traces certaines d'une méditation insistante sur les choses de justice, accompagnée d'une connaissance approfondie des sources du droit et de la littérature juridique. L'examen minutieux qu'Enzo Nardi² a fait des références aux citations romanistes contenues dans les oeuvres de Rabelais ne permet plus d'en douter: aussi les citations précises ne sont-elles pas écrites simplement dans le style de l'époque, elles sont exactes et pertinentes. De plus: elles ne sont pas copiées de répertoires ou d'abrégés, mais sont le résultat d'une utilisation directe des sources et de l'oeuvre de la jurisprudence, de la glose et des *Doctores*.

3. – Il connaissait très bien aussi les problèmes généraux de la jurisprudence de son époque.

Rabelais était contemporain d'André Alciat (1492-1550); il vécut donc à l'époque de la querelle entre les humanistes et les juristes. Malgré ses relations avec Guillaume Budé (1467-1540), il était plutôt fidèle aux catégories maximalistes de Lorenzo Valls (1407-1457) et d'Ange Politien (1454-1494), et qualifiait glossateurs et commentateurs de

² Voir *supra*, n. 1.

vieux mastins qui jamais n'entendirent la moindre loy des Pandectes, et n'estoyent que gros veaulx de disme [(qui, donc, «baislent aux mousches»: III prol., p. 324)], ignorants de tout ce qu'est nécessaire à l'intelligence des loix. Car (comme il est tout certain) ilz n'avoient congnoissance de langue ny grecque, ny latine, mais seullement de gothique et barbare; . . . (P. x p. 216)

Il parlait dans l'esprit de l'enseignement de l'Université de Bourges, où Alciat professait, mais où Pantagruel aussi

estudia bien longtemps et profitta beaucoup en la faculté des loix. Et disoit aulcunes fois que les livres des loix luy sembloient une belle robbe d'or, triumpante et précieuse a merveilles, qui feust brodée de merde: «Car (disoit-il) au monde n'y a livres tant beaux, tant aornés, tant élégans comme sont les textes des Pandectes; mais la brodure d'iceulx, c'est assavoir la glose de Accurse, est tant salle, tant infâme et punaise, que ce n'est que ordure et villenie». (P. v p. 189)

Une fois (unique par ailleurs) Rabelais alla plus loin. Dans un passage du Tiers Livre (1546), il semble s'exprimer déjà en *Antitribonianus*, comme annonçant la senteur de la nouvelle vague de François Hotman (*Antitribonianus*, 1567). En effet, dans l'épître dédicatoire à André Tiraqueau de 1532, il s'était exprimé de manière à laisser entendre que le travail de dessuintage des textes juridiques était accompli, au moins chez les doctes:

Sic vestra ista iuris peritia cum eo evaserit, ut ad eius instaurationem nihil iam desideretur, sunt tamen etiam dum quibus exoleta illa barbarorum glossemata excuti e manibus non possunt. (p. 955)

Mais une tâche nouvelle se présente, car les *libri legales* eux-mêmes peuvent être des mauvais conseillers pour les juges:

Attendu . . . que tout leur directoire en judicature usuale a esté baillé par un Tribunian, homme mescreant, infidèle, barbare, tant maling, tant pervers, tant avare et inique, qu'il vendoit les loix, les edictz, les rescriptz, les constitutions et ordonnances en purs deniers à la partie plus offrante, et ainsi leurs a taillé leurs morseaulx par ces petits boutz et eschantillons des loix qu'ils ont en usaige, le reste supprimant et abolissant, qui faisoit pour la loy totale, de paour que, la loy entière restante, et les livres des antiques Jurisconsultes veuz, sus l'exposition des douze tables et edict des praeteurs, feust du monde apertement sa meschanceté congneue. (III, xlv, p. 486).

II. – RABELAIS ET LA JUSTICE

4. – Le passage que je viens de citer laisse paraître le doute que l'une des causes du mauvais jugement réside pour Rabelais dans le mauvais état des lois.

L'idée en est en effet présente dans ce passage; comme elle affleure ça et là dans l'oeuvre.

Il existe bien sûr de bonnes et de mauvaises lois, mais Rabelais est très éloigné d'une critique générale du droit positif – à la Voltaire, pour nous entendre –. Il s'en prend plutôt, comme le fera Ludovico Antonio Muratori, à la littérature juridique, comme nous l'avons déjà vu, et impitoyablement aux Décrétales et aux décrétalistes, en respectant toutefois, semble-t-il, le *Decretum* de Gratien et même ses commentateurs.

Mais il n'est pas discutable que pour Rabelais la plaie, dans le monde du droit, ce soit le procès.

5. – Sur la grande porte de Thélème, l'abbaye dont la fondation fut octroyée par Gargantua (au nom de Grandgousier) au moine Frère Jean des Entommeurs, en reconnaissance de sa brave et vaillante contribution à la victoire dans la guerre piccrocholine, il était écrit que les gens de justice n'y avaient pas accès, car là-dedans il n'y avait pas de procès:

*Cy n'entrez pas, maschefains praticiens,
 Clers, basauchiens, mangeurs du populaire,
 Officiaulx, scribes et pharisiens,
 Judges anciens, qui les bons parroiciens
 Ainsi que chiens mettez au capulaire;
 Vostre salaire est au patibulaire.
 Allez y braire; icy n'est faict exces
 Dont en voz cours on deust muouvoir proces.
 Proces et debatz
 Peu font cy d'esbatz,
 Où l'on vient s'esbatre.
 A vous pœur debatre
 Soient en pleins cabatz
 Proces et debatz. (G, liv, p. 152)*

Cette interdiction, qui pose les gens de justice en tête d'une série formée par les hypocrites de toute sorte, avec les usuriers et avarés, les jaloux et vérolés, assume une signification et une importance particulières, car l'abbaye de Thélème fut fondée parce que frère Jean avait refusé l'offre d'une abbaye déjà existante et demandé à en fonder une nouvelle «à son devis». C'est pourquoi Gargantua veilla à bâtir, doter et régler cette institution suivant un modèle de vie communautaire que l'on peut qualifier d'anti-monacal, mais pas dans le sens de la débauche. Nous sommes ici, bien au contraire, en présence d'une des parties les plus sérieuses des romans de Rabelais, car Thélème est présentée comme une sorte d'Utopie (j'emploie la dénomination dans le sens qu'elle a chez THOMAS MORE, *Utopia*, 1516). Sa règle, en particulier, est justement la négation des règles, en fonction du développement cor-

rect de la personne humaine, qui est bonne par nature et ne peut, en liberté, qu'aboutir au bien si elle est instruite et en honnête compagnie:

En leur reigle n'estoit que ceste clause:

FAY CE QUE VOULDRAS,

parce que gens liberes, bien nez, bien instruitz, conversans en compaignies honnestes, ont par nature un instinct et aguillon, qui tousjours les poulse à faitz vertueux et retire de vice, lequel ilz nommoient honneur. Iceulx, quand par vile subjection et contraincte sont dépriméz et asserviz détournent la noble affection, par laquelle à vertuz franchement tendoient, à déposer et enfreindre ce joug de servitude: car nous entreprenons tousjours choses défendues et convoitons ce que neus est dénié. (G. lvii, p. 159 s.)

Employant une terminologie plus récente d'environ deux siècles, on dirait donc qu'à l'état de nature le procès n'est pas nécessaire, mais aussi qu'il est un moyen de corruption, car il est justement l'instrument de la répression, du «joug de servitude».

Certes, la vision utopique de ces chapitres du Gargantua exclut tout droit positif:

Toute leur vie estoit employée non par loix, statuz ou reigles, mais selon leur vouloir et franc arbitre. (G. lvii, p. 159)

Cependant, en dehors de l'utopie, voire de Thélème, Rabelais vénère les lois, les «loix commodes», «bénigne police et loix convenentes à l'assiette des contrées» (III, i, p. 332), sur la base desquelles le prince «fera droict à un chacun» parce que ces lois sont données «par la volonté et bonne affection du peuple» (III, i, p. 332).

L'horreur du procès, en revanche (et nous le verrons plus loin), n'est jamais contredite: on peut plutôt la considérer comme l'un des *Leitmotive* des cinq livres.

6. – L'aversion de Rabelais pour le procès se prête peut-être aussi à une explication psychologique.

En 1528 (notre auteur avait alors 34 ans) un procès d'éclat – mais qui se référait aussi à des questions économiques d'une valeur sociale remarquable – fut engagé par le père de Rabelais, avec la 'Communauté des marchands fréquentant et marchandant sur la rivière de Loire et autres fleuves navigables descendant en icelle', contre Gocher de Sainte-Marthe. Celui-ci avait installé, à proximité de son fief du Chapeau, sur la rive droite de la Loire, une double rangée de pieux et une pêcherie dans le fleuve, de manière que seule une petite voie navigable demeurait le long de la maison du Chapeau et les bateliers en étaient extrêmement gênés³. Le bon droit et les torts semblaient évidemment répartis, puisqu'un abus réalisé dans

³ J. BOULENGER, *Introduction aux Oeuvres de Rabelais*, ed. cité à la n. 1, p. XVI.

l'intérêt d'un particulier était clairement opposé à une juste exploitation dans l'intérêt commun: le procès fut néanmoins embrouillé et interminable.

Il dut bien toucher et passionner Rabelais; si bien qu'il le transposa, par une sorte de sublimation résolutive et libératoire, dans le récit de la guerre Picrocholine, qui occupe une bonne moitié du Gargantua, à partir du ch. xxv et jusqu'à la fin du livre.

En 1534, quand le Gargantua parut, le procès était encore bien éloigné de sa conclusion: tandis que dans le roman tout se termine par le triomphe de la raison et de la justice.

Mais attention. La stupide querelle, *rectius*: le «grand débat» qui «feut mou entre les fouaciers de Lerné et ceux du Pays de Gargantua» (G. xxv, titre) ne donna pas lieu à une action judiciaire, mais à la guerre. Une guerre que, bien entendu, le vieux Grandgousier, père de Gargantua et bon roi, hésita beaucoup à entreprendre, bien que Picrochole III, roi de Lerné, eut déjà fait ample recours aux voies de fait. Grandgousier fit aussi tout son possible pour l'éviter, mais ici encore en exerçant simplement sa générosité.

La solution fut donc la guerre: une guerre gagnée, parce que bien menée, et qui ne laissa pas de conséquences facheuses, car le vainqueur sut se conduire gracieusement envers les vaincus, sauf envers ceux qui étaient personnellement responsables de ce qui était arrivé: mais tout fait penser que ceux-ci ont été punis sans procès et d'ailleurs avec indulgence:

Autre mal ne leur feist Gargantua, sinon qu'il les ordonna pour tirer les presses à son imprimerie, laquelle il avoit nouvellement instituée. (G. li, p. 146)

7. – C'est justement l'idée du bon gouvernement – 'foy, loy, raison, humanité, crainte de Dieu' (G. xxxi, p. 93; G. vi, p. 24; III, i) – qui régit la philosophie politique de Rabelais:

C'est (dist Gargantua) ce que diet Platon, lib. v. de Rep.: que lors les républiques seroient heurieuses quand les roys philosopheroient ou les philosophes régneroient. (G. xlv, p. 132 s.)

Mais l'idée de la guerre n'est pas du tout étrangère à cette conception du roi juste, voire débonnaire comme «le vieux bonhomme Grandgousier» (G. xxviii, p. 88) et plus tard «le bonhomme Gargantua» (III, xlviii, p. 494). Elle est un mal, mais elle peut être nécessaire. Comme le dit justement Grandgousier, au début de la guerre Picrocholine:

mais il fault, je le voy bien, que maintenant de harnoyz je charge mes pauvres espauls lasses et foibles, et en ma main tremblante je preigne la lance et la masse pour secourir et garantir mes pauvres subjectz. La raison le veult ainsi, car de leur labour je suis entretenu et de leur sueur je suis nourry, moy, mes enfants et ma famille. (G. xxviii, p. 89)

Mais, une fois cette résolution prise, la guerre – chose franche et rapide – apparaît même bonne. Dans le passage suivant c'est Rabelais lui-même qui parle, à la première personne:

... peu de chose me retient que je n'entre en l'opinion du bon Heraclitus, affirmant guerre estre de tous biens pere: et croye que guerre soit en latin dicte belle non par antiphrase, ainsi comme ont cuydé certains repetasseurs de vieilles ferrailles latines parce qu'en guerre guerres de beauté ne voyoient, mais absolument et simplement, par raison qu'en guerre apparaisse toute espèce de bien et beau, seït decelée toute espèce de mal et laidure. (III, prol., p. 323 s.)

III. – UNE THÉORIE DU PROCÈS

8. – L'analyse du contenu des cinq livres, envisagé sous l'angle qui nous intéresse ici, permet d'énoncer une sorte de théorie rabelaisienne du procès: il aurait dit, j'en suis certain, une doctrine pantagrueline du procès, J'ose donc vous la proposer.

9. – Il existe des «matières de soy ambiguës, intriquées, perplexes et obscures» (III, xliii, fin), même au point que le jugement humain n'a pas de moyens aptes à les maîtriser (III, xliv): mais ce sont des exceptions. On peut donc dire en général que dans toute controverse en matière civile une partie a raison et l'autre a tort, que dans toute controverse en matière pénale le prévenu est coupable ou innocent.

Les procès ont lieu parce que celui qui a tort ou qui est coupable trouve toujours un avocat qui le défende:

(comme vous sçavez qu'il n'est si mauulvaise cause qui ne trouve son advocat, sans cela jamais ne seroit procès on monde) (III, xliv, p. 485 s.)

C'est là que les procès ont leur origine. La façon dont ils prennent forme et «viennent à perfection» nous est expliquée par le récit qu'en fit le juge Bridoye (nous aurons encore l'occasion de rencontrer ce personnage) aux sénateurs et conseillers du Parlement de Myrelingues:

Un procès à sa naissance premiere, me semble, comme à vous aultres, Messieurs, informe et imperfect. Comme un ours naissant n'a pieds, ne mains, peau, poil, ne teste: ce n'est qu'une piece de chair rude et informe; l'ourse, à force de leicher, la met en perfection des membres ... Ainsi voy je, comme vous aultres, Messieurs, naistre les procès à leurs commencemens informes et sans membres. Ilz n'ont qu'une piece ou deux, c'est pour lors une laide beste. Mais, lorsqu'ils sont bien entassez, enchassez et ensachez, on les peut

vrayement dire membruz et formez ... Comme vous aultres, Messieurs, semblablement les sergens, baissiers, appariteurs, chiquaneurs, procureurs, commisaires, advocatz, enquesteurs, tabellions, notaires, grephiers et juges pedanées ... sugsans bien fort et continuellement les bourses des parties, engendrent à leurs procès teste, pieds, gryphes, bec, dents, mains, venes, arteres, nerfs, muscles, humeurs. Ce sont les sacs ...

Ainsi rendent le procès parfaict, gualant et bien formé ... Le vraye etymologie de procès est en ce qu' il doibt avoir en ses prochatz prou sacs ... (III, xlii, p. 478 s.)

Le procès est donc un mécanisme conçu pour rendre la procédure interminable, et pour créer des complications inextricables. A la question posée par le Président, «comment procédez-vous en action criminelle, la partie coupable prise *flagrante crimine?*».

Comme vous aultres, Messieurs (respondit Bridoye); je laisse et commende au demandeur dormir bien fort pour l'entrée du procès, puyz davant moy convenir, me apportant bonne et juridique attestation de son dormir, selon la gl. 32. q. vij. l. Si quis cum,

Quandoque bonus dormitat Homerus.

Cestuy acte engendre quelque aultre membre; de cestuy là naist un aultre, comme maille a maille est faict le aubergeon. Enfin je trouve le procès bien par informations formé et parfaict en ses membres. (III, xlii, p. 479 s.)

10. – Cette inaptitude du procès à réaliser la justice est évidemment en relation étroite avec la méchanceté des gens de justice. Nous avons déjà eu un petit aperçu de l'attitude de Rabelais face à ces messieurs dans l'inscription de Thélème: mais les cinq livres sont parsemés de plaisanteries ou d'invectives à leur égard.

Laissant de côté les fonctionnaires de moindre rang, c'est-à-dire les auxiliaires, il suffit de rappeler ici les passages les plus importants qui se réfèrent aux avocats et aux juges.

Ces derniers, Rabelais les qualifie de «doriphages» et les exclut avec mépris des «Gens de bien, Beuveurs de la prime cuvée, et Goutteux de franc alleu», auxquels il destine ses romans (III, prol., p. 328). L'«énorme concussion» des juges (IV, xvi, p. 584) est l'objet d'une satire violente dans une série de chapitres (qui semblent authentiques) du Cinquiesme Livre, où ils sont décrits comme les «Chats Fourrés»:

... Parmi eux regne la sexte essence, par laquelle ils grippent tout, devorent tout et conchient tout. Ils pendent, bruslent, escartellent, decapitent, meurdrirent, emprisonnent, mynent et ruynent tout sans discretion de bien ou de mal. Car parmi eulx vice est vertu appellée; meschanceté est bonté surnommée; trahison a nom de feaulté; larrecin est dicte liberalité; pillerie est leur devise et, par eulx faicte, est trouvée bonne de tous humains (exceptez-moy les heretiques); et le tout font avecques souveraine et irrefrangible autorité. (V, xi, p. 776)

Ils vivent «de corruption» (V, xiv, p. 783), et telle est leur bassesse qu'on peut même les couvrir d'injures, car:

D'injures, dis-je, et de deshonneur ils ne se soucient, pourveu qu'ils ayent escuz en gibbessière (V, xv, p. 785).

Les avocats ne font jamais l'objet de tirades de ce genre: celle qui vise les juges et que je viens de lire, se trouve d'ailleurs au Cinquième Livre, et par conséquent est alourdie par le ton rude qu'il caractérise la prose de ce volume inachevé, où le sourire n'a plus de place, n'anime plus – même dans les pages qu'on tient pour authentiques – le grotesque ni le sérieux.

La critique des avocats est répandue dans les romans, et elle jouit de tout le sarcasme raffiné que Rabelais sait dispenser à ses sujets préférés: mais la substance en est pareillement sévère.

Ils sont de mauvaise foi, comme le prouve le fait qu'ils «n'ont jamais procès ensemble» (III, xxix, p. 434); leur acte typique est de «vendre parolles» (IV, lvi, p. 693); comme les tyrans, ils sont nourris «de la sueur et du sang de leurs subjectz» (III, vii, p. 352); leur avidité, ou mieux leur «maschefain» (P. vii, p. 198) est connu; c'est pourquoi ils ont «la gibbessière» toujours ouverte (G. xxxix, p. 115).

11. – Avec une telle opinion sur les gens de justice, on est tout à fait surpris, voire étonné, de rencontrer parmi les personnages de Rabelais un juge bon et honnête. Que le juge Bridoye fût bon et honnête, c'est absolument sûr: à part l'estime que Pantagruel – le sage prince Pantagruel du Tiers Livre – avait pour lui, les faits parlent clairement.

Plus de quarante ans y a qu'il est juge de Fonsbeton; icelluy temps pendent a donné plus de quatre mille sentences définitives. De deux mille trois cent et neuf sentences par luy données feut appelé par les parties condamnées en la court souveraine du Parlement myrelinguoy en Myrelingues; toutes par arrestz d'icelle ont esté ratifiées, approuvées et confirmées, les appeaux renversez et à néant mis. (III, xxxvi, p. 460 s.)

Le secret de cette perle nous est révélé au XXXIX^e ch. du Tiers Livre.

Il était arrivé que, «en la mer immense de tant d'équitables sentences qu'il a donné par le passé, et que, par quarante ans et plus, on n'a en luy trouvé acte digne de reprehension», le juge Bridoye fit une «unique faulte» (III, xliii, p. 483): c'est-à-dire qu'il avait rendu une sentence tellement aberrante qu'il avait été cité à comparaître personnellement devant le Parlement de Myrelingues (III, xxxvi, p. 460) pour s'en justifier. Pantagruel, intrigué et préoccupé par cette mésaventure touchant un homme «qui par tout le passé a vescu tant saincrement en son estat», se rendit lui aussi à Myrelingues pour «entendre que c'est» (III, xxxvi, p. 460 s.).

Le président, les sénateurs et conseillers du Parlement prièrent Pantagruel, qui était le prince du royaume, d'entrer avec eux assister au jugement.

Pantagruel entre volontiers, et là trouve Bridoye on milieu du parquet assis, et, pout toutes raisons et excuses, rien plus ne respondent sinon qu'il estait vieulx devenu et qu'il

n'avoit la veue tant bonne comme de coustume, alleguant plusieurs miseres et calamites que vieillesse apporte avecques soy lesquelles, not. per Archid. D. lxxxvj, c. tanta; pour tant ne congnoissait il tant distinctement les poinctz des dez, comme avoit faict par le passé; dont pouvait estre qu'en la façon que Isaac, vieulx et mal voyant, print Jacob pour Esau, ainsi, à la decision du procès dont estoit question, il auroit prins un quatre pour un cinq, notamment rent que lors il avoit usé de ses petit dez, et que, par disposition de droict, les imperfections de Nature ne doivent estre imputées à crime, comme apert ff. de re milit. l. qui cum uno, ff. de reg. jur. l. fere, ff. de edil. ed. per totum, ff. de terrn. mo. l. Divus Adrianus, resolu. per Lud(ovicum) Ro(manum) in l. si vero ff. solu. matri, et qui aultrement feroit non l'homme accuseroit, mais Nature, comme est évident il l. maximum vitium, C. de lib. praeter.

«Quels dez (demandoit Trinquamelle, grand praesident d'icelle court), mon amy, entendez vous?

– Les dez (respondit Bridoye) des jugements, *alea judiciorum*, desquel est escript par Doct. 26. q. 2. c. Sors, l. nec emptio ff. de contrah. ernpt., l. quod debetur ff. de pecul. et ibi Barthol, et desquelz dez vous aultres Messieurs ordinairement usez en ceste vostre Cour souveraine: aussi font tous aultres juges en decision des procès, suyvens ce qu'en a noté D. Henr. Ferrandat, et no. gl. in c. fin. de sortil. et l. sed curn ambo ff. de iud., ubi doct. notent que le sort est fort bon, honeste, utile et necessaire à la vuidange des procès et dissensions. Plus encores apertement l'ont dict Bal., Bart. et Alex. C. communia de l. Si duo.». (III, xxxix, p. 468 s.)

Répondant aux questions précises du président Trinquamelle, le vieux juge Bridoye expose en détail sa méthode de juger: et cela toujours en s'appuyant sur les textes du droit civil et du droit canon, la glose et les *Doctores*, et aussi toujours en répétant: «Je fais comme vous aultres, Messieurs, et comme est l'usage de judicature».

Il examinait donc très attentivement les actes du procès; puis il posait sur le bout de la table «les sacs du défendeur» et jetait d'abord les dés pour lui, car «*cum sunt partium iura obscura, reo favendum est potius quam actori*»; cela fait, il posait les sacs du demandeur à l'autre bout, et 'lui livrait chance' à son tour. Le juge Bridoye précise aussi qu'il employait des petits dés quand l'affaire était obscure, c'est-à-dire quand il y avait beaucoup de sacs de part et d'autre, car «*semper in obscuris quad minimum est sequitur*»; sinon, il employait «d'aultres gros dez bien beaulx et harmonieux». Cela fait, en tout cas, il donnait sentence pour celui «duquel la chance livrée par le sort du dez judiciaire, tribunian, praetorial, premier advient » (III, xxxix, p. 470).

A la question posée par Trinquamelle pour savoir à quoi pouvaient donc servir «les escriptures et aultres procédures contenues dans les sacs», et pourquoi 'visitait-il' les procès au lieu de livrer la chance tout de suite «le jour et heure propre que les parties controverses comparent par devant» lui, Bridoye explique qu'il y avait trois raisons pour cela. «Premièrement pour la forme, en omission de laquelle ce qu'on a fait» n'est pas valable; «Secondement», l'examen des papiers lui servait («comme à vous aultres, Messieurs») ~ d'exercice honeste et salutaire». «Tiercement» car le temps mûrit les choses, qui sont mises ainsi en évidence, puisque «le temps est pere de vérité» (III, xl, p. 473). L'examen de ce dernier point est très dé-

taillé, et nous y avons déjà fait allusion quand nous avons illustré la manière dont les procès se forment.

12. – Rabelais ne présente pas le cas du juge Bridoye comme un argument en faveur de l'utilisation du hasard comme moyen de résoudre les controverses. Quand, Bridoye une fois sorti de la chambre du Parquet, le président Trinquamelle pria le Prince très auguste Pantagruel de décider lui-même «de ceste matière tant nouvelle, tant paradoxo et estrange», celui-ci recommanda aux juges de «pardon outroyer» à Bridoye à cause de sa vieillesse, de sa «simplesse» et de ses mérites passés; mais en même temps il recommanda de l'empêcher à l'avenir de juger, ou au moins de juger seul (III, xliii, p. 482 s.). Ensuite, raisonnant avec ses amis après avoir quitté le tribunal, Pantagruel manifesta clairement son étonnement, face à la longue série de bons jugements prononcés par Bridoye en recourant aux dés. Le dernier mot sur la question est donné par Epistémon, dans un discours très nuancé dans la forme, mais d'un contenu explicite, dont le sens est le suivant.

Étant donné «les antinomies et contrarietes des loix, des edicts, des coustumes et ordonnances», dont profitent «les pervers avocatz, conseillers, procureurs et aultres telz suppoz» pour changer «le noir en blanc»; étant donné «l'iniquité et corruptèle» des juges aux «mains pleines de sang et perverse affection», le bon Bridoye, «soy deffiant de son sçavoir et capacité» a préféré humblement faire confiance à Dieu, dans l'espoir qu'il guiderait mieux ses dés que lui-même ne saurait le faire de son intelligence. Et Dieu l'a assisté (III, xlv, p. 485 s.).

IV. – LE PROCES IDÉAL

13. – La réalité du procès est donc, pour Rabelais, une chose mauvaise. Le hasard peut être meilleur, mais d'y faire recours n'est pas une solution.

Pourtant il ne nous laisse pas sans espérance. Il n'y a, dans ses oeuvres, aucune théorie positive du procès, qui puisse balancer les critiques négatives que nous venons de considérer; mais il y a pourtant mieux: à savoir un exemple concret de jugement idéal, «chief d'oeuvre de prudence» (P. xiv, p. 226).

Je vais le proposer tel qu'il le raconte. Mon discours n'aura pas de conclusions. Mes lecteurs les déduiront librement et 'à leur devis' en méditant ce cas.

moienant un peu de Pantagruelisme (vous entendez que c'est certaine gayeté d'esprit conficte en mespris des choses fortuites). (IV, prol., p. 523)

Je me réfère évidemment au cas Baisecul contre Humevesne, dont les actes se trouvent aux chapîtres X à XIII du Pantagruel.

Nous sommes à l'époque où le jeune Pantagruel se trouvait à Paris pour arrondir son instruction et son éducation; et là il s'était bâti une grande renommée, ayant manifesté son 'sçavoir merveilleux' en défendant par tous les carrefours de la ville ses 9764 conclusions. C'est pourquoi il fut prié d'exprimer son opinion, voire donner sentence, sur la controverse qui opposait ledit M. de Baisecul, demandeur, à M. de Humevesne, défendeur. Il s'agissait en effet d'une controverse «si haute et difficile en droict» et en fait, que le Parlement n'y avait rien compris.

Dont, par le commandement du roy, furent assemblez quatre les plus sçavans et les plus gras de tous les parlemens de France, ensemble le Grand Conseil et tous les principaulx régens de universitez, non seulement de France, mais aussi d'Angleterre et Italie, comme Jason, Philippe Dèce, Petrus de Petronibus et un tas d'aultres vieulx Rabanistes. Ainsi assemblez, par l'espace de quarante et six semaines n'y avoyent sceu mordre ny entendre le cas au net pour le mettre en droict en façon quelconques ... (P. x, p. 214 s.)

Ils s'adressèrent donc à Pantagruel et lui livrèrent les 'sacs' de la procédure. Mais Pantagruel, après s'être assuré que les parties étaient encore vivantes, déclara qu'il ne se serait pas occupé de la question si tous les papiers n'avaient pas été brûlés, car il voulait simplement écouter personnellement les parties.

«De quoy diable donc (dist-il) servent tant de fatrasseries de papiers et copies que me bailliez? N'est-ce le mieux ouyr par leur vive voix leur débat que lire ces babouyneries icy, qui ne sont que tromperies, cautelles diaboliques de Cepola et subversion de droict? Car je suis sceur que vous et tous ceulx par les mains desquelz a passé le procès y avez machiné ce que avez peu Pro et Contra, et, au cas que leur controverse estoit patente et facile à juger, vous l'avez obscurcie par sottises et desraisonnables raisons et ineptes opinions de Accurse, Balde, Bartole, de Castro, de Imola, Hippolytus, Panorme, Bertachin, Alexandre, Curtius, et ses autres vieulx mastins ...» (P. x, p. 215 s.; cfr. *supra*, par. 3)

Les parties, donc, comparaissent. Pantagruel demande d'abord au demandeur de lui compter «de poinct en poinct» son affaire «selon la verité» (P. x., vers la fin). La plaidoirie de M. de Baisecul occupe un chapitre entier (P. xi), et on n'y comprend pas un mot. Alors Pantagruel demande au défendeur de parler à son tour, brièvement, mais «sans rien toutesfoys laisser de ce que servira au propos» (P. xi, à la fin). La plaidoirie de M. de Humevesne occupe également un chapitre entier (P. xii), lui aussi absolument incompréhensible.

Pantagruel s'adresse alors au demandeur:

*«Mon amy, voulez vous rien répliquer?»
A quoy respondit Baisecul:
«Non, Monsieur, car je n'en ay dict que la verité, et pour Dieu, donnons fin à notre différent, car nous ne sommes icy sans grand frais»* (P. xii fin.; cpr. III, xli).

Alors Pantagruel «donna sentence» (P. xiii). Une sentence telle qu'en l'entendant les conseillers et les docteurs assemblés «demeurèrent en extase esvanoys bien

troys heures», qu'en la connaissant tout le monde tint Pantagruel pour plus sage que Salomon; une sentence qui («quasi chose incroyable») contenta les deux parties.

Cette sentence consiste en un arrêt d'à peu près une page, absolument inintelligible.

Sauf la dernière phrase, que je peux aussi proposer en guise de conclusion générale, du moins provisoire:

ET AMIS COMME DEVANT, SANS DESPENS, ET POUR CAUSE.

APERÇU HISTORIQUE DU NOTARIAT EUROPÉEN *¹

I.

1. – Je me propose de présenter une sorte de biographie du notaire. Le début d'une telle biographie est marqué par le fait, apparemment étrange, que son protagoniste est un personnage qui est venu au monde à l'état adulte. En effet, aucun des prédécesseurs historiques du notaire ne peut être identifié avec un ancêtre de celui-ci, car avant son apparition, les différentes capacités requises du notaire d'aujourd'hui étaient l'apanage de personnages divers, vu que le caractère spécifique de son activité – voire son rôle dans la société – n'existaient alors pas.

L'idée très répandue consistant à identifier le notaire avec l'écrivain public – figure très ancienne – est indiscutablement fautive. Aucun notaire ne saurait se reconnaître aujourd'hui dans un simple professionnel de l'écriture, c'est-à-dire de la technique visant à la rédaction correcte et élégante d'un texte écrit, qu'il s'agisse d'une lettre ou d'un contrat, ou encore moins avec l'écrivain fixant par écrit le texte d'un discours au fur et à mesure que l'orateur le prononce. Le mot *notarius* signifiait pourtant, à son origine, «sténographe», tandis que notre conception du notaire est, avant toute chose, celle d'un juriste.

* Pubblicato in *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht* 67 (1986).

¹ Il s'agit du texte d'une conférence donnée à Auvier le 28 octobre 1985 à l'occasion du 80^e anniversaire de la Chambre des Notaires neuchâtelois et portant le titre: «Le notaire, racine et fruit de la culture européenne». Sa publication se justifie par la rareté des écrits sur l'histoire du notariat conçus dans une perspective européenne, et qui dépassent ainsi l'optique nationale, voire locale. Parmi ceux-ci on peut citer: AMELOTI, *L'età romana*, in AMELOTI-COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, Roma 1975; A. WOLF, *Das Öffentliche Notariat*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* herausgegeben von H. COING, I, München 1973, 505 ss. Assortie d'une bibliographie très riche. En examinant celle-ci, on s'aperçoit facilement que l'histoire du notariat en tant qu'institution juridique est à tout le moins (et même pour les exposés écrits dans une perspective nationale) une discipline assez jeune. En effet, l'intérêt des chercheurs a longtemps eu comme objet le document comme tel (méthode diplomatique): v. WOLF, *op. cit.*, 505. A la bibliographie chez WOLF on peut ajouter: pour l'Italie, A. LIVA, *Notariato et documento notarile a Milano*, Roma 1979; *Per una storia del notariato meridionale* (recueil d'essais de Amelotti, Bresc, Caravale, Cassandro, von Falkenhausen, Galante, A. Leone); pour la Suisse, J.-P. GRABER, *Histoire du notariat dans le Canton de Neuchâtel* (thèse Zürich), Schlieren 1957; pour la France, J. RIOUFOL-F. RICO, *Le notariat français* (coll. «Que sais-je?» n. 1791), Paris 1979; pour l'Espagne, J. BONO, *Historia del derecho notarial español*, I, 1 (*La edad media. Introduction, preliminar y fuentes*), Madrid 1979.

Son *ars dictandi*, sa capacité technique de dresser un acte, de le rédiger dans la forme adaptée à ses buts, dépend de la connaissance qu'il possède des structures du droit objectif et des méthodes de la science juridique.

Il est, de plus, un personnage qui joue un rôle spécial dans la formation des structures elles-mêmes de l'ordre juridique: car si celui-ci, avec ses coutumes et ses lois, prescrit des formes ou simplement les sous-entend, il appartient au notaire de les réaliser, voire de les concevoir et de les perfectionner.

L'existence historique de la science juridique et de ses professionnels – les juristes – est donc une condition préalable à l'existence historique du notaire.

Ceci nous conduit directement dans le monde romain, où, comme chacun le sait, le juriste et la science juridique sont nés; en effet, si les autres cultures de l'Antiquité connaissaient évidemment le droit et sa pratique, elles n'en connaissaient ni l'élaboration scientifique ni la gestion professionnelle².

II.

2. – En adoptant le point de vue de l'historien du notariat, l'histoire du monde juridique romain de l'époque classique et celle de sa science – de sa jurisprudence, comme les Romains eux-mêmes l'appelaient – se présente comme un paradoxe. Pendant cette période toute entière, qui va du Ve siècle av. J. C. au IIIe siècle après J. C., l'art qui sera celui du notaire se forme et s'affine, mais dans des conditions qui empêchent cependant l'apparition du notaire comme personnage autonome.

Jusqu'au IIIe siècle av. J. C., la jurisprudence concernant le droit privé fut gérée à Rome par le collège des pontifes.

Ces derniers étaient des *sacerdotes publici*, des prêtres d'Etat, dont ni le savoir ni l'activité ne revêtaient un caractère ésotérique, car ils correspondaient plutôt à l'exercice d'un office concourant avec celui des magistrats, sans opposition ni politique ni de classe. La jurisprudence des pontifes était formaliste, mais d'un formalisme très moderne, où l'exactitude des formes était fonction de la certitude des effets: un formalisme, dirait-on, de notaires. Cette observation est importante et je voudrais l'illustrer par un exemple. C'est à la jurisprudence des pontifes que remonte la *sponsio*, promesse unilatérale et source d'obligation, consistant en un dialogue dans lequel le créancier demande au débiteur de s'engager à une prestation de donner quelque chose, et où le débiteur y consent. Par exemple, la promesse de donner cent sesterces revêtait la forme suivante:

² Cf. WIEACKER, *Der römische Jurist*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 99 (1939), 7 ss. (= WIEACKER, *Vom römischen Recht*, 2. Aufl., Stuttgart 1961, 129 ss.); CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, 2^a ed., Torino 1976, I, 9 s.

(question:) *Spondes mihi c dari?* (réponse:) *Spondeo*³.

Cette forme présente deux caractères principaux: le premier, que le verbe employé dans la réponse du débiteur est le même que celui qu'a employé le créancier dans sa question; le second, que le verbe qui désigne la prestation y apparaît à la forme passive. En effet, le créancier ne demande pas: «me promets-tu de me donner 100 sesterces?», mais au contraire «me promets-tu que 100 sesterces me seront donnés?».

La raison d'être du premier caractère réside dans la structure de la langue latine, qui, du moins à cette époque, ne possédait aucun adverbe d'affirmation, si bien que seul le fait de reprendre dans la réponse le verbe employé dans la question lui attribuait la signification d'un consentement univoque.

Une réponse *promitto* – par exemple – à une question *spondes?* aurait été une affirmation qui ne se serait pas nécessairement rapportée à la question. Elle aurait ainsi pu être interprétée comme une promesse non sollicitée par son destinataire, et qui n'aurait donc pas satisfait à la règle de forme, règle qui exigeait un dialogue.

En revanche, c'est pour une raison de nature strictement juridique que le verbe qui indique la prestation est employé au passif. Avec la forme: «me promets-tu que cent sesterces me seront donnés?», l'exécution éventuellement effectuée par un tiers aurait l'effet de libérer le débiteur. Ainsi, la règle qui veut que le paiement du tiers ne peut être refusé par le créancier trouvait là son application première.

Ce furent encore les pontifes qui établirent qu'un legs testamentaire écrit dans la forme:

*Fundum Capenatem Titio do Lego*⁴

avait l'effet réel d'attribuer directement la propriété de la chose léguée au légataire, tandis que la forme:

*Maevius heres meus Titio Fundum Capenatem damnas esto dare*⁵

correspondait à un legs obligationnel, engageant l'héritier à transférer au légataire la propriété de la chose léguée. Mais tous cela les pontifes ne l'énonçaient pas en termes généraux: ils ne le révélaient qu'aux particuliers qui les consultaient dans les

³ Le sens de ce dialogue est le suivant: «Me promets-tu 100 sesterces? – Oui, je les promets».

⁴ «Je donne et lègue (donne en legs) à Titius le fonds capénate» (c'est-à-dire un bien-fonds déterminé: dans notre exemple, le *fundus Capenas*, le terrain appelé *Capenas* car il se trouve près de la *porta Capena*, porte de la ville de Rome par laquelle la *via Appia* sortait en direction de Capoue).

⁵ «Que Maevius, mon héritier, soit condamné à (= chargé du devoir de) donner le (= transférer la propriété du) fonds capénate à Titius».

cas concrets et qui s'informaient des actes juridiques qu'ils avaient l'intention d'accomplir. Le premier historien de la jurisprudence romaine, Pomponius – juriste du II^e siècle après J. C. – nous apprend qu'à l'époque ancienne dont nous parlons, «la science de l'interprétation des lois, des règles de droit civil et de la structure des actions judiciaires (*actiones*) appartenaient au collège des pontifes, parmi lesquels on désignait chaque année celui qui s'occuperait des consultations des particuliers»⁶. Un membre du collège était donc délégué pour donner des avis aux citoyens qui en demandaient. Il les informait notamment de ce qu'ils devraient écrire dans leur testament ou des paroles à employer dans leurs actes oraux entre vifs pour obtenir les effets juridiques souhaités. Nous sommes en présence d'un aspect typique de l'activité du juriste romain, qui consistait en général dans le fait de *respondere*, de répondre, à savoir de donner des consultations. Cet aspect typique correspond à la forme du *respondere* que les Romains dénommaient spécialement «*cavere*», verbe d'où provient notre mot de «cautèle». *Cavere* signifiait en effet «indiquer ce qu'il faut faire pour atteindre certains effets dans un moment à venir»; c'est-à-dire «concrétiser une prévision».

Cette activité de *cavere* resta le trait caractéristique de la jurisprudence laïque qui, au cours de III^e siècle, remplaça la jurisprudence pontificale en matière de droit privé.

Le juriste laïc – un simple particulier, dont l'autorité ne dépendait que de la reconnaissance publique de sa capacité professionnelle – était consulté d'habitude dans l'*atrium* de sa maison, mais aussi dans la rue, comme le dit Cicéron (de or. 3, 33, 133): «*ad quos olim et ita ambulantis et in solio sedentis sic adhibatur*». Entre autre, il renseignait sur les actes à accomplir. Ces consultations devinrent toujours plus complexes, au fur et à mesure que le système juridique romain s'enrichissait et s'affinait au travers de l'œuvre de ces mêmes juristes, si habiles à former le droit à partir de la réalité. Comme un tailleur d'autrefois, qui aurait su proprement, voire élégamment, vêtir, un être même difforme, ils savaient adapter les modèles à l'exception.

Mais le juriste romain ne fut jamais un notaire, comme il ne fut jamais ni avocat, ni juge. Il était le *iurisconsultus*, le juriste consultant, celui qui, seul capable de le faire, fournissait aux avocats – qui étaient des rhétoriciens –, et aux *tabelliones*, les rédacteurs des actes privés, les informations juridiques nécessaires à l'exercice de leur profession.

Les *tabelliones* romains – il faut bien le souligner – n'étaient plus alors des écrivains publics aux aptitudes générales: ils se présentaient comme des spécialistes des différents domaines de l'écriture. Ceux qui s'occupaient de la rédaction des

⁶ D. 1, 2, 2, 6 (Pomponius, *libro singulari enchiridii*): ... *omnium tamen harum* (à savoir: de la loi des douze tables, des règles du droit civil et de la structure des actions judiciaires) *et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno preeset privatis*.

actes juridiques, s'ils n'étaient pas des *iurisconsulti*, étaient pourtant des experts en matière juridique, plus précisément des spécialistes dans l'art d'établir des documents: dans certains textes, surtout dans des épigraphes, on les trouve désigné comme *iuris peritio*, et même *juris studiosi*.

Mais il ne faut pas se méprendre: l'art dont ils sont les experts est un art, pour ainsi dire, dérivé: ils luisent d'une lumière réfléchie. Ils sont de bons praticiens certes, mais dépendants de la science des juristes, dans laquelle ils n'oseraient jamais jouer un rôle créatif.

Il ne faut pas se méprendre non plus dans un autre sens, car ces *iurisperiti* exerçaient une activité très utile, voire indispensable. Il suffit de lire, pour s'en rendre compte, un passage du 3^e livre des *responsa* du juriste Cervidius Scaevola, où il est question d'un testament qui débute ainsi:

*Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi
sine ullo iurisperito ...*⁷

Or, Scaevola s'occupe de ce testament uniquement pour établir la valeur à donner à son contenu, étant donné que l'acte lui-même est nul.

Nous possédons un très beau témoignage sur la situation de ces *tabularii* œuvrant dans le monde juridique romain dominé par les *iurisconsulti* de l'âge classique. Un témoignage tout à fait touchant. Il s'agit d'une inscription funéraire (CIL X, 4919), gravée sur la pierre tombale d'un *testamentarius*, à savoir d'un *tabellio* spécialisé dans la rédaction des testaments. Or, cette épitaphe – certainement dictée par lui-même ou par quelqu'un qui l'aimait – résume le sens de la vie terrestre active de cet homme en rappelant qu'il

Testamenta scripsit annos XXV sine iuris consulto.

«Pendant 25 ans, il dressa des testaments sans jamais recourir à l'aide d'un juriste». Il était tellement capable, qu'il avait su exercer la science d'un autre, sans jamais en devoir consulter le titulaire.

3. – Ce fut vers le milieu du III^e siècle de notre ère que la tradition de la jurisprudence romaine se brisa presque soudainement à la mort de Modestin, le dernier des *iurisconsulti*: en effet, il n'avait pas eu d'élèves. L'absence définitive des *iurisconsulti* transforma les autres professions juridiques, car les divers opérateurs du droit durent remplacer les juristes, chacun dans son domaine; il furent contraints de devenir eux-mêmes des juristes.

⁷ D. 31, 88, 17 (Scaevola, *libro tertio responsorum*): «Moi, Lucius Titius, j'ai écrit ce mien testament sans l'aide d'aucun *iurisperitus* ...».

Désormais, c'est la conception moderne qui s'impose: le juriste à l'état pur, celui qui médite sur le droit et ne se présente au public que comme consultant des différents opérateurs juridiques, n'existe plus; la science juridique n'est plus apprise par la fréquentation personnelle du juriste. Des écoles de droit – des Facultés de droit – se forment, où des professeurs-juristes enseignent à des jeunes gens qui vont devenir des avocats-juristes, des fonctionnaires-juristes, des notaires-juristes.

Le *tabellio* du bas-empire romain – et surtout de l'Empire romain d'Orient, doté d'une administration publique plus solide et d'une culture plus nourrie – constitue le prototype du notaire moderne.

L'évolution que nous venons d'ébaucher – je veux dire les vicissitudes de la fin de la jurisprudence classique, qui forcèrent les *tabelliones* à se transformer en juristes – fut accompagnée par un autre phénomène très important pour le succès du notaire. Avec la fin de la jurisprudence classique, la procédure modifia sa forme: la procédure formulaire, essentiellement orale, s'épuisa, laissant subsister seule la procédure appelée *cognitio*: une procédure de dossier, où la preuve écrite l'emporta assez vite, quant à sa valeur, sur la preuve par témoins.

Dans ce contexte, l'importance des *tabelliones* s'accrut énormément; leur profession fut aussi réglementée de manière officielle et ils s'organisèrent en une corporation qui acquit bientôt un éclat certain.

Ce fut encore à cette époque que se forma la notion de l'acte authentique. Celui-ci n'est cependant pas encore le propre du notaire. Mais à partir de l'époque de l'empereur Constantin, dans chaque commune importante, un *ius actorum conficiendorum* fut attribué à certains fonctionnaires. Ils étaient compétents pour transcrire (*insinuare*) dans les registres publics (*gesta*) les actes privés qui leur étaient présentés (et qui étaient d'habitude préalablement rédigés par des notaires), ainsi que pour rédiger eux-mêmes un procès verbal, lui-aussi rapporté dans les *gesta*, des déclarations faites oralement par les particuliers. Une copie de ce qui résultait de ces registres publics pouvait toujours être obtenue, et ce document constituait une preuve incontestable dans un jugement.

L'acte rédigé par un *tabellio* sans être transcrit dans les *gesta* n'eut pu avoir, à cette époque, la même valeur, car l'idée de la conservation des minutes, et donc de la formation des archives notariales, n'était pas encore née. Ceci n'empêche pas que la force probante de l'acte notarié ait graduellement grandi, de façon à se rapprocher, à l'époque de Justinien, de celle de notre acte authentique.

Les règles contenues dans la législation de cet Empereur peuvent être résumées de la manière suivante. Si une partie au procès produit un document rédigé par la partie adverse sous seing privé, elle est grevée du fardeau de la preuve de la provenance de cet acte, preuve qui avait lieu par l'intervention des témoins – si l'acte en portait les signatures – ou par vérification d'écriture. En revanche, la production d'un acte provenant d'un *tabellio* inversait le fardeau de la preuve, car cet acte ne pouvait être contesté qu'au moyen d'une procédure semblable à notre inscription en faux, matériel ou intellectuel. Si la copie provenant du conservateur des registres publics (*exceptor publicus*: C. Th. 12, 1, 151) constituait une preuve absolue

car elle était un *instrumentum publicum*, l'acte notarié représentait quand même une preuve privilégiée, et on le dénommait *instrumentum publice confectum*.

III.

4. – Cette situation, qui d'ailleurs s'était formée surtout dans la pratique et sous la législation de l'Empire romain d'Orient, ne connut de continuité que dans les territoires de l'Empire Byzantin. Les invasions barbares, et notamment l'irruption des Lombards en Italie, provoquèrent une décadence subite des institutions de l'administration et de la juridiction romaines et du même coup elles ôtèrent au notariat et aux règles qui le concernaient leur vraie signification pratique, si ce n'est dans les quelques régions d'Italie sur lesquelles survécut la souveraineté byzantine.

Mais contrairement à une opinion assez répandue autrefois, nous savons très bien aujourd'hui que les débris de l'édifice du droit et de l'administration romains constituèrent les briques de la construction de ce nouveau bâtiment que nous appelons l'Europe, tout comme les restes des villas et des temples antiques furent les matériaux de construction des premières basiliques romanes. C'est ainsi que la soi-disant «renaissance juridique» bolonaise des XIe et XIIe siècles peut sans peine être envisagée comme l'aboutissement d'une évolution, plutôt que comme la redécouverte de quelque chose de perdu. L'histoire du notariat est un exemple excellent de la vérité de cette perspective historiographique.

5. – Il faut d'abord considérer que l'Europe des royaumes barbares ne perdit pas son latin. Je veux dire par là que tous les Germains adoptèrent bientôt le latin comme langue écrite générale, voire même comme langue officielle, et en pratiquèrent l'écriture. Dans tous ces royaumes, on constate l'existence d'une législation, plus ou moins riche, d'un contenu plus ou moins romain ou romanisant, mais en tout cas rédigée en latin, ce qui signifie notamment qu'elle emploie une terminologie et des concepts juridiques romains.

Il n'est donc pas étonnant de constater, dans cette société romano-barbare toute entière, une pratique constante de la charte, acte privé rédigé en latin, dont le texte dépend des anciennes formules romaines et se rapporte notamment aux exemples autrefois liés à la procédure de la transcription dans les *gesta municipalia*, bien que ce système eût quasiment disparu.

Cette pratique est spécialement bien documentée pour le Royaume lombard, où les chartes sont rédigées par des personnages dénommés tantôt *scriptor*, tantôt *exceptor* ou *notarius*. Le premier de ces termes fait allusion à un simple écrivain, tandis que les deux autres – qui désignaient jadis certains fonctionnaires de l'administration romaine – sont propres maintenant à des fonctionnaires de l'adminis-

tration de l'Etat ou à des ecclésiastiques. Dans les églises et les monastères, nous trouvons les *notarii ecclesiae*, chez les ducs les *notarii ducis*, dans les villes les *notarii civitatis* et enfin, auprès du roi, les *notarii regii*. Cette organisation fut reprise par l'empire carolingien, du moins après la réforme du début du IXe siècle: des *notarii ecclesiae* ou *comitatus* ou *regii* furent disséminés dans tout l'Empire, en tant que colonnes portantes du nouvel édifice administratif créé par Charlemagne. Il s'agissait – sauf pour les *scriptores* privés – de fonctionnaires, dont le rôle était de dresser des actes officiels. Mais c'est encore à eux que les particuliers faisaient spontanément recours, les requérant de rédiger leurs propres documents privés. Car à cette époque – du VIIe au Xe siècle -, alors que la certitude des situations juridiques et de leurs modifications n'était que mal assurée par des administrations publiques de niveaux variables, mais en tout cas jamais excellents, la possession d'une charte bien rédigée représentait le maximum de certitude possible.

On s'est souvent posé la question de savoir si les chartes de cette époque possédaient ou non la valeur d'un acte authentique, et la réponse qu'on y donne est en général négative. Cette réponse est certainement correcte, mais le problème est mal posé. Car la procédure germanique – qui était alors la règle pour les affaires civiles –, avec son système de preuves ordaliques – qui ne se référaient pas aux faits justifiant l'existence d'un droit mais au droit lui-même – ne pouvaient reconnaître aucun rôle direct à la preuve documentaire. S'il était admis de produire une charte, il fallait encore un serment – de la partie ou des témoins qui l'avaient signée – pour la confirmer.

Nous verrons plus tard comment l'idée et la réalité juridiques de l'acte authentique ont repris leur place dans le monde juridique européen. Ce qu'il faut retenir de l'aperçu de cette époque intermédiaire (VIIe-Xe siècle), c'est que l'acte privé, sous la forme d'une charte correctement rédigée, s'il ne pouvait pas être considéré comme authentique, était néanmoins envisagé comme la preuve rationnelle la plus forte d'une situation juridique. Il n'était pas authentique, il était pourtant autorisé.

IV.

6. – Ceci explique la permanence, voire l'essor à la fin de l'époque dont nous venons de parler, de l'*ars dictandi* comme élément de l'appareil scolaire et culturel, sinon dans l'Europe toute entière, du moins dans ses centres les plus importants, et notamment en Italie.

A côté de la rhétorique – c'est-à-dire de l'art du discours oral – l'*ars dictandi* représentait l'art du discours écrit. Elle était donc la technique de la rédaction des lettres et des documents, selon les caractères propres à ce genre littéraire: brièveté, clarté, univocité. L'*ars dictandi* était insérée dans le *trivium*, car son enseignement était délivré par les écoles des *artes*, c'est-à-dire les écoles littéraires. Mais quand il

s'agissait de la technique de rédaction du document, des formules et des concepts juridiques s'y trouvaient nécessairement impliqués. Or, la bonne tournure du latin juridique provenait du droit romain, par le biais du droit canon.

L'emploi d'éléments juridiques romains constitue un caractère constant de la pratique du document européen. Grâce à l'évolution de l'*ars dictaminis*, cet emploi s'enrichit et s'affine juste à la veille de la fondation de l'école juridique de Bologne⁸.

L'on ne doit pas sous-estimer une donnée très importante. Vers la fin du Xie et au début du XIIe siècle, l'école de Bologne, qui marque le début de l'université laïque européenne et la naissance de notre science juridique moderne, fut fondée par le *magister Irnerius* que nous, juristes, reconnaissons tous comme notre père scientifique; or, ce dernier était un *magister artium* et certainement, en particulier, un maître de l'*ars dictandi*. En général, la doctrine nie que le *Formularium tabellionum* publié en 1913 par Palmieri comme un ouvrage d'Irnerius puisse lui être attribué; mais il est assuré qu'Irnerius écrivit un livre avec ce titre et ce contenu car il n'y a aucune raison de ne pas croire à ce qu'on lit dans la glose *petitiione*, dont est assortie la lex XIV (*iubemus*) § *sane* du Ve titre, livre Ier du Code de Justinien (C. 1, 2, 14, 3 suivant la numérotation moderne):

*ex hoc sumpsit Irnerius quod posuit in formulario tabellionum in contractibus emphyteusis ...*⁹

Irnerius était donc un maître de l'*ars notaria*, science du style du document juridique et forme spécialisée mais déjà séparée à cette époque de l'*ars dictandi*. La thèse, soutenue en 1940 par notre regretté collègue Cencetti¹⁰, selon laquelle l'école de Bologne se forma en liaison avec une école de notariat, voire dans le cadre de celle-ci, apparaît donc plus que vraisemblable.

7. – L'*ars notaria* présida donc à la naissance de la science juridique moderne; mais elle en profita aussi, et cela dès le début. L'«*Ars notaria*» de Salathiel (+ 1275), ainsi que la «*Summa artis notariae*» et les autres ouvrages («*Tractatus de notulis*»;

⁸ Voir: H. COING, *Römisches Recht in Deutschland*, in IRMAE (= *Ius Romanum mediæ aevi*), V, 6, Mediolani 1964. Le § 7 (p. 23 ss.) de cet exposé («*Ars dictandi* und Rechtswissenschaft») ne doit pas être isolé de son contexte.

⁹ Voir: G. CENCETTI, *Le carte bolognesi del secolo decimo* (1936), in *Notariato medievale bolognese. I: Scritti di G. Cencetti*, Roma 1977, 19, où l'auteur cite aussi la note d'Odofredus à l'*authentica* «*qui res*» (ajoutée à C. 1, 2, 14, 3, cité): «*Ipse (sc. Irnerius) fecit primum formularium id est librum omnium instrumentorum, et scripsit instrumentum emphyteuticum*». Voir aussi la glose (*sed melius*) signée Azo à la même *authentica*. Sur le *formularium* publié par Palmieri, voir la bibliographie chez CONG, *op. cit.* à la note précédente, p. 24 n. 60.

¹⁰ G. CENCETTI, *Sulle origini dello Studio di Bologna*, in *Rivista storica italiana*, ser. III, 5 (1940), 248 ss.

«*De officio tabellionis*») du bolognais Rolandinus Passagerii (+ 1300) témoignent d'une maîtrise accomplie des méthodes professionnelles du notaire, qui s'était entretenu érigé en figure préminente de la société citadine du Moyen-Age.

Nous assistons à un phénomène pouvant être qualifié de «succès du notaire». Un succès éclatant et définitif, jusqu'à nos jours. Il fut assuré par les traits du notaire médiéval, tels qu'ils émergent de la littérature, même lorsque celle-ci le décrit comme un trafiquant astucieux. En effet, l'écrivain le plus malveillant laisse toujours percer la richesse intellectuelle et culturelle du personnage, ou en d'autres mots sa grandeur. Que l'on pense surtout à l'abîme d'intelligence, d'éducation et d'habileté caractérisant ser Ciappelletto, à savoir ser Ciapparello da Prato, qui, «essendo notajo, aveva grandissima vergogna quando uno de' suoi strumenti (come che pochi ne facesse) fosse altro che falso trovato». Il s'agit, comme tout le monde le sait, du protagoniste de la première nouvelle du *Decameron* de Boccace.

8. – Voyons de plus près les caractères du notaire médiéval.

Il faut souligner d'abord que la profession du notaire demeura longtemps à cheval entre jurisprudence et littérature. Les maîtres de Bologne, Padoue et Pérouse, n'enseignaient pas à la Faculté de droit mais à celle des «artistes» c'est-à-dire à la Faculté des lettres. Ceci n'empêcha pas les notaires les plus importants de prendre aussi leurs grades à la Faculté de droit; de ce fait, le notaire était un juriste particulièrement éduqué, et en tout cas quelque chose de plus qu'un avocat. En effet, il existe une limite – la nécessité de dresser un acte complexe – au delà de laquelle l'avocat doit normalement lui-même consulter un notaire, tandis qu'il n'existe aucune circonstance normale, dans laquelle un notaire soit contraint de consulter un avocat.

Quelque chose de spécial réside d'ailleurs dans la profession même du notaire; c'est qu'il est un homme de science entièrement mêlé à la pratique, sans possibilité de s'en abstraire. La pièce écrite par un avocat et même la sentence dressée par le juge peuvent contenir des passages de pure théorie, tandis que dans l'acte rédigé par le notaire la doctrine qu'il utilise ne se révèle que par le biais de la perfection fonctionnelle d'un récit tout à fait pratique. Or, dans l'exercice quotidien de cette maîtrise scientifique du réel, le notaire acquiert bientôt une expérience qui tend à dépasser celle des autres praticiens de la vie économique et sociale: par rapport au grand propriétaire, au marchand et même à l'avocat, le notaire devient celui qui sait ce que ces personnages savent eux-mêmes de leur propre activité, tout en connaissant toujours ce quelque chose de plus, qui lui provient de sa science.

Les qualités du notaire étaient garanties au Moyen-Age par une organisation rigoureuse de la profession, qui surveillait strictement le stage préparatoire, exigeait des examens d'admission très attentifs et contrôlait enfin la fiabilité de ses propres membres. Une organisation, donc, idoine à fonder la crédibilité absolue du notai-

re et son prestige public, dont le témoignage extérieur imposant nous est encore fourni aujourd'hui par les «Palazzi» que les «Collegi de' Notai» ont pu se bâtir dans des villes comme Pérouse et Bologne¹¹.

L'acte notarié du XIIe siècle est authentique simplement parce qu'il provient d'un sujet offrant les garanties requises pour qu'il en soit ainsi: d'un côté, sa capacité d'établir avec précision le contenu de l'acte, et de l'écrire dans la forme la plus appropriée; d'autre côté sa diligence même et l'organisation nécessaire à la conservation des minutes. En effet, le notaire fait partie d'un ordre qui veille à ce que cette capacité, cette diligence et cette organisation soient exercées et gérées de manière impeccable.

Nous avons vu qu'à l'époque précédente la notion d'acte notarié authentique s'était perdue. A partir du XIe siècle en revanche, lorsque les procédures de type germanique acquièrent des contours plus rationnels et que les procédures issues du droit canon et corrigées sur la base du droit romain connurent une large diffusion en matière civile, l'exigence de disposer d'actes authentiques se manifesta à nouveau instamment. Avant la diffusion du notariat public, cette exigence provoqua deux types de réponses, très différentes l'une de l'autre. La plus ancienne fut peut-être celle de la juridiction volontaire, qui consistait dans la célébration d'un procès fictif, dont la décision, confiée à un procès-verbal dont on pouvait obtenir copie, jouait le rôle d'un acte authentique entre les parties, puisqu'elle possédait l'autorité de la chose jugée. Voilà la figure du juge-notaire, ou du greffier-notaire, comme elle apparaît encore, par exemple, dans un contrat florentin de 1199, qui a comme clause finale:

*«Ego, Ildebrandus, iudex, praedictas mulieres interrogavi, atque notarius haec rogavi et scripsi, et huic instrumento ideo complectionem dedi»*¹².

Un second système fut celui de l'emploi du sceau: l'acte scellé étant sous l'autorité du titulaire du sceau, il recevait comme un reflet de la crédibilité de celui-ci. Voilà d'où provient la pratique, pour les particuliers, non munis de leur propre sceau, de faire sceller leurs actes privés par un seigneur, et plus tard par un fonctionnaire de l'administration ecclésiastique ou laïque. Voici une formule habituelle:

*«Quia vero sigillum non habeo, Titius, ad petitionem meam praesens scriptum sigilli sui munimine roboravit»*¹³.

¹¹ A propos du «Palazzo dei Notai» de Bologne, voir G. CENCETTI, *Il Palazzo dei Notai* (1969), in *Notariato medievale bolognese*, I (cité à la note 9), 353 ss.

¹² Cité par A. DE BOÛARD, *Manuel de diplomatie française et pontificale*, Paris 1948, 19 n. 4; 172. Cet ouvrage est très important pour l'histoire du notariat européen.

¹³ Cf. les exemples chez BOÛARD, *op. cit.* à la note précédente, p. 242 s. n. 1.

Le notaire, en revanche, signe de sa propre main les actes qu'il a dressés, leur conférant, parce qu'il est doué de *manus publica*, une valeur comparable à celle de la chose jugée ou de l'acte scellé par un sceau de grand prestige. La «main signante» du notaire est *publica* parce qu'il est reconnu par l'empereur ou par l'église comme un «*publicus notarius imperiali auctoritate*» ou bien «*apostolica auctoritate*».

Comme on peut l'imaginer, les signatures des notaires sont l'expression graphique de la conscience, voire de l'orgueil, du caractère public propre à cette intervention individuelle. Le *signum* du notaire ne contient pas son nom: celui-ci apparaît, mais pas sous forme d'une signature, après le *signum*, dans le contexte de la phrase de clôture du document, comme, par exemple:

*Ego Johannes de Calchagnis filius condam Gabrielis, civis
Regii publicus imperiali auctoritate notarius praedictis
omnibus et singulis interfui eaque audivi et rogatus scribere scripsi*¹⁴.

La signature proprement dite, le *signum*, occupe la place d'un sceau et en conserve de quelque façon le style: c'est un dessin, façonné de telle manière qu'il sera très difficile à reproduire sans rendre évidentes les traces du faux. Il représente des figures géométriques compliquées, des animaux, des fleurs: une marque personnelle, enfin, soulignée par l'*ego* qui la suit toujours. Sa signification trouve comme une exaltation et une synthèse dans le *signum* de ce *magister Bertraimus* qui, au début du XIII^e siècle, authentifiait ses actes en dessinant son autoportrait.

9. – Le notariat européen moderne, que nous appelons le notariat latin, naquit donc en Italie du nord et dans la partie nord de l'Italie centrale. Il fut définitivement reconnu à l'époque de l'Empereur Frédéric I Barberousse (1152-1190) et du pape Alexandre III (1159-1181). Les itinéraires de sa diffusion européenne peuvent être suivis assez aisément, et ils se présentent ainsi¹⁵:

a) Le premier itinéraire est celui qui concerne directement la Suisse: il passe en 1185 par Marseille, atteint Lyon en 1220; ensuite, par Grenoble et la Savoie, il rejoint la Suisse à Saint-Maurice vers la moitié du XIII^e siècle, entre 1250 et 1260.

b) Une deuxième voie pénètre en Espagne par Valencia, en 1239.

c) L'itinéraire du Nord commence à Liège en 1274 et, via Osnabrück et la Silésie, atteint Lübeck en 1283.

¹⁴ J'ai transcrit cette formule d'un document du XV^e siècle (*Regii* = Reggio Emilia), qui se trouve en ma possession. Dans le volume: *Il notariato a Perugia. Mostra documentaria e iconografica per il XVI congresso nazionale del Notariato (Perugia, maggio-luglio 1967). Catalogo a cura di Roberto Abbondanza*, Roma 1973, on trouve d'excellentes tables avec une série de *signa*, dont celui du *magister Bertraimus* (p. XXIV s.; planches hors texte 8 et 10), mentionné *infra*.

¹⁵ Cf. WOLF, *op. cit.* à la note 1, p. 506.

d) En Angleterre, les notaires italiens arrivèrent en 1257, et des notaires locaux furent nommés dès 1279.

e) Au Danemark enfin, on rencontre des notaires à partir de la fin du XIII^e siècle.

10. – La diffusion du notariat public en Europe fut entravée – mais dans une mesure et avec des conséquences différentes – dans le Royaume d'Angleterre et dans les Pays de droit coutumier de la France du Nord¹⁶. Une raison, d'ordre politique, joua le même rôle dans les deux endroits: une reconnaissance du notariat impérial pouvait être interprétée comme la reconnaissance de la souveraineté de l'Empereur germanique. En réalité, cet argument n'était pas décisif, car il n'avait aucune valeur contre le notariat ecclésiastique et, d'autre part, les rois auraient parfaitement pu organiser leur propre notariat.

C'est en effet ce qui arriva en France, tandis qu'en Angleterre le notariat connut la décadence, et finit par être affecté à la rédaction d'instruments de moindre importance ou aux authentications d'actes ou de signatures destinés à l'étranger. La vraie raison de l'évolution anglaise, dont les résultats demeurent à peu près les mêmes aujourd'hui, réside dans le fait que les *courts* n'ont jamais accepté pleinement les conséquences pratiques de la notion d'acte authentique, c'est-à-dire d'un acte privilégié, faisant foi par lui-même jusqu'à inscription de faux, en raison non seulement des formes légales dont il est revêtu mais aussi du sujet qui l'a rédigé¹⁷.

En revanche, dans la France du Nord, à partir de Paris, dans le sillage de l'activité des officialités ecclésiastiques et de la juridiction volontaire pratiquée par la prévôté de Paris, un système se forma, qui fut définitivement organisé par Philippe IV le Bel.

Ce système consistait en une organisation de l'institution de l'acte scellé, le sceau reconnu capable de conférer à un acte son caractère d'authenticité étant le

¹⁶ Et il faut ajouter, dans une bonne partie des Cantons de la Suisse alémanique, où le notariat latin n'a pas pris racine. L'étude de ces phénomènes – négatifs du point de vue de l'histoire du notariat – n'appartient évidemment pas à l'objet de notre récit, qui – sauf quelques observations à propos de l'Angleterre – ne s'occupera que de l'évolution en France, car les difficultés que le notariat rencontra en ce pays n'empêchèrent pas son accueil.

¹⁷ Sur le notariat en Angleterre voir notamment: H.C. GUTTERIDGE, *The Origin and Historical Development of the Profession of Notaries Public in England*, in *Cambridge Legal Essays*, Cambridge 1926, 123 ss.; C.R. CHENEY, *Notaries Public in England in the 13th and 14th Centuries*, London 1972. L'attitude idéologique et politique contre le notariat est indiquée par A. DUCK (*De usu et auctoritate juris civilis Romanorum, per dominia Principum Christianorum*, Londini 1689, 322) en ces termes: «... atque ideo Eduardus II Edicto suo apud nos constituit, ne Notarij Imperiales officia sua in Anglia exercent, ne Imperiali Dominationi subjectos se viderentur agnoscere». Sur le notariat aux États-Unis, un très bref historique se trouve chez R.C. ROTHMAN, *Notary Public, Practices & Glossary*, Woodland Hills, California 1978.

sceau royal, confié dans chaque juridiction à un garde-scel. A côté de ce personnage, un office public était établi, dirigé par un «tabellion-juré», auquel les différents notaires – dits «clercs jurés» – envoyaient leurs minutes après les avoir transcrites dans un registre, afin que le tabellion-juré en dresse l'exemplaire destiné à l'expédition et le fasse sceller par le garde-scel.

Ce système compliqué fut ensuite simplifié par la suppression de l'office superflu du tabellion-juré: en 1597 un édit royal réunit dans un seul office la figure du clerc et celle du tabellion, créant ainsi le «notaire-garde note (= minute) et tabellion». Ce système dans lequel le notaire n'authentifiait pas les actes, car sa fonction était de les présenter au garde-scel afin qu'il les authentifiât, se rapprocha définitivement du système des pays de droit écrit par l'effet de la pratique. En effet, dès le XIVe siècle déjà, les clercs-notaires de la périphérie attenante aux pays de droit écrit avaient commencé d'authentifier les actes au moyen de leur simple signature manuelle, sans les présenter au garde-scel. Cette pratique s'affirma de plus en plus et fut enfin officiellement reconnue par le roi Louis XIV, qui attribua à tous les notaires l'office de garde-scel, en leur octroyant son propre sceau. Cette mesure royale apparaît clairement comme la confirmation d'une pratique déjà en vigueur, car elle n'avait qu'un but fiscal: en effet, les actes scellés ne semblent pas avoir été plus fréquents à partir de cette époque.

11. – Le notariat français connut une décadence à partir de 1568, lorsque les offices furent rendus héréditaires et vénaux, car avec cela, les examens d'admission devinrent une pure formalité. C'était la crise du notariat médiéval, contemporaine de celle de toute la jurisprudence médiévale et du système du droit commun. Et de même que cette crise générale du système juridique européen se résorba grâce aux codifications modernes, issues de l'école du droit naturel et favorisées par la révolution, de même la crise du notariat latin trouva sa solution dans les réformes de 1791 et 1803, qui, à l'époque de l'abolition du régime féodal (1789), supprimèrent – avec la vénalité et le caractère héréditaire de l'office – les traits de la profession notariale se rapportant à l'ancien régime. La loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803) dicta un règlement nouveau pour l'exercice de la profession: le notaire conservait le sceau de l'Etat, qu'il devait apposer au lieu qui fut jadis celui de son *signum* personnel. Il est donc devenu un officier de l'Etat, mais œuvre selon les règles traditionnelles et dans une organisation conçue dans la tradition du notariat médiéval.

De ce nouveau modèle du notaire européen, on ne saurait dire qu'il porte simplement les traces de son passé, car son identité est bien plus riche et profonde. Il résume, de manière évidente et consciente, son histoire. On y perçoit la dimension antique d'une profession moderne, ou, plus exactement, l'actualité pleine d'une profession qui se rattache directement à son passé, parce qu'elle a toujours su être actuelle, tout au long de son histoire.

La racine était bonne, sain fut le tronc et beaux sont les fruits; l'histoire du no-

tariat latin s'identifie avec l'histoire juridique européenne: conditionnée, celle-ci la conditionne à son tour par un échange continu qui n'a jamais laissé le notaire en retard et l'a vu souvent en avance. Il y a une sorte de symbole dans le fait que la loi du 25 ventôse, celle qui définit le notaire moderne, appartienne à l'an 1803: c'est l'année qui précède celle du Code civil.

USUS MODERNUS PANDECTARUM E DIRITTO EUROPEO *
(a proposito di: H. COING, *Europäisches Privatrecht, I: Älteres Gemeines Recht [1500 bis 1800]*, München 1985).

1. – L’“uso attuale” del diritto romano, o, per meglio dire, dei *libri* dell’imperatore Giustiniano identificati come *Corpus iuris civilis*, è stato variamente giustificato nel corso del medio evo e dell’epoca moderna.

Se per “uso attuale” si vuole intendere il vigore positivo di quel diritto, i due argomenti che possono essere considerati estremi sono, da un lato, quello della continuità dell’Impero romano e del suo diritto e, dall’altro, quello dedotto dalla cosiddetta ‘*lotharische Legende*’. Estremi, perché il primo si presenta come strettamente scientifico, consistendo in un’argomentazione storico-filosofica e giuridica metodologicamente rigorosa, laddove il secondo fa semplicemente riferimento ad un episodio, a proposito della cui autenticità non si è mai forse professata un’autentica certezza, anche prima che il Conring (nel cap. XXI s. del suo *De origine iuris Germanici*, pubblicato nel 1643) lo dimostrasse apocrifo¹.

L’argomento più impegnato e più impegnativo era anche, in realtà, il più labile. Esso si fondava sul carattere universale dell’Impero, e cioè (mi valgo degli enunciati danteschi) sulla convinzione ... *quod Romanus populus de iure, non usurpando, Monarche officium, quod Imperium dicitur, sibi super mortales adscivit* (*Mon.* II, 3, 1; in *Mon.* II, 12, 7: *orbis Imperium*). Dal punto di vista filosofico, la tesi era solida; Dante la appoggiava persino su di un argomento strettamente teologico: *Et si Romanum Imperium de iure non fuit, peccatum Ade in Christo non fuit punitum: hoc autem est falsum: ergo contradictorium eius ex quo sequitur est verum.* (*Mon.* II, 12, 1). Parlando dell’Impero romano, Dante lo vedeva tutt’uno con l’Impero dei suoi tempi, secondo quella concezione della continuità, consolidatasi nel corso di già tre secoli, a partire dalla *renovatio* ottoniana, e sovente riaffermata, magari in relazione proprio al diritto, come ad esempio da parte del Barbarossa

* Pubblicato in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. LII, Pontificia Universitas Lateranensis, Romae, 1986.

¹ Cfr. HEINECCIUS, *Historia iuris civilis Romani ac Germanici* (1733), lib. II, cap. III § 55 (nell’ed. di Venezia 1742, p. 490). La leggenda è ricordata ancora (come “favoletta” nel contesto di una dimostrazione dell’uso costante – senza soluzione di continuità – del diritto romano dall’antichità in poi) nel primo capitolo di DONATO ANTONIO D’ASTI, *Dell’uso e autorità della ragion civile nelle provincie dell’Impero occidentale dal dì che furono inondate da’ Barbari fino a Lotario II* (1720; 2^a ed., 2 voll., Napoli s.d. ma 1751, p. 1 ss.).

nel 1165²: *Nos igitur praedecessorum nostrorum divorum imperatorum, magni Constantini videlicet et Justiniani et Valentiniani, nec non Karoli et Ludovici vestigiis inherentes et sacras leges eorum tamquam divina oracula venerantes ...* Ora, il Sacro Romano Impero poteva ben essere giuridicamente la continuazione dell'Impero di Augusto e filosoficamente un'entità universale, esso non cessava pertanto di essere politicamente munito di una sfera di sovranità territorialmente circoscritta. La legittimazione del diritto romano per mezzo della continuità dell'Impero comprometteva il suo vigore fuori del Sacro Romano Impero.

Nella tesi del vigore attuale del diritto romano come diritto dell'Impero era, d'altra parte, inerente un pericolo ancora più grande, ove la si fosse adottata nella formula assoluta, che essa aveva nelle *Questiones de iuris subtilitatibus*, II, 16:

Recolunt tamen adhuc quidam huiusmodi suas, ut ipsi dicunt, 'leges'. Quorum exemplo et hii quorum maiores casu quolibet aliunde huc delati permanserunt, sua nescio que frivola nomine legum censentes recitant, ut totidem fere leges habeamus quot domos³. Set hii qui nunc imperant permittunt huius modi fieri: unius tamen imperii nomine volunt censi. Non vident, quid ad hoc nomen consequatur. Qui enim nomen gerit imperii, gerere debet auctoritatem quoque eiusdem, qua semper tuenda sunt eadem iura que sunt ab eo profecta. Horum igitur alterum concedi necesse est; aut unum esse ius, cum unum sit imperium, aut si multa diversaque iura sunt, multa superesse regna⁴.

La pretesa di sostituire l'unità del diritto romano alla diversità dei diritti locali sarebbe stata evidentemente votata all'insuccesso. Il successo, invece, fu assicurato al diritto romano dallo sforzo dei giuristi per proporlo come la sede del metodo giurisprudenziale corretto (*ratio*) e come il patrimonio comune dell'esperienza del giusto (*aequitas*), nel rispetto delle varianti locali, alle quali si riconosce piena autonomia al punto che una consuetudine, nel suo ambito, è suscettibile di applicazione analogica ed è espressiva di principi generali: nelle edizioni a stampa del *Corpus Iuris* glossato è frequente leggere, ad introduzione del tit. C. 8, 52 (*quae sit longa consuetudo*), le due proposizioni, rispettivamente di Baldo e di Bartolomeo da Saliceto: *Consuetudo rationabilis extenditur de casu expresso ad casum tacitum, in quo eadem ratio reperitur* (Bald.); *Consuetudo loci probata debet servari, et non contra eam fieri, et ratio consuetudinis debet attendi* (Sal.).

In realtà, le autentiche ragioni dell'"uso attuale" del diritto romano furono enunciate prima e più chiaramente nei paesi dove quell'uso non corrispondeva al "vigore positivo": e cioè perché quivi le "ragioni" non dovevano necessariamente

² MG, LL, IV, 1, p. 332. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*⁴, München und Berlin 1966, 40 n. 3.

³ Cfr. la voce *Lois (des)* nel *Dictionnaire philosophique* di VOLTAIRE (nell'edizione Garnier-Flammarion, Paris 1964, p. 262 ss.): "... et je vis qu'il en est d'elles comme de nos vêtements: il m'a fallu porter un doliman à Constantinople, et un justaucorps à Paris" (ed. cit., p. 265).

⁴ Si veda: NICCOLINI, *Leggendo le 'Questiones de iuris subtilitatibus'*, in *Jus*, 28 (1981), 30 ss.

consistere in una giustificazione formale, secondo le norme di una teoria delle fonti del diritto, e quindi potevano essere formulate in aderenza alle esigenze effettive, che suggerivano o imponevano il ricorso al *Corpus Iuris*. Per vero, nella stessa Francia, là dove (e cioè nel meridione del Regno) si trattava di vigore positivo, la giustificazione passò ancora attraverso le norme sulle fonti, benché in modo semplice e realistico: l'uso del diritto romano è consuetudinario⁵. Si tratta cioè, con alcuni secoli di anticipo, dell'idea che sarà professata dai giuristi del seicento tedesco, il diritto romano costituire le *mores hodiernae*. Ma nei *pays de droit coutumier*, l'applicazione del diritto romano veniva direttamente giustificata con la razionalità e l'equità dei suoi contenuti: e si trattava di applicazione assai vasta (si pensi al diritto delle obbligazioni, praticamente assente nelle *coutumes rédigées*, come le *coutumes* sono praticamente assenti nel *Traité des obligations* del Pothier). Questa considerazione del *Corpus Iuris* come delle sede della *ratio et aequitas* restò, per così dire, definitiva. Nel suo trattatello *De usu et autoritate iuris civilis Romanorum per dominia Principum Christianorum* (con dedica datata 1684, imprimatur del 1678, edito a Londra nel 1689), Arthur Duck scriveva (lib. I, cap. II, 6):

Hinc Jus Romanorum Rationem Scriptam appellant *Christopherus Thuanus* Senatùs Parisiensis Praeses, alijque Jurisconsulti Gallici. Idemque Jus per excellentiam appellatur Jus scriptum: additque *Carolus Molinaeus* Jus Romanum tam aequum esse et rationi consentaneum, ut omnium fere Christianarum gentium usu et approbatione commune sit effectum, ipsique ades Reges Hispani, etsi se ab Imperio Romano omnino liberos profiteantur, in legibus tamen suis appellant leges Romanas, *Jus commune*, ad quas leges suas accommodandas esse praecipunt. Omnesque Juris interpretes appellant Jus Romanum Jus Commune, et quotiescumque de Jure Communi loquuntur intelliguntur de Romano; et universo mundo esse commune asserit Aug. Beroius. Ad quod etiam recurrunt Judaei deficiente lege Mosaicâ, et Turcas etiam habere Codicem *Justiniani*, eoque uti in causis decidendis testatur *Jo. Leunclavius*. Pluresque Jurisconsulti opinantur, Jus Romanum ita esse apud gentes receptum, ut jam habendum sit pro jure naturali et gentium, jusque Romanum comprehensum in libris *Justiniani* non esse jus Civitatis Romanae solum; Sed naturae et gentium quod constet ex praeceptis naturalibus gentium et Civilibus, et quod per plerasque gentes humanas receptum sit, eâque ratione rusticos excusari ex ignorantia Juris statutarii, non Juris communis Romani, cum id in plerisque sit jus naturale et gentium, tradit *Sfortia Oddus*. Et Principes Populosque liberos non recognoscentes Romanum Imperium, in Casibus non decisis per Leges et Consuetudines suas legibus Romanis obligari, quatenus sunt fundatae in ratione naturali asserit *Landolphus Sbraderus*. Ex qua ratione cum in foro Regni Valentiae ex moribus ejus Regni permissum tantum sit Advocatis allegare consuetudines ejus Regni, iisque deficientibus

⁵ Già l'ordinanza di Bianca di Castiglia (8 aprile 1250), che sembra essere la prima allusione aperta alla distinzione fra *Pays de droit coutumier* e *Pays de droit écrit*, diceva "terra illa regi consuevit, ut dicitur, et adhuc regitur iure scripto"; nel 1312 (luglio), Filippo IV scriveva nell'ordinanza sullo studio del diritto civile e canonico a Orléans: "in partibus ipsius regni quibusdam, subjecti, ex permissione nostrorum progenitorum et nostra, juribus scriptis utantur in pluribus, non ut juribus scriptis ligentur, sed consuetudine, juxta scripti juris exemplar moribus introducta, ...".

jus naturale, ex ea permissione leges Pandectarum, Constitutiones Imperatorum, et Jus Canonicum allegantur, ut testantur I.C. Hispani, monetque Donellus eas gentes quae jus Romanum non admittunt, ut videant an eo teneantur, cum omnes jure naturali et gentium obligentur. Haec de legibus Romanorum in genere dicta sint⁶.

In effetti, se il diritto romano era *ratio* e *aequitas*, l'epoca del Vernunftrecht e dell'équité naturelle non poteva che attingere ad esso con rinnovata lena: come puntualmente avvenne, malgrado le variazioni antropologico-sociologico-politiche di taluni "pensatori" più o meno illuminati (mai di autentici giuristi) contro il sistema del diritto comune. Critiche, le quali erano per altro rivolte, di solito, piuttosto contro un incontrollato ed incontrollabile sistema di fonti del diritto (troppe *auctoritates*, in particolare troppa dottrina autorevole da un lato, e, dall'altro, almeno in taluni luoghi, una sovrabbondante presenza di consuetudini figlie del particolarismo giuridico feudale) generatore di un esercizio caotico e quindi incerto, talora arbitrario, della giurisdizione. La via maestra per uscire dalla crisi del diritto comune era stata già indicata dal Donello (nella *praefatio* dei *Commentarii iuris civilis* del 1589-90), fu divulgata dal Domat (nelle *Loix civiles* del 1689-94), per essere infine realizzata nelle elaborazioni preliminari alle grandi codificazioni prussiana, austriaca e francese; quanto a quest'ultima, si tenga conto che il grande "lavoro preliminare" non è costituito dai suoi specifici lavori preparatori (una cosa assai modesta), ma dall'opera di Robert-Joseph Pothier.

Le codificazioni, che si usa chiamare "giusnaturalistiche", sono il frutto dell'*usus modernus* così come il BGB è il frutto della scuola storica: il trionfo, anzi, dell'*usus modernus*, poiché la crisi del diritto comune, celebratasi nel XVIII secolo, ha avuto come effetto ultimo di ridurre a poca cosa i resti della coutumes, e di esaltare le strutture tecniche e i contenuti di giustizia del diritto romano (tecniche e contenuti che sono una cosa sola, perché le une in funzione degli altri: *ius est ars boni et aequi* significa che la scienza giuridica è la tecnologia della giustizia: e Celso sapeva ben definire il suo proprio lavoro).

2. – Il nuovo manuale di Helmut Coing presenta, nella forma di una trattazione istituzionale⁷, il diritto comune europeo (*ius commune*)⁸ dei secoli dal XVI alla fine del XVIII (Coing, p. V), cioè dell'epoca dell'*usus modernus*⁹.

⁶ Il passo è trascritto conservando i corsivi dell'edizione originale.

⁷ "In Form von 'Institutionen'": COING, p. V.

⁸ "Der Ausdruck '*Ius Commune*' bezeichnet, wenn nicht näher erläutert, das römisch-kanonische Recht, wie es von der europäischen Rechtswissenschaft seit Bologna ausgestaltet wurde und in der Praxis zur Anwendung kam": COING, 4.

⁹ "Unter '*Usus modernus*' wird dieses Recht verstanden, wie es in dem hier betrachteten Zeitraum – zwischen circa 1500 und 1800 – in den gemeinrechtlichen Ländern (auch ausserhalb des Reiches) praktiziert worden ist": COING, 4.

Come dunque ben si comprende (ad illustrare questa idea ho raccolto le, forse un poco caotiche, riflessioni del precedente paragrafo), si tratta del sistema giuridico (privatistico) che nel suo insieme rappresenta la matrice diretta dei diversi diritti codificati attuali. Per vero, limitandoci a considerare i diritti dell'Europa occidentale (ma il discorso, anche se con diverse varianti, dovrebbe estendersi ben al di là di tale ambito), tale matrice è indiretta per quanto concerne il BGB in vigore nella Repubblica Federale, la cui codificazione è passata per l'ulteriore filtro della pandettistica, che tuttavia era, a sua volta, direttamente legata all'*usus modernus*.

Il giurista attuale, che intenda rendersi conto esattamente del senso che le strutture del suo diritto possiedono, sa bene ormai di dover fare ricorso alla storia, oltre che all'impiego degli strumenti puramente dommatici e a quelli offerti dalla cosiddetta analisi economico-giuridica.

Ora, quanto alla storia, le entità necessarie alla detta indagine sono soprattutto (in linea di massima può anzi dirsi: soltanto) le tre seguenti: il diritto romano classico (più precisamente: il diritto della giurisprudenza romana), quello dell'*usus modernus*, cioè il diritto giustiniano come interpretato e applicato in Europa dal 1500 al 1800 con i suoi complementi canonistici e consuetudinari (questi ultimi, in quanto divenuti o tendenti a diventare 'comuni'), e infine il sistema della pandettistica.

Quanto al diritto della giurisprudenza romana (intendo il sistema che i giuristi, da P. Mucio Scevola a Modestino, hanno costruito, negli schemi delle *legis actiones* e del processo formulare: cioè il diritto del Digesto, letto nell'ottica della scienza romanistica moderna, caratterizzata dalla conoscenza, resa possibile dalla scoperta del Gaio veronese, delle forme processuali relative), esso resta il luogo privilegiato della costruzione fondamentale di tutto il sistema e della definizione del metodo. Il suo studio è dunque studio di una realtà giuridica attuale, e solo un grossolano fraintendimento può confonderlo con una "archeologia" del diritto privato attuale¹⁰. Quanto all'*usus modernus*, della sua importanza si è già detto. Quanto infine alla pandettistica, si deve tener conto del fatto che la sua incidenza non può essere circoscritta alla funzione preparatoria del BGB, perché, come il Savigny aveva voluto, alla sua scuola si sono formati i nuovi giuristi, e non solo i tedeschi. La dottrina e la giurisprudenza attuali sono tributarie della pandettistica in una misura ben maggiore di quanto in generale non si voglia riconoscere.

L'importanza del volume del Coing, che ispira queste riflessioni, può essere misurata dal fatto che, delle tre entità menzionate (qualcuno direbbe, dei tre citati 'formanti' del diritto europeo codificato), il diritto comune è il meno noto. Io arriverei fino a dire che, con questa sua opera, il Coing ce lo rivela.

Non credo, invero, di esagerare: perché questo *Europäisches Privatrecht* è il primo libro (moderno), che presenti il diritto comune in forma di 'Istituzioni'. Un qualunque

¹⁰ L'espressione è dello SCHIAVONE, *Storiografia e critica del diritto. Per una "archeologia" del diritto privato moderno*, Bari 1980; ambigua la posizione del BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano*, Bologna 1982, 7 s. La nozione di archeologia del diritto è correttamente impiegata, invece, da D'AGOSTINO, *Per un'archeologia del diritto. Miti giuridici greci*, Milano 1979.

sistema giuridico non vigente non può dirsi noto (nel senso di acquisito come entità culturale normalmente accessibile nel suo complesso), finché non sia stato fatto oggetto di una trattazione di tipo istituzionale, cioè ad un tempo sufficientemente breve e completa: un'esposizione complessiva di carattere isagogico a livello scientifico, insomma. Nella fase attuale della nostra storia culturale, almeno, le cose stanno proprio in questo modo. Anzitutto, l'assenza di una sintesi di quel genere preclude l'accesso a tutti coloro che non sono specialisti del sistema in questione. Ma gli stessi specialisti (tranne qualche eccezione, naturalmente: ma si tratta di esempi che si pongono al livello di un Robert Feenstra) tendono a muoversi in settori più o meno circoscritti e faticano ad attingere – o ad attingere correttamente – il livello delle prospettive generali, senza di che le ricerche settoriali stesse non possono dare risultati compiuti: per lo meno, il loro significato e la loro portata restano dubbi, si rischia di dare ai problemi e alle loro soluzioni un'importanza troppo grande o troppo piccola, di fare perno su spunti che stanno, in realtà, alla periferia. E questo è tanto più vero in relazione al sistema del diritto comune, il quale dipendeva da un apparato di fonti che è riuscito ad atterrire i suoi stessi contemporanei. Io sono certo che – salve, beninteso, le menzionate eccezioni – a nessuno degli studiosi contemporanei del diritto comune non avvenga, leggendo la sintesi del Coing, di accorgersi che i suoi propri risultati puntuali valgono in realtà di più ovvero di meno di quel ch'egli, quando li raggiunse, pensava.

3. – Un aspetto particolarmente difficile del diritto comune dell'epoca dell'*usus modernus* è costituito dalla sua natura essenzialmente pratica. Senza dare alle qualifiche un senso assoluto, e neppure tutto il loro senso, per usarle solo come indicazioni generali, può dirsi che il discorso dei glossatori prima, e quello dei commentatori poi era un discorso eminentemente accademico. Con ciò non voglio certo sottovalutare né l'attenzione dei primi ai problemi pratici (sempre vigile fin da Irnerio, e che sboccherà chiara nei trattatisti dell'ultimo Duecento), né la concreta attività dei secondi come *consiliatores* (ché anzi a costoro si deve l'estensione del metodo scientifico – romanistico – all'interpretazione e all'applicazione dei *iura propria*); soltanto voglio dire che all'epoca degli uni e degli altri le opere autorevoli avevano un carattere spiccatamente dottrinario, e che il loro contenuto era costruito esclusivamente sulle fonti romane. Al tempo dell'*usus modernus*, non solo la dottrina assunse un atteggiamento generalmente ben più calato nella prassi, ma ad essa, come fonti autorevoli, altre se ne accostano, che alla prassi del tutto appartengono, come le decisioni giudiziarie e le loro raccolte.

In questo contesto, emerge particolarmente evidente la problematica posta dall'impatto del diritto comune con i vari diritti locali, in particolare statuti e consuetudini. Con queste ultime in specie, essendo ben chiari in Europa certi atteggiamenti alquanto diffusi e, per così dire – ma il concetto ebbe effettivamente grande importanza, in Francia soprattutto – comuni dei diritti consuetudinari. L'attenzione del Coing a questo fenomeno ha permesso all'autore di scrivere pagine di grande interesse. Mi limito ad un esempio.

Il comparatista moderno – analista delle differenze fra i diritti nazionali quando opera *de iure condito*, ricercatore di un nuovo diritto comune quando medita *de iure condendo* – costata con un certo imbarazzo che in tutti i codici è presente una norma sull'acquisto a titolo originario (*a non domino*) della proprietà dei mobili per mezzo dell'acquisto del possesso, ma che questa norma vi presenta varianti assai diverse, poiché l'acquisto vi è talora fatto dipendere dal possesso puro e semplice, talora vi si richiede il titolo, tal'altra la buona fede, ovvero ancora e titolo e buona fede insieme. Fra i codici, abrogati e vigenti, si veda ad esempio: ALR I, 10 § 23; I, 15 § 42-56; ABGB § 367; BGB § 932; ZGB 714²; 933; 934; C.C. fr. 2279-2280; C.C. Parma 2369-2371; C.C. Ticino 1212-1214; BW (Paesi Bassi) 637; 2014; C.C. Neuchâtel 1826-1827; C.C. it. (1865) 707-708; 2146; C.C. it. (1942) 1153. L'esposizione, che il Coing presenta (p. 296 ss.) offre ben chiari tutti gli elementi per comprendere queste oscillazioni normative, frutto della vicenda di elaborazione di una regola consuetudinaria, la quale non introduceva un modo di acquisto della proprietà, bensì soltanto dei limiti all'esperibilità dell'azione di rivendica (dal *Sachsenspiegel*, *Landrecht* II, 60, a Bourjon, al Code civil); regola che i giuristi del diritto comune cercarono di temperare, riconducendola entro gli schemi dell'*actio Publiciana* (cfr. il luogo del Groenewegen, cit. da Coing a p. 297 s.) e che divenne una norma sull'acquisto della proprietà solo a partire dal codice austriaco (cfr. il luogo dell'ABGB citato sopra), che l'accorse nella sua forma più romanistica, forma che non ottenne però, in seguito, intero successo.

4. – Chiarificazioni del genere sono presenti, in questo *Europäisches Privatrecht*, quasi ad ogni pagina, vuoi per una lucida sintesi di contributi già presenti nella letteratura, vuoi perché l'autore reca del nuovo, che egli trae dalla sua poderosa esperienza di studioso o da ricerche che la redazione del volume ha specificamente comportato. Io non trovo difetti nell'opera. Qualche lacuna nella bibliografia era certo inevitabile in una prima trattazione complessiva di questa materia; se alcuni problemi a me possono sembrare essere stati fatti oggetto di trattazione troppo rapida (come è per quello della classificazione delle fonti delle obbligazioni e del quasi contratto, p. 394 ss.; 492 ss.), ciò dipende forse, in una buona misura, dalla mia prospettiva deformata di ricercatore puntuale (come accennavo in generale alla fine del § 2). L'opera del Coing è di quelle che si impongono per i propri pregi, senza meno.

Sulla sua base sarà anche possibile, ora, imbastire corsi approfonditi di storia del diritto privato sui singoli temi, con una precisione ed un respiro che fino ad oggi sembravano, per molte materie, pressoché impossibili – se non, come spesso si faceva, ripetendo lo stesso corso per anni.

DAS FAKTISCHE VERTRAGSVERHÄLTNIS ODER DIE EWIGE WIEDERKUNFT DES GLEICHEN *

I. – VORBEMERKUNG

1. – Zuerst die deutsche, danach die ganze deutschsprachige Rechtswissenschaft – Lehre und Rechtsprechung – hat seit etwa 60 Jahre allmählich die Entstehung faktischer Vertragsverhältnisse angenommen¹.

Es handelt sich, wie bekannt, um «Fallgruppen, in denen man ungeachtet der Vertragsmängel Ansprüche auf vertragsgemäße Leistung gewähren möchte»². Die betreffenden Tatbestände sind oft mit Erscheinungen des Massenverkehrs verbunden, und das die Rechtsfolge gewöhnlich rechtfertigende Kriterium ist das der sozialtypischen Bedeutung des relevanten Verhaltens. Dieses Kriterium wurde wesentlich von Karl Larenz erarbeitet³ und 1956 im berühmten Parkplatzentscheid vom deutschen Bundesgerichtshof als *ratio decidendi* angewandt⁴.

Wir wollen die Geschichte dieser Rechtsfindung kurz darstellen.

* Pubblicato in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. LIII, Pontificia Universitas Lateranensis, 1987.

Text eines 1985 an der Universität Innsbruck und (in revidierter Fassung) 1987 an der Universität Salzburg gehaltenen Vortrags. Mein Artikel *Quasi contratto, quasi delitto*, der in EdD erscheinen wird, ist z.T. eine Übersetzung der ersten Fassung des Vortrags.

¹ Lit. für das deutsche und österreichische Recht: F. BYDLINSKI, *Privatautonomie und objective Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wien-New York 1967, 85 f. A.160; für die deutschsprachige Schweiz, Lit. bei R. JEANPRETRE, *Le contrat de fait*, in *Recueil de jurisprudence neuchâtoise*, 1982, 10 A. 2. Dieser Artikel ist die einzige Behandlung unseres Themas in französischer Sprache, die ich kenne; er hat ein Echo in der lokalen Rechtsprechung gefunden, leider mit einer unkorrekten Anwendung des Begriffs 'contrat de fait' (Cour civile 11 avril 1983, Mast c/ Sancey, in *Recueil de jurisprudence neuchâtoise*, 1983, 45 ff.). Die italienische Literatur ist dagegen reicher (s. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, IX, Torino 1984, 21 ff.; namentlich 26 ss.; Literaturzitate 26 A. 58; 31 A. 87-88): aber sie hat keinen Anklang bei der Rechtsprechung gefunden.

² ESSER, *Schuldrecht*⁴, I, Karlsruhe 1970, 97.

³ LARENZ, *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*, in *NJW*, 1956, 1897 ff.; *Lehrbuch des schuldrechts*, I⁷, München 1964, 33 ff. Zeitlich danach findet sich die Behandlung des Themas bei LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutsch. Bürgerlichen Rechts*, siehe 6. Aufl., München 1983, 522 ff.

⁴ Urteil vom 14. Juli 1956, in *BGHZ*, 21, 319 ff. Siehe namentlich S. 334 ff.

2. – Da die Anerkennung eines faktischen Vertragsverhältnisses immer einen konsensualen Tatbestand als Vorbild erfordert und die römische *sponsio* am Anfang diese Rolle gespielt hat, so müssen wir an erster Stelle den konsensualen Charakter eines solchen Formalakts erklären.

II. – SPONSIO ALS KONSENSUALER TATBESTANT

3. – Die *sponsio* war ein Formalakt, und als solcher galt sie als Entstehungsgrund von Obligationen. Das bedeutet, daß das Schuldverhältnis durch die Form der *sponsio* erzeugt wurde.

Dies ist für die *stipulatio* der klassischen Jurisprudenz noch gültig, trotz der berühmten Äußerung des Pedius, wonach eine Stipulation ohne Willensübereinstimmung nichtig ist:

D. 2, 14, 1, 3 (Ulpianus, 4 *ed.*): ... ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem; sive re sive verbis <sive litteris> fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est⁵.

Dem Axiom des Pedius, das wieder als Lehrsatz die Gliederung der Verträge bei Gai. 3, 89 begründet, kann man nur eine begrenzte Tragweite zuschreiben, und zwar, daß der *stipulatio* (als *causa obligationis*) ein komplexer Tatbestand entspricht, der aus der Einigung im Willen sowie auch aus dem Formalakt besteht. Selbst Pedius unterstrich, daß *stipulatio verbis fit*⁶; danach sprach Gaius von der den Konsens zum Verbalvertrag formenden *verborum proprietas* (Gai. 3, 136) und – sogar archaischer – von einer *obligatio quae verbis fit* (a.a.O. sowie bei Gai. 3, 92).

Der Begriff einer *obligatio quae verbis fit* war wohl der alten Pontifikaljurisprudenz eigen, die die *sponsio* geschaffen hat⁷. Eine so streng formalistische Auffassung des Verbalgeschäfts, bei der die Schuld als unmittelbares Erzeugnis der bloßen Rede betrachtet wurde, ließ für keine Frage nach dem Willen Raum. Eine

⁵ In diesem Text soll *nullam obligationem* bedeuten: kein Verhalten (d.h. kein Akt), wodurch ein Rechtssubjekt sich freiwillig ein Schuldverhältnis zuzieht. Für die Ergänzung von *sive litteris* s. CANNATA, in *Sein und Werden im Recht. Festg. V. Lübtow*, Berlin 1970, 449. S. auch die Bemerkung zum Text bei KASER, *Divisio obligationum* (1953), nun in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz 1986, 158 A. 12. Für die Idee des *consensus* in der *stipulatio* vgl. Schon Varro, *l.L.* 6, 69.

⁶ Vgl. Noch (mehr als ein Jahrhundert später) Ulpian, in D. 45, 1, 1 pr.

⁷ S. nur WIEACKER, *Pontifex iurisconsultus. Zur Hinterlassenschaft der römischen Pontifikaljurisprudenz*, in *Hommage à R. Dekkers*, Bruxelles 1982, 218; 227.

Problematik wie die der *stipulatio ioci causa* (Paul. D. 44. 7, 3, 2; vgl. Varro, l. L. 6, 72) ist viel moderner und darf nicht in die Zeit bis zu den zwölf Tafeln zurückverlegt werden. Würde man fragen, was aus einer solchen Stipulation damals werden sollte, ist die einzige Antwort möglich, daß niemand zu dieser Zeit *ioci causa* stipuliert hätte.

Die archaische *sponsio* kann aber auch anders betrachtet werden, ohne der vorhergehenden Darlegung dadurch zu widersprechen. Das wird möglich, wenn wir die innere Struktur des Formalakts an und für sich betrachten.

Wir gehen von der Feststellung aus, daß der aktionale Formalismus der archaischen römischen Jurisprudenz nicht exoterisch⁸ war. Die Form eines Rechtsakts pontifikalere Herkunft stellt immer die fixierte Gestalt eines bestimmten Inhalts dar, denn sie ist als die einzige unmißverständliche Äußerungsweise eines solchen Inhalts aufgefaßt. Die *sponsio* ist die Gestalt der Willensübereinstimmung über ein einseitiges Leistensollen. Sie ist immer, jedenfalls seit alter Zeit, als die Form eines Konsenses betrachtet worden. Als Beweis dafür gilt die Regel, die ohne Zweifel den Durchgang von der *sponsio* zur *stipulatio* begleitet hat, daß der *promissor* in seiner Antwort das gleiche Verb anwenden soll, wie der fragende *stipulator*: denn diese Regel ist in der Tatsache begründet, daß eine Antwort mit einem anderen Verb in der lateinischen Sprache jener Zeit zweideutig gewesen wäre.

Wenn die *sponsio* auch ein Formalakt war, so war sie doch das förmliche Kleid eines konsensualen Sachverhaltes. In dieser Hinsicht gilt die *sponsio* als ein konsensualer Tatbestand.

III. – DIE LEX SILIA

4. – Um die Wende des 4. Jahrhunderts v. Ch. hat die säkulare Rechtswissenschaft in Rom ihre ersten Schritte getan.

Das größte Hindernis für eine authentisch schöpferische Tätigkeit der Laienjuristen bestand im Formalismus der damaligen (pontifikalere) Auffassung des Privatrechts, zugleich im notwendig gesetzlichen Grund jedes klagbaren Anspruchs. Die Neigung dieser Juristen zu den formfreien Geschäftstypen entspricht der Tatsache, daß sie keine genügende Autorität hatten, neue Formen zu schaffen⁹. Der Wunsch, über ein vom Gesetz unabhängiges Aktionensystem verfügen zu können,

⁸ Und, zumal was die Worte betrifft, gar nicht symbolisch. Bei den altzivilen Rechtsakten begegnet man manchen symbolischen Gesten, aber die Worte, die diese Gesten begleiten, bilden immer eine technische Erklärung – eine Enttäuschung – jener Tatsymbolik. Vgl., z.B., CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *studi Sanfilippo*, 4, Milano 1982, 152 ff.

⁹ CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*², Torino 1976, 29 ff.

liegt der Ausbildung des Formularverfahrens zu Grunde. In der Sicht von Juristen, die zu einer Epoche gehörten, wo Geld und Handel im Kern des Wirtschaftslebens lagen¹⁰, mußte in der Tat das Gesetz als ein schlechtes Entwicklungsmittel des Privatrechts erscheinen.

Die Emanzipation der Geldschulden und ihrer Klagbarkeit von der Notwendigkeit einer jeweils besonderen gesetzlichen Grundlage, was die Lösung des Darlehens von den Formen des Nexums mit sich brachte, fand dennoch durch ein Gesetz statt.

Es handelt sich um die *lex Silia*, die dem 3. Jahrhunderts v. Chr. zuzuschreiben ist¹¹. Die Idee, welche die Reform durch die *Lex Silia* inspirierte, besaß die Einfachheit der größten Schöpfungen.

Das Problem stellte sich etwa auf folgender Weise:

a. im geltenden Schuldrecht ist ein Anspruch nur mit dem Hinweis auf einen gesetzlichen Typus klagbar;

b. dieses Prinzip verwirklicht sich durch die Tatsache, daß alle persönlichen Klagen die Nennung des Entstehungsgrundes beim Ausspruch des Begehrens enthalten;

c. man will neue (klagbare) Obligationentypen in einem solchen Rechtssystem ohne gesetzliche Grundlage anerkennen.

Dem Gesetz wurde nur der erste Schritt der Lösung anvertraut. Es wurde eine neue *actio* für die Ansprüche auf eine bestimmte Geldsumme (*certa pecunia*) eingeführt. Diese *actio* war abstrakt: vom Kläger verlangte ihre Spruchformel die schlichte Behauptung des Schuldverhältnisses, ohne Anspielung auf den Verpflichtungsgrund. Mußte in der älteren *iudicis postulatio* der Kläger die Wörter «*ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio*» (Gai. 4, 17a) aussprechen, so hatte er in dieser neuen *legis actio per conductionem* nur «*aio te mihi sestertiorum X milia dare oportere*» zu sagen (Gai. 4, 17b).

Die beschriebene Möglichkeit, ohne Anführung der *causa* zu klagen, räumte zwar das größte Hindernis zur Lösung der betreffenden Frage weg, sie war aber an sich noch keine Lösung. Die *Lex Silia* war ein Prozeßgesetz. Sie erlaubte dem Gläubiger, seine Forderung vor Gericht zunächst abstrakt, ohne Angabe der *causa* vorzubringen. Insoweit hatte die *lex Silia* einen prozeßrechtlichen Zweck: Die ab-

¹⁰ Vgl. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I: *Le legis actiones*, Roma 1962, 347 (u. ebd. A. 223).

¹¹ Zur Datierung der *lex Silia* s. die Erörterung bei PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I (o. A. 10), 246 ff. Der Verfasser denkt heute an die zweiten Hälfte des 3. Jh. v. Chr. (ders., *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1986, 297). Die Beziehungen der *lex Silia* und der *lex Calpurnia* zur *lex Aebutia*, die wohl der ersten Hälfte des 2. Jh. v. Chr. angehört (Lit. bei KASER, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, 98; PUGLIESE, *Istituzioni*, 302 neigt aber zu einer Datierung um 130 v. Chr.; zu den erwähnten Beziehungen s. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II: *il processo formulare*, Torino 1982, 53 ff.), ergeben m.E. für die *lex Silia* eine Datierung in der ersten Hälfte des 3. Jh. v. Chr. Sie gehört also der gleichen Zeit an wie die *lex Aquilia*, welche vermutlich ein Plebiszit von 286 v. Chr. war.

strakte Geltendmachung reichte aus, um vom Prätor die Bestellung eines *iudex* und die Einsetzung eines Urteilsgerichts zu erreichen. Eine Verurteilung des Beklagten konnte allerdings nur dann erfolgen, wenn eine *causa*, ein Entstehungsgrund der geltend gemachten Forderung bewiesen wurde, und zwar ein rechtmäßiger Entstehungsgrund. Die Rechtmäßigkeit der *causa obligationis* hing aber immer von ihrer Gesetzmäßigkeit ab. Dies war zur damaligen Zeit ein allgemeines Prinzip für die strengrechtlichen Klagen, das jedenfalls für eine *legis actio* absolut gültig erschien. Bei der *condictio* konnte jedoch die Beziehung der *causa* zu einem gesetzlichen Tatbestand in dem Maße indirekt sein, wie der abstrakte Charakter der Streitformel die Erwägung einer *causa* erlaubte, die sich nicht als eine gesetzliche ausdrücken ließ, wenn nur eine korrekte Auslegung (*interpretatio*) gestattete, sie auf den Schutzbereich einer gesetzlichen Regel zurückzuführen. Auf eine solche Voraussetzung wurde der ganze Gedankengang der Juristen in der betreffenden Frage angebaut, etwa:

i. Sie haben die durch die *lex Silia* eingeführte Klage für eine abstrakte *iudicis postulatio* gehalten: die weite Zuständigkeit der *actio generalis in personam*, d.i. der *legis actio sacramento*, blieb bei der Erörterung der *condictio* immer außer Betracht. Materiellrechtlich gesehen, galt sie also als eine *actio ex sponsione* ohne Nennung des Verpflichtungsgrundes.

ii. Der Frage nach dem technischen Sinn einer Geldschuld aus *sponsio* gaben sie die folgende scharfsinnige Antwort:

– Hat der *promissor* P dem *stipulator* S eine Geldsumme versprochen, dann wird eine gleichwertige Geldsumme des Vermögens des P für S bestimmt.

– Infolgedessen gehört diese Geldsumme – die nur als Wert und nicht als Sache individualisiert ist – nicht mehr dem Vermögen des P, denn sie steckt in den Passiva seines Bilanz;

– sie gehört jedoch auch nicht dem S, weil das Vereprechen ihn kein Eigentum het erwerben lassen.

Schließlich: aufgrund einer Geldstipulation zwischen S und P ist P verpflichtet dem S das Geld zu geben (*dare oportet*), denn er hält bei sich eine Geldsumme, die als *aes alienum* (fremdes Geld) in bezug auf S gilt, während S dieses Geld nicht vindizieren darf.

Die geschilderte Erklärung ließ die Juristen eine allgemeine, bei der Erörterung über die Zuständigkeit der abstrakten *condictio* brauchbare Regel ableiten, und zwar die folgende: wenn ein Subjekt A bei sich ein «*aes alienum* in bezug auf B» zu halten scheint, dann ist eine *dare oportere*-Klage für die betreffende Geldsumme zugunsten des B und gegen A begründet¹².

¹² Nach dieser Regel wurde also die *res* (d.h.: die ungerechtfertigte Anwesenheit einer Sache bei einem Subjekt) als Entstehungsgrund einer Obligation angesehen. Es handelt sich um den *re obligari*-Begriff (CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, in *Sein*

Die Anwendbarkeit der *condictio* auf die Hauptfälle des Darlehens, des *indebitum solutum* und des Diebstahls war dadurch gesichert¹³.

IV. – DAS FAKTISCHE VERTRAGSVERHÄLTNISS ALS ALLGEMEINES MITTEL DER RECHTSFINDUNG IN DER KLASSISCHEN JURISPRUDENZ

5. – Bei der dargestellten Lösung ist der Begriff des faktischen Vertragsverhältnisses nicht nur klar ersichtlich, sondern auch besonders perfekt beschaffen. Einerseits werden die Wirkungen eines konsensualen Tatbestandes einigen anderen Sachlagen zugeschrieben, bei denen kein Konsens vorhanden ist; andererseits ist das das betreffende Zuschreiben rechtfertigende Kriterium – und zwar das des *aes alienum* – ganz präzise individualisiert.

Dieses Lösungsverfahren konnte auf andere Fälle angewandt werden und sich damit zu einem allgemeinen Schema der Rechtsfindung entwickeln. Ein solcher Erweiterungsprozeß verwirklicht sich dadurch, daß andere Konsensualtatbestände als Ausgangspunkte genommen werden, je mit Bestimmung des nach den Umständen entsprechenden Anknüpfungskriteriums.

6. – Eine Digestenstelle tritt für uns den festen Beweis an, daß die klassische Jurisprudenz in dieser Richtung bewußt gearbeitet hat. Es handelt sich um einen Text, den die mittelalterliche Exegete kaum verstanden¹⁴ und die moderne Interpolationenforschung ganz unbrauchbar gemacht hat¹⁵, der aber in der gemeinrechtlichen Literatur, z. B. bei Joh. Voet¹⁶ seine richtige Rolle spielt.

und Werden im Recht. Fgb. V. Lüblow, Berlin 1970, 444 f.; 451 f.; *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura*, 21 [1970], 56-59). Nach seinem Wesen erscheint er als ein subsidiärer Auslegungsbegriff, der nur da angewandt wird, wo man sich den *verbis obligari*-Begriff nicht zunutze machen kann. Was oben im Text geschrieben ist, bildet eine Ergänzung zu meinen Erläuterungen in *Iura*, 21 (1970), 55 f. Lit zu der *divisio obligationum*: die Aufsätze von MAYER-MALY, die in *Iura* 21 (1970), 53 A. 1 erwähnt sind und die ausführliche Schrift von KASER, *Divisio obligationum* (1983), nun in *Römische Rechtsquellen* usw. (s. oben A. 5), 153 ff. (wo meine eigenen Beiträge angeführt werden).

¹³ Die *condictio* der *lex Silia* fand nur *de certa pecunia* statt. Ihre Zuständigkeit wurde von der späteren *lex Calpurnia* auf alle Schulden von *certa res* ausgedehnt (Gai. 4, 19). Das hat einige dogmatische Schwierigkeiten im Fall des *furtum* mit sich gebracht (Gai. 4, 4). Vgl. CANNATA, *Iura*, 21 (1970), 59; *La-beo*, 20 (1974), 113 f.

¹⁴ S. nur die gl. *Vel mandati* (ebenfalls die kurze gl. *Obligatum*) ad h.l. (D. 13, 6, 13, 2).

¹⁵ S. nur RICCOBONO, *Scritti di diritto romano*, 2, Milano 1964, 449 f. (= *Appendice I* zu *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, AP 3/4 [1917]).

¹⁶ JOHANNIS VOET, *Commentarius ad Pandectas*, ad lib. V, tit. III, n. 1; ad lib. XLIV, tit. VII, n. 5 (in der editio secunda Veneta, 1775, 1. Bd., 229; 2. Bd., 489).

D. 13, 6, 13, 2 (Pomponius, 11 *ad Sab.*): Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo commodavero, videamus, an habeam commodati actionem. nam et Celsus filius aiebat, si iussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse: idem ergo et in commodato erit dicendum, nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri: plerumque enim accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur.

Das Problem, das Pomponius kasuistisch erörtert und durch den Hinweis auf Celsus erläutert, betrifft die Situation des *liber homo bona fide serviens*, d.h. eines Freien, der Sklave zu sein glaubt und gleichfalls von jemandem für einen Sklaven gehalten und als solcher besessen wird. Hat der Schein-*dominus* dem Schein-*servus* etwas zum Gebrauch überlassen oder ihm den Auftrag, etwas zu tun, gegeben, haben die Parteien kein *commodatum* bzw. kein *mandatum* abgeschlossen – auch keinen Innominatkontrakt, falls eine Sache (nicht eine Geldsumme) dem Schein-Sklaven als Belohnung für die Ausführung des Auftrags vom Schein-Herrn gegeben würde¹⁷. Die falsche Vorstellung von dem *status* des einen verhindert jede vertragliche Willensübereinstimmung der Parteien, da sie die Einigung über jeden Rechtserfolg im Sinne der Entstehung von Obligationen ausschließt: *non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri*.

Die Kontraktsklagen – *actio commodati*, *actio mandati*, *actio praescriptis verbis*, und zwar als direkte Klagen, nicht als *actiones ficticiae* oder *in factum* – werden jedoch für die erwähnten Fällen anerkannt: nach dem Rechtsdenken der Römer bedeutete das, genau die Entstehung von Vertragsverhältnisse aus jenen Fakten anzuerkennen. Das diese Entscheidung rechtfertigende Kriterium wird in unserem Text nicht angegeben: sein Verfasser Pomponius debattierte über den Fall der Leihe, dessen Lösung er einfach durch Hinweis auf die Erörterung des analogen Falls des Auftrags bei Celsus erreichte; die Begründung mußte sich also in den Büchern des letzteren befinden. Dies ist ein fast notwendiger Schluß, denn Celsus schlug eine neue Lösung vor, die gegen eine ältere Meinung Labeos abgefaßt wurde, und Labeo legt die betreffende *ratio decidendi* explizit dar¹⁸.

Wir können uns dieses verlorene Kriterium wohl vorstellen, aber das ist jetzt nicht so wichtig. Viel größere Bedeutung besitzt die allgemeine – negative: *nec*

¹⁷ Auf den Innominatkontrakt spielen die Wörter *vel praescriptis verbis* an, die (zusammen mit dem vorstehenden *vel*) als unecht betrachtet werden. Ich bin aber anderer Meinung. Ein exegetischer (Glosse) oder kompilatorischer (Interpolation) Zusatz, der immer eine doktrinär-abstrakte Haltung einnimmt, hätte sich den Fall einer Geldbelohnung (und also die *actio conducti*) nicht entgehen lassen, während Lohn *in natura* (Flasche Wein, neues Kleid usw.) dem Verhältnis zwischen Herrn und Sklaven sehr angemessen erscheint. Man soll nicht vergessen, daß die Erörterung in den Digesten des Celsus, die unserem Text zugrunde liegt, wahrscheinlich konkrete Fälle enthielt, die schon Pomponius in knappe Andeutungen verwandelt hat.

¹⁸ D. 3, 5, 18 (19), 2 (Paul. 2 *ad Ner.*): SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im röm. Recht*, Wien-Köln-Graz 1968, 94 ff.; HORAK, *Rationes decidendi*, Aalen 1969, 188 ff.

obstat, quod – Rechtfertigung des betreffenden kasuistischen Lösungsverfahrens, das Pomponius wahrscheinlich mit den Worten des Celsus vorstellt. In der Tat läßt dieser *nec obstato*-Satz uns die erste technische Beschreibung der Entstehung eines faktischen Vertragsverhältnisses im allgemeinen erkennen.

Laut der Äusserung des Juristen sind die erörterten Fälle, in denen die Eini-gung der Parteien keinen Rechtserfolg anstreben konnte (*non hac mente contrabe-remus quasi eum obligatum habituri*), nichts als eine besondere Erscheinung für eine allgemeinere Entstehungsart von Obligationen: «In der Tat kommt es nicht sel-ten vor, daß ein schweigendes Schuldverhältnis unabhängig von dem rechtsge-schäftlichen Tun der Parteien entsteht», *plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur*. Danach wird die *solutio indebiti* als allervorbild-lichster Fall erwähnt, aber sie wird dadurch auch deutlich als der Ausgangsfall der ganzen beschriebenen Rechtsvorstellung angesehen. Ein solcher Hinweis auf die Kasuistik der *condictio* durch Erwähnung des gegenwärtig wichtigsten Falls (das *mutuum* wurde zur Zeit als Vertrag betrachtet)¹⁹ spricht klar für das Wissen des Juristen um den Ursprung der ganzen betreffenden Konstruktion in der alten Aus-legung der *lex Silia*.

V. – DER ‘QUASI CONTRACTUS’

7. – Die Tatbestände, bei denen eine erlaubte nichtvertragliche Handlung Ob-ligationen erzeugt, wurden im justinianischen *Corpus Iuris* als Quasikontrakte in der *divisio obligationum* geordnet. Ein Text der *libri aureorum*, also der frühnach-klassischen Bearbeitung der Gaius-Institutionen, hat dazu Anlaß gegeben. In die-sem Text (D. 44, 7, 5 pr.-3) zählt der Verfasser vier Tatbestände auf, bei denen sachverfolgende (also nichtdeliktische) persönliche Klagen (*actiones reipersecuto-riæ in personam*) ohne vorherigen Vertrag entstehen, denn die Parteien *quasi ex contractu teneri videntur*. Die Verfasser der kaiserlichen *Institutiones* haben diesen Begriff der *obligationes quæ quasi ex contractu nascuntur* verwandt, um dadurch eine Gattung ihrer wichtigsten *divisio obligationum* zu bestimmen (Inst. 3, 13, 2). Da solche Einteilung der Schuldverhältnisse nach dem Wesen des Entstehungs-grunds gegliedert ist, hat die Wendung «*obligationes quæ quasi ex contractu nas-cuntur*» im Rahmen dieses neuen Kontexts ihre Bedeutung geändert: Statt «Schuldverhältnisse, die mit den Eigenschaften entstehen, die sie hätten, wenn sie aus einem Vertrag erzeugt würden», bedeutet sie nunmehr «Schuldverhältnisse, die aus etwas entstehen, das einem Vertrag ähnlich (vertragsähnlich) ist»²⁰.

¹⁹ S. oben, D. 2, 14, 1, 4; vgl. Gai. 3, 90; 91.

²⁰ S. nur KASER, *Divisio obligationum* (oben A. 5), 167 ff.

Dieses unbestimmtes Etwas, d.h. dieser nichtvertragliche Entstehungsgrund von Vertragsverhältnissen, besitzt im *Corpus Iuris* keine besondere Benennung, aber es wurde schon vom ersten Paraphrasten der *Institutiones* «*quasi contractus*» genannt, «*quasi contractus*» in der ganzen abendländischen Überlieferung²¹.

Der beschriebene Vorgang, den Entstehungsgrund aller faktischen Vertragsverhältnisse in einem einheitlichen, allgemeinen Begriff zu erfassen, hatte einen rein systematischen Zweck. Er bot keine Handhabe, neue praktische Probleme zu lösen, denn er vertritt nichts als ein Kriterium, schon bekannte Tatbestände in den richtigen Ort einer Gliederung zu stellen. Schließlich wurde eine Gattung dadurch geschaffen, um einige Arten von *causae obligationum* zu ordnen, die anders nicht klassifiziert werden konnten.

Es handelt sich um einen Eingriff, der die kennzeichnenden Züge der Arbeit der justinianischen Kompilatoren trägt. Dies geht nicht nur aus dem Umstand hervor, daß die systematisierende Anstrengung die dogmatische Genauigkeit mißachtet hat²². Wichtiger scheint die allgemeine Haltung, die die ganze beschriebene Systematisierung eingegeben hat: da die Lösung aller Rechtsfälle im *Corpus Iuris* gefunden werden soll, sind nunmehr nur Klassifizierungskriterien nützlich; für Erfindungskriterien, die im Hinblick auf die Lösung der von unvorhergesehenen Sachverhalten gestellten Fragen geschaffen worden sind, ist kein Raum übriggeblieben.

Infolgedessen sind nicht nur Tatbestände, durch die der Begriff des faktischen Vertragsverhältnisses erfunden wurde, in die Quasikontrakte eingeordnet worden; denn die neue Gattung paßte jedesmal, wo ohne Willensübereinstimmung vertragsähnliche Rechtsfolgen erzeugt wurden. Schon in den *libri aureorum* (D. 44, 7, 5) finden wir neben der *solutio indebiti* (eod. 5, 3) die Geschäftsführung ohne Auftrag (*negotia gesta*: eod. 5 pr.), die durch das *iudicium tutelae* sanktionierten Schuldverhältnisse zwischen Vormund und Mündel (eod. 5, 1), das *legatum per damnationem* (eod. 5, 2), denen die *communio incidens* – d.i. das faktische Gesellschaftsverhältnis – in den justinianischen Institutionen hinzugefügt wurde (Inst. 3, 37. 3-4). Es handelt sich um Rechtsfiguren, die autonom, d.h. unabhängig von vertraglichen Mustern, ausgedacht wurden, die entweder im Gesetz oder im prätorischen Edikt ausdrücklich und speziell erwähnt waren.

8. – Die mittelalterlichen und neuzeitlichen Ausleger des *Corpus Iuris* haben dieselbe Haltung bewahrt. Ihre Verarbeitung und Vertiefung des Begriffs *quasi*

²¹ CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni*, in TARELLO (editor), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, Bologna 1974, 77 f. A. 87.

²² Wie wir schon (oben bei A. 20) bemerkt haben, wird bei dem Begriff *quasi contractus* die Vertragsähnlichkeit der Rechtsfolge (*quasi ex contractu teneri*) in die Vertragsähnlichkeit des Entstehungsgrunds umgewandelt (*obligatio nascitur quasi ex contractu* also *ex quasi contractu*), aber diese neue Gattung obligierender Tatbestände (der Quasikontrakt) kann nur durch die Abwesenheit eines Vertrags beschrieben werden.

contractus hat jedoch schließlich diesem sein ursprüngliches Wesen als Erfindungsmittel für neue Lösungen wiedergegeben.

Natürlich konnten die Juristen des gemeinen Rechts dem Quasikontrakt keine feste Konturen zusprechen, weil dessen Begriff an sich nur negativ definiert ist²³: sie haben jedoch seinen Anwendungsbereich genau bestimmt. Die knappen aber saftigen Darlegungen, die sich im *Commentarius academicus Institutionum imperialium* von Vinnius²⁴ sowie im *Commentarius ad Pandectas* von Voet²⁵ finden, können als Zusammenfassung der Ergebnisse dieser ganzen wissenschaftlichen Ausarbeitung gelten.

Am Ende seiner kritischen Darstellung schlägt Vinnius den folgenden definierenden Satz vor:

Sic autem non male quasi contractum definiemus, factum omne non turpem, quo aut is, qui fecit, alteri, aut alter ei, aut uterque alteri, sine conventione obligatur.

Bei Voet²⁶ liest man zu Beginn ebenso:

Quasi contractus sunt praesumtae conventiones, ex quibus mediante facto valida nascitur obligatio.

Dadurch wollten beide Autoren vor allem hervorheben, daß beim Quasikontrakt gar keine Willensübereinstimmung vorhanden ist, die die Entstehung der Obligationen rechtfertigen könnte: entweder fehlt jede vertragliche Einigung oder ist sie nichtig. Es ist dann fehlerhaft zu behaupten, daß der Quasikontrakt eine stillschweigende Vereinbarung enthalte (Voet²⁷: *Errorum proinde est, tacitam quasi contractibus inesse conventionem*): da eine stillschweigende Einigung nichts anderes als eine wirkliche ist, beruht sie – ganz wie eine ausdrückliche – gerade auf einem Vertrag (Vinnius²⁸: *Utique enim tacita conventio non minus vera conventio est, atque ad actionem ex contractu producendam non minus efficax, quam verbis nuncupata*).

Praesumpta conventio (vermutete Einigung) bedeutet also nicht *tacita conventio* (stillschweigende Einigung), denn «präsumiert» ist, was nicht einfach «nicht ausgedrückt» ist, sondern von der Rechtsordnung gegen die Wirklichkeit für wirklich gehalten wird (Vinnius²⁹: *non quod simpliciter expressum non est, sed quod nec verum*

²³ S. oben, A. 22.

²⁴ *In tit. 28 libri 3* (in der Ausgabe Lugduni 1566, S. 841 f.).

²⁵ S. die oben A. 16 erwähnten Stellen.

²⁶ Zu Beginn des § 5 im *commentarius ad D. 44, 7*.

²⁷ Ebenda.

²⁸ S. oben A. 24.

²⁹ Ebenda.

est, sed fictum, et contra naturam gesti auctoritate iuris praesumptum). Daraus ergibt sich, daß die den Vertragsabschluß betreffenden Rechtssätze bei den Quasi-kontrakten keine Anwendung finden³⁰.

In den beiden zitierten Stellen seines *Commentarius* (wesentlich aber im Kommentar zu D. 3, 5) betont Voet, daß die ganze Gattung des *quasi contractus* durch die in Inst. 3, 27 genannten Arten nicht erschöpft werde: es handele sich um eine allgemeine Rechtskategorie; als solche werde sie in D. 13, 6, 13, 2 erwähnt; eine reiche Kasuistik entspreche ihr in den Digesten. Bei einem Lehrer des gemeinen Rechts, also einem das *Corpus Iuris* als positive Rechtsquelle betrachtenden Juristen, wirkt diese Haltung nicht anders als die der justinianischen Kompilatoren. Der Katalog der faktischen Vertragsverhältnisse scheint zwar nicht mehr an einen knappen *numerus clausus* begrenzt zu sein, aber ihre kasuistische Typologie soll immer in den Rechtsbüchern gesucht, d.h. nach gesetzlichen Vorschriften anerkannt werden.

Die dargestellte Analyse des Mechanismus des *quasi contractus* mußte eine neue, und zwar kreative Bedeutung in den das justinianische nicht als positives Recht anerkennenden Ländern gewinnen.

Wir werden diesen Satz kurz nach der englischen und französischen Erfahrung der Neuzeit hin prüfen.

VI. – ZWEIFELHAFTHEIT DES GEMEINRECHTLICHEN BEGRIFFS 'QUASI CONTRACTUS'

9. – Eine Vorbemerkung scheint jedoch nützlich.

Wenn man die verschiedenen Tatbestände betrachtet, die Voet³¹ – nach einer auf die Glossatoren zurückgehenden Überlieferung – in Beziehung zum Quasi-kontrakt erwähnt, so tritt klar hervor, daß die Tatbestände des faktischen Vertragsverhältnisses zusammen mit denen der ungerechtfertigten Bereicherung vermischt sind.

Unter dogmatischem Gesichtspunkt bildet das einen groben Fehler. Wegen des besonderen Characters (*iure naturae aequam est*: Pomp. D. 50, 17, 206) der Rückerstattungspflicht erscheinen die Wirkungen der ungerechtfertigten Bereicherung gar nicht vertragsähnlich: andererseits hängen sie von einem rein tatsächlich

³⁰ Zur Geschichte dieser Regel vor Vinnius (*l. c.*) s. nur Gai. 3, 91; Inst. 3, 14, 1; danach POTHIER, *Traité des obligations* (1761-1764), n° 115 (in der Ausg. Paris 1805, S. 81 des ersten Bands). S. auch CANNATA, *Le obbligazioni in generale* (oben, A. 1), 26; grundlegend LARENZ, *Lehrbuch*⁷ (oben A. 3), 35; auch ders., *Allgemeiner Teil*⁶, 524 ff.

³¹ Im *commentarius ad D. 5, 3, n. 1* (oben A. 16).

bestimmten Tatbestand ab, so daß sie keiner vermuteten Einigung bedürfen, damit sie gerechtfertigt sind³².

Weder die römischen Juristen der klassischen Zeit, noch die justinianischen Kompilatoren haben die verschiedenen Anwendungen der *condictio* als Bereicherungsklage für auf quasikontraktliche Ansprüchen gegründete Klagen angesehen: das aber mit einer Ausnahme, die das spätere Mißverständnis erklären kann. Die *solutio indebiti*, die wir als Vorbild des Entstehungsgrunds faktischer Vertragsverhältnisse von Celsus bis Justinian angetroffen haben, kann in der Tat auch als ein Bereicherungsfall angesehen werden. In den Digesten wird sie manchmal wirklich als solcher betrachtet³³, was ganz einwandfrei ist, denn sie erzeugt unter beiden Gesichtspunkten gleiche Rechtsfolgen.

VII. – DER “ QUASI-CONTRACT “ IM ENGLISCHEN COMMON LAW

10. – Eine gewisse Zweideutigkeit des Begriffs bildet also das Nebenerzeugnis der gemeinrechtlichen Ausarbeitung des *quasi contractus*.

Das englische Common Law, dessen Schuldrecht unter tiefem romanistischen Einfluß steht, hat sich die Kategorie des ‘quasi-contract’ mit dieser zweideutigen Beschaffenheit einverleibt. Noch heute werden die quasikontraktlichen Schuldverhältnisse von den englischen Juristen gleichermaßen entweder mit Bezug auf den ‘unjust enrichment’ oder auf einem ‘implied contract’ (bzw. einem ‘implied promise’) – also einer *praesumpta conventio* – gerechtfertigt³⁴.

Wenn man aber die *rationes decidendi* der englischen Richter eingehend prüft, wird man gewahr, daß die erwähnten Kriterien in zwei ganz verschiedenen Richtungen gebraucht werden.

Die wichtigsten Anwendungsfälle des ‘quasi-contract’ werden häufig in drei Gruppen geordnet, und zwar:

1. Money received by the defendant to the plaintiff’s use³⁵;
2. Money paid by the plaintiff to the defendant’s use³⁶;

³² Über die Geschichte des bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruchs s. nur den Artikel von B. KUPISCH, *Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno*, in *Digesto (quarta ediz.) delle discipline privatistiche. Sezione civile*, I, Torino 1987, 423 ff.

³³ Namentlich im Titel D. 12, 6.

³⁴ Zur Geschichte dieser Begriffe im englischen Common Law s. KUPISCH, a.a.O. (oben A. 32), 443 ff. (§ 16), mit Lit.

³⁵ «Action (on the case) for money had and received to the plaintiff’s use»: s. nur den ‘case’ *Moses v. Macferlan* (1760) 2 Butt. 1005.

³⁶ *Brooks Wharf, Ltd. v. Goodman Bros.* (1937) I K.B. 523; auch *Falcke v. Scottish Imperial Insu-*

3. Claims on a *quantum meruit*.

Die Fälle der ersten und zweiten Gruppe haben in den Anwendungen der *condictio* als Bereicherungsklage ihr Vorbild; deshalb werden sie eigentlich mit der Tatsache eines 'unjust enrichment' begründet.

11. – Die Ansprüche auf ein '*quantum meruit*' vertreten dagegen eigentliche faktische Vertragsverhältnisse, bei denen der 'implied contract' als Begründungsmittel gilt. Der betreffende Grundsatz kann überhaupt folgendermaßen formuliert werden: hat A dem B Güter oder Dienste ohne vorherigen Vertrag geleistet, und hat B diese Leistung angenommen, so ist B dem A eine vernünftige Entlohnung ('reasonable remuneration', i.e. *quantum meruit*) zu zahlen verpflichtet.

Wenn wir den vielleicht wichtigsten 'leading case' dieser Fallgruppe untersuchen, können wir genau feststellen, daß der Begriff des 'implied contract' der gemeinrechtlichen *praesumpta conventio* entspricht. Es handelt sich um einen Rechtsstreit, den 1936 die King's Bench Division des High Court of Justice unter ihrem Vorsitzenden Lord Justice Greer entschieden hat³⁷.

Mr. Craven-Ellis hatte einen bestimmten Zeitraum für die Gesellschaft Canons, Ltd. als Manager gearbeitet, und zwar zu Beginn aufgrund eines gültigen Vertrags, danach ohne Vertrag und endlich aufgrund eines nichtigen Vertrags. Die Nichtigkeit dieses letzten Vertrags hing von der Tatsache ab, daß Mr. Craven-Ellis ihn mit Sir Arthur du Cros geschlossen hatte, der der wirkliche Eigentümer der Firma war, der aber zur Zeit der Einigung keine Vertretungsmacht für die Gesellschaft hatte. Die *quantum meruit*-Klage des Mr. Craven-Ellis wurde gegen die Gesellschaft erhoben (damit eine persönliche Verantwortlichkeit des du Cros außer Betracht blieb) und hatte die Vergütung für die zwei nicht durch den gültigen Vertrag betroffenen Zeitabschnitte zum Gegenstand. In bezug auf die ganz ohne Vertrag geleisteten Dienste hatte die Beklagte gar keine Verteidigungsgründe zur Verfügung; für die Zeit des nichtigen Vertrags behauptete aber der Anwalt der Canons, Ltd., der Abschluß des nichtigen Vertrags habe die Vermutung eines davon verschiedenen Vertrags verhindert. Der Kern seiner Argumentation war etwa der folgende: Wir wissen, was die Parteien gewollt haben, weil sie den nichtigen Vertrag abgeschlossen – also gerade gewollt – haben; deshalb bleibt kein Raum mehr, irgendeine Vermutung aufzustellen. Es ist ein altes Argument, das benutzt wird: *in eo, quod facto finitum est, nullus est coniecturae locus* (vgl. Venuleius, D. 45, 1, 137, 2); dem setzt L.J. Greer das Argument des Vinnius entgegen: Die *praesumpta conventio* wird nicht von den Fakten abgeleitet, sondern aufgrund eines Rechtssatzes aufgefaßt: *contra naturam gesti auctoritate iuris praesumptum*. Mit seinen Wörtern: «This

rance Co. (1886) 34 Ch. D. 234, im bes. 248; *Bonner v. Tottenham and Edmonton Society* (1899) I Q.B. 161.

³⁷ *Craven-Ellis v. Canons, Ltd.* (1936) 2 K.B. 403.

(d.h.: was der Anwalt angeführt hatte) would certainly be strictly logical if the inference of a promise to pay on a *quantum meruit* basis were an inference of fact based on the acceptance of the services or of the goods delivered under what was supposed to be an existing contract; but in my judgment the inference is not one of fact, but is an inference which a rule of law (d.i.: eine Common Law-Regel) imposes on the parties where work has been done or goods have been delivered under what purports to be a binding contract, but is not so in fact».

VIII. – DER FRANZÖSISCHE “QUASI-CONTRAT”

12. – Es ist jedermann wohlbekannt, daß das Schuldrecht des französischen Code Civil fast nichts anderes als eine kodifizierte Fassung eines berühmten Handbuchs ist, und zwar des zuerst 1761-64 erschienenen *Traité des obligations* von Robert-Joseph Pothier.

Der Verfasser erorterte die ‘quasi-contrats’ ganz im Sinne der gemeinrechtlichen Lehre. Die Rechtsfigur ist überbaupt als «le fait d’une personne permis par la loi, qui l’oblige envers une autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu’il intervienne aucune convention entre elles» definiert. Nach drei den traditionellen justinianischen Reihen entnommenen Beispielen (Damnationslegat, *solutio indebiti*, *negotiorum gestio*) wird das offene Wesen der Gattung mit den folgenden Wörtern bestätigt: «Il y a quantité d’autres exemples de quasi-contrats, que nous passons sans silence»³⁸.

Als allgemeine Rechtfertigung des quasikontraktlichen Schuldverhältnisses führte Pothier «la loi seule ou l’équité naturelle»³⁹ an, d.h. «entweder eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, oder die natürliche Billigkeit». Mit dem letztgenannten Begriff spielte er auf ein vernunftrechtliches Prinzip an, dachte aber ohne Zweifel an das *Corpus Iuris*, das seit langem auch in den nordfranzösischen Pays de coutumes als *ratio scripta* angesehen worden war und von Jean Domat als die authentische Sammlung des Naturrechtes betrachtet wurde.

Es ist zu unterstreichen, daß Pothier nie bei den Quasikontrakten von der Bereicherung spricht: diese wird nur – und zwar vorübergehend – als eines von den Rechtfertigungskriterien der «obligations qui ont pour seule et unique cause immédiate la loi» angesehen, die sich ihrerseits von den quasi-kontraktlichen dadurch unterscheiden, daß keine menschliche Handlung als deren Entstehungsgrund gilt⁴⁰.

³⁸ POTHIER, *Traité des obligations*, n° 113.

³⁹ *Traité des obligations*, n° 114.

⁴⁰ *Traité der obligations*, n° 114-115. S. auch die von KUPISCH, a.a.O. (oben A. 32), 439 A. 48; 443 A. 64 erwähnten Stellen.

Die Ideologie der naturrechtlichen Kodifikation wies den Kompilatoren des Code Civil eine genaue Aufgabe an: sie sollten das positive Recht im Sinne des Naturrechts und an seiner Stelle bestimmen. Was die 'quasi-contrats' betrifft, so konnten sie zwar eine feste Reihe typisierter Tatbestände ausdrücklich bestimmen, aber sie sollten jedenfalls Kriterien – ein allgemeines oder viele verschiedene – für die Herausbildung weiterer Fälle anfeigen. Dagegen haben sie nur eine nichtssagende Definition im art. 1371 CC gegeben und die Beispiele Pothiers als gesetzliche Typen genannt (art. 1371 ff.: *negotiorum gestio*; art. 1376 ff.: *solutio indebiti*; für das Legat, s. art. 1014). Damit war die Absicht durchsichtig, dem Ausleger bzw. dem Richter die Verarbeitung einer Kasuistik der Quasikontrakte zu überlassen oder besser: anzuvertrauen.

Obwohl diese Lösung einem grundlegenden Prinzip der naturrechtlichen Kodifikationen, und zwar dem Prinzip der Beseitigung der *interpretatio (casus dubii)* durch die *lex (casus legis)* entgegenstand, so war sie ohne Zweifel die beste Lösung, die man sich anstelle einer gesetzlichen Erstarrung für ein so offenes Problem, wie es die faktischen Vertragsverhältnisse sind, vorstellen konnte.

Die Rechtsprechung hat zuerst, obgleich schuchtern, in diesem Sinne kasuistisch operiert⁴¹, aber die Lehre hat bald die Notwendigkeit dargelegt, ein festes Kriterium zu finden, damit die einem *casus legis* nicht gleichen Fälle überhaupt entschieden werden konnten.

Als entsprechendes Kriterium wurde die ungerechtfertigte Bereicherung anerkannt.

Hatte diese besonders von Touillier⁴² beeinflusste Meinung das neue französische Zivilrecht die Bereicherungsklage gewinnen lassen, so wurde damit die authentische Frage der faktischen Vertragsverhältnisse gleichfalls endgültig entfernt.

IX. – SCHLUSS

14. – Was unser Problem betrifft, bietet das deutsche BGB seinen Auslegern zwei Vorteile. Einerseits wird die ungerechtfertigte Bereicherung ausdrücklich und selbständig darin geregelt, andererseits wird der Quasikontrakt gar nicht beachtet. Das hat der Lehre und der Rechtsprechung erlaubt, die faktischen Vertragsver-

⁴¹ S. die in *Les Codes annotés de Sirey* (GILBERT-HÉLIE-CUZON), I: *Code civil*, Paris 1857, sub art. 1371 zitierten Entscheidungen; vgl. CANNATA, *La classificazione* (oben A. 21), 107 A. 157.

⁴² S. die Stelle TOULLIERS, die bei CANNATA, *La classificazione* (o. A. 21), 108 wiedergegeben ist. Sie stammt aus *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, VI, Bruxelles 1830, 11 (= III, 4, 20). An der Wurzel dieser Lehre steht jedoch die Haltung von K.S. Zachariä: s. nur KUPISCH, *Die Versionsklage*, Heidelberg 1965, 116 ff.; ders., *Arricchimento* (o. A. 32), 442.

hältnisse kasuistisch und obendrein unabhängig von der zweideutigen Figur des justinianisch-gemeinrechtlichen *quasi contractus* auszuarbeiten.

Als Ausgangspunkt der neuen Lehre gilt der 1937 in Leipzig als Antrittsvorlesung gehaltene, 1941 als Monographie erschienene Aufsatz Günter Haupts *Über faktische Vertragsverhältnisse*. Theo Mayer-Maly⁴³ hat einmal geistreich daran erinnert, daß der damals in Leipzig anwesende alte Lehmann später geschrieben hat: «Als ich die Antrittsvorlesung mitanhörte, war mein erster Eindruck: Haupt entdeckte die Quasikontrakte neu»⁴⁴.

Wir haben vielleicht feststellen können: dieser Eindruck war nur teilweise korrekt.

⁴³ *Divisio obligationum*, in *The Irish Jurist*, 2 (N.S.) (1967), 337 A. 6.

⁴⁴ *Jherings Jahrb.* 90 (1942), 133.

ONOFRIO TAGLIONI (1782-1823)*

Bei Onofrio Taglioni, geboren in Bagnacavallo am 21. Juli 1782, gestorben in Bologna am 6. November 1823, handelt es sich um die bedeutendste Persönlichkeit der sogenannten mailändischen ABGB-Jurisprudenz, d. h. der rechtswissenschaftlichen Strömung zur Zeit der Geltung des österreichischen ABGB (Codice Civile Generale Austriaco) in der Lombardei und in Venetien.

Taglioni war von Geburt kein Mailänder. Seine Geburtsstadt liegt nicht weit von Ravenna bei Lugo di Romagna und gehörte damals zum Kirchenstaat. Nachdem er auf den Schulen seiner Heimat die humanistischen und philosophischen Studien beendet und dazu unter persönlicher Aufsicht seines Vaters, des Advokaten *Battista Taglioni*, Rechtsunterricht erhalten hatte, besuchte er für drei Jahre die Universität zu Bologna, wo ihm 1807 die Doktorwürde verliehen wurde. Bald darauf begab er sich nach Mailand, aus welchen Gründen, ist nicht leicht festzustellen. Jedenfalls finden wir ihn sofort sehr tätig in der damaligen Hauptstadt des napoleonischen Regno d'Italia, das *Napoleon I.* als sein König mit Frankreich in Personalunion verband, wo daher der französische Code civil (in italienischer Übersetzung) als bürgerliches Gesetzbuch in Kraft stand. Während Taglioni die Advokatenpraxis in Mailand ausübte, schrieb er sein erstes Buch, das 1809 im Verlag Sonzogno erschien ("Codice civile Napoleone, col confronto ..."). Dieses Werk fand bei der Regierung eine günstige Aufnahme. Es wurde durch das Ministerium der Justiz approbiert und durch die Direktion des öffentlichen Unterrichts zum Hand- und Vortragsbuch an den Universitäten und Lyzeen des Königreichs bestimmt. Darüber hinaus verlieh der König dem Verfasser die Lehrkanzel der Institutionen am Lyzeum zu Sondrio. Taglioni zog aber die Anwaltschaft und Mailand – somit den praktischen Beruf und die wissenschaftliche Arbeit – vor; er nahm das Amt nicht an. Es ist schwer zu sagen, ob er schon 1815, als die Lombardei wieder an Österreich kam, das ABGB und den zwischen 1811 und 1813 erschienenen Kommentar *Franz von Zeillers* kannte. Wohl hat er bereits 1816 den "Epitome ragionato del Codice civile universale austriaco e del Comentario del Signor Zeiller" veröffentlicht; aber die ungewöhnliche Arbeitsfähigkeit Taglionis erlaubt uns dennoch nicht, die – übrigens wahrscheinliche – Vermutung einer vorherigen Kenntnis beider Werke sicher anzustellen. Jedenfalls war dieser "Epitome" nur ein vorläufiger Essay; denn im gleichen Jahre 1816 erschien das erste Buch seines "Commentario al Codice civile generale

* Pubblicato in WILHELM BRAUNEDER (Herausgeber), *Juristen in Österreich*, Wien 1987.

austriaco”, der den Höhepunkt des wissenschaftlichen Werkes Taglionis und darüber hinaus der ganzen mailändischen ABGB-Jurisprudenz bildet. Er ist eine reife Frucht, die Arbeit eines Lebens – eines kurzen und mühseligen Lebens. Das Werk ist obendrein unvollendet. Es wurde von *Giuseppe Carozzi* nach Taglionis Tod durch zwei 1825 bzw. 1828 erschienene Bände vervollständigt. Die acht Bände, die Taglioni niederschrieb, wurden in rascher Folge veröffentlicht: 1816 (1. Band), 1817 (2.), 1818 (3. und 4.), 1819 (5.), 1821 (6. und 7.), 1822 (8.). Während die Bände seines Kommentars der Reihe nach erschienen und sein Ruf als Rechtsgelehrter im Lande wuchs, wurde er von einem schweren Leiden heimgesucht. Seitdem entwickelte sich sein Leben allmählich zu einem Kampf zwischen Genie und Wahnsinn. Die Krankheit, die ihn befallen hatte, wurde zu jener Zeit als “tiefe Melancholie” bezeichnet; es handelte sich wahrscheinlich um einen schweren Nervenzusammenbruch infolge von Arbeitsüberlastung. 1817 verließ Taglioni plötzlich Mailand, um Genesung in seiner Heimat zu suchen. In Bologna angelangt, verfiel er indessen in Raserei. Nach einem Aufenthalt bei seinem Bruder *Girolamo Taglioni* in Bagnacavallo kam er 1819 in das Hospital zu Faenza. Die Behandlung schien einen so günstigen Krankheitsverlauf bewirkt zu haben, daß Taglioni, der immer die Fortsetzung seines Kommentars im Sinn hatte und dazu schriftliche Rechtsgutachten abgab, nach einer kurzen Fahrt nach Rom die Rückreise nach Mailand antreten wollte. Er mußte jedoch in Bologna, im Sommer 1822, die Reise unterbrechen und wurde im Spital Sant’Orsola untergebracht. Hier starb er nach siebzehn Monaten Aufenthalt im Alter von 41 Jahren.

Der Inhalt von Taglionis Erstlingswerk “Codice civile Napoleone ...” ist präzise durch den langen Titel (siehe Werkverzeichnis) umschrieben. Es handelt sich nicht um einen wirklichen Kommentar zum Code civil, sondern um ein Buch, in dem ein gemeinrechtlicher Jurist seine traditionelle Wissenschaft für den Gebrauch eines Landes, das unter dem Code civil leben mußte, darstellt. Demgemäß wird das Römische Recht darin als ein unabhängig vom Code ewig geltende Recht betrachtet, dessen Anwendung durch die positive Kraft des Code civil nur äußerlich betroffen werde.

Im “Commentario” zum ABGB von 1816 bis 1822 tritt eine ganz andere Haltung des Verfassers gegenüber diesem Gesetzbuch hervor. Es wird von ihm als eine Kodifizierung des aktuellen Römischen Rechts interpretiert: Das Römische Recht bilde den Grundstoff des österreichischen Zivilgesetzbuches; darin habe es eine zweckmäßige Gestalt angenommen, damit es als Mittel der heutigen Gerechtigkeit dienen könne. Die Darstellung ist aus der Sicht der lombardischen Rechtspraxis vorgenommen, aber der Verfasser geht durchaus nicht auf Tagesfragen ein. Seine Diskussion steht auf höchstem Niveau. Als Grundlage der Auslegung und der juristischen Phantasie wird das Römische Recht benützt; als Diskussionspartner fungiert *Franz von Zeiller* (d. h. dessen Kommentar über das ABGB); Ziel der Erörterung bzw. Maßstab der ganzen Untersuchung ist die praktische Gerechtigkeit. Im Vorwort zum ersten Band des “Commentario” schrieb Taglioni, römische Weisheit (*sagezza*) sei im ABGB mit germanischer Treue (*la lealtà dei Germani*) wunderbar vereinigt (*mirabilmente accumulata*). Diese Überzeugung des Verfas-

sers, die aus seiner ganzen Arbeit spricht, ist deshalb besonders bemerkenswert, weil sie nicht mit den damals geläufigen Urteilen über das ABGB übereinstimmt. Im üblichen Verständnis war das ABGB vor allem ein naturrechtliches Gesetzbuch. Von den naturrechtlichen Eigenschaften des ABGB berücksichtigt Taglioni aber nur die systematischen. Dagegen scheint die allgemeine Idee eines bestehenden Naturrechtes, das positives Recht kraft Gesetz wird, bei Taglioni durch eine andere Denkform überlagert zu sein. Für ihn gehören Wesen und allgemeiner Aufbau des Privatrechts derjenigen juristischen Überlieferung an, die der "römischen Weisheit" entspricht; ein Gesetzbuch solle diese Weisheit durch die lebendige Gesinnung der Gerechtigkeit aktuell brauchbar machen. Das ABGB sei ein Meisterwerk und Zeiller ein großer Gesetzesverfasser, weil er durch die Ausarbeitung des ABGB eine solche Idee verwirklicht habe. Danach wird ein Zivilgesetzbuch nicht als eine gesetzliche Einordnung natürlicher subjektiver Berechtigungen angesehen, sondern als die Darstellung des gegenwärtigen Standes im Rahmen einer Tradition von rechtswissenschaftlichen Begriffen. Es ist schwer zu sagen, ob Taglioni die frühen Schriften *Friedrich Karl von Savignys* gekannt hat. Eines steht jedoch fest: daß der mailändische und der große Frankfurter Rechtsgelehrte die Luft ein und derselben Atmosphäre atmeten. Diese geistige Haltung Taglionis sowie einige gegen Zeiller polemisierende Stellungnahmen im "Commentario" könnten als Erklärung dafür dienen, daß die österreichischen Juristen Taglionis Werk anfangs abgelehnt haben. Die erste und zwar entschiedene Rehabilitierung – 1877 – verdanken wir *Leopold Pfaff* und *Franz Hofmann*.

ANHANG

Taglioni Onofrio

HAUPTDATEN: Geboren am 21.7.1782 in Bagnacavallo in Italien, gestorben am 6.11.1823 in Bologna; Studium der Rechte, 1807 Dr. iur.; Advocat in Mailand.

HAUPTWERKE: Codice civile Napoleone, col confronto delle leggi romane, ove si espongono i principi delle stesse leggi, si trattano le questioni più importanti sulla interpretazione delle medesime, e si accennano le comuni teoriche dei giureconsulti ricevute nel foro, Milano 1809, 2 *Aufl.* 1838; Epitome ragionato del Codice civile universale austriaco e del Commentario del Sig. Zeiller, Milano 1816; Commentario al codice civile

universale austriaco I - VIII, Milano 1816-1822 (unvollendet).

Einige Prozeßakten Taglionis wurden in Mailand bzw. Pavia (immer ohne Datum) veröffentlicht, z. B.: Allegazione civile avanti la Corte di Appello residente in Milano per Giovanni Pugni reo convenuto appellante, contro Giuseppe Antonio Conti attore. Di retratto convenzionale, Milano o J.

HAUPTLITERATUR: *C.v. Wurzbach* (Hrsg.), Biographiques Lexikon des Kaiserthums Oesterreich XLIII, Wien 1881, S. 26 f.;

D. Vaccolini, Necrologia, in: *Giornale arca-*

dico di scienze, lettere ed arti 20, 1823, S. 429 f.; *ders.*, in: *E. de Tipaldo*, Biografia degli Italiani illustri nelle scienze, lettere ed arti del secolo XVIII e de' contemporanei I, Venezia 1834, S. 105 f.;
L. Pfaff – F. Hofmann, Commentar zum

österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche I/1, Wien 1877, S. 65 f.; *C.A. Cannata*, Das ABGB und die juristische Kultur in der Lombardei, in: Forschungsband Franz von Zeiller, Wien – Gratz – Köln 1980, S. 43 ff.

LE DROIT ECRIT A NEUCHATEL, PAYS DE COUTUMES *

1. – La coexistence du droit romain et des différents droits coutumiers représente le trait dominant de l'univers juridique européen, dès le XIIe siècle et jusqu'aux codifications modernes, qui – comme on le sait – furent réalisées au cours du XIXe siècle.

Je ne parle ici – bien entendu – que du droit privé. En outre, ce que j'appelle “univers européen” doit être défini de manière plus précise. Dans le contexte de ce bref exposé, il suffit d'indiquer que les confins orientaux de cet univers coïncident avec ceux du “heiliges römisches Reich deutscher Nation”, et que l'Angleterre doit être, si non exclue de cet ensemble, du moins considérée comme un cas à part. Les problèmes s'y posent en effet de façon différente, bien que les éléments en jeu soient les mêmes que chez nous.

Ces éléments sont au nombre de trois car, à côté du droit romain et des coutumes, il faut tenir compte de la législation, c'est-à-dire des actes normatifs écrits des souverains (soit que la forme écrite constitue une exigence juridique formelle, soit qu'elle se réduise à une pratique constante). Mais nous pouvons laisser pour l'instant cette législation de côté. En effet, non seulement son incidence est limitée par sa faible importance en tout cas en matière de droit privé, mais encore – comme nous le verrons – cette législation s'insère dans les problèmes posés par les deux autres éléments, sans cependant en troubler les contours.

Nous devons en revanche caractériser plus précisément les deux entités principales ou, comme le dirait un linguiste contemporain, les deux formants de la réalité juridique de cette époque, qui s'étend du XIIe au XVIIIe siècle, et que les historiens du droit qualifient souvent d'intermédiaire. En effet, les expressions de “droit romain” et de “coutume” s'avèrent par elles-mêmes trop approximatives, voire même équivoques.

Examinons d'abord les coutumes.

L'entité culturelle que nous désignons par la dénomination d'Europe s'identifie – grosso modo – avec l'ensemble des territoires qui se trouvent réunis au IXe siècle dans l'Empire carolingien. Si nous considérons ce même ensemble quelques siècles plus tôt, aux alentours de l'an 500 environ, il se présente comme étant constitué par une série de royaumes germaniques. En deçà de la ligne formée par les cours du Rhin et du Danube, ces royaumes sont installés dans le territoire de l'ancien

* Estratto da Cahiers de l'ISSP, n. 9, mars 1987, *Actes du colloque – Pays de Neuchâtel, son identité, son environnement*, Neuchâtel, 31 mai 1985.

Empire romain d'Occident qui, après l'an 476, n'est en fait plus considéré comme une institution juridique en vigueur. Dans ces royaumes, substitués du pouvoir de Rome, des populations ou des peuplades germaniques coexistent avec les indigènes romains ou romanisés.

La présence du droit coutumier était surtout très forte à cette époque, car les peuples germaniques étaient tous dotés d'un droit exclusivement coutumier. Il ne faut pourtant pas considérer ces coutumes comme le noyau de celles qui constitueront une bonne partie du droit en vigueur en Europe à partir du XII^e siècle. Les anciennes coutumes représentaient le droit personnel des différents peuples germaniques. Pour des raisons diverses, elles s'épuisèrent graduellement pour ne laisser que quelques traces dans de nouvelles coutumes territoriales, qui se formèrent dans le cadre du système féodal naissant et solidairement avec celui-ci. Au début, celles-ci furent profondément influencées par les débris du droit romain vulgarisé, qui subsistait surtout dans la pratique des actes juridiques privés les plus importants. Les actes de disposition relatifs aux immeubles, les donations, les testaments étaient rédigés selon des formulaires d'origine romaine, aux soins d'ecclésiastiques habitués à la pratique romanisante du droit canon. Mais les coutumes du Moyen-Âge virent leur développement surtout marqué par les conditions économiques et sociales du monde féodal, d'où elles tiraient leurs qualités aussi bien que leurs limites.

La société féodale était très fragmentée. Elle représentait la forme institutionnelle de l'autarcie politique et de l'isolement économique. Ses coutumes étaient donc l'expression d'un particularisme juridique accentué. Chaque droit coutumier se formait en adéquation aux besoins et aux attitudes de la communauté qui l'exprimait, et dont les membres pouvaient sentir celui-ci comme un élément de leur propre identité. En revanche, lorsque l'économie européenne reprit son caractère d'économie d'échange – c'est-à-dire à partir du XI^e siècle –, le droit coutumier se révéla insuffisant, surtout en l'absence d'un vrai droit des obligations. En outre, il contrastait avec l'exigence d'unité juridique qui se faisait sentir au moment de la formation des grands Etats centralisés, telle la France au XV^e siècle. En tout cas, il manquait d'élaboration scientifique et, par sa nature, ne s'y prêtait pas. Un caractère d'incertitude est d'ailleurs propre à la coutume: elle dépend de l'usage, qui présente une consistance bien plus éphémère que celle d'un texte écrit. En principe, la vigueur et le contenu exact d'une règle coutumière devraient faire l'objet d'une preuve dans tout jugement où elle est invoquée. Il est bien vrai que l'on peut rédiger les coutumes; mais – à moins que cette opération n'élimine le droit coutumier en lui substituant un droit écrit, c'est-à-dire une loi de même contenu – cela ne résout pas le problème.

A ce propos, l'histoire présente trois types d'attitudes. Certains pays se montrèrent simplement réfractaires à la rédaction des coutumes. C'est le cas de Neuchâtel par exemple. Aucune rédaction officielle n'y fut réalisée et aucune valeur juridique définie ne fut accordée aux rares rédactions privées. D'autres pays, sans pourvoir à aucune rédaction officielle, reconnurent néanmoins certaines rédactions privées en

leur attribuant la valeur juridique de source de connaissance des règles coutumières. On peut citer l'exemple du *Sachsenspiegel*, composé entre 1215 et 1235 par Eike von Repgow. L'autorité de ces livres restait pourtant toujours relative et les années tendaient en tout cas à l'affaiblir. Au XVIII^e siècle, à propos du *Sachsenspiegel*, Heineccius¹ énonçait la règle selon laquelle “*ne in Saxonia quidem allegatio iuris Saxonici alicuius momenti fit, nisi vel usus probetur, vel de eo aliunde iam satis constet*”. L'exemple le plus important de la troisième attitude est offert par la France, où les coutumes furent l'objet d'une rédaction officielle décrétée par Charles VII avec l'ordonnance de Montil-les-Tours de 1454, et réalisée entre 1497 et la fin du XVI^e siècle. Une telle rédaction était censée fournir la preuve de l'existence et du contenu de la règle coutumière, bien qu'elle n'excluât ni sa modification ni sa désuétude après la rédaction elle-même. Il est par ailleurs évident qu'un droit coutumier rédigé tendra à modifier en pratique sa propre nature, car ses interprètes se révéleront tôt ou tard enclins à transférer la force normative de l'usage concret à la teneur du texte écrit.

En revanche, le droit romain constitua au Moyen-Age un droit essentiellement écrit, de manière qu'on put le dénommer “droit écrit” tout court. En effet, il s'identifiait avec le *Corpus Iuris Civilis* (la dénomination est médiévale), à savoir avec les livres composant la compilation réalisée au VI^e siècle par ordre de l'empereur Justinien 1^{er} (*Institutiones, Digesta Codex*) et assortie de ses *leges novellae* dans la collection latine dite *Authenticum*. La redécouverte de ces livres en Europe est due à l'activité du maître bolonais Irnerius et de ses disciples. Sur l'étude de ces livres, et notamment sur celui du Digeste – recueil de textes provenant des juristes romains de l'époque classique – ils fondèrent la faculté de droit, premier modèle de l'université laïque et citadine moderne, destinée à une diffusion rapide dans l'Europe toute entière. Irnerius entreprit ses cours sur le Digeste à la fin du XI^e siècle, en 1158 l'empereur Frédéric Barberousse octroyait des privilèges à l'*Universitas Scholarium* de Bologne par son *authentica “habita”*; au cours du XIII^e et XIV^e siècle, tandis que Bologne se peuplait d'étudiants étrangers, son modèle proliféra d'abord en Italie et en France, puis à Prague (1347), à Vienne (1365) et à Heidelberg (1386).

L'université formait des juristes. Le terme de *iurista* créé alors, demeura toujours réservé à ceux qui s'étaient formés dans une université, c'est-à-dire non par la simple fréquentation de la pratique judiciaire, mais par l'étude scientifique des textes du “*ius*”, livres où l'on pouvait connaître les structures techniques du droit et apprendre la méthode que les anciens juristes avaient définitivement établie.

Mais les maîtres de Bologne surent aussi donner à l'objet de leur enseignement des contours précis allant dans le sens d'une théorie générale du droit positif. Le point de départ de leur construction résidait dans la thèse que les textes sanctionnés par l'empereur Justinien comme constituant le droit de l'Empire n'avaient ja-

¹ HEINNECCIUS, *Historia iuris civilis Romani ac Germanici* (1733), 118.

mais été abrogés, et que par conséquent ils étaient encore en vigueur dans l'Empire actuel, à savoir le Saint Empire. Au cours du XIII^e et XIV^e siècle, l'élaboration de cette idée aboutit à une doctrine organique des sources du droit assurant l'unité juridique de l'Empire tout en respectant les instances du particularisme coutumier.

Le droit romain (à côté du droit canon qui jouait un rôle parallèle dans les matières de son ressort) constituait le "*ius commune*", le droit commun: comme tel il possédait une force générale, il était le siège des structures de base de toutes les institutions juridiques et des principes généraux du droit. Mais le *ius commune* lui-même contenait un principe reconnaissant la valeur de la coutume (voir en part. D. 1, 3, 32; C. 7, 8). Celle-ci constituait donc un droit spécial propre à une série de personnes, à une communauté ou à un territoire. Il s'agissait d'un "*ius proprium*". Là où un *ius proprium* était en vigueur, ses règles l'emportaient sur celles du droit commun. Si le *ius proprium* dérogeait au droit commun, il ne l'abrogeait pourtant pas. Par conséquent, si le régime coutumier se révélait insuffisant, c'était au droit commun d'intervenir *in subsidium*. Il est important de souligner que, si chaque *ius proprium* était un droit spécial, il restait néanmoins un système normatif à l'intérieur duquel l'application analogique des normes et la définition de principes (*rationes*) étaient tout à fait correctes. Comme le disait Baldus de Ubaldis (1320/27-1400): "*Consuetudo rationabilis extenditur de casu expresso ad casum tacitum, in quo eadem ratio reperitur*". Ou, comme on peut lire chez Bartholomeus de Saliceto (+1411): "*Consuetudo loci probata debet servari, et non contra eam fieri, et ratio consuetudinis debet attendi*".

On peut aisément concevoir qu'un tel système juridique représentait la solution aux problèmes que le droit coutumier laissait ouverts. D'autant plus que le droit romain ne prétendait pas éliminer les coutumes: plutôt en enrichissait-il la pratique en fournissant une science pour mieux les gérer. Il n'est donc pas besoin de chercher les raisons de son succès qui fut complet surtout en Allemagne, au point que la "Rezeption" du droit romain y eut comme conséquence la désuétude presque générale des coutumes. Ce ne fut pas, en réalité, l'effet de la réception comme telle, mais plutôt la conséquence d'une norme procédurale énoncée dans le règlement du *Reichskammergericht*, le tribunal suprême de l'Empire constitué par la diète de Worms en 1495. Le § 3 de l'ordonnance concernant la composition et l'activité de ce tribunal décrétait que ses assesseurs devaient juger "*nach des Reichs gemeinen Rechten, auch nach redlichen erbern (= ehrbaren) und leidlichen (= ländlichen) Ordnungen, Statuten und Gevohnheiten der Fürstentum, Herrschaften und Gerichte, die für sie pracht werden (= die vor sie gebracht werden)*". "Les *iura propria*" ne pouvaient donc être pris en considération que si une partie les invoquait de manière expresse.

2. – Le succès du droit romain ne fut pourtant pas absolu. Il faut donc expliquer les raisons de l'opposition à son emploi, là où elle se manifesta. Ces raisons furent

essentiellement au nombre de deux, et celles-ci jouèrent leur rôle à Neuchâtel. La première était d'ordre politique au sens strict. Si la force positive du droit romain se justifiait (comme elle le fut au début) par l'idée de la continuité de l'Empire – de Rome au Saint Empire romain germanique –, un souverain reconnaissant la force du droit romain dans ses Etats aurait risqué d'être par-là même considéré comme un sujet reconnaissant la souveraineté de l'Empereur germanique. A la fin du XVe siècle, lorsque les Suisses voulurent se séparer clairement du "*Heiliges römisches Reich*", cette argumentation ne pouvait que trouver chez nous un écho retentissant. Je cite un exemple neuchâtelois qui, encore qu'un peu tardif, est néanmoins très éloquent. Nous sommes en 1663, à la mort d'Henri II d'Orléans prince et comte souverain de Neuchâtel, et il s'agit de déterminer l'ordre de succession de ses deux fils, les comtes de Dunois et de Saint-Pol. Dans un mémoire écrit à ce propos, le chancelier de Montmollin affirmait à titre de prémisse "que le comté de Neuchâtel, jadis fief d'empire et fief de Châlons, était entièrement quitte et de l'une et de l'autre vassalité, et formait un état souverain; que l'on n'y suivait ni le droit écrit ni celui des fiefs de l'empire, ni l'ancien usage des terres d'empire, ni les coutumes de Suisse, mais une coutume particulière, pratiquée depuis un temps immémorial, très propre à terminer promptement les procès, et qu'il faudrait seulement rédiger par écrit, comme on en avait eu le dessein depuis cent trente ans"².

Il faut cependant dire que l'argument politique que je viens d'illustrer, s'il était efficace à l'encontre de la reconnaissance du droit romain comme droit positif de l'Etat, à savoir comme droit écrit dont le texte émanait de l'Etat lui-même, n'était pas concluant dans le sens de l'exclusion du droit romain de la pratique judiciaire. S'il n'était pas un droit statué par l'Etat, il pouvait néanmoins y être admis comme un droit en vigueur. L'exemple très connu de la France en témoigne.

Du point de vue du système normatif appliqué en droit privé, la France se partageait en deux zones. Au sud, il y avait les pays de droit écrit, où le droit romain était appliqué comme droit commun (les coutumes étant d'ailleurs assez peu nombreuses), et au nord, les pays de coutumes. Or, l'application du droit romain dans le midi était justifiée par l'idée que "la coutume de ces lieux était d'utiliser le droit écrit": "*consuetudo illius loci, qui regitur iure scripto*", selon une locution utilisée par le Parlement de Paris au XIVe siècle. Mais le droit romain était utilisé aussi au nord pour combler les lacunes de la coutume, ce qui lui conférait un rôle de grande envergure: que l'on pense seulement au fait que les coutumes rédigées au XVIe siècle ne contenaient presque aucune règle en matière d'obligations. La justification de cette pratique était tirée du caractère raisonnable, voire rationnel du droit romain. On recourait donc à celui-ci non comme au "droit écrit", mais comme à la "raison écrite" (*ratio scripta*). La souveraineté du roi de France restait ainsi intacte,

² F. DE CHAMBRIER, *Histoire de Neuchâtel et Valangin* (1840; reprint 1984), 448. Un recueil de coutumes avait été dressé à Neuchâtel une cinquantaine d'années auparavant par le secrétaire d'Etat Jean Hory; mais ce coutumier, bien qu'approuvé en 1618 par les audiences générales, ne fut jamais accepté par les cours de justice. Cf. CHAMBRIER, 404; 426 s.

car le droit romain s'appliquait "*non ratione imperii, sed imperio rationis*"³: non en raison de l'Empire, mais sous l'empire de la raison.

Il faut donc trouver une autre raison au refus de l'utilisation du droit romain, refus qui apparaissait très accentué à Neuchâtel comme dans une grande partie de la Suisse. Il s'agissait d'une attitude atteignant parfois l'hystérie. L'exemple suivant n'appartient pas à l'histoire de Neuchâtel, parce que le fait se passa devant les tribunaux de Thurgovie au XVI^e siècle: mais il est rapporté par G.A. MATILE dans une brochure publiée en 1838 avec le titre: *De l'autorité du droit romain, de la coutume de Bourgogne et de la Caroline dans la Principauté de Neuchâtel*⁴, et l'auteur considère l'épisode sous un angle qui permet d'y voir aussi l'expression d'une attitude de chez nous. «Un docteur⁵ de Constance, appelé à Frauenfeld pour y plaider la cause d'un client, eut le malheur de citer dans son plaidoyer les glossateurs⁶ Barthole et Balde. A peine avait-il prononcé ces mots, que le procureur fiscal lui montrant du doigt la porte, lui dit: "Écoutez, docteur, pour nous autres confédérés, peu nous importent Bartelle et Baldelle et autres jurisconsultes, car nous avons nos propres usages et notre propre droit"; et cette interpellation fut terminée par les mots répétés de "à la porte, à la porte, M. le docteur". Le docteur dut en effet lever le pied, et la narration ajoute que le tribunal s'étant consulté, fit entrer le docteur et prononça non seulement contre lui, mais aussi contre Barthole et Balde, un arrêt d'improbation»⁷.

Un tel comportement semble révéler une sorte de phobie. Il trouvait en effet son origine dans l'appréhension d'être submergé par la dimension scientifique du droit écrit. Le droit romain ne pouvait être géré que par des professionnels cultivés, voire possédant les grades universitaires. Pour être juriste, il ne suffisait même pas de se débrouiller avec le Corpus Iuris – ce qui aurait en tout cas été inaccessible à un profane –, car il fallait aussi maîtriser "Bartelle et Baldelle", c'est-à-dire non seulement les oeuvres de Bartole et de Balde eux-mêmes (et il s'agit-là déjà de nombreux volumes), mais encore toute la littérature classique, à partir de la "*glossa ordinaria*" et des écrits de Rogerius, Placentinus et Azo jusqu'aux livres de Cynus de Pistorio, Jacobus de Ravanis, Petrus de Bellapertica, Paulus de Castro, Jason de Mayno, sans parler de la doctrine plus récente, qui ne cessait de paraître. Le droit écrit n'était nulle part un droit étranger bien qu'il provienne de l'étranger: en effet, il n'existe aucun phénomène culturel plus authentiquement européen que le droit commun. Celui-ci apparaissait étranger parce que sa dimension technique ne le rendait pas populaire. Il était l'affaire de gens de justice spécialisés. L'homme du

³ Cf. BALDUS DE UBALDIS, *In cod. 7.45 de sentent. et iterloc.*, l. nemo.

⁴ Cet ouvrage sera cité dorénavant: MATILE, *Autorité*.

⁵ Et donc un "iurista".

⁶ Il s'agit en réalité de deux *commentatores* des plus illustres: Bartolus de Saxoferrato (1313-1357) et Baldus de Ubaldis (1320 ou 1327-1400).

⁷ MATILE, *Autorité*, 28.

commun, même s'il n'était pas illettré, ne pouvait le comprendre que dans ses grandes lignes. Face à n'importe quel problème le recours au juriste s'imposait. Un simple "parlier" n'était plus à même d'assister la partie en justice, un simple échevin ne pouvait être juge et c'est un notaire qui devait dresser personnellement les actes les plus importants. Pour des personnes habituées au droit coutumier, ceci équivalait à abdiquer le rôle de protagoniste dans leur propre vie juridique en faveur d'une élite de monopoleurs de la justice qui, usant de leur position, se faisaient payer très cher le prix de leur éducation coûteuse. En outre, la vie juridique en était rendue compliquée et les procédures devenaient longues.

L'aversion neuchâteloise pour la simple rédaction des coutumes avait certainement la même racine. L'expérience française enseignait que les coutumes rédigées avaient tendance à se faire gérer avec les mêmes techniques que le droit écrit. Les recueils devenaient l'objet de commentaires doctes, de comparaisons et de synthèses tendant à créer un droit commun coutumier. Cela aboutissait souvent à l'adoption de coutumes étrangères, en tant qu'expression de ce "droit commun coutumier", ainsi qu'il arriva aux Français avec la coutume de Paris.

En dépit des trois cents étudiants suisses attestés à Bologne entre 1265 et 1330⁸, le manque de formation juridique resta longtemps assez répandu dans notre pays. Enée Sylvius Piccolomini, fondateur de l'Université de Bâle et futur pape sous le nom de Pie II (1458-1464), disait encore vers la moitié du XVe siècle que les Bâlois "*vivunt sine certa lege, consuetudine magis quam scripto iure utentes, sine iurisperito, sine notitia Romanarum legum*"⁹. Dans cette phrase on perçoit l'accent un tant soit peu rhétorique de l'humaniste: en effet, elle se rapproche de la description que fit en 431 l'empereur Valentinien III de la situation provoquée en Italia par l'invasion des Wisigoths¹⁰.

En tout cas, l'attitude des Suisses à l'égard des juristes était généralement critique, notamment à Neuchâtel. Il est bien vrai qu'une fois l'Université de Bâle fondée, des étudiants neuchâtelois commencèrent à la fréquenter et à y obtenir leurs grades, comme ils le firent ailleurs dès la fin du XVIIIe siècle et surtout à Heidelberg, Göttingue, Berlin et Paris¹¹. Mais nous constatons aussi, en revanche, que la présence des avocats à la barre des tribunaux neuchâtelois fut toujours, jusqu'aux premières décennies du XIXe siècle, très mal vue, voire juridiquement entravée, notamment en matière civile¹². De même, l'exercice des fonctions de juge fut exceptionnelle pour les juristes¹³. Quant aux notaires, leurs attitudes romanistes sem-

⁸ STELLING-MICHAUD, *La diffusion du droit romain en Suisse* (1977), 6 ss.

⁹ MATILE, *Autorité*, 29.

¹⁰ Nov. Val. 32, 6: *Notum est post fatalem hostium ruinam, qua Italia laboravit, in quibusdam regionibus et causidicos et iudices defuisse hodieque gnaros iuris et legum aut raro aut minime reperiri.*

¹¹ MATILE, *Autorité*, 50 s.

¹² MATILE, *Autorité*, 66 ss.

¹³ MATILE, *Autorité*, 70 s.

blent s'être atténuées après la Réforme, lorsque les ecclésiastiques cessèrent de monopoliser la profession¹⁴.

En 1838 fut publié le petit livre de G.A. MATILE auquel j'ai souvent fait référence. Cette brochure semble, à première vue, une sorte de pamphlet (si l'on peut concevoir un pamphlet non satirique) contre "l'autorité des législations étrangères, qu'un plaideur invoque lorsque les règles qu'elles renferment sont utiles à sa cause, et qu'il combat à la première occasion, lorsque ces mêmes dispositions ne lui sont point favorables"¹⁵. La "législation étrangère" la plus accablante semble être – bien entendu – le droit romain.

L'exposé de Matile peut apparaître bizarre avec son apologie du système coutumier, trente-quatre ans après la promulgation du code civil français (1804), vingt-sept après celle du code civil autrichien (1811) et vingt-quatre après la publication des deux grands "programmes" allemands, celui d'Anton Friedrich THIBAUT, *Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, et celui de Friedrich Carl v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, qui parurent en 1814. Je dirais même plus: moins de vingt ans avant la codification civile neuchâteloise qui sera promulguée au cours des années 1854 et 1855. Toutes les codifications modernes représentent en effet d'une part l'élimination générale du droit coutumier et d'autre part, avec l'abrogation des sources romaines, le triomphe du droit romain et de la tradition du droit commun. Il s'agit de codifications romanistes où les traces du droit coutumier, si elles sont présentes – et en particulier dans le code civil français –, le sont dans une mesure très faible. En outre, elles y sont transformées pour être soumises à la terminologie et aux structures dogmatiques de la tradition romaniste. Dans le Code Civil, ce n'est pas seulement le fantôme de Pothier que l'on rencontre: bien plus, c'est sa pensée qui s'impose et son discours qui retentit.

Or, la codification civile à Neuchâtel en 1855 sera essentiellement une réception de celle de France, et donc une solution romaniste du droit civil codifié. Son élaboration, sa promulgation et son acceptation chez nous n'auraient été concevables sans une grande familiarité préalable des gens de justice du Canton avec ces institutions, et surtout avec cette forme de technique jurisprudentielle qui, en réalité, ne devait pas du tout être ressentie comme étrangère. En effet, les gens de justice neuchâtelois étaient des juristes au sens propre du terme, des professionnels cultivés, tout à fait au niveau de leurs collègues allemands, français et italiens.

Et Matile, ne le savait-il pas ou voulait-il le cacher?

Rien de cela en réalité. Son petit livre ne constitue que l'apologie – bien compréhensible à l'époque du Romantisme – du droit national et des traditions populaires. Son auteur le savait, et le savait même très bien. D'ailleurs, sans y paraître, il

¹⁴ MATILE, *Autorité*, 86 ss.

¹⁵ MATILE, *Autorité*, 5.

le laissait entendre assez clairement, car son ton change lorsqu'il traite sérieusement de la formation du juriste et du droit applicable.

A la page 52 s. nous pouvons lire: "Le roi, informé des besoins qu'éprouvait notre pays, vient d'y fonder une académie, dans laquelle deux hommes, dit-on, seront chargés de l'enseignement de diverses parties du droit. En tête des cours qu'ils seront appelés à donner, on mettra sans doute l'enseignement du droit coutumier, puisque c'est lui qui nous régit, et l'enseignement du droit romain: car quoique celui-ci nous soit étranger comme législation, son étude approfondie est nécessaire à l'homme qui veut se vouer avec plein succès aux affaires publiques, à mesure que lorsqu'il a saisi et retenu dans leur ensemble toutes les relations possibles de droit entre particuliers, il peut comprendre et juger ainsi avec plus de facilité les différents rapports que l'état est appelé à soutenir avec l'intérieur et l'extérieur. L'étude du droit romain est un exercice de gymnastique intellectuelle, auquel il est nécessaire qu'un jeune homme se livre; elle aide encore à graver dans la mémoire plusieurs législations modernes, auxquelles ce droit a servi de base. Nous devons de plus apprendre des jurisconsultes romains la manière habile avec laquelle ils appliquaient le droit qui régissait l'empire".

Je viens de dire que Matile en parlait sans y paraître; nous pouvons le constater encore mieux, car son souci d'assurer une éducation romaniste aux disciples de la nouvelle académie n'est pas uniquement pédagogique. Il avait en revanche un intérêt pratique très solide à cela, qui ressort des "conclusions"¹⁶ relatives à l'application du droit romain à Neuchâtel. Ce texte en quelque sorte paradoxal consiste en 15 propositions, dont 14 ne font que déclarer de la manière la plus analytique que le droit romain n'a jamais été en vigueur à Neuchâtel si ce n'est à l'époque de la domination romaine en Helvétie, avec quelques survivances au haut Moyen-Age. Ensuite de quoi, le 15^e point (p. 92 s.) est conçu de la manière suivante: "Que le droit romain ne peut être invoqué que lorsqu'il est conforme au droit naturel, lorsqu'il s'agit d'institutions qui lui ont été empruntées par la coutume, les tutelles, les donations, les testaments, etc. ..., et encore et toujours avec la plus grande prudence et réserve, ou lorsqu'il s'agit d'institutions romaines, que nous connaissons pratiquement et de fait, et pour lesquelles nos coutumes ne nous offrent point de règles, comme, par exemple, les servitudes; ou lorsqu'il est question des obligations dont le droit a été si admirablement fixé par les Romains, que sa sagesse en a fait un droit commun à toutes les nations, que leurs lois fussent écrites ou non".

Un simple calcul fait sur la base de n'importe quel droit civil codifié moderne permet d'établir que ce recours soi-disant exceptionnel au droit romain, admis par Matile, correspond environ aux deux tiers de l'ensemble du droit privé.

¹⁶ MATILE, *Autorité*, 92 s.

IL DIRITTO EUROPEO E LE CODIFICAZIONI MODERNE *

(a proposito di H. COING, *Europäisches Privatrecht II: 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern*, München 1989).

1. – Con la pubblicazione del secondo volume abbiamo ormai per intero il grande affresco, che Helmut Coing ha dipinto, della storia del diritto privato europeo. Il primo volume¹ trattava degli anni dal 1500 al 1800. Questo secondo procede fino al 1914, alle soglie, cioè, della prima guerra mondiale².

La visione globale, che l'opera permette (e che una sua lettura integrale ingenera), suggerisce una prima considerazione di fondo, che pare evidente una volta fatta, ma che non è sempre percepita con chiarezza. E cioè che la storia del diritto privato dell'Europa continentale, o in genere dei paesi di tradizione romanistica, è condizionata soprattutto da due grandi codificazioni: la compilazione giustiniana e la codificazione moderna. Con questo non voglio dire, naturalmente, che i fattori dell'evoluzione siano tutti implicati in quei due eventi. Quel che intendo è più o meno che, se immaginassimo la storia del diritto privato (sostanziale) proprio della nostra cultura come una lunga strada (varia non solo perché ornata da edifici di diverso stile, ma anche perché il suo fondo possiede qui e là diversa portata ed è diversamente selciato; e la carreggiata è ora larga ora stretta, ora in salita o piana o in discesa, ora munita di precisa segnaletica ora del tutto sprovvista e persino incerta a mezzogiorno o ai bordi), tutta quanta questa strada, per percorrere la quale ci sono occorsi quasi tremila anni, andrebbe concepita come un viadotto che poggi tutto su due grandi pilastri – quei due grandi pilastri –, sicché se l'uno mancasse la strada avrebbe assunto tutt'altra fisionomia.

* Pubblicato in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LVI, 1990.

¹ Pubblicato nel 1985. L'ho a suo tempo presentato, in questa stessa rivista (*SDHI*, 52, 1986, 535 ss.) in una nota dal titolo *Usus modernus pandectarum e diritto europeo*. Una recensione dell'intera opera è apparsa in *Rechtshistorisches Journal*, 9 (1990), 81 ss. (M. STOLLEIS).

² Il titolo del volume, quale appare dal frontespizio (e sulla base del quale dunque il libro sarà catalogato nelle biblioteche) è quello che ho riportato sopra, ed in esso non compare la delimitazione cronologica per anni. L'intitolazione *Europäisches Privatrecht 1800-1914* è invece (con curiosa discrepanza) presente sulla costa della rilegatura in tela nonché sulla sovracoperta in carta patinata. I limiti cronologici sono comunque fissati nell'introduzione (p. 1): "Dabei ist unter dem Begriff '19. Jahrhundert' die Epoche zwischen der französischen Revolution und der Ausbruch des ersten Weltkrieges 1914 verstanden". Anche questa determinazione va comunque presa *cum grano salis*: è chiaro, per esempio, che l'ALR del 1794 (che, a prescindere dalla data della promulgazione, è certo un codice di contenuto prerivoluzionario) fa a pieno titolo parte dei materiali presi in considerazione dall'autore nell'opera qui recensita.

Ho designato la compilazione giustiniana come una codificazione. Con ciò non intendo direttamente prender partito nella discussione relativa a tale qualifica³, ma solo constatare che la compilazione di Giustiniano, comprese le sue novelle, ha storicamente svolto, come l'insieme delle codificazioni moderne, un ruolo di punto di partenza, per così dire, globale. Non conta molto il fatto che (facendo astrazione dalla produzione delle novelle) i commissari di Giustiniano abbiano operato in un sol luogo e in meno di otto anni, laddove la codificazione moderna rappresenta (se partiamo dai primi spunti che porteranno all'ABGB e all'ALR⁴ e che datano rispettivamente del 1709 in Austria e del 1713 in Prussia) una vicenda di quasi tre secoli, ed anzi ancora in corso – se si pensa in particolare alla gestazione, non ancora interamente conclusa, del nuovo codice civile olandese. Quel che importa è di notare che, da un lato, tanto la compilazione giustiniana quanto l'insieme delle codificazioni moderne sono state concepite come sintesi di una tradizione passata, sintesi realizzata con atti legislativi abroganti l'insieme delle fonti di quella tradizione e contenenti riforme per una sua attualizzazione, e che, d'altro lato, entrambe hanno rappresentato non solo il punto di riferimento per una nuova pratica negoziale e giudiziaria, ma altresì la base per una nuova elaborazione scientifica.

Una tale posizione centrale dei due fenomeni di codificazione generale risulta anche formalmente evidente dalla struttura del manuale del Coing, poiché il primo volume, che prendeva le mosse dalla Recezione, aveva il *Corpus iuris civilis* come punto di partenza, e l'attuale secondo volume dedica il suo primo capitolo a “Die Kodifikation des bürgerlichen Rechts” (p. 7 ss.)⁵.

2. – Tra la compilazione giustiniana e la codificazione moderna esistono certo molte differenze di struttura⁶, ma solo una di queste è tale da differenziare sensi-

³ V. soprattutto: ANKUM, *La 'codification' de Justinien était-elle une véritable codification?*, in *Liber amicorum J. Gilissen*, Antwerpen 1983, 1 ss.; GALLO, *La codificazione giustiniana*, in *Index*, 14 (1986), 1 ss. V. anche COING I, 15 (d'ora in poi citerò i due volumi del manuale, al secondo dei quali si riferisce questa nota, come COING I e II; i riferimenti a pagine senza altra indicazione rinviano, ovviamente, a COING II).

⁴ Lascio da parte ancora il problema di stabilire se l'ALR debba o non debba essere annoverato fra le codificazioni 'moderne': v. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, 489 ss.

⁵ Il ruolo delle due codificazioni resta del genere, comunque si guardi la storia. Non è per programmazione meditata, ma per la forza stessa della materia, che nella mia modesta storia della giurisprudenza la prima parte (il primo volume, ora in edizione francese: *Histoire de la jurisprudence européenne* I, Torino 1989) si chiude con la compilazione giustiniana, mentre il secondo (ora: CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea* II⁴, Torino 1989) si chiude con la codificazione moderna.

⁶ Le ha attentamente enumerate l'ANKUM (nell'articolo citato sopra, alla n. 3), che tuttavia almeno una ne esagera, quando sostiene (a p. 5 dell'articolo cit.) che l'ordine cronologico delle costituzioni entro ciascun titolo del Codice giustiniano doveva servire, secondo l'imperatore, a risolvere le con-

bilmente il loro rispettivo ruolo di libri normativi per la pratica del diritto e, di riflesso, di materiale elementare per la costruzione della scienza giuridica. Tale differenza rilevante è nel fatto che la compilazione giustiniana consisteva di un unico *corpus* legislativo, identico ovunque recepito o comunque impiegato, mentre la codificazione moderna è rappresentata da una serie assai numerosa di codici, ridotti bensì poi (specie in seguito al superamento, con le rispettive codificazioni unitarie, del particolarismo legislativo italiano e svizzero) ad una quindicina di testi⁷, ma questi ancora differenziati in funzione della loro appartenenza ai nove Stati nazionali che rappresentano il tipico mosaico a grandi, ma diversamente colorate tessere, corrispondente all'Europa (occidentale) a partire dal XIX secolo.

Questa differenziazione nazionale dei codici non ha – lo si deve riconoscere – aggravato la situazione, rispetto all'epoca precedente, sotto il profilo del particolarismo giuridico, poiché l'ha anzi sensibilmente migliorata. Se il sistema del diritto comune (applicato anche al difuori dei territori ove; aveva avuto luogo una recezione ufficiale, come in Francia e in Svizzera) assicurava l'uniformità delle norme da impiegarsi in *subsidium*, il vigore dei *iura propria*, che la teoria delle fonti di quello stesso sistema riconosceva, portava a differenziazioni normative importanti e senz'altro enormemente più frazionate di quelle dell'epoca del diritto codificato. I codici stessi, inoltre, pensati – direttamente i primi e di riflesso i successivi, per la prospettiva dell'unità nazionale che rappresentavano – nella dimensione giusnaturalistica dell'orrore voltairiano per il particolarismo giuridico, hanno fatto scarso ricorso all'eredità consuetudinaria, riprendendo piuttosto le linee uniformi del diritto comune. Ritourneremo su questo punto nel paragrafo seguente. Qui voglio invece sottolineare che la descritta “Nationalisierung des Privatrechts” (cfr. COING II, 1 s.) ha prodotto, come naturale conseguenza, una analoga “nazionalizzazione” della scienza giuridica (v. COING II, 2; 24 ss.; cfr. COING I, 7).

Il riconoscimento del valore del diritto romano come diritto comune, durante il medio evo, non fu l'effetto di interventi legislativi, ma della prassi, e tale successo pratico fu determinato dalla constatazione del carattere razionale (*ratio*) e sostanzialmente giusto (*aequitas*: nozione che non rappresentava allora una semplice va-

traddizioni tra i differenti testi col criterio della *lex posterior*. Un simile criterio (che valeva per il Codice teodosiano: C.Th. 1, 1, 6 pr.) è stato per vero utilizzato dagli interpreti del diritto comune; ma, secondo Giustiniano, le contraddizioni normative (se pur nel primo progetto forse l'idea non era ancor chiara: *Haec quae necessario*, 2) erano state tutte eliminate nel corso della compilazione (*Summa rei publicae*, 1; *Cordi*, 3), sicché il testo del *Codex* era da considerarsi in vigore per intero. Cfr. CANATA, *Histoire* I (cit. alla n. 5), 203 s.

⁷ Penso ai codici di Portogallo, Spagna, Francia (con applicazione anche nel Belgio), Olanda, Germania (ove l'ALR conobbe una rapida decadenza: v. HATTENHAUER, *Einführung* all'edizione di Berlino 1970 del testo di tale codice, p. 38 s.), Svizzera, Italia, Austria, per la maggior parte (tranne che in Svizzera, ove però il codice delle obbligazioni si presenta in certo modo autonomo rispetto al codice civile, e in Italia, ma solo dopo il 1942) doppiati da un separato codice di commercio. Un elenco si trova nell'indice delle Abbreviazioni di COING II, p. xvii ss.; un profilo storico della codificazione in COING II, pp. 7-23. Prescindo qui, come sostanzialmente fa il Coing, dal codice civile della DDR e dai diritti dell'Europa orientale. Quanto alla Turchia, essa adotta, come si sa, lo ZGB svizzero.

lutazione morale o sociale, ma un aspetto specifico della ragionevolezza giuridica⁸⁾ di quel diritto⁹⁾. Ora, una simile constatazione non poteva provenire che dallo studio scientifico. Il fatto decisivo, dunque, per il riconoscimento del vigore positivo del diritto romano come diritto comune fu quello della fondazione delle Università come luoghi di studio del *Corpus iuris* con la conseguenza, che “die Länder West- und Mitteleuropas hatten dadurch eine einheitliche Rechtswissenschaft und – mit Ausnahme von England – einen einheitlich geformten Juristenstand erhalten” (COING II, p. 1).

Il carattere insieme normativo e scolastico-scientifico della compilazione giustiniana¹⁰⁾ è alla base del fenomeno ora descritto. Innerio e i suoi seguaci scoprirono ad un tempo e con un'unica operazione ricognitiva un diritto positivo e una scienza, cioè un apparato normativo e il metodo per gestirlo. Le codificazioni moderne sarebbero invece dovute consistere – giusta l'idea giusnaturalistica del codice e della legge – in puri apparati normativi. In realtà non lo sono (anche se possono apparire tali): e ciò in conseguenza di un'altra proposizione giusnaturalistica, quella della sistematica e cioè dell'ordine e della coerenza razionale dell'apparato normativo che il codice deve presentare. Una sistematica razionale esige l'impiego di strutture epistemologiche (nozioni generali, classificazioni) e di principi logico-costruttivi (rapporto regola-eccezione; principio di specialità). Per fare un esempio assai noto, la struttura del Code civil dipende in gran parte dalle strutture dei *Traité*s di R.J. Pothier, e il lavoro di costruzione sistematica di Pothier rappresenta un eminente contributo scientifico¹¹⁾. Siccome le strutture dei codici dipendevano dall'unica scienza esistente, quella del diritto comune¹²⁾, la scienza che su di essi si fondò aveva ancora, in tutti gli stati nazionali, un fondamento uniforme.

Malgrado ciò – è un dato incontrovertibile – la scienza giuridica ottocentesca perdette la sua unità. Già nel 1834 il Foelix (v. COING II, 57) lamentava un “pédantisme national” che condannava lo studio scientifico del diritto ad arrestarsi ai confini dell'ambito territoriale del vigore di ciascun codice; insomma, per dirlo con le nobili parole dello Jhering¹³⁾, “die Wissenschaft ist zu Landesjurisprudenz de-

⁸⁾ Si veda ad es.: *Libellus de verbis legalibus* (FITTING, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle 1876, Neudruck Aalen 1965, 181 ss.), sub tit. *de iure: Equitas est ius quod inducit iusticiam cum causa sua* (FITTING, p. 182). E ancora: CYNUS, *Super Codicem, de legibus et constitutionibus, l. inter aequitatem* [= C. 1, 14, 1]: ... *equitas enim latebat in suis occultis finibus, et propter eliminationes et disputationes prudentium elimatur et reducitur in speciem iuris*. Cfr. CALASSO, *Medio evo del diritto*, Milano 1954, 476 ss.

⁹⁾ V. già in *SDHI*, 52 (1986), 437 ss.

¹⁰⁾ Che volentieri sottolinea l'ARCHI, per esempio in *Giustiniano legislatore*. Bologna 1970, 209.

¹¹⁾ Vedi TARELLO, *Storia della cultura giuridica* (cit. sopra, n. 4), 184 ss.

¹²⁾ Sull'importanza della sistematica delle Istituzioni giustinianee si veda l'articolo del KUPISCH, *Zur Wirkungsgeschichte der Institutionen*, in *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, I: Institutionen*, Heidelberg 1990, 278 ss. (per l'influenza sui codici, p. 285 ss.).

¹³⁾ *Der Kampf um's Recht*, Wien 1972, cit. in COING II, 27.

gradiert, die wissenschaftlichen Grenzen fallen in der Jurisprudenz mit den politischen zusammen. Eine demütigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft”.

Era la conseguenza di una situazione di fatto. La separazione nazionale dei codici (Jhering parlava per una dottrina ancora di diritto comune, ma la pandettistica, stretta entro aree codificate, era pure ridotta a Landesjurisprudenz) ha indotto i giuristi a concentrarsi sul proprio testo, a leggere solo la letteratura nazionale, a seguire la propria giurisprudenza; i contatti internazionali si sono enormemente affievoliti e le differenti lingue (sostituite al latino del diritto comune) si sono poste come barriere. Anche se, come dicevo, il sostrato scientifico delle codificazioni resta comune, i diversi, per così chiamarli, “individui giuridici” si sono adattati ad *habitat* diversi, assumendo aspetti diversi e talora, almeno apparentemente, incompatibili. A ciò va aggiunta l’intollerante presunzione del “saggio”, che non riconosce, anzi non sa vedere, nulla di valido e neppure di vero al di là del proprio orizzonte. Ricordo che, al tempo del mio primo anno di università, un (pur valido) avvocato milanese mi esortava a non studiare troppo il diritto romano e comunque a dimenticarlo presto “perché – motivava – esso poteva lasciarmi l’idea che la compravendita non abbia effetti reali”: e quell’avvocato passava gran parte dei suoi giorni in una sua villa, sita a non più di cinque chilometri dal confine svizzero, al di là del quale la vendita è puramente obbligatoria.

3. – Accanto ai “saggi” sciocchi esistono pur sempre, per buona ventura, dei “saggi” saggi. E, oltre a questo, il diritto e la scienza giuridica nutrono comunque impulsi interni nel senso dell’espansione pratica e conoscitiva e quindi – in prospettiva almeno – verso l’unità. Un diritto e una scienza giuridica nazionali sono diversi da tutti gli altri ed esclusivi solo finché l’operatore locale rifiuta di considerare l’esistenza di ogni dato esterno; ma, sol ch’egli prenda a considerare il proprio diritto come una “specificità” nazionale, il dato esterno diviene esistente per contrapposto e deve essere pertanto conosciuto e analizzato. Ci si accorge allora che il dato straniero talora coincide, talora non è incompatibile e magari è anche utile e assimilabile, e, pur se considerato negativo o comunque da rifiutarsi o magari solo indifferente, deve pur essere studiato: vuoi semplicemente per giungere a quella conclusione negativa, vuoi per il fine pratico di regolare un problema di diritto internazionale privato¹⁴ e, in Europa, i problemi di diritto internazionale privato sono quotidiani.

Sicché, a temperare la situazione di degrado della scienza giuridica descritta nel paragrafo che precede, hanno operato alcune “übernationale Tendenzen” (COING II, p. 27 s.); come sottolinea il Coing (p. 28), “trotzdem haben diese Faktoren den Zerfall der Einheit der kontinentalen Rechtswissenschaft letztlich nicht verhindern

¹⁴ Sul diritto internazionale privato e sul carattere transnazionale della sua elaborazione: COING II, 257 ss.

können". Questa affermazione è valida ancor oggi: ma una speranza, se pur molto condizionata, è aperta.

Per illustrare questa conclusione è tuttavia necessario esaminare gli elementi del problema.

a) La straordinaria diffusione del Code civil, legata in particolare ai successi militari di Napoleone Buonaparte¹⁵, fu veicolo di una notevole diffusione della dottrina francese¹⁶, che interessò, oltre al Belgio, soprattutto i Paesi Bassi, i cantoni della Svizzera romanda, l'Italia e la Germania renana, ma anche il Portogallo e la Spagna. L'impiego del Code civil nella Germania renana fu l'occasione per un primo contatto fra la dottrina tedesca (prepandettistica) e la francese, celebratosi con la redazione dello *Handbuch des französischen Zivilrechts* di Zachariae von Lingenthal, la cui prima edizione, in due volumi, risale agli anni 1808-1809. L'opera fu tradotta in francese e rielaborata da Aubry e Rau (prima edizione 1839-1846) e divenne in Francia un autorevole trattato (COING II, pp. 33; 53 s.). Ma, sotto il profilo che qui particolarmente ci interessa, e cioè quello del superamento del particolarismo dottrinale, un ruolo tutto particolare fu svolto dall'Italia: siccome questo ruolo non si limita ai contatti con la dottrina francese, ne tratterò in modo autonomo.

b) L'Italia (COING II, 37 s.) preunitaria era in parte terra di diritto francese (Regno di Sardegna, col Piemonte, come si sa; Regno delle due Sicilie)¹⁷, in parte di di-

¹⁵ COING II, p. 13, ove non appare del tutto chiaro che il Code civil fu introdotto in tutto il Regno d'Italia napoleonico, ove la sua traduzione ebbe vigore per un decreto del 30 marzo 1806; vigore in gran parte di quei territori effimero, poiché il Congresso di Vienna (col trattato del 1815) li assorbì nel Regno Lombardo-Veneto, nel quale la patente del 28 settembre 1815 introdusse (con vigore dal 1° gennaio 1806) la traduzione italiana dell'ABGB (sostituita da una seconda edizione della medesima traduzione da una notificazione governativa del 22 dicembre 1823). Si veda: *Introduzione* (dell'Editore) a: *Collezione completa dei moderni Codici civili degli Stati d'Italia*, Torino 1845, pp. vii e ix; RANIERI, in COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III/1, München 1982, p. 212 ss. Ho fatto questa precisazione perché la breve presenza del Code civil in Lombardia offrì lo spunto per la redazione di un libro, che rappresenta un tentativo di inserire il contenuto del codice francese nella tradizione della dottrina del diritto comune. Si tratta di: *Codice civile Napoleone, col confronto delle leggi romane, ove si espongono i principi delle stesse leggi, si trattano le questioni più importanti sulla interpretazione delle medesime e si accennano le comuni teoriche dei giureconsulti ricevuti nel foro* (1809; vedi CANNATA, in *Forschungsband F. v. Zeiller*, Wien 1980, 47), opera di colui che sarà il più geniale autore della cosiddetta "mailändische ABGB-Jurisprudenz", Onofrio Taglioni. Una corrente, questa della giurisprudenza milanese di diritto austriaco, che, pur nella sua limitata rilevanza, ebbe il grande merito di elaborare, da una parte, una comparazione fra Code civil e ABGB e, d'altro canto, ancora e soprattutto, di impiegare nell'interpretazione del codice austriaco l'eredità romanistica della scienza passata (in dimensione autonoma rispetto alla scuola storica tedesca). Sulla "mailändische ABGB-Jurisprudenz" e sul Taglioni si veda: CANNATA, *Forschungsband* cit. 45 ss., e in BRAUNEDER (Herausgeber), *Juristen in Österreich 1200-1980*, Wien 1987, pp. 11; 107 (BRAUNEDER); p. 128 ss. (CANNATA).

¹⁶ Sulla dottrina francese: COING II, 29 ss.; sulla sua diffusione: COING II, 37 ss.

¹⁷ Ricordo la precisazione fatta sopra, alla n. 15.

ritto austriaco (Regno Lombardo-Veneto), in parte di diritto comune (Toscana; Stato della Chiesa). Dopo l'unità, fu adottato nel 1865 un codice civile nazionale di stampo francese¹⁸, ma a partire dagli ultimi decenni del secolo l'influenza della pandettistica tedesca si fece sentire in misura sempre maggiore fino a diventare, nel nostro secolo, preponderante. La dottrina giuridica dell'Italia unita¹⁹ fu il risultato di una sintesi di quelle diverse esperienze, e soprattutto rappresentò il luogo d'incontro e di comparazione delle grandi esperienze francese e tedesca. Ernst Rabel (cit. da COING II, 38) scriveva nel 1924: "In Italien ist seit Jahrzehnten die Auseinandersetzung der aus Frankreich bezogenen Gesetze und der deutschen Wissenschaft das große Thema der Literatur". E va sottolineato che tutta questa vicenda non fu gestita solo da e per pochi accademici poliglotti, ma coinvolse tutti gli operatori del diritto – nella scuola e nella pratica – grazie ad una straordinaria attività di traduzione delle opere di lingua straniera, traduzioni spesso munite di note, commenti e appendici per il confronto col diritto patrio o gli opportuni adattamenti ad esso²⁰. Per la dottrina austriaca²¹ basta ricordare che il Commentario dello Zeiller conobbe tre traduzioni (una milanese del Carozzi e due venete). Quanto alla dottrina francese non ci si limitò alle opere degli autori contemporanei (Toullier, Duranton, Marcadé, Demalombe, Laurent, Troplong, oltre naturalmente, allo Zachariae²²), ma il lavoro si estese, da un lato, ai classici dell'epoca precedente (Domat e Pothier) e dall'altro alle più significative raccolte di giurisprudenza (Merlin, Sirey, Dalloz, Devilleneuve etc.)²³. Quanto alla dottrina tedesca furono a disposizione in lingua italiana, oltre al *Corso* di Mackeldey, alle *Pandette* del Glück e alle principali opere di Savigny (compreso il trattato sul possesso, il *Vom Beruf* e, naturalmente, il *System*²⁴), soprattutto i più importanti manuali di *Pandette*. In un tale contesto non fa meraviglia il fatto che la legge del 16 febbraio 1861 sull'istruzione superiore nelle provincie napoletane prevedesse²⁵ per la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli, su 14 insegnamenti, due cattedre di diritto comparato, pubblico e privato.

¹⁸ Per i dati sull'insieme della codificazione civilistica italiana (civile, marittima, commerciale) v. CANNATA-GAMBARO (cit. sopra, n. 5), p. 267 s.

¹⁹ Sulla quale si veda CANNATA-GAMBARO, p. 268 ss.

²⁰ COING II, 32 s.; 27, con lett. alla n. 10. Ricordo che l'opera, ivi citata, di M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX* (2 voll. più uno di indici), Napoli 1988, contiene un'interessante *prefazione* di F. CASAVOLA.

²¹ Già se ne è detto sopra, alla n. 15, sottolineando che essa in Italia rivestì una importanza circoscritta. Sulla letteratura propria della "lombardische ABGB-Jurisprudenz" vedi, nell'ivi citato *Forschungsband*, p. 48 s.

²² CANNATA-GAMBARO, 269 n. 12.

²³ COING II, 37 s.

²⁴ COING II, 56.

²⁵ Cfr. CASAVOLA, alla p. x della *prefazione* citata sopra alla n. 20.

c) La già notata attenzione dei giuristi (e degli editori) italiani per i prodotti della scuola storica tedesca e della pandettistica (sulle quali COING II, 39 ss.) non rappresenta che un aspetto (anche se certo dei più importanti) della diffusione del “*jüngerer gemines Recht*” in Europa (COING II, 55 ss.). L’opera dei giuristi tedeschi del XIX secolo, legata all’ultima sopravvivenza europea²⁶ del vigore delle fonti romane, costruì un “sistema del diritto romano attuale” autenticamente moderno, in quanto emancipato dalla tradizione interpretativa del diritto comune (“*älteres gemeines Recht*”): e ciò in quanto caratterizzato da un ritorno alle fonti (“*zurück zu den Quellen*”: COING II, 45)²⁷, alle quali sole, senza il fardello della letteratura dell’epoca intermedia, veniva riconosciuta diretta autorità, nonché dall’applicazione di un metodo sistematico-dommatico capace di reggere, in termini di efficienza attuale, il ritmo impresso nei paesi di diritto codificato alla soluzione dei problemi contemporanei. Il fatto di lavorare non su di un codice nazionale, ma sui testi che rappresentano la matrice tecnico-scientifica di tutti i codici, permise ai giuristi tedeschi di operare con grande libertà (COING II, 27), costruendo un sistema ed un metodo di valore universale. Ho detto sopra (all’inizio di questo paragrafo, ove riprendevo la denuncia dello Jehring circa la riduzione della scienza giuridica a *Landesjurisprudenz*) che anche la pandettistica era *Landesjurisprudenz*: ma si trattava di una *Landesjurisprudenz sui generis*, con un enorme potenziale espansivo e ricettivo, perché consistente in una sorta di scienza pura del diritto (privato) per i paesi romanisti, e quindi capace di essere impiegata dovunque. Così avvenne, in realtà, largamente; non solo nei paesi ove l’influenza della pandettistica fu diretta e profonda, ma anche in Francia, specie con il veicolo della rivista *Thémis* (dal 1824: COING II, 35 s.), di cui avremo occasione di riparlarne.

d) Infine si deve menzionare la nascita della ricerca comparatistica (sulla quale COING II, 56 ss.).

Se, come nota il Coing (p. 28), l’insieme di tutti questi fattori non ha potuto impedire “*den Zerfall der Einheit der kontinentalen Rechtswissenschaft*”, il successo

²⁶ Precindo dalla singolare, ancora durevole, esperienza della Repubblica di San Marino, sulla quale: STEIN, *Civil Law Reports and the case of San Marino*, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition (Symposion F. Wieacker)*, Ebelsbach 1985, 374 ss.

²⁷ Il metodo, insieme storico e dommatico, della “*historische Rechtsschule*”, non corrispondeva, secondo il Savigny, ad una semplice necessità contingente (lavoro su fonti antiche, passaggio dal diritto comune al diritto nazionale codificato o simili) ma era coesistente alla professione stessa del giurista. Egli scrisse chiaramente, già nel *Vom Beruf* (1814, p. 48; nell’edizione curata da HATTENHAUER, *Tribut und Savigny, ihre programmatischen Schriften*, München 1973, p. 125): «Ein zweifacher Sinn ist dem Jurist unentbehrlich: der historische, um das eigenthümliche jedes Zeitalters und jeder Rechtsform scharf aufzufassen, und der systematische, um jeden Begriff und jeden Satz in lebendiger Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen, d.h., in dem Verhältnis, welches das allein wahre und natürliche ist». Con questa base metodologica il Savigny non fondò solo la civilistica moderna, ma altresì la romanistica moderna (e, in genere, tutta l’odierna storiografia giuridica), e cioè un ramo della scienza giuridica alla quale spettò (e ancora spetta – o forse solo spetterebbe?) il ruolo di catalizzatore di tutto il pensiero giuridico transnazionale.

della scienza comparatistica contiene gli elementi per una solida speranza: in un futuro forse ancora lontano, ma, si sa, le tappe della scienza giuridica sono sempre state secolari.

L'idea della comparazione, che esige come premessa la conoscenza del diritto straniero, è vecchia come la scienza giuridica. La notizia (non importa se magari leggendaria) dei viaggi dei decemviri ad Atene e nelle città greche dell'Italia meridionale, in funzione della composizione delle dodici tavole²⁸, costituisce forse il primo esempio di quella pratica dello studio della "législation comparée", che nel XIX secolo fu – con notevoli risultati – proposta ed impiegata soprattutto per l'impostazione e la soluzione dei problemi "nuovi", cioè di quei problemi che la nuova situazione economica e sociale poneva, o rendeva più urgenti e rilevanti di prima, e rispetto ai quali le strutture normative già esistenti apparivano inadeguate. Sono tipici, a questo proposito, gli scambi transnazionali in materia di diritto delle società (COING II, 145 ss.), di disciplina della concorrenza (p. 182 s.), di diritto del lavoro (p. 169) e di riorganizzazione dei diritti immobiliari (credito fondiario, diritto delle ipoteche e registri immobiliari; p. 240 ss.). Ma, se per i problemi connessi con gli istituti tradizionali del diritto privato i giuristi di ciascun paese hanno manifestato interessi comparatistici assai più ristretti, anche qui tali interessi si fanno vivaci – portando a soluzioni generalmente o parzialmente uniformi – là dove la necessità si presenta di creare nuovi assetti o comunque di introdurre riforme di vasta portata: così, ad esempio, in materia di diritto internazionale privato, dove in particolare l'occhio fu attento alle soluzioni del Common Law (p. 958), per la teoria dei titoli di credito (p. 582 ss.), per certi problemi di diritto della navigazione (p. 585 s.) e, in genere, nel campo del diritto commerciale (p. 535, alla fine del sottoparagrafo I.; v. però quanto scritto, ivi, all'inizio del II.).

Lo dicevo poco sopra (all'inizio di questa lettera *d*, con parole del Coing): l'insieme di tutti questi fenomeni, e neppure lo sviluppo della comparazione, non ha impedito e non impedisce il particolarismo scientifico europeo. La "législation comparée", che ha recato frutti, abbiamo visto, importanti, non può essere di per se stessa interpretata come l'annuncio di una scienza giuridica europea comune. La presa di conoscenza di un diritto straniero in funzione della soluzione di un problema normativo non è neppure, di per se stessa, un'operazione propriamente scientifica, ma piuttosto di politica del diritto; essa porta, per sua natura, a semplici risultati di adeguamento normativo o di recezione, ovvero è premessa per accordi internazionali su discipline comuni. Ma, nel contesto delle operazioni conoscitive necessarie alla realizzazione della "législation comparée", è stato – talora almeno – adottato un metodo che è squisitamente scientifico, e che consiste nella trattazione transnazionale dei problemi giuridici. Questo metodo, già presente nello spirito della già menzionata rivista francese *Thémis*, fondata nel 1819 (che comin-

²⁸ WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, 1, München 1988, 288; 289; 300 ss.

ciò a uscire nel 1824 per chiudere nel 1829)²⁹, e documentato da alcuni dei contributi che vi apparvero, è poi quello del diritto comparato moderno (*Rechtsvergleichung* in senso proprio)³⁰. Esso rappresenta veramente una scienza comune, a disposizione di ogni giurista, di qualunque provenienza, nel rispetto delle differenze normative, giurisprudenziali e dottrinarie di ciascuno Stato: questa scienza possiede già oggi dimensione europea, ed anzi eccede i confini del continente poiché ingloba anche l'area del Common Law (europeo ed extraeuropeo) e quella dei paesi extraeuropei a diritto romanista (come in particolare il Giappone)³¹.

La prospettiva offerta dal diritto comparato è l'unica, a mio parere, capace di far riguadagnare alla nostra scienza l'unità perduta. Essa avrà comunque sempre un limite (di cui si deve tener chiaro conto) e, d'altro canto, la sua autentica scientificità dipende dalla realizzazione di una condizione.

Quanto al limite, si deve solo prenderne atto: il diritto comparato non può eliminare le scienze nazionali con i loro "giuristi municipali" (come ama chiamarli, riecheggiando il Savigny, Rodolfo Sacco), ché le presuppone esistenti³². Esso non è dunque destinato a diventare la scienza giuridica europea: e se gli riesce di esserne, come oggi talora accenna, il ramo conoscitivamente più profondo e più ricco, esso potrà dominare, dal basso e dall'alto, le scienze e le pratiche nazionali, diventando la base comune della formazione dei giuristi.

Vengo, così, naturalmente a parlare di quella che prima indicavo come una condizione del carattere autenticamente scientifico del diritto comparato e quindi del suo successo come scienza comune europea. Perché, se vuole assurgere al rango di scienza-guida, esso non può che nutrire a fondo la vocazione alla storia del diritto, che già si manifesta oggi largamente presso i suoi cultori. Nessun istituto, nessuna categoria giuridica, nessuna analogia o differenza fra norme, o sistemi, o soluzioni pratiche; nessun fenomeno di diversi atteggiamenti giurisprudenziali su norme

²⁹ COING II, 35 ss.; sulle riviste che ne continuarono il discorso e in genere sulle riviste di analogo orientamento, COING II, 57 ss.

³⁰ Se ne veda il bel profilo che ne traccia il SACCO, *Introduzione al diritto comparato*³, Torino 1989, 5 ss. Altra letteratura in COING II, 57 n. 1.

³¹ La comparazione giuridica è evidentemente possibile fra qualunque coppia di diritti, anzi qualunque gruppo di esperienze giuridiche, anche, per esempio, fra i diritti dell'area romanistica e quelli dell'Islam. Ma la scienza giuridica comparatistica non si riduce a delle proposizioni di metodo, perché si costruisce con l'analisi concreta: e, per ora almeno, questa scienza, come tale, si è sviluppata solo con riguardo ai diritti romanisti e al Common Law.

³² Sotto altra prospettiva, noterò qui che il movimento, in atto, verso l'integrazione europea, anche quando pervenisse all'unità politica, non giungerà (almeno entro termini prevedibili oggi) a realizzare l'unità del diritto privato continentale, salvo un incremento della legislazione comunitaria. Le legislazioni nazionali e i relativi codici permarranno assai a lungo, e del tutto impensabile appare un superamento delle differenze fra Common Law e Code Law (con tutti i divari, non solo fra regole, ma anche fra strutture e metodi di applicazione). Ogni paese continuerà dunque ad avere non solo il proprio diritto positivo (più o meno differenziato rispetto agli altri e più o meno integrato dalla produzione normativa comunitaria) ed anche una propria dottrina e una propria giurisprudenza (anche se un incremento della giurisprudenza comunitaria, con la relativa dottrina, è prevedibile).

uguali o viceversa di uguali soluzioni basate su norme diverse, nessun crittotipo³³, possono essere compresi se non si conosce a fondo la storia degli elementi implicati e del problema nel suo insieme³⁴; ancora, non si può sperare di costruire una scienza che intenda dar ragione dei modi di essere di un oggetto, rappresentato da un materiale costruito da una tradizione di pensiero metodico, senza possedere a fondo le basi – e non solo le basi – di quel metodo, che stanno precisamente nell’opera della giurisprudenza romana, di cui noi non facciamo che proseguire, da più o meno modesti e più o meno creativi allievi, l’esperienza.

4. – Dopo una breve, ma importante “Einleitung” (pp. 1-4) e la parte (Teil I.) dedicata alle “Grundlagen” (codificazioni, scienza giuridica, presupposti politici e ideologici, economici e sociali dell’assetto del diritto privato e loro influenza sulle soluzioni adottate: pp. 7-92), la descrizione delle vicende del diritto privato nell’epoca considerata è raccolta a sua volta, dal Coing, in due grandi parti. “Das neue Recht” (Teil II.: pp. 95-246) e “Die Probleme des traditionellen Privatrechts” (Teil III.: pp. 249-646). Come si vede, l’autore impiega qui la nozione di *ius novum*: essa merita qualche cenno di chiarimento.

La concezione, che contrappone un *ius novum* ad un *ius vetus*, era già nota alla giurisprudenza romana dell’epoca classica, ove la *novitas* era specialmente attribuita al diritto risultante da riforme realizzate con interventi a carattere legislativo. Si può leggere, ad esempio, il passo ove Gaio allude alle modifiche dovute a senatoconsulti e costituzioni imperiali in materia di diritto ereditario:

D. 5, 3, 1 (Gaius, 6 *ed. prov.*): Hereditas ad nos pertinet aut vetere iure aut novo, veteri et lege duodecim tabularum vel ex testamento, quod iure factum est.

D. eod. 3 (Gaius, *ibid.*): ... novo iure fiunt heredes omnes qui ex senatus consultis aut ex constitutionibus ad hereditatem vocantur.

Queste categorie, specie sulla base del linguaggio delle costituzioni che ordinarono o promulgarono le diverse parti della compilazione (vedi ad es. *Cordi*, 1), furono utilizzate dagli interpreti medioevali, o qualificando semplicemente come *novum* il *ius* delle *novellae*, rispetto a quello del digesto e del codice³⁵, ovvero, con una più precisa distinzione, parlando di *ius novissimum* a proposito delle novelle e di *ius novum* per le modifiche giustinianee al *ius vetus*, realizzate con la codificazione stessa. Ne abbiamo esempio in una glossa, ove la contrapposizione è usata in dimensione interpretativa, per spiegare, con criterio storico, il contrasto tra l’affermazione generale di

³³ Su questa nozione: SACCO, *Introduzione* (cit. alla n. 30), 155 ss.

³⁴ Prescindo qui dall’ulteriore senso, che la storia ha, nel diritto comparato, per concretare l’atteggiamento storicistico del comparatista; cfr. SACCO, *Introduzione*, 57.

³⁵ Vedi COING I, 16.

D. 30, 1 (Ulpianus, 67 *ed.*): Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis.

e le numerose differenze che il regime dei due istituti presenta ancora nel *Corpus Iuris*. In proposito, la glossa *per omnia exaequata*, dopo avere enumerato tali differenze (*immo in multis differunt, nam* etc.), propone tre ipotesi per spiegare il tenore del testo di 30, 1; la terza ed ultima di esse è enunciata come segue:

Vel dic quod aliquid est hic detractum a verbis Ulpiani a compileribus novi iuris; et illud detractum inducit novitatem.

Nel suo contesto, il Coing riserva la qualifica di “neues Recht”, e cioè di *ius novum*, alle istituzioni la cui introduzione non si riallaccia a “Probleme des traditionellen Privatrechts”, poiché consiste nella soluzione di problemi che la storia economico-sociale dell’Europa ottocentesca³⁶ ha introdotti come del tutto nuovi o ha presentato sotto nuovi aspetti, o anche solo con un peso ed un’urgenza incommensurabilmente più grandi che nel passato.

Ho già enumerato queste materie (sopra, nel § 3 sub *d*). L’individuazione, che il Coing ne fa, è assai meditata e precisa: per esempio, come già notavo, la materia dei titoli di credito, che non è inclusa in tale lista, è ben situata invece (p. 568 ss.) subito dopo l’esposizione dedicata al diritto commerciale (pp. 531-567), a sua volta posto immediatamente di seguito alla trattazione delle obbligazioni. La materia dei titoli di credito, in effetti, non solo si vale di radici romane per la sua disciplina (*stipulatio*: p. 571) e si innesta su radici istituzionali medioevali (COING I, 537 ss.; 543 ss.), ma, nel suo complesso, essa rappresenta soprattutto un contributo (originale e di grande importanza) alla soluzione dello spinoso problema della circolazione dei rapporti obbligatori (in particolare per la trasferibilità dei crediti). Non è così, per esempio, per il diritto delle società: qui analoghe radici nel passato sono altrettanto chiare (vedi, per le società commerciali, COING I, 523 ss.), ma la materia, nel XIX secolo, si inserisce nel contesto tutto nuovo della problematica relativa a “Die privatrechtliche Organisation” (COING II, p. 95 ss.).

5. – All’inizio di questa nota, ho parlato del libro, al quale essa si riferisce, come di una “storia del diritto privato europeo”. In effetti il contenuto – del primo e del secondo volume considerati assieme – fornisce tutte le informazioni sull’evoluzione della materia dalla fine del medio evo ai primi decenni del XX secolo; tuttavia qui, come già nel primo volume, la trattazione ha forma istituzionale³⁷: e le osser-

³⁶ L’autore è particolarmente attento – analiticamente attento – al legame tra la problematica giuridica e il suo sostrato sociale. Ciò nonostante, con felice scelta egli non appesantisce le sue note con riferimenti alla letteratura non giuridica, presentando invece, alla fine del volume (pp. 647-649) una “Auswahlbibliographie zur europäischen Wirtschafts- und Sozialgeschichte des 19. Jahrhunderts”.

³⁷ SDHI, 52 (1986), 439.

vazioni che avevo fatto in occasione della lettura del primo volume, sul valore euristico di questa forma di sintesi³⁸, potrei ripeterle qui ancora.

Un particolare pregio formale dell'opera è nella sua perfetta accessibilità (da parte, beninteso, di un lettore che possenga una formazione di giurista: si tratta di un'opera per specialisti e non, come si diceva un tempo, genericamente "ad uso delle persone colte"). Accessibilità per una lettura integrale, perché il libro è scritto con grande chiarezza e con la coerenza e il ritmo da andante mozartiano che tutti sanno essere propri dell'autore; ma anche accessibilità al lettore parziale, in quanto ogni unità del contenuto (parte, capitolo, paragrafo e capitoletto – o, se si vuole, sottoparagrafo) è concepito in modo da essere autonomamente compiuto e comprensibile. Questo modo di scrivere è costato qualche ripetizione, ma rara e comunque mai inelegante.

Il solo difetto³⁹ del volume sta nell'insufficienza degli indici. Oltre all'indice sommario (ove, per altro, non compaiono mai i capitoletti o sottoparagrafi), il primo volume possedeva un "Personenverzeichnis", un "Ortverzeichnis", un "Quellenverzeichnis" (che, in realtà, non era un vero indice delle fonti, ma solo la parte dell'indice per materie relativa alle fonti, considerata ciascuna nel suo complesso – ABGB, ALR, Digesto etc. –; esso non conteneva, insomma, la menzione dei singoli passi) e un "Sachverzeichnis". Questo secondo volume non possiede che il "Sachverzeichnis", cioè l'indice analitico per materie⁴⁰. Quel che, soprattutto, manca è un indice analitico delle fonti; ciò diviene evidente, sol che si pensi al ruolo che certi enunciati normativi hanno svolto, nella costruzione di soluzioni assai disparate. L'esempio più chiaro è forse quello dell'art. 1382 del Code civil, che ricorre (se le mie note di lettura non sono lacunose) alle pagine 173; 174; 180; 251; 294; 296; 300; 302; 439; 440; 516; 525.

Sempre nelle mie note di lettura, ho abbozzato un indice delle fonti romane citate, che ritengo utile pubblicare qui di seguito:

Gai institutiones

2, 60: p. 425⁴¹

4, 48: p. 430

³⁸ *SDHI*, 52 (1986), 440 s.

³⁹ C'è, è vero, qualche rarissima svista (o errore di stampa) e qualche piccola lacuna. Ad esempio: a p. 431 in fine, mi pare che la n. 13 vada richiamata dopo l'ultima frase (a "Jahrhunderts") e non dove essa si trova, alla frase precedente; a p. 491, l'inizio del capitoletto I. è scritto in modo da far pensare che il diritto romano non conoscesse, come struttura principale e comune, quella del contratto puramente consensuale (vedi, più chiaramente, *COING I*, 407); nel contesto della trattazione dell'usucapione (v. in part. p. 282) non vedo allusione al problema della diversa recezione, nei diritti codificati, ora del principio romanistico *mala fides superveniens non nocet*, ora di quello canonistico *mala fides superveniens nocet*; a p. 607 n. 21 l'articolo citato dello *ZGB* è il 495 (e non il 485).

⁴⁰ Ove si trova qualche lacuna. Ad '*actio Publiciana*' si deve aggiungere, ad esempio, la p. 398. Esso, per altro, incorpora il contenuto di quello che, secondo il criterio adottato nel primo volume, sarebbe stato l'indice delle fonti: una soluzione del tutto logica.

⁴¹ Al passo è fatta precisa allusione, senza tuttavia tradurre la citazione nei numeri corrispondenti.

Institutiones Iustiniani

2, 1, 40: p. 394

2, 1, 41: p. 394 4, 5: p. 515

Digesta

2, 4, 3: p. 320

19, 2, 25, 7: p. 526

2, 14, 38: p. 179

34, 5, 9: p. 288 n. 14

3, 23, 5: p. 441 n. 12

34, 5, 22: p. 288 n. 14

5, 1, 8, 16: p. 445 n. 10

36, 1, 46: p. 423

9, 2, 41 pr.: p. 519

39, 5, 19, 2: p. 495 n. 2

11, 7, 8, 1: p. 441 n. 12

40, 7, 9, 2: p. 430

12, 6, 2, 2: p. 445 n. 10

41, 1, 31 pr.: p. 394

12, 6, 3, 5: p. 445 n. 10

47, 10, 6: p. 518

12, 6, 38 pr.: p. 262

47, 20, 3, 2: p. 175

18, 1, 62, 1: p. 441 n. 12

50, 17, 206: p. 499 s.; 503; 506

18, 4, 8-9: p. 441 n. 12

(ove *err.* 50, 27, 206)*Codex Iustinianus*

4, 26, 7: p. 501; 503

7, 47, 1: p. (464), 466

4, 30, 14: p. 459

8, 18, 11: p. 215

4, 31, 14: p. 460

8, 27, 1: p. 416

4, 35, 22: p. 469

8, 41, 8: p. 470

4, 44, 2: p. 447

8, 53 (54), 8: p. 456

4, 50, 6: p. 394

9, 25: p. 300

6, 30, 9: p. 636

Novellae Iustiniani

4: p. 459

118 cap. 3, 1: p. 523 n. 7

115 (cap. 3-5): p. 629; 630; 632

127: p. 622

118: p. 622

6. – Questo *Europäisches Privatrecht*, nei suoi due volumi – valutandolo nella prospettiva del discorso che ho svolto qui nei paragrafi 2 e 3 e che già prospettavo, meditando sulle *Legal Institutions* di P. Stein, nel cinquantatreesimo volume di questa rivista⁴² – costituisce uno strumento ideale (e, data la sua unicità, necessario) per l'iniziazione alla comparazione giuridica e la sua pratica. Per l'iniziazione in quanto esso, con le prospettive che offre, abitua al pensiero giuridico transnazionale e ne rende evidente la necessità scientifica; per la pratica in quanto, con le informazioni che fornisce, mette a disposizione dello studioso un repertorio di dati per l'inizio di ogni approfondimento.

⁴² *Storia del diritto e comparazione come metodologia della scienza giuridica*, in *SDHI*, 53 (1987), 386 ss.

L'opera avrà certo successo: ma perché essa possa diventare, come merita, un libro di studio e di consultazione comune per tutti i giuristi europei (studenti, studiosi e pratici che non si contentano di restare "giuristi municipali") è necessario che venga tradotta nelle diverse lingue. Abbiamo visto (nel paragrafo 3 sub *b*) come traduttori ed editori possano contribuire alla costruzione della scienza. È l'occasione, per essi, di assumersi ancora tale funzione.

SYSTÉMATIQUE ET DOGMATIQUE DANS LES *COMMENTARII IURIS CIVILIS* DE HUGO DONELLUS *

I. – UNE COMPARAISON SPONTANÉE: DONEAU ET DOMAT

La lecture des grands ouvrages systématiques du droit privé – et surtout l'examen des introductions à ces ouvrages (car c'est surtout dans leurs pages introductives que se trouvent exposés les critères méthodologiques, le but de la démarche et en général la raison de l'œuvre) – donne souvent l'impression non seulement que les auteurs des différentes époques se sont toujours trouvés face aux mêmes problèmes (ce qui est assez naturel), mais encore que ces problèmes ont été engendrés par des situations strictement analogues dans l'histoire des sources du droit et de la science juridique. Cette impression est d'ailleurs souvent superficielle, comme nous allons le vérifier avec une comparaison entre la *praefatio* des *Commentarii de iure civili* (1589-90) de Doneau et la préface écrite environ un siècle plus tard par Jean Domat pour son grand traité *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694)¹.

La raison qui justifie de commencer cette étude par cette comparaison entre Doneau et Domat ne réside pas uniquement dans le fait que les exposés des deux auteurs s'y prêtent tout particulièrement; c'est plutôt parce que cette comparaison me semble être un bon moyen pour mettre concrètement en évidence les aspects originaux du travail systématique de Doneau.

Les idées de base sont les mêmes chez les deux juristes. Elles peuvent se résumer par les propositions suivantes:

Les Romains ont su construire le droit le plus parfait et le plus complet qui ait jamais existé; de plus, ce droit n'avait pas un simple caractère national, car les Romains ont opéré une sorte de synthèse de ce qui, de leur temps, se présentait comme significatif chez tous les peuples. Voir Doneau (p. XXXIII): «*Sed ex omnibus, quae unquam ullo in populo constituta sunt, nullum ius neque praeclarior constituitur*».

* Estratto da Jacques Godefroy (1587-1652) et *l'Humanisme juridique à Genève*, édités par Bruno Schmidlin et Alfred Dufour, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991.

¹ Editions utilisées: H. DONELLUS, *Commentarii de iure civili*, editio sexta quam curavit, C. Bucher, Norimbergae 1822-1834. J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et le legum delectus*, Paris 1705. La première édition des *Loix civiles* (en trois volumes, Paris 1689-1694) ne mentionnait pas le nom de l'auteur.

tum est, quam populi Romani, neque diligentius. Nam cum Romani id sibi omnino proposuissent quam optimis legibus et iure fundare rempublicam; primo, non suo iudicio freti ea statuerunt, quae viderentur, sed conquisitis diligenter exterarum civitatum, quae tum habebantur sapientissimae, legibus et institutis, ut Atheniensium et Lacedemoniorum, ea delegerunt, quae videbantur optima, eaque sancita legibus in suam rempublicam transtulerunt ...».

Nos prédécesseurs ont donc très bien fait d'utiliser le droit romain comme droit actuel et nous devons poursuivre en cette direction. Doneau (p. XXXV): «*Bene igitur maiores nostri hoc ius pro suo amplexi ... Quo magis nos idem secuti hoc ipsum ius amplecti, in eoque cognoscendo versari et elaborare debemus*».

Mais les sources de ce droit, c'est-à-dire le *Corpus Iuris Civilis*, le présentent de façon qui le rend très difficile à utiliser. Doneau (pp. XXXV s.): «*Sed difficile dictu est, maiorne hic utilitas et excellentia sit, an difficultas: ac, si verum dicendum est, saepe utilitas difficultate vincitur*».

Il faut donc trouver une nouvelle méthode pour présenter le même contenu.

J'ai cité des passages de Doneau: à côté de chacun de ces passages j'aurais pu rapporter un texte parallèle de Domat, car jusqu'ici leurs opinions coïncident². Mais si nous allons un peu plus loin – si nous considérons l'analyse des sources sur lesquelles les deux auteurs se sont basés – de profondes divergences commencent à se manifester très clairement:

Il faut d'abord considérer la cause à laquelle Doneau et Domat attribuent le mauvais état dans lequel le droit romain se présente dans le Digeste et le Code de Justinien (ce sont ces deux volumes, en effet, que l'un et l'autre privilégient, comme étant les textes fondamentaux pour les juristes: (cf. Doneau, pp. XXXIV s.). Tandis que, selon Domat, il s'agit là tout simplement d'un désordre provenant du fait que les textes romains représentent le résultat d'un travail ponctuel et différencié de plusieurs siècles, désordre auquel les compilateurs de Justinien ne se sont pas préoccupés de remédier, pour Doneau, il n'est pas question ici simplement de désordre. A son avis, nous sommes bel et bien en présence d'une lourde faute de

² Pour la pensée de Domat, voir les passages cités dans C.A. CANNATA-A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II (4^e éd.), Torino 1989, p. 233 ss. Sur Domat voir surtout G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna 1976, p. 157 ss. (avec litt.). Sur Doneau, voir: M. BODET, *Etude sur Doneau*, in *Rev. Droit franç.*, 1 (1844), pp. 845-858; M.A. EYSEL, *Doneau, sa vie et ses ouvrages. L'école de Bourges, synthèse du droit romain au XVI^e siècle, son influence jusqu'à nos jours*. Mémoire traduit du latin de l'auteur par M.J. Simonet, Dijon 1860; *idem*, *Les dernières années de H. Doneau*, in *Mém. Acad. Dijon*, 15 (1868-69), p. 347; R. STINTZING, in STINTZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I, Leipzig 1880, p. 378 ss.; L. BUHL, *Hugo Donellus in Heidelberg (1573-1579)*, in *Neue heideld. Jb.*, 2 (1892), pp. 280-314; A.B. SCHWARZ, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, in *SZ (rom. Abt.)* 42 (1921), p. 578 ss. (en part. 583); G. LAPOINTE, article *Doneau, Hugues*, in *Dictionnaire de droit canonique*, IV^e vol., Paris 1949, p. 1436 s.; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2^e éd., Göttingen 1967, pp. 155, 164 (litt. Note 55), 167 ss., 211, 240 (rapport avec Domat); E. HOLTHÖFER, in H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II, I, München 1977, pp. 137, 149 ss., 207, 471 (litt.), 750; P. HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris 1983, *passim*.

Justinien, qui a découpé des morceaux dans les oeuvres des juristes, leur faisant ainsi perdre la place qu'ils avaient à l'origine, avec tout ce que cette place comportait de valences dogmatiques et de connections systématiques. Doneau (p. XXX-VII): «*Sed omnis fere obscuritas ex eo est, quod scapta, quibus hi libri constant, fragmenta sunt tantum auctorum, quae ex suis locis abrupta venus, quam sumpta, in alia loca velut trunca et mutila congesta sunt, non praecisis inutilibus, quae brevitatis magna laus est; sed ut plurimum detractis necessariis et praecedentibus, sine quibus sequentia intellegi non possunt*»³.

Selon Domat, l'état des livres de Justinien rend leur consultation difficile surtout parce qu'il est malaisé d'y trouver les passages relevant et, une fois que l'on en a trouvé un, celui-ci n'est pas accompagné par les autres qui permettraient d'établir avec exactitude sa portée normative: la règle n'est pas accompagnée par ses exceptions et l'exception se présente souvent comme si elle était la règle. Ce qu'il faut donc faire, selon Domat, c'est restituer au matériel du *Corpus Iuris* son ordre logique, ordre qu'il faudra plutôt créer, parce que, comme le soutenait Domat, il n'a jamais existé. La pensée de Doneau est toute différente. Le mauvais état des sources (qui ne remonte pas aux juristes classiques, mais à la maladresse de Justinien) ne rend pas seulement problématique le repérage des choses, mais empêche aussi la compréhension du contenu, car ce contenu a perdu la cohérence dogmatique qui le régit. Cf. Doneau (p. XXXVI): «*Nascitur haec [à savoir, la difficulté de la compréhension] quidem non minima ex parte ex rei ipsius natura. ... Intelligere enim, quid sit iuris in re quaque similitudines rerum nosse et dissimilitudines, et in his aequitatis bene constitutae videre et expedire rationem, magni ingenii et summae prudentiae est; ad quam assurgere non est cuiusvis*».

Ce qu'il faut donc faire, selon Doneau, c'est restituer au contenu des *libri legales* leur structure systématique et leur cohérence dogmatique.

Comme en témoigne le titre même de l'œuvre, le travail de Domat ne consista qu'à exposer à nouveau le contenu du *Corpus Iuris* en respectant un certain ordre de succession des différents concepts et règles. Si *Les lois civiles dans leur ordre naturel* se présentent comme un traité et non pas comme une compilation, leur nature est néanmoins très proche, au fond, de celle des *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae* que J.R. Pothier composera au siècle suivant⁴. Le fait que Domat se soit simplement préoccupé de l'ordre et non de la systématisation proprement dite nous est aussi révélé par l'idée constituant la pierre angulaire de son édifice, qui n'est pas d'ordre juridique et qui n'est pas adaptée à un travail de systématisation du droit privé. Il s'agit, comme on le sait, de l'idée de l'«engagement», prise non pas dans ses dimensions juridiques, mais dans le sens éthique de la tradition

³ Cfr. le passage du *Tiers livre* de Rabelais, qui est cité dans C.A. CANNATA, *Rabelais et le procès*, in *Università di Cagliari. Studi economico-giuridici*, 51 (1985-86), p. 28 s.

⁴ Les *Pandectae* de J.R. POTHIER ont été publiées en 1748-1752. Le titre complet est: *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae cum legibus codicis et novellis*. Sur Pothier voir G. TARELLO, *Storia* (*supra*, note 2), p. 184 ss.

janséniste; en tout cas, si elle permet à l'auteur de se mouvoir assez aisément dans le domaine des obligations, l'exposé est moins cohérent ailleurs et, en matière de droits réels, absolument confus et lacunaire. Malgré tout, on ne peut certainement pas reprocher à Domat d'avoir fait régresser la science juridique en composant, exactement un siècle après Doneau, une œuvre qui peut apparaître comme celle d'un modeste devancier. En effet, il répondait aux exigences de son siècle: besoin de clarté dans le contexte de la crise du droit commun et désir d'un droit naturel ayant un contenu et non seulement des prémisses. Concernant ce dernier point, Domat a eu notamment le mérite inestimable de proposer à nouveau le droit romain au monde juridique français à un moment où ce patrimoine était mis en discussion.

Doneau œuvra au XVI^e siècle, un siècle que – comme l'a écrit récemment Peter Haggemacher⁵ – le *ius civile in artem redigendum* cicéronien traversa à la façon d'un cri de guerre, à partir au moins du *De iuris arte* de Coras⁶.

Donellus aussi se réfère de manière expresse à l'œuvre (œuvre perdue ou simple projet?) de Cicéron; il fait même plus et déclare que ses *Commentarii de iure civili* représentent une telle œuvre: «*Atque hoc quidem in his libris, quos instituimus, de iure in artem redigendo*» (Doneau, *Comm.* lib. I, cap. I, § 1; éd. cit., vol. I, p. 3).

Comme chacun le sait, l'idée de Cicéron était d'exposer le droit objectif selon les principes et la méthode de la dialectique (il s'agit là précisément du sens de l'expression *in artem redigere*). L'exemple contemporain de Quintus Mucius Scaevola et celui de Servius Sulpicius Rufus – que Cicéron appréciait particulièrement – ne lui suffisaient pas, car les deux juristes se limitaient à exploiter les moyens de la dialectique dans le sens de l'analyse, sans construire un système organisé du droit dans son intégralité. Si les juristes romains refusèrent toujours de suivre les indications de Cicéron au point qu'une synthèse ordonnée selon des *divisiones* dialectiques ne se rencontre que dans la littérature isagogique de la fin de l'époque classique, cela est dû au fait que les indications de Cicéron contredisaient leur méthode casuistique, porteuse d'une dogmatique plus raffinée que celle qu'on pouvait attendre de la méthode systématique⁷.

Mais un juriste du XVI^e siècle œuvrant sur le continent européen (je veux dire en dehors de l'Angleterre) était désormais très éloigné de l'expérience pratique de la construction casuistique du droit privé et avait été habitué à penser juridiquement en partant de la lecture des textes. L'idée de Doneau, selon laquelle le droit romain est difficile parce que les textes qui nous le présentent cachent leur consistance dogmatique, était tout à fait exacte pour un univers qui ne savait plus consi-

⁵ P. HAGGENMACHER, *Grotius* (*supra*, note 2), p. 70.

⁶ Jean CORAS (Corasius); voir E. HOLTHÖFER, *op. cit.* (*supra*, note 2), pp. 149, 469.

⁷ Sur le projet cicéronien (*ius civile in artem redigendum*), voir dernièrement A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari 1987, p. 38 ss.; C.A. CANNATA, *Histoire de la jurisprudence européenne*, I, Torino 1989, p. 63 ss.; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München 1988, p. 628 ss.

dérer le cas concret comme un microcosme ni sa solution juste comme une règle. Lorsque l'entité que le juriste considère comme l'objet principal de son attention n'est plus la réalité concrète des litiges, mais qu'elle est représentée en revanche par les institutions, la nécessité d'un système s'impose. En effet, la méthode casuistique et la méthode systématique sont les seules alternatives possibles pour la science juridique: *tertium non datur*.

II. – LE SYSTEME DE HUGO DONELLUS

Il serait très intéressant de comparer le système de Donellus avec ceux proposés par ses contemporains et ses prédécesseurs les plus proches dans la grande tradition du *mos Gallicus*. Il ne nous est pas possible de le faire ici; mais une telle comparaison, en substance, ne ferait que confirmer l'originalité de l'intelligence de Doneau, sinon celle de sa pensée en général. La nouveauté de l'œuvre de Doneau réside plutôt dans les résultats qu'il obtient en se penchant sur la matière, que dans l'originalité de ses points de départ et de sa méthode.

Déjà l'application rigoureuse de la méthode de la systématisation rationnelle (in *artem redigere*) lui impose de rompre avec la systématique du Digeste et même avec celle des Institutes, au lieu de simplement la corriger, comme on l'avait fait auparavant⁸. Il est certes vrai que bien des éléments du système des Institutes subsistent dans l'œuvre de Donellus: mais ces concordances sont présentées de telle façon qu'on pourrait penser qu'il s'agit de coïncidences dues au fait que certaines divisions des Institutes correspondent à une même logique que celle de Donellus, et donc qu'il les a acceptées. Il est très intéressant de constater que la division fondamentale des *Commentarii* entre *ius civile extra litem* et *ius civile in lite* comporte une «Isolierung» du droit procédural par rapport au droit de fond, dont l'importance est comparable plutôt à celle qu'elle présente dans les *Institutes* de Gaius – le modèle historique des Institutes de Justinien, modèle que Doneau ne connaissait pas – qu'à celle qu'elle possède chez Justinien.

Les *Commentarii* de Donellus, qui se réfèrent au droit privé, contiennent donc ces deux grandes *partes*, relatives – comme on vient de le dire – respectivement au droit de fond et au droit procédural. Les raisons en sont expliquées dans les *praecognita* où, après une définition du *ius* (définition axée sur son caractère impératif⁹) et un examen de ses sources, il propose les divisions générales du droit, à savoir celle entre le droit divin (*ius Dei*) et le droit humain, et la subdivision de ce dernier en droit public et droit privé. Or, pour chacune de ces branches, les pro-

⁸ P. HAGGENMACHER, *Grotius* (*supra*, note 2), p. 178 s.

⁹ P. HAGGENMACHER, *Grotius* (*supra*, note 2), p. 352.

blèmes se posent toujours au juriste selon les deux formes de réponses que comporte la *quaestio de fine iuris* et qui sont les suivantes: «*quid suum cuiusque sit*» et «*qua via id etiam ab invito obtineamus*». De cette attitude découle un aspect particulier du système de Doneau, à savoir qu'il place la procédure civile à l'intérieur du droit privé, entraînant ainsi jusqu'à ses conséquences extrêmes une attitude qui, chez les juristes romains, était plus nuancée. Mais cette conclusion de Donellus se justifie, parce que son *ius civile in lite* n'est en réalité pas la procédure civile, mais le droit des actions, c'est-à-dire la détermination de l'appartenance des différents remèdes judiciaires, et surtout de l'action et de l'exception, ainsi que du jeu réciproque de ces remèdes. Ainsi, le *ius civile in lite* étudie les aspects privés du droit procédural, à savoir les règles concernant des situations subjectives dont les parties, en règle générale, disposent librement.

Quant au *ius civile extra litem* et donc au droit de fond, dont nous nous occuperons exclusivement dorénavant, il s'identifie, selon Donellus, avec le problème du *ius quod suum cuiusque est*. Il est clair qu'il construit cette expression à partir de l'exégèse du texte d'Ulpien qu'on lit au D. 1, 1, 10, 1 et en I. 1, 1, 3: «*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*». Donellus n'attache pas une grande importance au premier *praeceptum*, trop vague en effet, et d'autre part, comme nous le verrons brièvement par la suite, il emploie le deuxième (*alterum non laedere*) comme un impératif subsidiaire. En revanche, il prend comme point de départ la force et la richesse du *suum cuique tribuere*. Cette idée exprime de manière synthétique les buts de tout l'ordre juridique et notamment du droit privé, et Donellus l'exploite à fond d'un point de vue dogmatique et systématique, en en déduisant les éléments qui constituent en même temps le critère de l'unité du système et les moyens dogmatiques de son analyse.

Cela résulte clairement de la lecture du chap. 8 du II^e livre des *Commentarii*, que nous allons, bien que brièvement, examiner tout de suite.

Le premier paragraphe de ce chapitre affirme tout d'abord (§ 1; dans l'édition citée, vol. I, pp. 229 s.): «*Id quod nostrum cuiusque est, duplex est. Est enim, quod vere et proprie nostrum sit; est etiam, quod nobis debeat. Proprie nostrum voco, quod ita nostrum factum est, ut nulla ex parte sit alterius, et ut nostrum amplius fiat, alterius factum aut traditionem ullam non desiderat. Cuiusmodi sunt, exempli gratia, quae domini nostri sunt, item iura praediorum ipsis praediis iam imposita et quaesita. Debetur nobis id, ad quod praestandum nobis alius obligatus est. Id priusquam nobis a debitore praestetur, si quidem dare oportet, nondum re vera nostrum est; sed debitor est dominus, et ut in nos transferat, petimus. Verumtamen effectum iuris quodammodo nostrum videtur, quia ad id consequendam actionem habemus*».

Pour comprendre de manière correcte le sens de cette proposition fondamentale, deux précisions s'avèrent nécessaires. Je ne ferai maintenant qu'ébaucher la première, pour y revenir ensuite. Il s'agit de ceci: on dit souvent que le système de Donellus est un système de droits subjectifs; il s'agirait donc, pour reprendre le thème de la comparaison que j'ai faite au début de cette communication, d'un système représentant le «*Spiegelbild*», l'image reflétée de celui propre à Domat, qui

lui travaillera sur la base de la notion d'engagement. En réalité il n'en est pas ainsi, car Donellus ne tombe pas dans le piège consistant à utiliser une notion de base unilatérale et rigide, qui lui aurait donné des difficultés au moment de l'élaboration dogmatique des institutions. En effet, un système axé sur l'idée du droit subjectif lui aurait occasionné pour les obligations des difficultés analogues à celles que Domat rencontrera avec les droits réels. L'intelligence de la dogmatique implicite des sources romaines, qui caractérise le génie de Donellus, lui permet de découvrir que l'obligation doit être construite sur l'idée du devoir, car le droit du créancier s'y réduit à l'action, et se présente donc sous la forme d'un instrument et non sous celle d'une situation subjective de pouvoir direct sur une entité quelconque. Les juristes romains, malgré certaines analyses modernes – assez étranges d'ailleurs – qui prétendent que les Romains ignoraient la notion de droit subjectif, connaissaient en réalité très bien cette notion¹⁰; mais ils ne l'utilisèrent de façon constructive que dans la dogmatique des droits réels, alors qu'ils construisirent l'obligation comme un devoir et le droit des personnes sur la base de la notion de *status*. La nouveauté de Doneau par rapport à la dogmatique romaine réside dans le fait que lui-même possédait une notion unique pour identifier n'importe quelle situation subjective du droit privé. Mais cette notion n'était pas celle de droit subjectif: elle correspondait en revanche au *suum cuique tribuere*, dont elle est déduite. Il s'agit donc d'une notion dynamique, celle de l'attribution du juste là où il est juste de l'attribuer; il s'agit donc, précisément, de la notion de rapport juridique.

Voici la seconde précision: la lecture du *Comm.* II, 8, § 1, que nous venons de faire, ne doit pas donner l'impression que la division fondamentale que contient ce texte correspond à une division entre droits réels et obligations, car elle est simplement une distinction entre les rapports juridiques absolus et les rapports juridiques relatifs. Les premiers, c'est-à-dire les rapports absolus, comprennent – à côté des droits réels – les droits de la personne, dont le domaine est défini au moyen d'un recours à la règle subsidiaire du *neminem laedere*. Il faut lire le *Comm.* II, 8, § 2 (éd. cit., I, p. 231): «*Quod proprie nostrum est, id consistit aut in persona cuiusque, aut in rebus externis; ex quo sunt praecepta illa duo iuris distincta, alterum non laedere, suum cuique tribuere*¹¹. *Quorum prius ad ea, quae sunt personae, posterius ad res cuiusque pertinere, supra diximus, ita ut nostras simul, et nobis debita complectatur*». Et encore le § 3 (éd. cit. I, p. 231): «*In persona cuiusque id nostrum est, quod tribuitur personae, id est, quod cuique ita tribuitur, ut is id habeat in sese, etiamsi desint res ceterae externae. Haec a natura cuique tributa sunt quatuor: vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio. Est quidem incolumitas animi in praecipuis rebus perso-*

¹⁰ Cf. G. PUGLIESE, «*Res corporales*», «*res incorporales*» e il problema del diritto soggettivo, in *Studi Arangio-Ruiz*, III, Napoli 1953, p. 225 ss.; M. KASER, *Zum Jus-Begriff der Römer*, in *Acta Juridica* (1977) [= *Essays Beinart*, II (1979)], p. 63.

¹¹ Il n'y a aucune contradiction ici: l'idée que Donellus utilise comme concept de base de sa classification est celle du *suum cuique*; «*suum cuique tribuere*» est en revanche une règle impérative, qui se place sur le même plan que celle de «*alterum non laedere*».

nae habenda: sed haec ad defensionem iuris non pertinet; fortasse ideo, quod nemo ita possit corrumpi, ut non quisque suo vitio, et a se videatur corrumpi potius, quam ab alio».

De cette façon, la systématique de Doneau se trouve définie, et définie en même temps de manière dogmatique. Le droit privé *extra litem* est le droit du *suum*, qu'il faut distinguer en «*quod vere et proprie suum est cuique*» et «*quod nobis debetur*». La première de ces classes, celle du *ius quod proprie nostrum est* (sectio I) comprend, d'une part, le *ius quod in persona cuiusque competit* (qui est le droit sanctionné par l'impératif *alterum non laedere* et se réfère à la vie, la sécurité physique, la liberté et l'honneur: caput 2) et, d'autre part, le *ius quod in rebus externis nostrum est*. Celui-ci est le *ius quod ad res pertinet* des Institutes de Justinien (et donc de Gaius); il comprend d'abord les rapports juridiques réels, c'est-à-dire *quod proprie suum est cuiusque*, ou (comme il est dit in *Comm. XII, 1, § 1*): «*id quod suo iure quisque potest sibi sumere sine alterius vel opera vel iniuria*». Ensuite il comprend les obligations: *altera pars sequitur, posita in eo, quod cuique debetur, quod sit ei iure ab altero praestandam*. L'impératif «*suum cuique tribuere*» sanctionne en général ce *ius quod in rebus externis nostrum est*.

En conclusion, il faut ajouter que, selon la tradition institutionnelle romaine, les successions sont insérées dans le système comme un mode d'acquisition des droits (et précisément des droits réels) et donc qu'elles n'occupent pas une place autonome¹².

III. – LA DÉFINITION DE L'OBLIGATION

L'étude du système de Doneau nous a permis de constater que la notion d'obligation y joue un rôle important. Dans le système du Digeste, les obligations n'avaient apparemment aucune autonomie; dans les Institutes de Justinien (ainsi que dans celles de Gaius) il existe bien sur une partie consacrée aux obligations, qui est justement introduite par les mots «*nunc transeamus ad obligationes*» (I. 3, 13 pr.; Gai. 3, 88). Mais cette phrase même, en réalité, ne peut qu'étonner le lecteur de ces livres s'il ignore le rôle que les obligations, ou mieux que l'obligation en elle-même, comme structure juridique, jouait dans la dogmatique des juristes romains. En effet, dans le système des Institutes, cette *pars de obligationibus* ne possède pas une véritable justification dogmatique qui permette de comprendre l'évidence que les auteurs lui attribuent dans le contexte relatif au *ius quod ad res pertinet*. Le fait que Donellus ait restitué à l'obligation son rôle de pilier du système du

¹² Les *legata et fideicommissa* ainsi que l'*acquisitio per universitatem* sont placés avec l'acquisition de la propriété; l'*agnitio supremæ voluntatis* se range parmi les quasi-contrats.

droit privé est une nouvelle preuve de son intelligence du droit romain et des implications dogmatiques de ses sources. Il me semble donc utile, pour conclure mes rapides observations sur le système de Donellus, d'examiner de près la solution qu'il donna au plus important des problèmes de la construction dogmatique du droit des obligations, à savoir celui de la définition de l'*obligatio* ou – pour mieux dire – celui de l'individualisation technique de la notion d'obligation.

C'est un problème devant lequel bien des juristes ont échoué, y compris Savigny lui-même: il se présente comme spécialement difficile car les juristes romains, qui ont inventé l'obligation et en ont élaboré le régime avec une telle finesse qu'on a toujours considéré le droit des obligations comme leur chef-d'œuvre, n'ont jamais défini l'obligation, bien que cette définition semble nécessaire, car l'«Isolierung» de l'obligation dans le domaine plus vaste et plus vague du devoir juridique n'est pas une opération évidente; ce n'est pas comme la notion de propriété qui possède un point de départ, pour ainsi dire, naturel. Concernant ce problème, la jurisprudence classique nous a légué un seul passage de Paul, qu'on lit au D. 44, 7, 3 pr., et qui contient des éléments précieux en vue de la construction d'une définition de l'obligation; mais ce passage ne constitue pas une définition. Une vraie définition existe en revanche dans les *Institutes*, I. 3, 13 pr.: c'est la fameuse phrase «*Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*». Mais ce passage qui, comme je crois l'avoir définitivement démontré il y a quelques années¹³, représente un adage des écoles orientales du V^e siècle, est largement incohérent, et surtout n'isole absolument pas l'obligation parmi les devoirs juridiques en général.

Donellus, dans les paragraphes qu'il consacre à la notion d'obligation (il stagit des quinze paragraphes du lib. XII, cap. II des *Commentarii*), travaille sur la base de la définition de Justinien, mais en y ajoutant certaines précisions exégétiques et surtout en faisant une série de considérations préalables. Il exploite aussi le seul avantage de la définition des *Institutes*, qui est de présenter l'obligation comme un rapport juridique à envisager du point de vue du débiteur.

Voyons d'abord ses prémisses.

Pour répondre à la question, fondamentale dans le contexte de son système, «comment est-ce qu'une chose qu'un autre me doit peut être dite mienne?», il s'exprime de la manière suivante (XII, 2, § 2; éd. cit., vol. VII, p. 5): «*Sed dum spectatur id quod iure fieri oportet, nostrum dicitur, quod eiusmodi est, ut nobis praestari debeat, quo nostrum fiat; sed tum maxime, cum est actio, qua id consequamur, ab effectu certo. Prope est enim ut videatur rem habere, qui actionem habet ad eam consequendam*». De cette façon, un point fondamental de la notion d'obligation est acquis: ce qui constitue le contenu de la situation du créancier, c'est l'action. Le *suum* du créancier ne correspond donc pas à une situation subjective substantielle, car il

¹³ C.A. CANNATA, *Le definizioni romane dell'obligatio*, in *Studi in memoria di Giuliana D'Amelio*, I, Milano 1978, p. 132 ss.

s'agit d'une situation, pour ainsi dire, instrumentale. La nature de l'obligation doit par conséquent être recherchée du côté du débiteur. C'est bien dans cet esprit qu'est écrit le § 3 de ce chapitre, peut-être le plus important de tout l'exposé de Doneau en cette matière (éd. cit., vol. VII, p. 5): «*In hac parte hoc quaeritur, quid cui debeat, et hoc ipsum quod debetur, quomodo obtinere possimus, ut praestet. Utrumque ut intelligatur, praestat cognitio obligationis. Id enim debet quisque, ad quod praestandum obligatus est, et obligatio omnis eam vim habet, ut praestari oporteat, quod est in obligatione. Ut proinde obligatio una sit et debendi causa, et eius quod debitum sit, praestandi. Unde fit, ut cum de eo quod nobis debetur, quaeritur, omnis ea quaestio et tractatio ad obligationis ius et cognitionem conferatur. Id an ita sit, statim ab initio definitio utriusque declarabit. Deberi id dicitur, quod iure quemque praestare oportet. Hinc debitor, cum proprie appellatur, is, a quo invito pecunia exigi potest [L. 108, D. de verb. sign.]. Non exigitur ab invito, nisi quod invito etiam debeat praestare. Hinc et natura debere dictus, quem iure gentium dare oportet [L. 84, D. de reg. iur.]. At hoc ipsum quemque praestare oportet, qui ad eam rem iure est obligatus. Hoc vero definitio certa obligationis ostendit, tradita a Iustiano in Institutionibus [Pr. I de obligation.].*».

L'obligation se présente donc comme une double cause: elle constitue le fondement du devoir, et aussi celui de la prestation de ce qui est dû. Dans le premier sens elle peut se présenter aussi comme obligation naturelle; mais, en tant que fondement de la prestation, elle comprend le caractère obligatoire de celle-ci, et confère donc l'action au créancier¹⁴.

Un précédent de l'analyse de Sbrinz qui reconnaîtra dans le rapport obligationnel une «Schuld» et une «Haftung», apparaît déjà ici, mais sous une forme bien plus précise et convaincante que celle que lui donnera ce pandectiste au XIXe siècle.

Pour déduire cette notion d'obligation du texte de Justinien, comme il l'annonce (on vient de le lire), Doneau précise certains points de I. 3, 13 pr. Il souligne d'abord que la définition dénomme l'obligation «vinculum» par métaphore (§ 5; éd. cit., vol. VII, p. 6) (il disposait d'une riche littérature médiévale à ce sujet¹⁵, qu'il ne cite pas, mais qu'il a évidemment présente à l'esprit), mais il précise que ce *vinculum* est un *vinculum iuris* (§ 6; éd. cit., vol. VII, p. 7) et que c'est donc sur le plan du droit que le lien devient effectif. Cela est dû au fait que le droit nous astreint à la prestation, «*necessitate obstringimur alicuius solvendae rei*», où la *necessitas* provient de la possibilité de l'exercice de l'action par le créancier (§ 7; éd. cit., vol. VII, p. 7): «*exigi potest ab invito actione in eam rem constituta, quae vere istam necessitatem praestandi imponit*».

Quant aux mots «*secundum nostrae civitatis iura*» (§ 14; éd. cit., vol. VII, pp. 12

¹⁴ Sur l'obligation naturelle et la *sola civilis* voir *Comm.* XII, 2, § 7-8, à propos du mot *necessitate* de la définition des Institutes (éd. Cit. vol. VII, p. 7 s.).

¹⁵ Voir C.A. CANNATA, *Le definizioni* (*supra*, note 13), p. 137 ss.

s.) il reproche à Théophile et à Accursius de rapporter ce complément au verbe *solvere*, interprétation qui ôte à la phrase tout son sens. En revanche (§ 15; éd. cit., vol. VII, pp. 13 s.) «*referrī debet adiectio ad verbum praecipuum, quod orationem regit in hac definitione, vel potius ad totum illum complexum, quo adstringimur necessitate; ut sit hic contextus, quo adstringimur necessitate alicuius rei solvendae, adstringimur autem ea necessitate secundum nostrae civitatis iura*» (etc.: c'est aussi un rappel du concept général de Doneau de la nature impérative de la règle juridique).

Nous lisons enfin la conclusion de tout le discours de Doneau sur la définition de l'obligation (*Comm. XII, 1, § 15 in fine*; éd. cit., vol. VII, pp. 14 s.): «*Definitione obligationis cognita, iam illud, puto, certo intelligitur verum esse, quod supra posui, deberi id, ad quod praestandum quis obligatus est. Obligatum autem esse eum, qui iure tamquam vinculo adstrictus est necessitate eius praestandi. Ita et debendi causam, et necessitatem praestandi eius, quod debeat, ex obligatione peti oportere*».

Comme on le voit, l'analyse de Doneau n'élimine pas les défauts de la définition des Institutes: le caractère relatif du lien (clair dans le texte de Paul. D. 44, 7, 3 pr.) n'est pas mentionné, le type de contenu spécifique (*dare, facere, praestare*, comme le précisait Paul dans le texte mentionné, que Doneau cite sans en tirer ce qu'il aurait pu, et surtout sans comprendre le sens de *praestare*) n'est pas approfondi non plus. Mais Doneau comprend bien d'autres choses, et cette définition est un excellent exemple du type de travail qu'il a effectué dans ses *Commentarii*. C'est un travail sur les sources romaines, une recherche dogmatique dans la structure des institutions romaines, en fonction de la construction d'un système juridique qui doit s'identifier avec le droit romain utilisé par les compilateurs, mais non dans la forme où il a été utilisé par ceux-ci. Bien au contraire, il faut reconstituer la pensée des juristes romains, à savoir ce que nous appelons aujourd'hui le droit classique. La voie de Doneau n'est pas celle de la recherche des interpolations (qui commence à cette époque), mais plutôt celle de la recherche dogmatique. C'est le style de l'école des Pandectes et non l'«*Interpolationenjagd*».

ATTO GIURIDICO E RAPPORTO GIURIDICO *

1. – Atto giuridico e azione rappresentano i poli, dai quali si lasciava orientare¹ il pensiero dommatico della giurisprudenza classica. Con riguardo, per esempio, alla vendita, la tematica dei giuristi romani è quella della *emptio venditio* come atto ovvero quella dell'*actio empti* e dell'*actio venditi* e non, come sarebbe piuttosto per un giurista moderno, quella del rapporto d'obbligazione ("Schuldverhältnis", qui "Kaufverhältnis"), cioè dell'insieme dei rapporti obbligatori materiali (o in genere delle situazioni soggettive: diritti, obbligazioni e oneri) che l'atto produce (p. 9)².

L'attenzione dommatica all'*actio* ("die 'aktionenrechtliche' Denkweise")³ si manifesta ad esempio nel fatto che per i giuristi romani la compensazione non rappresenta un istituto di diritto sostanziale, ma appartiene al diritto delle azioni e viene trattata nell'ambito dei *bonae fidei iudicia*⁴, che l'*exceptio* è una figura processuale e non un "materiellrechtliches Gegenrecht", nell'idea che *exceptio doli e pacti insunt bonae fidei iudiciis* (p. 9), che l'eccezione di prescrizione oggi connessa con la pretesa, per i classici è un termine di prescrizione dell'azione (p. 10).

Insieme dall'"aktionenrechtliche Denkweise" e dall'attenzione all'atto giuridico dipende il fatto che in diritto romano non esista la cessione del credito, ma questa vi venga sostituita dalla novazione soggettiva o dalla cessione dell'azione mediante impiego di un sostituto processuale (p. 10); per altro, i Romani non considerano l'obbligazione come un'entità autonoma, un oggetto separato dai soggetti ai quali si riferisce (p. 10 s.) e non hanno riguardo per il rapporto d'obbligazione nel suo complesso⁵, ma solo per il singolo rapporto obbligatorio (debito-credito, legato all'azione).

* Pubblicato in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LVII, 1991.

A proposito di: WERNER FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Zürich 1990.

¹ Preferibilmente ("vornehmlich", FLUME, p. 9), se non esclusivamente.

² Vedi anche FLUME, p. 23.

³ KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München 1971, 246; cfr. SCHULZ, *Prinzipien*, München-Leipzig 1934, 28 s.

⁴ Gai. 4, 61-68; I. 4, 6, 30.

⁵ "Das Schuldverhältnis als Ganzes, z.B. das Kaufverhältnis": KASER, *Das röm. Privatrecht*, I², 479; FLUME, p. 11 con la n. 18.

Il tema del libro, al quale si riferisce questa nota, è specialmente quello della dommatica dell'atto giuridico, caratteristica della giurisprudenza romana, rispetto alla dommatica del rapporto, caratteristica del pensiero moderno⁶. Nel noto volumetto sull'accessorietà delle stipulazioni di garanzia⁷, il Flume aveva dato inizio allo studio di questa tematica, dimostrando appunto che, nell'epoca classica, la *sponsio* e la *fidepromissio* in funzione di garanzia di un'obbligazione facevano riferimento alla stipulazione principale come atto, mentre il *fideiussor* si assumeva la responsabilità per l'inadempimento dell'obbligazione principale, e dunque la *fideiussio* si riferiva al rapporto giuridico garantito. Egli ha poi esteso ed approfondito la ricerca in diversi lavori⁸, e ne offre ora una sintesi per più versi arricchita.

2. – Come si è detto sopra (all'inizio del num. 1 di questa *nota*), l'idea del "rapporto d'obbligazione" è estranea allo strumentario dommatico dei giuristi romani. Se per un giurista tedesco moderno il termine "Schuldverhältnis" allude tanto al singolo rapporto obbligatorio quanto al "rapporto d'obbligazione", nel linguaggio dei giuristi romani il termine '*obligatio*' allude ora al (singolo) rapporto obbligatorio, ora all'atto giuridico produttivo di obbligazioni (*Obligatio als Terminus für den Obligationsakt und die aus ihm entstehende Rechtsfolge*: § 1, pp. 23-28)⁹. Secondo il Flume (p. 27, nella scia del Dumont) quest'ultima accezione del termine *obligatio* ne rappresenterebbe anzi il significato originario. Essa è presente soprattutto in Ulp. Lab. D. 50, 16, 19; Paul. D. 5, 1, 20; Ulp. D. 2, 14, 1, 3; Paul. D. 23, 4, 12, 2¹⁰.

In altri testi di Gaio, Papiniano, Paolo e Ulpiano è incerto l'uso di *obligatio* nel-

⁶ Per esempio (p. 20), il fatto che il *contrarius consensus* sia oggi concepito non più come risolutivo del contratto ma come risolutivo dei rapporti (del "rapporto contrattuale") che il contratto ha creato fra le parti spiega perché non si esiga più che esso avvenga unicamente *re adhuc integra*. Anche il pensiero giuridico moderno sa, naturalmente, riferirsi all'atto (p. 11-20). La dommatica dell'atto e quella del rapporto vi si intrecciano e contrappongono, generando magari cattiva dommatica, come si vede nella controversia in tema di *redhibitio* ("Wandlung" come risoluzione dell'atto o del rapporto che l'atto ha creato, laddove i Romani vedevano con nettezza la risoluzione come relativa all'atto: Ulp. D. 21, 1, 23, 1 e 7 [Iul.]; Paul. D. 21, 1, 60).

⁷ *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, Weimar 1932.

⁸ *Die Vererblichkeit der suspensiv bedingten Obligation nach klassischem römischem Recht*, in TR 14 (1936), 19 ss. (= *Gesammelte Schriften*, 1, Köln 1988, 80 ss.); *Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker*, in ZSS 92 (1975), 69 ss. (= *Gesammelte Schriften*, 1, 182 ss.); *Die Aufhebungsabreden beim Kauf – lex commissoria, in diem addictio und sogenanntes pactum displicentiae – und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker*, in *Festschrift Kaser*, München 1976, 309 ss. (= *Gesammelte Schriften*, 1, 229 ss.); vedi anche *Die Bewertung der Institutionen des Gaius*, in ZSS 79 (1962), 1 ss. (= *Ges. Schriften* 1, 163 ss.).

⁹ Lett. in FLUME, p. 24 n. 6.

¹⁰ Si può aggiungere Ulp. D. 46, 4, 8, 3 (cfr. D. 50, 17, 35), sul quale FLUME, p. 39 (nel § 3). Per Gaio (in part. Gai. 3, 119) e le Istituzioni giustiniane il Flume (p. 27 con la n. 24) rinvia al DUMONT.

l'uno (atto) o nell'altro (effetto dell'atto) senso¹¹; fra di essi il Flume riporta come esempio (p. 27 con lett. alla n. 30) il famoso:

D. 44, 7, 5 pr. (Paul. 2 *inst.*): Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

sostenendo (p. 27 s.) che esso debba essere piuttosto interpretato come allusivo, col termine *obligatio* all'atto. Ma a me pare piuttosto che il riferimento alla *substantia obligationum* renda impossibile una simile interpretazione¹².

3. – Nel § 2 (*Die Bezogenheit der adstipulatio und der Sponsions- und Fideipromissionsbürgschaft auf die Hauptstipulation*, pp. 29-38) l'autore riprende in particolare¹³ i temi del suo libro del 1932 (*Studien zur Akzessorietät* cit.).

Gaio ci assicura che

Gai. 3, 118: Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio est, fideiussoris valde dissimilis.

e passa, nei paragrafi seguenti, ad illustrare la dissimiglianza.

Per *sponsio* e *fidepromissio*:

Gai. 3, 119: Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, (quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. At illud quaeritur, si servus aut peregrinus sponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur).

Per *la fideiussio*:

Gai. 3, 119a: Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. At ne illud quidem interest, utrum civili an naturalis obligatio sit cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur.

La vera differenza fra la situazione dello *sponsor* e del *fidepromissor* da un lato e quella del *fideiussor* dall'altro deve essere individuata nel fatto che la *sponsio* e la *fi-*

¹¹ Vedi i rinvii a DUMONT e SANTORO in FLUME, p. 27 n. 27.

¹² Su Gai. 3, 92 ss.; 119 già cit.; I. 3, 15 vedi l'osservazione in FLUME, p. 28.

¹³ Sull'*adstipulatio* (Gai. 3, 117 in relazione a Gai. 3, 100) vedi FLUME, p. 29.

depromissio (di garanzia) si riferiscono alla stipulazione principale come atto¹⁴, mentre la *fideiussio* si riferisce al rapporto obbligatorio principale. Questo è detto esplicitamente da Gaio stesso, per il quale *sponsio* e *fidepromissio* *accedere possunt* alle *obligationes verborum* (cioè agli atti *verbis* produttivi di obbligazione) anche se inefficaci, cioè anche se nessuna obbligazione ne nasca (*quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus*), mentre, quanto alla *fideiussio*, essa *adici potest* a tutte le obbligazioni, comunque *contractae* (si tratta dunque dei rapporti); ed aggiunge ancora che qui non importa se l'obbligazione principale sia civile o naturale (il che non può esser detto che del rapporto).

Il dubbio, espresso in Gai. 3, 119, sulla validità della *sponsio* o *fidepromissio* che acceda alla promessa fatta da schiavo o straniero, deve dunque essere inteso non come conseguenza di un dubbio sull'obbligatorietà di tali promesse, ma di un dubbio sul fatto che la promessa di uno schiavo o di uno straniero, fatta con il verbo *spondeo*, possa considerarsi come una *stipulatio*¹⁵ (p. 31 s.).

Per l'efficacia di una *sponsio* o di una *fidepromissio* di garanzia non è dunque necessario che il *promissor* principale risulti obbligato, ma solo è che la stipulazione principale sia accettabile come *stipulatio*, il che implica certo che il contenuto dell'obbligo vi sia determinato in modo da presentare una promessa in sé potenzialmente efficace. La regola di Paul. D. 46, 1, 29 (*si sub impossibili condicione stipulatus sim, fideiussor adhiberi non potest*) vale certo anche per la *sponsio* e la *fidepromissio* (p. 33), come pure è della decisione di Paul. D. 24, 1, 5, 4¹⁶ (p. 33). La regola secondo la quale il garante di colui che abbia promesso l'indebito può valersi dell'*exceptio doli* contro il creditore non contrasta con queste conclusioni: essa si giustifica, per lo *sponsor* e il *fidepromissor*, semplicemente perché il creditore, chiedendo il pagamento al garante, si comporta pure dolosamente nei confronti di questo (p. 34 con la n. 20, in relazione a Cels. D. 12, 6, 47).

Ancora, con quel che si è desunto da Gai. 3, 119 è in armonia la regola di Gai. 3, 176, che non è l'obbligo creato dalla novazione ma la stipulazione novatoria in sé (come atto) che produce l'effetto novatorio, con la conseguenza che una stipulazione condizionale risulta perfetta, come atto, solo col verificarsi della condizione. Di ciò più oltre (p. 124 ss., nel § 10), ma subito si può ricordare la decisione casistica di Pap. D. 36, 3, 5 pr. (*postquam heres ab hostibus captus est, condicio legati, cuius nomine proposita stipulatione cautum fuerat, extitit: (fideiussores) <sponsores> interim teneri negavi, quia neque ius neque persona esset, ad quam verba stipulationis derigi possint*), ove deve intendersi che i garanti non sono tenuti, perché la loro *sponsio* accede ad un atto non perfetto, in quanto perfetto esso sarà solo col ritorno dalla prigione o la morte in prigione del promittente principale (p. 35 s.): per-

¹⁴ Lo stesso è per l'*adstipulatio*: FLUME, p. 29.

¹⁵ La regola relativa, enunciata in Gai. 3, 93, è in effetti ambigua in proposito (FLUME, p. 32).

¹⁶ *Si uxor viri creditori donationis causa promiserit et fideiussorem dederit, neque virum liberari neque mulierem obligari vel fideiussorem eius Iulianus ait, perindeque haberi ac is nihil promississet.*

ché “die bedingte Stipulation als Rechtsakt bedingt ist, deshalb bei Wegfall des Promittenten nicht perfekt wird und so auch keine Grundlage für die Sponsionsbürgschaft bietet” (p. 35)¹⁷.

4. – Nel § 3 (*Die Akzeptilation als Kontrakt zur Stipulation*, p. 39-44) il Flume prende in esame l'*acceptilatio*, prendendo le mosse da:

D. 46, 4, 8, 3 (Ulp. 48 *Sab.*): *Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est: acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit: neque enim potest verbis tolli, quod non verbis contractum est*¹⁸.

ove risulta chiaro che l'*acceptilatio*, benché certo concerna le obbligazioni nate dalla precedente *stipulatio*, è in sé stessa riferita a tale *stipulatio* come atto. Si può citare anche Paul. D. 46, 4, 14: ... *quia verbis verba ea demum resolvi possunt, quae inter se congruunt*. Dalla necessità di questa congruenza tra i *verba acceptilationis* e i *verba stipulationis* nacque il dubbio sulla validità di una *acceptilatio* parziale (Gai. 3, 172), poi risolto in senso positivo secondo Ulp. D. 46, 4, 13¹⁹ (p. 39 s.).

Particolarmente importanti (p. 40 ss.) sono i testi sull'*acceptilatio* di una stipulazione condizionata. Il Flume parte dall'idea (già utilizzata nel § 3, e di cui poi tratterà *ex professo* nel § 10) secondo la quale una stipulazione sottoposta a condizione è compiuta (“vollendet”), cioè perfetta come atto, solo al verificarsi della condizione: ne deriva che se l'*acceptilatio* si riferisce alla stipulazione come atto (cioè è atto contrario dell'atto stipulatorio), essa non può essere efficace che al verificarsi della condizione. Se invece l'*acceptilatio* si riferisse al rapporto obbligatorio nato dalla *stipulatio*, sarebbe più coerente pensare che l'*acceptilatio* di una stipulazione condizionale, fatta in pendenza della condizione, estingua il rapporto obbligatorio condizionato (p. 40).

D. 46, 3, 16 (Pomp. 15 *Sab.*): *Sub condicione debitori si acceptum feratur, postea condicione existente intellegitur iam olim liberatus. et hoc etiam si solutio re fiat, accidere Aristo dicebat. scripsit enim, si quis, qui sub condicione pecuniam promisit, dedit*

¹⁷ Vedi a p. 35 s. la critica a De Martino (con n. 26, ove anche contro Horak). Dell'esegesi del testo di Papiniano, il Flume non considera la motivazione data dal giurista stesso (*quia neque ius neque persona esset, ad quam verba stipulationis derigi possint*), la quale parrebbe alludere al rapporto giuridico (*ius*), e quindi lasciar pensare che il testo si riferisse già in origine ad una *fidepromissio*; né va sottovalutata l'affermazione di Papiniano che mancherebbe il soggetto garantito (*neque persona esset*). Si vedano ancora, a p. 36 ss. –, nell'intento di difendere la genuinità (salvo la correzione di *fideiussores* in *sponsors*) di Pap. D. 36, 3, 5 pr. – le considerazioni (con costante riferimento a CENDERELLI, *SD*. 30 [1964], 124 ss.) su Ulp. D. 27, 3, 7, 1; D. 46, 6, 4, 5; Paul. D. 45, 1, 73, 1; Ven. D. 45, 3, 25; Pomp. D. 36, 3, 10; Marcell. D. 46, 2, 14, 1; Pomp. D. 46, 2, 4; Florent. D. 46, 1, 22; Pomp. D. 36, 3, 10; D. 46, 2, 24.

¹⁸ Cfr. Ulp. D. 50, 17, 35.

¹⁹ Ma vedi già Pomp. D. 46, 4, 10.

eam ea condicione, ut, si condicio extitisset, in solutum cederet, existente condicione liberari eum nec obstare, quod ante eius pecunia facta est.

Le parole ‘*intellegitur iam olim liberatus*’ sono state spesso sospettate di interpolazione²⁰, e anche fra chi le ritiene genuine v’è chi le critica, ritenendole allusive all’effetto retroattivo²¹. Per il Flume (p. 41) le parole sono al loro posto, ma non devono essere intese come allusive all’effetto retroattivo dell’*acceptilatio* sul rapporto obbligatorio condizionato, bensì nel modo seguente: l’*acceptilatio* si riferisce alla *stipulatio* come atto, essa (*acceptilatio*) ha avuto luogo nel passato rispetto all’avveramento della condizione, come la *solutio*. Cioè: “Se sia fatta un’*acceptilatio* ad un debitore condizionale, poi, al momento dell’avveramento della condizione, ci si accorga che egli è stato già liberato con un atto già effettuato in precedenza: Aristone diceva che questo avviene anche se sia stata fatta una *solutio* reale in pendenza della condizione: il debitore è liberato all’avveramento della condizione, e non è di ostacolo il fatto che la *solutio* abbia avuto luogo prima²².”

Altro testo, congruente con questo punto di vista, è (p. 41)

D. 46, 4, 12 (Pomp. 26 *Sab.*): Quod in diem vel sub condicione debetur, acceptilatione tolli potest sed ita id factum apparebit, si condicio stipulationis «extiterit vel dies venerit.

Contro Kaser (cit. p. 41 n. 11) il Flume interpreta il testo non nel senso che “l’avverarsi della condizione fa risultare evidente l’effetto estintivo del debito proprio dell’*acceptilatio*”, ma che l’avverarsi della condizione rende possibile tale effetto, perché solo a quel momento la *stipulatio* come atto è perfetta, e può essere eliminata dall’*acceptilatio*, che ad essa si riferisce.

Ancora un testo importante (p. 41 s.):

D. 46, 4, 13, 9 (Ulp. 50 *Sab.*): <Sabinus:> Qui ita stipulatur a fideiussore: ‘quod Titio credidero, fide tua esse iubes?’; deinde, antequam crederet, acceptum fecit fideiussori, reus non liberabitur, sed quandoque ei creditum fuerit, tenetur: <Ulpianus:> nam et si fideiussorem non ante liberatum esse credimus, quam cum fuerit creditum reo, non tamen reus antiquiore acceptilatione, quam obligatio eius est, liberari potest.

Il problema nasce per l’esistenza della regola generale che la remissione fatta al fideiussore libera anche il debitore principale. Ora, qui la remissione al garan-

²⁰ Cfr. soprattutto MASI, *Studi sulla condizione*, 117 con riferimento ai Basilici.

²¹ TONDO, *Convalida del pegno*, 188 ss.

²² Bisogna però dire, a mio parere, che la *solutio* si riferisce certo al rapporto: dunque i due casi sono posti in analogia quanto agli effetti pratici in se stessi, ma essi obbediscono ad un meccanismo diverso: l’*acceptilatio* elimina la fonte dell’obbligazione, per cui al momento dell’avveramento della condizione non v’è più *stipulatio*, e quindi non sorge alcuna obbligazione; la *solutio* elimina l’obbligazione al momento in cui questa sorge.

te (di un mutuo) è fatta prima che il mutuo avesse luogo. L'*acceptilatio* fatta al fideiussore si riferisce alla *fideiussio* come atto; la precisazione di Ulpiano (*si fideiussorem non ante liberatum esse credimus, quam cum fuerit creditum reo*) vuole solo sottolineare che sul piano del diritto materiale di liberazione del garante non si può parlare finché egli non sia obbligato; ma la *fideiussio* come atto è perfetta al momento in cui è stata fatta (qui non si tratta di *fideiussio* condizionale), per cui al momento del sorgere dell'obbligazione del debitore principale, questa sorge senza che una liberazione del garante le possa sopravvenire: *non tamen reus antiquiore acceptilatione, quam obligatio eius est, liberari potest*. Se l'*acceptilatio* si riferisse al debito, la liberazione del garante interverrebbe al momento del sorgere dell'obbligazione principale, e allora dovrebbe estinguere anche questa (FLUME, p. 42)²³.

Per il rapporto fra *acceptilatio* e stipulazione condizionale e la natura di questa è importante (p. 42 s.):

D. 46, 1, 72 (Gai. 3 *verb. obl.*): Si [fideiussori] <sponsori>²⁴ sub condicione obligato 'si navis ex Asia venerit', quem sub hoc modo accepi, ut usque ad tempus vitae suae dumtaxat obligaretur, pendente condicione acceptum latum fuerit et is [fideiussor] <sponsor> adhuc pendente condicione mortuus fuerit: confestim a reo petere possum, quia existens condicio neque obligationem in personam iam mortui efficere neque acceptilationem confirmare possit.

Si tratta ancora di un caso in cui non può funzionare il principio che la liberazione del garante estingue l'obbligazione principale. La *sponsio* di garanzia sarebbe perfetta con l'avverarsi della condizione, ma qui ciò non può avvenire perché il garante muore prima di tale evento: cosicché l'*acceptilatio* non produce alcuna liberazione rispetto alla stipulazione di garanzia.

Diversamente stanno le cose in relazione ad una novazione condizionale, quando questa è possibile (p. 43):

D. 46, 4, 21 (Ven. 11 *stip.*): Si sub condicione legatum mihi datum novandi causa stipulatus sum et ante existentem condicionem acceptum fecero, Nerva filius ait, etiamsi condicio extiterit, neque ex testamento competituram actionem, quia novatio facta sit, neque ex stipulatu, quae acceptilatione soluta sit.

L'*acceptilatio* si riferisce alla stipulazione novatoria. Il Flume segue Bonifacio (*Novazione*, 94 ss.): qui la novazione è, per il fatto che il legato è condizionale,

²³ Ancora orientato così è (p. 42) Ulp. D. 46, 4, 13, 8: *Si legatorum sub condicione relictorum fideiussori dato accepto latum sit, legata debebuntur postea condicione eorum existente*, ove va seguito MASI (*Condizione*, 117; 118 n. 36), secondo il quale si tratta qui di garanzia di una *cautio legatorum servandorum causa*, e quindi l'*acceptilatio* si riferisce alla garanzia della *sponsio* e non alla garanzia dell'obbligo di prestare i legati.

²⁴ FLUME, p. 43.

condizionata essa stessa come atto²⁵, e quindi diviene perfetta al momento dell'avveramento della condizione, momento nel quale il suo effetto obbligatorio si produce, e può essere eliminato dall'*acceptilatio*. Se la novazione non fosse condizionata, l'effetto liberatorio dell'*acceptilatio* avrebbe avuto luogo alla conclusione di questa, e quindi l'effetto novatorio della *stipulatio* novatoria sul legato non si sarebbe più potuto verificare al momento dell'avveramento della condizione.

Vi è infine un testo che riguarda il rapporto dell'*acceptilatio* con la stipulazione come atto in un caso di stipulazione alternativa condizionata (p. 43 s.):

D. 46, 4, 13, 6 (Ulp. 50 *Sab.*): Si Stichum aut decem sub condicione stipulatus Stichum acceptum fecerit et pendente condicione Stichus decesserit, decem in obligatione manebunt, perinde ac si acceptilatio interposita non fuisset.

Il Watson²⁶ non capisce il passo, perché considera la soluzione come un residuo del tempo in cui l'*acceptilatio* sarebbe stata un pagamento effettivo (tempo che per altro, a mio avviso, non è mai esistito). Il testo invece contiene un caso di scuola della giurisprudenza classica: la stipulazione condizionata è perfetta (come atto) solo con l'avverarsi della condizione; all'avveramento della condizione Stico è morto, e pertanto la *stipulatio* si perfeziona solo riguardo alla promessa di *decem*, cosicché l'*acceptilatio*, che può riferirsi solo alla stipulazione valida, risulta nulla. Per questo si dice *perinde ac si acceptilatio interposita non fuisset*.

5. – II § 4 (p. 45-52) tratta del *Contrarius consensus als Aufhebung des Vertrages*.

Secondo la dottrina dominante²⁷ il *contrarius consensus* sarebbe stato per la giurisprudenza classica un modo per eliminare le obbligazioni contrattuali (il problema, secondo il Flume, si pone nelle fonti solo in rapporto alla vendita)²⁸; solo Pauto avrebbe ricondotto il *contrarius consensus* alla dottrina del *contrarius actus*, e questa dottrina sarebbe passata alle scuole bizantine. È vero che i compilatori la professano: tit. D. 18, 5: *De rescindenda emptione et quando licet ab emptione di-*

²⁵ Non è dunque il suo effetto ad essere condizionato, come vorrebbe invece il GIDE (vedi FLUME, p. 43 n. 20).

²⁶ Cit. (*RIDA* [1961], 461) da FLUME, p. 44.

²⁷ Vedi la letteratura nelle note alla p. 45 e in part. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, 1968.

²⁸ Il che non è del tutto vero: per la locazione si veda D. 46, 4, 23; Paul. D. 4, 2, 21, 4 (ove va letto *ab emptione <vel> locatione*; cit. *infra*, FLUME, p. 48); Pomp. D. 46, 3, 80 (cit. *infra*, FLUME, p. 50) Ner. Arist. D. 2, 14, 58 (cit. *infra*, FLUME, p. 48), ove *ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus* può essere tutto genuino, compreso *ceterisque similibus obligationibus*, dato il senso, già stabilito, di *obligatio* per atto creativo di obbligazioni. È ben vero però che in questi testi, se gli altri contratti consensuali sono menzionati, il problema è poi discusso, se è discusso, solo per la vendita.

scedere, ma anche i giuristi classici la pensavano così, e già prima di Paolo (la problematica ci appare la prima volta presso Giuliano). La conseguenza naturale di questa concezione è il fatto che la risoluzione dalla vendita non può aver luogo che *re adhuc integra*: non vanno attese le spiegazioni date di solito a questo principio, e in particolare che se si ammettesse il contrario vi sarebbe per la restituzione della prestazione eseguita un'*actio ex pacto*, perché l'azione in parola sarebbe la *condictio*. In realtà si tratta solo del fatto che il *contrarius consensus* si riferisce alla vendita come atto, cosicché ne discende naturalmente che la risoluzione è possibile solo se l'atto (vendita) è il solo fatto giuridico esistente al momento della risoluzione (pp. 45-47).

Ai rapporti giuridici si riferisce invece un *pactum de non petendo* (p. 46). Anche il *contrarius consensus* ha come risultato di rendere impossibili le azioni, ma nel *contrarius consensus* questa è la conseguenza della eliminazione del contratto. In questo senso è scritto il principio nel testo fondamentale: Iul. D. 18, 5, 5, 1: *Emptio nuda conventione dissolvitur, si res secuta non fuerit*.

Per l'espressione '*a negotio discedere*' si veda (p. 47):

D. 18, 5, 5 pr. (Iul. 15 *dig.*): *Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam, peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet*.

Una precisazione preliminare (FLUME, p. 47 s.): la frase finale può essere insitica (come spesso si vuole)²⁹, ma non v'è ragione per non attribuirla a Giuliano stesso, in quanto contiene una spiegazione e un'interpretazione dommatica della soluzione, che è fondamentale: l'*acceptilatio* di cui si parla nel testo non è fatta dopo nozione (mediante *stipulatio*) dell'obbligazione da vendita, ma direttamente ('*quod tibi ex venditione servi Stichus debeo acceptum habes? habeo*'); per questo *acceptilatio in hac causa non sua natura* (come *acceptilatio*), *sed potestate conventionis* (come patto) *valet*³⁰.

²⁹ V. BENÖHR cit. da FLUME p. 47 n. 18, ma in part. BESELER, discusso nel testo.

³⁰ Il FLUME (p. 47) pare vedere con simpatia la sostituzione 'et' a 'vel' all'inizio del testo, che il Sieber ha proposto e che il Benöhr considera come il "sale" del passo. Io credo che le cose stiano diversamente: si legga D. 46, 4, 23 (Labeo, 5 *pitb. a Paulo epit.*): *Si ego tibi acceptum feci, nihilo magis ego a te liberatus sum. PAULUS. Immo cum locatio conductio, emptio venditio, conventio facta est et nondum res intercessit, utrimque per acceptilationem, tametsi ab alterutra parte dumtaxat intercessit, liberatur obligatione*. La correzione che Paolo fa del *pitbanon* di Labeone, egli la faceva certo basandosi su di una dottrina corrente al suo tempo (si veda l'opinione di Celso in Pomp. D. 18, 5, 1 cit. *infra: nam quod Aristo dixit posse ita pacisci, ut unus maneat obligatus, non est verum, qui pro una parte contrahentium abiri pacto ab emptione non possit: et ideo si ab una parte renovatus sit contractus, dicitur non valere eiusmodi pactionem*), che è quella che vediamo nel testo di Giuliano (D. 18, 5, 5 pr.) da cui siamo partiti: e che dunque deve intendersi nel senso che l'effetto solutorio dell'*acceptilatio* si verifica quando questa intervenga fra la parti per iniziativa di una sola di esse, una seconda *acceptilatio* inversa sarebbe *inutilis*. La chiusa di D. 18, 5, 5 pr. appare proprio scritta in questo senso: essa parla del re-

Quel che più interessa qui al Flume (p. 48) sottolineare, è che l'*acceptilatio* è interpretata *ut a negotio discedatur*, espressione che, in ogni sua forma presente nelle fonti da Giuliano fino a Giustiniano (*discedere, recedere, abire ab emptione, dissolvere emptiorem*) allude sempre alla eliminazione della vendita come atto³¹. Si veda in particolare il testo ove la regola della risoluzione *re adhuc integra* è in qualche modo estesa (Ner. Arist. D. 2, 14, 58)³² e ancora Paul. D. 4, 21, 4 (p. 48), ove conclusiva è l'equiparazione (certo di Paolo, malgrado i sospetti di interpolazione del passo, FLUME, 48 n. 23) del *contrarius consensus* all'*acceptilatio*; inoltre Pap. D. 46, 3, 95, 12 (p. 48 s.), col quale concorda Paul. Iul. D. 18, 5, 3 (p. 49)³³.

Per la risoluzione del contratto, la terminologia dei classici è *contrarius consensus* solo a partire da Paolo³⁴; prima si parlava semplicemente di *pactum*, comunque sempre riferendo questo alla vendita come atto: si veda Pomp. Cels. Arist. D. 18, 5, 1.

Vengono ancora, in questo paragrafo, considerati altri testi a conferma della tesi generale. Come enunciato astratto si può citare Pomp. (*ad Q.M.*) D. 46, 3, 80, ove almeno la frase finale è classica (e il Flume pare anche voler conservare l'espressione *dissensu contrario*, p. 50). In Pomp. D. 18, 5, 2 (p. 50 s.) la frase parentetica ("*potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emptio*") può essere un glossema e pure insiticia può essere la chiusa "*sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum emptione repetita, cum post pretium solutum infectam emptiorem facere non possumus*", ma sono in sé impeccabili. Il pensiero di Pomponio concorda poi con la nota di Paolo che si legge in Pap. D. 18, 1, 72³⁵ pr.: ... *Paulus notat: Si omnibus integris manentibus de augendo vel diminuendo pretio rursus convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur*: il pensiero di Paolo può essere utilmente confrontato con quello che emerge dal § 305 BGB, che tratta dell'"Änderung des Inhaltes eines Schuldverhältnisses"³⁶: visione moderna riferentesi al rapporto, visione romana riferentesi all'atto. In Paul. D. 2, 14, 27, 2 nella frase '*si pactum conventum totam obligationem sustulerit, velu-*

sto di *acceptilatio* e non di *acceptilationes*, e afferma che essa *in hac causa* (= in questo caso) non vale per la sua natura di atto formale (sotto il quale profilo, come detto, sarebbe nulla), ma per l'accordo che per via interpretativa si deve attribuire alla sua conclusione: se io desidero non eseguire un *synallagma*, devo intendere che anche tu potrai non eseguirlo, perché tolgo la causa alla sua prestazione.

³¹ Citazioni di testi in STOLL, ZSS, 44, 6; FLUME, p. 48 n. 22.

³² Il FLUME, 48 cita questo testo senza riportarlo, e pare attribuirgli un'importanza inferiore a quella che esso ha per la sua tesi: in realtà tutto il discorso del testo, e non solo la terminologia usata, sono nel senso che la risoluzione riguarda l'atto e non le obbligazioni che ne risultano.

³³ Oltre la considerazione del FLUME, va notato che il testo è importante in relazione alla problematica che già abbiamo visto posta in Ner. Arist. D. 2, 14, 58, in quanto qui si discute se l'assunzione di un fideiussore o la novazione mediante *stipulatio* delle obbligazioni di una parte costituiscano o meno inizio di esecuzione, e cioè facciano sì che la *res* non sia più *integra*.

³⁴ Così dice il FLUME, p. 49: ma si veda Pomp. D. 46, 3, 80, riportato subito dopo, a p. 50.

³⁵ Err. 172 in FLUME, 51.

³⁶ Cfr. SIBER, ZSS, 42, 92 (FLUME, p. 51 n. 32).

ti empti si usa *obligatio* nel senso di “atto obbligatorio” (patto diretto ad eliminare la vendita, contrapposto al *pactum de non petendo*).

Il Flume (p. 52) considera ancora due testi di Ulpiano, che secondo l'opinione corrente non riproducono la forma dei passi originari; io li riterrei sostanzialmente genuini: Ulp. D. 50, 17, 35 (testo che evidentemente ben sopporta un'analisi secondo i criteri del Flume, intendendo *nudi consensus obligatio* come “atto puramente consensuale produttivo di obbligazioni”) e Ulp. D. 2, 14, 7, 6, ove al Flume interessano in particolare le espressioni *abiri ab emptione, recedi pacto ab emptione* e *dissolvi pro parte emptione*; si potrebbe aggiungere anche l'ablativo assoluto ‘*quasi repetita partis emptione*’.

6. – Il § 5 (*Die iusta causa traditionis und usucapionis*, p. 53-63) è articolato in due sezioni:

I) *La iusta causa traditionis e la pretesa antinomia di D. 12, 1, 18 pr. e D. 41, 1, 36* (p. 53-56). Il testo principale per la causalità della *traditio* è

Paul. D. 41, 1, 31 pr.: Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua <alia>³⁷ iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Il testo è univoco; della *iusta causa* non si parla invece in Gai. *res cott.* D. 41, 1, 9, 3 né in I. 2, 1, 40, che però in se stessi nulla dicono – appunto – in proposito, e quindi non affievoliscono il valore di Paul. D. 41, 1, 31 pr.³⁸

Il Flume non si addentra, comunque, nel problema della *iusta causa traditionis*: egli accetta – a ragione, del resto – la tesi della causalità. Quel che qui lo interessa (p. 58 ss.) è unicamente di mostrare come la *iusta causa traditionis*, che fonda l'acquisto della proprietà, esprima il legame della *traditio* con un atto giuridico in se stesso (contratto di vendita, accordo di donazione, di dote, di pagamento, di credito³⁹, di *datio ob rem*) e non con i rapporti giuridici prodotti dall'atto stesso.

In materia di *iusta causa traditionis* esiste una famosa contraddizione – che ha dato luogo ad un'enorme letteratura – tra i due passi seguenti:

D. 12, 1, 18 (Ulp. 7 *disp.*): Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione ac-

³⁷ La parola *alia* è certo caduta perché omessa da un copista, a causa del suo inizio comune con *aliqua* (il FLUME non se ne preoccupa).

³⁸ Né per il diritto classico: cfr. Gai. 2, 19, seguito immediatamente da Gai. 2, 20, dal quale risulta chiara la necessità della *iusta causa*; lo stesso rapporto I. 2, 1, 40, e I. 2, 1, 41. Sul punto vedi FLUME, p. 53 n. 1.

³⁹ A partire da Pedio (cfr. Ulp. D. 2, 14, 2, 3), contratto di mutuo.

ceperit. quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. 1: Si ego quasi deponens tibi dederò, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accipe: sed in utroque casu consumptis nummis conditioni sine doli exceptione locus erit.

D. 41, 1, 36 (Iul. 13 *dig.*): Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax si traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimentum esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

L'immensa letteratura che riguarda questa coppia di passi ha, in linea di massima, concluso che il secondo è interpolato, perché Giuliano vi si riferiva all'inizio alla *mancipatio*, e il resto del frammento è stato adeguato alla prima soluzione come risultante dal menzionato intervento compilatorio⁴⁰; D. 12, 1, 18 è invece, in linea di massima, riconosciuto come ulpiano. Il Flume prescinde dai problemi di interpolazione, accettando i passi così come sono: egli pare, per vero, considerarli interamente genuini (anche se così egli passa sopra l'applicazione della *traditio* al trasferimento di un fondo, che si fa in D. 41, 1, 36). In questa prospettiva, i punti della sua analisi sono i seguenti:

a) Primo caso di Giuliano (D. 41, 1, 36: Tizio, credendo di dovere *dare ex testamento*, ha fatto la *traditio* a Caio, che si credeva creditore *ex stipulatu*): qui il Flume vede esattamente che la *traditio* risulta comunque fatta *solvendi causa* e limpidamente precisa che nei casi in cui essa sia eseguita sulla base di un atto obbligatorio, tale atto non può fornirle la causa, che invece risiederà nell'accordo sul pagamento⁴¹. In questo caso dunque il dissenso fra Tizio e Caio non compromette l'accordo sulla causa.

⁴⁰ Vedi il mio contributo (scritto quando ancora non disponevo del libro del FLUME e in corso di pubblicazione in *Incontro con G. Pugliese*): Iul. D. 41, 1, 36 e Ulp. D. 12, 1, 18: una "interpolazione occasionale".

⁴¹ Anche se poi gli sfugge un'impresione (alla Savigny), quando identifica l'accordo solutorio con la *traditio* stessa: "Stimmen Tradent und Empfänger also darin überein, daß die *traditio solvendi causa* erfolgt, so ist die *traditio* eine solche *iusta causa* und bewirkt, daß der Empfänger Eigentümer wird" (p. 55); questo modo di vedere emerge ancora altrove, come per esempio a p. 59: "Der Solutionsakt ist wie für die *traditio iusta causa* auch für die *usucapio* als solcher die *iusta causa*" dove (a meno di non intendere "Solutionsakt" come "Solutionsabrede") si concepisce l'insieme dell'atto che realizza il pagamento (accordo solutorio e *traditio*) come causa del successivo acquisto. Invece – ove, come correttamente fa il Flume, si voglia adottare la costruzione della *traditio* causale – l'atto che fornisce la giusta causa deve essere individuato in un accordo fra le parti della *traditio*, distinto da questa, e che la preceda – per lo meno sul piano logico –, in quanto, come è detto in Paul. D. 41, 1, 31 pr., la *traditio* trova la sua giustificazione nella causa in quanto venga eseguita per realizzare la causa stessa.

b) Secondo caso di Giuliano (D. 41, 1, 36 e caso iniziale di Ulp. D. 12, 1, 18 pr.: Tizio esegue la *traditio* per donare, Caio riceve come mutuo): alcuni autori⁴², per salvare la soluzione di Giuliano quale appare in D. 41, 1, 36 (e quale può essere pure supposta come parzialmente espressa da Ulpiano in D. 12, 1, 18 pr., ove Ulpiano decide in senso opposto a quello di D. 41, 1, 36), propongono di intendere che Giuliano interpretasse la situazione come se essa concretasse in ogni caso un mutuo, ma questo per il Flume non è necessario. Egli nota piuttosto che tanto la donazione quanto il mutuo comportano il trasferimento della proprietà, per cui nel nostro caso le parti sarebbero comunque d'accordo sul trasferimento, e che quindi, anche se né donazione né mutuo hanno potuto (per il dissenso fra le parti) concretarsi, un accordo sul trasferimento della proprietà ha comunque avuto luogo (p. 56). Ma su questo punto non si può seguire il Flume: infatti, una *traditio* efficace sulla base di un puro accordo sul trasferimento della proprietà sarebbe una *traditio* astratta. Egli tenta di evitare questa critica precisando (correttamente) che una tale soluzione non ricorrerebbe all'idea della causa putativa (che, come si sa, fu la nozione che permise alla letteratura intermedia di costruire la *traditio* astratta)⁴³, che "ist nur auf den Empfänger ausgerichtet" (p. 56), ma l'argomento non è evidentemente sufficiente.

c) Caso di Ulp. D. 12, 1, 18, 1 (forse anch'esso risalente al *tractatus* di Giuliano: Tizio trasferisce per deporre, Caio riceve come mutuo; Tizio dà come mutuo, Caio riceve come comodato *ostendendi gratia*): qui non c'è problema: la causa non si concreta e la proprietà non passa.

Checché ne sia dei particolari, da Ulp. D. 12, 1, 18 appare evidente che la causa della *traditio*, senza la quale questa non può trasferire la proprietà (*nummos accipientis non fieri*), si identifica con l'esistenza dell'atto negoziale in cui la donazione o il mutuo si sono concretati (atto che non viene in esistenza *cum alia opinione acceperit*), e non dall'esistenza di rapporti giuridici.

II) '*Traditio iusta causa*' e '*usucapio iusta causa*' in rapporto alla vendita (p. 56-63). Partendo da alcune considerazioni di E. Levy⁴⁴, il Flume sottolinea come la compravendita (come atto) fornisca la *iusta causa per la traditio della merce*, mentre essa non fornisce la *iusta causa per la traditio* (che ha luogo *pro soluto*) delle monete corrispondenti al prezzo⁴⁵. Si tratta di una pagina davvero esem-

⁴² Vedi le citazioni di FLUME, 55 n. 8 (Kaser e Wolf contro van Oven).

⁴³ Gl. *Iusta causa* a D. 41, 1, 31 pr.; BALDUS, super C. 4, 50, 6; DONELLUS, *Comm.* IV, 16 § 9.

⁴⁴ LEVY, in *Iura*, 14, 3 s.

⁴⁵ Questa circostanza è anche, ad avviso del FLUME (p. 57 e ivi n. 14), legata al fatto che la vendita era concepita dai Romani come vendita di cose di specie o al massimo di cose appartenenti ad un *genus limitatum*; egli si oppone recisamente all'opinione di Honsell (in KUNKEL/HONSELL, *RR*, 306), secondo il quale appare impensabile che i Romani non abbiano fatto l'ulteriore "piccolo passo" per ammettere la vendita di cose determinate solo nel genere; per il FLUME tale passo avrebbe dovuto copri-

plare⁴⁶. La dommatica moderna vede le cose altrimenti: mi sembra opportuno citare qui il modo in cui il Code civil del 1804 esprime l'effetto reale del contratto avente per oggetto un'obbligazione di dare (cose determinate), principio che è giusto pensato in relazione soprattutto alla vendita (a proposito della quale esso è per altro sinteticamente ripetuto nell'art. 1583): l'effetto reale (trasferimento della proprietà) vi è concepito come un effetto diretto della causa della *traditio* della merce (*traditio* che – come oggetto di un'obbligazione del venditore – resta così solo come atto di trasferimento del possesso della cosa) e questa causa è l'obbligazione stessa di dare:

Code civil art. 1138: L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire ...

Nelle fonti romane non esistono passi che trattino del valore che la validità della vendita assume in ordine alla *traditio* della merce. Il problema della *vera emptio* è trattato invece in relazione alla *usucapio*: le situazioni sono diverse, sicché non si possono trasportare senz'altro all'un problema i testi che riguardano l'altro: tuttavia si può ben presumere che ove la *iusta causa* sia negata per l'usucapione, lo stesso avvenisse per la *traditio* (p. 59 ss.), come per il caso di

D. 41, 4, 2, 2 (Paul. 54 *ed.*): Si sub condicione emptio facta sit, pendente condicione emptor usu non capit⁴⁷.

Il problema dell'ammissibilità, come *iusta causa usucapionis*, del titolo putativo non concerne l'*usucapio pro soluto*, per la quale è sufficiente "ein ordnungsgemäßes Erfüllungsgeschäft" (p. 59). A sostegno di questa osservazione, il Flume riporta i seguenti passi⁴⁸:

re la distanza "incommensurabile" fra vendita di cose appartenenti ad un genere limitato e vendita di cose di genere, poiché la vendita esige l'esistenza della merce (v. ancora infra, p. 106 ss.). Quanto al prezzo, si tratta appunto di cose determinate nel genere, poiché l'oggetto non consiste in monete in qualsivoglia modo determinante.

⁴⁶ P. 57 con in part. la n. 15 (con la critica a KASER, *TR.* 29, 219 e MEYLAN, *RIDA*, 1948, 144; *RIDA*, 1956, 311). A p. 58, il FLUME rifiuta di ricondurre il regime descritto all'origine della vendita consensuale nella vendita a contanti (con critica a RABEL, *Grundzüge*, 440 e adesione a FUCHS, *Iusta causa traditionis*, 160 s.; vedi FLUME, 58 n. 16). Sul rapporto fra l'originario Barkauf e la vendita consensuale v. ora CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica (atti Pisa 1990)*, Milano 1991, 413 ss. Per quanto concerne il regime del pagamento del prezzo, il FLUME rifiuta anche il ricorso ad un rapporto con la concezione arcaica della *solutio* come "Enthafungsakt" (contro Rabel, Ehrhardt, Kaser; vedi FLUME, 58 n. 17).

⁴⁷ Nel senso del pensiero del FLUME è in particolare il séguito del passo (che egli non cita qui, ma a p. 60): *idemque est et si putet condicionem extitisse, quae nondum extitit: similis est enim ei, qui putat se emisse*. Il soggetto che ritiene falsamente che la condizione si sia verificata è come se pensasse falsamente di avere comprato perché l'atto sottoposto a condizione non è perfetto come atto.

⁴⁸ Per l'esclusione dell'*usucapio pro emptore* nel caso della falsa convinzione sull'esistenza della

D. 41, 10, 3 (Pomp. 22 *Sab.*): Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam: quod si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse estimo, sufficit ad efficiendum, ut id quod mihi traditum est pro meo possideam. et ita Neratius scripsit idque verum puto.

D. 41, 3, 46 (Hermog. 5 *epit.*): Pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit: et non tantum quod debetur, sed et quodlibet pro debito solutum hoc titulo usucapi potest.

D. 41, 3, 48 (Paul. 2 *man.*): Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse. aliud, si putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam: hic enim nisi emptio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet. diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur neque interest, cum stipulor, sciam alienum esse necne: sufficit enim me putare tuum esse, cum solvis: in emptione autem et contractus tempus inspicitur et quo solvitur: nec potest pro emptore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus.

D. 41, 4, 2 pr. (Paul. 54 *ed.*): Pro emptore possidet, qui re vera emit, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet pro emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emptionis. si tamen existimans me debere tibi ignoranti tradam, usucapies. quare ergo et si putem me vendidisse et tradam, non capies usu? scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus, sic denique si sciens stipuler rem alienam, usucapiam, si, cum traditur mihi, existimem illius esse: at in emptione et illud tempus inspicitur, quo contrahitur: igitur et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse.

In realtà, il Flume non nota che il tenore di questi passi non è sempre lineare. Lineare è solo in realtà, il passo di Ermogeniano (D. 41, 3, 46); quanto a Pomp. Ner. D. 41, 10, 3, esso costruisce l'usucapione di chi riceve in buona fede l'indebito non come *usucapio pro soluto*, ma come *usucapio pro suo* basata su un titolo putativo. Quanto alla coppia paolina D. 41, 3, 48 (2 *man.*) + D. 41, 4, 2 pr. (54 *ed.*), essa permane misteriosa. Il suo contenuto è certo genuino⁴⁹, ma non può essere spiegato se non annoverando i passi in questione nella serie di quelli che testimoniano dei tentativi, aridi e semplicistici, di sintesi dommatiche di quel per altro sagace giurista. Paolo si pone espressamente la domanda fondamentale in materia di *usucapio pro soluto* (senza per nulla lasciar vedere che si tratta della stessa – o meglio analoga – domanda che ci si dovrebbe porre in materia di *traditio pro soluto*), e cioè: “perché chi ha ricevuto *pro soluto* una cosa non promessa può usucapire, mentre chi ha ricevuto *pro empto* una cosa non venduta non può usucapire

vendita vedi anche (citati in FLUME, p. 60): Paul. D. 41, 4, 2, 2; Pap. D. 41, 8, 3; Paul. Ner. D. 41, 4, 2, 6.

⁴⁹ Può stupire solo il riferimento ai *ceteri contractus* per riferirsi alla *stipulatio*; forse è un'allusione a tutti i contratti nei quali, diversamente dalla vendita, l'obbligazione del debitore è di *dare*. Il fatto che l'espressione compare in entrambi i testi rende difficile l'ipotesi di alterazione: si potrebbe considerare un glossema '*sicut in ceteris contractibus*' alla fine di D. 41, 3, 48 (dove anche ragioni di forma lo suggerirebbero), ma è difficile supporre l'alterazione in [*certis contractibus*] <*stipulationibus*> per D. 41, 4, 2 pr.

re?”, per dare alla domanda una risposta (D. 41, 3, 48: *diversitatis causa in illo est*; D. 41, 4, 2 pr.: *scilicet quia*) che si riferisce unicamente all’acquisto per usucapione e si basa su di una considerazione relativa alla buona fede dell’acquisto. La considerazione è ispirata dal fatto che l’*accipiens* di mala fede non può usucapire né *pro soluto* né *pro empto*, mentre l’*accipiens* di buona fede usucapisce *pro soluto* anche se non esista una *stipulatio* valida, ma non usucapisce in assenza di vendita valida (e questa asimmetria suggerisce a Paolo lo schema dommatico simmetrico della sua risposta), ma essa è scorretta perché non considera il problema sotto il profilo – l’unico in grado di fornire una risposta esauriente – dell’esistenza del titolo.

Tutto ciò comunque non interessa il Flume, per il quale ha importanza solo il fatto che anche in questi testi l’entità di riferimento è sempre la *stipulatio* o la vendita come atto. Egli sottolinea piuttosto (p. 60) che, in tutti questi testi, per l’usucapione *pro empto* si parla dell’esistenza di una vendita, senza far parola della sua efficacia⁵⁰, e ciò egli attribuisce al fatto che, il riferimento essendo all’atto e non al rapporto, non interessa che il compratore abbia acquistato diritti sulla base della vendita. A riprova di ciò, il Flume adduce la possibilità di usucapione, ammessa senza eccezioni nel Digesto, per chi abbia comprato in buona fede da un furioso o da un pupillo (p. 60 s.). Ma, in proposito, è opportuno distinguere.

Quanto alla vendita fatta dal pupillo *sine tutoris auctoritate*, è senz’altro vero che i giuristi la considerassero come vera vendita⁵¹, e sulla sua base il compratore acquistava per usucapione purché in buona fede anche circa le circostanze della vendita, se cioè *si deceptus falso tutore emerit*⁵² o considerasse pubere l’impubere⁵³.

Invece, quanto alla vendita fatta dal *furiosus*, malgrado quanto il Flume scrive a p. 61, non si può ragionare analogamente, perché non si può proprio considerare come vera *emptio* quella che Paolo qualifica inequivocabilmente come *nulla emptio*, cioè vendita inesistente; la soluzione è qui, come nota ancora Paolo, adottata solo *utilitatis causa* e con tutti i limiti di una soluzione eccezionale:

D. 41, 4, 2, 16 (Paul. 54 ed.)⁵⁴: Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio et ideo neque de evictione actio nascitur mihi nec Publiciana competit⁵⁵ nec accessio possessionis.

⁵⁰ “Gültigkeit”, e cioè la “Entstehung von Verpflichtungen”, come precisa l’autore (p. 61, con riferimento a JAKOBS, *Festschrift Flume*, 1 [1978], 57 ss.) per contrapporla alla validità dell’atto (o se si vuole, alla sua esistenza, al suo essere cioè *vera emptio*), la “Wirklichkeit”.

⁵¹ Così come vedevano, in circostanze analoghe, una vera *stipulatio*: Gai. 3, 119; 176; anche Ulp. D. 19, 1, 13, 29 (*Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit ex uno latere constat contractus: nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat*) e I. 1, 21, pr. (FLUME, 61).

⁵² Gai. D. 6, 3, 13, 2.

⁵³ Paul. D. 41, 4, 2, 15: un bel testo, che tratta anche dell’errore di diritto.

⁵⁴ Ridotto alla sola massima è Paul. D. 41, 3, 13, 1.

⁵⁵ L’azione publiciana è invece accordata in Ulp. Marcell. D. 6, 2, 7, 2.

Il Flume tratta infine brevemente (p. 61 ss.) del problema del titolo putativo⁵⁶, senza prendere precisa posizione, ma per sottolineare che comunque anche qui il tema non è svolto dai giuristi con riguardo alla convinzione sull'esistenza di rapporti nascenti da una vendita, ma sull'esistenza della vendita in se stessa: perché "causa der usucapio pro emptore ist der Rechtsakt der emptio venditio und nicht das durch den Kauf begründete Rechtsverhältnis" (p. 63) e "das gilt auch für die usucapio pro donato, pro dote und pro legato" (ivi n. 30).

7. – Con una esegesi del testo fondamentale, cioè del fr. 3, 12, D. 24, 1 (*de donationibus inter virum et uxorem*), il Flume interviene (§ 6: *Die delegatio ad solvendum und die angebliche Lehre des Celsus vom Durchgangserwerb*, p. 64-77) nella discussione attuale sulla cosiddetta "juristische Sekunde". Riporto anche, per chiarezza, i paragrafi precedenti e il seguente, citato dal Flume più avanti nel corso dell'esegesi (p. 70):

D. 24, 1, 3, 10 (Ulp. 32 *Sab.*): Non tantum autem per se maritus et uxor ceteraque personae dare [*dett.*: donare] non possunt sed nec per interpositam personam. 10: Sciendum autem est ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat quod actum est: proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet, et si stipulanti promissum sit vel accepto latum, nihil valet: ipso enim iure quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt. 11: Si quis igitur nummos uxori dederit, non fieri eius apparet, quia nihil corporis eius fieri palam est. 12: Sed si debitorem suum ei solvere iusserit, hic quaeritur, an nummi fiant eius debitorque liberetur: et Celsus libro quinto decimo digestorum scribit videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, et pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori. nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere; nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse. 13: Huic sententiae consequens est, quod Iulianus libro septimo digestorum scripsit, si donaturum mihi iussero uxori meae dari: ait enim Iulianus nullius esse momenti, perinde enim habendum, atque si ego acceptam et rem mihi factam uxori meae dedissem: quae sententia vera est.

Il testo (§ 12) è, come si diceva, considerato nella letteratura⁵⁷ come la fonte

⁵⁶ Vedi in part. da una parte Ulp. Cels. D. 41, 3 27 e dall'altra Afr. D. 41, 4, 11; Pap. D. 41, 3, 44, 4; Ner. D. 41, 10, 5, per i quali ultimi tre testi il FLUME considera plausibile l'opinione dello JAKOBS, *Festschr. Flume*, 1, 62 ss., che li interpreta come relativi a casi non di mancanza di causa, ma di *error causae*.

⁵⁷ KUNKEL/HONSELL, RR, 271; WIEACKER, *Die juristische Sekunde. Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz*, in *Festschrift Erik Wolf*, 1962, 421 ss.; KASER, *Römische Rechtsquelle und angewandte Juristenmethode*, 1986, 291; *contra* JAKOBS, ZSS, 91, 205.

principale per la teoria della “juristische Sekunde” (“Durchgangserwerb”) ⁵⁸. Siamo in un caso di delegazione di pagamento: il marito M (delegante) ordina al suo debitore S (delegato e *solvens*) di pagare alla moglie F; secondo la detta teoria la soluzione di Celso significherebbe che col pagamento effettuato da S la proprietà delle monete passerebbe in un medesimo istante (“logische Minute” o “juristische Sekunde”) prima da S a M e poi da M a F, per cui, benché il divieto (*lex perfecta*) di donazione fra coniugi impedisca il passaggio della proprietà da M a F, questa sarebbe pur sempre passata a M e quindi il debitore S sarebbe liberato. Ma, sviluppando una precisazione del Beseler ⁵⁹, il Flume chiarisce che l’*iter* S-M-F non riguarda il piano dei diritti reali, ma è una semplice valutazione della destinazione delle prestazioni. Dando S, per ordine di M, il denaro a F, S presta a M e questi presta a F, e quindi: il denaro perviene virtualmente a F da M, per cui (per il divieto di donazione fra coniugi) F non può diventarne proprietaria. Con la frase ‘*nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, et pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori*’ Celso non si riferiva al caso della donazione fra coniugi ma vuol proprio prescindere da questo caso, per spiegare il meccanismo riducendo la situazione a quella della *delegatio ad solvendum* in generale. In questa situazione è chiaro che il delegatario-*accipiens* A riceve la proprietà del denaro del delegato-*solvens* S, senza bisogno di inserire la curiosa presunzione (propria della teoria della *juristische Sekunde*) che A prenda possesso delle monete a nome di D, il quale diverrebbe proprietario e ritrasferirebbe ad A proprietà e possesso. La frase ‘*nam et si donatio uxori*’ significa: “Anche se la donazione non fosse vietata e dunque – come in generale per la delegazione di pagamento – la proprietà passasse immediatamente dal delegato al delegatario, così anche nel caso di donazione alla moglie, per quel che riguarda le prestazioni, il danaro perviene a te dal tuo debitore e quindi da te alla moglie, cioè, sempre per quanto riguarda le prestazioni, il debitore ha dato al creditore e il creditore alla moglie”. Per Celso il pilastro della soluzione sta nel fatto che il debitore pagando alla moglie è liberato perché il denaro perviene al marito; la citazione di Celso, che fa Ulpiano, corregge l’impostazione data da Ulpiano stesso al problema: Ulpiano si chiedeva: *hic quaeritur, an nummi fiant eius [sc. mariti] debitorque liberetur*; Celso fornisce la risposta, con una frase che non è solo posizione del problema, ma tesi, e che fa perno non sull’acquisto della proprietà da parte del marito, ma sulla liberazione del debitore: *videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris* (e dice subito Celso, le cose stanno così, basta considerare il caso normale della delegazione di pagamento) ⁶⁰.

⁵⁸ Sulle altre, vaste applicazioni che la dottrina pretende tale teoria abbia avuto vedi FLUME, p. 74 ss., ove si esaminano ancora Ulp. D. 46, 3, 18; Pomp. D. 47, 2, 44 pr.; Ulp. Sab. Cels. Vat. 75, 5.

⁵⁹ *Beiträge*, 4, 319.

⁶⁰ La conferma dell’esattezza di queste considerazioni del FLUME sul senso del § 12 è contenuta nel

Vi è, in sostanza, una sola *res gesta* secondo Celso, il pagamento del delegato al delegatario⁶¹, come in (FLUME, p. 68):

D. 12, 1, 32 (Cels. 5 *dig.*): Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed proprius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

ove *pecunia mea* non è “il denaro di mia proprietà” ma “del denaro che mi spetta”⁶².

La soluzione di Giuliano relativa al caso della donazione fra coniugi realizzata per mezzo di delegazione al debitore è diversa, perché egli non ammette la liberazione del debitore, il quale resta dunque proprietario dei mezzi di pagamento e viene ulteriormente protetto dall'*exceptio doli* che egli può opporre al delegante, cedendogli la *condictio* contro la moglie. Ma Giuliano condivideva con Celso l'idea che nella delegazione il pagamento eseguito dal delegato comprende due prestazioni⁶³:

D. 46, 3, 38, 1 (Afr. 7 *quaest.*): Si debitorem meum iussero Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non

§ 13. Ulpiano comincia dicendo ‘*Huic sententiae consequens est quod Iulianus lib. XVII dig. scripsit*’, affermando dunque che la logica della soluzione di Giuliano è la stessa di quella di Celso. Ora, nel caso di Giuliano, se si applicasse la teoria del *Durchgangserwerb*, il marito dovrebbe diventare proprietario delle cose donate, mentre invece l'affare vi è considerato interamente nullo, e dunque nessun effetto di trasferimento della proprietà vi si verifica: cioè perché qui Giuliano, come Celso, parte dall'effetto finale voluto, che qui è il rispetto della norma che vieta la donazione fra coniugi, mentre, nel suo caso, Celso partiva dalla liberazione del debitore, perché il debitore che vuole liberarsi esige protezione. Nel caso di Giuliano (donazione) non v'è alcun soggetto da proteggere. In altre parole: nel caso di Celso il divieto di donazione fra coniugi rischiava di nuocere a qualcuno, e quindi si pensa di applicarlo senza compromettere la situazione da proteggere, la realizzazione è considerata perciò come punto di partenza, e sulla sua base si determinano le conseguenze quanto all'acquisto della proprietà (il debitore deve essere liberato; dunque deve perdere la proprietà del denaro; dunque qualcuno deve acquistarlo; la moglie non può quindi lo acquista il marito); nel caso di Giuliano il rispetto del divieto della donazione fra coniugi resta la situazione da proteggere, perché non vi è alcun interesse prevalente in contrasto con esso (dunque la proprietà non si trasferisce). La differenza fra Celso e Giuliano sta nel fatto che quest'ultimo pensava diversamente sul punto della liberazione del debitore (D. 46, 3, 38, 1; D. 24, 1, 39): vedi infra.

⁶¹ KUPISCH, ZSS, 93, 76.

⁶² Sulla chiusa di D. 24, 1, 3, 12 (*nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere; nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse*) vedi FLUME, p. 70: egli la considera una glossa. Sul § 13 FLUME, p. 70 s. Sulla posizione di Ulpiano e su Ulp. D. 12, 1, 15 (*Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis*) vedi FLUME, p. 70. Sul pensiero di JAKOBS e del KUPISCH (di cui vedi anche l'articolo in *Studi Sanfilippo*, 2, 287 ss.), FLUME, p. 72.

⁶³ FLUME, p. 74.

ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur. alioquin, quoniam furtum eorum sit factur⁶⁴, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit conditionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare: sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus debitorem suum iubeat solvere: nam ibi quoque, quia nummi mulieris non fiunt, debitorem non liberari, sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si conditionem, quam adversus mulierem habet, praestet. furti tamen actionem in proposito mihi post divortium competituram, quando mea intersit interceptos nummos non esse.

D. 24, 1, 39 (Iul. 5 *Min.*): Vir uxori pecuniam cum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur: illa cum id fecisset, priusquam pecuniam auferret, divortium fecit: quaero, utrum vir eam summam petere debeat an <ex> ea promissione propter donationis causam actio nulla esset. respondi inanem fuisse eam stipulationem. sed si promissor mulieri ignorans solvisset, si quidem pecunia extat, vindicare eam debitor potest⁶⁵; sed si actiones suas marito praestare paratus est doli mali exceptione se tuebitur ideoque maritus hanc pecuniam debitoris nomine vindicando consequetur. sed si pecunia non extat et mulier locupletior facta est, maritus eam petet: intellegitur enim ex re mariti locupletior facta esse mulier, quoniam debitor doli mali exceptione se tueri potest.

8. – Il problema della *consumptio nummorum* rappresenta un caso tipico, nel quale la dottrina romanistica ha convertito in problema di diritto soggettivo un problema che i Romani trattavano sotto il profilo delle azioni (§ 7: *Consumptio nummorum als Eigentumsübertragung?*, p. 78-80).

Secondo una tesi proposta dal Burdese⁶⁶, in caso di pagamento eseguito in buona fede con denaro altrui, la *consumptio nummorum* sarebbe stata considerata dai giuristi romani come traslativa della proprietà. Questa tesi non corrisponde alle fonti; ma, anche secondo il suo maggiore critico, il Wacke, l'impostazione in termini di diritto soggettivo non cambia, perché egli pensa che la *consumptio* dia luogo ad un modo "naturale" di acquisto della proprietà, in quanto essa sana l'iniziale difetto di fondamento giuridico dell'acquisto mediante una successiva mutazione "der sachenrechtlichen Zuordnung". Invece, nei passi che trattano della *consumptio*⁶⁷, non si parla affatto della proprietà delle monete, ma della possibilità o meno di esperirne la *rei vindicatio*, che viene di fatto impedita dalla *consumptio* dei

⁶⁴ Da correggere in 'factum'.

⁶⁵ Si noterà che qui siamo di fronte ad un caso di *traditio pro soluto*, nel quale la proprietà non passa perché manca la causa: e la causa manca perché l'accordo solutorio è nullo. Ed è nullo perché esso è fatto sulla base di un *iussum* nullo.

⁶⁶ BURDESE, *Rivista di diritto commerciale*, 51 (1953), 269 ss., seguito da KASER, *TR*, 29 (1961), 169 ss.; 193 ss.; *Festschr. Felgenträger* (1969), 280 n. 16. La tesi fu criticata da FUCHS in *Mélanges Méylan*, 1 (1963), 125 ss. e da WACKE, *BIDR*, 79 (1976), 49 ss., cui infine aderì anche KASER, *ZSS*, 96 (1979), 92 n. 6; *Labeo*, 26 (1980), 59 n. 157; negativo anche WUNNER, *Gedächtnisschrift Kunkel* (1984), 583 ss.

⁶⁷ Iav. D. 46, 3, 78 (*err.* 36, 3, 78 in FLUME, p. 79); Iul. D. 12, 1, 19, 1; Pap. D. 23, 3, 81; Pap. in Ulp. D. 12, 1, 13, 1; Pap. D. 46, 3, 94; Pomp. D. 12, 1, 12; Paul. D. 46, 1, 56, 2.

nummi fattane dall'accipiente: il soggetto che ha pagato con danaro altrui in buona fede non ha la legittimazione passiva all'azione perché non è possessore; quanto all'accipiente, si parte sempre dall'ipotesi che egli o abbia mischiato i denari ricevuti con altri propri o li abbia spesi, cosicché i nummi non *extant* più e non possono essere rivendicati. Al pagamento con danaro altrui consegue dunque sempre una *consumptio*, e ciò elimina il problema della proprietà⁶⁸.

Questo paragrafo del Flume può lasciare un poco perplessi. Nei testi non si parla della proprietà, è vero; ma il discorso dei giuristi sull'azione corrisponde al loro modo di esprimere i problemi sotto l'angolo del diritto soggettivo, cosa particolarmente evidente in materia di azioni reali con formula positiva, dove l'*intentio* enunciava direttamente il diritto (*rem AⁱAⁱ esse, A^oA^o ius esse*)⁶⁹.

9. – A partire da questo punto, il libro del Flume prosegue con tre articolati *tractatus*, il primo dei quali riguarda la rappresentanza (§ 8: *Zur Lehre von der Stellvertretung*, p. 81-98). Mentre i Romani enunciano, come principio generale, l'esclusione della rappresentanza diretta (Gai. 2, 85; C. 4, 12, 3 a.293; C. 4, 27, 1 pr. a.290; I. 3, 19, 4) senza darne una motivazione, i moderni ne cercano i motivi. Il fatto è che per i Romani il principio era ovvio, sol che si pensi che essi hanno l'occhio attento all'atto e non al rapporto. In materia di obbligazioni, l'atto giuridico che ne è fonte ha effetto fra le parti. In materia di trasferimento dei diritti in generale, se si tratta di atto di acquisto, esso è inscindibilmente connesso con la persona dell'acquirente; invece, se si tratta di atto di disposizione, ove questo sia compiuto da persona diversa dal titolare del diritto in oggetto, nulla manca all'atto in sé, poiché quel che manca è solo la legittimazione del suo autore a disporre, e questo difetto può essere riparato dall'autorizzazione del titolare del diritto (legittimato a disporre) o dalla sua ratifica.

Quelli che la dottrina romanistica individua come “surrogati della rappresentanza” non hanno in realtà nulla a che fare con essa: se si allude agli acquisti per mezzo dei sottoposti, questi dipendono dalla struttura della *potestas*, nel senso che, se un sottoposto acquista, esso non può acquistare che per il suo avente potestà; quanto al sistema delle azioni adietizie, siamo qui di fronte ad una casistica della responsabilità, variamente giustificata: ma non si tratta in ogni caso di obbligazioni che vengano acquistate dall'interessato (FLUME, p. 81-84).

Diversa è la situazione nei casi (appunto individuati dalla giurisprudenza come casi particolari) in cui si verificano dei fenomeni corrispondenti all'idea moderna della rappresentanza diretta.

Vi sono anzitutto quelli legati alla figura del *procurator*, che, trattandosi dell'am-

⁶⁸ Cfr. WUNNER, *Gedächtnisschrift Kunkel*, 589; FLUME, 79 s.

⁶⁹ Si può vedere come la problematica della proprietà sia evidentemente sottintesa in Ulp. D. 12, 1, 11, 2, relativo a temi analoghi a quelli qui discussi.

ministratore di un patrimonio, la giurisprudenza romana (con il suo senso per la fattispecie, senza la mediazione di figure giuridiche astratte) non considera come un rappresentante della persona di quel patrimonio titolare, ma riconduce invece sul piano del patrimonio medesimo: il *procurator* viene così considerato come un soggetto munito di certi poteri sul patrimonio in questione, che gli provengono da un *iussum* del titolare (FLUME, p. 85).

I) *L'acquisto di cose per mezzo del procurator* (p. 84-89). La regola generale, che esclude gli acquisti per intermediario estraneo, vale anche con riguardo al *procurator*. Solo che Gaio (Gai. 2, 95) ci informa che al suo tempo *tantum de possessione quaeritur an per procuratorem*⁷⁰ *nobis adquiratur*, dubbio sciolto in senso positivo alla fine dell'epoca classica (Paul. 5, 2, 2: *utilitatis causa*; I. 2, 9, 5: *secundum divi Severi constitutionem* = C. 7, 32, 1; cfr. anche Ulp. D. 13, 7, 11, 6: *quod constitutum est ab imperatore nostro posse per liberam personam possessionem adquiri*), soluzione che nelle Istituzioni giustiniane appare estesa ad ogni libera persona estranea (I. 2, 9, 5: *per liberam personam veluti per procuratorem*; ma così già C. 7, 32, 1, che può essere interpolato). L'acquisto del possesso non può naturalmente essere messo sullo stesso piano dell'acquisto dei diritti, ma, d'altra parte, l'acquisto del possesso può portare all'acquisto della proprietà, per il quale però una partecipazione del *dominus* (l'interessato) è necessaria. In alcuni testi si afferma che se il *procurator* acquista il possesso *domino etiam ignoranti*, la *scientia* di questi è necessaria per l'usucapione (Paul. D. 41, 3, 47; Pap. D. 41, 2, 49, 2; C. 7, 32, 1 a.196; I. 2, 9, 5 non parla della *scientia domini*). La compravendita conclusa dal *procurator* è giusta causa per l'usucapione del *dominus* (Paul. D. 41, 3, 47; Ulp. D. 6, 2, 7, 10), benché il contratto resti contratto del *procurator* (Pap. D. 41, 2, 49, 2: *tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur*). Lo stesso meccanismo può portare direttamente (cioè senza bisogno di usucapione) all'acquisto della proprietà per tradizione effettuata *iusta causa*, dal terzo al *procurator*, *nomine domini* (Ulp. D. 41, 1, 20, 2; C. 7, 32, 8 a.294; I. 2, 9, 5). In ogni caso, l'acquisto della proprietà al *dominus* non è – né nel diritto classico né nel giustiniano – effetto del meccanismo della rappresentanza in senso moderno (negozio acquisitivo della proprietà effettuato dal rappresentante, con l'effetto di acquisire la proprietà all'interessato): il *procurator* acquista al *dominus* solo il possesso, e questo possesso, munito della giusta causa (vendita o donazione) pure proveniente dal *procurator*, permette al *dominus* di usucapire lui stesso o di acquistare lui stesso direttamente la proprietà (come è scritto a chiare lettere nei passi citati, ad es. in Ulp. D. 41, 1, 20, 2: *possessionem quaeri posse et per hanc dominium*).

⁷⁰ Accettando, come fa il FLUME (p.85), l'integrazione più comunemente oggi adottata del testo di Gaio, ove a questo punto altri legge *an <per extraneam> personam*; nel veronese, secondo l'apografo dello Studemund, si legge "anpp ____nobis".

Per la donazione (*donatio* conclusa dal *dominus*, seguita da *traditio* fatta al *procurator*) vedi Iul. D. 41, 1, 37, 6 (cfr. Ulp. D. 39, 5, 13).

Per quanto riguarda in particolare l'acquisto della proprietà direttamente per tradizione eseguita al *procurator*, i passi citati finora o sono generali (cioè parlano in genere di acquisto della *possessio* e *per hanc* del *dominium* da parte del *dominus*) o, se riguardano specificamente l'acquisto per tradizione, prevedono il caso di un negozio causale effettuato dal *dominus* personalmente. Il caso di negozio causale effettuato anch'esso dal *procurator* previsto in

D. 41, 1, 13 (Ner. 6 *reg.*) pr.: Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi [id est proprietas]⁷¹ adquiritur etiam ignorantibus.
1: Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis adquiritur etiam ignorantibus.

Anche qui l'acquisto della proprietà dipende dall'acquisto del possesso: il *procurator* fornisce al *dominus* il possesso (ricevendo la *traditio* a nome suo) e la *iusta causa* con la compravendita conclusa per suo mandato, ma non acquista per lui. Il Flume non si pone qui il problema di sapere se il mandato a comprare del *dominus* al *procurator* rappresenti una condizione necessaria per gli acquisti di questo tipo (condizione assente per gli acquisti mediante usucapione *pro empto*: Paul. D. 41, 3, 47; Ulp. D. 6, 2, 7, 10) ovvero la sua menzione nel passo di Nerazio sia solo il residuo di un riferimento casistico; ma in proposito egli critica in modo elegante il Beseler, il quale scriveva (*Beiträge* 4, 55) che “nel mandato a comprare risiederebbe, secondo la concezione romana, una dichiarazione anticipata della volontà di acquistare il dominio”; si tratta, secondo il Flume (p. 88), di “ein Beispiel für die Interpretation der ‘Auffassung der Römer’ nach modernrechtlichen Denken», perché il problema dei Romani, quanto – specificamente – all'acquisto della proprietà, era di sapere se l'*emptio* del *procurator* potesse o non potesse costituire giusta causa per il possesso del *dominus*.

II) Il pagamento fatto al 'procurator' (p. 89-92). Il Flume parte da

D. 3, 5, 23 (24) (Paul. 24 *ed.*): Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem non adquiritur, potest tamen creditor etiam invito me ratum habendo pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit: et ideo creditoris rati habitione liberor.

Questo passo sembra, ad un occhio moderno, in contrasto (sistematico) con Ner. D. 41, 1, 13 pr., che si è letto poco sopra. Ma contrasto, se si comprende la dommatica che regge le relative soluzioni, non esiste fra i due passi, secondo il Flume. Nell'acquisto della proprietà sulla base di una compravendita fatta dal *procu-*

⁷¹ Glossa.

rator il punto era di stabilire se il contratto del *procurator* fornisse la causa per l'acquisto del *dominus* sulla base dell'acquisto del possesso *per procuratorem*, mentre qui un simile riferimento è impossibile, perché la *causa solutionis* non può consistere che in un accordo tra debitore e creditore. Per questo qui la *ratihabitio* del *dominus* è necessaria. Nessun contrasto neppure fra D. 3, 5, 23 (24) e un impeccabile testo, ove Giuliano ci assicura che il pagamento effettuato al *procurator omnium bonorum* era liberatorio:

D. 46, 3, 34, 3 (Iul. 54 *dig.*): Si Titium omnibus negotiis meis praeponero, deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur: nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem praeponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.

L'argomento del Flume (p. 90) è assai acuto: qui, come per tutti i casi di delegazione, si deve tenere separata la liberazione del debitore dal trasferimento al creditore della proprietà dei mezzi di pagamento. Il *mandatum* ai debitori, di cui parla il testo di Giuliano D. 46, 3, 34, 3, riguarda il debitore appunto (delegato) e non il *procurator* (delegatario), ed ha come effetto che il debitore sarà liberato pagando al *procurator*, non che il *procurator* acquisti al creditore la proprietà dei mezzi di pagamento: come, nella delegazione, il delegato si libera nei confronti del delegante pagando al delegatario, anche se è questo che acquista la proprietà. Anche se il *procurator* è talora nelle fonti presentato come un semplice fattorino⁷², qui non può verificarsi un acquisto della proprietà *per procuratorem*, ma solo un acquisto del possesso: la soluzione meraviglia i moderni, abituati a concepire il sistema della rappresentanza diretta come "la regola"; per i Romani la regola era invece che il *procurator* fosse privo di poteri di rappresentanza.

In funzione di questa ricostruzione, il Flume è però costretto a condannare la parte finale di D. 3, 5, 23 (24), quella in cui si nega la liberazione del debitore finché il creditore non acquisti la proprietà dei mezzi di pagamento (*quia procurator in accipiendo creditoris damtaxat negotium gessit: et ideo creditoris ratihabitione liberor*), che egli considera appunto una glossa⁷³. Ma questo ricorso all'esegesi interpolazionistica è forzato, e neppure coerente con l'elegante renitenza dell'autore a valersi di questi mezzucci per uscire dalle difficoltà. Se, come correttamente fa il Flume, non si vuole accettare l'idea⁷⁴, secondo la quale D. 3, 5, 23 (24) si riferirebbe in realtà ad un *negotiorum gestor* senza mandato, si deve pensare che il *procurator* di cui si parla nel testo non sia un *procurator omnium rerum*⁷⁵.

⁷² Il FLUME (p. 90) cita a questo proposito D. 3, 5, 23 (24) e D. 47, 2, 43 pr. (Ulp. 41 *Sab.*), ma, quanto al secondo passo, invece del pr. si tratta del § 1.

⁷³ FLUME, p. 90 (con Beseler e Meylan, citati alla n. 31).

⁷⁴ Del Voci e del Kaser, cit. a p. 90 n. 27 e 28.

⁷⁵ Cfr. Ulp. D. 46, 3, 12 pr. Come in D. 46, 8, 22, 1 (Iul. 56 *dig.*: *Quod si procurator debitam domino pecuniam sine iudice exegisset, idem iuris est, hoc secus, quod, si dominus ratam rem habuisset, nul-*

III) *Il pagamento fatto dal procurator* (p. 92-95). Il pagamento eseguito da un terzo libera il debitore. Il *procurator omnium rerum* è legittimato a disporre di denaro del *dominus* per pagare i debiti di questo⁷⁶. Ma un pagamento d'indebito esorbita dai poteri del *procurator*. Il testo fondamentale – tanto per il pagamento effettuato dal *procurator* (pr.; § 3), quanto per il pagamento effettuato al *procurator* (§ 1; 2) – è

D. 12, 6, 6 pr. (Paul. 3 *Sab.*): Si procurator tuus indebitum solverit et tu ratum non habeas, posse repeti Labeo libris posteriorum scripsit: quod si debitum fuisset, non posse repeti Celsus: ideo, quoniam, cum quis procuratorem rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut solvat creditori, neque postea expectandum sit, ut ratum habeat. 1: Idem Labeo ait, si procuratori indebitum solutum sit et dominus ratum non habeat, posse repeti. 2: Celsus ait eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari si neque ratihabitionem considerari: quod si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum. 3: Iulianus ait neque tutorem neque procuratorem solventes repetere posse neque interesse, suam pecuniam an pupilli vel domini solvant.

Isolando, nel testo, le proposizioni che si riferiscono al pagamento d'indebito effettuato dal *procurator*, leggiamo:

pr.: Si procurator tuus indebitum solverit et tu ratum non habeas, posse repeti Labeo libris posteriorum scripsit: ... 3: Iulianus ait neque tutorem neque procuratorem solventes repetere posse neque interesse, suam pecuniam an pupilli vel domini solvant.

Dal che parrebbe desumersi che, in caso di pagamento d'indebito eseguito dal *procurator*, Labeone distinguesse, nel senso che la ripetizione sarebbe spettata al *procurator* stesso fino alla ratifica del *dominus* (dopo la ratifica, il *dominus* avrebbe dunque avuto la *condictio* ove avesse ratificato convinto dell'esistenza del debito), mentre per Giuliano il *procurator* non avrebbe in nessun caso potuto ripetere il pagamento eseguito *nomine domini* (e dunque la *condictio indebiti* spetterebbe in ogni caso al *dominus*), come il tutore il pagamento eseguito per il pupillo: caso, quello del tutore, che costituisce il modello, ed è confermato da

la eius pecuniae repetitio est), dove si parla (il Flume non precisa: p. 91 con la n. 36) di un *procurator ad litem*. Il FLUME ha ragione di criticare il CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung* (1973), 262 ss., che – con mentalità moderna – costruisce il pagamento eseguito dal *procurator* come atto di disposizione, e quindi la *ratihabitione* del *dominus* come ratifica di un atto di disposizione effettuato per lui da altri: “Nach römischer Auffassung ‘verfügt’ der procurator nicht, und die Problematik ist nicht auf die Person des procurator, sondern auf die Zahlung bezogen, ob der dominus diese für sich gelten lassen muß”. La *ratihabitione* sta al posto del *iussum* (*ratihabitione mandato comparatur*: Ulp. D. 46, 3, 12, 4 con D. 5, 1, 56; Marcian. D. 46, 3, 49). Vedi ancora (FLUME, p. 91 s.), per il pagamento dell'indebito fatto al *procurator* D. 3, 5, 5, 11 (Ulp. 10 *ed.*), con Paul. Lab. D. 16, 6, 6, 1; Iul. D. 46, 8, 22 pr. (*procurator ad litem*); Pomp. D. 46, 8, 16 pr. (*id.*); al *falsus procurator* Paul. D. 12, 4, 14; Pap. D. 47, 2, 81, 5; al *negotiorum gestor* Ulp. D. 3, 5, 5, 11.

⁷⁶ Cels. D. 46, 3, 87; Paul. D. 12, 6, 6 pr. Ciò non ha nulla a che vedere con la rappresentanza, né per i giuristi romani né per il pensiero giuridico moderno.

D. 12, 6, 57 pr. (Pap. 3 resp.): Cum indebitum impuberis nomine tutor numeravit, impuberis condictio est⁷⁷.

Ma questa soluzione lineare non è (non saprei dire quanto a ragione) presa in considerazione dal Flume, che (sulla base di una complessa letteratura: vedi le note di pag. 92 ss.) osserva:

a) siccome il testo di Paolo appartiene alla trattazione *de legatis*⁷⁸, la proposizione del pr. doveva essere stata scritta in relazione alla regola che compare in Gai. 2, 283, secondo la quale non c'era ripetizione per il pagamento di un *legato per damnationem* non dovuto; i compilatori avrebbero cancellato il riferimento al legato, e presentato la soluzione come generale;

b) la generalizzazione avrebbe reso la regola scorretta: ma ciò il Flume dice perché egli intende il pr. nel senso che l'intervento della *ratihabitio* escluderebbe del tutto (da parte di chiunque) la ripetizione (soluzione che, in effetti, sarebbe coerente con il riferimento dell'enunciato alla regola di Gai. 2, 283);

c) nella forma in cui il pr. si trova nel Digesto, esso avrebbe senso solo se riferito unicamente alla ripetizione del *solutum* spettante al *procurator solvens* (che dunque potrebbe ripetere solo finché non intervenga la *ratihabitio* del *dominus*: come io stesso sopra avevo proposto di intendere la frase);

d) il § 3 si troverebbe dunque in contraddizione col pr. (il Flume non pensa al fatto che il passo possa enunciare diverse opinioni di diversi giuristi – in particolare un dissenso di Giuliano rispetto a Labeone – e attribuisce la contraddizione alla modifica compilatoria del pr., seguita alla soppressione del suo riferimento alla regola di Gai. 2, 283);

e) in conclusione, il passo risulterebbe di incerto valore per il diritto classico; quanto al giustiniano, si deve pensare che sia prevalente la formulazione generale del § 3.

Per il diritto classico, secondo il Flume (p. 93 s.), resta dunque il problema di stabilire se la *condictio indebiti* del *dominus*, in caso di pagamento d'indebito da parte del *procurator*, sia o non sia condizionata dalla *ratihabitio*. Al proposito sappiamo dalle fonti che al *procurator* la *condictio indebiti* non spetta mai (il relativo principio non può essere frutto di interpolazione). Ora, si deve considerare che se il *procurator* ha pagato con denaro del *dominus*, come questi avrebbe la rivendica dei *nummi extantes*, così deve avere la *condictio* in caso di loro *consumptio*. La *condictio* del *dominus* potrebbe dunque esser condizionata all'intervenuta *ratihabitio* solo se il pagamento del *procurator* ha avuto luogo con denaro di questi. E qui vengono in considerazione i due testi seguenti:

⁷⁷ Ove non va sottolineato (come fa il FLUME, p. 94) che l'enunciato è fatto "ohne daß von einer ratihabitio die Rede ist", perché non avrebbe molto senso una *ratihabitio* del pupillo per un atto del tutore.

⁷⁸ Cfr. LENEL, *Pal.* 1, 1256 (num. 1643).

D. 13, 1, 18 (Scaev. 4 *quaest.*): Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. sed altera conditione altera tollitur.

D. 47, 2, 81, 7 (Pap. 12 *quaest.*): Qui rem Titii agebat, eius nomine falso procuratori creditoris solvit et Titius ratum habuit: non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio. sed conditionem indebiti quidem Titius habebit, furtivam autem qui pecuniam dedit: quae, si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coeperit, arbitrio iudicis ei praestabitur.

dai quali è chiaro che il *dominus* – nel caso di pagamento eseguito dal procuratore (o dal *negotiorum gestor*) con denaro proprio a un *accipiens* di mala fede, che quindi non diviene proprietario delle monete – non può averne la *rei vindicatio*, e in caso di *consumptio* non può avere la *condictio indebiti* se non ha ratificato (perché solo in questo caso il pagamento diviene un suo pagamento). Il *procurator* avrà invece la *condictio furtiva*.

Ma la soluzione contenuta in questi ultimi testi (D. 13, 1, 18 e D. 47, 2, 81, 7) è determinata dalla circostanza della mala fede dell'*accipiens*. In generale si deve dunque concludere che il pagamento effettuato *nomine domini* dal *procurator*, sia con denaro del *dominus* che con denaro proprio, va riferito al *dominus* in ogni caso, e che dunque il *dominus* avrà sempre la *condictio (indebiti)*, che abbia ratificato o no.

Queste conclusioni sono in armonia con quelle adottate nei casi di mutuo *alterius nomine*, tema che il Flume affronta (p. 95-98) dopo avere esaurito la casistica relativa al *procurator*.

Anche qui, infatti, la *condictio* non spetta a colui che abbia effettuato la *datio mutui*, ma al soggetto a nome del quale essa sia stata fatta, a qualunque dei due appartenesse il denaro utilizzato (cfr. Ulp. D. 12, 1, 9, 8). Anche qui, come già per il pagamento effettuato *nomine domini* dal *procurator* (p. 95, alla fine del num. 3, II), non siamo di fronte al meccanismo della rappresentanza diretta: si tratta invece dell'idea che la *datio nomine domini* è individuata come una *datio* del *dominus*. La differenza fra i due modi di vedere risulta chiarissima in una spiegazione casistica di Paolo, relativa al caso seguente: il liberto Zosa, gestendo un affare del suo patrono Quintiliano, ha prestato 1000 danari a Crisogono, schiavo di Candido, in presenza di questi, che personalmente ha promesso (con *stipulatio*) a Zosa la restituzione a Quintiliano:

D. 45, 1, 126, 2 (Paul. 3 *quaest.*): ... respondi: per liberam personam, quae neque iuri nostro subiecta est neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus. plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur: sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est ...

Dunque, la *stipulatio* fatta da Zosa a favore del suo patrono Quintiliano non può avere effetto perché ciò violerebbe la regola che non ammette la rappresentanza diretta, mentre questa regola non è affatto contraddetta riconoscendo Quintiliano creditore per la *datio mutui* effettuata a suo nome da Zosa⁷⁹.

Se anche si deve certo riconoscere che la *datio mutui alterius nomine* era spesso effettuata dal *procurator*, il regime descritto (si consideri il tenore tanto di D. 12, 1, 9, 8 quanto di D. 45, 1, 126, 2) aveva certo carattere generale. Nessuna interpolazione si deve supporre in proposito, ed ha torto il von Lübtow⁸⁰ a supporre – in tale prospettiva – interpolato il noto passo di Scevola D. 39, 5, 35, 2.

Con quanto esposto in questo § 8, il Flume ha dimostrato che tutta una serie di casi, che il pensiero giuridico moderno (con eccezioni, che l'autore opportunamente segnala)⁸¹ tende – anche nell'interpretazione delle fonti romane – a ricondurre allo schema della rappresentanza diretta⁸², erano impostati diversamente dai giuristi romani. Nella lettura di queste pagine del Flume non ci si deve però lasciar fuorviare dall'impressione che l'autore intenda sostenere che quei giuristi non conoscessero la nozione della rappresentanza diretta, poiché questa non è la sua idea. Né potrebbe esserlo. Il fatto stesso che nelle fonti, come si è visto leggendole, la possibilità della rappresentanza diretta sia negata, in generale ovvero con riferimento a singole soluzioni, testimonia la presenza della relativa nozione; ed inoltre, il discorso del Flume ha qui per iscopo di dimostrare come ad essa non si facesse ricorso in una serie di casi, serie tanto numerosa da restringerne il campo di applicazione, sicché la regola è nel senso che ad essa non si deve fare ricorso: per cui, l'impostazione che egli adotta⁸³, lo porta naturalmente (e correttamente) a non occuparsi di quelle diverse situazioni – che, per quanto eccezionali, pur sempre esistono – nelle quali la rappresentanza diretta era dai giuristi romani impiegata. Fra i casi, enumerati in Gai. 2, 64, nei quali il potere di alienare una cosa spetta (esclusivamente o no) a persona diversa dal proprietario (l'*adgnatus curator* rispetto alla cosa del *furiosus*, il *procurator* rispetto alla cosa del *dominus absens*, il creditore pignoratizio rispetto alla cosa pignorata), i primi due almeno realizzano senza dubbio il meccanismo della rappresentanza diretta.

⁷⁹ Si veda ancora Ulp. D. 13, 7, 11, 6 (la *datio pignoris* eseguita per altri non legittima passivamente questi all'*actio pigneraticia*; la diversa soluzione giustiniana di C. 4, 27, 2 non implica un diverso profilo dommatico, ma è – dichiaratamente – solo pragmatica: FLUME, p. 97.

⁸⁰ *Studi Volterra*, 1, 152.

⁸¹ Vedi in generale già a p. 81; in particolare, ad esempio p. 92 n. 43; p. 97 con le n. 55-57. Sui richiami moderni (non calzanti col diritto romano) alla tutela dell'affidamento vedi p. 95 e 98.

⁸² O anche, per la *datio mutui alterius nomine*, a quello del contratto a favore di terzi: vedi in particolare FLUME, p. 98 n. 64 (sull'idea del contratto a favore di terzi in generale vedi p. 82).

⁸³ Vedi in part. alla p. 83.

10. – Il secondo *tractatus* riguarda la dottrina dell'impossibilità (§ 9: *Zur Lehre von der Unmöglichkeit*, p. 99-119).

I) *L'impossibilità come problematica del contratto obbligatorio come atto, contrapposta al riferimento moderno del dogma dell'impossibilità al rapporto obbligatorio* (p. 99-101). La problematica connessa con l'impossibilità originaria della prestazione è dalla dommatica moderna riferita al rapporto obbligatorio, nel senso che l'impossibilità della prestazione impedisce il sorgere della relativa obbligazione; nei contratti sinallagmatici, il principio mette capo nella dottrina del sinallagma genetico, secondo la quale il sorgere di ciascuno dei due vincoli obbligatori dipende dall'efficace fondatezza dell'altro. Questa dottrina trova il suo punto di partenza in⁸⁴

D. 50, 17, 185 (Cels. 8 *dig.*): *Impossibilium nulla obligatio est.*

La frase di Celso è isolata dal proprio contesto, ed il suo preciso significato dommatico cambia del tutto se – invece di come usualmente si pensa – si annovera il testo fra quelli nei quali *obligatio* è usata nel senso di “atto obbligatorio” (vedi sopra, nel § 1 del Flume, num. 2 di questa *nota*). In ogni modo, per i giuristi romani la problematica dell'impossibilità originaria è problematica dell'atto giuridico o dell'azione e quello dell'esistenza dell'oggetto della prestazione è un presupposto dell'atto:

D. 50, 17, 31 (Ulp. 42 *Sab.*). *Verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere: quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendere, ut utilem actionem aut factum efficere possit*⁸⁵.

Quanto alla teoria del sinallagma genetico, nelle fonti romane le sue conseguenze pratiche sono certo adottate, ma la teoria stessa non la si trova; il profilo dei giuristi era sempre e solo quello della conclusione del contratto, e non quello della nascita delle obbligazioni.

II) La '*stipulatio*' (p. 101-106). Che la *stipulatio* come atto sia condizionata dall'esistenza dell'oggetto della prestazione – cioè che essa non possa validamente concludersi se non quando esista⁸⁶ l'oggetto al quale si riferisce – risulta chiaro dai

⁸⁴ Il testo di Celso è da tempo inteso nella prospettiva del § 306 BGB e viene pure citato nei “Motiven”: MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Recht*, II, (1899), 97.

⁸⁵ Opportuno è uno sguardo ai testi paralleli: Ulp. D. 21, 2, 31; D. 50, 16, 174; anche D. 2, 14, 50.

⁸⁶ Mentre è ammessa la *stipulatio* di un oggetto futuro. Il FLUME cita in proposito Paul. D. 45, 1, 73 pr., che contrappone a I. 3, 19, 2; si può vedere anche, ad esempio, la casistica di Paul. D. 45, 1, 83, sulla quale CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa*, Milano 1969, 64 ss.

testi⁸⁷. Ma se ciò è chiaro e semplice finché si parla dell'impossibilità originaria della prestazione, le cose cambiano ove si consideri l'impossibilità sopravvenuta, e cioè il senso della regola della *perpetuatio obligationis* (p. 103 ss.). Ci si attenderebbe che il Flume riconoscesse che siamo qui in presenza di una regola dommaticamente strutturata in relazione al rapporto giuridico (cioè all'*obligatio*), anzi constatasse – proprio a questo proposito – come i giuristi romani possedessero la virtù (non molto diffusa fra i giuristi e le scuole giuridiche soprattutto) di non lasciare irrigidire la propria speculazione neppure da presupposti metodologici: sicché, quantunque la dommatica dell'atto fosse per loro più naturale e normalmente più feconda, essi sapevano pur sempre passare alla dommatica del rapporto, quando ciò risultasse opportuno. E questo ne è un esempio eminente: perché rispetto al medesimo problema – quello dell'impossibilità della prestazione – essi ne analizzano una faccia (l'impossibilità originaria = inesistenza dell'oggetto) sotto il profilo dell'atto, e l'altra (l'impossibilità sopravvenuta = il perimento dell'oggetto) sotto il profilo del rapporto. Ora, nel discorso che fa, il Flume tende, in fondo, a questa conclusione, rna sembrerebbe piuttosto non raggiungerla.

Egli parte dalla constatazione che il sostantivo '*perpetuatio obligationis*' non esiste nelle fonti (p. 103): e questo è senza dubbio vero, ma non riflette altro che la poca propensione dei romani per i *deverbativa*. Egli aderisce anche all'idea del Gradenwitz (ZSS, 34, 260), che il *perpetuari obligationem* di D. 45, 1, 91, 3 (*quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*) non appartenga ad un enunciato della regola dei *veteres*, ma rappresenti una sua traduzione nel latino di Paolo. Gli argomenti addotti sono che in epoca repubblicana '*obligatio*' non sarebbe stato ancora un termine del linguaggio giuridico (SCHULZ, *Classical Roman Law*, 455 e FLUME, sopra, p. 24) e che Paul. D. 22, 1, 24, 2 scrive: ... *cum procurator interpellaverit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem*. Ma il primo argomento costituisce la più evidente delle petizioni di principio, e il testo di Paolo non prova nulla: a parte che anche dicendo '*perpetuam facit stipulationem*' in D. 22, 1, 24, 2 Paolo si riferisce inequivocabilmente al rapporto, resta il fatto che egli qui non dice di citare la regola dei *veteres*, mentre lo dice apertamente in D. 45, 1, 91, 3. In quest'ultimo testo la regola è da Paolo parafrasata nella prima parte (ove egli si riferisce al solo caso della *culpa*, e quindi evita la dizione originaria, comprensiva anche della mora, *si per debitorem steterit quominus [res detur]*⁸⁸), ma certo non nell'espressione caratteristica *perpetuari obligationem*, che della regola interpretata costituisce il nocciolo⁸⁹.

⁸⁷ Vedi ancora I. 3, 19, 1; Gai. 3, 97; Gai. (*aurea*) D. 44, 7, 1, 9; nonché i testi che si riferiscono alla novazione condizionale, quando la cosa perisca prima dell'avveramento della condizione (vedi anche la critica di Arp in FLUME, 102 n. 18): Marcell. D. 46, 3, 72, 1; Iul. D. 45, 1, 56, 8; Ulp. D. 46, 2, 14 pr.; Ven. 46, 2, 31 pr.

⁸⁸ Vedi CANNATA, *Per lo studio* cit., 90 ss.: Pomp. D. 12, 1, 5; D. 45, 1, 23; D. 46, 3, 92 pr.; Paul. D. 23, 3, 56 pr.

⁸⁹ Cfr. Paul. Pomp. D. 45, 1, 91, 4 e Paul. D. 6, 1, 58, 1.

Per altro verso, il Flume non cade nel trabocchetto (in cui pure è incappato il Kaser, *SDHI*, 46 [1980], 128), teso da Ulp. D. 46, 1, 82, 1 e Paul. 5, 7, 4⁹⁰, e non riduce la regola della *perpetuatio* ad una semplice finzione della persistenza dell'oggetto perito, ed esclude pure l'idea che la sua applicazione si realizzasse mediante *formula ficticia*, ma, quando la riduce ad un semplice trasferimento del rischio (p. 104), ne descrive bene l'effetto pratico, ma ne tradisce la consistenza dommatica. Consistenza dommatica che egli coglie invece assai bene quando, poco dopo (p. 104) precisa che “die *perpetuatio* ist bezogen auf den Leistungsgegenstand und macht die Klage unabhängig von der Existenz des Leistungsgegenstandes”, ma non perviene a dire apertamente che a questo risultato della separazione delle sorti dell'azione da quelle delle vicende materiali della cosa i giuristi romani pervenivano attraverso un'astrazione del rapporto obbligatorio rispetto ai fatti ai quali esso si riferisce. Invece che di astrazione egli ricade nell'idea della finzione, quando dice che in ciò alla fine consiste il “prozessualer Verewigungssatz”, in cui – come è giusto dire – la regola della *perpetuatio* consiste⁹¹. Un passo importante è

D. 45, 1, 91, 6 (Paul. 17 *ad Plaut.*): Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit: sed et acceptum ei posse ferri creditur et fideiussorem accipi eius obligationis nomine. novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus. ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Iuliano placet.

Il Flume (p. 105 s.) si occupa solo del caso della novazione. Il dubbio sulla possibilità di effettuare una stipulazione novatoria (*fideiussio*) relativamente ad un'obbligazione perpetuata dipendeva dal fatto che l'oggetto della prestazione dovuta in forza di tale obbligazione non esiste più: ciò prova che i giuristi (qui Giuliano e Paolo) ragionavano appunto in relazione all'oggetto della prestazione. La loro risposta positiva alla domanda “se la novazione sia possibile” significa che la regola della *perpetuatio* vale per loro anche quanto alla novazione; ciò non contraddice l'idea che la conclusione della *stipulatio* come atto esige l'esistenza della cosa, ma solo che per i giuristi romani la non esistenza di tale oggetto al momento della *stipulatio* (impossibilità originaria) e il suo perimento successivo (impossibilità sopravvenuta) rappresentano due situazioni essenzialmente diverse: “Ist die Stipulation gültig zustande gekommen und damit die actio hinsichtlich des Leistungsgegenstandes begründet, drängt sich die Perpetuatio-Regelung doch geradezu auf,

⁹⁰ I due testi riflettono certamente una versione facilitata dell'enunciato regolare concepita dai tardi giuristi classici per l'uso dei pratici (giudici in particolare): cfr. CANNATA, *Per la studio* cit., 97 s. e FLUME, p. 103 s.

⁹¹ Egli adduce in proposito Paul. D. 44, 7, 45, separando correttamente il testo dall'“idea del § 287 BGB”; vedi anche a p. 105 su Ulp. Lab. D. 30, 47, 6. A questo proposito va detto però che, se è vero che i Romani non adottavano come regola generale quella che il perimento non nuoce al debitore in mora ove la cosa sarebbe perita anche presso il creditore, la soluzione pratica non è però assente dalle fonti: vedi Gai. Sab. Cass. D. 16, 3, 14, 1 (che sia o no interpolata la chiusa).

auch wenn man bedenkt, daß diese Regelung an sich von der Fortexistenz des Leistungsgegenstandes als Voraussetzung der actio aufgrund der stipulatio ausgeht. Die Perpetuatio-Regelung zwingt aber nicht zu den Rückschluß, daß dann auch für den Stipulationsakt Ähnliches gelten müsse” (p. 106). Il Flume afferma dunque che “der Fall, daß der Leistungsgegenstand bei Vornahme des Stipulationsaktes nicht besteht und der Fall des nachträglichen Wegfalls des Leistungsgegenstandes, si per debitorem stetit, quo minus daret, sind für die römische Jurisprudenz inkommensurabel”, ma se egli se ne fosse chiesto il perché, lo avrebbe trovato nella circostanza – da lui stesso ammessa, ma in una frase che nel suo contesto ha solo l’aspetto di un *obiter dictum* (p. 105) – “daß die novierende Obligation, aufgrund der perpetuatio besteht, ist nach der constitutio veterum selbstverständlich”. Perché la *perpetuatio* è perpetuazione dell’obbligazione, come rapporto, ed è l’esistenza del rapporto (*si paret servum Stichum dare oportere*) che, come fondava l’actio rendendo possibile la condanna del convenuto nell’applicazione della *perpetuatio* che facevano i *veteres*, così in Paul. Iul. D. 45, 1, 91, 6 rende possibile l’*acceptilatio* e la novazione: perché *acceptilatio* e novazione non sono atti creativi del rapporto il cui oggetto è perito, ma sono atti che hanno ad oggetto quel rapporto, il quale non è perito proprio in quanto perpetuato.

III) *La compravendita* (p. 106-119):

a) *L’esistenza della merce come presupposto della vendita come atto* (p. 106-110). La vendita è nulla (= inesistente) ove non esista la cosa venduta (Pomp. D. 18, 1, 8 pr.; Paul. D. 18, 1, 15 pr.; Paul. Nerv. Sab. Cass. D. 18, 1, 57 pr.⁹²; per la vendita dell’eredità Pomp. D. 18, 4, 1; Paul. D. 18, 4, 7)⁹³: ed il principio non ha nulla a che fare con l’impossibilità della prestazione del venditore né con considerazioni legate alla teoria del *sinallagma* genetico.

b) *I rischi della cosa venduta come problema della vendita come atto* (p. 111-113). La dottrina moderna (che spesso influenza l’interpretazione delle fonti romane) concepisce il problema dei rischi della cosa venduta come “Preisgefahr”, legandolo dunque all’obbligazione del compratore: ora, è vero che praticamente il problema si riduce a quello di sapere se, perita la cosa, il compratore debba o no pagarne il prezzo, ma per i giuristi romani il rischio concerne la cosa venduta⁹⁴, ed è quindi legato all’esistenza della vendita come atto. In Paul. (Proc. Octav. Pomp.) D. 18, 6, 8 pr. si legge: *perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet*. Dunque, se la

⁹² Sui §§ 1-3 vedi FLUME, p. 107 s.

⁹³ Se l’eredità esiste, ma il venditore non è erede, la vendita è valida e il venditore risponde come un venditore di cosa altrui: Paul. D. 18, 4, 13 (p. 109). Su Iav. D. 18, 4, 8 (ove ‘*si quid in eam rem impensum est*, sarebbe un glossema) e Paul. D. *eod.* 9 (che non può essere genuino perché contraddice Paul. *eod.* 7) vedi FLUME, p. 109 s. Non è detto però nei testi che l’azione per ottenere le *impensae* (e l’*id quod interest*, almeno per il caso che il venditore fosse *sciens*) sia per l’*actio empti*.

⁹⁴ Vedi Paul. D. 18, 1, 34, 6.

vendita non è perfetta (la merce non esiste o non è determinata, il prezzo non è stato concordato, l'eventuale condizione non si è avverata ovvero la merce è perita prima dell'avveramento di essa) il rischio appartiene al venditore. Prima della vendita, il venditore supporta il rischio della cosa secondo il principio *casus sentit dominus*; con il venire in esistenza della vendita il rischio è trasferito al compratore (salva la responsabilità del venditore per la custodia) perché l'atto determina "che la cosa deve appartenere al compratore".

c) *Vendita di 'homo liber' e di 'res extra commercium'* (p. 113-117). La vendita di un uomo libero o di una cosa incommerciabile non pongono problemi di impossibilità e non fanno sorgere problemi di sinallagma genetico: non si tratta di stabilire se non sorgano obbligazioni per il compratore data l'impossibilità della prestazione del venditore o, in altri termini, se il contratto sia nullo per impossibilità della prestazione, bensì di sapere se l'uomo libero o la cosa incommerciabile possano essere oggetto di vendita, e quindi se spetti o no al compratore l'*actio empti*. La *stipulatio* di simili cose è, come sappiamo⁹⁵, *inutilis* (Gai. 3, 97); analogo è anche per la vendita il linguaggio di una serie di passi in cui si afferma *nullam esse emptionem* o che la cosa *venire non potest* (Ulp. D. 18, 1, 22; Pap. D. 18, 1, 73 pr.; C. 3, 44, 9 a.245) e si indica la *condictio* come azione per il recupero del prezzo pagato (Paul. D. 18, 1, 23). Invece, in alcuni altri passi (come Pomp. D. 18, 1, 4 e 6)⁹⁶ si considera, per la valutazione della situazione, la *scientia* del compratore. Il testo più importante è

D. 18, 1, 62, 1 (Mod. 5 reg.): Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.

L'apparente contraddizione del testo, che ha portato a sospettarlo di interpolazione, dipende da una erronea interpretazione dell'inciso '*licet emptio non teneat*', perché è evidente che, se con queste parole si esprimesse la nullità della vendita, non si potrebbe poi ammettere l'esercizio dell'*actio empti*. Ma quel che, secondo il testo, in questo caso, '*non tenet*'⁹⁷ è solo l'*emptio*, e non il contratto (*emptio vendi-*

⁹⁵ Vedi sopra, sub II.

⁹⁶ Vedi anche I. 3, 23, 5. Non si riferisce invece al tema Ulp. D. 11, 7, 8, 1: vedi FLUME, p. 113 n. 77 con lett. Per la vendita dell'uomo libero vedi ancora Paul. D. 18, 1, 34, 2; Lic. Ruf. D. 18, 1, 70; Paul. D. 40, 13, 4.

⁹⁷ '*Non tenere*' appare in questo solo testo in relazione alla vendita. Secondo il Flume '*non tenet*' significa precisamente "non vincola"; a questo proposito egli (p. 114) si oppone in particolare al VOCCI, *Obbligazioni*, I, 1, 153 e n. 41, il quale, basandosi su testi relativi alla *stipulatio*, ha sostenuto che l'espressione serve a qualificare un contratto non valido o non efficace. Ora, rispetto alla *stipulatio*, che crea una sola obbligazione, l'assenza del vincolo e la nullità o inefficacia vanno normalmente di pari passo: ma ove ciò non accade, si vede emergere il diverso significato di *non tenet*, che non allude affatto all'invalidità dell'atto: cfr. Pap. D. 22, 1, 9, pr.; Iul. D. 34, 5, 13, 2.

tio) nel suo insieme, vale a dire: il contratto è valido, perché non manca l'oggetto⁹⁸: solo che l'oggetto essendo incommerciabile, esso non ha senso per il compratore, quindi il venditore non avrà azione contro il compratore; se il compratore è *sciens*, neppur lui naturalmente avrà azione contro il venditore; ma se il compratore sia *nesciens*, benché non tenuto dall'*emptio*, avrà l'*actio empti* contro il venditore. A questa limpida conclusione si contrappone la costruzione dello Jhering⁹⁹, il quale partendo dalla nullità del contratto arrivò alla *culpa in contrahendo* con attribuzione al compratore *nesciens* di un'azione limitata all'interesse negativo: mentre non è per nulla questa la costruzione del testo¹⁰⁰ come già avevano visto Donello e Savigny (p. 116 s.).

d) '*Emptio rei speratae*' ed '*emptio spei*' (p. 117 s.). Secondo quanto, del resto, è scritto in Pomp. D. 18, 1, 8, le decisioni giurisprudenziali che ammettono la vendita di quanto sarà catturato cacciando o pescando¹⁰¹, del *partus ancillae* o dei frutti futuri¹⁰², divengono corollari¹⁰³ della regola *nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*, purché si riconoscano le figure della cosiddetta *emptio spei* e della *emptio rei speratae*¹⁰⁴.

e) *Vendita di crediti* (p. 118 s.). Nella vendita di un credito, il venditore risponde dell'esistenza del credito stesso: Ulp. Cels. D. 18, 4, 4; Paul. D. eod. 5; Hermogen. D. 21, 2, 74, 3. Se si considera il credito come oggetto della prestazione del venditore, questa regola sarebbe in contraddizione col principio di Pomp. D. 18, 1, 8 pr. (*nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*): così pensavano pure i compilatori del BGB, che introdussero la norma del § 437 proprio per evitare che la vendita di un credito inesistente fosse (nella prospettiva dommatica moderna che si è vista più volte richiamata nei paragrafi precedenti) considerata nulla per impossibilità originaria della prestazione del venditore¹⁰⁵.

⁹⁸ Il Flume (p. 115 s.) pare supporre un'evoluzione, perché in origine l'*homo liber* e la *res sacra* o *religiosa* o *publica* sarebbero stati considerati inadatti a costituire oggetto di vendita, così come lo erano per la *stipulatio*. Precisare i termini cronologici di questa evoluzione (e neppure se essa sia stata svolta in epoca classica – come l'autore tende a credere: p. 116 – o vi abbiamo contribuito interpolazioni giustinianee) non interessa molto il Flume, per il quale è invece importante sottolineare che essa ha avuto comunque luogo senza mai aver nulla a che fare con il dogma dell'impossibilità di stampo moderno.

⁹⁹ Negli *Jherings Jb.* 4, 1 ss.: FLUME, 116 n. 86.

¹⁰⁰ E che il Flume apprezza in modo particolare. Parlando del profilo cronologico dell'evoluzione del problema, egli scrive a p. 116: "daß dagegen der emptor nesciens die Kaufklage auf das Erfüllungsinteresse hat, ist als Regelung von geradezu faszinierende Richtigkeit, so daß man sie auch den Klassikern zutrauen sollte".

¹⁰¹ *Captum vel piscium vel avium vel missilium*: Pomp. D. 18, 1, 8, 1; Cels. D. 19, 1, 12.

¹⁰² Pomp. D. 18, 1, 8 pr.; Paul. D. 19, 1, 21 pr.

¹⁰³ Vedi anche Paul. D. 18, 4, 7.

¹⁰⁴ Che non è una vendita condizionata: cfr. Pomp. D. 18, 1, 8 pr.

¹⁰⁵ Vedi il chiarimento della "zweite Kommission" (Prot. I. = MUGDAN II, 575), cit. da FLUME, 118.

Secondo il Flume il problema va risolto pensando che la vendita di un credito non ha ad oggetto la prestazione di una *res*, ma il *debitorem esse praestare*. Forse qui il Flume non enuncia correttamente la sua idea, perché, dato il significato tecnico di *praestare*, egli verrebbe così a dire che il venditore di un credito vende l'assicurazione che un terzo Tizio sia debitore; ora, l'obbligazione di assicurare (*Absicherungspflicht*) non può essere che sussidiaria ad un'altra obbligazione di *dare* o di *facere*¹⁰⁶. Torniamo dunque a chiederci che cosa debba *facere* il venditore di un credito: e troviamo che egli deve compiere gli atti necessari per il trasferimento del credito al compratore. Così ritroviamo necessariamente il credito come oggetto della vendita. Quel che resta vero, dunque, della costruzione del Flume, è il fatto che la vendita di un credito non può essere costruita come una vendita di cose, proprio perché non è una vendita di cose (ancora una volta si constata l'artificiosità – messa in luce dal Pugliese¹⁰⁷ – della costruzione gaiana delle *res incorporales*), sicché il principio di Pomp. D. 18, 1, 8 pr. non potrà trovarvi applicazione.

La costruzione dommatica della vendita di un credito (e ancora prima: stabilire perché i Romani abbiano costruito come vendita tale contratto) rappresenta un diverso problema, ancora aperto. Il Flume, comunque, non se lo pone.

11. – Il libro si chiude con il grande *tractatus* dell'atto giuridico condizionato (§ 10: *Der bedingte Rechtsakt*)¹⁰⁸.

I) *Il riferimento della condizione all'atto o alle sue conseguenze giuridiche* (p. 120 s.). Rappresentarsi la condizione come una “Zusatzbestimmung” – o, come si dice anche, un elemento accidentale – del negozio giuridico, che ne fa dipendere gli effetti dall'avverarsi di un'evento futuro ed incerto, significa ragionare in termini moderni, appropriati al commento del § 254 BGB. Tale concezione fu comunque propria della dottrina del XIX secolo, ove creò anche i problemi circa la natura della dichiarazione condizionata (se condizionata fosse la volontà negoziale, ovvero il volere o magari il voluto)¹⁰⁹; se ne staccò il Karlowa¹¹⁰, che poneva la condizione in relazione con il negozio, e non con i suoi effetti: e si tratta (se si prescinde dalla particolare concezione che del negozio professava questo autore) della concezione romana, secondo la quale appunto in un negozio condizionato la condizione si riferisce al negozio stesso, sicché è l'atto ad essere condizionato e non (direttamente) i suoi effetti.

¹⁰⁶ CANNATA *Die vertragliche Haftung in der Sicht der römischen Juristen*, in *Studi Cagliari*, 47 (1971/72), 32 ss.

¹⁰⁷ ‘*Res corporales*’, ‘*res incorporales*’ e il problema del diritto soggettivo, in *RISG* (1951), 237 ss.

¹⁰⁸ Vedi già FLUME S., *ZSS*, 92, 69 ss. (= *Ge Schriften*, 1, 182 ss.).

¹⁰⁹ FLUME, 121 (cfr. la n. 4: WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, I⁹ § 86 n. 3a).

¹¹⁰ *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung* (1877), 5 ss.; 76 ss.

II) *La differenza fra il negozio tra vivi condizionato e il testamento incondizionato con disposizioni condizionate* (p. 121-124). Il testamento come tale non può essere sottoposto a condizione: solo lo possono le singole disposizioni testamentarie (istituzione d'erede, manumissioni, legati). Così il testamento con istituzione d'erede condizionata annulla il testamento precedente, indipendentemente dal verificarsi della condizione (Gai. 2, 144).

Diversamente (secondo Gai. 3, 179, prescindendo dall'opinione di Servio, che lo stesso passo menziona, ma considerandola superata: "überwunden") si comporta la stipulazione novatoria condizionata: essa annulla l'obbligazione precedente solo con l'avveramento della condizione. E si tratta di una soluzione specifica relativa alla stipulazione novatoria condizionata, perché la stipulazione novatoria *inutilis* annulla pur sempre l'obbligazione precedente (Gai. 3, 176).

Tutto ciò perché la condizione riguarda l'atto in sé, e non il rapporto creato dall'atto.

Il testamento, pur potendo contenere disposizioni condizionate (e disposizioni condizionate accanto a disposizioni non condizionate), non ammette di per sé condizioni, perché è realizzato mediante *mancipatio*; la stessa cosa avviene dunque per tutti gli *actus legitimi*, atti la cui forma rigida non ammette interventi che ne modifichino la struttura¹¹¹ formale, ma possono presentare un contenuto condizionato. Si veda Pap. D. 50, 17, 77, dove in particolare si legge che l'*acceptilatio* condizionata è nulla, mentre l'*acceptilatio* di una stipulazione condizionata è possibile, ma essa viene in esistenza come atto solo al momento dell'avverarsi della condizione (*ita demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur, si obligationis condicio extiterit*).

L'impossibilità di sottoporre a condizione gli *actus legitimi* prova dunque che la condizione vi è concepita come relativa all'atto. Ma anche per gli atti tra vivi che ammettono una condizione, essa si riferisce all'atto e non al rapporto: nel pensiero dei giuristi classici l'atto condizionato è compiuto (= perfetto) solo all'avveramento della condizione. Ciò spiega anche perché i Romani non ammettevano che la condizione sospensiva: una condizione risolutiva non può, infatti, che riferirsi al rapporto.

Nelle fonti si trova spesso la *condicio* riferita a *debere, debitum, debitor, credere, creditor*¹¹², ma ciò non va inteso nel senso che i giuristi concepissero un rapporto obbligatorio condizionato, perché significa unicamente che il debitore e il creditore divengono tali quando l'atto è perfetto.

III) *La novazione condizionata* (p. 124-139)

a) *La dottrina della novazione condizionata secondo Gai. 3, 176-179* (p. 124-131)¹¹³. L'effetto novatorio di una novazione condizionata non è fatto dipendere,

¹¹¹ Pap. D. 50, 17, 77 (con riferimento all'*acceptilatio* di stipulazione condizionata): *quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum*.

¹¹² Vedi Pomp. D. 46, 4, 12 ove si legge *quod sub condicione debetur* accanto a *condicio stipulationis*.

¹¹³ Vedi già FLUME, *Akzessorietät*, 64 ss.; TR, 14, 19 ss.; 31 ss.

nella sequenza gaiana, dal sorgere di un'obbligazione in senso materiale, ma dalla conclusione di una *stipulatio* come atto perfetto: e la stipulazione condizionata è perfetta solo con l'avverarsi della condizione. Che Gaio ragioni riferendosi esclusivamente all'atto è reso particolarmente evidente da quanto si dice nel § 179, ove si confronta la soluzione da lui professata con quella – parzialmente diversa – di Servio, e dove si equipara la novazione condizionata alla novazione fatta con un *servus* o – usando il verbo *spondeo* – con un *peregrinus* come *promissor*. Se la dottrina¹¹⁴ ha trovato talora difficoltà a comprendere questo paragone di Gaio, ciò dipende soprattutto dal fatto che essa non riesce ad ammettere che una stipulazione condizionata possa considerarsi, prima dell'avveramento della condizione, come inesistente e non come semplicemente inefficace. Ma Gaio non lavorava con concetti come quelli di nullità di un negozio esistente o inesistenza del negozio: egli richiedeva unicamente, per la novazione, l'intervento di una *stipulatio*, e la *stipulatio*, prima dell'avveramento della condizione, non è ancora compiuta. La sua divergenza da Servio Sulpicio non va ricercata nel fatto che questi legasse l'effetto novatorio al sorgere della nuova obbligazione; Servio non professava affatto idee diverse su questo punto, solo egli considerava la *stipulatio* condizionata già perfetta come atto *pendente condicione* e la *stipulatio* del servo *promissor* come vera *stipulatio* (il che prova ancora che il suo sguardo non era agli effetti materiali dell'atto, ma all'atto stesso), mentre per Gaio entrambi gli atti erano assimilabili alla *sponsio* del *peregrinus promissor* (*cum quo sponsus communio non est*), che – semplicemente – non è una *sponsio*¹¹⁵.

b) *La novazione condizionata nel Digesto* (p. 131-139). Per comprendere i passi del Digesto in materia di novazione condizionata si deve partire dai risultati ottenuti con l'esegesi di Gai. 3, 176: per valutare la novazione ci si deve riferire alla stipulazione novatoria come atto e non al sorgere di un'obbligazione per effetto della stipulazione novatoria; la stipulazione novatoria condizionata è compiuta come atto al momento del verificarsi della condizione. La diversa opinione di Servio, secondo la quale l'effetto novatorio si avrebbe al momento della conclusione della stipulazione condizionata e tale effetto consisterebbe nella creazione di un'obbligazione sotto condizione, era già per Gaio un'opinione superata (*alio iure utimur*) (p. 131).

D. 46, 2, 14, 1 (Ulp. 7 *disp.*): Sed si, quod sub condicione debetur, pure quis novandi causa stipuletur, nec nunc quidem statim novat, licet pura stipulatio aliquid egisse videatur¹¹⁶, sed tunc novabit, cum extiterit condicio: etenim existens condicio primam

¹¹⁴ Il punto contiene un attento esame delle tesi di Sanfilippo, H.J. Wolff, Bonifacio, Di Paola, L. Mitteis.

¹¹⁵ Su quest'ultimo punto il Flume si esprime però diversamente *infra*, a p. 131 (vedi oltre, nel testo di questa *nota*, sub b).

¹¹⁶ Il Flume non si occupa del senso della frase '*licet pura stipulatio aliquid egisse videatur*', limitandosi a dire (p. 132) che la sua supposta interpolazione non affievolisce il valore probatorio del passo.

stipulationem committit commissamque in secundam transfert. et ideo si forte persona promissoris pendente condicione fuerit deportata, Marcellus scribit ne quidem existente condicione ullam contingere novationem, quoniam nunc, cum extitit condicio, non est persona quae obligetur.

A proposito di questo passo va precisato (il Flume lo sottintende) che il problema (compresa la soluzione casistica di Marcello) va riferito ad una novazione soggettiva (si deve cioè intendere che colui che stipula *novandi causa* sia un nuovo creditore), e non ad una novazione fra gli stessi soggetti avente lo scopo di *condicionem detrabere*¹¹⁷; come nell'analogo (per problematica e impostazione della stessa) testo di Pomponio, D. 46, 2, 24 (p. 132); per il caso del perimento dell'oggetto della prestazione vedi Ulp. D. 46, 1, 14; cfr. Ven. D. 46, 2, 31 pr. e Iul. D. 45, 1, 56, 8 (p. 132 s.).

Anche se la stipulazione novatoria condizionata di un debito non condizionato si compie come atto all'avverarsi della condizione, si pone il problema della presenza del debito originario e della stipulazione novatoria *pendente condicione*. Ci si chiede, in particolare, se il creditore mantenga *pendente condicione* l'azione spettantegli sulla base della prima *stipulatio* (pura) e come si comporti la novazione condizionata in caso di mora del debitore.

In relazione al primo problema vengono anzitutto in considerazione due versioni dello stesso testo:

D. 23, 5, 80 (Iav. 6 *ex post Lab.*): Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere neque eo nomine postea debitore viro obligatum futurum ait Labeo. falsum est, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est.

D. 23, 3, 83 (Iav. 6 *ex post Lab.*): Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, non posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est.

L'opposizione di Giavoleno a Labeone è motivata in modo assai sintetico, ma tale motivazione appare esplicita in un altro testo, in cui la novazione non è sottoposta alla *condicio iuris* del successivo matrimonio, bensì ad una normale condizione sospensiva:

D. 12, 1, 36 (Iav. 1 *ep.*): Pecuniam, quam mihi sine condicione debebas, iussu meo promisisti Attio sub condicione: cum pendente condicione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tamquam sub contrariam condicionem eam mihi spondidisses¹¹⁸, si pendente condicione petam, an nihil acturus sum? respondit: non dubito, quin mea pecu-

¹¹⁷ La soluzione di D. 46, 2, 14, 1 è confermata da Ven. Nerv. D. 46, 4, 21 (su cui FLUME sopra, p. 43), ove la stipulazione novatoria avviene bensì fra gli stessi soggetti del rapporto novato, ma con mutazione del titolo.

¹¹⁸ La Fiorentina ha *spondidisti*: la correzione è dello Haloander.

nia, quam ipse sine condicione stipulatus sum, etiam si condicio in persona Attii, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub condicione stipulatus est, non extiterit, credita esse permaneat (perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset): pendente autem causa condicionis idem petere non possumus, quoniam, cum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor.

Secondo Giavoleno, l'intervento della novazione (soggettiva) condizionata genera una condizione contraria per l'obbligazione originaria: tu dovrai ad Attio se la nave viene dall'Asia, e a me se la nave non viene. Se la condizione fa difetto (è certo che la nave non verrà), il denaro resta dovuto a me (perché, come vuole il Flume, la stipulazione novatoria non viene in esistenza: *perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset*); ma in pendenza della condizione, io non posso pretendere il pagamento da te, perché il mio credito è condizionato (esso esisterà solo se sarà certo che la nave non verrà), e quindi agendo *ex prima stipulatione* io effettuerei una *pluris petitio tempore*.

La soluzione di Giavoleno è indicata come dominante e motivata in modo un poco diverso in

D. 12, 6, 60, 1 (Paul. 3 *quaest.*): Ubi autem quis quod pure debet sub condicione novandi animo promisit, plerique putant pendente novatione solutum repetere posse, quia ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit: idemque esse etiam, si diversas personas ponas eandem pecuniam pure et sub condicione novandi animo promississe. sed hoc dissimile est: in stipulatione enim pura et condicionali eundem debiturum certum est.

Il debitore D – il quale deve a me sulla base della *stipulatio pura* e a C (che occupa la posizione di Attio nei testi precedenti) sulla base della stipulazione condizionata – ove paghi, può ripetere, perché non si può stabilire a quale *stipulatio* riferire il suo pagamento; Paolo dice che il motivo addotto per tale soluzione sarebbe che il caso è analogo a quello in cui C si sia fatto promettere il danaro prima da X (= me) e poi, con novazione condizionata, da Y (= D; delegazione passiva: qui, in pendenza della condizione, non si saprebbe se sia X o Y che mi deve); ma egli nega la bontà della motivazione, perché nel caso della delegazione attiva (il caso di Giavoleno, con mutazione del creditore) il debitore è sempre lo stesso: in altri termini egli mette in dubbio l'analogia fra un caso di delegazione attiva e un caso di delegazione passiva.

Il Flume considera diversi il caso della delegazione *dotis causa* e quello della delegazione comune, perché solo nel primo il pagamento eseguito dal debitore al delegante (la donna) estinguerebbe anche l'obbligazione del debitore verso il delegatario (fidanzato), come era detto da Labeone (D. 23, 3, 80): nel caso della delegazione ordinaria un eventuale pagamento effettuato dal debitore al delegante non avrebbe toccato il credito del delegatario ("Vielmehr konnte sinnvollerweise bei der bedingte Novationsstipulation für einem Dritten als Gläubiger zu eigenem Recht diesen eine etweige Leistung pendente condicione an dem Altgläubiger nichts angehen": p. 134), per cui in questo caso risulterebbe logico impedire l'azione del delegante contro il debitore (come decide Giavoleno in D. 12, 1, 36). Egli pensa dun-

que che Giavoleno non si opponesse affatto all'opinione di Labeone (p. 134 n. 12), e che pertanto la chiusa di D. 23, 3, 80 (e in modo analogo si deve pensare, benché il Flume lo sottintenda, il frammento 83) siano interpolati. Per dire questo, il Flume deve però negare che Giavoleno, con l'argomento '*cum pendente condicione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tamquam sub contrariam condicionem eam mihi spondidisses*', pensasse che la stipulazione novatoria condizionata ingenerasse una condizione del debito originario¹¹⁹, e riferisce l'*incertum* della frase finale di D. 12, 1, 36 "der Novatione stipulation und nicht der Urschuld" (p. 134 s.)¹²⁰.

In relazione al secondo dei problemi sopra posti (come si comporti la novazione condizionata in caso di mora del debitore) Marcello attribuiva alla novazione l'effetto della *purgatio morae*:

D. 46, 3, 72 (Marcell. 20 *dig.*), 1: Cum Stichum mihi deberes et in solvendo moram fecisses, sub condicione eum promisisti: pendente ea Stichus decessit: videamus, an, quia novari prior obligatio non potest, petitio servi competat ea, quae competeret, si non intercessisset stipulatio. sed in promptu contradictio est debitorem, cum stipulanti creditori sub condicione promisit, non videri in solutione hominis cessasse: nam verum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari. 2: Sed quid si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus, quemadmodum si quolibet nomine eius servum offerente stipulator accipere nolisset. 3: Idem responsum est, si quis, cum subreptus sibi servus esset, sub condicione stipulatus fuerit quidquid furem dare facere oportet: nam et fur condicione liberatur, si dominus oblatum sibi accipere noluit. ...

L'opinione di Marcello è citata, per il § 1, in Ulp. D. 46, 2, 14 e (senza menzione del nome del giurista) in Ulp. D. 45, 2, 8 pr., per il § 3 in Ulp. D. 45, 1, 29, 1. Leggiamo:

D. 46, 2, 14 pr. (Ulp. 7 *disp.*) Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio extiterit: et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo condicio impletur. unde Marcellus et si post moram Stichus in condicionalem obligationem deductus sit, purgari moram nec in sequentem deduci obligationem putat.

¹¹⁹ Egli però poi scrive (p. 135) che Giavoleno intendeva dire che, quantunque la prima *stipulatio* non risulti condizionata dalla seconda, "wenn die Bedingung der Novationsstipulation nicht eingetreten ist, kann man in der Tat sagen, es sei hinsichtlich der Urschuld im Ergebnis so, als ob der Tu 'sub contrariam condicionem', nämlich für den Fall des Nichteintritts der Bedingung der Novationsstipulation, spondiert hätte": il che è esatto.

¹²⁰ Su Iul. D. 45, 1, 56, 8 (su cui ancora *infra*) e Gai. (*ed. prov.*) D. 2, 14, 30, 2 vedi FLUME, p. 135 s. Su Paul. D. 12, 6, 60, 1, con riferimento alla dottrina del diritto comune (n. 59) e contro la supposta interpolazione *repetere <non> posse* (cfr. B. 24, 6, 60, 1), vedi FLUME, p. 136. Sulle eccezioni *doli* o *pacti* per il caso della novazione condizionata ove la condizione non si realizzi, in relazione a Paul. D. 23, 3, 37; Gai. D. 2, 14, 30, 2; Iav. D. 12, 1, 36 e Paul. D. 12, 1, 60, 1 vedi FLUME, p. 136 s.

L'opinione di Marcello si opponeva ad una diversa opinione di Venuleio:

D. 46, 2, 31 pr. (Ven. 3 *stip.*): Si rem aliquam dari stipulatus sum, deinde eandem sub condicione novandi animo ab eodem stipuler, manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit, nisi si per promissorem steterit, quo minus daret. ideoque si hominem mihi dare te oporteat et in mora fueris, quo minus dares, etiam defuncto eo teneris: et si, priusquam decederet, cum iam mora facta sit, eundem a te sub condicione stipulatus fuero et servus postea decesserit, deinde condicio extiterit, cum iam ex stipulatu obligatus es mihi, novatio quoque fiet.

Venuleio era probabilmente discepolo di Giuliano, al quale appartiene:

D. 45, 1, 56, 8 (Iul. 52 *dig.*): Si hominem, quem a Titio pure stipulatus fueram, Seius mihi sub condicione promiserit et is pendente condicione post moram Titii decessit, confestim cum Titio agere potero, nec Seius existente condicione obligetur: at si Titio acceptum fecissem, Seius existente condicione obligari potest. idcirco haec tam varie, quod homine mortuo desinit esse res, in quam Seius obligaretur: acceptilatione interposita superest homo, quem Seius promiserat.

Il caso di Marcello è il seguente: il debitore (D) ha promesso senza condizione una cosa a C; D cade in mora, e durante la mora interviene una novazione condizionata fatta da D stesso o da un terzo T; in pendenza della condizione, la cosa perisce.

Per Marcello, la stipulazione novatoria (benché invalida)¹²¹, e precisamente la promessa di dare che ne costituisce il contenuto – sia essa fatta da D stesso o da T – equivale ad un'offerta di prestazione non accettata dal creditore, e quindi essa purga la mora intervenuta prima di tale promessa. Conseguenza: se in pendenza della condizione (della novazione) la cosa è perita, D risulta liberato (perché l'oggetto è perito senza che il debitore fosse in mora, essendo questa purgata), né (come precisa Ulpiano interpretando Marcello in D. 46, 2, 14) T risulta obbligato, perché la novazione non viene in esistenza in quanto al momento dell'avveramento della condizione l'oggetto della stipulazione novatoria non esiste più.

Rispetto allo stesso caso (considerando solo la novazione fatta dallo stesso D) Venuleio ragiona diversamente: la mora di D ha perpetuato la sua obbligazione, per cui la novazione intervenuta durante la mora si riferisce all'obbligazione perpetuata, che dunque permane anche ove la cosa perisca. Conseguenza: all'avveramento della condizione, T risulterà obbligato (cioè soggetto all'obbligazione perpetuata di dare Stico anche se morto).

Il caso di Giuliano ha un punto diverso: il debitore (D) ha promesso senza condizione una cosa a C; prima della mora di D, T ha promesso (novazione) sotto con-

¹²¹ *Quia novari prior obligatio non potest, petitio servi competat ea, quae competeret, si non intercessisset stipulatio.* Vedi Marcell. D. 46, 3, 72 cit.

dizione la stessa cosa a C; durante la pendenza della condizione D (che è sempre obbligato, perché la novazione non viene in esistenza prima del verificarsi della condizione) cade in mora e la cosa perisce. Secondo Giuliano C potrà agire contro D prima che la condizione della novazione si verifichi (*confestim*)¹²², perché dopo l'avveramento della condizione la sua obbligazione è estinta dalla novazione e T non sarà obbligato perché la novazione non viene in esistenza. Come si vede, la soluzione di Giuliano non contrasta con quella di Marcello, perché il caso è diverso: qui la cosa è senz'altro perita durante la mora, che non è stata purgata dalla stipulazione novatoria, essendo questa intervenuta prima della mora stessa.

La dottrina interpolazionistica, che si è occupata di questi passi relativi al rapporto *pendente condicione* fra il debito originario e la stipulazione novatoria condizionata, si è lasciata fuorviare dalla concezione dommatica moderna, secondo la quale in caso di novazione condizionata la condizione si riferisce al rapporto giuridico (debito) creato dalla novazione. Le soluzioni classiche si spiegano invece con coerenza se si vede come per quei giuristi la novazione condizionata fosse come atto imperfetta e di conseguenza non potesse offrire fondamento ad alcun rapporto. La concessione dell'*exceptio doli* o *pacti* al debitore (Gai. 3, 179; Gai. D. 1, 14, 30, 2 vedi p. 136) o il fatto che egli possa giovare della *purgatio morae* dipendono dal semplice fatto che il debitore ha concluso o fatto concludere la stipulazione novatoria (p. 138 s.).

IV) *La differenza fra stipulazione condizionata e legato condizionato* (p. 139-144).

Sotto questo titolo il Flume propone l'esegesi di un passo che è stato considerato "famigerato"¹²³, ma che rappresenta invece un cardine di tutta la concezione romana della condizione:

Vat. 55 (Paul. 1 *man.*)¹²⁴: *Ususfructus sine persona esse non potest et ideo servus hereditarius inutiliter usumfructum stipulatur. Legari autem ei posse dicitur, quia dies eius non cedit statim, stipulatio autem pura suspendi non potest. Quid ergo, si sub condicione stipuletur? Videamus ne nec hoc casu valeat, quia ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit.*

¹²² Il FLUME, *supra*, p. 135, dà, in relazione a *confestim*, una spiegazione che mi resta oscura: egli pare pensare che qui Giuliano intenda (o che il suo dire implichi) che il creditore^(C) non possa agire contro il debitore originario (D) finché la condizione della novazione di T non venga a mancare (sia certo che non si verifichi, cioè la novazione stessa non si caduchi): così il pensiero di Giuliano risulterebbe conforme a quello di Giavoleno (D. 12, 1, 36).

¹²³ "Berüchtigt": WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, 382. L'esegesi del Flume è diretta alla comprensione del passo così come lo si legge (per una possibilità di alterazione, ma insignificante – che il passo si riferisse in origine anche alla *stipulatio* sottoposta a termine –, vedi FLUME, p. 144) difendendolo dagli attacchi che gli sono stati mossi soprattutto da Riccobono, Schulz, Wieacker e Archi.

¹²⁴ Il passo compare anche in D. 45, 3, 26, con lievi e insignificanti differenze di forma.

I risultati dell'esegesi possono riassumersi nella seguente ricostruzione della logica del passo (espressa con le categorie logiche di Paolo): *i*) la *stipulatio* di un usufrutto fatta dal servo ereditario (schiavo appartenente all'eredità giacente) è *inutilis*, per la ragione che *ususfructus sine persona esse non potest*¹²⁵; *ii*) quando si dice (*dicitur*) che invece il servo ereditario può essere onorato (da un terzo) di un legato di usufrutto, se ne adduce come ragione il fatto che il legato (anche se non condizionato) non produce subito i suoi effetti, ma solo al *dies cedens* (che, nel caso del legato di usufrutto al servo ereditario, è quello dell'adizione dell'eredità alla quale appartiene il servo)¹²⁶, mentre la *stipulatio*, se *pura*, produce i suoi effetti subito¹²⁷; *iii*) questo argomento per la validità del legato di usufrutto al servo ereditario indurrebbe a far ritenere che possa essere valida una *stipulatio* di usufrutto a favore del servo ereditario se condizionata¹²⁸. Ma neppure una simile *stipulatio* sarebbe valida¹²⁹, perché la *stipulatio* condizionata¹³⁰, anche se destinata a produrre i suoi effetti più tardi (e precisamente al suo *dies cedens*: Ulp. D. 50, 16, 213 pr.), deve tuttavia possedere al momento della conclusione i requisiti della sua validità¹³¹.

La chiave, che il Flume individua per la lettura del passo, risiede nella constatazione che, se per il legato l'occhio del giurista ha di mira gli effetti, la *stipulatio* vi è invece considerata rigorosamente sotto il profilo dell'atto. La *stipulatio* come atto, lo sappiamo, è compiuta solo al momento del verificarsi della condizione, ma i presupposti della sua validità si determinano al momento della sua conclusione: in particolare, i requisiti del suo (come atto) oggetto devono esistere in tale momento; un usufrutto non riferibile ad un soggetto certo – come è quello stipulato dallo schiavo appartenente all'eredità giacente – rappresenta un oggetto indeterminato (p. 139 s.).

¹²⁵ Contro lo Schulz, che propone di cancellare (perché “offenbar unlogisch”) le parole: ‘*ususfructus sine persona esse non potest et ideo*’, vedi FLUME, p. 139 s. Cfr. anche Ulp. Iul. D. 7, 3, 1, 2 ed Herm. D. 41, 1, 61, 1, che il Flume cita ad altro proposito (vedi *infra*).

¹²⁶ Ulp. Iul. D. 7, 3, 1, 2; Pomp. D. 7, 4, 18; Iul. D. 36, 2, 16, 2; Herm. D. 41, 1, 61, 1; FLUME, p. 140 con la n. 70.

¹²⁷ Contro lo Schulz, che propone di cancellare (perché “törricht”) la frase: ‘*stipulatio autem pura suspendi non potest*’, vedi FLUME, p. 140.

¹²⁸ FLUME, p. 140. Io riterrei che Paolo pensasse ad una *stipulatio* di questo genere: *Si Gaius hereditatem Lucii Titii adierit, usum fructum fundi Cornelianiani mihi dari spondes?*

¹²⁹ Contro le critiche alla frase finale (*videamus ne nec hoc casu valeat, quia ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit*), specie di Riccobono e Wieacker, vedi FLUME, p. 140 s.

¹³⁰ Che a questo proposito il testo di Paolo considera come atto, e non con l'occhio al rapporto da essa creato: vedi in part. FLUME, 141.

¹³¹ A giustificazione (soprattutto contro Wieacker) dell'espressione ‘*ex praesenti vires accipit stipulatio*’ riferita alla *stipulatio* condizionata il FLUME (p. 141 ss.) adduce i testi relativi alla *stipulatio* del *potestati subiectus* (vedi in generale I. 3, 19, 13 e Iul. D. 39, 2, 42: FLUME, p. 142 con n. 73) sottoposta ad una condizione che si verifichi quando la *potestas* sia cessata (Paul. D. 45, 1, 78 pr., cfr. D. 50, 17, 144, 1). Per il legato invece i giuristi non possono – per questi problemi – considerare (come è già in Vat. 55) l'atto, ma i suoi effetti (FLUME, p. 142 s.; vedi ancora *infra*, FLUME, p. 144 s.): Ulp. D. 36, 2, 5, 7. Confronto fra legato e *stipulatio*: Pomp. D. 50, 17, 18.

Solo in relazione al problema della *stipulatio* di cosa propria i giuristi¹³² ragionano diversamente: se la *stipulatio* di cosa propria è pura essa è – evidentemente – *inutilis*; se è condizionata, essa è considerata invece *utilis* ove al verificarsi della condizione (cioè col prodursi dei suoi effetti) la cosa non appartenga più allo stipulante, perché in questo caso si considera determinante il momento del compimento (= della perfezione) della *stipulatio* come atto.

V) *La stipulazione condizionata e il problema della sua trasmissibilità per successione ereditaria* (p. 144-147).

Nel diritto classico, la stipulazione condizionata, *pendente condicione*, si trasmette all'erede¹³³, mentre, nella stessa situazione, non passa il legato condizionato.

La differenza si spiega agevolmente ove si comprenda la ragione della trasmissibilità della *stipulatio* condizionata. Qui, ancora una volta, i giuristi considerano l'atto: lo stipulante ha partecipato all'atto, ed è questa sua qualità di parte dell'atto che passa al suo erede, che gli subentra appunto come titolare della *stipulatio*, come *stipulator*, cosicché con l'avverarsi della condizione la *stipulatio* si perfeziona riguardo a lui¹³⁴. Un simile ragionamento non è possibile per il legato: il legatario non ha partecipato al testamento, e quindi, se si fa riferimento all'atto, alla sua morte e prima dell'avveramento della condizione, egli non ha nulla da lasciare al proprio erede¹³⁵, egli è solo partecipe delle conseguenze sostanziali del legato, ma queste non si producono che all'avverarsi della condizione¹³⁶.

Questa distinzione spiega pure perché, in caso di stipulazione condizionata del *potestati subiectus*, di questa benefici l'avente potestà al momento della conclusione, mentre per l'acquisto da legato condizionato a favore del *potestati subiectus* ci si riferisca alla situazione della *potestas* al momento del *dies cedens*¹³⁷.

D'altra parte, il Flume richiama qui (p. 145 s.) un'altra differenza fra *stipulatio* e legato condizionati: se la prima è di per sé, *pendente condicione*, un atto incompiuto (non perfetto), il legato condizionato è contenuto in un atto perfetto (il testamento),

¹³² Il FLUME (p. 142 s.) considera: Marcell. D. 45, 1, 98 pr. (che si riferisce anche al caso inverso, della stipulazione condizionata di cosa altrui che all'avverarsi della condizione appartiene allo stipulante); Marcell. D. 18, 1, 61; Pomp. D. 45, 1, 31 e Ulp. D. 30, 41, 2 (che è scritto in tema di legato e si riferisce, oltre che alla *stipulatio*, anche alla vendita).

¹³³ La regola è indiscutibile: vedi FLUME, p. 145 s., che si appoggia soprattutto sulle conclusioni esegetiche del Masi, contro le ipotesi interpolazionistiche e contro l'individuazione di supposte divergenze fra i giuristi classici individuate da Archi sulla base di una supposta interpolazione di Pomp. D. 46, 2, 24 (seguito dal Mayer-Maly, che pur non ne condivide l'ipotesi di interpolazione del testo citato). Per la lett. vedi FLUME, p. 147 n. 84-88; sul testo vedi FLUME, p. 146.

¹³⁴ Vedi in part. FLUME, p. 145. Ove l'eredità rimanga per alcun tempo giacente, questa *eius personam sustinet*: cfr. Pomp. D. 46, 2, 24; anche Pomp. D. 36, 3, 10 (FLUME, p. 146).

¹³⁵ Vedi FLUME, p. 145.

¹³⁶ Vedi FLUME, p. 144 alla fine.

¹³⁷ Tema già trattato sopra (FLUME, p. 141).

sicché per esso sono concepibili conseguenze giuridiche anche prima dell'avveramento della condizione: in questa luce va forse (Flume, p. 146) considerata la controversia fra proculiani e sabiniani, se l'oggetto di un legato *per vindicationem* condizionato appartenga, *pendente condicione*, all'erede ovvero sia *res nullius*.

VI) *Il diritto romano non conosce la condizione risolutiva* (p. 147-170)¹³⁸.

a) *La letteratura sul problema della condizione risolutiva in diritto romano e la connessione della condizione con l'atto giuridico* (p. 147-150). Alla fine del diritto comune, la dottrina dominante considerava la condizione risolutiva in se stessa come un patto di risoluzione sottoposto a condizione sospensiva. Così si esprimeva il Windscheid¹³⁹: "Die sog. auflösende Bedingung ist genauer betrachtet eine auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichtete aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung". Dopo d'allora, la dottrina romanistica ha per lungo tempo (Arangio-Ruiz, Kunkel, Kaser nella prima edizione del suo manuale), con rare eccezioni (Mitteis), sostenuto che comunque per i Romani tale era il meccanismo risolutorio (negozio puro con aggiunto un patto di risoluzione condizionato sospensivamente), e che dunque come condizione vera e propria essi non conoscevano che la condizione sospensiva. Ma, a partire dalla tesi del Peters¹⁴⁰, si è rapidamente fatta strada (Kaser nella seconda edizione; Kunkel/Honsell) l'idea che i Romani, in relazione ai contratti di buona fede (non ai negozi *stricti iuris*), considerassero talora i meccanismi risolutivi sotto il profilo di vere e proprie condizioni risolutive. Che i giuristi romani non potessero conoscere la condizione risolutiva è chiaro, per il Flume, ove si consideri il fatto che la loro dommatica riferiva la condizione all'atto e non al rapporto: la condizione risolutiva non può essere concepita che come relativa al rapporto (cfr. il § 158² BGB); in una dommatica dell'atto essa è dunque inconcepibile, perché è inconcepibile un atto sottoposto in se stesso a condizione risolutiva (p. 150).

b) *Gli accordi risolutivi diversi dai patti aggiunti alla vendita* (p. 150-154). Il Flume (p. 150 s.) vuole anzitutto stabilire che il diritto classico non ammetteva la condizione risolutiva nella *donatio mortis causa*. Egli considera:

Vat. 283 (Diocl. et Max. a.286): Si praediorum stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te(mpus) rediret, donatio inrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit. ...

e dice che la forza probante di questo testo non può essere affievolita da Iul. D. 39, 5, 1 pr., Pap. D. 39, 6, 42 pr. o Ulp. D. 39, 6, 29. Nel testo, la donazione non è con-

¹³⁸ Già in *Festschrift Kaser* (1976), 309 ss.

¹³⁹ *Pandektenrecht*⁹, 1, 455.

¹⁴⁰ *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts* (1973).

dizionata, ma sottoposta a termine¹⁴¹: ma l'esclusione della donazione a termine (risolutivo) implica necessariamente quella della donazione risolutivamente condizionata. Siccome non è invece vero l'inverso, cioè che l'ammissione della donazione sottoposta a termine risolutivo implichi l'ammissione della donazione risolutivamente condizionata, la versione giustiniana del testo (C. 8, 54, 2)¹⁴², nella quale la soluzione è positiva (*donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest*) non prova neppure per la sua epoca dell'ammissibilità di una donazione sottoposta a condizione risolutiva¹⁴³.

La *stipulatio* non può essere sottoposta a condizione risolutiva, come provano la nullità della *stipulatio praepostera* (I. 3, 19, 14)¹⁴⁴ e la concessione di eccezioni *doli e pacti* in simili casi (Paul. D. 44, 7, 44, 1 e 2; Iul. D. 45, 1, 56, 4).

Quanto alla ammissibilità di ipotesi, anche se eccezionali, di trasferimento di proprietà risolutivamente condizionato¹⁴⁵, nessuna conclusione in questo senso può trarsi dai testi che vengono addotti in proposito, e cioè Ulp. D. 13, 7, 13 pr., Marcian. D. 20, 5, 7 e Paul. D. 20, 6, 10 (p. 151 ss.).

c) *I patti aggiunti alla vendita*: α) *Lex commissoria* (p. 154-160). La *lex commissoria* (Pomp. D. 18, 3, 2: '*si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit*') è in genere male interpretata dalla dottrina romanistica, perché essa si fossilizza sull'alternativa tra vendita condizionata e patto di risoluzione condizionato. Se si tiene conto del fatto che la *lex commissoria* attribuisce al venditore la facoltà di risolvere la vendita (Pomp. D. 18, 3, 2: *ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit*)¹⁴⁶, e prescindendo dall'opinione di Sabino (contraddet-

¹⁴¹ FLUME, p. 151. Tuttavia, se la clausola (*dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret*) va interpretata sottintendendovi "purché tu allora sia ancora vivente", essa si ritradurrebbe in condizione. Se invece non si deve sottintendere nulla, e la donazione fosse concepita come sottoposta semplicemente a termine (= "le cose donate, alla morte del donatario, ritorneranno al donante o ai suoi eredi"), non si tratterebbe più di una *donatio mortis causa*, e quindi la forza probante che il Flume le attribuisce verrebbe meno.

¹⁴² Per il diritto giustiniano vedi anche C. 6, 37, 26 (p. 150).

¹⁴³ Ma queste considerazioni del Flume sono rimesse in discussione del fatto che la costituzione diocleziana, nella sua forma originale, non fa dipendere la soluzione negativa da considerazioni sul negozio e sulla sua condizione come tale: la donazione vi è dichiarata nulla in quanto diretta a produrre una situazione, sul piano dei diritti reali, che contrasta con un principio di questi. *Donatio irrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit*. È la proprietà, e non la donazione, che non può essere assoggettata a termine risolutivo.

¹⁴⁴ Come risulta dal testo e da C. 6, 23, 25 (a. 528), essa fu però ammessa da Giustiniano (e in materia dotale da Leone). Ma il FLUME non ammette che ciò comportasse un riconoscimento della condizione risolutiva: egli non l'ammette, né in questo né in altri casi, neppure per il diritto giustiniano. Sul citato C. 6, 23, 25, nonché su C. 6, 26, 1 vedi FLUME, p. 154, dove pure si prendono in considerazione Ulp. D. 39, 6, 29 e Ulp. D. 39, 6, 30.

¹⁴⁵ Tesi difesa soprattutto da KASER (*RPR*, I, 258) e WESEL (*ZSS*. 85, in part. 120 ss.): vedi FLUME, p. 151 n. 107; 153 n. 111.

¹⁴⁶ Cfr. Ulp. D. 18, 3, 3.

ta da Paolo in D. 41, 4, 2, 3), che costruiva la vendita con *lex commissoria* come una vendita sottoposta a condizione sospensiva, si ottiene un meccanismo analogo a quello previsto nel BGB per la vendita a credito (§ 326) e per la vendita con riserva di proprietà (§ 455). Si tratta di un patto aggiunto, per il quale la vendita, in caso di mancato pagamento del prezzo, può venire risolta per iniziativa del venditore, e né la vendita né il patto aggiunto sono condizionati (FLUME, p. 155). Quanto all'affermazione di Ulpiano (D. 18, 3, 1) '*si fundus lege commissoria venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur*', essa chiarisce che il patto non è condizionato, ma che esso, nel suo insieme – ove il venditore se ne valga – costituisce un modo per risolvere la vendita¹⁴⁷.

In altri termini: il problema dei giuristi classici non era di stabilire se il patto di risoluzione (si trattasse della *lex commissoria* ovvero altro patto) fosse o non fosse condizionato, ma di sapere se il patto di risoluzione rappresentasse una condizione sospensiva della vendita ovvero una convenzione sulla base della quale il venditore può risolvere la vendita¹⁴⁸, e ciò perché dall'esistenza della vendita dipendono la possibilità per il compratore di usucapire la cosa ed il trasferimento dei rischi¹⁴⁹ (p. 156).

Quando una vendita venga conclusa con *lex commissoria*, risulta incoerente trasferire la proprietà al momento del contratto (e comunque prima del pagamento del prezzo). Per la vendita delle *res Mancipi* si può desumere dalle fonti che in pratica la *mancipatio* non la si eseguiva, riservandola per il tempo del pagamento del prezzo (Hermog. D. 35, 2, 38; Paul. D. 4, 4, 38 pr.). Dopo che fu superata l'opinione di Sabino che considerava la vendita con *lex commissoria* come sospensivamente condizionata¹⁵⁰, e che Giuliano considerò una simile vendita come atta a fornire la *iusta causa usucapionis*¹⁵¹, il compratore era sufficientemente protetto (con la tutela dell'usucapiente): e si deve pensare, secondo il Flume, che ciò avvenisse anche per la vendita delle *res nec Mancipi*, la vendita con *lex commissoria* non dovendo concretare, prima del pagamento del prezzo, una *iusta causa* della *traditio*¹⁵². Ove la situazione prevista nella *lex commissoria* si concreti (risoluzione della vendita) non ha luogo dunque alcun "dinglicher Rückfall" (effetto reale consistente nel ritrasferimento automatico della proprietà al venditore, in quanto il trasferimento prima avvenuto fosse risolutivamente condizionato), ma solo la cessazione della tutela dell'*in bonis habere* del compratore (p. 157 s.). Nessuna conclusione contraria (nel senso

¹⁴⁷ Questo mi pare il senso di quanto il Flume scrive a p. 155, partendo dall'esegesi di Paul. Sab. D. 41, 4, 2, 3: "So harmoniert die Ansicht des Paulus mit der des Ulpian in D. 18, 3, 1. Die *lex commissoria* bewirkt in der Tat das sub condicione resolvi des Kaufs, wie es in l 2 zum Verkauf eines fundus heißt: si venditor inemptum eum esse velit".

¹⁴⁸ Così il problema è posto in Paul. Sab. D. 41, 4, 2, 3 (FLUME, p. 156).

¹⁴⁹ Cfr. Pomp. D. 18, 3, 2.

¹⁵⁰ Vedi il cit. Paul. Sab. D. 41, 4, 2, 3. Sul punto ancora FLUME, p. 160, nelle conclusioni su questo tema.

¹⁵¹ Il Flume non menziona testi in proposito (p. 157), ma credo egli pensi a Paul. D. 41, 4, 2, 4 e Ulp. D. 18, 2, 2, 1, che però si riferiscono alla *in diem addictio* (cfr. FLUME, p. 161).

¹⁵² FLUME, p. 157 e ancora p. 160; cfr. SIEBER, ZSS, 53, 543.

dunque di una risoluzione del trasferimento della proprietà) si può trarre da Scaev. D. 18, 3, 8¹⁵³, né da C. 4, 54, 1 (a.216)¹⁵⁴, 3¹⁵⁵ e 4¹⁵⁶ (Alexander).

β. *In diem addictio* (p. 161-165). Anche per la vendita con *in diem addictio* la giurisprudenza classica conobbe una discussione simile a quella che abbiamo visto a proposito della vendita con *lex commissoria*: ma qui la divergenza di opinione non pare si sia risolta, perché ancora Ulpiano¹⁵⁷ presentava il problema come attuale:

D. 18, 2, 2 pr. (Ulp. 28 *Sab.*): Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestio est. et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis.

Come si desume chiaramente da questo passo, l'alternativa¹⁵⁸ era posta tra una vendita condizionata e una vendita pura; "atto condizionato" significa dunque unicamente "atto sottoposto a condizione sospensiva"; la "vendita che si risolve sotto condizione" non è un atto condizionato¹⁵⁹.

La soluzione che la vendita con *in diem addictio* sia *emptio perfecta* fu sostenuta in particolare da Giuliano¹⁶⁰, che ne desumeva al compratore spettassero pertanto

¹⁵³ Ove si tratta della vendita di fondi provinciali, ed ove di trasferimento della proprietà non si parla del tutto; si pone bensì il problema, se alla fine della vicenda i fondi passano 'a venditrice vindicari' ma ciò si dice in senso generico, e si precisa anzi 'vindicari ex conventionem venditionis' (p. 158).

¹⁵⁴ Dal testo (che si riferisce alla vendita di fondi provinciali) non risulta che avesse avuto luogo il trasferimento della proprietà dal venditore al compratore (p. 159).

¹⁵⁵ Se il testo è genuino, ed esso parlava della vendita di un fondo italico, ed accordava al venditore la *rei vindicatio* nel caso in cui alla vendita fosse seguita una *traditio precario* (cfr. Ulp. D. 43, 26, 20) e l'azione contrattuale nel caso in cui fosse stata effettuata la *mancipatio*. Nel caso la vendita fosse di un fondo provinciale – e comunque secondo la sua lettura giustiniana – il testo illustra l'alternativa fra la vendita seguita dalla semplice *traditio precario* (caso normale) e quella seguita dalla *traditio* intesa come traslativa della proprietà. Il FLUME (p. 159) non esprime apertamente la conclusione favorevole alla sua tesi, che così può trarsi dal passo: se ha avuto luogo una *traditio* traslativa della proprietà, l'azione a favore del venditore (dice il testo) non è la *rei vindicatio*, ma l'azione contrattuale: evidentemente per riottenere la proprietà (ritrasferimento). Quindi la proprietà, se deve essere ritrasferita, non si è già automaticamente ritrasferita in forza di un "dinglicher Rückfall".

¹⁵⁶ Il testo si riferisce al problema del recesso (presunto) del venditore dalla *lex commissoria* (cfr. Pap. Vat. 4 = D. 18, 3, 4; Scaev. D. 18, 3, 6, 2; Hermog. D. 18, 3, 7) e non vi è alcuna ragione per ritenere che nel caso descritto la proprietà della cosa fosse stata trasferita dal venditore al compratore (p. 159 s.).

¹⁵⁷ Cfr. Paul. Iul. D. 41, 4, 2, 4, ove Paolo prende posizione per la tesi della vendita non condizionata.

¹⁵⁸ Che poteva dipendere dall'impiego di diversi formulari notarili per la redazione degli atti: FLUME, p. 161 con la n. 144.

¹⁵⁹ Cfr. Paul. Iul. D. 41, 4, 2, 4, nella seconda parte.

¹⁶⁰ Paul. Iul. D. 41, 4, 2, 4 nella prima parte; Ulp. Iul. D. 18, 2, 2, 1.

i frutti¹⁶¹ e le accessioni della cosa ed egli ne sopportasse i rischi e ne fosse possessore *ad usucapionem*.

In ogni caso, come era per la *lex commissoria*, il patto di risoluzione che realizza la *in diem addictio* non è (sospensivamente) condizionato né rende risolutivamente condizionata la vendita¹⁶²: in forza di esso ha luogo il *resolvi*¹⁶³ della vendita – o, come pure è scritto nelle fonti, il *discedi*¹⁶⁴ dalla vendita –, sicché l'oggetto diviene *inemptus*¹⁶⁵ con il fatto che il venditore accetti la migliore offerta che gli è stata proposta. L'azione a disposizione del venditore per far valere gli effetti della risoluzione è l'*actio venditi*¹⁶⁶.

Quanto al trasferimento della proprietà a seguito di una vendita con *in diem addictio*, la situazione era ancora analoga a quella vista per la *lex commissoria*. L'*in diem addictio* era particolarmente utilizzata nelle vendite di fondi e di schiavi¹⁶⁷: in questi casi si rinunciava alla *mancipatio*, e l'esecuzione immediata del contratto aveva luogo mediante *traditio precario*¹⁶⁸; la stessa prassi doveva aver luogo anche per la vendita di *res nec mancipi*, sicché non si poneva alcun problema di trasferimento risolutivamente condizionato della proprietà¹⁶⁹ (p. 161 s.)¹⁷⁰.

¹⁶¹ Vedi però Ulp. Imp. Sev. D. 18, 2, 16 e anche Pap. Vat. 14.

¹⁶² Nessun valore va attribuito a Plaut. *Captivi*, 179-182 e a Cato *Agric.*, 114, 13, dai quali si è voluta desumere (MITTEIS) una, magari inconsapevole (PETERS), costruzione di queste vendite come risolutivamente condizionate: FLUME, p. 162.

¹⁶³ Iul., in Paul. D. 41, 4, 2, 4.

¹⁶⁴ Ulp. Iul. D. 18, 2, 4, 2; Iul. D. 18, 2, 17.

¹⁶⁵ Iul. D. 18, 2, 17.

¹⁶⁶ Ulp. Imp. Sev. D. 18, 2, 4, 4; Paul. Lab. Nerv. D. 18, 2, 14, 1; Ulp. D. 18, 2, 16; Ulp. Iul. D. 43, 24, 11, 10.

¹⁶⁷ Fondo: Ulp. Marcell. D. 18, 2, 4, 3; Ulp. D. 43, 24, 11, 12; Paul. D. 39, 3, 9 pr.; schiavi: Iul. D. 18, 2, 4, 1-2.

¹⁶⁸ Ulp. D. 43, 24, 11, 12.

¹⁶⁹ Il Flume (in part. contro WESEL, cit. a p. 162 n. 50), si libera di Ulp. D. 6, 1, 41 pr. notando che, come nel successivo § 1, qui l'espressione *in rem actio* deve riferirsi all'*actio Publiciana*: il discorso non allude dunque al trasferimento della proprietà, ma solo alla cessazione della protezione del compratore come usucapiente (p. 162 s.). Quanto alla decisione di Marcello che si legge in Ulp. D. 18, 2, 4, 3 (cfr. Ulp. D. 20, 6, 3) essa è certo sostanzialmente genuina (si tratta di un fondo italico, venduto con *in diem addictio*, tradito al compratore e da questi pignorato; ove sia intervenuta la migliore offerta, cessa, insieme alla protezione del venditore con l'*actio Publiciana*, anche il pegno, secondo la regola di Paul. D. 20, 1, 18), solo deve – secondo il FLUME – essere considerata una glossa postclassica la frase '*ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est alioquin nec pignus teneret*' (p. 163 s.): "Der Verfasser weiß nichts mehr von der klassischen actio Publiciana und ihrem Verhältnis zur actio Serviana. So erklärt er sich die bisherige Verpfändung mit dem Eigentum des Käufers, obwohl die Feststellung des vorübergehenden Eigentums an sich ganz ohne Sinn ist": in questo modo però il Flume suppone un glossatore per un verso troppo ignorante e per l'altro troppo acuto come dommatico. Anche Paul. D. 39, 3, 9 pr. (da leggersi tenendo conto di Ulp. D. 39, 3, 8 e C. 3, 34, 4 a. 223; vedi anche, per l'analogia che sotto certi aspetti presenta, Ulp. D. 43, 24, 11, 12) si riferisce per il FLUME ad un caso di vendita (di un fondo) seguita da *traditio*, e così non implica alcun problema di "dinglicher Rückfall" (p. 164 s.; non capisco però perché, nello spiegare il caso del passo, il FLUME pensi a due successive servitù d'acqua: io non ne vedo considerata che una sola; ancora: a me pare che solo il pr., e non il § 2 – il § 1 appare essere un glossema –, si riferisca ad una *in iure cessio* fatta per costituire una servitù a carico di un fondo venduto con *in diem addictio*).

¹⁷⁰ Per la situazione, sostanzialmente conforme a quella del diritto classico, nel diritto giustiniano, vedi FLUME, p. 165.

γ. Il cosiddetto ‘*pactum displicentiae*’ (p. 166-169). Anche la vendita con *pactum displicentiae*¹⁷¹ veniva costruita dalla giurisprudenza come vendita pura, cui accadeva un patto di risoluzione che prevedeva un meccanismo risolutorio non condizionato, ma destinato a funzionare eventualmente e in un certo modo. Anche qui, questa costruzione non è esclusiva; essa è appropriata per la vendita accompagnata da un patto espresso in termini del tipo ‘*si res displicuerit intra diem certum inempta sit*’, mentre, come si legge in I. 3, 23, 4, un patto ‘*si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot*’ rendeva (sospensivamente) condizionata la vendita a cui accedesse. Ma, in generale, va notato che i problemi suscitati dalla presenza di un *pactum displicentiae* sono diversi da quelli connessi con la *lex commissoria* e la *in diem addictio*, perché, mentre queste clausole sono dirette contro il compratore (in quanto attribuiscono al venditore la facoltà di risolvere), il *pactum displicentiae* è invece in favore del compratore. Ne consegue che in questo caso non v’è ragione per rinviare, dopo la conclusione del contratto, il trasferimento della proprietà: la vendita con *pactum displicentiae* costituisce *iusta causa* della *traditio* di una *res nec Mancipi*, e, per le *res Mancipi*, la *mancipatio* non viene riservata ad un momento successivo. Il problema particolare che, invece, sorge in caso di vendita a prova (o con riserva di gradimento) era, per i giuristi classici, di stabilire – casisticamente – se al momento del contratto una vendita fosse già conclusa ovvero se la merce fosse solo consegnata in prova all’altra parte, e quale fosse il regime giuridico applicabile, in quest’ultimo caso, alla situazione relativa al periodo della prova prima del perfezionamento della vendita: Ulp. Lab. D. 19, 5, 20 pr.-2¹⁷². Se la vendita è conclusa al momento dell’accordo, essa non è comunque co-

¹⁷¹ Ulp. D. 18, 1, 3; Paul. D. 41, 4, 2, 5. Come si sa, la denominazione di ‘*pactum displicentiae*’ non è romana, ma è costruita sul linguaggio di testi come i due ora citati. Al contrario di ciò che avvenne per i due patti precedenti, ai quali nel Digesto sono dedicati espressamente due titoli (D. 18, 2: *de in diem additione*, D. 18, 3: *de lege commissoria*), la trattazione del *pactum displicentiae* si trova disseminata qua e là, nel contesto della trattazione della vendita, dell’*actio ex empto* e dell’*actio praescriptis verbis*.

¹⁷² Il FLUME dedica alla nota sequenza una rapida esegesi (p. 167), diretta soprattutto a sottolineare che non v’è questione di condizione risolutiva. Un chiarimento meriterebbe forse il pr. del frammento. La spiegazione del SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, s. l. (Bari) 1983, 123 ss. secondo la quale l’*actio praescriptis verbis* sarebbe servita al proprietario dei cavalli per ottenere i premi vinti dal *desultor* è plausibile (cfr. Pomp. D. 13, 6, 13, 1). Quel che resta oscuro, dato l’evidente taglio che i compilatori hanno effettuato nel testo, è perché Labeone si ponesse il problema della esperibilità dell’*actio empti*. A me pare che Labeone ragionasse così: il *desultor* ha approfittato della situazione, facendosi dare gratuitamente *experiundos* dei cavalli che egli già sapeva buoni per partecipare con essi a delle gare e poi restituirli, risparmiandosi di prenderli in locazione o di comprarli: il *desultor* si comporta dunque in mala fede; questa mala fede emerge dal fatto che egli ha sperimentato i cavalli nel modo più completo possibile, ottenendo il migliore risultato possibile, e poi asserisce di non esserne soddisfatto; quando egli dice di non essere soddisfatto non va dunque creduto, perché la sua soddisfazione risulta oggettivamente dai fatti; potrebbe dunque considerarsi che l’esperimento ha avuto esito positivo e che la vendita risulti così conclusa. In altri termini, col fatto di impegnare i cavalli in una gara – comportamento che non gli era permesso – egli si assoggetta alle conseguenze oggettive della dimensione da lui arbitrariamente data all’esperimento.

struita come una vendita risolutivamente condizionata: nessun indizio in tale senso può trarsi da Paul. Sab. 18, 5, 6 né da Alf. D. 9, 2, 52, 3 (p. 168 s.).

Il Flume prende infine in considerazione alcuni testi, nei quali i problemi suscitati dal *pactum displicentiae* sono considerati in confronto con quelli legati alle altre clausole¹⁷³; e ne emerge soprattutto la conclusione, per altro direttamente confermata da certi passi¹⁷⁴, che la situazione del compratore, che nella vendita a prova si valga del patto relativo, è equiparabile a quella del compratore nel caso di *redhibitio* (p. 168 s.).

La conclusione, che da tutto questo discorso sui patti aggiunti alla vendita il Flume trae (p. 168 s.), è la seguente: il contratto munito di tali patti – pur considerando la diversa natura di *lex commissoria* e *in diem addictio* da un lato, *pactum displicentiae* dall'altro – non è mai risolutivamente condizionato, né mai dà luogo ad un trasferimento di proprietà risolutivamente condizionato, né – per altro – i patti stessi sono in se stessi sospensivamente condizionati. Ciò prova una volta di più che i giuristi classici non conoscevano la condizione risolutiva, altrimenti avrebbero certo interpretato in tale senso l'effetto sulla vendita dei patti aggiunti di cui si sta parlando, i quali per altro si riferiscono alla vendita come atto e non al “Kaufverhältnis”, cioè ai rapporti giuridici che discendono dalla vendita. Se si vuole un parallelo moderno, lo schema è piuttosto quello del § 455 BGB.

12. – Malgrado qualche osservazione, che mi sono permesso di formulare qua e là, le pagine che precedono non rappresentano che una sintesi del contenuto del libro al quale questa *nota* è dedicata. Ho voluto presentare una sintesi abbastanza analitica per uno scopo ben preciso. Il libro del Flume è un libro difficile: non perché sia scritto con linguaggio difficile, che anzi la prosa dell'autore è – come sempre – di una chiarezza cristallina, ma perché difficile ne è la materia, la quale consiste in uno studio, condotto su testi e problemi cruciali, del pensiero dei più grandi dommatici della storia del diritto, condotto da uno dei maggiori dommatici del nostro tempo. Con questa mia *nota* ho dunque inteso presentare una sorta di introduzione alla lettura di un libro che va assolutamente letto, soprattutto dai giovani romanisti di oggi: i quali sono ancora, per buona sorte, numerosi, ma troppo spesso propensi (perché così, purtroppo, educati) a leggere le fonti con l'occhio dell'antichista ovvero, se con l'occhio del giurista, a considerarle come la testimonianza di un intelligente “case law”; la sola parola “dommatica” li fa inorridire e l'idea che la giustizia e la coerenza delle soluzioni classiche dipenda dalla loro costruzione razionale non li sfiora neppure. Con questo atteggiamento si perde del tutto quella che un tempo si usava chiamare “la lezione insostituibile della giuri-

¹⁷³ Ulp. D. 43, 24, 1, 13; Ulp. Marc. D. 20, 6, 3 (già citato *supra*).

¹⁷⁴ In relazione a Ulp. Marc. D. 20, 6, 3 vedi Paul. D. 21, 1, 43, 8; Ulp. D. 21, 1, 21, 1; inoltre: Ulp. D. 21, 1, 31, 22; Pap. Vat. 14.

sprudenza romana”, e che in realtà consiste nell’esperienza delle strutture autentiche, dei meccanismi intimi di una scienza che, per quanto ripensata più volte con diversi atteggiamenti, non ha mai conosciuto – là dove scienza è rimasta – mutazioni essenziali nel metodo.

Per la ricchezza della sua tematica, il libro del Flume è anche difficile da cogliere, credo, nel suo significato preciso. Egli si propone di dimostrare una tesi: che la dommatica dei giuristi classici, anzi in genere della giurisprudenza romana, faceva capo piuttosto all’atto giuridico che non al rapporto (la sua verifica riguarda soprattutto – non esclusivamente però – il campo delle obbligazioni). Ma ciò non va inteso nel senso che il Flume neghi che i Romani conoscessero le nozioni di rapporto giuridico (e quindi anche di diritto soggettivo e di dovere giuridico), perché egli intende solo individuare così un polo (accanto a quello dell’*actio*) del loro modo di pensare. Che i classici pensassero anche, quando ciò era necessario, in termini di rapporto giuridico è talora sottolineato dal Flume stesso (lo si è visto). È vero che egli è forse talora troppo restio in questo senso, soprattutto perché la dommatica stessa dell’atto genera di per sé una dommatica del rapporto, ed egli si ferma, di solito, una volta definita la prima. Voglio dire che nella sua dimostrazione, che mi pare riuscita e comunque assai feconda e stimolante, della priorità della dommatica dell’atto, egli pare talora dimenticare che questa dommatica primaria dell’atto genera una dommatica secondaria del rapporto, che nelle fonti si esprime spesso come dommatica dell’*actio* (assumendo in questo caso un ruolo ancora primario), ma che talora resta dommatica del rapporto (o del diritto soggettivo), individuata e trattata come tale.

Faccio qualche esempio.

Se è vero che la *stipulatio* condizionata, per i giuristi romani, non è perfetta come atto che al momento dell’avverarsi della condizione, ciò significa anche – e il Flume ne è ben consapevole – che essa non produrrà il suo effetto obbligatorio (rapporto) che al verificarsi della condizione, per cui un’obbligazione (rapporto) sottoposta a condizione sospensiva in realtà non esiste: “obbligazione sottoposta a condizione” o “rapporto sottoposto a condizione” – espressioni che esistono e sono legittime – significano dunque “obbligazione e rapporto potenziali”, non ancora esistenti come tali, ma esistenti come entità giuridiche in quanto creano aspettative prese in considerazione dal diritto (come nel caso in cui il debitore renda impossibile l’esecuzione della prestazione che ne è oggetto). Quanto detto è, nella sostanza, conforme al pensiero del Flume, ma di per sé l’enunciato che “un’obbligazione condizionata (sospensivamente) non esiste”, col suo parallelo, che invece può esistere un’obbligazione sottoposta a termine, rappresenta una regola della dommatica del rapporto, ed essa è chiara in testi come

D. 12, 6, 16 (Pomp. 15 *Sab.*): Sub condicione debitum per errorem solutum pendente quidem condicione repetitur, condicione autem existente repeti non potest.

ove il linguaggio è quello dell’*actio* (*repetitur, repeti non potest*) e del rapporto (*debitum*) insieme: un *debitum* che, se *solutum, repetitur* è un *indebitum*.

Analogamente, e inversamente, per il debito sottoposto a termine:

D. 12, 6, 10 (Paul. 7 *Sab.*): In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.

D. 45, 1, 46 pr. (Paul. 12 *Sab.*): ‘Centensimis kalendis dari’ utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio.

Una *stipulatio* di dare a termine non è dunque sottoposta a termine come atto, né sottoposta a termine è l’obbligazione in sé. Ciò non impedisce che si possa avere una *stipulatio* sottoposta (come atto) a termine come quella considerata in

D. 45, 1, 47 (Ulp. 50 *Sab.*): Qui ita stipulatur: ‘quod te mihi illis kalendis dare oportet, id dare spondes?’ videtur non hodie stipulari, sed sua die, hoc est kalendis.

Dunque, se è certo vero che, in generale, per i giuristi romani la condizione, apposta ad un atto, si riferisce all’atto (che dunque non sarà compiuto se non all’avveramento della condizione), bisogna tuttavia, da una parte, non sottovalutare la diversa idea di Servio (Gai. 3, 179), e dall’altro bisogna riconoscere che la dommatica dell’atto condizionato genera una dommatica del rapporto condizionato. Proporrei come esempio – riferendolo in generale alle considerazioni ora fatte sulla tesi del Flume – una rilettura (che talora concorda perfettamente con quella del Flume¹⁷⁵, talora se ne discosta e talora vorrebbe integrarla) dei seguenti passi di Gaio, ove si vede la dommatica dell’atto (con distinzioni, che il Flume tende a non riconoscere, fra atto nullo e inesistente, atto nullo ed esistente, atto valido ma inefficace) accostata alla dommatica del rapporto:

a) Gai. 2, 144: *Posteriore quoque testamento, quod iure factum est* [atto esistente], *superius rumpitur* [atto reso inesistente]. *Nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres, an non extiterit* [se l’atto sia stato o non sia stato efficace]: *hoc enim solum spectatur, an existere potuerit* [se l’atto sia valido]. *Ideoque si quis ... condicione sub qua heres institutus est defectus sit* [la condizione è apposta all’atto di istituzione d’erede, e non al testamento], ... *pater familias intestatus moritur, nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore* [il primo testamento è divenuto atto inesistente perché annullato dal secondo], *et posterius aequae nullas vires habet, cum ex eo nemo heres extiterit* [il secondo testamento è inefficace perché l’istituzione d’erede in esso contenuta non ha avuto effetto].

b) Gai. 3, 176: *Praeterea novatione* [atto] *tollitur obligatio* [rapporto],

* *veluti si quod tu mihi debeas* [rapporto], *a Titio stipulatus sim* [atto: il rapporto è fatto oggetto dell’atto].

¹⁷⁵ Di cui si veda soprattutto p. 124 ss.

* *Nam interventu novae personae* [atto] *nova nascitur obligatio* [rapporto: atto genera rapporto]

* *et prima tollitur* [estinzione del rapporto] *translata in posteriorem* [nascita del nuovo rapporto: novazione del rapporto = effetto novatorio],

* *adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit* [atto, nullo ma esistente]; *tamen prima* [atto!] *novationis iure tollatur* [atto eliminato = reso inesistente],

* *veluti si quod mihi debes* [rapporto] *a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero* [atto: il rapporto è fatto oggetto dell'atto].

* *Quo casu rem* [rapporto] *amitto: nam et prior debitor liberatur* [rapporto] *et posterior obligatio* [rapporto e non atto!] *nulla est* [nullità del rapporto e non dell'atto!].

* *Non idem iuris est, si a servo stipulatus fuero* [atto]: *nam tunc <prior> proinde adhuc obligatus tenetur* [rapporto], *ac si postea a nullo stipulatus fuisset* [atto inesistente: atto genera rapporto, atto inesistente non genera rapporto].

c) Gai. 3, 177: *Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum novatio fit* [l'atto viene in esistenza = l'effetto novatorio si produce], *si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio vel dies aut sponsor adiciatur aut detrahatur* [aggiunto o sottratto all'atto].

Gai. 3, 178: *Sed quod de sponsore diximus, non constat. nam diversae scholae auctoribus placuit nihil ad novationem* [atto = produzione dell'effetto novatorio] *proficere sponsoris adiectionem vel detractionem.*

Gai. 3, 179: *Quod autem diximus, si condicio adiciatur* [all'atto], *novationem fieri* [l'atto viene in esistenza = l'effetto novatorio si produce],

* *sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam novationem* [l'atto è compiuto], *si condicio extiterit* [momento in cui l'atto è compiuto = perfetto: la novazione è l'atto e la condizione si riferisce all'atto]:

* *alioquin si id defecerit* [se non viene in esistenza l'atto, cioè se fa difetto – non si verifica – la condizione apposta all'atto], *durat prior obligatio* [rapporto: la condizione si riferisce all'atto, e se la condizione non si avvera l'atto non viene in essere e non produce effetti].

d) *Sed videamus, num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conventi exceptione possit summoverti, quia videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio* [condizione dell'atto].

* *Servius tamen Sulpicius existimavit statim et pendente condicione novationem fieri* [l'atto viene in esistenza = l'effetto novatorio si produce],

* *et si defecerit condicio, ex neutra causa* [atto] *agi posse <et> eo modo rem* [rapporto] *perire.*

* *Qui consequenter et illud respondit, si quis id, quod sibi L. Titius deberet* [rapporto], *a servo fuerit stipulatus* [atto], *novationem fieri* [l'atto viene in esistenza = l'effetto novatorio si produce] *et rem perire* [il rapporto si estingue per effetto del-

l'atto], *quia cum servo agi non posset* [la mancanza di azione testimonia dell'inesistenza del rapporto].

* *Sed in utroque casu* [caso della novazione condizionata ove la condizione non si sia avverata e caso della novazione fatta dal *servus stipulator*] *alio iure utimur: nec magis his casibus novatio fit* [l'atto non viene in esistenza = l'effetto novatorio non si produce], *quam si id, quod tu mihi debeas, a peregrino, cum quo sponsus communitio noni est, SPONDES verbo stipulatus sim* [atto inesistente].

13. – Va detto che lo schema proposto sopra (e che ritengo sostanzialmente conforme al pensiero del Flume) e cioè che la dommatica dei giuristi romani partisse dall'atto, per considerarne poi gli effetti impostandoli primariamente sotto il profilo dell'*actio* e poi analizzandoli come rapporti, corrisponde anche alla storia. La giurisprudenza pontificale fu soprattutto creatrice di atti: essa inventò gli atti giuridici, e le *legis actiones* stesse erano concepite come atti, sicché il ragionare sull'atto aprì la vicenda del pensiero dommatico romano. Finché i processi si fecero solo *per legis actiones* non v'era spazio per una dommatica dell'*actio*, in quanto quelle forme processuali non corrispondevano a tipi di pretese, ma consistevano in puri *modi agendi*: il pensiero giuridico correva direttamente dall'atto alla situazione creata dall'atto:

tab. 5,3: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto.*

tab. 6,1: *Cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto.*

La situazione creata dall'atto la si poté analizzare come titolarità di azioni con l'introduzione della procedura formulare, ove un unico *modus agendi* si risolveva in una variata tipologia di formule adattate alle pretese, sicché le pretese si traducevano in *actiones*, vale a dire in *formulae*; ma l'analisi di queste formule era soprattutto analisi della loro *intentio*, e l'*intentio* – per le azioni non concepite *in factum*, cioè per tutte le più antiche – era redatta in termini di rapporto (si *paret rem AⁱAⁱⁱ esse*; si *paret A^oA^o ius esse*; si *paret NmNm A^oA^o dare oportere*). La vicenda storica del progresso dommatico ne ha governato così la sua stessa impostazione finale.

Il libro del Flume suggerisce anche considerazioni di questo genere; ed altre suggestioni ancora potrei qui enumerare – sul tema centrale del libro e sui singoli argomenti trattati, o ancora su problemi generali di metodologia della scienza giuridica o delle sue branche storiche – se i limiti di una nota, già troppo lunga, non mi imponessero di arrestarmi qui. Il che del resto non ha grande importanza, perché questo *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* è di quei libri che rappresentano, per lungo tempo dopo il loro apparire, un punto di riferimento ed anzi un punto di partenza. Per questo, il sentimento che prevale nel suo lettore non è quello dell'ammirazione (per qualunque giurista l'ammirazione per Werner Flume rappresenta già da molti anni una sorta di dato culturale), ma quello della gratitudine.

USUS HODIERNUS PANDECTARUM, COMMON LAW.
DIRITTO ROMANO OLANDESE E DIRITTO
COMUNE EUROPEO *

1. – Lo Zimmermann va da tempo svolgendo un discorso sulla prospettiva storico-comparatistica – che ha anche ripreso in diverse conferenze e pubblicato in un notevole articolo di sintesi¹ – il quale (se mi si perdona questo atteggiamento autobiografico, e proprio all’inizio di uno scritto in sé dedicato ad un’opera altrui) corrisponde assai bene a quello che io stesso ho indicato e da lunghi anni svolgo come il discorso più importante per la scienza giuridica attuale²: “Woran mir in diesem Zusammenhang liegt, ist die Erforschung historischer Verbindungslinien, von Rezeptionen und Kryptorezeptionen, ist Rechtsvergleichung unter historischen Vorzeichen”³. Nella ricca panoplia così definita, il tema principale dello Zimmermann è quello dei rapporti tra “civil law” e “common law”, ma i due termini e i loro rapporti sono definiti e colti da lui in un modo diverso da quello corrente – o più corrente – fra i comparatisti.

* Pubblicato in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LVII.

A proposito di: REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the civilian Tradition*, Juta & Co. Ltd, Cape Town-Wetton-Johannesburg 1990, pp. LXIV-1241.

¹ Farò d’ora in poi riferimento (con l’abbreviazione ZIMMERMANN, *Usus hodiernus*) a ZIMMERMANN, *Usus hodiernus Pandectarum*, in SCHULZE (Hg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung (Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, hg. von R. Schulze, E. Wadde, R. Zimmermann, Bd. 3)*, Berlin 1991, 61 ss., che riproduce il testo di una conferenza tenuta nel 1987 all’Università di Regensburg (a me avvenne di ascoltarne una analoga a Münster/W. nel corso del “Rechtshistorisches Wochenende” del febbraio 1991). Nel citato articolo (oltre alla menzione, nelle note, degli altri lavori rilevanti dell’autore, fra i quali in part. *Das römisch-holländische Recht in Südafrika. Einführung in die Grundlagen und usus hodiernus*, Darmstadt 1983) si vedano i riferimenti al dibattito aperto nel *Rechtshistorisches Journal* dallo STOLLEIS, *Aufgaben der neueren Rechtsgeschichte oder: Hic sunt leones* (in *RJ*, 4 [1985], 251 ss.). Una versione rielaborata dell’articolo sopra citato si legge ora col titolo *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, in *JZ* 47 (1992), 8 ss.

Per i rinvii al libro al quale si riferisce la presente nota impiegherò l’abbreviazione: ZIMMERMANN, LO.

² Dapprima nei corsi di diritto romano che diedi a Cagliari (e che proseguo ora a Neuchâtel come corsi di “Histoire du droit privé approfondie”), ed in funzione dei quali apparve la prima edizione (Torino 1971) dei *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*. Da ultimo: *Usus modernus Pandectarum e diritto europeo*, in *SDHI*, 52 (1986), 435 ss.; *Storia del diritto e comparazione come metodologia della scienza giuridica*, in *SDHI*, 53 (1987), 386 ss.; *Il diritto europeo e le codificazioni moderne*, in *SDHI*, 56 (1990), 309 ss.

³ ZIMMERMANN, *Usus hodiernus*, 79.

Quanto al “civil law”, il diritto dei paesi romanisti o meglio la cultura giuridica (in tutti i suoi aspetti, dottrinari e pratici) dei paesi di tradizione romanista, egli lo coglie nel suo insieme, come la tradizione del *ius commune* europeo⁴: un prodotto dell’unità culturale dell’Europa medioevale, coltivato ed evoluto come tale fino alla rivoluzione francese ed all’epoca dei nazionalismi romantici⁵, e di cui oggi – dopo la parentesi che quei nazionalismi hanno inserita – non solo si sente l’esigenza di un recupero unitario⁶ ma si percepisce l’intima, reale vitalità⁷.

Quanto al “common law”, egli non lo vede come l’espressione di un particolarismo britannico, nato e cresciuto – malgrado la sua auto-esportazione – nell’isolamento e costruitosi come un’entità inaccessibile dall’esterno e repellente ad ogni conciliabilità con il *ius commune* tanto nel passato quanto oggi, ma ne sottolinea gli – oramai bene accertati – intensi rapporti storici e la sua storica permeabilità rispetto alla cultura giuridica del continente⁸.

Da queste premesse risulta chiaro come egli possa impostare i rapporti fra i due sistemi – malgrado le loro profonde, reciproche differenze – partendo da una considerazione di essi come di due manifestazioni di un’unica esperienza giuridica, e precisamente di quella che Harold J. Berman ha definito “a common Western legal culture”⁹.

Per un giurista autentico come lo Zimmermann, tutto ciò significa impostare su nuove basi il lavoro comparatistico, precisamente quello della comparazione tra civil law e common law, in funzione – alla fine – delle possibilità concrete di osmosi nella pratica, cioè della ricostruzione, o del ritrovamento, di una scienza giuridica europea comune e di un *ius commune* attuale¹⁰.

⁴ Lo Zimmermann esprime la contrapposizione “common law-civil law” come contrapposizione “common law-ius commune” quando non vuole riferirsi unicamente ai due “grands systèmes” contemporanei di diritto positivo, bensì ai due fenomeni giuridico-culturali nel loro insieme, in tutta la loro dimensione tecnica, scientifica e storica. La formula “common law-ius commune” è particolarmente suggestiva perché le due espressioni contrapposte hanno lo stesso significato, sicché volendo renderne il senso si direbbe “il diritto comune in inglese e in latino”.

⁵ ZIMMERMANN, *Usus hodiernus*, 70 s.; cfr. ZIMMERMANN, LO, p. IX s.

⁶ Anche in una prospettiva di unificazione del diritto positivo nell’Europa nuovamente integrata: vedi ZIMMERMANN, LO, p. X s. e la premessa a *Das römisch-kanonische ius commune*, in JZ 47 (1992), 8.

⁷ A dare concreta dimensione a questa prospettiva contribuisce non poco oggi l’insieme dell’opera svolta o diretta o sollecitata e comunque guidata da Helmut Coing. Mi permetto di rinviare a quanto da ultimo (a proposito di COING, *Europäisches Privatrecht* II, München 1989) ho scritto (nella nota sopra cit.), in SDHI, 56 (1990), 309 ss.

⁸ ZIMMERMANN, *Usus hodiernus*, 73 ss.; cfr. LO, p. XI; *Das römisch-kanonische ius commune*, in JZ, 47 (1992), 15 ss.

⁹ ZIMMERMANN, *Usus hodiernus*, 79.

¹⁰ ZIMMERMANN, *Usus hodiernus*, 79: “In anderen Fällen werden wir aber feststellen, daß das englische Recht, mit ein wenig römisch-kanonischer Starthilfe, reife, verfeinerte und praktikable Lösungen entwickelt hat, die auch für civil law Jurisdiktionen vorbildlich sein können. Vor allem aber meine ich, daß ein derartig veränderte Blickwinkel, daß die analyse privatrechtlicher Institutionen im

A questo fine lo Zimmermann si vale in particolare di quanto gli ha appreso la sua esperienza sudafricana¹¹, e precisamente di quanto egli ha saputo trarre non da un'osservazione puramente curiosa o vagamente interessata di quell'originale universo giuridico, bensì da un'intelligente penetrazione della dimensione storica e dello spessore scientifico di tale ordinamento.

Nel 1652¹², quando la "Vereenigde Geoctroyeerde Oostindische Compagnie" cominciò a colonizzare i territori del Capo di Buona Speranza, i coloni vi trapiantarono il diritto comune, e precisamente il diritto romano-olandese della loro patria. Nel 1806 l'Inghilterra occupò quelle terre, che vennero integrate nel suo Impero. Sotto il dominio inglese, il diritto romano-olandese non fu mai abrogato formalmente *in toto*, e continuò anzi a costituire la base del diritto privato sudafricano, ma il common law gli si sovrappose, nel senso che ne avvenne una recezione¹³, che non si realizzò per la via legislativa, ma fu l'opera di giuristi ed assunse modi e caratteri assai simili a quelli della recezione del diritto romano in Europa. Modi e caratteri che si comprendono ove se ne considerino alcuni fattori particolarmente importanti: la cultura giuridica nelle colonie del Capo non era stata di gran livello durante il periodo olandese e una scienza giuridica di qualche tono vi mancava anzi del tutto; il sistema giudiziario fu riformato sul modello inglese e vi furono introdotti la procedura ed il regime delle prove del common law; fu adottata la dottrina dello *stare decisis* con le relative conseguenze sul modo di concepire il sistema delle fonti; l'inglese fu adottato come lingua giudiziaria; divenne possibile il ricorso al Privy Council di Londra dalle sentenze della Cape Supreme Court¹⁴; gli avvocati (e di conseguenza anche i giudici) studiavano in Inghilterra. Se si pone mente ancora al fatto che i giuristi sudafricani, formati in Inghilterra, si trovavano costretti, tornando in patria, ad utilizzare un diritto la cui bibliografia era scritta in latino o nell'olandese del XVII e XVIII secolo, si comprende che una simile situazione avrebbe portato inevitabilmente alla sostituzione del diritto locale con il common law, ove non avessero operato forze contrarie¹⁵: le quali vanno soprattutto collegate con l'inizio, negli anni settanta del XIX secolo, dell'insegnamento giuridico a Città del Capo e la fondazione, nel 1884, del Cape Law Journal, cioè con la formazione di un'attiva scienza giuridica locale.

Rahmen einer gemeinsamer europäischen Tradition ... auch heute noch und wieder die Chance einer Synthese eröffnet".

¹¹ Come si sa, egli è stato titolare della W.P. Schreiner Chair of Roman and Comparative Law nella University of Cape Town dal 1981 al 1988. Vedi il richiamo di questa esperienza in ZIMMERMANN, LO, p. XI s.

¹² Su quanto segue vedi ZIMMERMANN, *Usus hodiernus*, 64 ss., nonché *Das römisch-holländische Recht*, 1 ss.

¹³ Vedi in part. ZIMMERMANN, *Das römisch-holländische Recht*, 9 ss.

¹⁴ ZIMMERMANN, *Das römisch-holländische Recht*, 15.

¹⁵ ZIMMERMANN, *Usus hodiernus*, 67; *Das römisch-holländische Recht*, 15 ss.

L'ulteriore radicale penetrazione del diritto inglese fu così arrestata¹⁶, e il risultato della vicenda è rappresentato dalla realtà caratteristica del diritto privato sudafricano, fenomeno unico e di estremo interesse – in senso generale – per il giurista, anzi per la scienza giuridica europea contemporanea. L'appartenenza, dall'inizio del XIX secolo, al mondo britannico, sottrasse i territori del Capo all'esperienza della codificazione¹⁷, mantenendovi un diritto basato senza soluzione di continuità su di una tradizione di *ius commune* con respiro europeo¹⁸, ma che, per l'impatto con gli elementi inglesi, è venuto a costituire una simbiosi tra diritto romano-comune e common law¹⁹, un “*usus hodiernus pandectarum, der auch das englische Recht mit umgreift*”²⁰, che corrisponde precisamente ad un modello vivente di diritto della “*common Western legal culture*”, ad un “*wahrhaft europäisches Privatrecht in action*”²¹, nel quale storia e comparazione giuridica si presentano come strumenti quotidiani per la soluzione dei problemi concreti²².

2. – Da queste premesse risulta chiaro che cosa significhi il sottotitolo, che l'autore ha dato al libro al quale si riferisce questa *nota*: “*Roman Foundations of the Civilian Tradition*”. Si tratta di un libro di diritto romano²³, ma nel quale il diritto romano è inteso come la radice ed il fondamento del *ius commune* e quindi di tutta la cultura giuridica – anche attuale – dei paesi di tradizione romanista (the civilian tradition)²⁴; ma siccome il common law (inglese), pur rappresentando un'esperienza diversa, non appartiene ad una diversa area culturale, frequenti, puntuali riferimenti ad esso integrano la presentazione della materia, in funzione di una complessiva indagine sulle strutture del diritto delle obbligazioni nella tradizione giuridica occidentale²⁵: “... it would appear to be a fruitful exercise to try to explore a common basis for comparative legal studies, to trace explicit as well as cryptic reception processes, to concentrate one's attention, for once, not so much on the distance and the differences between common law and civil law as on their proximity and similarities; and to attempt a

¹⁶ Sul *bellum iuridicum* fra i fautori del diritto inglese e i partigiani del diritto romano-olandese, ed i suoi aspetti, anche attuali (in part. p. 68 s.), vedi ZIMMERMANN, *Usus hodiernus*, 67 ss.

¹⁷ ZIMMERMANN, *Usus hodiernus*, 65 s.

¹⁸ ZIMMERMANN, *Usus hodiernus*, 69 ss.

¹⁹ ZIMMERMANN, *Usus hodiernus*, 64 s.

²⁰ ZIMMERMANN, *Usus hodiernus*, 79.

²¹ ZIMMERMANN, *Usus hodiernus*, 82 s.

²² ZIMMERMANN, *Usus hodiernus*, 88.

²³ ZIMMERMANN, LO, p. VII s.; XIII.

²⁴ ZIMMERMANN, LO, p. IX s.

²⁵ ZIMMERMANN, LO, p. XI.

comparison of legal solutions against the background of a common ‘Western’ civilization”²⁶.

L’autore avverte che non si tratta di un’esposizione enciclopedica, ma che essa si cura in particolare dei punti che facilitano un discorso sulle radici romanistiche del diritto attuale (p. XI s.), e che per quest’ultimo i riferimenti sono soprattutto, oltre che al common law e al diritto sudafricano, al diritto positivo tedesco, il diritto del BGB (quest’ultimo limite è giustificato a p. XIII).

Ma, a mio avviso, per bene apprezzare il lavoro dello Zimmermann, si deve soprattutto tener conto del fatto che questo *Law of Obligations* è soprattutto l’opera di un docente: è un libro dal contenuto approfondito, ma destinato agli studenti. Come tiene a precisare l’autore stesso (p. XI), egli ha scritto il libro di cui desiderava potessero disporre i suoi studenti ovvero – il che è lo stesso – il libro di cui egli avrebbe voluto disporre quando era studente. Se lo Zimmermann, in effetti, dice di aver tentato di far ciò, il lettore può affermare senza esitazione che egli vi è riuscito, dando corpo ad uno di quei lavori ove la scienza è presentata in modo che, per essere chiara, è nel contempo approfondita: perché l’approfondimento genera la chiarezza e la chiarezza è impossibile senza l’approfondimento. Troppo spesso, nella letteratura giuridica moderna, si incontrano – da un lato – libri ove gli autori, non proponendosi scopi di speciale evidenza espositiva, finiscono col nascondere, e nascondersi, le incongruenze della loro stessa costruzione razionale, o – d’altra parte – dei libri sedicenti didattici ove gli autori, proponendosi la chiarezza e la semplicità, riducono la scienza ad un livello di superficialità nel quale sono eliminate le difficoltà che fanno parte della materia stessa, sicché essa ne risulta travisata, diciamo chiaramente: falsificata. Qualunque serio uomo di scienza sa che il momento didattico non è quello della volgarizzazione del suo sapere, bensì rappresenta il banco di prova del suo sforzo investigativo: il momento in cui le “verità” che ha determinato e le ragioni che lo hanno convinto a determinarle affrontano la verifica decisiva della loro comunicabilità.

3. – Quanto ho scritto finora, in questi due primi paragrafi, voleva essere una presentazione generale del libro dello Zimmermann: ma soprattutto un’illustrazione della concezione metodologica che lo regge, e che caratterizza il pensiero dell’autore. Concezione e pensiero che di per se stessi costituiscono un contributo essenziale non solo alla costruzione – che è in atto – della romanistica moderna, ma a quella della scienza giuridica attuale.

In tutta la sua storia, la scienza romanistica – che è per eccellenza una scienza giuridica ed è stata anzi, per lungo tempo, la sola scienza giuridica esistente – ha avuto due, per così chiamarle, dimensioni: l’una misurata dal legame con la pratica dell’applicazione positiva del diritto nei tribunali, l’altra con l’antichistica. La se-

²⁶ ZIMMERMANN, LO, p. XI.

conda dimensione è stata più o meno brillantemente coltivata, ma va detto che, quando lo fu in modo più opaco, un'antichistica scientifica autonoma – cioè indipendente dalla giusromanistica – non esisteva del tutto. Comunque, fino alla fine della Pandettistica, cioè fino alla promulgazione del BGB, i romanisti svolsero in genere con armonia il loro ruolo naturale di portatori di una sapienza antica costantemente rinnovata e direttamente utilizzabile (così come, in sostanza, i teologi). Ma, da quando il diritto romano ha cessato di essere diritto vigente, quell'armonia si è rotta, dando luogo ad una separazione di tipi, che per altro non fu solo quella tra il romanista-giurista e il romanista-antichista: la necessità (chiara almeno fin dai tempi dell'Einieccio) della conoscenza della storia stessa della propria scienza ha creato quella che oggi si chiama "Privatrechtgeschichte der Neuzeit" con i relativi specialisti. La simbiosi dei – dunque tre – tipi non è cessata, ma essa risulta compiutamente realizzata solo in pochi, rari personaggi. Ma anche presso costoro una vera compiutezza non la si riscontra, sol che si aggiunga la considerazione che un romanista-giurista deve ormai – dopo che ha avuto luogo la separazione in nazioni giuridiche dell'*unum ius* e della scienza unitaria del diritto comune – essere anche comparatista, ed essere comparatista significa non solo maneggiare qualche codice in varia lingua, ma altresì le relative giurisprudenze e dottrine nazionali.

Il nostro mondo, malgrado la sua informatizzazione microelettronica, non riesce più a nutrire sapienti universali, per cui al romanista non paiono che presentarsi alternative specialistiche; ma il rischio di questa necessità di scelta è la perdita del senso vero di una scienza di per sé essenzialmente unitaria. Donde il valore del discorso e dell'esempio stesso di uno studioso – per fortuna, un relativamente giovane studioso – come Reinhard Zimmermann. La sua attitudine suppone come prima cosa che il romanista deve essere giurista, il che significa capace di operare nel mondo del diritto vigente e di dare ad esso il proprio contributo, il contributo che proviene dalla conoscenza del diritto romano, che non è solo insostituibile, ma è il principale. Ma tale attitudine suppone anche che il romanista non deve dimenticare il proprio legame col passato (il passato dell'antichità, così come del medioevo e dell'epoca moderna), perché egli è un portatore di radici, le quali, anche se l'albero che reggono respira con le sue foglie in aria lontana, devono essere radici vitali e quindi non divelte dalla terra che le nutre. Quel che caratterizza in modo specifico il pensiero dello Zimmermann è, per un verso, il fatto che – forte della sua esperienza sudafricana e quindi della sua dimensione storico-comparatistica – egli si sente naturalmente giurista attuale facendo del diritto romano: l'idea di essere un archeologo del diritto non lo sfiora neppure, perché egli certo sa che un archeologo del diritto non è più un giurista; come un archeologo che pratica scavi non è un architetto, e anche se ha studiato architettura pratica un'altra professione, solo valendosi di nozioni apprese studiando la prima. D'altra parte, altro elemento caratteristico dell'attitudine dello Zimmermann è la sua consapevolezza del carattere unitario dell'esperienza giuridica "occidentale", il suo senso del carattere, per così dire, accidentale (storico, ma storico nel senso d'esser legato a fatti storici di valore puntuale) della separazione nazionale degli ordinamenti e della relativa scienza.

Dall'aria che il giurista deve respirare va eliminato l'inquinamento nazionalistico di stampo ottocentesco. E l'opera dello Zimmermann funziona in questo senso, come un potente depuratore.

4. – Non sarebbe certo appropriato al contenuto di una nota il resoconto analitico di un libro delle dimensioni e del carattere di quello al quale mi riferisco. Sicché mi limiterò a svolgere alcuni spunti, suggeriti dalla sua lettura, scegliendoli per vero contro voglia, poiché le sollecitazioni che il limpido testo offre sono innumerevoli.

Mi soffermerò comunque dapprima sulle prime pagine della trattazione²⁷, dove si illustra la nozione di obbligazione, per aggiungere un commento – che ritengo utile – al modo in cui il problema vi è impostato.

Data la sua impostazione storico-comparatistica e attenta ai problemi concreti²⁸, lo Zimmermann non indugia su di un'analisi dommatica della nozione di obbligazione e tanto meno su di una sua definizione, preferendo presentare la categoria nella sua genesi storica. Ma, facendo questo, egli dà una prova ulteriore della bontà del metodo storico-comparatistico. Infatti, come mi è già avvenuto più volte di rilevare, quella di comporre una definizione di obbligazione concepita come una proposizione definitoria, corretta secondo i principi della dialettica, consiste in un'operazione che si riduce necessariamente all'alloggiamento dell'ospite nel letto di Procuste. Se non si vuole seguire, infatti, l'idea del Savigny (che definiva l'obbligazione come una "signoria" – cioè un potere – sulla persona²⁹, trasponendo alla sostanza del rapporto materiale un'idea che riguarda invece l'azione), si deve riconoscere che la definizione di I. 3, 13 pr.³⁰ rappresenta quanto di meglio sia stato in proposito fatto: ma nessuno – tranne qualche volonteroso civilista moderno – penso sia ormai disposto a considerarla una buona definizione³¹. Certo, d'altra parte, il Perozzi³² aveva torto, quando scriveva che l'obbligazione: "è davvero una spe-

²⁷ ZIMMERMANN, LO, 1-10.

²⁸ E benché, come già l'autore aveva avvertito a p. XII, questo capitolo 1: *Obligatio*, così come il 27: *Delict in general*, si discostino dal metodo espositivo che caratterizza tutto il libro, e che l'autore descrive nel modo seguente: "I have therefore always attempted to start with the concrete and specific and to proceed from there to topics and propositions of a more general nature".

²⁹ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 1, Berlin 1840, 338 s.; *Obligationsrecht*, 1, Berlin 1851, 4.

³⁰ Che malgrado quanto, come ricorda ZIMMERMANN, LO, 1 n. 3, scrive l'ALBANESE (*Papiniano e la definizione di 'obligatio' in I. 3, 13 pr.*, in *SDHI*, 50 [1984], 167 ss. = *Scritti giuridici*, 2, Palermo 1991, 1657 ss.), continuerei a ritenere un frutto dell'attività delle tarde scuole orientali: cfr. CANNATA, *Le definizioni romane dell'obligatio*, in *Studi in memoria di Giuliana D'Amelio*, Milano 1978, in part. 149 ss.

³¹ Per le critiche alla definizione di I. 3, 13 pr. vedi il mio articolo citato (*Studi in memoria di Giuliana D'Amelio*, 132 ss.).

³² PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2^a, Roma 1928, 1.

ziale categoria di diritti subbiettivi, ma una categoria che si distingue dagli altri diritti subbiettivi per caratteri storici e non dogmatici”, perché certo non si può negare all’obbligazione una precisa consistenza dommatica: ma egli mostrava di percepire correttamente che la via per cogliere tale consistenza è quella dell’osservazione storica circa la genesi della categoria ‘*obligatio*’.

Come si sa, il problema è oggetto di una imponente letteratura³³, ma lo Zimmermann mostra di orientarsi perfettamente, in quanto mette a fuoco il punto essenziale alla ricostruzione di questa vicenda della Dogmengeschichte: il problema della responsabilità si definì prima di quello dell’obbligazione, e la nozione di obbligazione si presentò solo quando venne individuato il dovere giuridico di eseguire una prestazione³⁴.

Prima che un tale dovere fosse riconosciuto, lo schema applicato era dunque quello della responsabilità, che si presentava strutturato nel modo seguente: in conseguenza di certi fatti (*iudicatum, nexum, damnatio*), un soggetto si trova esposto alla *manus iniecto* della controparte; egli può liberarsi (riscattarsi) da tale soggezione mediante *solutio*, cioè con l’esecuzione (da parte sua o di un terzo) di una prestazione (un *dare*). Sicché – come si vede – questa prestazione era oggetto di un onere e non di un obbligo³⁵.

Tale situazione precedente l’impiego della nozione di *obligatio* è perfettamente rispecchiata nel formulario della *manus iniectio*, che, secondo Gai. 4, 21, conteneva le parole:

QUOD TU MIHI IUDICATUS (sive DAMNATUS) ES SESTERTIUM X MILIA, QUANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILIUM IUDICATI MANUM INICIO.

Se con le parole ‘*quandoc non solvisti*’ si allude bensì ad una condizione della *manus iniectio*, quest’ultima, di per se stessa, non è una conseguenza della mancata *solutio*, ma del fatto che il soggetto passivo dell’atto è stato *iudicatus sive damnatus*, e va aggiunto: *sive nexus*. È facile spiegarsi perché Gaio non menzionasse qui più quest’ultima ipotesi, legata ad un’istituto al suo tempo pressoché dimenticato; di tale istituto egli si ricordava però, in modo significativo, in un altro luogo, parlando della *solutio per aes et libram* (Gai. 3, 173-175). In modo significativo, dicevo, perché la *solutio* solenne era in origine appunto il mezzo per liberarsi dalla soggezione alla *manus iniectio*, ed è dunque in relazione a tale liberazione che, nell’ultima sequenza citata, Gaio parla del *iudicatus* (o *condemnatus*), del (*testamento*) *damnatus* (Gai. 3, 175) e del caso in cui (*aliquid eo nomine debeat*), *quod per aes et libram gestum sit* (Gai. 3, 173), parole con le quali indub-

³³ Si vedano le sintesi di KASER, *Das römische Privatrecht*, 1², München 1971, 146 ss.; TALAMANCA, in ED 29, Milano 1979, s.v. *Obbligazioni (storia a: dir. rom.)* nel § 2.

³⁴ Vedi in part. ZIMMERMANN, LO, 5.

³⁵ Cfr., per lo schema concettuale in sé, KASER, *Das römische Privatrecht*, 1², 148.

biamente allude all'antico *nexum*³⁶, reinterpretato con la nozione a lui usuale dell'*obligatio*.

Nel diritto romano più antico, *iudicatum*, *nexum* e *damnatio (legata)* appaiono dunque come le sole fonti della soggezione alla *manus iniectio*, soggezione attenuata dalla presenza dell'onere della *solutio*. Dicendo trattarsi delle sole fonti di tale soggezione, voglio in particolare sottolineare il fatto che fra di esse non devono annoverarsi i delitti, che certo rappresentano la più antica (preromana e fin preistorica) struttura generante una soggezione-responsabilità, ma per i quali un diverso schema va supposto (per l'epoca storica e in particolare il diritto romano): e qui ci limiteremo, naturalmente, a considerare i delitti "privati", cioè quelli che l'ordinamento vedeva come lesivi di un interesse privato, per cui la relativa punizione (pena) era lasciata alla esecuzione (facoltativa) dell'interessato o dei suoi. La pena di partenza è quella di morte o del taglione, alla quale – poiché siamo nel settore della libertà dei privati – l'interessato può rinunciare accettando una composizione. Se, all'epoca delle dodici tavole, la composizione era ancora libera e facoltativa in relazione al taglione, per gli altri casi la legge aveva ormai stabilito delle composizioni fisse, determinate in somme di denaro, le quali avevano del tutto eliminato la possibilità della soluzione originaria mediante diretta esecuzione della pena di morte. Prendiamo il caso dell'*iniuria*. Le dodici tavole dicevano (tab. 8,4): si *iniuriam faxit, viginti quinque poenae sunt*, il che non significa che l'autore dell'*iniuria* è tenuto a pagare 25 assi all'offeso, ma significa che la pena per il fatto dell'*iniuria* è di 25 assi da pagare all'offeso, sicché se l'offensore vuol pagare, paga e si libera da ogni conseguenza, se non paga potrà (e dovrà se l'offeso lo vuole, sperando la *legis actio sacramento in personam*) essere condannato a 25 assi da un giudice. I 25 assi previsti nella sentenza del giudice non costituiscono ancora l'oggetto di un dovere di prestazione del colpevole verso l'offeso, ma fanno solo del colpevole un "*iudicatus per 25 assi*", rappresentano cioè sempre la misura della composizione (onere) pagando la quale il colpevole si libererà dalla pena di morte; in altre parole, nel nuovo sistema (costruito in modo da introdurre opportune garanzie a favore di chi venga accusato di un delitto privato) la soggezione dell'offensore all'offeso deriverà dal *iudicatum*, e sarà soggezione alla *manus iniectio* con l'attenuazione (connaturale a questa) dell'onere consistente nel pagamento del riscatto.

Nella descritta situazione antica (nella quale la triade *iudicatum-damnatio-nexum* esauriva il catalogo delle fonti³⁷ di soggezione alla *manus iniectio*) non v'era

³⁶ E solo ad esso: se Gaio avesse voluto comprendere nella dizione *quod per aes et libram gestum est* anche il legato obbligatorio, non lo avrebbe menzionato ulteriormente in Gai. 3, 175.

³⁷ Delle tre situazioni la più antica appare essere stata quella del *iudicatus*, e non solo perché essa è connessa con i delitti. Il fatto che secondo Gaio (Gai. 4, 21), qualunque fosse la causa menzionata all'inizio della *manus iniectio* ('*quod tu mihi iudicatus sive damnatus*'), la formula finale alludeva in ogni modo al caso del *iudicatus* ('*tibi... iudicati manum iniecio*'), depone per una assoluta priorità storica della *manus iniectio iudicati*. Si potrebbe anche pensare che solo nella *manus iniectio* contro il *iu-*

ancora spazio per una nozione di obbligazione, se questa è caratterizzata dalla presenza di un dovere di *dare*; un tale dovere compare invece chiaro nella struttura della *sponsio*, come testimonia il formulario della *legis actio per iudicis postulationem*, ove l'attore affermava nei confronti del convenuto (Gai. 4, 17a):

EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORUM DARE OPORTERE AIO³⁸.

Le dodici tavole prevedevano ancora l'uno accanto all'altro il sistema *iudicatum-damnatio-nexum-solutio-manus iniectio*, il sistema *talio-pactio* e la struttura dell'obbligazione con la *sponsio* e la *legis actio per iudicis postulationem*, ma la giurisprudenza che le interpretò a partire dal IV e III secolo a.C. operò nel senso di una chiara prevalenza della struttura dell'obbligazione. Se il *nexum* disparve senza lasciare molte tracce, *iudicatum* e *damnatio* testamentaria furono certo in quest'epoca reinterpretati – secondo il nuovo modello fornito dalla *sponsio* – come fonti di obbligazione, costruendosi dunque le nozioni di *iudicatum facere oportere* (*ex causa iudicati teneri*)³⁹ e di *ex testamento dare oportere*⁴⁰.

Quest'ultima nozione ebbe un'importanza particolare in quanto, accettata l'idea di un'obbligazione da legato, quest'obbligazione trovava la sua fonte nella forma *damnas esto dare*, sicché con queste parole si espresse la *lex Aquilia* quando volle introdurre la nozione di *obligatio ex delicto*⁴¹: alla *damnatio*, costruita come

dicatus l'attore dicesse '*iudicati manum inicio*' e negli altri casi (anche contro il *damnatus* e il *nexus*) egli dicesse invece, come per i casi più recenti (tranne che in quelli di *manus iniectio pura*: Gai. 4, 24) '*pro iudicato manum inicio*' (se in Gai. 4, 21 sembra che l'attore pronunciasse le parole '*iudicati manum inicio*' anche nella *manus iniectio* contro il *damnatus*, ciò può dipendere dal fatto che Gaio non ritenne di complicare la sua esposizione menzionando di nuovo l'alternativa alla fine). Ma in ogni caso l'argomentazione non ne verrebbe toccata, perché anche l'espressione '*pro iudicato manum inicio*' suppone la priorità storica della *manus iniectio iudicati*.

³⁸ E si deve pensare che la *legis actio per iudicis postulationem* sia stata proprio introdotta con la creazione della *sponsio* e per la sua protezione. Se la *legis actio sacramento in personam* fu poi ritenuta applicabile anche ai rapporti derivanti da *sponsio*, ciò avvenne in forza del carattere di *actio generalis*, che essa possedeva già prima, quando era la sola azione *in personam* di cognizione, e di fatto riguardava solo i delitti, in quanto solo questi esistevano come fonti possibili di una simile forma di azione. Da ciò si desume che non è affatto corretto il modo (più o meno tradizionale) che ho impiegato io stesso per ricostruire la forma della *legis actio sacramento in personam* (CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, 1, Torino 1980, 31 s.), e che consiste nel prendere come punto di partenza il formulario della *iudicis (arbitrive) postulatio*.

³⁹ Gai. 3, 180, con rinvio ai *veteres*.

⁴⁰ Cfr. Gai. 2, 204.

⁴¹ In relazione a questo fenomeno (sul quale vedi, con maggiore chiarezza, il mio contributo *Delitto e obbligazione*, in corso di pubblicazione negli atti del convegno di Copanello 1990) s'intrecciano ardui problemi di datazione: l'interpretazione che i giuristi diedero della *lex Silia* (escludendo il legato per *damnationem* dai casi di applicabilità della *condictio*) sembra precedere il riconoscimento di un'obbligazione di *dare ex testamento*; mentre, come si è detto sopra nel testo, quest'obbligazione è presupposta, come punto di riferimento terminologico-domatico, nel testo della *lex Aquilia*. Comunque, si data la *lex Aquilia* come più antica della *lex Silia*, ma queste datazioni vanno certo riviste, e specialmente quella della *lex Aquilia*.

fonte di obbligazione, non era ormai più coesistente l'idea della soggezione alla *manus iniectio*⁴² né quella – correlativa – della liberazione mediante *solutio*.

Se questo disegno della genesi dell'obbligazione, che ho proposto, corrisponde alla storia, allora alcune convinzioni correnti o luoghi comuni ne vengono assai indeboliti: anzitutto quello dell'allusione ad un vincolo materiale nel termine *obligatio* stesso: in tutto il sistema responsabilità-onere di riscatto (cioè il sistema *iudicatum-damnatio-nexum-solutio-manus iniectio*) la terminologia dell'*obligatio* appare assente, mentre invece è presente quella della *solutio*, ciò lascerebbe pensare che non sia vero quanto si dice di solito, che la metafora della *solutio*; dipenda da quella dell'*obligatio*, semmai potrebbe essere vero il contrario; ma ne viene, comunque, che i giuristi ricorsero alla metafora consapevolmente, poiché l'idea della *solutio* è senza dubbio metaforica sin dall'origine, essendo legata al formulario della *solutio* librare, dove *ego me a te solvo liberoque* è impiegato in modo evidente come consapevole metafora. La *ligatio* nell'*obligatio* è dunque fin dall'origine un *vinculum iuris*.

5. – Passando ora ad un altro punto, sempre in materia di nozione d'obbligazione, lo Zimmermann⁴³ nota che può riuscir difficile rendere in inglese l'idea romana dell'*obligatio*, perché questo termine in latino allude in sostanza al rapporto, e quindi tanto al debito quanto al credito insieme, o a ciascuno dei due singolarmente, mentre il corrispondente termine inglese “obligation” non concerne che la situazione debitoria. Siamo, come si vede, sebbene per una semplice questione terminologica, nella tematica delle simiglianze e differenze fra la mentalità del civil lawyer e quella del common lawyer, sicché il punto merita qualche osservazione.

Come ha ancora di recente sottolineato il Flume⁴⁴, un primo significato di *obligatio*, nel linguaggio giuridico romano, è quello di atto creativo di obbligazioni; precisamente, il termine *obligatio* fa spesso allusione all'atto con cui un soggetto assume volontariamente un'obbligazione⁴⁵. Ora, questo significato è storicamente esistito anche nel diritto inglese, in quanto con “obligation” si indicava, durante il medio evo, il documento (“deed” o “tally”) che poteva offrire fondamento ad

⁴² Malgrado qualche voce dissenziente in proposito, è certo che la *lex Aquilia* offriva fondamento all'*actio ex lege Aquilia* e non alla *manus iniectio*, come prova il fatto che nella legge la litiscrescenza era prevista espressamente (Gai. D. 9, 2, 2, 1). Il pensiero dello ZIMMERMANN sul punto è espresso in LO, 974.

⁴³ ZIMMERMANN, LO, 1.

⁴⁴ FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1990, 23 ss. Vedi la mia ‘nota’ *Atto giuridico e rapporto giuridico* in questa stessa rivista.

⁴⁵ Cfr. Gai. 3, 119; Paul. D. 5, 1, 20; Paul. D. 23, 4, 12, 2; Ulp. Ped. D. 2, 14, 1, 3; Ulp. D. 46, 4, 8, 3 (cfr. D. 50, 17, 35); Ulp. Lab. D. 50, 16, 19.

un'azione basata su di un "writ of debt" ("debt on an obligation", contrapposto a "debt on a [simple]⁴⁶ contract")⁴⁷.

Anche l'uso di *obligatio* come rapporto obbligatorio è presente nella letteratura giuridica inglese, ed in un luogo illustre in quanto il Bracton, nel suo *De legibus et consuetudinibus Angliae* (1256?)⁴⁸, definiva l'obbligazione con una curiosa trasposizione della definizione giustiniana ad indicare il rapporto, anzi, precisamente, lo Schuldverhältnis:

Et primo sciendum, quod obligatio est juris vinculum, quo necessitate astringimur ad aliquid dandum vel faciendum, ut si quis ligatus fuerit et astrictus alicui ad aliquid, et ille alias ei ad aliud contra obligatus. Est enim obligatio, quasi contra ligatio ...

Quanto all'impiego di *obligatio* nel senso di credito, si deve dire che esso è pure raro nel linguaggio romano⁴⁹; ma quel che più in generale si deve sottolineare, si è che anche per i giuristi romani l'*obligatio* è anzitutto il debito, sicché anche se *obligatio* significa rapporto obbligatorio, esso è pur sempre visto dall'angolo del debitore. È, del resto, quel che non solo appare, ma viene spiegato nel famoso passo proveniente dalle *institutiones* di Paolo, che è stato posto dai compilatori a fungere da definizione di *obligatio* nel titolo *de obligationibus et actionibus* del Digesto (D. 44, 7, 3 pr.). In questo passo si vuol spiegare quale sia la *obligationum substantia*, e cioè in che cosa consista il dato essenziale, qualificante di qualunque *obligatio*, e si comincia col dire che l'obbligazione non ci attribuisce la titolarità di un diritto reale: con il che il giurista si pone evidentemente sul piano del rapporto giuridico e precisamente – com'è usuale ai giuristi romani quando considerano dei diritti reali – osservando il rapporto dall'angolo del soggetto attivo, cioè del diritto soggettivo: "il carattere essenziale dell'obbligazione non corrisponde al fatto che essa (obbligazione) ci attribuisca la proprietà di una cosa o altro diritto reale" (*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat*); siccome a questo punto il giurista si trovava già ad osservare il rapporto sotto il profilo del diritto soggettivo (per dire, come si è visto, che diritto sul-

⁴⁶ In quanto "the contract and the obligation are two different contracts": *Salman v. Barkyng* (1422) Y.B.1 Hen. VI, (S.S. vol. 50), p. 115.

⁴⁷ FIFOOT, *History and Sources of the Common Law. Tort and Contract*, London 1949, 223 ss.

⁴⁸ Lib. III, cap. II (nell'ed. di Londra 1640, p. 99); nell'ed. di Londra 1879, p. 108 del vol. II.

⁴⁹ Cfr. Gai. 2, 13 (*obligationes quoquo modo contractae e ipsum ius obligationis* alludono qui certamente al diritto soggettivo implicato nel rapporto obbligatorio); ma, come si sa, per "credito" i giuristi romani usano più spesso 'nomen': ad es. Paul. D. 18, 4, 14 pr.; (nel Dig. milanese in questo passo si legge 'Qui filii familias nomine [invece di nomina] vendidit', ma si tratta di un evidente refuso; la *Florentina* reca chiaramente 'nomina'); Ulp. eod. 17; Pomp. D. 29, 2, 37; Paul. D. 35, 2, 22, 3 (con un chiaro uso del singolare: 'nomen hoc'); per i *nomina* (*hereditaria*) *ipso iure divisa* (tab. 5, 9) vedi C. 3, 36, 6 (Gord.), ma l'uso di *nomina* per crediti (connesso con la pratica dei *libri accepti et expensi*) non può certo essere decemvirale come neppure lo può essere (cfr. CANNATA, *SDHI* 53 [1987], 301 s.) *aes alienum* che (sempre in relazione a tab. 5, 9) si usa in C. 2, 3, 26 (Diocl.) per indicare i debiti.

le cose non c'è, in forza dell'obbligazione), egli è indotto a continuare la sua spiegazione dell'essenza dell'*obligatio* rimanendo dal punto di vista del titolare attivo del rapporto, il creditore: solo che qui egli non trova nulla che possa costituire un diritto materiale del creditore stesso nei confronti del debitore, poiché quel che trova è soltanto l'obbligo del debitore (*sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*)⁵⁰. In altre parole, ed adottando un altro punto di vista (pure implicato in tutto il passo), se si guarda la cosa, questa è oggetto di un obbligo da parte del debitore ma non di un diritto da parte del creditore. Il creditore è e resta solo un *creditor*, uno che si aspetta qualcosa da un altro: il protagonista dell'*obligatio* è il debitore, e l'essenza di questa – anche se la si voglia enunciare dal punto di vista del creditore – è nel debito. Il diritto del creditore non sarà dunque un diritto materiale, ma – poiché il debitore è 'obstrictus' – un diritto di natura processuale: l'*actio*, che è appunto il *ius iudicio persequendi quod sibi debetur*⁵¹.

Questa conclusione è estremamente importante, perché tutta la struttura dell'obbligazione è condizionata dall'assenza di un contenuto possibile per il diritto materiale del creditore, e quindi dall'assenza di tale diritto materiale: il creditore non è che titolare dell'azione⁵², ma non ha alcun diritto sull'oggetto; l'azione è diretta contro il soggetto passivo del rapporto, ma non consiste in un diritto su tale soggetto o sul suo contegno, perché è un diritto di natura processuale e non materiale⁵³. È questa la ragione – per esempio – per la quale il credito non può essere ceduto direttamente, ma la sua cessione passa attraverso la cessione dell'azione: il creditore, infatti, non ha che l'azione, e solo questa può cedere⁵⁴; se la dottrina moderna concepisce tranquillamente la cessione del credito, essa lo fa solo perché

⁵⁰ Su Paul. D. 44, 7, 3 pr. vedi anche ZIMMERMANN, LO, 6 s., dove però si interpreta male, a mio parere, la triade *dare facere praestare*, la quale non è costituita da tre verbi che si sovrappongono, ma indica i tre possibili tipi di prestazione, come ho cercato di spiegare sinteticamente in *Die vertragliche Haftung in der Sicht der römischen Juristen*, in *Studi Cagliari*, 47 (1971-1972), 32 ss.

⁵¹ Cels. D. 44, 7, 51; I. 4, 6 pr.

⁵² Il creditore è anche legittimato a ricevere la prestazione, ma questo non è un dato qualificante, poiché tale legittimazione appartiene spesso anche ad altri: si pensi alla *stipulatio Titio dari* (nei casi in cui questa è valida: Ulp. D. 45, 1, 38) e soprattutto alla *stipulatio mihi aut Titio dari* e a come, in questo caso, si distinguano le situazioni giuridiche del creditore e dell'*adiectus*.

⁵³ In questo senso preciso la critica già brevemente enunciata sopra alla definizione del Savigny, che scriveva, in *Obligationenrecht*, 4: "... Sie [*sc.*: die Obligation] besteht in der Herrschaft über eine fremde Person; jedoch nicht über diese Person im Ganzen (wodurch deren Persönlichkeit aufgehoben sein würde), sondern über einzelne Handlungen derselben, die als aus ihrer Freiheit ausscheidend, und unserm Willen unterworfen, gedacht werden müssen".

⁵⁴ Non credo si debba spiegare altrimenti il fenomeno (vedi FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, 10; 82 e lett. *ivi* n. 7); d'altra parte, ogni altra spiegazione viene a costruire l'incredibilità del credito come un'originalità romana ("eine Singularität des römischen Rechts"), mentre essa corrisponde ad un carattere dell'obbligazione ("in dem Wesen der Obligationen gegründet": così, con un discorso diversamente orientato, PUCHTA, *Pandekten*¹¹, § 273 cit. in FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, 82 n. 7).

si è abituata a pensare in termini di diritti soggettivi, e quando un diritto soggettivo si riduce all'azione essa tende automaticamente a creare il diritto materiale parallelo, ma l'operazione non è sempre corretta, come in questo caso, o come nel caso della prescrizione estintiva, ove, riferendo la prescrizione al diritto, la dommatica moderna è costretta ad introdurre un caso inutile di obbligazione naturale⁵⁵. Il discorso – che a questo punto diviene discorso sulla dommatica, e sui rapporti fra la dommatica romana e la dommatica moderna⁵⁶ – si farebbe più ampio, e dobbiamo, nel contesto di questa nota, abbandonarlo: ma non senza ricordare che la scelta della dommatica moderna del diritto processuale di concepire l'azione non più come pretesa, ma come semplice diritto a promuovere l'attività degli organi giudiziari dello Stato, rappresenta una perdita assoluta, e precisamente la rinuncia ad uno strumento dommatico di enorme valore.

6. – Ci soffermeremo ora sulle pagine che lo Zimmermann dedica al problema dei rapporti fra contratto e patto⁵⁷, dove egli prende le mosse trattando dei “*pacta in general*” (p. 508-511), e precisamente del principio *nuda pactio obligationem non parit* (p. 508 s.)⁵⁸ e dell'eccezione a tale principio rappresentata dai *pacta in continentibus adiecta* (p. 509 ss.) – *adiecta*, beninteso, ad un contratto consensuale⁵⁹ – per poi passare a considerare *pacta praetoria* (p. 511-526: *constitutum debiti, receptum arbitri*⁶⁰; *argentarii; nautarum, cauponum stabulariorum*⁶¹) e *pacta legitima*⁶² (p. 526-530: l'autore si occupa del *compromissum* “as exemple”), che egli, con terminologia medioevale, così denomina e riconduce (p. 511) alla nozione di *pacta vestita* (contrapposti a *pacta nuda*), sulla quale ritorneremo tra poco.

⁵⁵ Vedi, su questo caso, ZIMMERMANN, LO, 8, nel contesto di un discorso assai critico sull'uso moderno della nozione di obbligazione naturale (ZIMMERMANN, LO, 7-10).

⁵⁶ *Romische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, come suona il sottotitolo del citato libro del FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, che rappresenta un modello di ricerche del genere.

⁵⁷ Chapter 17: “Pacte and Innominate Real Contracts” (p. 508-545, nel contesto della Part V: “Arrangement outside the Contractual Scheme of Classical Roman Law”, p. 477-545).

⁵⁸ Sul legame fra nudo patto ed *aequitas naturalis* (Ulp. D. 2, 14, 1 pr.) e sul nudo patto come fondamento di un'obbligazione naturale (Ulp. D. 46, 3, 5, 2; Pap. D. 46, 3, 95, 4) si veda anche a p. 530 n. 147.

⁵⁹ A p. 510 s. lo Zimmermann si occupa del problema dei *pacta in continentibus adiecta* ad contratto protetto con *iudicium strictum*. Egli riduce tale problema a quello dei *pacta adiecta* alla *stipulatio*, ma forse per il mutuo esso si poneva in modo parzialmente diverso (si pensi ad un termine aggiunto, all'uno o all'altro negozio, in modo informale): vedi KASER, *Mutuum und stipulatio*, in *Eranion Maridakis*, 1, Athen 1963, 171 ss.

⁶⁰ Che, sulla base in part. di Ulp. D. 4, 8, 13, 2 (che lo Zimmermann riporta a p. 513 s.), sarebbe più corretto denominare *receptum arbitrii*.

⁶¹ P. 514 ss., con un'interessante trattazione (p. 520 ss.) sulla recezione dell'istituto nel diritto attuale (civil law e common law).

⁶² Per la nozione Ulp. D. 2, 14, 5; Paul. D. 2, 14, 6; ZIMMERMANN, LO, 511; 526.

In questo modo – cioè composto dalle figure tipiche⁶³ e dai patti nudi o (eccezionalmente) vestiti – il sistema contrattuale romano si sarebbe presentato sconnesso e lacunoso, se i giuristi non avessero trovato diversi strumenti per completarlo (p. 530). Il primo di questi mezzi, che lo Zimmermann prende in considerazione, è quello della combinazione di diverse figure tipiche, per dar veste giuridica ad affari irrealizzabili applicando il regime di una sola di esse: egli si concentra sull'esempio della combinazione di vendita e locazione per realizzare una vendita a rate (“hire-purchase”: p. 530-532) con riserva di proprietà (Paul. D. 19, 2, 20, 2-D. 19, 2, 22; Ulp. D. 43, 26, 20).

Ma lo strumento principale, per superare i limiti di un sistema contrattuale basato su di una serie limitata di figure tipiche, fu di riconoscere la rilevanza (in termini, come si dice, di “azionabilità”) dei contratti innominati (p. 532 ss.)⁶⁴. Lo schema evolutivo adottato dallo Zimmermann (Chap. 17, v, 1: *Permutatio and the rise of actiones praescriptis verbis*, p. 532 s.) può essere descritto nel modo seguente, sulla scorta di un esempio (ove la sequenza delle diverse soluzioni va intesa non solo come logica, ma come corrispondente alla successione diacronica delle conquiste giurisprudenziali): A e B si sono accordati sullo scambio delle proprie lettighe (affare che non corrisponde ad un contratto tipico né è realizzabile mediante combinazione di figure tipiche); tale accordo, di per sé, non ha effetto alcuno, ma se A ha dato a B la propria lettiga le cose cambiano (perché siamo nel caso “where one of the parties had visibly relied on the enforceability of the arrangement”): se B non esegue a sua volta, dando ad A la propria lettiga, A può chiedere la restituzione di quanto ha prestato (*condictio causa data causa non secuta*); ma siccome A non ha dato la sua lettiga per vedersela restituire, ma per ottenere quella di B, ecco che il pretore interviene in suo favore, con un'azione *in factum*, che però, essendo modellata su di un'azione *in ius* con modifica della *praescriptio* e non dell'*intentio*, resta ancora un'azione civile (di buona fede): *actio civilis in factum*, detta pure (con allusione alla struttura della formula) *actio praescriptis verbis*. L'idea dello Zimmermann è dunque che, in realtà, a quella che si denomina *actio praescriptis verbis* corrisponda una serie di azioni pretorie *in factum*, di portata civile a causa dell'*intentio* – comune a tutte – in ‘*quidquid dare facere oportet ex fide bona*’⁶⁵. Lo Zimmer-

⁶³ Che lo Zimmermann ha esposto nelle precedenti (p. 68-476) “Parts” II (*stipulatio*), III (“real obligations” con mutuo ed anche comodato, deposito e pegno), IV (contratti consensuali; vendita, locazione, mandato con *negotiorum gestio*, società). Il discorso sui patti (chapter 17, p. 508 ss.) è preceduto, nella “Part V” di cui ci stiamo occupando, da un nutrito capitolo sulla donazione (chapter 16, p. 477-507), ove si legge un'importante messa a punto circa *Donation under the ius commune and in modern law*, p. 498 ss., con un paragrafo sulla dottrina inglese della “consideration”.

⁶⁴ Per il caso particolare dell'*aestimatum* vedi p. 535 s.

⁶⁵ Quest'idea dello Zimmermann, che l'*actio in factum civilis (praescriptis verbis)* non cessi di essere un'*actio in factum*, mi pare (si veda come è inserita, a p. 533, la n. 161) che lo porti ad interpretare come allusiva all'*actio praescriptis verbis* la menzione di un'*actio in factum* che si legge in Ulp. Arist. Iul. D. 2, 14, 7, 2: *Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille [Mauricianus] ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis, sufficere*. Ma qui non si tratta di una semplice controversia

mann ammette bensì (con la letteratura più recente) che il riconoscimento dei contratti innominati (o, come egli li chiama ancora, “innominate real⁶⁶ contracts”) e l’introduzione dell’*actio praescriptis verbis* appartengano alla giurisprudenza classica, ma attribuisce alle scuole orientali un vasto contributo nella sistemazione della materia quale la si trova attualmente nel Digesto e attribuisce a Triboniano la tipologia sintetica di Paul. D. 19, 5, 5 pr. In ogni caso, se il riconoscimento dei contratti innominati rappresentò un notevole progresso, con ciò non si pervenne ad “a complete abandonment of the rule *ex nudo pacto non oritur actio*”: le condizioni per il riconoscimento di un contratto innominato erano strette, esigendosi l’esecuzione da parte di uno dei partners contrattuali e il contenuto di scambio; inoltre, poiché la concessione dell’*actio praescriptis verbis* concorreva con quella della *condictio causa data causa non secuta*, alla parte che avesse eseguito la propria prestazione restava sempre un diritto di porre praticamente nel nulla il contratto concluso (p. 536 s.).

Secondo lo Zimmermann, la situazione, quale si presentava nel Corpus Iuris, doveva apparire ingarbugliata ai suoi primi esegeti medioevali, e come tale egli stesso la riassume a p. 537 s.: nessuna dottrina generale dei contratti e tanto meno del contratto; da una parte il principio che il patto nudo non genera obbligazione e dall’altra una vasta e differenziata popolazione di figure pattizie produttive di obbligazione, cioè i contratti nominati, fra i quali per altro alcuni hanno acquistato un nome (*permutatio, aestimatum, transactio, praecarium*); poi ancora i *pacta in continenti*, i *pacta praetoria (constitutum et recepta)* e i cosiddetti *pacta legitima* (Paul. D. 2, 14, 6: *donatio, compromissum, dotis promissio* e altri); e si deve aggiungere ancora che i patti nudi danno comunque luogo ad eccezione e fondano obbligazioni naturali.

Per uscire da questo guazzabuglio e dare razionalità al sistema, la via, secondo l’impostazione dello Zimmermann, era quella di riconoscere il patto nudo come fonte di obbligazione (p. 538 s.): e a raggiungere questo risultato, finalmente inevitabile, contribuirono in particolare quattro atteggiamenti storici. Un primo contributo fu fornito dai glossatori (p. 538 s.) che, con la loro “*divisio*” di *pacta nuda* e

sulla denominazione dell’azione: Giuliano sosteneva che il pretore dovesse intervenire concedendo una specifica azione *in factum* (cioè una comune azione pretoria con ‘*intentio in factum*’), mentre Mauriciano sosteneva che non c’era bisogno di creare un nuovo rimedio, perché poteva impiegarsi nel caso la (già esistente) *actio praescriptis verbis* (cioè l’*actio civilis in factum*).

⁶⁶ Questa, di considerare i contratti innominati romani (in particolare nella struttura quale essa appare da Ulp. D. 2, 14, 7, 2 e Paul. D. 19, 5, 5) come contratti reali, è una vecchia (già presente nella Glossa, ma vedi un abbozzo di discussione nella gl. *Facias* a D. 2, 14, 7, 2), scorretta, idea: anche se si vuole partire dalla nozione postclassica di contratto reale, che comprende anche comodato, deposito e pegno (cfr. res cott. D. 44, 7, 1, 3-6; e pare pure essere la nozione dello Zimmermann: v. p. 163 s. nonché p. 534 con le note 169-170) e quindi non corrisponde più all’idea del *re contrahere obligationem*, ma a quella di un contratto per la perfezione del quale è necessario il trasferimento della detenzione di una cosa, resta pur sempre vero che tale trasferimento – per determinare la realtà del contratto – deve fondare un’obbligazione di restituire: il che non è nei contratti innominati.

*pacta vestita*⁶⁷ – categoria, quest’ultima, che comprendeva tutti i patti muniti di azione –, presentavano la materia in modo da attribuire al patto produttivo di obbligazione il carattere di caso normale, dando al patto nudo quello dell’eccezione. Un secondo contributo lo si dovette alla prassi commerciale (e dei tribunali di commercio), riconosciuta dai giuristi, soprattutto argomentandosi (come faceva Bartolo, *Comm. ad D. 17, 1, 48, 1, § Quintus Mucius*) che l’*aequitas mercatoria* non permette di opporre, contro chi invochi una *stipulatio*, la nullità di questa per vizio di forma; in relazione con questa tendenza – e parrebbe – come prova di una diffusione di essa anche fuori della materia di commercio, lo Zimmermann sembra proporre una certa accettazione dell’obbligazione da nudo patto nella pratica fra nobili e la sua pretesa (a partire dal XVII secolo) esistenza nella tradizione germanica⁶⁸. Un terzo contributo lo si deve ai canonisti (p. 542 ss.): il principio dell’obbligatorietà del nudo patto è affermato chiaramente nel *liber extra* (1234)⁶⁹ e divenne *ius receptum* presso la dottrina del XIV secolo; quella che restò sempre discussa fu l’opportunità o la necessità di una recezione del principio canonistico nel diritto civile, e cioè se, *ratione peccati*, si dovesse o no in questa materia riconoscere la prevalenza del diritto canonico⁷⁰. Come quarto ed ultimo contributo, il pensiero dei giusnaturalisti (p. 544), che risolsero tutte le controversie dichiarando conforme al diritto naturale la regola dell’obbligatorietà di qualunque patto, nel contesto del loro pensiero che poneva il consenso alla base di tutto il diritto (si pensi alla dottrina del “contrat social”⁷¹, che per altro, nelle sue formulazioni – giuridicamente più attente – precedenti Rousseau, era piuttosto indicata come dottrina del “patto sociale”).

Lo Zimmermann conclude tutto questo discorso (p. 545) con la citazione di un passo (Spec. XXXIX, V) tratto dalle *Meditationes ad Pandectas* (1717-1748) di Augustin Leyser:

Unde vero pacta nuda hodie vim obligandi accipiant, de ea non una Jurisconsultorum sententia est. Alii eam ex iure naturae derivant, atque rem hanc ad simplicitatem naturalem reductam dicerunt. Alii ad ius canonicum provocant ... Alii denique mores veteres Germanicos, quibus omnes pactiones validae sunt ... mansisse perpetuum nec

⁶⁷ Al proposito, lo Zimmermann cita (con scelta corretta) soprattutto AZO, *Summa codicis*, Lib. II, *Rubrica de pactis* 1 s. Si possono vedere anche le glosse *causa e igitur* a D. 2, 14, 7, 4; *quinimo* (che lo Zimmermann pure cita a p. 538 n. 195) e *bonae fidei iudiciis* a D. 2, 14, 7, 5; *legitima* a D. 2, 14, 6 (cit. a p. 538 n. 197).

⁶⁸ Ma su questo punto vedi NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München 1985, 24 ss.; 102 ss.

⁶⁹ Lib. I, tit. XXXV cap. I.

⁷⁰ È interessante notare che, in una delle più importanti prese di posizione a favore della recezione del principio canonistico nel diritto civile (quella di Carolus Molinaeus, che è citata a p. 543 n. 231), come argomento si usa ancora quello che abbiamo visto impiegato per l’efficacia del nudo patto nel diritto commerciale: esso *pro stipulatione habetur*, anche se gliene manchi la forma.

⁷¹ ZIMMERMANN, LO, 544.

Iuris Romani receptione hac in parte interruptos fuisse perhibent. Sed parum interest, utrum subtilitatem Iuris Romani hac in parte iure naturali, an Germanico antiquo an canonico vinci dicas. Victa certe est et omnia pacta consensu perfecta vim eandem habent quam stipulationes.

Io devo dire che tutto questo modo di vedere la storia dei contratti innominati e più in generale del rapporto contratto-patto – benché sia piuttosto diffusa – non può oggi più essere sostenibile, specie dopo la pubblicazione della ricerca del Santoro – che lo Zimmermann conosce bene – sul contratto nel pensiero di Labeone⁷². Quel che da quel libro, e dalle considerazioni che sulla sua base sono possibili, si ricava, è un rovesciamento delle vecchie idee sulla storia del contratto, che interessa non solo il mondo romano, ma tutta l'evoluzione successiva. Anche le ricerche di storia del diritto intermedio e moderno sono ancora influenzate dall'idea (o magari basate su di essa) che la giurisprudenza romana concepisse una serie di contratti tipici senza operare con la nozione di contratto in sé (l'“*allgemeiner Vertragsbegriff*”) ⁷³. Invece, Labeone operava già con la categoria generale di contratto⁷⁴, e l'*actio praescriptis verbis* – azione concettualmente unica anche se adattabile ai casi per la sua *praescriptio* (= *demonstratio*) *in factum* – era dall'origine l'azione contrattuale generale; benché forse non creata per i contratti innominati ma per altre situazioni⁷⁵, la sua applicazione a sanzione di fattispecie contrattuali atipiche era già ampiamente presente nella giurisprudenza labeoniana⁷⁶; la figura del contratto innominato, con la necessità dell'eseguita *datio*, appartiene invece al I secolo d.C. (quando si concretò l'idea che la *conventio* riconosciuta in un contratto innominato corrispondeva a quella di una *datio ob rem*), e lo schema di D. 19, 5, 5 pr. è certo di Paolo, perché non solo il suo contenuto è tutto classico, ma lo schema, in se stesso, corrisponde talmente bene agli sforzi di sintesi dommatica, chiari ma così spesso aridi⁷⁷, di Paolo, personaggio tanto classico quanto decadente.

D'altra parte, lo Zimmermann pretende (come spesso si fa⁷⁸) che a partire dal XVII secolo la regola che ammette l'azione nascente da nudo patto sia entrata nella prassi⁷⁹, per restarvi e divenire la regola di base del diritto contrattuale oggi vi-

⁷² SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983.

⁷³ Si vedano in particolare: NANZ, *Die Entstehung* cit. (cfr. la mia rec. in *SDHI*, 53 [1987], 455 ss.); BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari 1988.

⁷⁴ Ulp. Lab. D. 50, 16, 19 non contiene che una definizione, ma in testi come Lab. D. 18, 1, 80, 3 e Ulp. Lab. D. 19, 5, 19 pr. il giurista si vale dommaticamente – e in modo esplicito – della categoria.

⁷⁵ Sempre, comunque, interpretate operando con la categoria generale di contratto: Pap. Lab. D. 19, 5, 1, 1; Ulp. Lab. D. 18, 1, 50.

⁷⁶ Ulp. Lab. Pomp. D. 19, 5, 17, 1; Ulp. Lab. D. 19, 5, 19 pr. (già cit.); Ulp. Lab. D. 19, 5, 20 pr.

⁷⁷ Cfr. Paul. D. 5, 1, 20; D. 41, 3, 48; Paul. 5, 2, 1.

⁷⁸ Vedi già, sul punto, la già citata mia recensione NANZ, *Die Entstehung*, in *SDHI*, 53 (1987), 464 ss.

⁷⁹ Malgrado la netta presa di posizione contraria, che lo Zimmermann cita a p. 539, di SIMON VAN LEEUWEN, *Censura forensis theoretico-practica*⁴, Lugduni in Batavis 1741, Pars I, lib. IV, cap. II, n. 2.

gente (in part. p. 539 s.). Ma il fatto è che quella dell'obbligatorietà del nudo patto non è una regola del diritto moderno (C.C. fr. art. 1108; 1131; 931⁸⁰; ALR I, 5 § 109; I, 11 § 1037 e 1063; ABGB § 943; BGB § 518 e 780; OR Art. 243); ed in realtà non lo è mai stata: fino all'epoca del diritto naturale essa è stata oggetto di discussioni, come si è visto; quanto ai giusnaturalisti, essi parlavano nutriti di un'ideologia, che proclamavano programmaticamente vigente o sognavano vigente, ma non si devono prendere le loro dichiarazioni come descrizioni fedeli del diritto positivo⁸¹.

A scoprire quello che in realtà è accaduto nel passaggio dal diritto romano al diritto attuale serve molto quel che lo Zimmermann scrive nella parte iniziale del capitolo successivo⁸²: forse il torto dell'autore sta qui nel tenere formalmente separati due discorsi che (come egli per altro mostra assai bene) sono intimamente connessi.

Nel sistema contrattuale romano, la *stipulatio* aveva un ruolo essenziale, che poteva svolgere in modo – anche in pratica – perfetto a causa della sua forma, ad un tempo rigorosa e di assoluta agilità. Ma, a seguito di un'evoluzione già iniziata con la prima epoca postclassica⁸³, e che passa per le fonti giustinianee, il medio evo conobbe da un lato la dottrina classica della genuina *stipulatio* (soprattutto nel tit. D. 45, 1), ma dall'altro questa divenne in pratica un atto scritto, e abbastanza difficile da realizzare correttamente con scrittura privata, sicché “the simple and uncomplicated stipulation, so familiar to every Roman citizen, had finally been turned into an arcanum of notarial practice”⁸⁴. La *stipulatio* romana era così perduta come elemento catalizzatore del sistema contrattuale. Ora, l'esclusione romana dell'efficacia obbligatoria del nudo patto era direttamente condizionata dall'esistenza, in quell'ordinamento, della *stipulatio*: sicché, a partire dal medioevo, il modo più naturale per colmare la lacuna lasciata dalla *stipulatio* fu quella di favorire il

⁸⁰ Il regime francese risulta dalla sequenza: le convenzioni non sono valide senza causa (art. 1108; 1131); se posseggono una *causa donationis* (che è la causa presunta per il patto nudo quando non ne risulti un'altra: ma quest'altra causa “vestirebbe” il patto) essa comporta (art. 931) requisiti di forma (che dunque, a loro volta, “vestono” il patto). In diritto italiano la situazione è analoga, ma vedi pure gli art. 1987-1991 C.C.it. [1942]. Come testimonianze della presenza del nudo patto in questi sistemi, lo Zimmermann (p. 540) cita l'art. 1134 C.C.fr. (cfr. 1374 WB; 1372 C.C.it.); ma evidentemente queste norme non sono invocate a proposito perché riguardano unicamente gli effetti delle convenzioni, e non i presupposti della loro efficacia.

⁸¹ Ogni indagine su questo tema deve ancora partire da GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, 2 voll., Milano 1955, il libro che rappresenta il primo vero modello d'indagine giuridica in prospettiva storico-comparatistica.

⁸² Chap. 18: *Formation of Contract*, il primo della Part VI: *General Principles of Contractual Liability*, ove assai importanti sono le prime due sezioni: *the roman contract of stipulation under the ius commune* (p. 546-549) e *the doctrine of causa* (p. 549-559); vedi anche ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*, in *JZ*, 47 (1992), 16 ss.

⁸³ ZIMMERMANN, *LO*, 78-82; 546.

⁸⁴ ZIMMERMANN, *LO*, 547.

riconoscimento dell'efficacia obbligatoria dei patti. Nella letteratura dell'epoca dell'*usus modernus* appare una tendenza – in sé, com'è evidente, ambigua – ad ammettere, constatata la disparizione della *stipulatio*, la regola *ex nudo pacto oritur actio*, e in conseguenza di ciò ad applicare al patto nudo i testi del Corpus Iuris relativi alla *stipulatio*⁸⁵.

Ma a questo punto sorge giusto il problema cruciale, perché la *stipulatio*, con i suoi requisiti formali, garantiva anche la serietà dell'impegno, mentre il nudo patto, informale per definizione (nudo), non offre una simile garanzia. In funzione di questa esigenza, la giurisprudenza del diritto comune elaborò la dottrina della causa⁸⁶. Essa fu dedotta, da un lato, da D. 2, 14, 7, 2 (con la gl. *causa*⁸⁷) e 4, dall'altro da D. 44, 4, 2, 3 (con la gl. *sine causa*)⁸⁸, e poi elaborata negli schemi della dottrina scolastica della causazione, secondo la quale la causa condiziona l'esistenza dell'effetto; ora, secondo Baldo, i contratti consensuali tipici trovano in se stessi la propria causa, mentre la *stipulatio* deve attingerla altrove⁸⁹. Trasferiti al nudo patto, questi regolamenti mettevano capo alla conclusione di Baldo⁹⁰: *Ubi non est causa, ibi non est causatum, et ideo ex pacto nudo non insurgit actio, quia actio est quoddam causatum, ergo non potest sine causa oriri*. Il nudo patto, dunque, per poter dar luogo ad azione, deve avere una causa: la *causa* diviene così un nuovo tipo di *vestmentum*⁹¹.

La conclusione, che lo Zimmermann formula⁹² per tutta questa vicenda della dottrina della causa, suona un poco strana. Egli constata la decadenza di questa dottrina nella letteratura tedesca del XVII e XVIII secolo, e la sua sopravvivenza, grazie soprattutto a Pothier, in Francia fino al Code civil (art. 1108; 1131), per essere poi anche qui praticamente abbandonata, ed a ragione, trattandosi di un orpello inutile: la dottrina della causa servì a facilitare il passaggio dal sistema della tipicità a quello del contratto come figura generale, ma in se stessa non aveva gran senso. Il fatto è che lo Zimmermann ragiona partendo dall'idea che la dottrina della causa servisse a prendere in considerazione casisticamente la serietà dell'impe-

⁸⁵ ZIMMERMANN, LO, 547 ss.

⁸⁶ ZIMMERMANN, LO, 549.

⁸⁷ Si tratta, nel testo, della *causa* dei contratti innominati, che la glossa (*causa, id est datio vel factum, quod vestiet pactionem*) identifica con la prima prestazione eseguita: e in ciò la Glossa si sbaglia (anche lo ZIMMERMANN, LO, 550 è per lo meno troppo esitante in proposito), perché nel testo di Ulpiano "*causa*" è ciò che rende la prima prestazione elemento di un *synallagma*, e cioè il fatto che essa sia giustificata da una controprestazione.

⁸⁸ Vedi ZIMMERMANN, LO, 550 s. Il testo riguarda la *stipulatio*, e dice che un'*exceptio doli* può essere opposta a chi si valga di una *stipulatio sine causa*; la Glossa ne trasse la conclusione che la *stipulatio*, per essere valida, deve essere – espressamente – munita di causa (effettiva).

⁸⁹ ZIMMERMANN, LO, 551.

⁹⁰ BALDUS, *Commentaria in Decretales*, I, *De pactis*, n. 14; ZIMMERMANN, LO, 552 con la n. 37.

⁹¹ ZIMMERMANN, LO, 552 s.

⁹² ZIMMERMANN, LO, 553 nel § 5 ("The decline of causa").

gno, e quindi a distinguere concretamente un patto seriamente concluso da uno non seriamente concluso, sicché l'operazione di fare assurgere la "serietà" al livello di un elemento autonomo dell'atto voleva dire elevare al livello di problema dommatico quello che si sarebbe dovuto trattare come un semplice problema di prova delle circostanze relative alla conclusione dell'atto stesso. In realtà, quello che la dottrina della causa voleva risolvere era il diverso problema della serietà tipica delle convenzioni, cioè il problema dell'apprezzabilità della causa (intesa come l'affare realizzato con l'accordo) in funzione della tutela; si trattava, in altre parole, di legare l'azionabilità dell'accordo a ragioni (generali, normative) di contenuto invece che a ragioni (generali, normative) di forma; e questo non è un problema che possa essere "shifted into the field of procedure and evidence". Se la dottrina della causa venne ad un certo punto disattesa, ciò dipese dall'ambiguità della sua stessa formulazione (nulla è più polisemico, nel linguaggio giuridico del civil law, del termine "causa"), e perché tutti i giuristi si trovarono sostanzialmente d'accordo sul senso pratico da dare alla regola: che una convenzione (patto), anche se non prevista espressamente dalla legge, è senz'altro azionabile se realizza uno scambio (*synallagma*). Quello che differenzia una simile conclusione dal regime del diritto romano classico, in cui tutta la vicenda ha origine, è dunque unicamente nella circostanza che nel diritto moderno è caduta l'esigenza della "realità" per il contratto innominato.

Una conferma della correttezza di questo modo di vedere può trarsi anche dalle strutture del common law⁹³, ove la dottrina della causa entrò già nel medio evo e produsse la dottrina della "consideration", la quale permise, a partire dal XVI secolo, di dominare il nuovo diritto dei contratti cui l'elaborazione dell'*assumpsit* aveva permesso di emanciparsi dalle strettoie del sistema dei writs precedenti; ora, la dottrina della consideration, come tutti sanno, praticamente significa (possiamo pur dire *grosso modo*, ma il senso è in fondo questo), che un accordo è azionabile solo se munito di *consideration* (= se è fatto a ragion veduta⁹⁴), e un accordo è munito di *consideration* se – in qualche modo – realizza uno scambio. Del resto, che questa sia la soluzione inglese, non meraviglia affatto ove si voglia guardare il fenomeno in dimensione sistematica. Il diritto inglese, al contrario dei diritti dell'Europa continentale, non ha un sistema contrattuale basato su di una serie di figure tipiche (alle quali è "premessa" la nozione generale di contratto⁹⁵, che permette una teoria generale dell'accordo e che poi si realizza nei contratti innominati), ma un sistema basato unicamente sull'idea di "contract"; perciò si tratta di un sistema, nato in prospettiva romanistica, di contratti innominati: nessuna meraviglia dunque che la regola di base del contract sia, in *common law*, quella che per

⁹³ ZIMMERMANN, LO, 554 ss. (English law; vedi già sopra, 504 ss., con considerazioni importanti); 556 ss. (South African law).

⁹⁴ ZIMMERMANN, LO, 506.

⁹⁵ Si tratta già dell'impostazione del *tractatus* di Ulpiano, D. 2, 14, 7.

noi è la regola del contratto innominato: una delle differenze più appariscenti tra civil law e common law diviene così una delle più significative analogie strutturali tra i due sistemi.

7. – Questa conclusione, alla quale sono or ora pervenuto discutendo un punto speciale, rappresenta nel complesso l'atteggiamento che suscita la lettura del libro, in ogni sua parte. L'autore vi imposta ciascun problema in un modo rigoroso, fondato nella tradizione scientifica, ma al tempo stesso nuovo ed attuale, fecondo dunque di prospettive capaci di far progredire sensibilmente l'analisi, che egli poi affronta con mente attenta alle conseguenze implicate dal metodo adottato. Il lettore può essere preso da dubbi, nutrire obiezioni derivanti da proprie diverse meditazioni o precedenti esperienze scientifiche, scorgere diverse vie per il ragionamento o diversi piani di valutazione e interpretazione dei fenomeni, sicché egli aggiunge mentalmente a quanto ha letto, lo critica, discute, accetta o rifiuta, modifica o magari distorce: ma, alla fine, ritorna sempre a condividere – con più radicata convinzione – quelle che erano, dello Zimmermann, le premesse e le grandi tesi. Il viaggio culturale compiuto con lui è stato in ogni modo proficuo. Ciò prova che l'autore si muove nel senso giusto, cioè che egli ha inteso pienamente il "Beruf unserer Zeit".

DELITTO E OBBLIGAZIONE *

PREMESSA

1. – Il tema generale di questo convegno è centrato sulle nozioni di illecito (extracontrattuale) e di pena privata; se si scorrono i titoli delle relazioni speciali, previste nel programma, ci si rende facilmente conto che, salvo forse per quella che Feliciano Serrao ci presenterà mercoledì, i relatori si sono assunti il compito di illustrare il tema esaminandolo settore per settore. Essi forniranno, dunque, le singole tessere, già di per sé lucide e belle, destinate a formare il mosaico, che Raimondo Santoro comporrà giovedì, nella seduta conclusiva.

Io mi sono riservato un compito più rustico e grossolano, un compito da manovale rispetto a quelli, che sono da artigiani o artisti: io cercherò di costruire il muro grezzo sul quale il mosaico, ricoprendolo e facendolo dimenticare, sarà realizzato e risplenderà.

2. – Il fatto, che motiva il mio intervento preliminare, diretto a chiarire la relazione, in età repubblicana, fra delitto e obbligazione, è che, se una tale relazione è da un lato implicata in ogni discorso su illecito e pena privata – poiché il primo viene individuato come la fonte dell'obbligazione a pagare la seconda –, d'altro canto essa non è affatto chiara. Come non è ancora chiaro nella dottrina moderna – e forse in conseguenza di quella non chiara relazione in diritto romano – il modo di atteggiarsi specifico della obbligazione da illecito¹.

* Estratto da *Illecito e pena privata in età repubblicana*, Atti del convegno internazionale di diritto romano, Copanello 4-7 giugno 1990, Napoli 1992.

¹ Vedi CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, IX, Torino 1984, 18 ss.

3. – Senza voler qui sintetizzare in poche parole una rigogliosa letteratura², che non corrisponde solo a fiumi d'inchiostro, bensì ad un'ammirevole vicenda intellettuale³, ricorderò solo che il tema dell'origine dell'*obligatio* – dell'*obligatio* romana o dell'obbligazione «tout court» – è in gran prevalenza risolto nel senso di una priorità storica dell'obbligazione da delitto, e ciò per la presenza di arcaicissime strutture di vendetta, generalmente recepite come sanzioni private dall'ordinamento giuridico prima che si riscontri l'esistenza di qualsiasi struttura di obbligazione da fatto lecito. Ma molti degli autori stessi, che propongono questo quadro, lo correggono poi, sul piano tecnico⁴, quando, analizzando la struttura dell'obbligazione, ne vedono il perno nella individuazione di un dovere di prestazione, cioè secondo il modello della *sponsio*⁵, sicché una vera e propria *obligatio ex delicto* si profilerebbe solo in un'epoca abbastanza tarda, magari persino in epoca classica⁶. Infatti, se si concepisce l'obbligazione come un *dare, facere, praestare oportere*, ovvero, originariamente, come un semplice *dare oportere*, non è possibile trovare prima dell'invenzione della *sponsio* – che è anteriore alle dodici tavole, ma certo non di molto, anche se ebbe sicuri precedenti nel *ius sacrum*⁷ – strutture obbligatorie propriamente dette di alcun genere. Neppure nel campo degli atti leciti, beninteso, ma neppure nel *nexum* o nel legato *per damnationem*: perché né il *nexum* (destinato all'oblio non molto dopo la legislazione decemvirale), né la *damnatio* testamentaria (forse più antica della *sponsio* e destinata, durante la sua lunga vita a venire, ad essere tosto⁸ considerata come una struttura dommaticamente assai analoga a

² Una bellissima sintesi, con notevoli apporti originali, si legge in KASER, *Das römische Privatrecht* I², München 1971, 146 ss.

³ Se ne misura la pulsione, ad esempio, leggendo in SD 1 (1935), 226 ss. la recensione di DE VISSCHER a LUZZATO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano 1934.

⁴ Si veda la messa a punto che apre l'articolo di BETTI, *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, in AG 93 (1925), 267 ss. (che però considera già il *nexum* come fonte di obbligazione: p. 269).

⁵ La *sponsio* come promessa di prestazione propria, e non degradata a promessa del garante, come facevano il BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955, 147 s., e (in termini più complessi) il LUZZATTO, *Per un'ipotesi* (cit. sopra, n. 3), 233 ss. L'antica forma '*spondes dari?*', con il verbo della prestazione in forma passiva, includeva semplicemente la possibilità dell'esecuzione da parte del terzo, liberatoria per il debitore; essa, tradotta nell'azione, assumeva infatti puntualmente la forma (Gai. 4, 17a) '*ex sponsione te mihi ... dare oportere aio*'.

⁶ Vedi: KASER, *Das röm. Privatrecht* I², 150 con la lett. alla n. 6. Si vede pure la seconda edizione (Paris 1940) del secondo volume del *Manuel élémentaire de droit romain* del MONIER, alle p. 9 (con lett. alla n. 2) e seg.

⁷ WIEACKER, *Pontifex iurisconsultus. Zur Hinterlassenschaft der römischen Pontifikaljurisprudenz*, in *Hommage à Dekkers*, Bruxelles 1982, 221; 225 s.; 227; v. anche la lett. in WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I, München 1988, 259 n. 107.

⁸ In rapporto con l'introduzione dell'*actio ex testamento*, che (come applicazione della *legis actio sacramento in personam*) è con ogni probabilità posteriore alle XII tavole: cfr. KASER, *Das röm. Privatrecht* I², 111; 153. Non vi è, invece, alcuna ragione per pensare che tale impiego della *legis actio sacra-*

quella della *sponsio*) si presentavano all'origine come fonti di un dovere di *dare*, bensì come strutture generatrici di una responsabilità per il non dato ('*quandoc non solvisti*': Gai. 4, 21⁹), per cui il *dare* vi è oggetto, come nelle strutture delittuali, di un onere per chi voglia evitare di soggiacere ad una pena¹⁰.

4. – Ora, la struttura del delitto, ancora nelle dodici tavole, è precisamente questa: si tratta di fatti che vanno puniti; la punizione è una pena, e questa, anche ove consista in una somma di danaro, non è dovuta dal reo direttamente a causa del fatto commesso. Il fatto rende solo possibile la condanna. Certo il reo può evitare e processo e condanna pagando spontaneamente la pena: ma ciò, ancora una volta, ci parla di un onere e non di un obbligo. Neppure la situazione definita *ex re iudicata* è ancora obbligazione, poiché essa è analoga a quella del *nexum* o della *damnatio* testamentaria: si tratta di un onere per chi voglia evitare la *manus iniectio*¹¹, che rappresenta ancora e pur sempre la struttura per l'applicazione della pena prima e ultima: la pena capitale. Prima della *sponsio* non c'è dunque dovere di pagare, non c'è obbligazione, ma solo un sistema di oneri che permettono di evitare la vendetta finale legittima, la morte¹².

5. – Ma non voglio, in questa sede, lasciarmi trascinare in un dedalo, indulgendo a meditazioni sulla letteratura in materia di origine dell'*obligatio*. In funzione del mio discorso su pena e obbligazione riterrò unicamente una proposizione con-

mento come *actio ex testamento (certi)* sia posteriore alla *lex Silia*, argomentando dal fatto che la giurisprudenza, quando fissò il campo di applicazione della *legis actio per conditionem*, non vi comprese il *legatum per damnationem*, perché ciò dipese unicamente dalla circostanza che la *legis actio per conditionem*, sotto il profilo sostanziale, fu considerata dai giuristi né più né meno che una *iudicis postulatio* astratta. Ne ho spiegato le ragioni in *SD 53* (1987), 301 (299-302). Nulla si deve desumere in contrario dal (peraltro certo assai rimaneggiato) inizio di Ulp. D. 12, 1, 9, 1.

⁹ Per la *manus iniectio* arcaica si devono supporre le tre forme: *Quando tu mihi iudicatus / damnatus / nexus es sestertium X milia, quandoc non solvisti* etc. Non è difficile capire perché Gaio (o il suo editore del V secolo?) abbia rinunciato a menzionare la formula relativa al *nexum*.

¹⁰ Preciso KASER, *Das röm. Privatrecht* I², 148 sub 3.

¹¹ Cfr. tab. III, 3 ('*Ni iudicatum facit*'); sul contesto vedi CANNATA, in *Iura* 37 [1986, pubbl. 1989], 119; nella *manus iniectio*, ancora '*quandoc non solvisti*' (Gai. 4, 21 cfr. sopra, alla n. 9); si veda BETTI, *La struttura* (cit. sopra, alla n. 5), 144.

¹² Dopo l'introduzione della *sponsio*, il suo modello dommatico reagirà su molte di queste strutture, trasformandole, nella concezione dei giuristi, in fonti d'obbligazione. Già si è detto che ciò avvenne per il legato *per damnationem* (ove a tale fenomeno corrispose l'introduzione dell'*actio ex testamento*: cfr. sopra, alla n. 8); la stessa cosa può forse dirsi per il *iudicatum facere oportere*, come pure, per esempio, per *eum pro quo sponsor dependisset* secondo la *lex Publilia* e per il *fenerator qui usuras exegisset* della *lex Marcia* (Gai. 4, 22; 23). Tuttavia, per i casi di delitto (fino, come si vedrà, alla *lex Aquilia*) restò sempre – ad impedire la loro costruzione come fonti di obbligazione – la circostanza che la pena non è dovuta in forza del fatto, sulla base del quale essa deve solo essere applicata dal giudice.

clusiva: che la struttura che i Romani e noi chiamiamo *obligatio* od obbligazione in senso stretto e tecnico corrisponde all'idea di un dovere giuridico di *dare, facere* (e *praestare*, senza addentrarmi nel problema del senso da dare a quest'ultimo verbo)¹³ *oportere*, e per la quale la testimonianza che ci rinvia alla più risalente delle strutture-chiave è quella di Gai. 4, 17a, ove si tramanda la forma della domanda dell'attore nella *legis actio per iudicis postulationem*, prevista dalle dodici tavole: *ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio*¹⁴⁻¹⁵.

I. – I DELITTI NELLE DODICI TAVOLE

6. – Con questo punto di partenza, possiamo giungere alla conclusione che quella dell'*obligatio ex delicto* è una struttura assente dal diritto delle dodici tavole: anche se esse contengono le premesse per avvicinarvisi.

Per convincersi di ciò, è necessaria una, per quanto possibile breve, visita del diritto decemvirale: che, se non sarà completa nella enumerazione delle singole norme (cosa, del resto, anche per altro verso inevitabile, data la nostra conoscenza frammentaria delle dodici tavole), confido sia esauriente nella individuazione dei tipi di sanzione e delle forme che poteva assumerne la previsione.

7. – Indicherò dapprima le fattispecie, che possiamo tranquillamente lasciare da parte, perché strutturate in modo che la nozione di obbligazione non può essere in alcun modo ad esse applicata. Ma, prima ancora di parlarne, escluderò più radicalmente le norme sull'omicidio (dell'uomo libero, perché ci fa difetto una norma – che pur doveva esistere – sull'omicidio dello schiavo). L'omicidio doloso, a quanto

¹³ Vedi CANNATA, *Die vertragliche Haftung in der Sicht der römischen Juristen*, in *Studi Cagliari* 47 (1971-72), 32 ss.

¹⁴ Si può supporre una formula '*ex sponsione...dare oportere*' anche per la *legis actio sacramento in personam*, e spesso lo si fa; io sarei tuttavia propenso a ritenere che la *sponsio*, una volta riconosciuta, abbia dato subito luogo alla creazione (pontificale) della *legis actio per iudicis postulationem* con il suo giudizio laicizzato: vedi CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano I*, Torino 1980, 64 (ove ho detto un'inesattezza: il giudizio pontificale, proprio, a mio avviso, della *legis actio sacramento*, non doveva essere un «giudizio irrazionale di sacerdoti», ma un giudizio razionale dei pontefici, «Sakralexperthen» e non sacerdoti in senso proprio, come sottolinea il WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte I*, München 1988, 318 s.).

¹⁵ Che nelle dodici tavole la struttura dell'obbligazione apparisse già compiutamente formata sembra provato anche dalla norma sulla successione degli eredi nei rapporti obbligatori del defunto (tav. V, 9), se i due testi dai quali tale norma si desume (una costituzione di Gordiano, C. 3, 36, 6, e una di Diocleziano del 294, C. 2, 3, 26) si possono ritenere scritti riecheggiando – con il loro riferimento a crediti e debiti – il tenore della regola originale.

pare, doveva essere previsto nelle dodici tavole¹⁶, anche se le fonti citano in proposito la più antica *lex Numae*, 15, che ci riporta Festo (s.v. *parricidii quaestores*); esso era comunque punito con una sanzione penale pubblica, anche se l'esecuzione era forse affidata in antico agli agnati della vittima¹⁷. Per l'omicidio colposo, in tab. 8, 24a si prevedeva la soluzione di diritto sacro del *piaculum* (*aries subicitur*). A questi casi possiamo associare ancora le norme delle dodici tavole che prevedevano pene con carattere ancora marcatamente sacro o pubblicistico, come quella del lancio dalla rupe Tarpea per la falsa testimonianza (tab. 8, 23 sec. Gell. 20, 1, 53), quella dell'*improbis intestabilisque esto* per il teste e il *libripens* che rifiutino di testimoniare (tab. 8, 22), o il *sacer esto* del patrono che *clienti fraudem fecerit* (tab. 8, 21).

Accanto a queste norme vanno ancora poste tutte quelle che prevedevano la pena capitale per delitti, che in epoca decemvirale conservavano un carattere religioso, ma per i quali un'applicazione privata della pena (privata nel senso che l'esecuzione ne era lasciata alla parte lesa) è ancora possibile. I casi documentati sono quelli di *qui malum carmen incantassit* od *occentavisset* (tab. 8, 1; Plin. n. h. 28, 2, 10-17; Cic., de rep. 4, 10, 12 *ap.* Aug., de civ. Dei 2, 9), di colui che *alienam segetem pellexerit* (tab. 8, 8b; Cic. *ap.* Aug. de civ. Dei 8, 19) e del pubere che *frugem aratro quaesitam noctu pavisse ac secuisse* (tab. 8, 9; Plin., n. h. 18, 3, 12); ma analoga sanzione e non analogo carattere può essere a buon titolo presunta (per l'analogia e la probabile contestualità con il caso di tab. 8, 8b) per il caso di *qui fruges excantassit* (tab. 8, 8a). Ancora possiamo annoverare qui la pena di morte per combustione dell'incendiario doloso (tab. 8, 10; Gai. D. 47, 9, 9: *verberatus igni necari iubetur*).

a) Passando ora alle pene, che rivestono un più spiccato carattere privatistico, possiamo subito dire che nessuna relazione con una *obligatio* è ravvisabile ove la sanzione sia comunque direttamente capitale. Sono i casi, differenziati solo da diversi dettagli nella procedura¹⁸, del *fur manifestus* semplice (tab. 8, 14; Gai. 3, 189; Gell. 11, 18, 8), del *fur nocturnus* o *qui telo se defendit* (tab. 8, 12-13; Cic., p. Tull. 20, 47; 21, 50).

b) Un discorso a parte va fatto per il *membrum ruptum* di tab. 8, 2, perché in questa norma notissima (*si membrum rupsit ni cum eo pacit talio esto*), se nulla ha a che fare con un'obbligazione la soggezione del colpevole alla *talio*, un'obbligazione da delitto – e magari l'esempio originario di questa – è stata ravvisata nella possibilità di soluzione mediante *pactio*¹⁹. Ma si tratta – mi è già avvenuto di sottoli-

¹⁶ Pomp. D. 1, 2, 2, 23.

¹⁷ KASER, *Das röm. Privatrecht* I², 147.

¹⁸ KASER, *Das röm. Privatrecht* I², 157 s. Il *fur manifestus* semplice (cioè diurno e che non si difendesse armato) subiva una pena *capitalis* (Gai. 3, 189), ma questa, secondo le previsioni delle dodici tavole, non comportava (necessariamente) la morte.

¹⁹ La radice di quest'idea è in PEROZZI, *Istituzioni* II², Roma 1928, 3 s.; cfr. BETTI, *La struttura* (cit. sopra, alla n. 5), 174 (173 ss.); v. anche p. 135 s.

nearlo proprio qui, due anni fa²⁰ – di un semplice errore di prospettiva. A parte il fatto che una *pactio* generatrice di obbligazione è impensabile in quest'epoca così remota, se pur così fosse l'obbligazione deriverebbe dalla *pactio* e non dal delitto. La *pactio* di tab. 8, 2, comunque, allude all'accordo rappacificatore fra leso e offensore (e perciò in sé liberatorio e non obbligatorio), accordo che sarà normalmente accompagnato da un pagamento o magari da una *sponsio*: e solo in quest'ultimo caso vi sarà un'obbligazione, ma appunto da *sponsio* e non da delitto.

c) Un interesse diverso presentano i casi, nei quali la legge prevedeva pene pecuniarie fisse. Il modello delle norme di questo genere ci è fornito da quella, per fortuna precisamente nota, sull'*iniuria* (tab. 8, 4): *si iniuriam alteri faxsit viginti quinque poenae sunt*. Ma analoga forma certo assumevano la norma sull'*os fractum* (tab. 8, 3: *manu fustive si os fregit libero CCC servo CL poenam subito poenae sunt*, ricostruendo il testo sulla base di Paul. Coll. 2, 5, 5) e forse – ma tutt'altro che certamente – quella relativa alle *arbores furtim succisae* (tab. 8, 11), con una pena fissa di 25 assi per albero.

Per comprendere esattamente la struttura di queste norme si deve partire, col pensiero, da quella sul *membrum ruptum*, e comprendere la modifica che, per passare da quel tipo a questo, ha comportato l'inserzione di una somma determinata di denaro, che deve funzionare ad un tempo come pena e come mezzo di composizione, non più lasciata all'accettazione arbitraria del danneggiato. La norma sull'*iniuria* (ragiono sul prototipo per semplicità) prevede la soggezione del reo ad una pena di 25 assi, che dovranno essere irrogati da un giudice; ma il reo eviterà processo e pena pagando 25 assi alla parte lesa, la quale non potrà rifiutare tale composizione. A provare l'esistenza di questa possibilità per il reo di liberarsi basta, anche se riferita ad un'epoca più recente, quella che l'Arangio-Ruiz chiamava «la storiella pragmatica del cavaliere Lucio Verazio»²¹. L'obbligazione, dunque, se c'è, non nasce comunque da delitto: essa sarà un'obbligazione da giudicato. Fino a quel momento il reo conosce una soggezione alla pena da applicarsi ed è gravato da un onere; o potremmo anzi dire che egli beneficia di un onere, poiché questo consiste nella possibilità di riscattarsi, pagando, da tale soggezione. Siamo qui di fronte ad una struttura, che funziona praticamente già in modo analogo a quello di un'obbligazione, ma obbligazione non è. Come un «life estate» può funzionare come un usufrutto, ma non lo è.

d) Restano due serie di casi, che tratterò congiuntamente, per una ragione che vedremo fra breve. Si tratta di quelli in cui la pena era prevista o mediante l'espressione *damnum decidere*²² – ovvero dicendosi *noxiam sarcire*. La prima espressione

²⁰ Vedi gli Atti di «Copanello 4» (*Contractus e pactum*, Napoli 1990), p. 374.

²¹ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, 372; Gell. 20, 1, 13.

²² Sul significato di *damnum decidere* vedi la lett. in KASER, *Das röm. Privatrecht* I², 148 n. 9 e ora NICOSIA, *Il processo privato romano* II, Torino 1986, 233 ss.

è certamente testimoniata per il *fructus duplione damnum decidere* relativo alla *vindicta falsa*²³ (tab. 12, 3); un *duplione damnum decidito* deve essere supposto a conclusione della norma della tab. 8, 16, relativa al *fur nec manifestus*; ma analoghe espressioni possono presumersi per il *triplum* del *furtum conceptum* e *oblatum* (tab. 8,15a; Gai. 3, 191) e per altri casi, come per l'*actio depositi* di tab. 8, 19, per la *dedicatio* della *res litigiosa* di tab. 12, 4, per l'*actio auctoritatis* (con ogni probabilità in origine penale)²⁴, per la pena del *quadruplum* contro il *fenerator* che abbia ecceduto l'interesse unciario (tab. 8, 18)²⁵. Per *noxiam sarcire*²⁶ non abbiamo alcuna testimonianza che ci tramandi il dettato originale di norme, ma l'insistenza delle fonti sull'espressione o espressioni analoghe costruite attorno al termine *noxia* lascia presumere tale modo di esprimersi tecnico per la *pauperies a quadrupede facta* (tab. 8, 6; Ulp. D. 9, 1, 1 pr.), per la norma *de pastu pecoris* (tab. 8, 7; Ulp. D. 19, 15, 14, 3), per l'*actio aquae pluviae arcendae* (tab. 7, 8a)²⁷, per l'incendio colposo della tab. 8, 10 (Gai. D. 47, 9, 9), per il *furtum nec manifestum* dell'impubere (tab. 8, 14; *'verberari noxiamque sarciri'*: Gell. 11, 18, 8). Entrambe le espressioni dovevano infine comparire nella norma originale sulle *fruges noctu quaesitae* dall'impubere (tab. 8, 9), che Plinio, n.h. 18, 3, 12 esprime con l'alternativa *'praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni'*²⁸.

Se tratto insieme di queste due forme di previsione della sanzione, ciò dipende dal fatto che esse sono strettamente equivalenti. L'identità del significato di *noxia* e *damnum* non è una semplice tesi, del resto condivisa (a quanto pare, perché il testo

²³ Vedi NICOSIA, *Il processo II* (cit. alla nota prec.), 171 ss., CANNATA, rec. (allo stesso libro) in *Iura* 37 (1986, pubbl. 1989), 121 ss.

²⁴ KARER, *Das röm. Privatrecht I*², 132 s. Gli ultimi tre casi menzionati comportavano tutti una condanna in *duplum*.

²⁵ Forse l'espressione *damnum decidere* compariva in altri casi, come per quella che sarà poi denominata *actio rationibus distrabendis (in duplum)* e che le dodici tavole prevedevano contro il *tutor legitimus* (tab. 8, 20b; Tryph. D. 26, 7, 55, 1; Ulp. D. 27, 3, 1, 19; KASER, *Das röm. Privatrecht I*², 89 s.; per il *crimen suspecti*, proprio nelle dodici tavole del solo *tutor testamentarius*, non sappiamo se la legge prevedesse una sanzione penale, oltre alla rimozione: tab. 8, 20a; Ulp. D. 26, 10, 1, 2 e 5; KASER, 90). Ancora può presumersi un *damnum decidere* nella norma (tab. 6, 8) sull'*actio in duplum de tigno iuncto* (Ulp. D. 47, 3, 1 pr.).

²⁶ Vedi KASER, *Das altrömische ius*, Göttingen 1949, 219 ss.

²⁷ Paul. D. 43, 8, 5 dice *'noxia domino caveatur'*. Nel manoscritto fiorentino (che leggo nella splendida edizione di Corbino e Santalucia) si legge *«carveatur»*, ma con la lettera «r» cancellata con un tratto; gli editori moderni (confortati dai Basilici), a partire dal Cuiacio, correggono la parola in *«sarcitur»*, restituendo così certo il verbo che si doveva leggere nel testo decemvirale. Il loro ragionamento è evidentemente il seguente: il *librarius* della fiorentina, che trovava *«sarcitur»* nel modello che stava copiando, scambiò per un «c» la «s» iniziale e scrisse «car»; a questo punto si accorse di scrivere (o dettare) una parola senza senso, guardò meglio e si convinse di avere a che fare con *«caveatur»*, parola a lui più familiare di *«sarcitur»*. Ma può ben darsi, invece, che il verbo *cavere* fosse nell'originale, e che vi fosse proprio usato da Paolo (in luogo di *sarcire*), a causa dell'interpretazione preclassica e classica della regola, che si desume da Pomp. D. 40, 7, 21 pr.: *sic et verba legis duodecim tabularum veteres interpretati sunt 'si aqua pluvia nocet', id est 'si nocere poterit'*.

²⁸ Secondo il TONDO, *Leges regiae e paricidas*, Firenze 1973, 96: *noxiamve duplione[mve] decerni*.

è lacunoso, ma di sicura integrazione), secondo Festo (s.v. *noxia*) da Servio Sulpicio Rufo; *noxia* è il danno individuato osservando il soggetto attivo, *damnum* il danno individuato osservando il soggetto passivo²⁹. È vero che il verbo reggente è diverso: per *damnum* abbiamo l'alquanto misterioso *decidere*, per il quale è difficile scegliere un soggetto tra il giudice, il colpevole o magari la parte lesa; per *sarcire*, se questo – come pare – era il verbo tecnico delle norme, il soggetto è certo il reo o egli, se l'espressione era passiva, ne era il complemento d'agente. Ma al difuori, o anzi al disopra di queste considerazioni, i testi che possediamo concorrono tutti ad un'identica certezza; e cioè che queste sanzioni commisurate al danno, e quindi variabili, erano espresse come *damnum decidere* se la pena doveva calcolarsi in un multiplo³⁰, come *noxiam sarcire* se si trattava di una pena *in simplum*.

Quanto alla natura di queste sanzioni, dal punto di vista che ci interessa, il fatto che qui si tratti di pene variabili perché da calcolare non comporta alcun cambiamento. Si tratta sempre di norme che non creano un'obbligazione, un debito, ma una pura soggezione. Si veda come il *noxiam sarciri* possa essere previsto come una pena attenuata per l'incendio colposo rispetto alla *verberatio* (tab. 8, 10) seguita dalla morte per combustione prevista per l'incendio doloso, come essa si accompagni al *verberari* per il furto non manifesto dell'impubere (tab. 8, 14) secondo Gell. 11, 18, 8, e ancora, tanto come attenuazione di pena capitale quanto accompagnata dal *verberari*, la coppia *noxiamve duplionemve decerni* compaia nel caso delle *fruges noctu quaesitae* dell'impubere (tab. 8, 9)³¹. L'incertezza dell'ammontare doveva rendere solo più problematica la composizione, poiché in questi casi il lesa non doveva subire alcun pregiudizio ove rifiutasse l'offerta di composizione fatta dal reo, essendo suo diritto la determinazione giudiziale della pena.

Sarà la *lex Aquilia* a cambiare le cose³², come passiamo a vedere.

²⁹ Cfr. TONDO, *Leges regiae* (cit. alla nota prec.), 96. Questa tendenza, nella semantica dei due vocaboli, permane. Si vedano ad esempio: a) Tab. 12, 2 a: *Si servus furtum faxit noxiamve noxix*; Ulp. 9, 1, 1 [a proposito della *pauperies*] pr.: *quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit...* 1: *Noxia autem est ipsum delictum*; b) Paul. D. 39, 2, 3: *Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt*. Analogamente orientata è, se ben si riflette, la spiegazione di Servio a proposito di *sarcire* riportata da Fest., s.v. *sarcito* (F. 322).

³⁰ Cfr. TONDO, *Leges regiae* (cit. sopra, alla n. 28), 95 s.

³¹ Ma vedi la correzione del TONDO, menzionata sopra alla n. 28 (e la più vecchia ipotesi dello SCHOELL, citata in *FIRA I*, ad h. l.). L'ipotesi del Tondo darebbe luogo all'espressione '*noxiam duplione decerni*', ambigua nella prospettiva qui illustrata. È preferibile mantenere, nel passo di Plinio, la lettura *duplionemve*, specie se si osserva che qui la sanzione è lasciata all'*arbitrium praetoris*, che dunque avrebbe potuto decidere condannando l'impubere o alla *verberatio* e alla pena *in simplum* ovvero alla *verberatio* e alla pena *in duplum*.

³² Il carattere apodittico di questa affermazione può essere attenuato, se si considera la nostra ignoranza circa eventuali (cfr. il *sive alia quae fuit* di Ulpiano, in D. 9, 2, 1 pr.) tappe intermedie.

II. – LA LEX AQUILIA

8. – Prima di metterci a ragionare sulla *lex Aquilia*, dobbiamo compiere un'operazione delicata: ricostruirne il tenore originario. L'operazione è necessaria per orientarci nella trattazione dei nostri problemi, perché, in tutta la storia del diritto, forse mai un testo legislativo conobbe una tale disproporzione fra l'entità del testo in sé e l'entità della sua interpretazione. Anche senza pensare al fatto che la *lex Aquilia* rappresenta la matrice pressoché unica di tutta la disciplina e la dottrina della responsabilità extracontrattuale del diritto moderno, nei paesi romanisti almeno, e senza tenere conto del fatto che l'elaborazione della responsabilità contrattuale ha con ogni probabilità il suo punto di partenza, già agli inizi, nell'elaborazione della responsabilità aquiliana³³; anche senza tener conto di tutto ciò e limitandoci a considerare quel che avvenne a Roma: da un punto di vista quantitativo, alla diecina di righe del testo della legge fanno riscontro libri e libri di scritti giurisprudenziali; da un punto di vista qualitativo, ad una scarna triade – o meglio, come vedremo, quaterna – di norme (per l'esattezza, in realtà a due di tali norme) fa riscontro la costruzione di una disciplina come poche altre elaborata e complessa.

Ho detto che la *lex Aquilia* doveva comprendere una diecina di righe. Tale misura è facilmente determinabile sulla base dei passi che ce ne descrivono il testo: Gai. D. 9, 2, 2 pr. e § 1; Ulp. D. 9, 2, 11, 6; Ulp. D. 9, 2, 21 pr.; Ulp. D. 9, 2, 27, 5; Ulp. D. 9, 2, 29, 8; Gai. 3, 210; 214; 215; 217; 218³⁴, ai quali si possono aggiungere Gai. 4, 9 e Inst. 4, 3 pr.; 9; 13; 14; 15; Inst. 4, 6, 19³⁵. Ciò non significa, però, che sia possibile una compiuta restituzione testuale della *lex*: tuttavia i frammenti di frase, che ci sono noti, permettono una ricostruzione plausibile del suo tenore generale, se ci si vale – con grande oculatezza – di una almeno secolare letteratura.

Un'osservazione preliminare deve essere fatta. Se le ipotesi, che vedono nella *lex Aquilia*, come nota ai giuristi classici, l'effetto, in qualche modo, di una stratifi-

³³ Vedi CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico* (Corso, Cagliari 1967-68), Milano 1969, 306 ss. Si può aggiungere che, ancora nella storia del diritto a noi prossima, il ricorso alla struttura della responsabilità aquiliana ha svolto un ruolo importantissimo nell'impostazione e soluzione dei più diversi problemi; si vedano, ad esempio, le numerose citazioni dell'art. 1382 Code civil sparse in COING, *Europäisches Privatrecht II: 19. Jahrhundert*, München 1989 (ne elenco i luoghi verso la fine della *nota*, scritta a proposito di tale volume, che sarà pubblicata col titolo *Il diritto europeo e le codificazioni moderne* in SD 56 [1990]).

³⁴ In discussione vengono pure Gai. 4, 76; Inst. 4, 8, 4; Ulp. (Cels.) D. 9, 4, 2 (testi relativi all'*actio ex lege Aquilia* nossale); ma, come vedremo poi (alla n. 54), non è certo che essi riguardino il testo della legge.

³⁵ Vedi la rassegna dei testi in HAUSMANINGER, *Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia*³, Wien 1987, 9.

cazione³⁶, non conducono a nulla, per altro verso, la datazione precisa al 286 a.C., proposta dal Pernice nel 1867, ed ampiamente accettata, non è oggi più proponibile³⁷. La legge appartiene comunque al III sec. a.C.³⁸, e in ogni caso³⁹ a quella legislazione repubblicana, di cui il Wieacker⁴⁰ ha denunciato il mediocre livello, rispetto ai contemporanei interventi giurisprudenziali e magistratuali, anche se rispetto al carattere occasionale ed effimero dei contenuti della legislazione di quell'epoca l'autore citato sembra salvare proprio questa legge⁴¹. Questa prospettiva è assai utile: come vedremo, il tenore della legge si spiega pensando ad un autore magari non giurista, ma sensibile ai problemi giuridici e che si è consigliato, per i punti cruciali, con un giurista; che sapeva di fare una legge importante, anche se, naturalmente, non valutava certo tutta l'importanza che essa avrebbe avuto.

9. – Una seconda osservazione preliminare, che già però è in funzione ricostruttiva. Ho detto poc' anzi che la *lex Aquilia* conteneva quattro norme: ciò non contrasta col fatto che le fonti ci parlano tutte di tre *capita*. Si deve infatti osservare che in D. 9, 2, 2, 1 Gaio (7 *ed. prov.*), dopo aver esposto il testo del *caput primum*, dice: *et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset*. Da ciò si desume che la litiscrescenza dell'*actio ex lege Aquilia* era espressamente prevista, ed era prevista alla fine di tutto il testo, in una sorta di clausola generale. Questa conclusione è confortata dal fatto che Gaio stesso, nelle Istituzioni, quando si riferisce al *caput secundum*, scrive che anche l'*actio* contro l'*adstipulator* fraudolento era *in duplum*, '*quod ex lege adversus infitiantem in duplum agitur*', facendo evidentemente riferimento ad un carattere generale dell'azione basata sulla *lex Aquilia*.

³⁶ La esamina da ultimo: BIGNARDI, *Theoph.* 4, 3, 15: *ancora sulla data della lex Aquilia*, estr. (1989) da *Ann. Ferrara* (n. s., sez. V: scienze giur., vol. V), 14 ss. (p. 15 n. 27). Si legga soprattutto NÖRR, *Causa mortis*, München 1968, 124 ss. Per un panorama: BISCARDI, in *Scritti Giuffrè I*, Milano, 1967, 77 ss.; GUARINO, in *Labeo* 14 (1968), 120 s.; PUGSLEY, in *LQR* 85 (1969), 50 ss.

³⁷ PERNICE, *Zur Lehre von der Sachbeschädigung nach römischem Recht*, Weimar 1867, 11 ss. Vedi, per tutti, la critica della BIGNARDI (op. cit. alla nota precedente).

³⁸ Come conclude il NÖRR, *Causa mortis* (cit. sopra, alla n. 36), 127. Ad analoga conclusione, ma con un preciso orientamento verso una datazione nella seconda metà del secolo, giunge la BIGNARDI, op. cit., 32 ss.

³⁹ La *lex Aquilia* (menzionata da Cicerone: p. Roscio com., 11, 32; p. Tullio, 5, 11; su Brut. 34, 131 vedi il richiamo di NÖRR, *Causa mortis*, 124 n. 12) era nota ai *fundatores*, come inequivocabilmente prova Ulp. D. 9, 2, 27, 22: *Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia <te> teneri quasi rupto. <fetu(?)>. 23. Et si mulum plus iusto oneraverit et aliquid membri ruperit, Aquilia locum fore*. Ulteriore prova (se è vera la mia tesi dell'origine della nozione di colpa contrattuale da quella di colpa aquiliana: vedi sopra, n. 33) si trae da Iav. D. 24, 3, 66 pr., che contiene un responso di P. Mucio (relativo alla dote di Licinnia, e quindi da porsi intorno al 120 a. C), sul quale CANNATA, *Per lo studio* (cit. sopra, alla n. 33), 305 s. Ma probabilmente già si riferiva alla *lex Aquilia* Catone (*ensorius*) nella *oratio* citata da Gell. 6, 3, 37 (v. *infra*, n. 62).

⁴⁰ WIEACKER *Römische Rechtsgeschichte I*, München 1989, 421 s.

⁴¹ WIEACKER, *Röm. Rechtsgeschichte, I*, 419.

lia, carattere che risulta dal testo della legge ma non da una previsione speciale del secondo capo. Tutto ciò fa pensare con certezza ad una norma espressa, posta alla fine, autonoma, ma non qualificabile come *caput*, trattandosi non di una regola sostanziale, ma di un principio processuale da riferirsi a tutti i *capita* che, ciascuno, prevedono le fattispecie sanzionate.

10. – Sul tenore del primo capo non ci sono dubbi rilevanti. Anche dai riferimenti contenuti negli altri passi, possiamo dire che Gai. D. 9, 2, 2 pr. ci fornisce testualmente i *verba legis*, salva qualche modernizzazione della lingua⁴², la più importante delle quali (e l'unica desumibile da prova certa: Ulp. D. 9, 2, 11, 6) è quella della sostituzione di *'domino'* a *'ero'*. Abbiamo dunque:

Si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare ero damnas esto.

In effetti, quel che gli altri testi non confermano è solo la parte iniziale che però con la dizione *'servum servamve alienum alienamve'*, tipica ridondanza di un legislatore attento a cautelarsi contro il formalismo interpretativo, caratteristico di quest'epoca⁴³, è senza dubbio autentica. Quanto alla lettura *'quadrupedemve pecudem'*, essa è il risultato di una necessaria correzione (fondata sui Basilici) del *'quadrupedem vel pecudem'* della fiorentina, e corrisponde per altro assai bene ai passi interpretativi, in primo luogo a Gai. 3, 210⁴⁴.

Quanto al secondo capo, la nostra sola fonte è Gai. 3, 215, poiché tanto il digesto (Ulp. D. 9, 2, 27, 4, con ogni probabilità interpolato per soppressione), quanto le istituzioni giustiniane (Inst. 4, 3, 12) si limitano ad informarci della sua desuetudine, senza indicarcene il contenuto. Gaio invece lo parafrasa, lasciando presumere un testo del tenore seguente:

si adstipulator pecuniam in fraude stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tantum aes stipulatori dare damnas esto.

Devo dar ragione del fatto, che preferisco seguire la parafrasi di Gaio su di un punto: che qui egli formula il valore, che deve costituire il punto di riferimento

⁴² Vedi NÖRR, *Causa mortis* (cit. sopra, alla n. 36), 125 con la n. 15; in generale sul problema della modernizzazione del testo vedi anche NÖRR, *Texte zur lex Aquilia*, in *Iuris professio. Festgabe Kaser*, Wien-Köln-Graz 1986, 214. La mia ricostruzione coincide per altro con quella proposta in BRUNS, *Fontes*⁷ (e già nelle edizioni precedenti). L'inizio *'si quis'* (cfr. Gai. 3, 210) è preferibile a *'qui'* (che risulterebbe da D. 9, 2, 2 pr.) per l'omogeneità con quanto risulta per i capi secondo e terzo. Per l'inserzione di *'id'* dopo *'quanti'*, cfr. Ulp. D. 9, 2, 21 pr. (che non riporta il testo, ma sembra parafrasarlo parola per parola, in relazione al solo caso dello schiavo).

⁴³ Cfr. SCHULZ, *Geschichte der röm. Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 36 con la n. 15.

⁴⁴ Cfr. già la Glossa, che (gl. *vel pecudem ad h. l.*) notava: *'vel pro id est'*.

(*quanti*) per la condanna (*tantum aes*; in Gai. 3, 215: *tanti*) usando il verbo al presente. Cioè, qui abbiamo: *quanti ea res est, tantum aes*. mentre nel primo capo avevamo: *quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes*. A questo proposito, si deve fare attenzione ad una cosa: nel primo capo, il riferimento di base è fatto al valore di cose, che sono state eliminate. Ora, quando il legislatore precisa il riferimento come quello al «maggior valore dell'anno che ha preceduto l'eliminazione», egli compie una scelta di politica legislativa; ma in quanto egli si riferisce ad un tempo precedente l'eliminazione della cosa (cioè ad un tempo che «*fuit*»), egli obbedisce ad un'imprescindibile esigenza tecnica: il riferimento al valore di una cosa perita non può essere che formulato al passato, per alludere ad un momento precedente la soppressione della cosa. A partire dal momento dell'atto sanzionato, infatti, la cosa – lo schiavo o l'animale – hanno perso il valore utile al riferimento.

Nel caso del capo secondo, le cose si presentano diversamente. Qui il riferimento può benissimo non essere fatto al valore del credito precedente l'estinzione, ma al valore dell'*acceptilatio*; si direbbe anzi che il riferimento a quest'ultima sia il solo corretto, perché l'*acceptilatio* può esser stata fatta per parte del credito, e quindi il valore dell'atto fraudolento da sanzionare sarà più ristretto di quello del credito. Con le parole '*quanti ea res est*' il riferimento è da intendersi fatto all'*acceptilatio* fraudolenta, e più precisamente alla quantità di credito che, in forza dell'*acceptilatio*, risulta (attualmente) soppressa.

11. – Passiamo così al terzo capo, la ricostruzione del quale, che deve partire da Ulp. D. 9, 2, 27, 5, è – come noto – assai problematica. Tuttavia le considerazioni che ho poco fa svolte forniscono un argomento in più, se ce ne fosse bisogno dopo la messa a punto di H. Ankum, per stabilire che anche qui, come nel primo capo, il riferimento al tempo del valore della cosa era al passato, e cioè fatto con le parole «*quanti ea res fuit in diebus triginta proximis*», secondo quanto si legge non in D. 9, 2, 27, 5 (che ha '*erit*'), ma in D. 9, 2, 29, 8. Infatti, il terzo capo prevede senza dubbio (almeno «anche») dei casi di distruzione di certe cose, sicché un generale riferimento ad un valore futuro non potrebbe reggere. Questa certezza ci permette di lasciar da parte una nutrita letteratura, inaugurata dal Daube nel 1936⁴⁵ e conclusa – come già accennavo – dall'Ankum nel 1983⁴⁶.

Quanto allo stesso punto del terzo capo, sappiamo anche che la parola '*plurimi*'

⁴⁵ DAUBE, *On the third Chapter of the lex Aquilia*, in *LQR* 52 (1936), 253 ss. Già però era accettata la lezione '*erit*' nei *Fontes* di BRUNS, a partire almeno dalla quarta edizione (1879).

⁴⁶ ANKUM, *Quanti ea res erit in diebus xxx proximis dans le troisième chapitre de la lex Aquilia: un fantasma florentin*, in *Mél. Ellul*, Paris 1983, 171 ss. Posso aggiungere che nel manoscritto fiorentino delle Pandette (vedi sopra, alla n. 27) l'*erit* di D. 9, 2, 27, 5 è poco chiaro e pare aver subito una correzione.

manca nella *lex*: e ciò per testimonianza diretta dell'*interpretatio* classica. Si veda soprattutto Gai. 3, 218, con il parere di Sabino⁴⁷.

12. – Ma il terzo capo presenta un ulteriore problema. La dottrina romanistica è in genere orientata a ritenere che il testo offerto da Ulpiano in D. 9, 2, 27, 5, benché introdotto con le parole «*tertio autem capite ait eadem lex Aquilia*», non riporti testualmente il tenore della legge, ma ne costituisca una parafrasi. Per vero, se si prescinde dalla correzione in *fuit* dell'*erit* che si legge qui (e di cui si è detto) e dalla sostituzione di 'ero' a 'domino'⁴⁸, nessun dubbio sensato può toccare né l'espressione «*si quis alteri damnum faxit*», sia per l'arcaico *faxit*, che ne costituisce il perno grammaticale, sia per la generale simiglianza dell'enunciato con quello della norma decemvirale sull'*iniuria* (tab. 8, 4); né le parole «*quod usserit, fregerit, rupe-rit iniuria*», ampiamente confermate dalla giurisprudenza interpretativa (basta citare Gai. 3, 217 e, per esempio, Ulp. D. 9, 2, 27, 6; 13; 16; 22); né le parole che seguono, «*quanti ea res fuit in diebus triginta proximis*» (che, appunto, abbiamo già illustrate) e «*tantum aes <ero> dare [domino] damnas esto*», che corrispondono all'espressione parallela del primo capo.

Il dubbio riguarda solo le parole iniziali «*ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos*», che quasi unanimemente⁴⁹ si considerano come un'aggiunta, magari di Ulpiano stesso, destinata a chiarire, introduttivamente, il senso del terzo capo mediante l'addizione al testo di una proposizione interpretativa. Le parole aggiunte significherebbero dunque «negli altri casi, cioè al di fuori di quelli dell'uccisione dello schiavo e della *pecus*» ed avrebbero la funzione di riallacciare il terzo capo al primo, col particolare scopo di evidenziare che il ferimento di schiavo e *pecus* rientrava nelle previsioni del capo terzo. Anch'io credo che le cose stiano sostanzialmente così, ma con una differenza, che ne rende più evidente un aspetto, comunque necessario. Se le parole «*praeter hominem et pecudem occisos*» costituiscono senz'altro un'aggiunta interpretativa, le parole «*ceterarum rerum*» devono invece essere attribuite al testo originale⁵⁰. Esse costituiscono pur sempre un collegamento del terzo capo al primo, ma – dovendosi così intendere *res* non come 'caso', ma come 'cosa' – «*ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit*» viene a significare che nel terzo capo si parla del danno a cose di-

⁴⁷ Sul quale vedi da ultimo BIGNARDI, op. cit. sopra, alla n. 36, p. 8 ss.

⁴⁸ In analogia con quanto si è stabilito, per il primo capo. Il testo che impone questa conclusione (D. 9, 2, 11, 6) sembra da riferire, nel contesto originale del libro 18 *ad ed.* di Ulpiano, al solo *caput primum* (cfr LENEL, *Pal.* II, 524 num. 615); ma l'argomento vale certo per tutta la legge.

⁴⁹ Le conserva, invece il NÖRR, *Texte* (cit. sopra, alla n. 42), 213 ss. (con lett. in part. a p. 215). Anche NÖRR, *Causa mortis* (cit. sopra, alla n. 36), 124 s. n. 13. Vedi ancora qui, alla n. 50.

⁵⁰ Come si fa nei *Fontes* del BRUNS (a partire almeno dalla quarta edizione), sulla base di PERNICE, *Zur Lehre* (cit. sopra, alla n. 37), 14; cfr. PUGSLEY, *Americans are aliens*, Exeter 1989, 50 (ma non condivido la traduzione «in all other cases»).

verse da quelle viste nel primo⁵¹, e cioè che qui di schiavo e *pecus* non si parla più.

Abbiamo dunque, in sostanza, il testo seguente:

Ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fuit in diebus xxx proximis, tantum aes ero dare damnas esto.

Il ferimento di schiavi e *pecudes* non era dunque originariamente previsto nel terzo *caput* della *lex Aquilia*: e ciò concorda con un altro fatto, a mio parere evidente, e che solo la tradizione dell'*interpretatio* ha occultato. La precisazione – ancora ridondante in funzione di una tutela della legge contro il formalismo interpretativo, ma che questa volta rivela la mano insicura del non giurista, rischiando di ottenere l'effetto opposto – «*quod usserit, fregerit, ruperit*» fa ancora, come nel primo capo, allusione ai danni consistenti nell'eliminazione totale della cosa (dal punto di vista economico), e non ad un suo semplice deterioramento.

13. – Questa conclusione è sicura, ed è confermata da una circostanza, che serpeggia come problema nella letteratura romanistica: anche nel terzo capo, che dovrebbe riferirsi pure ai deterioramenti, la pena è enunciata come corrispondente al valore totale della cosa. Quando si dice che qui il valore totale della cosa doveva costituire semplicemente il parametro per calcolare la diminuzione di valore corrispondente al danno, si enuncia il pensiero della giurisprudenza, quale esso fu elaborato quando la giurisprudenza stessa estese il terzo capo a coprire le ipotesi di deterioramento⁵²; ma il testo della *lex Aquilia* non prevedeva di per sé nulla di tut-

⁵¹ Vedi i testi citati alla nota precedente.

⁵² Il che avvenne certo in relazione all'impiego del criterio dell'*id quod interest* per il calcolo della condanna nell'azione aquiliana, che risale almeno a Labeone: cfr. ANKUM, *El carácter jurídico de la actio legis Aquiliae en el derecho romano clásico*, estr. da *Rev. Iur. de Asturias*, 10-11 (1987-88), 4 s.; 8 s. È ben vero che la maggior parte della casistica testimoniata riguarda casi di cose distrutte (in ipotesi ove una condanna al valore venale dell'oggetto perito – schiavo o animale, testamento etc. – sarebbe stata insufficiente), ma non mancano testi in cui si parla del danneggiamento, come Paul. D. 9, 2, 24: si veda VOCI *Risarcimento e pena privata del diritto romano classico*, Milano 1939, 66 ss.; MEDICUS, *Id quod interest*, Köln-Graz 1962, 238 ss. Interessanti sono soprattutto alcuni testi relativi all'*actio utilis*, come: Marcell. D. 20, 1, 27: ... *ubi autem eluscasset, quasi damni iniuriae dabimus actionem* [al creditore pignoratizio] *ad quantum interest* (passaggio che, anche se in un contesto rimaneggiato, contiene certo una soluzione classica; *contra*: ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, in APal. 21 [1960], 312 ss.) Ulp. D. 5, 2, 7 pr. A proposito di quest'ultimo testo noterò di passaggio che ha torto l'ANKUM (*El carácter*, 10 ss.) a negare che i giuristi (tardo) classici ammettessero la computazione delle spese mediche sostenute dal danneggiato per le cure prestate allo schiavo (o figlio nell'azione utile) ferito. Ulp. Coll. 2, 4, 1 (su cui l'autore fa perno) dice altra cosa, e cioè che non si può agire *ex lege Aquilia* solo per i *sumptus in salutem eius et sanitatem facti* se manca il danno allo schiavo come tale (*si pretio quidem non sit deterior factus servus*), perché allora l'azione appropriata è l'*actio iniuriarum* (cfr. VOCI, *Risarcimento*, 74). In sostanza, dunque, l'esistenza di una diminuzione del valore dello schiavo offeso rappresenta il criterio discretivo per la scelta dell'azione (*iniuriarum, ex lege Aquilia*), nella quale poi

to ciò. E si pensi, fra l'altro, che, se il ferimento di uno schiavo fosse stato originariamente previsto nel terzo capo, prima che la giurisprudenza arrivasse a calcolare il danno secondo l'interesse del danneggiato, uccisione e ferimento dello schiavo avrebbero dato luogo alla stessa condanna nella maggior parte dei casi⁵³.

Con ciò si spiega anche perché nel terzo capo mancava la parola '*plurimi*' e perché, come ci informa Gaio (Gai. 3, 218), una controversia giurisprudenziale conclusa da Sabino si accese intorno all'opportunità di considerare il '*plurimi*' come sottinteso nel contesto del terzo capo. Secondo il testo originario, che prevedeva solo la distruzione della cosa, il terzo capo, con le parole «*quanti ea res fuit in diebus triginta proximis*» faceva unicamente allusione al valore della cosa prima che questa fosse distrutta; gli «ultimi trenta giorni» rappresentavano il lasso di tempo – breve ma sufficiente – al quale l'istruzione probatoria avrebbe potuto riferirsi per la determinazione del valore, supposto – in tale lasso – costante. Variazioni di valore erano prese in considerazione solo per schiavi e *pecudes*. Ma, quando la giurisprudenza applicò il terzo capo ai deterioramenti, e specialmente ai deterioramenti di schiavi e *pecudes*, l'esigenza di analogia fra i due criteri (quello del primo e quello del terzo capo) si fece sentire. Data la forza normativa del testo, non si poteva estendere al terzo capo il lasso di tempo previsto nel primo: ma quel minimo, dell'estensione del «*plurimi*», poteva essere fatto⁵⁴.

14. – Se quanto abbiamo osservato finora è vero, la *lex Aquilia* era stata concepita come una legge assai semplice: non, comunque, con quel contenuto da *höhe Jurisprudenz*, quale esso fu elaborato appunto dalla *höhe Jurisprudenz*, che se ne

l'entità delle spese sarà fatta valere. L'interpolazione (certa) del corrispondente passo del digesto (D. 9, 2, 27, 17) ha come sola conseguenza il fatto che in diritto giustiniano un danno concretatosi nelle sole spese mediche doveva (o poteva) essere perseguito con l'*actio ex lege Aquilia* invece che con l'*actio iniuriarum*.

⁵³ Si leggano le considerazioni del VOGLI, *Risarcimento* (cit. alla nota precedente), 67 s. Dire, come fa l'ANKUM (*El carácter*, cit. ivi, 4), che il capo terzo della legge non riguardava che le lesioni gravi, non fa che complicare le cose. Le fonti, d'altronde, non contengono traccia di una discussione (in tal caso necessaria) relativa alla determinazione di una nozione di «lesione grave».

⁵⁴ Il testo della legge, dopo i tre *capita* che abbiamo ricostruiti, conteneva le norme processuali. Certo la prima era quella di cui già ho detto al paragrafo 9, che prevedeva la litiscrescenza *adversus infitiantem* (da Gai. 9, 2, 2, 1 si desumerebbe un testo del tipo: *adversus infitiantem in duplum actio esto*; la congettura del PUGSLEY, *Americans* [cit. sopra, alla n. 50], 49, che propone '*si inficiet poena dupli esto*' tanto per tab. 6, 2 quanto per la *lex Aquilia*, non mi pare conveniente per quest'ultima perché la clausola aquiliana deve rifarsi all'*actio*). Resta da stabilire se la legge contenesse una seconda norma processuale, con la previsione esplicita dell'*actio noxalis* (precisamente: dell'*actio in solidum*, diretta, contro il *dominus sciens* e dell'azione nossale se il servo ha agito *insciente domino*) come parrebbe dedursi da Gai. 4, 76 e soprattutto da Ulp. Cels. D. 9, 4, 2, 1. Vedi in part. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, Leipzig 1927, 199 n. 5 (contro BIONDI, *Actiones noxales*, Cortona 1925 [= APal. 10], 341); cfr. ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, in *BIDR* 70 (1967), 126 ss.; NÖRR, *Causa mortis* (cit. sopra, alla n. 36), 124 n. 12. Anche se gli indizi a favore della soluzione positiva sono forti, il punto resta problematico.

servì come punto di partenza per una delle costruzioni più elevate del diritto privato. Essa prevedeva un'obbligazione (vedremo fra poco che qui precisamente di un'obbligazione si tratta) a pagare il valore della cosa ad un soggetto che l'avesse perduta, a carico di chi ne avesse provocata la perdita, in una serie di casi nei quali il danneggiato non disponesse di altra azione.

Nel secondo capo, la cosa perduta era un credito, e non vi era azione perché la perdita del credito non era dovuta al debitore. Questo secondo capo aveva già l'aria, nella redazione originaria della *lex*, di un'introduzione posticcia, ed esso ebbe poca storia perché, come si desume da Gai. 3, 215 (mettendo una pezza sull'errore di prospettiva storica contenuto nel testo gaiano), Ulp. D. 9, 2, 27, 4 e Inst. 4, 3, 12, l'introduzione dell'*actio mandati* lo rese inutile e fece presto cadere in desuetudine.

Nel primo e terzo capo il soggetto protetto è il proprietario, e per questo l'*actio ex lege Aquilia* entrò nell'editto pretorio fra i rimedi a tutela della proprietà. Il proprietario fu tutelato in questo modo perché altrimenti sarebbe rimasto privo di tutela: la *rei vindicatio* esigeva l'esistenza attuale della cosa, la *condictio* non esigeva la sua esistenza attuale⁵⁵, ma pur sempre supponeva un suo passaggio nel possesso materiale del convenuto, che potesse fondare l'obbligo di restituirla; in certi casi sarebbe potuta risultare utile una qualche azione penale, fra quelle previste dalle dodici tavole, e soprattutto l'*actio furti* nella sua interpretazione estensiva. Ma nell'*actio furti* (come nella più gran parte delle altre eventuali azioni) la condanna del convenuto era subordinata all'accertamento del suo dolo; mentre la *lex Aquilia* parlava solo dell'*iniuria*, riducendo l'illiceità all'antigiuridicità del fatto⁵⁶ ed offrendo così una tutela più ampia. La scelta del termine *iniuria* è certo voluto: l'autore della legge, preoccupato, come sappiamo, di salvaguardare il suo testo dal formalismo interpretativo, non ha certo scritto *iniuria* per dire dolo⁵⁷ e certo si è consigliato con un giurista nella scelta – tanto feconda di conseguenze – di questo termine.

15. – Ho già detto poc'anzi che la prestazione prevista dalla *lex Aquilia*, di pagare al proprietario il valore della cosa, è oggetto di obbligazione. Si tratta – e si trattava fin dall'origine – di un'obbligazione vera e propria, cioè di un rapporto costruito volontariamente ed espressamente dal legislatore secondo questa struttura.

La forma usata per enunciare la sanzione, tanto nel primo quanto nel terzo capo (e possiamo facilmente presumerla analoga anche per il secondo capo) è «*tantum aes domino dare damnas esto*», con le parole *damnas esto* mutuate dalla forma del legato *per damnationem*, che a quest'epoca rappresentava certo già una struttura obbligato-

⁵⁵ Cfr. Gai. 2, 79 in fine.

⁵⁶ Vedi, con maggior precisione, CANNATA, *Per lo studio* (cit. sopra, alla n. 33), 307 s.

⁵⁷ Sulla scia del BINDING, *Die normen und ihre Übertretung* II, 2, Leipzig 1916, 50 s., professava invece quest'idea (anche se con un discorso più complesso e raffinato) l'ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*² (rist.), Napoli 1958, 226 s. Vedi anche KASER, *Das röm. Privatrecht* I², 161 (lett. alla n. 62).

ria, analoga alla *stipulatio*. Dire, come spesso si fa⁵⁸, che la forma *damnas esto* doveva servire al legislatore per introdurre la possibilità della *manus iniectio* contro il reo, non cambierebbe molto le cose; ma è comunque inesatto. Nessun indizio ci resta di una soggezione diretta del convenuto *ex lege Aquilia* alla *manus iniectio*⁵⁹, e nessun argomento in questo senso può essere tratto dalla litiscrescenza *contra infitiantem*, poiché essa non proviene direttamente dal *damnas esto*, ma era, come abbiamo visto sopra, disposta espressamente dalla legge in una clausola generale, alla fine.

Depurato di questo scopo pratico, il richiamo alla struttura del legato, contenuto nelle parole *damnas esto*, appare veramente un puro richiamo al modello di una struttura obbligatoria. Si può veramente figurarsi il legislatore, il tribuno Aquilio, su questo punto ancora solidamente consigliato da un giurista, che consapevolmente vuol scegliere per la sanzione la struttura tecnica dell'obbligazione, e che per far ciò ha due modelli chiari ai quali rifarsi: quello della *sponsio* e quello della *damnatio* testamentaria; ma che esclude il primo, per la difficoltà di esprimere il richiamo relativo, che nella legge non potrebbe essere realizzato se non nella veste inelegante di una finzione («*tantum aes domino dare oporteat, ac si id domino promississet*»), e forse anche per non lasciare che la sanzione dei rapporti che regolava cadesse semplicemente nell'ambito di un'azione astratta come la *condictio*.

16. – Quest'ultima allusione mi proviene da un ulteriore problema. La *lex Aquilia* è sempre stata intesa, da tutta la giurisprudenza che noi conosciamo, come una legge penale. Più esattamente, l'*actio ex lege Aquilia* è stata considerata un'azione penale. La giurisprudenza classica impiegò anzi notevoli forze per superare in pratica certe conseguenze – considerate inique – di questa qualifica, alla quale essa non si poteva sottrarre per la forza di una tradizione del *ius civile* che non poteva non essere rispettata⁶⁰. Ma, nella mente del legislatore, la *lex Aquilia* era già vera-

⁵⁸ Sul punto v.: ARANGIO-RUIZ, *Rariora*, Roma 1946, 218 ss.; LIEBS, in *ZSS* 85 (1968), 224 ss.; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 95 n. 8; *ZSS* 100 (1983), 114 s.; anche J. PAOLI, *Lis infitiano crescit in duplum*, Paris 1933, 95 ss. Su '*damnas esto*' in generale BROGGINI, *Iudex arbitere*, Köln-Graz 1957, 64 ss.; 105 ss., 148 ss.; MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in *RIDA* 3^e s., 27 (1980), 205 ss.; SELB, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des iudex in der legis actio*, in *Gedächtnisschrift Kunkel*, Frankfurt, 1984, 418 ss. (anche l'articolo del LIEBS cit. sopra).

⁵⁹ Un forte indizio negativo è invece rappresentato dalla circostanza che la *solutio per aes libram* non era adatta ad estinguere l'obbligazione generata dall'illecito aquiliano: Gai. 3, 173-175. La più interessante fra le posizioni degli autori citati alla nota precedente è quella del Kaser, che interpreta Gai. 9, 2, 2, nel senso che il pr. alluda alla *manus iniectio* contro il *confessus* e il § 1 all'*actio* (di cognizione) contro l'*infitiants*.

⁶⁰ L'insieme di questi sforzi può vedersi nello spazio ideale determinato, agli estremi, da due testi: Paul. D. 19, 2, 43 (su cui CANNATA, *Per lo studio*, cit. sopra, alla n. 33, p. 288 ss.) e Iul. D. 9, 2, 51, 2 (specie da «*quod si quis absurde*», su cui NÖRR, *Causa mortis*, cit. sopra, alla nota 36, p. 188 [181 ss.]). Vedi anche Ulp. D. 6, 1, 13; Paul. D. 44, 7, 34, 2. Cfr. ancora *infra*, alla n. 63.

mente una legge penale? O è vero piuttosto, come afferma il Cardascia⁶¹, che «dans sa teneur originelle la loi Aquilia n'avait aucun caractère pénal»?

Non so se questo problema sia solubile, e comunque io non saprei risolverlo⁶². Ma una cosa ritengo certa: che da quando – sia, dunque, dal momento della promulgazione, ovvero per opera della successiva *interpretatio* – l'*actio ex lege Aquilia* fu considerata un'azione penale e dunque il danneggiamento aquiliano un delitto, ci si trovò di fronte ad una struttura del tutto nuova di delitto: e cioè un delitto non più sanzionato con la soggezione ad una pena pecuniaria, bensì sanzionato mediante l'attribuzione al reo dell'obbligazione di pagare una somma di denaro⁶³; un delitto, che è individuato come fonte di obbligazione. È questa l'*obligatio ex delicto*; e l'illecito aquiliano ne rappresenta il primo tipo noto.

La sua presenza attrasse nella stessa categoria, dommaticamente, anche il furto; l'*iniuria*, nella specie protetta dall'azione formulare in *bonum et aequum*, fu pure costruita così. L'evoluzione medievale e moderna hanno ricondotto al punto di partenza: con la responsabilità aquiliana (arricchita un poco nel suo contenuto) che si identifica, in modo esclusivo, con l'obbligazione da illecito: nei diritti di tradizione romanista, almeno.

⁶¹ CARDASCIA, *La portée primitive de la loi aquilia*, in *Daube noster*, Edinburgh-London 1974, 63. Su tutto il problema, vedi da ultimo l'insieme del contributo dell'ANKUM, *El carácter*, più volte citato (sopra, n. 52).

⁶² Il problema sarebbe invero risolto, nel senso dell'originale carattere penale della *lex Aquilia*, ove si ammettesse che questa prevedeva espressamente l'azione nossale: vedi sopra, alla n. 54. Da Gell. 6, 3, 37 si desume, per altro, che già Catone considerava '*tantum damnas esto*' come espressione legislativa dell'irrogazione di una pena, alla stregua di '*mille multa esto*' e '*tanta poena esto*': cfr. NÖRR, *Causa mortis* (cit. sopra, alla n. 36), 125 n. 17.

⁶³ Anche quando il contenuto di questa obbligazione sarà concepito come risarcimento del danno, la giurisprudenza non ne smarrì il carattere punitivo, e cioè strettamente penale: per i giuristi romani si trattava, insomma, di atti puniti con l'obbligo di risarcire il danno. Donde le conseguenze della cosiddetta solidarietà cumulativa (v. ad es. Ulp. D. 9, 2, 11, 1-4, in part. il § 2, e D. 47, 1, 2, 3 e 6, in relazione alla regola enunciata nel pr.) e dell'intrasmissibilità passiva dell'azione (Gai. 4. 112; Ulp. D. 9, 2, 23, 8).

Finito di stampare nel mese di luglio 2011
nella Stampatre s.r.l. di Torino - via Bologna, 220