



CENTRO DI ECCELLENZA IN DIRITTO EUROPEO
“GIOVANNI PUGLIESE”

CARLO AUGUSTO CANNATA

SCRITTI SCELTI DI DIRITTO ROMANO

Volume II

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 II

a cura di

LETIZIA VACCA



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2012 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

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

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-1946-3

Composizione: Compograf - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le 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, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

pag.

VOLUME II

SUL TESTO ORIGINALE DELLA <i>LEX AQUILIA</i> : PREMESSE E RICOSTRUZIONE DEL PRIMO CAPO	1
IUL. D. 41, 1, 36: UNA «INTERPOLAZIONE OCCASIONALE»	23
<i>TIBERIUS CORUNCANIUS, QUI PRIMUUS PUBLICE PROFITERI COEPIIT</i> . L'INIZIO DELL'INSEGNAMENTO PUBBLICO DEL DIRITTO	31
UNA CASISTICA DELLA COLPA CONTRATTUALE	43
GIUSTINIANO RAVENNATE	65
« <i>PERPETUATIO OBLIGATIONIS</i> »	71
1. Premessa	71
2. Il problema	71
3. « <i>Perpetuatio obligationis</i> »: a) La regola	73
4. (<i>Segue</i>). b) La portata della regola: ' <i>per debitore, stare</i> '	74
5. (<i>Segue</i>). c) La portata della regola: ' <i>perpetuatur obligatio</i> '	75
6. (<i>Segue</i>). d) La responsabilità del debitore	76
« <i>QUI PRIOR VINDICAVERAT</i> »: LA POSIZIONE DELLE PARTI NELLA « <i>LEGIS ACTIO SACRAMENTO IN REM</i> »	79

	<i>pag.</i>
LABEONE E IL CONTRATTO	91
CONSIDERAZIONI SUL TESTO E LA PORTATA ORIGINARIA DEL SECONDO CAPO DELLA « <i>LEX AQUILIA</i> »	119
« <i>QUANDO IN IURE TE CONSPICIO</i> »	131
I. LA FRASE E I PROBLEMI CHE SUSCITA	131
II. I MODI DELL'INTERVENTO DELL' <i>AUCTOR</i>	133
III. LA PROCEDURA E IL RUOLO PROCESSUALE DELL' <i>AUCTOR</i>	134
« <i>TRADITIO</i> » CAUSALE E « <i>TRADITIO</i> » ASTRATTA: UNA PRECISAZIONE STORICO-COMPARATISTICA	141
1. Premessa	141
2. La nozione romana di « <i>iusta causa traditionis</i> »	142
3. La « <i>traditio pro soluto</i> »	143
4. Trasferimento causale e trasferimento astratto; dal diritto romano al diritto moderno: a) equivoci medioevali sulla dottrina romana	145
5. <i>Segue</i> : b) la “causa putativa”	147
6. <i>Segue</i> : c) dalla “causa putativa” alla <i>traditio</i> astratta	148
7. <i>Segue</i> : d) la situazione nelle codificazioni moderne	149
SUL TESTO DELLA <i>LEX AQUILIA</i> E LA SUA PORTATA ORIGINARIA	153
I. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI	153
1. La <i>lex Aquilia</i> come punto di partenza	153
2. Sulla data della <i>lex Aquilia</i>	158
II. IL TESTO DELLA LEGGE E LA SUA PORTATA ORIGINARIA	160
1. Il testo originale della <i>lex Aquilia</i>	160
2. Carattere penale della legge e dell'azione su di essa basata	161
3. “Iniuria” e colpevolezza del comportamento dannoso	162

	<i>pag.</i>
4. Originalità del secondo capo	169
5. Sulla portata originaria del terzo capo	170
6. L'obbligazione da fatto illecito extracontrattuale	179
 LE DISAVVENTURE DEL CAPITANO J.P. VOS	 183
 DER VERTRAG ALS ZIVILRECHTLICHER OBLIGIERUNGSGRUND IN DER RÖMISCHEN JURISPRUDENZ DER KLASSISCHEN ZEIT	 225
I. Q. MUCIUS UND DIE VORBENDINGUNGEN (D. 46, 3, 80)	226
II. LABEO UND DER VERTRAG ALS GENUS DES OBLIGATORISCHEN RECHTSAKTS (D. 50, 16, 19)	229
III. PEDIUS UND DIE WILLENSÜBEREINSTIMMUNG (D. 2, 14, 1, 3)	233
 IL TERZO CAPO DELLA <i>LEX AQUILIA</i>	 239
 LEGISLAZIONE, PRASSI, GIURISPRUDENZA E DOTTRINA DAL XVIII AL XX SECOLO COME PREMESSE PER L'AVVENIRE DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO	 275
I. LE CONDIZIONI GENERALI	275
1. <i>Ius commune</i>	275
2. L'unità della scienza giuridica	278
3. La crisi del diritto comune	279
II. LE CODIFICAZIONI DI DIRITTO NATURALE	281
4. Il diritto codificato	281
5. Le codificazioni e la fine dell'unità della scienza giuridica	284
III. DOTTRINA E CODIFICAZIONE IN GERMANIA	286
6. La scuola storica tedesca e il <i>BGB</i>	286
IV. SEPARAZIONE E RAVVICINAMENTO	288
7. Costatazione della fine dell'unità della scienza giuridica	288

	<i>pag.</i>
8. Limiti del particolarismo sul piano del diritto positivo	289
9. Contatti e sinergie dei modelli scientifici	290
10. La scienza del diritto comparato	296
V. CONCLUSIONE	297
11. Una prospettiva	297
CONTRATTO E CAUSA NEL DIRITTO ROMANO	301
I. LO STATO DELLA QUESTIONE	301
1. La categoria generale di contratto e l'azione contrattuale generale: l'interpretazione delle fonti romane	301
2. Le nozioni della giurisprudenza classica: a) l'azione contrattuale generale	309
3. (<i>segue</i>): b) la nozione generale di contratto	312
II. LA CAUSA COME ELEMENTO DELLA FATTISPECIE CONTRATTUALE	313
1. Il riferimento alla causa in Aristone	313
2. Originalità dell'impiego di "causa" nel linguaggio tecnico di Aristone	320
III. CONCLUSIONI	322
1. " <i>Causa contractus</i> ": una dottrina smarrita e ritrovata	322
LO SPLENDIDO AUTUNNO DELLE DUE SCUOLE	327
1. Premessa	327
1.1. Aristone, Celso e Giuliano	334
2. Diritto e scienza giuridica	340
3. La dommatica	341
3.1. Strutture dommatiche e nominalismo dei dogmi, sistematica e ordine della materia	341
3.2. Un esempio di analisi dommatica di Celso	344
4. L'economicità del diritto	349
5. Conclusione	352

	<i>pag.</i>
DIRITTO GIURISPRUDENZIALE E DIRITTO CODIFICATO	355
IUS ALTIUS TOLLENDI	359
SATURNINUS	373
PROFILI ROMANISTICI	385
1. Premessa	385
2. Ulp. D. 16, 3, 1, 11	385
3. Ner. D. 2, 11, 14	387
4. Ulp. Serv. Tub. D. 19, 1, 13, 30	390
5. Ner. D. 19, 1, 31, 2	393
6. Iul. D. 21, 2, 39 pr.	396
7. Paul. 34 <i>ad ed.</i> , D. 19, 2, 24, 1	399
QUALCHE CONSIDERAZIONE SULL'AMBIENTE DELLA GIURISPRUDENZA ROMANA AL TEMPO DELLE DUE SCUOLE	401
1. Premessa	401
2. Il giurista e la sua scienza	404
3. L'autonomia dell'argomentare giuridico	409
4. Sul carattere positivo del diritto	413
5. L'insegnamento del diritto	417
6. I personaggi del mondo del diritto	430
QUOD VETERES CONSTITUERUNT Sul significato originario della ' <i>Perpetuatio obligationis</i> '	439
LA COSIDDETTA 'CONSULTATIO VETERIS CUIUSDAM IURISCONSULTI'	455
1. Introduzione	455
2. L'aspetto del testo	458
2.1. Cons. 4-5-6	459

	<i>pag.</i>
2.2. Cons. 7a	462
2.3. Cons. 1-2-3	465
2.4. Gli altri pareri	468
2.5. Cons. 8, 1	470
2.6. L'elenco di testi in Cons. 9	472
3. Sulla natura della <i>Consultatio</i>	476
4. La datazione	485
5. Considerazioni finali	498
<i>IURA CONDERE</i>	
IL PROBLEMA DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO FRA TRADIZIONE GIURISPRUDENZIALE E <i>AUCTORITAS PRINCIPIS</i>	507
1. <i>Iura condere</i>	507
2. <i>Ius respondendi</i>	509
3. Gai. 1, 7	511
4. Pomp. D. 1, 2, 2, 48-50	512
5. <i>Ius controversum</i> e certezza del diritto	517
6. Conclusioni	520
<i>CUM ALTERIUS DETRIMENTO ET INIURIA FIERI LOCUPLETIOREM</i>	
L'ARRICCHIMENTO INGIUSTIFICATO NEL DIRITTO ROMANO	533
1. Premessa	533
2. Il pagamento d'indebito	536
3. Il principio dell'arricchimento ingiustificato	539
4. D. 12, 5, 6 e la <i>condictio ob iniustam causam</i>	544
5. Le attribuzioni sfornite di causa	547
6. Lo schema <i>sine causa, causa non secuta, causa finita</i> e le <i>datationes ob rem</i>	552
7. Il sistema dell'arricchimento come sistema di negozi d'attribuzione	558
8. Le deroghe casistiche	563
9. Conclusione	566
'EXCEPTIO DOLI GENERALIS' E DIRITTI REALI	571
1. Premessa	571
2. La casistica in materia di diritti reali dell' <i>exceptio doli generalis</i> presente nelle fonti romane	574

	<i>pag.</i>
3. Alcuni casi in materia di proprietà	575
4. L'impiego dell' <i>exceptio doli</i> per permettere al possessore di buona fede, convenuto con la <i>rei vindicatio</i> dal proprietario, di far valere nel giudizio la sua pretesa al rimborso delle spese utili effettuate	579
5. Alcuni testi in materia di servitù prediali	588
6. Un testo in materia di usufrutto	592
7. Un testo in materia di pegno e uno che probabilmente riguardava la <i>fiducia cum creditore</i>	593
8. Come conclusione	597
GIOVANNI PUGLIESE A DIECI ANNI DALLA SUA SCOMPARSA	 601
QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI “ <i>NOMINA TRANSSCRIPTICIA</i> ”	613

SUL TESTO ORIGINALE DELLA *LEX AQUILIA*: PREMESSE E RICOSTRUZIONE DEL PRIMO CAPO *

SUMMARIUM. – Cum legem Aquiliam iurisconsulti classicae aetatis explicabant vel interpretabantur, ante oculos verba eius habebant, quae plebs Aquilio tribuno rogante scivit. Quae in Iustiniani imperatoris digestis scripta continentur nec non Gaii institutiones forsitan textum illud exactiori quam Pernice fecit modo iterum proponere permittunt. De his rebus generaliter et de verbis primi capituli praecipue hic disceptatur.

1. *Introduzione.* – I problemi del testo originale della *lex Aquilia* e del suo contenuto normativo originario nutrono da qualche decennio una vivace letteratura. Nei manuali istituzionali, di solito, non se ne ha neppure vaga eco¹, forse perché, come invece è stato per la dottrina precedente², la nuova non si è concretata in un'opinione comune, ogni autore proponendo prospettive – in più o meno larga misura – diverse³.

* Pubblicato in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. LVIII, 1992.

¹ Naturalmente non mi riferisco al trattato del KASER, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: das altrömische, das vorklassische und klassische recht. Zweite, neubearbeitete Auflage*, München 1971 (= RPR I²), 161 ss.; 619 ss. (altra letteratura in KASER, *Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt: die nachklassischen Entwicklungen. Zweite, neubearbeitete Auflage mit Nachträgen zum Ersten Abschnitt*, München 1975 [= RPR II²], 575, addenda al § 41, IV del primo volume). Fra i manuali istituzionali più recenti KUNKEL/HONSELL (così cito, secondo le indicazioni contenute nella prefazione, p. V, il *Römisches Recht, aufgrund des Werkes von Paul Jörs - Wolfgang Kunkel - Leopold Wenger in vierter Auflage neu bearbeitet von Heinrich Honsell - Theo Mayer-Maly - Walter Selb*, Berlin etc. 1987) menziona la letteratura nelle note (dalla n. 1 di p. 363), ma non la considera nel testo; così pure GUARINO, *Diritto privato romano*⁹, Napoli 1992, 997 s. (§ 97.2), dove però nella relativa nota la letteratura è fatta oggetto di brevi, ma pertinenti notazioni critiche. Invece MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989, 699 ss., TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 625 ss., PUGLIESE (SITZIA, VACCA), *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991, 155; 605 ss. non ne contengono cenno alcuno.

² Questa dottrina “precedente” (che chiamerò anche “tradizionale”) si inizia, nella sua forma moderna, con l'opera di A. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht*, Weimar 1867. Essa, per altro, non è mai stata abbandonata: si veda (oltre alla continua presenza delle sue conclusioni nei manuali) in part. ANKUM, ‘*Quanti ea res erit in diebus triginta proximis*’ dans le troisième chapitre de la *lex Aquilia*, in *Mél. Ellul*, Paris 1983, 171 ss.

³ La “nuova” dottrina riguarda soprattutto il testo e la portata originaria del terzo *caput* della legge. Essa può dirsi inaugurata (con un precedente in MONRO, *Digest IX, 2. Lex Aquilia*, Cambridge 1898, 36 s.) dal DAUBE, *On the third chapter of the lex Aquilia*, in *LQR* 52 (1936), 253 ss.; ID., *On the use of the term damnum*, in *Studi Solazzi* (1948), 146 ss.; ID., *Roman Law. Linguistic, Social and Philosophical Aspects*, Edinburgh 1969, 66 ss. (Rec. KASER, in *ZSS* 87 [1970], 534 ss., in part. 535 s.). Assai vicina (ma non certo identica) a quella del Daube è la posizione del CARDASCIA, *La portée primiti-*

Un fatto resta chiaro, tanto per la dottrina tradizionale quanto per la nuova: che il testo della legge era assai sintetico, scarno potremmo dire, sicché la sua imponente portata pratica è frutto del lavoro interpretativo dei *veteres* prima, poi dei giuristi classici. Quale sia stato il punto di partenza di tale lavoro è – almeno apparentemente – divenuto, dopo l’impatto della nuova letteratura con la tradizionale, un mistero, sul quale è utile tentare ancora una volta di far luce. Non importa se per dir cose nuove (il che sarebbe in verità difficile: perché leggendo quanto è stato scritto si ha l’impressione che tutto il pensabile sia stato già pensato), ma per verificare infine che cosa permettano di dire le fonti: le quali talora – dagli autori della nuova dottrina, nel loro intelligente elucubrare – sono relegate al rango di autorevoli indizi.

La *lex Aquilia* merita certo questo costante e rinnovato interesse. In un sistema giurisprudenziale come quello del diritto privato romano, ove gli interventi legislativi furono alquanto rari se confrontati con l’apporto immane degli sforzi congiunti dei giuristi e dei magistrati giudicanti ed ebbero comunque carattere di interventi puntuali su problemi specifici, il tribuno Aquilio, certo senza rendersene conto, inserì il testo legislativo di gran lunga più importante, ed uno dei più importanti della storia del diritto privato, se è vero che da quel testo dipende non solo – come è certo – l’intera elaborazione della dottrina dell’illecito privato (almeno, ma non esclusivamente, nei paesi di tradizione romanista)⁴, ma pure, come ho avuto modo in passato di sostenere⁵, la creazione della nozione di colpa, extracontrattuale e contrattuale⁶.

2. *Sulla data della lex Aquilia.* – Una legge tanto importante, sarebbe gradevole poterla datare con precisione. Una datazione precisa ci permetterebbe infatti di

ve de la loi Aquilia, in *Daube noster*, Edinburgh and London 1974, 53 ss.; del tutto originale è invece (ad esempio, ma soprattutto) il pensiero del PUGSLEY, *Americans are Aliens*, Exeter 1989, 43 ss. (= PUGSLEY, *Americans*), raccolta che contiene scritti che si riferiscono anche ad altri punti del testo legislativo.

⁴ Una messa a punto recente: ZIMMERMANN, *Usus modernus legis Aquiliae and delictual liability today*, in *Stellenbosch Law Review*, 1990 (I), 67 ss. e ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town-Wetton-Johannesburg 1990, 1017 ss. Vedi anche FEENSTRA, *Das Deliktsrecht bei Grotius, insbesondere der Schadensersatz bei Tötung und Körperverletzung*, in FEENSTRA-ZIMMERMANN (ed.), *Das römisch-hollandische Recht*, Berlin 1992, 429 ss.

⁵ CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico (corso Cagliari 1967/1968)*, Milano 1969, 304 ss. Un precedente importante: MARTON, *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, in *RIDA* 3 (1949 = *Mél. De Visscher* II), in part. 182 ss.

⁶ Lo stimolo decisivo a queste ricerche sul testo e la portata originaria della *lex Aquilia* mi fu offerto dagli organizzatori del congresso romanistico di Copanello 1990, quando me ne affidarono, con breve scadenza, la lezione inaugurale. I risultati che allora esposi – in più ampio contesto – sul tema, e che sono pubblicati nel relativo volume di atti (*Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno di diritto romano. Copanello 4-7 giugno 1990*, Napoli 1992, 32 ss.), erano il frutto di quella prima, troppo rapida meditazione. Essi risultano in più punti superati da quanto comincio a presentare ora, con la serie di studi inaugurata dal presente articolo.

conoscere in quale contesto socio-economico la legge si inserì e dunque quali circostanze abbiano fornito l'occasione per proporla e deliberarla⁷. Purtroppo, il preciso ed equilibrato bilancio delle nostre conoscenze in proposito e delle possibili illusioni effettuato di recente dal Nörr⁸ conduce, come si esprime l'autore stesso, al "wahrhaftig kein aufregendes Ergebnis" dell'appartenenza della *lex Aquilia* al III sec. a.C.

È ben vero che lo stesso Nörr, basandosi sul significato e sull'evoluzione interpretativa del significato del verbo (legale) *occidere*, suggerisce una datazione non troppo vicina alla fine del secolo⁹; ma va detto che pure gli argomenti della Bignardi, che inserisce la *lex Aquilia* nel contesto della legislazione privatistica realizzata mediante plebisciti tra la fine del III e la prima metà del II sec. a.C., hanno il loro peso¹⁰. E noterò ancora, a questo proposito, che uno slittamento della data avanti o indietro nel corso del III sec. a.C. può cambiare sensibilmente il contesto socioeconomico della promulgazione, sol che si pensi che tale secolo fu segnato dal corso e dagli effetti della terza guerra sannitica (299-290 a.C.), della prima (264-241 a.C.) e della seconda guerra punica (219-202 a.C.)¹¹.

Riprendendo, con l'aggiunta di qualche considerazione, la sintesi citata del Nörr¹², direi che i dati a disposizione sono i seguenti:

⁷ Un'analisi delle ragioni della legge (rapportata alla data del 287/286 a.C.) si trova in BAUMANN, *Lawyers in Roman Republican Politics*, München 1983, 82 ss., ove l'autore si riallaccia a BEINART, *Once more on the origin of the lex Aquilia*, in *Butterworth's South African Law Review* (1956 = *Studies Jolowicz*), 70 ss. Ma vedi già prima ancora le considerazioni di HONORÉ, *Linguistic and social context of the lex Aquilia*, in *The Irish Jurist* (1972), 138 ss., in funzione di (o per proporre) una datazione tra il 209 e il 195 a.C. approssimativamente. Meno legata ad una data precisa è l'ipotesi del CARDASCIA, *La portée primitive* cit. (ipotesi che l'autore confermava oralmente nella discussione che seguì la mia conferenza "Le texte de la *lex Aquilia* et sa portée originaire", tenuta presso l'Institut de droit romain di Parigi il 18 gennaio 1991), secondo la quale la legge avrebbe avuto lo scopo principale di dettare criteri per il calcolo del danno; siccome tale scopo appartiene chiaramente solo a primo e terzo capo, l'idea del Cardascia sarebbe in armonia con quella, più antica, del NATALI, *La legge aquilia ossia il damnum iniuria datum* (estratto dalla *Rivista universale di giurisprudenza e dottrina*), Roma 1896 [reprint 1970], 25 s., per il quale il capo II avrebbe avuto lo scopo di proteggere i plebei che costituivano dei patrizi *adstipulatores*; ammettendo le due ipotesi, se ne desumerebbe che il tribuno legislatore avrebbe voluto far passare il secondo capo occultandolo nel contesto di I e III, di per sé opportuni ed accettabili da tutti. Torneremo su questi problemi in un prossimo contributo, parlando dei precedenti della *lex Aquilia* (Ulp. D. 9, 2, 2 pr.).

⁸ NÖRR, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung*, München 1986, 124 ss. con lett. a p. 124 n. 12. Per l'antica letteratura vedi CASTELLARI, *Della lex Aquilia ossia del danno dato*, in *AG* 22 (1879), 312 s. (§ 7).

⁹ NÖRR, *Causa mortis*, 128.

¹⁰ BIGNARDI, *Theoph. Par. 4, 3, 15: ancora sulla data della lex Aquilia*, estr. (1989) da *Ann. Ferrara* n. s., sez. V (sc. Giuridiche), vol. III, p. 32 ss. (dell'estratto).

¹¹ Si legga, in questa luce, quanto scrive il VAN WARMELO, *A propos de la loi Aquilia*, in *RIDA*⁵ 27 (1980), 333.

¹² Si veda anche la precisa analisi dei dati in PERNICE, *Zur Lehre*, 15 ss.

a) La tesi, per cui la *lex Aquilia* sarebbe contemporanea della *lex Hortensia* (287/286 a.C.)¹³, non può essere presa in considerazione, così almeno come essa è stata enunciata e sostenuta. Essa trova infatti la sua sola base in Theoph. 4, 3, 15 (e sch. anon. ad B. 60, 3, 1), testo che non contiene altro se non “une combinaison assez curieuse inventée par un juriste byzantin”¹⁴.

b) La data della *lex Hortensia*, acquisita come quella della *exaequatio legibus* dei plebisciti¹⁵, può rappresentare un *terminus post quem* per la *lex Aquilia*, che senza dubbio era un plebiscito¹⁶ vincolante per tutti i *cives*. L'argomento è però attenuato dalla possibile esistenza di plebisciti normativi *erga omnes* prima della *lex Hortensia*¹⁷.

c) Un sicuro *terminus ante quem*, sebbene non precisabile in un singolo anno, è rappresentato dal responso di Bruto¹⁸, citato in

D. 9, 2, 27, 22 (Ulp. 18 *ed.*): Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia <te> teneri quasi rupto.

d) Vi è poi tutta una serie di dati, che inducono a risalire alquanto indietro, rispetto al *terminus ante quem* rappresentato dal responso di Bruto or ora menzionato (sub c). Anzitutto, quello stesso responso indica che, all'epoca in cui fu pronunciato, l'attività interpretativa sulla legge era già in fase matura¹⁹; lo conferma

¹³ È ancora la tesi di BEINART, *Once more on the origin of the lex Aquilia* cit. e BAUMANN, *Lawyers* cit.; vedi anche KASER, *RPR I*², 161 con la n. 56; WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. Erster Abschnitt: Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik*, München 1988 (= *RRG I*), 419 con le n. 45 e 46 (anche p. 404 n. 17); ma essa risale alla letteratura del XIX sec.: cfr. NATALI, *La legge aquilia* cit., 13 ss. e in part. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 18 ss. (il § 2). Vedi anche la nota seguente.

¹⁴ Così ARANGIO-RUIZ, *Rariora* (1946 [ex 1932]), 218 n. 1. La “combinazione” è fra Ulp. D. 9, 2, 1, 1 e Pomp. D. 1, 2, 2, 8; RUDORFF, *Über die Litiscaesenz*, in *ZGRW* 14 (1841), 395; *Röm. Rechtsgeschichte I*, Leipzig 1857, 98 n. 3; PERNICE, *Zur Lehre* cit., 18 s. Il punto di partenza della contaminazione è invero I. 4, 3, 15 (che sviluppa liberamente il nucleo di Gai. 3, 218); NÖRR, *Causa mortis*, 127 e n. 24. Su tutto questo tema da ultimo BIGNARDI, *Theoph. Par. 4, 3, 15* cit., 1 ss.

¹⁵ WIEACKER, *RRG I*, 404.

¹⁶ Ulp. D. 9, 3, 1, 1; cfr. Isid., *origines* 5, 15, 2.

¹⁷ NÖRR, *Causa mortis*, 128 n. 30; WIEACKER, *RRG I*, 404 (con la n. 16); cfr. anche p. 399 ss.

¹⁸ Si tratta senza dubbio del *fundator* (Pomp. D. 1, 2, 2, 39) M. Iunius Brutus, che fu pretore nel 142 a.C. La datazione precisa del responso non è evidentemente possibile, tanto più che secondo Cic., *de orat.* 2, 55, 224 Q. Mucio (*augur*: cfr. SCHULZ, *Geschichte der röm. Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 108) asseriva che gli ultimi quattro (che soli, secondo SCHULZ, *l.c.*, contenevano i *responso*) dei sette *libri iuris civilis* di Bruto non erano *veri Bruti libri*. Vedi anche WIEACKER, *RRG I*, 542 n. 77.

¹⁹ Cfr. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 957. Il “grado” di questa maturità dipende da due possibilità interpretative nell'identificazione dell'oggetto che è *ruptum*, cioè se il *fetus* (come si suggerisce nel Digesto milanese, n. 4 *ad h.l.*) o la madre (secondo Q. Mucio in Pomp. D. 9, 2, 39 pr.; sui testi NÖRR, *Causa mortis* cit., 129 ss.). Secondo la mia interpretazione del terzo capo della legge aquilia (che esporrò in un ulteriore contributo), la prima ipotesi estenderebbe solo lo “Schutzbereich” di tale capo al feto, la seconda lo estenderebbe a comprendere il ferimento. In realtà questa seconda

un secondo responso, di Publio Mucio, certamente pronunciato attorno al 120 a.C.²⁰, nel quale (se la mia tesi in proposito²¹ è giusta), la nozione di colpa, costruita dalla giurisprudenza sulla base del termine *iniuria* contenuto nella *lex Aquilia*, appare non solo già formata, ma anche trasferita ad impostare problemi di responsabilità contrattuale. Abbiamo ancora l'uso di *aes* come indicazione di valuta²², una pratica che sembra esaurirsi, nel linguaggio delle leggi, con la metà del II sec. a.C.²³. Ma quel che spinge decisamente verso il III sec. a.C. sembra essere, almeno secondo il Nörr²⁴, l'insieme delle considerazioni semantiche sull'impiego del verbo *occidere*.

e) Nello stesso senso militano due più o meno vaghi indizi: *i*) nell'orazione *pro Rhodiensibus* dell'anno 167 a.C. Catone il censore potrebbe fare allusione alla *lex Aquilia* menzionando la formula *damnas esto* come propria delle leggi penali²⁵; *ii*) la battuta di Plauto, Pseudolus, 349 s. (prima rappresentazione della commedia: 191 a.C.²⁶) può rappresentare una parodia dell'interpretazione della *lex Aquilia* da parte dei giuristi²⁷.

ipotesi pare la sola accettabile, e quindi *quasi rupto* deve essere considerato un ablativo neutro che prescinde dal sesso. Infatti l'interpretazione, secondo la quale *ruptus* sarebbe il *fetus*, implicherebbe di attribuire a questo un'esistenza autonoma rispetto alla madre gravida.

²⁰ Il responso si riferisce infatti alla dote di Licinia, vedova di Caio Gracco: Iav. (6 *ex post. Lab.*), D. 24, 3, 66 pr.: ... *ea sententia Publii Mucii est: is in Licinia Gracchi uxore statuit, quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinia praestari oportere*. Vedi CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., 306; 318.

²¹ CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., 304 ss.

²² Gai. D. 9, 2, 2 pr.; Ulp. D. 9, 2, 27, 5.

²³ Cfr. NÖRR, *Causa mortis* cit., 128 con la n. 29. Egli si basa soprattutto su NICOLET, *Rome et la conquête du monde méditerranéen I* (1977), 166 (il Nörr cita la p. 160, ma credo si tratti di un errore di stampa), ove però si parla piuttosto, a questo proposito, di *as*. Come nota lo stesso Nörr, di *aes* parlava ancora la *lex Voconia* (a. 169 a.C.; Gai. 2, 274: *qui centum milia aeris census est*, dove può però supporre un'influenza del tradizionalismo nel linguaggio delle formulazioni censorie).

²⁴ NÖRR, *Causa mortis* cit., 127; 128 (e prima, *passim*). Non credo tocchino la sostanza del pensiero del Nörr le critiche desumibili da SELB, "Gewaltenteilung" im republikanischen Rom, in *Festschrift Niederländer*, Heidelberg 1991, 120 ss., e ciò tanto più se è vera la mia convinzione che, almeno in pratica, la *lex Aquilia* abbia trovato direttamente sanzione mediante azioni formulari.

²⁵ In particolare, se è corretta la mia tesi (su cui tornerò in un prossimo contributo; ma vedi già *Delitto e obbligazione*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana*, cit., 42 s.) che la *lex Aquilia* abbia per la prima volta usato l'espressione *damnas esto* per prevedere l'irrogazione di una pena privata. Il testo di Catone è in Gell. 6, 3 (36-) 37; vedi MALCOVATI, *Oratorum Romanorum fragmenta liberae reipublicae*², Torino-Milano etc. s.d. (pref. 1955), p. 65 s. (fragm.[166 e] 167).

²⁶ "Quid opus gladio? ... hunc famas iam occidit". NÖRR, *Texte zur lex Aquilia*, in *Iuris professo. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz 1986, 211 s.; *Causa mortis* cit., 7; 127.

²⁷ A nulla serve invece elucubrare sugli elefanti. Come si sa, Gai. D. 9, 2, 2, 2 dice che elefanti (e cammelli) *primo capite contineri oportet*; tutta la problematica relativa agli elefanti ha l'aria di una questione di scuola (se essi siano *res mancipi*: Gai. 2, 16; Ulp. 19, 1; se siano *pecudes*: Gai. D. 9, 2, 2, 2 cit.) occasionatasi dopo che tali pachidermi furono visti a Roma nel trionfo di L. Cecilio Metello, avvenimento di tal risonanza che, nella *laudatio funebris* del personaggio, fattane nel 221 a.C. dal figlio Q.

f) Ma a render prudenti, nel voler far risalire la *lex Aquilia* troppo indietro, induce una considerazione di sostanza. Il secondo capo della legge si riferisce all'*acceptilatio*; ora, come cerco di dimostrare altrove²⁸, la creazione dell'*acceptilatio* non mi pare possa attribuirsi che alla giurisprudenza laica. Possiamo dunque ben restare nel III sec. a.C., ma è difficile supporre che una legge che prevedeva l'*acceptilatio* possa precedere, diciamo, l'attività come respondente di Ti. Coruncanio (console nel 280 a.C.; pontefice massimo nel 254 e morto probabilmente nel 243 a.C.).

Caecilius L.f. Metellus, l'evento appare menzionato assieme ai titoli del defunto: "... *patris sui L.M. pontificis, bis consulis, dictatoris, magistri equitum, quindecimviri agris dandis, qui primus elephantos ex primo punico bello duxit in triumpho*" (Plin. *n.b.* 7, 139; MALCOVATI, *Oratorum Romanorum fragmenta*² cit., p. 10 fr. 2). Ora, la data di quel trionfo (250 a.C.: MÜNZER, *RE* III, 1203 num. 72) può darci un termine *post quem* per l'origine della discussione sulla collocazione degli elefanti nella *lex Aquilia* da parte dell'*interpretatio*: ma non è questo che cerchiamo.

A nulla conduce, parimenti, la considerazione della *fictio civitatis* per l'*actio ex lege Aquilia* data a e contro il peregrino (Gai. 4, 37): su BISCARDI, *Sulla data della lex Aquilia*, in *Scritti Giuffrè* I, Milano 1967, 77 ss., si veda GUARINO, in *Labeo* 14 (1968), 120 s.

A nulla conducono pure le tesi che suppongono la *lex Aquilia* rappresenti la sintesi di diverse leggi. Su questo punto v. *infra*, § 3 sub *b*.

Aggiungerò ancora che poco dicono sulla data della legge le quattro citazioni che ne fa Cicerone: *p. Tullio*, 4, 9 (PERNICE, *Zur Lebre*, 17); *p. Tullio*, 5, 11 (VACCA, *Ricerche in tema di actio vi bonorum raptorum*, Milano 1971, 32 n. 63; 43); *p. Roscio com.*, 11, 32 ('*iudicio damni iniuriae constituto*'); *Brutus*, 34, 131: '*Atque eodem tempore accusator de plebe L. Caesulenus fuit, quem ego audivi iam senem, cum ab L. Sabellio multam lege Aquilia [de iustitia] petivisset*'; vedi PERNICE, *Zur Lebre*, 17; '*de iustitia*' è certo – ma vedi CROOK, *Lex Aquilia*, in *Athenaeum* 62 (1984), 72 n. 12 – frutto di uno scorretto scioglimento dell'abbreviazione '*d(amni) i(niuria)*', secondo la congettura dello Hotman; quanto a "the sole (mysterious) reference to a criminal prosecution for a multa under the – or a – Lex Aquilia" (CROOK, *l.c.*), io credo che Cicerone usasse semplicemente '*multa*' per '*paena*' (scambio certo scorretto, ma non inusuale: cfr. ancora Paul. 1, 13a, 6). Vedi anche ILIFFE, "*Thirty days bath Lex Aquilia*", in *RIDA*³ 5 (1958), 506. Il TOMULESCU, *Les trois chapitres de la lex Aquilia*, in *Lura* 21 (1970), 191 n. 4 (seguendo il Cuq) pensa che Cicerone si riferisse ad un capitolo speciale della legge, che considerava i danni causati allo Stato: ma vedi qui, *infra*, nel § 6 alla n. 93.

Noterò infine che nessun elemento per la datazione può trarsi dall'impiego della forma sigmatica '*faxit*' all'inizio del terzo capo della legge (Ulp. D. 9, 2, 27, 5: *si quis alteri damnum faxit*). Prescindo dagli usi strettamente letterari: per es. Plauto usa normalmente *faciat* e *faciant*; vedi ad es. *Asin.* 182: *neque ille scit quid det, quid damni faciat*, su cui WATSON, *RPL*, 151 n. 6; o anche *Aulul.* 173: *verba ne facias*; ma egli stesso usa la locuzione '*dii faxint*' in *Aulul.* 257: *istuc di bene vertant/ita di faxint. illud facito* (così i cod.; il RAMAIN, *Revue de philologie* 28 [1904], 208 s. corregge: *Di bene vortant/ita istuc faxint. tu illud facito*). La forma '*damnum faxit*' per *faciat* è presente anche nel secondo degli epigrammi del sepolcro di Ennio (239-169 a.C.). Quanto ai testi legislativi, l'impiego di forme sigmatiche del congiuntivo è presente ancora nella *lex Acilia repetundarum* (631/632 a.U.c. = 122 a.C.; si veda la l. 63: *adessint*; *FIRA* I, p. 97), nonché nella *lex Agraria* del 111 a.C. (= 643 a.U.c.; si veda la l. 25: *faxsit* e *faxit*, e la l. 71: *mercassitur*; *FIRA* I, p. 108 e 116). Ne risulta così una continuità nella presenza di tali forme in testi legislativi, che va dalle dodici tavole (tab. 5,3: *legassit*; tab. 6,1: *nuncupassit*; tab. 8,4: *iniuriam faxit*; ma v. anche la *lex Servii Tullii* in Fest. *plorare* 230 M. = 260 L.: *plorassit*) alla *lex Silia de ponderibus publicis* (Fest. *pondera publica* 246 M. = 288 L.: *si quis magistratus faxit*) e sino alla fine del II sec. a.C. Su tutto il problema di queste forme sigmatiche vedi: F. THOMAS, *Recherches sur le subjonctif latin* (1938), 27 ss. (in part., sull'uso di *si quis-faxit* nei testi legislativi, p. 44).

²⁸ Vedi il mio articolo *Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della lex Aquilia* in corso di pubblicazione nel volume della rivista *Index* dedicato a Peter Stein.

Resta da tentare un riferimento ai personaggi. Gli Aquilii (o Aquillii²⁹) che mi pare possano venire in considerazione³⁰, sono i seguenti:

m) C. Aquilius M.f.C.n. Florus, console nel 259 a.C. (= 495 a.U.c.)³¹. Si tratta del primo Aquilio che ricopri il consolato (col patrizio L.Cornelius Scipio)³².

n) Un Aquilius fu il preteso autore della commedia plautina *Boeotia*³³.

o) Un P. Aquilius, certamente tribuno della plebe³⁴, è probabilmente da identificarsi con l'*in Etruriam legatus ad frumentum emendum* nel 210 a.C. (= 544 a.U.c.)³⁵.

p) P. Aquilius Gallus, eletto pretore per il 176 a.C. (= 578 a.U.c.), ottenne la provincia *Sicilia*³⁶.

²⁹ KLEBS, in *RE II*, 322 (s.v. 'Aquilus', all'inizio). Noterò che, per i personaggi che saranno enumerati, anche ove non risultino dati su di un loro tribunato, esso è tuttavia presumibile, ove il personaggio abbia avuto una carriera politica, perché "Die Gens Aquillia ist ein altes Geschlecht, historisch nur als plebeisch nachweisbar" (KLEBS, l.c.). Per il caso particolare di C. Aquilius console nel 267 a.C. vedi *infra* n. 32.

³⁰ Ho selezionato la mia lista entro i 34 (ma 33: vedi i num. 12 e 13) personaggi di sesso maschile elencati nella voce *Aquilus* della *RE II*, 322 ss. Per il num. 17 (C. Maesius Aquilius Fabius Titianus, un personaggio del IV sec. d.C.) vedi ENBLIN, in *RE VI A*, 1535, s.v. *Titianus* num. 5. Quanto al n. 28, Q. Aquilius Niger, che è menzionato nella lapide edita in *CIL X*, 2 num. 7287 come "pro.co(n)s(ul) Si[cili?]ae", si tratta sempre di un personaggio assai tardo, probabilmente imparentato col predetto num. 17 (vedi le annotazioni in *CIL*, l.c.).

³¹ KLEBS, in *RE II*, 327 (s.v. *Aquilus* num. 20); BROUGHTON, *The magistrates of the Roman Republic II* (1952), p. 206.

³² KLEBS, in *RE II*, 322 (s.v. *Aquilus*, all'inizio). In relazione con la *lex Aquilia*, vedi BAUMAN, *Lawyers* cit., 84 s. Per vero, dalle fonti risulta pure un C. Aquilius, che sarebbe stato console patrizio nel 267 a.C. (= 487 a.U.c.) insieme a T. Sicinius (Liv. 2, 40, 14; Dionys. 8, 64); ma, se pure le notizie che lo concernono sono vere (vedi KLEBS, in *RE II*, 322 s.v. *Aquilus* all'inizio; ID., *eod.*, 323 s.v. *Aquilus* num. 8), egli non può essere stato tribuno della plebe.

³³ VARRO, *IL* 6, 89; Gell., III, 3, 4 e 9; WISSOWA, in *RE II*, 323 (s.v. *Aquilus* n. 3).

³⁴ Val. Max. VIII 1 damn. 6.

³⁵ KLEBS, in *RE II*, 326 (s.v. *Aquilus*, n. 12-13).

³⁶ Liv. 41, 14, 5; 15, 5; KLEBS, in *RE II*, 330 (s.v. *Aquilus* n. 24); NATALI, *La legge aquilia* cit., 14 (che, nella n. 4, si rifà ad Heineccius, v. qui di seguito); KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Köln-Wien 1967, 21; BROUGHTON, *Magistrates* cit., p. 400. Gli attribuisce la *lex Aquilia* STEPH. VIN. PIGHIUS, *Ann. Rom.* Tom. 2, p. 330, cit. da NATALI, 14 n. 4 e da HEINECCIUS, *Antiquitates Romanae*, lib. IV tit. III § 3 (ed. Venetiis 1797, II, p. 266); nel l. cit. lo Heineccius scrive di accettare l'opinione del Pighius, che "legem hanc latam putat a L. Aquilio P.F.L.N. Gallo, qui A.U.C. 572 tribunus plebis, A. 577 praetor Siciliae fuit" (nel luogo citato dello Heineccius, rassegna di diverse opinioni precedenti). Si deve notare che lo Heineccius, nel luogo citato, ragiona solo sulla base del *terminus ante quem* rappresentato dai responsi di Q. Mucio in D. 9, 2, 39 pr. (così nel l.cit. delle *Ant. Rom.*; nella *Historia* § 87 cit. *infra*, lo Heineccius citava il passo come di *Scaevola*, menzionandolo assieme a Bruto come un *fundator*, dando quindi l'idea di pensare a P. Mucio) e Bruto in D. 9, 2, 27, 22; l'opinione è sinteticamente ripresa in HEINECCIUS, *Elementa secundum ordinem Pandectarum*, in lib. IX tit. II § 181 (ed. Venetiis 1818, I p. 267), ove si cita il luogo delle *Ant. Rom.* ed anche la – ancora precedente – *Historia juris civilis Romani ac Germanici*, lib. I § 87 (ed. Venetiis 1742, p. 88 s.), dove però l'autore, pur discutendo dati e letteratura, dichiarava di non poter risolvere il problema

q) M.' Aquilius M.'f.M.'n., console nel 129 a.C.(= 625 a.U.c.) con C. Sempronio Tuditano³⁷.

Possiamo tracciare, per questo elenco, il seguente bilancio: il primo dei personaggi (*m*) potrebbe essere invocato da coloro che credono ancora nella tesi basata sul passo di Teofilo come il tribuno del 286 a.C., o comunque potrebbe essere un buon riferimento per una datazione arretrata; il secondo (*n*) non sembra avere avuto una carriera politica, quindi non può interessarci; il terzo (*o*), che sta attorno al 210 a.C., è da prendersi seriamente in considerazione ove si voglia far slittare la data della legge verso la fine del III sec. a.C., mentre il quarto (*p*), che dovrebbe avere avuto il tribunato già nel II secolo, può difficilmente venire in conto; l'ultimo (*q*), che sarebbe stato tribuno più o meno all'epoca dei Gracchi, è decisamente troppo tardo (contrasta col *terminus ante quem* del responso di Bruto).

3. *Considerazioni sul testo della lex Aquilia in generale.* – Se si legge con attenzione

D. 9, 2, 1, 1 (Ulp. 18 *ed.*): Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit.

se ne ricava la certezza che Ulpiano, scrivendo queste righe all'inizio del suo trattato *de lege Aquilia* nel diciottesimo libro *ad edictum*³⁸, aveva sotto gli occhi l'*inscriptio* del plebiscito³⁹, la quale doveva suonare più o meno così:

... Aquilius ... *tr(ibunus) pl(ebis) plebem ioure rogarunt, plebesque ioure scivit ... pro tribu ... primus scivit.*

Se ne desume che Ulpiano aveva a disposizione un testo completo della legge, conforme all'originale. Se questa conclusione avesse bisogno di conferma, una, puntuale, si trova in

della data. Sempre in questo § 87 della *Historia*, quanto ai dati relativi a L. Aquilio Gallo, per il tribunato del 572 a.U.c. lo Heineccius rinvia al Pighius (l. cit.), aggiungendo però di ignorare la fonte sulla quale il Pighius stesso si basi; quanto alla pretura del 576 a.U.c. (sic.!: aveva scritto 577 nel l. cit. delle *Ant. Rom.*) "testis est Liv. *Lib. XLI. Cap. 18*". Quanto al tribunato, sul quale dunque non risultano dati, il NATALI, 14, lo pone nel 573 a.U.c. (= 180 a.C.).

³⁷ KLEBS, in *RE II*, 323 s. (s.v. *Aquilius num.* 10); BROUGHTON, *Magistrates*, p. 506. Il NATALI, 14 con la n. 3, lo chiama Marco Aquilio e gli attribuisce un tribunato nel 621 a.U.c. (= 132 a.C.), richiamandosi a MENDOZA, *App. C.* 1 n. 11.

³⁸ Cfr. LENEL, *Pal. II*, 522 (Ulp. 612).

³⁹ Non se ne ricava affatto, come invece vorrebbe il BAUMAN, *Lawyers cit.*, 83, che Ulpiano dimostri di conoscere "the facts of the law's passage" e dunque che "the whole history of the law was known".

D. 9, 2, 11, 6 (Ulp. 18 *ed.*): *Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino.*

con il riferimento esegetico al testo originale: ‘*ero, hoc est domino*’ nello stile di un glossatore bolognese⁴⁰.

Non è dunque affatto vero che i giuristi classici “n’ont plus une vision exacte de la teneur primitive de la loi”⁴¹. Il testo originale, Ulpiano lo conosceva benissimo: anche supponendo una sua particolare diligenza nel recarsi a consultarlo e prenderne copia negli archivi⁴², resta il fatto che all’epoca della redazione dei suoi libri *ad edictum* (cioè al tempo di Caracalla)⁴³ tale testo era ancora perfettamente reperibile⁴⁴.

Questa conclusione implica alcune conseguenze e sollecita alcune considerazioni:

a) Il testo legislativo, al quale si riferiscono i giuristi repubblicani e classici, citandolo, riportandolo e commentandolo, era il testo del plebiscito aquilio, tale e quale esso fu adottato – integralmente e con un unico procedimento legislativo – in quella data del III sec. a.C. che non ci è concesso di precisare, ma che unica e precisa certo è stata. Ogni ipotesi di modifica legislativa posteriore, intenzionalmente o no integrata in quel testo, come ogni ipotesi di falsificazione successiva, deve essere esclusa⁴⁵.

b) Anche le ipotesi, secondo le quali la *lex Aquilia* sarebbe il risultato della combinazione o dell’unione di varie leggi precedenti⁴⁶, perdono ogni valor euristico. Per spiegarli meglio: è ben vero che in

⁴⁰ Sicché ne fu talora fatta una glossa. In effetti, in alcune edizioni a stampa della Glossa ordinaria (come quella di Venezia del 1621), il testo del § 6 di Ulpiano è ridotto alle parole ‘*Legis autem Aquiliae actio hero (sic!) competit*’, cui accede una glossa ‘*hero] hoc est domino, ut infr. eo. l. ob id [= D. 9, 2, 43] & ab hero dicitur heres ...*’. Noterò ancora, che la (scorretta) *h* all’inizio di *hero* (adottata nella Vulgata) compare già nella littera Florentina (che leggo nella bellissima edizione fototipica di CORBINO e SANTALUCIA, Firenze 1988), dove la lettera *h* è chiaramente aggiunta (in buona calligrafia), trovandosi fuori margine (‘*ero*’ si trova all’inizio di una riga).

⁴¹ CARDASCIA, *La portée primitive* cit., 62.

⁴² Malgrado le considerazioni pessimistiche dello SCHWIND (*Zur Frage der Publikation im Römischen Recht*², München 1973, 26 ss.), vedi quanto scrive ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 959 s. Sulla conservazione dei testi legislativi, WIEACKER, *RRG* I, 400.

⁴³ LENEL, *Pal.* II, 421 n. 2 (con lett.) ne è certo per i primi 50 libri.

⁴⁴ E non solo nell’epoca repubblicana, che si limita a considerare il NÖRR, *Causa mortis* cit., 125.

⁴⁵ Cfr. (assai preciso) NÖRR, *Causa mortis* cit., 124 s.

⁴⁶ PRINGSHEIM, *The origin of the lex Aquilia*, in *Mélanges Lévy-Brubl*, Paris 1959, 233 ss., pensa che la *lex Aquilia* avrebbe ripreso contenuto e (in larga misura) testo di quattro leggi precedenti (rispettivamente: sull’uccisione di schiavi e *pecudes*; sul loro ferimento; sull’uccisione di *quadrupedes* non *pecudes*; sull’uccisione e ferita di qualunque animale), fondendole con una nuova previsione del danno a qualunque *res* (su questa tesi, che per altro si critica da sola, vedi le osservazioni del CARDASCIA, 71 n. 22). Il GUARINO, in *Labeo* 14 (1968), 121, pare pensare (con riferimento ad ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*² [rist. 1958], 227 n. 1, ove l’autore parla però, come di un’aggiunta posteriore, del “terzo” capo, se “terzo” non è un *lapsus calami* per “secondo”) a due leggi, basandosi sul carattere insitico del *caput secundum*; il PUGSLEY, *Americans*, 47 pensa a tre leggi corrispondenti ai tre *capita*.

D. 9, 2, 1 pr. (Ulp. 18 *ed.*): Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit ...

Ulpiano lascia intendere che vi furono, o poterono esservi, leggi che *de damno iniuria locutae sunt* dopo le dodici tavole e prima della *lex Aquilia*, ma⁴⁷ ciò non toglie che tali leggi, se pur vi furono⁴⁸, non sembra possano aver rappresentato dei precedenti della *lex Aquilia* più, per esempio, di tab. 8,3 (cfr. Paul. Coll. 2, 5, 5) o tab. 8,10 (cfr. Gai. D. 47, 9, 9). Il passo, or ora citato, di Ulpiano non è affatto scritto in modo da lasciar supporre che la *lex Aquilia* sia stata una specie di “testo unico”⁴⁹, ma solo (e si veda come, quanto ai precedenti, le eventuali leggi post-decenvirali siano poste sul medesimo piano delle dodici tavole) che essa prevedeva fattispecie che assorbivano (o potevano assorbire) alcune ipotesi già precedentemente sanzionate.

Parlare di “testo originale della *lex Aquilia*” significa dunque parlare di qualcosa di precisamente concreto.

4. *Sull'atteggiamento dei giuristi classici in relazione al testo originale della lex Aquilia.* – Se, dunque, il testo originale della *lex Aquilia* era noto ai giuristi classici, essi lo citavano però senza pedanteria: anche, intendo dire, quando intendevano farne una citazione letterale:

a) Anzitutto, essi ne modernizzavano la lingua⁵⁰. La mutazione di *erūs* in *dominus* è, come abbiamo constatato, segnalata da Ulpiano stesso in D. 9, 2, 11, 6, passo che – nonostante una diversa opinione tradizionale⁵¹ – non prova che per il primo *caput*⁵², ma per questo prova al di là di ogni dubbio. Ora, nel riportare il testo

⁴⁷ Lascio per ora da parte la considerazione del senso esatto di questa proposizione di Ulpiano, che (come cercherò di mostrare in un ulteriore contributo) è una proposizione interpretativa.

⁴⁸ Il dubbio sussiste in quanto Ulpiano considerava lo “Schutzbereich” della *lex Aquilia* come esso era determinato dalla giurisprudenza del suo tempo, e perciò dava alla legge una portata assai più ampia dell'originaria. Potevano, cioè, esservi state leggi precedenti la *lex Aquilia*, alle quali questa legge non derogò affatto, ma che la giurisprudenza seguente, interpretando estensivamente la *lex Aquilia*, considerò come da essa superate.

⁴⁹ È soprattutto l'idea del PRINGSHEIM (v. sopra. n. 46). Di “testo unico” parla espressamente l'ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*² (rist. 1958 cit.), 227 n. 1.

⁵⁰ NÖRR, *Causa mortis* cit., 125 con la n. 15; v. anche, per es., VAN WARMELO, *o.c.*, in *RIDA*⁵ 27 (1980), 337 s.; CROOK, *o.c.*, in *Athenaeum* 62 (1984), 76; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 959.

⁵¹ Nel proporre, il PERNICE (*Zur Lehre*, 14 n. 7), che sarà poi seguito dal BRUNS, *Fontes ad.h.l.*, si rifà a Cuiacio (*Observ.* 27, 11; vedi anche CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana* I, Milano 1969, 434 n. 112) e RUDORFF (*ZfgRW* 14, 367 n. 109); vedi ancora VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, 19; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, 459 n. 48.

⁵² Mentre è certo, per il citato Ulp. D. 9, 2, 11, 6, che il primo capo della *lex Aquilia* indicasse il

in D. 9, 2, 2 pr., Gaio scriveva direttamente *dominus*⁵³. Come avverte il Nörr⁵⁴, il testo legislativo originale doveva recare ‘*plourimi*’ in luogo di ‘*plurimi*’, mentre *plurimi* è scritto tanto in

D. 9, 2, 29, 8 (Ulp. 18 *ed.*): Haec verba ‘quanti in triginta diebus proximis fuit’, etsi non habent ‘plurimi’, sic tamen esse accipienda constat.

quanto in

Gai. 3, 218: ... Ac ne ‘plurimi’ quidem verbum adicitur ... Sed Sabino placuit proinde habendum, ac si etiam hac parte ‘plurimi’ verbum adiectum esset⁵⁵.

Malgrado la tendenza alla modernizzazione del testo, i giuristi classici conservavano tuttavia, nel riportarlo, alcuni arcaismi (la cui presenza, nella prospettiva che sto illustrando, dà per contrasto più valore alle modernizzazioni notate); in particolare, in Ulp. D. 9, 2, 27, 5 è scritto ancora, per il terzo *caput*, ‘*damnum faxit*’, e Gai. D. 9, 2, 2 pr. resta fedele all’espressione ridondante (su cui torneremo nel prossimo paragrafo) ‘*servum servamve alienum alienamve*’. Nel complesso, questa mistura di arcaismi conservati e di modernizzazione corrisponde più o meno al modo in cui i giuristi classici riportavano il testo delle dodici tavole⁵⁶.

proprietario come *erus*, appare invece probabile che il terzo capo lo qualificasse come *dominus*: cfr. Pomp. 29 Sab. (la Florentina ha 19 Sab.; la correzione in 29 è di Lenel, Pal. II, 137 n. 5) D. 9, 2, 43: ... *dominum enim lex Aquilia appellat non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur*. Qui Pomponio, discutendo del senso da dare all’allusione al proprietario fatta nel terzo capo della legge, si esprimeva come se il vocabolo legislativo fosse proprio *dominus*. Tanto che il Lenel (Pal. II, 137 n. 6) propone (dubitativamente) la possibilità di un intervento compilatorio: [*dominum*] <*erum*>. Ma questa ipotesi di interpolazione implicherebbe di supporre una struttura tutta diversa per la frase originale, per esempio la seguente: *erum enim lex Aquilia appellat non utique eum, qui dominum tunc fuerit* etc. Ora, è difficile pensare che i compilatori si siano preoccupati di eliminare qui l’arcaismo *erus* quando, conservando Ulp. D. 9, 2, 11, 6, ne avevano annunciato l’esistenza. Si può pensare invece ad una differenza nella denominazione del proprietario tra il primo (*erus*) e il terzo *caput* (*dominus*): e tale ipotesi non è in contrasto con le precisazioni sulla semantica di *erus* che si leggono in CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura* I cit., 414 ss. (per altro non è convincente quanto l’autore scrive con specifico riferimento alla *lex Aquilia* a p. 434 ss., in part. n. 116). In questo modo si risolve anche il dubbio originato al PERNICE dal contrasto fra D. 9, 2, 11, 3 e D. 9, 2, 43, e da lui espresso in *Zur Lebre*, 14. Sul punto vedi anche VALDITARA, *Superamento dell’aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992, p. 7 n. 14 (da p. 3).

⁵³ Il passo di Gaio, per vero, riprende il testo della legge in una forma che rappresenta, per così dire, una via di mezzo tra trascrizione e parafrasi (v. *infra*, § 4 sub *a*). Pura parafrasi è invece quella di Gai. 3, 210.

⁵⁴ *Causa mortis* cit., 125 n. 15.

⁵⁵ Ho scelto due testi, nei quali il vocabolo *plurimi* è preso direttamente in considerazione esegetica. Nel passo di Ulpiano, che proviene dal Digesto, la forma modernizzata *plurimi* potrebbe naturalmente provenire da un adattamento; una simile metamorfosi è invece più difficilmente pensabile per il testo gaiano.

⁵⁶ Un buon esempio è costituito dalla norma sull’*iniuria* (tab. 8, 4), il cui originale era – a quanto

b) La clausola del terzo capo sul calcolo della *summa condemnationis* (a prescindere dalla discrepanza fra *erit* e *fuit*, che certo, qualunque sia la soluzione del problema⁵⁷, dipende da un errore di trascrizione dell'uno o dell'altro testo), è riportata diversamente da Ulpiano (18 *ed.*) nei due passi:

D. 9, 2, 27, 5: Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: '... quanti ea res erit in diebus triginta proximis' ...

D. 9, 2, 29, 8: Haec verba 'quanti in triginta diebus proximis fuit' ...⁵⁸.

5. *Cautele del legislatore contro il formalismo interpretativo.* – Qualunque (entro l'ambito cronologico determinato sopra, nel § 2) sia la data della *lex Aquilia*, essa fu concepita nel periodo che sta tra il primo affermarsi in Roma della giurisprudenza laica e l'inizio del fiorire (con i *fundatores*) della nuova, moderna, liberamente articolata giurisprudenza dei *veteres*; essa appartiene precisamente alla parentesi caratterizzata, fra l'altro, da un certo formalismo interpretativo, «eine Periode des Haftens am Wort», come si esprime lo Schulz, specialmente evidente nell'interpretazione delle leggi⁵⁹. Certi arcaismi (non di vocabolario qui, ma di forma degli enunciati) del testo originale della *lex Aquilia* denunciano appunto la preoccupazione del legislatore in rapporto a tale formalismo interpretativo.

Ma, in proposito, si deve procedere con una certa prudenza.

a) Benché l'autore non si pronunci espressamente su questo punto, dall'insieme

pare –: '*Si iniuriam [alteri] faxit XXV poenae sunt*' (la cancellazione di *alteri* è suggerita, credo a ragione, dallo Schöll). Gell. 20, 1, 12, la nostra fonte principale per l'originale, ha '*viginti quinque aeris*' (cfr. Gell. 16, 10, 8), ma l'indicazione della valuta mancava secondo Festo (L. 371): '*Viginti quinque poenae in XII significat viginti quinque asses*'. Paul. Coll. 2, 5, 5 trascrive: '*Qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito*'. Il '*facit*' per '*faxit*' può derivare dalla tradizione manoscritta dei libri di Paolo (che l'autore della *Collatio* già citava da un estratto: *Paulus libro singulari et titulo de iniuriis*) o della *Collatio* stessa. Si deve aggiungere, in generale, che il problema del "testo originale" delle dodici tavole si pone in termini diversi rispetto a quello del testo della *lex Aquilia*: ma anche della legge decemvirale esisteva a Roma un testo (forse quello di Sesto Elio) tradizionalmente considerato come originale. Sul problema vedi BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1987, 86 s.; WIEACKER, *RRG I*, 289 ss.

⁵⁷ Lo affronterò nel contributo dedicato al terzo capo; vedi, per ora, la sintesi di ANKUM, *o.c.*, in *Mél. Ellul*, Paris 1983, 171 ss.

⁵⁸ Su D. 9, 2, 21 pr. v. *infra* § 5 sub a; § 8. Il fatto che i due testi provengano dallo stesso libro dello stesso autore esclude che la doppia discrepanza (diversa posizione del verbo *sum* e inversione delle parole *diebus triginta*, l'assenza delle parole *ea res* in D. 9, 2, 29, 8 dipendendo evidentemente solo dalla misura del riferimento testuale di Ulpiano) possa attribuirsi al fatto che della legge circolassero – malgrado quanto detto sopra, nel § 3 – testi diversi.

⁵⁹ Vedi: SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 35 s. (sulla *lex Aquilia*, p. 36); v. anche (sull'atteggiamento dei primi giuristi laici in generale) CANNATA, *Histoire de la jurisprudence européenne I* (1989), 28 ss. Sui caratteri determinati dal formalismo interpretativo vedi anche SELB, "*Gewaltenteilung*" in *republikanischen Rom*, in *Festschrift Niderländer*, Heidelberg 1991, 118; 119-122.

delle considerazioni dello Schulz sul formalismo interpretativo⁶⁰ risulterebbe che proprio per evitarne i pericoli il primo *caput* della legge aquilia indicasse “lo schiavo altrui” con l’espressione ridondante ‘*servum servamve alienum alienamve*’, che risulta da Gai. D. 9, 2, 2 pr. Ma, specie dopo le considerazioni del Pugsley⁶¹, il problema deve essere riesaminato.

Come base per la ricostruzione del primo capo della legge, si pone di solito⁶² D. 9, 2, 2 pr., letto nel modo seguente:

D. 9, 2, 2 pr. (Gai. 7 *ed. prov.*): *Lege Aquilia capite primo cavetur, ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedemve*[I]⁶³ *pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes domino dare damnas esto.*

La Fiorentina stessa presenta questo passo, con l’apporti gli apici a margine, come una citazione testuale; la letteratura tradizionale si limita a notare che l’inizio del testo legislativo non poteva essere ‘*ut qui*’⁶⁴, ma doveva essere ‘*si quis*’⁶⁵. Ciò è certamente vero, ma si deve por mente al fatto che le parole ‘*ut qui*’ indicano che Gaio intendeva parafrasare il testo, o almeno riportarlo in discorso indiretto, anche se, avendolo sotto gli occhi, lo segue poi in qualche modo letteralmente quando scrive ‘*tantum aes dare domino damnas esto*’ (imperativo), benché, per altro verso, sostituisca ‘*domino*’ a ‘*ero*’⁶⁶. Questa sorta di pendolarismo nell’atteggiamento di Gaio di fronte al testo fa sì che la forza probante di questo passo, per la ricostruzione dell’originale, non risulti poi molto diversa⁶⁷ da quella di

⁶⁰ SCHULZ, *Geschichte* cit., in part. p. 35.

⁶¹ PUGSLEY, *Americans*, 43-46.

⁶² A partire almeno da PERNICE, *Zur Lehre* cit., 11, seguito da BRUNS, *Fontes*⁴ (1879: l’edizione più risalente che mi è dato di consultare), 41 s. (*leges*, cap. III n. 2). Per gli autori recenti vedi NÖRR, *Causa mortis* cit., 125.

⁶³ Nella Fiorentina si legge dunque ‘*quadrupedem vel pecudem*’; ma tutti gli editori sono d’accordo nel correggere il punto come viziato da un errore evidente. Vedi per tutti PERNICE, *Zur Lehre* cit., 12 s. e, per la letteratura precedente, CASTELLARI, *Della lex Aquilia* cit., 315 con la n. 5. Sul punto ritorneremo alla fine di questa lettera *a*.

⁶⁴ PERNICE, *Zur Lehre* cit., 12: “Durch *ut* wird der Satz in Abhängigkeit von *cavetur* gebracht; die Construction geht dabei aber vollkommen verloren: *ut* verlangt *sit*, nicht den offenbar aus dem Gesetze stammende Imperativ”. Si confrontino, ad esempio, Marcian. D. 48, 7, 1 pr.: ... *ex lege Iulia ... cautum est, ne senator sit ...*; Marcian. D. 48, 9, 1: *Lege Pompeia de parricidiis cavetur, ut si quis patrem ... occiderit cuiusve id dolo malo factum erit, ut poena ea teneatur, quae ...* (con duplicazione di ‘*ut*’); Ulp. D. 48, 10, 9 pr.: *Lege Cornelia cavetur, ut qui in aurum vitii quid addiderit ... falsi crimine teneri* (coll’infinito!); Ulp. D. 48, 13, 1: *Lege Iulia peculatus cavetur, ne quis ... auferat ...*

⁶⁵ In conformità con il terzo *caput*, con lo scolio di Doroteo a B. 60, 3, 1 e con Gai. 3, 210: PERNICE, *Zur Lehre* cit., 12.

⁶⁶ Cfr. § 4 sub *a*.

⁶⁷ Cfr. CROOK, *o.c.*, in *Athenaeum* 62 (1984), 70 ss.

Gai. 3, 210: *Damni iniuriae*⁶⁸ actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est <ut>⁶⁹ si quis hominem alienum alienamve quadrupedem quae pecudum numero sit iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

Ora, come si vede, in Gai. 3, 210 manca ‘*servum servamve alienum alienamve*’, sostituito da ‘*hominem alienum*’, espressione (almeno al tempo di Gaio) atta ad indicare tanto uno schiavo quanto una schiava. Il Pugsley, nel suo ultimo scritto sul tema⁷⁰, si mostra sicuro che ‘*hominem*’ fosse il vocabolo legale⁷¹, ma i suoi argomenti sono per vero assai deboli⁷². Il solo veramente considerevole sarebbe rappresentato da quanto scriveva Ulpiano in D. 9, 2, 21 pr. (*Ait lex: ‘quanti is homo in eo anno plurimi fuisset’*)⁷³, ma la sua forza probante è, in sé, scarsa, perché il testo non riporta, della norma, la descrizione della fattispecie, ma la frase sul calcolo della condanna⁷⁴. Certo, questo passo ulpiano diventerebbe più significativo, in relazione al problema ora discusso, se fosse giusta la tesi, che il Pugsley pure sostiene, secondo la quale il primo capitolo della legge non avrebbe considerato per nulla l’uccisione delle *pecudes*⁷⁵. Ma una simile tesi è insostenibile, perché testualmente contraddetta da

D. 9, 2, 2, 2 (Gai. 7 ed. prov.): Ut igitur apparet, servis nostris exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur, veluti oves caprae boves equi muli asini. Sed an sues pecudum appellatione continentur, quaeritur: et recte Labeoni placet contineri ...

Le parole iniziali *ut igitur apparet servis nostris exaequat quadrupedes* etc. significano semplicemente: “Come dunque appare dall’enunciato ora fatto del contenuto del primo *caput*, la legge aquilia pone le *pecudes* sullo stesso piano degli schiavi”⁷⁶. Con ciò siamo di fronte ad un forte indizio a favore della conclusione che il

⁶⁸ Si attenderebbe piuttosto ‘*iniuria*’, ma l’espressione ‘*damni iniuriae actio*’ era usuale e ricorre, oltre che in I. 4, 3 pr., anche, ad esempio, in Ulp. Iul. Cels. D. 9, 2, 27 pr. e Ulp. Sab. D. 9, 2, 27, 21.

⁶⁹ Qui l’integrazione dell’*ut* è necessaria (cfr. I. 4, 3 pr.); in questo testo Gaio usa nella dipendente il congiuntivo, e quindi trasforma fedelmente tutto il testo legislativo in un discorso indiretto, con la costruzione: *ut, si quis... occiderit*, [soggetto sottinteso] ... *damnetur*.

⁷⁰ *Americans*, 43 s. Per la sua ricostruzione, precedente (*Americans*, 22 ss.) vedi *Americans*, 43.

⁷¹ Anche se poi egli, nella ricostruzione, conserva gli aggettivi (*Americans*, 46), pervenendo così ad un testo grammaticalmente insostenibile: ‘*hominem alienum alienamve*’.

⁷² *Americans*, 44.

⁷³ Si vedano le considerazioni fatte sopra, nel § 4 sub *b*, per gli analoghi testi di Ulpiano relativi al terzo capo.

⁷⁴ Vedi *infra*, nel § 9, alla fine.

⁷⁵ PUGSLEY, *Americans*, 44 ss. Vedi ancora qui, *infra*, nel nostro § 8.

⁷⁶ Il testo citato continua così: *Sed canis inter pecudes non est. Longe magis bestiae in eo numero*

primo *caput* alludesse anche alle *pecudes*, ma non ancora ad una prova, perché Gaio fin qui si riferisce pur sempre alla sua stessa parafrasi del testo e non al testo in sé. Ma la prova è subito dopo, ove si parla dei porci: qui il problema è posto dicendo ‘*an sues pecudum appellatione continentur*’, e cioè “se i porci sono compresi nella denominazione legale di *pecudes*”; e per di più vi si cita un responso di Labeone, al quale ‘*placet contineri*’, sicché anche Labeone si pronunziava sul senso di un termine legale.

Ma se, dunque, si deve concludere, contro il Pugsley, che senza dubbio il primo capo della legge menzionava le *pecudes*, si devono invece prendere in seria considerazione i motivi che egli adduce per escludere che il testo originale del plebiscito contenesse l’espressione ‘*quadrupedemve pecudem*’⁷⁷. Tale espressione è, in effetti, affatto ridicola, perché le *pecudes* sono tutte quadrupedi; ed è reperibile l’origine di essa presso i giuristi classici nella circostanza che, come nell’editto pretorio, così anche nei libri *ad edictum* il discorso dedicato alla *lex Aquilia* seguiva immediatamente quello dedicato all’*actio de pauperie*, a proposito della quale si affermava: *quae actio ad omnes quadrupedes pertinet*⁷⁸. Come spiegazione successiva a questa, l’affermazione che il primo capo della legge aquilia concerneva invece solo le *quadrupedes* che siano *pecudes* appare pienamente logica⁷⁹.

Ma, a proposito del modo in cui la legge poteva menzionare le *pecudes*, sotto il profilo delle cautele del legislatore contro il formalismo interpretativo, c’è un’ulteriore osservazione da fare, e cioè che, se il testo originale fosse stato conforme alla parafrasi di Gai. D. 9, 2, 2 pr. (come la si legge di solito⁸⁰: *servum servamve alienum*

non sunt, veluti ursi, leones, pantherae. Elephanti autem et cameli quasi mixti sunt (nam et iumentorum operam praestant et natura eorum fera est) et ideo primo capite contineri eas [eos HAL.] oportet. Il PUGSLEY (*Americans*, 45 s.; 51 s.) non accetta la correzione dello Haloander e sostiene che il passaggio relativo a elefanti e cammelli sia frutto di un’interpolazione (vedi contra qui sopra, § 2 n. 27); secondo il Pugsley (*Americans*, 45) la natura “mista” di tali animali avrebbe dovuto condurre alla conclusione che, per la loro uccisione, si sarebbe dovuto poter agire tanto *ex primo* quanto *ex tertio capite*; ma la soluzione del testo è dommaticamente corretta, perché, supposta tale alternativa, se ne deve concludere che l’attore dispone della più vantaggiosa azione *ex capite primo*. ‘*Et ideo primo capite contineri eas oportet*’ sarebbe così – secondo il Pugsley – un brandello genuino, che solo per effetto dell’interpolazione si troverebbe lontano da ‘*servis nostris exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt*’, che è scritto sopra. Tale norma, poi, che *exaequat* le *pecudes* agli schiavi, non sarebbe, secondo il Pugsley, il primo capo della *lex Aquilia*, ma risulterebbe da una combinazione di norme antiche (probabilmente tab. 8, 6 e 12, 2: *Americans*, 51; già LQR 88 [1972], 543), che convinse i giuristi, nell’interpretazione della *lex Aquilia*, a escludere l’uccisione delle *pecudes* dallo *Schutzbereich* del terzo capo, per includerla in quello del primo (cfr. le parole che Ulpiano inserisce, enunciando il terzo capo, in D. 9, 2, 27, 5: ‘*praeter hominem et pecudem occisos*’).

⁷⁷ L’espressione è già di per sé pesante, con un sostantivo, *pecus*, che “näher bestimmt” un altro sostantivo, *quadrupes*; ma di ciò si hanno analoghi – antichi – esempi nelle espressioni ‘*servus arator*’ e ‘*bos arator*’: cfr. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 13. A favore della determinazione *quadrupedemve pecudem* motivava il NATALI, 23 (con lett., p. 22 s., a partire dalla Glossa).

⁷⁸ Così Ulp. D. 9, 1, 1, 2.

⁷⁹ PUGSLEY, *Americans*, 44 s.

⁸⁰ Vedi sopra, n. 62 e 63.

alienamve quadrupedemve pecudem), a proposito della *pecus* mancherebbe la menzione, normativamente necessaria, dell'altruità della cosa⁸¹. Tale precisazione è presente in Gai. 3, 210, dove delle parole '*alienum alienamve*', '*alienum*' si riferisce a *homo* e '*alienam*' alla *quadrupes quae pecudum numero sit*; ma in D. 9, 2, 2 pr. *alienum alienamve* sono entrambi attratti dalla previsione dello schiavo (*servum servamve*).

Siamo, così, di fronte ad un dilemma, che le fonti non ci permettono di risolvere. Dando principale credito a Gai. D. 9, 2, 2 pr. dovremmo ricostruire l'inizio del primo *caput* con le parole

Si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pecudem iniuria occiderit ...

e dire che il legislatore, per cautelarsi contro l'interpretazione formalistica, precisò la previsione degli schiavi come "d'ambo i sessi"⁸², ma che, distratto, non si accorse poi che la *pecus* (per altro superflualmente precisata come *quadrupes*) non era qualificata d'"altrui". Oppure, prendendo invece come base Gai. 3, 210, e così seguendo, al dilà dei suoi argomenti, il Pugsley nella scelta di '*hominem*' come termine legale, ricostruire il testo nella seguente forma, atta a resistere ai rischi dell'interpretazione formalistica, precisa e senza ridondanza:

Si quis hominem alienum alienamve pecudem iniuria occiderit ...

Io credo, però, che la soluzione corretta sia un'altra. Essa si basa oltre che sull'insieme delle considerazioni ora fatte, sui seguenti argomenti: *i*) è difficile pensare che Gaio, in D. 9, 2, 2 pr., abbia parafrasato sostituendo il pesante '*servum servamve alienum alienamve*' all'agile '*hominem alienum*', mentre è del tutto verosimile che egli abbia fatto l'inverso in Gai. 3, 210 (testo che, per altro, ha un più marcato carattere di parafrasi); *ii*) la presenza di '*servum servamve*' nella legge è confermata da Ulpiano, in un passo ove egli ne parafrasa il testo volgendo l'enunciato al passivo⁸³, ma dove non pare possibile che egli abbia inserito *servus* e *serva* al posto di *homo*, col risultato di complicare la stessa forma passiva, che aveva scelto:

⁸¹ Vedi VON LÜBTOW, *Untersuchungen* cit., 19.

⁸² La doppia menzione era presente anche nell'editto *de servo corrupto*: Ulp. (23 ed.) D. 11, 3, 1 pr.: *Ait praetor: 'Qui servum servam alienum alienam recepit persuasisse quid ei dicatur dolo malo, quo eum eam deteriore faceret etc.'*. Non ha certo peso l'affermazione del JOLOWICZ, *The original scope of the lex Aquilia and the question of damages*, in *LQR* 38 (1922), 220 n. 4 (cfr. DAUBE, *On the third chapter* cit., 253; 257 n. 15; critica in PUGSLEY, *Americans*, 44), secondo il quale il passo confermerebbe l'uso legale dell'espressione. C'è però una lontana possibilità che il testo dell'editto *de servo corrupto* fosse modellato sul testo della *lex Aquilia*: vedi soprattutto HEINECCIUS, *Antiquitatum Romanarum syntagma*, IV, 3 § 9 (nell'ed.⁸ di Venezia 1797, vol. II p. 270). Cfr. qui *infra*, nel nostro § 9.

⁸³ Sul punto vedi le considerazioni del PUGSLEY, *Americans*, 43.

D. 9, 2, 3 (Ulp. 18 *ed.*): Si servus servave iniuria occisus occisave fuerit, lex Aquilia locum habet.

iii) Nella Fiorentina si legge ‘*quadrupedem vel pecudem*’, e la correzione di questo punto in ‘*quadrupedemve pecudem*’⁸⁴ è resa necessaria dalla presenza di ‘*quadrupedem*’, che – per quanto si è detto sopra⁸⁵ – può ben essere il frutto di una glossa male inserita nel testo⁸⁶; iv) Da Gai. 3, 210 risulta che l’aggettivo ‘*aliena*’ c’era anche per la *pecus*, ma nella sua parafrasi (o, per così dire, semiparafrasi) di D. 9, 2, 2 pr., Gaio può averlo omesso per rendere più agile la frase, considerando l’altruità della cosa come evidente, e inutile da sottolinearsi ancora (Gaio non aveva problemi di formalismo interpretativo per il testo della sua opera); o ancora, e più probabilmente, Gaio scriveva a quel punto ‘*pecudem alienam*’ ma l’aggettivo è caduto nella redazione del manoscritto fiorentino.

Concluderei, dunque, per il seguente tenore del testo originale:

*Si quis servum servamve alienum alienamve vel pecudem alienam iniuria occiderit*⁸⁷ ...

b) Come cautela contro il formalismo interpretativo va pure considerato l’impiego, nel terzo capo della legge, della triade “*quod usserit fregerit ruperit*”, diretta a specificare l’espressione generale *damnum faxit* (Ulp. D. 9, 2, 27, 5; cfr. Gai. 3, 217 e ancora Ulp. D. 9, 2, 27, 6)⁸⁸. L’intenzione del legislatore pare essere stata qui di precisare che il *damnum factum* era preso in considerazione dalla legge “in qua-

⁸⁴ Vedi sopra, n. 63.

⁸⁵ In questo stesso paragrafo. Voglio ancora precisare che contro la soppressione di *quadrupedem* nel testo della legge non possono essere addotte le espressioni ‘*quadrupedem quae pecudum numero sit*’ di Gai. 3, 210 e ‘*quadrupedes, quae pecudum numero sunt*’ di Gai. D. 9, 2, 2, 2. Queste espressioni significano “una *quadrupes* che appartenga alle *pecudes*” e non (come invece ‘*quadrupedem pecudem*’, se pensato nel testo legislativo, e non come precisazione in un commentario giurisprudenziale della *lex Aquilia* successivo a quello dell’*actio de pauperie*) “una *pecus* che sia quadrupede”, e possono ben essere state usate da Gaio per esprimere (magari seguendo l’uso dei citati commentari, o comunque) in modo più elegante l’idea della *pecus*, cui alludeva la legge.

⁸⁶ Dunque in epoca pregiustiniana. Penso, precisamente, ad un lettore, che leggendo ‘*pecudem*’ sia intervenuto ricordando un testo del tipo di Gai. 3, 210 o Gai. D. 9, 2, 2, 2 ed abbia in conseguenza precisato che di *quadrupes*, con quel termine *pecus*, si trattava. Cioè: *vel pecudem [quadrupedem]*, divenuto, dopo l’inserzione della glossa nel testo, [*quadrupedem*] *vel pecudem*.

⁸⁷ Cfr. CROOK, *o.c.*, in *Athenaeum* 62 (1984), 70, che indica come enunciato logico ‘... *servum servam alienum alienam alienamve quadrupedem pecudem* ...’.

⁸⁸ La presenza dei tre verbi nella legge è certa, non solo in forza dei tre testi citati, ma di tutta la casistica relativa e della sua impostazione, anche se, nei frammenti raccolti nel Digesto, tale casistica fa perno unicamente attorno all’*urere* (vedi Ulp. D. 9, 2, 25, 7-12) e al *rumpere* (da Ulp. D. 9, 2, 27, 13 in poi). Ciò dipende dal fatto che l’interpretazione di *rumpere* (inteso come *corrumpere*: Ulp. D. 9, 2, 27, 13) divenne per i giuristi il luogo della costruzione di ogni fattispecie di danno aquiliano *ex capite tertio* (Gai. 3, 217); ma non mancano fonti con l’allusione ad una specifica casistica del *frangere* (Ulp. D. 9, 2, 27, 29; 31; 33).

lunque modo esso fosse stato prodotto”: anche se, in pratica, i tre verbi rischiarano piuttosto di ostacolare la sussunzione di certi casi nell’ambito di applicazione della legge, costringendo i giuristi a ricostruire il senso di quei verbi.

c) Come si sa, nell’espressione legale impiegata per il calcolo dell’ammontare della condanna, il primo capo della legge faceva allusione al “maggior valore” (entro un lasso di tempo) della cosa danneggiata, mentre il terzo alludeva semplicemente al “valore” (pure entro un certo lasso di tempo) di essa. Il che si concretava nel fatto che il primo capo conteneva la parola ‘*plurimi*’, che mancava nel corrispondente luogo del terzo: Gai. 3, 214; 218; Ulp. D. 9, 2, 29, 8; cfr. I. 4, 3, 15. Torneremo in altra sede su questo punto, ma possiamo sin d’ora affermare, sempre pensando alle preoccupazioni del legislatore di fronte alla possibilità di un’interpretazione formalistica, che la discrepanza fra i due testi era voluta.

6. *Le norme contenute nella lex Aquilia.* – Le fonti dicono, nel modo più chiaro, che la *lex Aquilia* comprendeva tre *capita*, o *capitula*, come si esprime Ulpiano in D. 9, 2, 27, 4; un primo capo⁸⁹ prevedeva, come già si è potuto accertare⁹⁰, l’uccisione di uno schiavo o di una *pecus* altrui; un secondo capo, desueto in epoca classica, riguardava l’*acceptilatio* fraudolenta dell’*adstipulator*⁹¹; e vi era infine un terzo capo, che la giurisprudenza classica presenta come una norma di chiusura, relativa ad ogni altro caso di *damnum iniuria datum*⁹². La ricostruzione del testo originale del terzo capo sarà, come vedremo in un successivo lavoro, alquanto problematica: comunque, il modo in cui i giuristi classici lo presentano ci assicura che esso costituiva l’ultima delle clausole legislative contenenti norme di diritto sostanziale⁹³. Mi esprimo in questo modo, poiché certo il testo legislativo non finiva qui, ma proseguiva enunciando regole di diritto processuale⁹⁴. Nel passo che segue immediatamente, nel Digesto, l’enunciato relativo al contenuto del primo capo, si legge:

⁸⁹ Gai. 3, 210; I. 4, 3 pr.; Gai. D. 9, 2, 2 pr.

⁹⁰ Sopra, § 5 sub *a*.

⁹¹ Gai. 3, 215-216; Ulp. D. 9, 2, 27, 4 (certo interpolato sopprimendovi una spiegazione analoga a quella di Gai. 3, 215; cfr. SCHERILLO, *L’adstipulator*, in *RIDA*³ 10 [1963], 242, che però si esprime come se pensasse che Ulpiano non parlasse del tutto di desuetudine); I. 4, 3, 12.

⁹² Gai. 3, 217: *capite tertio de omni cetero damno cavetur*; I. 4, 3, 13; analogo Ulp. D. 9, 2, 27, 5.

⁹³ Ogni ipotesi sull’esistenza di altre norme di diritto sostanziale (e non di altre norme tout court, come invece fa il NATALI, 15 s.) nella *lex Aquilia* deve pertanto essere respinta. Per le antiche proposte del Noodt e dello Heineccius vedi il mio articolo citato sopra alla n. 28 (*Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della lex Aquilia*), ove se ne parla attorno alla n. 17. Un’ipotesi più recente in TOMULESCU, *o.c.*, in *IURA* 21 (1970), 191 (che si rifà a CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*¹, Paris 1917, 569 n. 1).

⁹⁴ Già il PERNICE, *Zur Lehre* cit., 11, sottolineava l’esistenza nella legge di “Bestimmungen über die Noxalität, Litiscrecenz, Multa u.a.”, che dal contesto pare dovesse ritenere autonome rispetto ai tre *capita*. Qui non parlerò più della pretesa, ma inesistente, norma sulla *multa*: vedi sopra, n. 27.

D. 9, 2, 2, 1 (Gai. 7 *ed. prov.*): et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset.

Se ne desume con certezza che la norma sulla litiscrescenza era espressa, e non era enunciata nel primo capo né in alcuna altra delle parti della legge che i giuristi indicavano come *capita*, ma ‘*infra*’, ‘*deinde*’, cioè verso la fine del testo legislativo⁹⁵. Tutto ciò è confermato da Gai. 3, 216: parlando della scarsa rilevanza (per lui originaria) della previsione contenuta nel secondo capo della legge, il manualista scriveva:

Gai. 3, 216: ... Sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret: nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur.

ove è chiaro che egli desume la regola della litiscrescenza da una clausola non appartenente al secondo né ad alcun altro *caput*, ma che pur si trovava nella legge e che la concerneva tutta quanta.

Dalle fonti si desume poi l'esistenza di una seconda clausola processuale, che dobbiamo considerare collocata assieme alla precedente, probabilmente dopo di essa, e presumibilmente a chiusura della legge. Essa prendeva in considerazione la responsabilità del *dominus* per il danno causato, *sciens* essendo il *dominus* stesso, dallo schiavo⁹⁶, e con ogni probabilità prevedeva anche l'azione nossale contro il *dominus* ignaro⁹⁷.

7. *Avvertenza generale relativa alla ricostruzione del testo. 'Inscriptio' e 'sanctio'*. – Nell'accingermi a ricostruire il testo originale della *lex Aquilia* (il primo capo, per ora), devo avvertire che, anche ove una ricostruzione letterale sarà possibile, non affronterò il lavoro, tanto arduo quanto inutile, di restituire al dettato gli arcaismi che non risultino già dalle fonti a nostra disposizione. Il testo che ne risulterà sarà così, dunque, più o meno conforme a quello che un giurista classico avrebbe dettato ai suoi *auditores*, se se ne fosse presentato il caso.

Quanto all'*inscriptio* della legge, di cui resta un'eco in Ulp. D. 9, 2, 1, 1, rinvio alla ricostruzione lacunosa fatta ove ho già discusso questo tema⁹⁸, avvertendo che

⁹⁵ Cfr. LIEBS, *Damnum, damnare, damnas esto*, in ZSS 85 (1968), 245, che cita pure lo scolio καὶ ἐν τῷ μὲν a D. 9, 2, 1 (B. 60, 3, 1; Hb. V, 263). Cfr. già HUSCHKE, *Zum vierten Buch des Gaius*, in ZGRW 13 (1845), 266 (67 n. 23).

⁹⁶ La presenza di questa clausola nel testo legislativo è stata, sinteticamente ma indiscutibilmente, dimostrata dal LENEL, *Das edictum perpetuum*³ (1927), 199 n. 5, contro BIONDI, *Actiones noxales* (1925 = AP 10 [1925]), 341, sulla base di Ulp. Cels. D. 4, 9, 2 (in part. il § 1).

⁹⁷ Gai. 4, 76; cfr. I. 4, 8, 4.

⁹⁸ Vedi sopra, § 3.

là ho usato come modello le correnti testimonianze epigrafiche⁹⁹. Si può aggiungere, alla fine della legge, una *sanctio* del tipo di quella, che ci resta integra, della cosiddetta *lex de imperio Vespasiani*¹⁰⁰, anche se si tratta di un testo abbastanza tardo. Ma sono, questi, problemi del tutto secondari.

8. *Il testo del primo capo.* – Quanto al primo *caput* della legge – se si prescinde dalla tesi del Pugsley, che già abbiamo discussa e che vorrebbe escludervi la menzione delle *pecudes*¹⁰¹ – la ricostruzione del testo non presenta problemi di sostanza, ma solo qualche questione di forma.

Già sopra, discutendo appunto le proposte del Pugsley, abbiamo potuto, discostandoci un poco dalla ricostruzione tradizionale¹⁰², stabilire che l'inizio della legge doveva suonare:

*Si quis servum servamve alienum alienamve vel pecudem alienam iniuria occiderit*¹⁰³.

A queste parole, che contengono la descrizione della fattispecie sanzionata, seguiva l'indicazione della sanzione, che le fonti enunciano nel modo seguente¹⁰⁴:

D. 9, 2, 2 pr. (Gai. 7 *ed. prov.*): *Lege Aquilia capite primo cavetur, ut qui ... quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.*

Gai. 3, 210: ... *cuius primo capite cautum est ut si quis ... quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.*

D. 9, 2, 21 pr. (Ulp. 18 *ed.*): *Ait lex: 'quanti is homo in eo anno plurimi fuisset', quae clausula aestimationem habet damni, quod datum est.*

Le parole finali, che risultano dai soli testi di Gaio, avevano certo la forma del passo del Digesto, tanto più che lì, come ho già notato¹⁰⁵, il costruito con l'impe-

⁹⁹ Vedi, ad es., l'analoga ricostruzione per la *lex Acilia* (?), in *FIRA I*, p. 85; per la *lex agraria* del 111 a.C. in *FIRA I*, p. 103; per la *lex Antonia de Termessibus*, in *FIRA I*, p. 135 (con *de senatus sententia*).

¹⁰⁰ Vedila in *FIRA I*, p. 156.

¹⁰¹ Vedi sopra, § 5 sub *a*.

¹⁰² Per "ricostruzione tradizionale" si deve intendere – per l'adesione generale che ha incontrato – quella che si legge nei *Fontes (leges, num. 2)* del BRUNS, basata su PERNICE, *Zur Lehre* cit., 11-20. Il primo capo vi è ricostruito così: *Si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes ero dare damnas esto.*

¹⁰³ Vedi sopra, § 5 sub *a*, verso la fine.

¹⁰⁴ Di questi testi, più volte citati e già riportati, trascrivo qui solo le parti che interessano la presente discussione.

¹⁰⁵ Sopra, § 5 sub *a*.

rativo indica che Gaio, dimenticando il suo discorso indiretto, seguiva il tenore della legge. Sostituendo, dunque, semplicemente ‘domino’ con ‘ero’¹⁰⁶, abbiamo, come fa il Bruns¹⁰⁷: *tantum aes ero dare damnas esto*.

Quanto alle parole che precedono ‘*tantum aes*’, sorgono due problemi: l’uno riguarda il modo di riprendere l’allusione alla cosa (*id, ea res, is homo*), l’altro il tempo del verbo *esse* (*fuit, fuerit, fuisset*).

Dei tre testi che abbiamo presi in considerazione, si deve notare, solo quello di Ulpiano si presenta come una citazione letterale (*ait lex*)¹⁰⁸; si deve dunque pensare che ‘*is homo*’ fossero parole della legge. Esse sono bensì insufficienti a riprendere l’intera gamma delle cose ivi previste, ma ciò dipende ovviamente dal fatto che il giurista trascriveva solo le parole che riguardavano il problema da lui, in quel luogo, trattato, e cioè quello dell’uccisione dello schiavo¹⁰⁹; noi, oggi, useremmo scrivere: “*ait lex: quanti is homo ... in eo anno etc.*”, indicando con i puntini l’omissione di *vel ea pecus*, che doveva leggersi nel testo. L’*id* e l’*ea res* di Gaio (rispettivamente in D. 9, 2, 2 pr. e Gai. 3, 210) appaiono così chiaramente come indicazioni sintetiche, bene appropriate a delle parafrasi.

Lo stesso non può dirsi del verbo ‘*fuisset*’. Possiamo ben pensare che la citazione di Ulpiano fosse concepita così: *Ait lex: ‘quanti is homo ... in eo anno plurimi fuisset*. Ciò suppongo, perché il modo congiuntivo è affatto appropriato, in questo contesto, per alludere, in un commentario, al senso di una disposizione di legge¹¹⁰. In realtà¹¹¹, poiché il riferimento cronologico fatto dalla legge allude ad un momento preciso del passato, io credo che la sola scelta possibile sia quella del perfetto indicativo¹¹².

¹⁰⁶ Ulp. D. 9, 2, 11, 6; vedi sopra, § 4 sub *a*; anche § 3.

¹⁰⁷ Vedi qui sopra, alla n. 102; anch’io, come il Bruns, preferisco anteporre ‘*ero*’ a ‘*dare*’ (D. 9, 2, 2 pr. ha ‘*dare domino*’); ma è una semplice questione di eleganza e di ritmo.

¹⁰⁸ PUGSLEY, *Americans*, 44.

¹⁰⁹ Il PUGSLEY, *Americans*, 45, nota (come argomento a favore della sua tesi sull’esclusione della menzione delle *pecudes* dal primo capo) che la casistica a noi pervenuta non riguarda mai l’uccisione di una *pecus*. È un *argumentum e silentio* che non proverebbe nulla, anche se fosse esatto (ma vedi in contrario Iav. D. 9, 2, 37, 1, ove l’animale è identificato come *quadrupes* perché *obnoxius ‘quod pauperiem fecisset’*). Se si esamina la casistica dell’uccisione dello schiavo, ci si rende conto che essa sola offriva una problematica degna di discussione analitica. Tutti i problemi che l’uccisione di una *pecus* poteva suscitare erano compresi (magari come un *minus*) nella problematica relativa agli schiavi, come è per il caso del *fame necare* in Gai. 3, 219 (caso, per altro, espressamente posto anche per la sola *pecus*: C. 3, 35, 5 [a. 293], ove ‘*in duplum*’ va forse corretto in ‘*in factum*’; cfr. Ulp. D. 9, 2, 29, 7).

¹¹⁰ Lo mantiene, per il testo legislativo, il PUGSLEY, *Americans*, 46, e lo manteneva il PERNICE, *Zur Lebre* cit., 13 s.; 15.

¹¹¹ Seguendo la scelta del Bruns (sopra, n. 102) e sciogliendo il dubbio, ad esempio, del NÖRR, *Causa mortis*, 125.

¹¹² Questa soluzione appare opportuna anche per differenziare il modo d’indicare il momento utile per il calcolo del valore (*fuit*) dal modo in cui è indicato il momento dell’uccisione (*occiderit*). Ne risulta, inoltre, una conformità, nell’impiego del tempo dei verbi, con quanto risulta per il terzo capo,

Ne risulta dunque, tutto considerato¹¹³, il seguente testo per il *caput primum*:

Si quis servum servamve alienum alienamve vel pecudem alienam iniuria occiderit, quanti is homo vel ea pecus in eo anno plurimi fuit, tantum aes ero dare damnas esto.

come vedremo a suo luogo, in un prossimo lavoro. Nell'accettare la soluzione da noi scelta, v'è chi considera 'fuit' come una forma arcaica di 'fuerit': vedi VALDITARA, *Superamento* cit., 2 n. 9.

¹¹³ Cioè considerando anche quanto detto sopra, § 5 sub *a*.

IUL. D. 41, 1, 36: UNA «INTERPOLAZIONE OCCASIONALE»*

1. – Gli allievi di Giovanni Pugliese, che partecipano a questo simposio organizzato in suo onore, sono stati invitati a presentare una comunicazione relativa a uno dei «temi cari al Maestro»; il che significa, praticamente, che vi si può parlare di qualunque argomento di diritto pubblico o privato, e non aggiungo di proposito l'aggettivo «romano». La mia scelta si giustifica secondo un criterio un poco diverso; un criterio duplice. Da un lato, per la mia consapevolezza del fatto che, tra tutte le cose che Giovanni Pugliese mi ha insegnate, la più importante forse, e comunque la prima, è stata la tecnica dell'esegesi: e perciò ho deciso di presentare l'esegesi di un testo. D'altra parte, alla scelta precisa del testo da studiare sono stato condotto dal ricordo di un episodio, un aneddoto direi, appartenente alla storia della *schola* dei 'Pugliesiani', e agli inizi di essa: precisamente ai tempi dell'ultimo periodo milanese del '*praeceptor*', anche se l'episodio è del 1962, quando egli era già stato chiamato a Roma, e si svolge a Torino, durante una per più versi memorabile sessione della «Société», allora non ancor denominata «Fernand de Visscher», essendo il compianto studioso belga ancora in piena attività. Si era, dunque, a Torino, nella gran sala dell'Unione Industriali che ospitava i lavori del congresso, ed era l'intervallo tra una comunicazione e un'altra. Due allievi della *schola*, Aldo Cenderelli e io stesso, siedevamo vicini, e Aldo mi chiedeva che cosa potesse esattamente significare l'espressione «interpolazione occasionale», che il comune Maestro usava in non ricordo più quale articolo, per qualificare l'alterazione di un testo. Non sapendo bene che dire, io suggerii ad Aldo di porre direttamente la domanda al Pugliese che giusto si avvicinava a noi. Al sentirsi chiedere che cosa intendesse, in quel suo scritto, per «interpolazione occasionale», il Pugliese assunse subito quell'espressione di un poco disgustato distacco, che gli è abituale assumere quando si sente dire delle sciocchezze, e rispose perentorio: «Niente». Ma a questa confessione autocritica dello scienziato seguì il dovuto chiarimento del maestro: «Volevo dire un glossema».

Siccome, lo dicevo, non mi è riuscito di ritrovare l'articolo in questione, non posso direttamente esaminare l'impiego della locuzione nel suo contesto originale; ma mi propongo qui di mostrare come la nozione di «interpolazione occasionale», intesa nel senso proprio delle parole con cui è espressa, corrisponda a una realtà della compilazione, che il Pugliese ha più o meno intuitivamente colta: perché *Homerus*, anche quando *dormitat*, è pur sempre Omero, e dice cose da non trascurare.

* Pubblicato in AA.VV., *Incontro con Giovanni Pugliese – 18 aprile 1991*, Milano 1992.

2. – Il problema, al quale si riferisce il passo di Giuliano che intendo esaminare, è quello del carattere causale o astratto della *traditio* romana. Problema in sé assai semplice, poiché non vi è dubbio che la *traditio* romana realizzasse un trasferimento causale. Vi sono almeno quattro testi, nei quali il principio è enunciato, o chiaramente espresso, che fanno prova per tutta la storia del diritto romano dall'epoca classica a quella della compilazione: Gai. 2, 20 prova per l'epoca classica; Ulp. 19, 7 prova per l'epoca classica e l'epoca epiclassica; Paul. D. 41, 1, 31 pr. prova per l'epoca classica e l'epoca giustiniana; I. 2, 1, 41 prova per l'epoca giustiniana¹.

Se tale è lo stato delle fonti, può invero meravigliare il fatto che vi sia chi sostiene l'astrattezza della *traditio* romana. In effetti, l'origine di questa tesi, come tutta la sua storia, sono un poco particolari: essa è il frutto di certe difficoltà della dottrina del diritto comune (di per sé, per altro, fedele all'idea del trasferimento causale), che non sapeva spiegarsi bene il meccanismo della *condictio indebiti*², non avendo ben colto la nozione di *traditio pro soluto* ed essendo pervenuta a un enunciato non corretto della nozione di causa dell'atto di attribuzione³; è stata concretata dal Savigny⁴, proprio nel criticare la dottrina del diritto comune, senza però

¹ I quattro testi citati enunciano, come detto sopra, la regola; si può aggiungere anche C. 3, 32, 24 (cfr. M. KASER, in *RPR I*², 416 n. 27), un rescritto diocleziano del 294, la prima frase del quale sembrerebbe riferirsi alla *traditio*. Vi sono altri testi che, senza contenere diretti enunciati della regola, l'applicano, tuttavia, o la implicano, come Ulp. D. 12, 1, 18, che pure esamineremo. Va poi, in generale, aggiunto, che un sistema di modi di acquisto della proprietà come quello romano (dell'epoca classica almeno), nel quale svolge una funzione eccezionalmente importante l'usucapione (che dà sostanza all'*in bonis habere*, forma di proprietà che si acquista per tradizione), conoscendo un acquisto per usucapione strettamente causale, mal sopporterebbe una *traditio* astratta: è perfettamente ammissibile un'usucapione sfornita di titolo accanto a una *traditio* causale, ma è difficilmente concepibile l'inverso.

Fra i testi sopra citati, non ne ho potuto menzionare che appartengano al periodo postclassico successivo all'epoca epiclassica e precedente la compilazione: ma, in assenza di testi contrari, si deve anche per tale periodo credere al persistente valore di quelli della giurisprudenza precedente, secondo la prassi della *recitatio*, dall'anno 426 regolata dalla legge delle citazioni (C. Th. 1, 4, 3).

² Vedi in part. la glossa *iusta causa* a D. 41, 1, 31 pr. Cfr., da ultimo, B. KUPISCH, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Heidelberg 1987, 32 ss. Si veda anche il secondo capitolo del libro di FUCHS, *Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft*, Basel 1952, p. 27 ss. (sui giuristi bizantini p. 16 ss.), nonché le sintesi di KUNKEL/MAYER-MALY, *Römisches Recht*, Berlin etc. 1987, p. 160 s. e H. COING, *Europäisches Privatrecht I*, München 1985, p. 178 ss.

³ Non è questo il luogo per approfondire questo punto, assai importante. Mi limiterò pertanto a precisare che la *causa traditionis*, nel senso della causa che permette alla *traditio* di operare l'effetto traslativo, consiste unicamente in un accordo delle parti, che prevede una ragione del trasferimento della proprietà (cfr. M. KASER, in *RPR I*², 416). La dottrina del diritto comune (come la critica il Savigny, nel passo citato alla nota seguente: si tratta di un punto estremo di tale dottrina, e non della teoria di base, per la quale vedi i riferimenti alla nota precedente) era invece giunta a vedere la causa dell'atto di attribuzione (trasferimento) nell'esistenza di un'obbligazione di trasferire la proprietà. In realtà, se si impiega la nozione corretta di *causa*, in un sistema che preveda la *traditio* causale questa non sarà efficace se l'accordo è nullo, ma sarà del tutto insensibile all'assenza (e anche alla presenza: vedi *infra*, al § 6) di un'obbligazione di trasferire la proprietà.

⁴ SAVIGNY, *Das Obligationenrecht II*, Berlin 1853, p. 256 ss. (*sub B*).

saperla superare in modo coerente. La dottrina del Savigny è passata, per il tramite della Pandettistica, nel BGB; però, se si guarda alla scienza romanistica attuale, la tesi dell'astrattezza della *traditio* non è tedesca, ma italiana⁵. E gli autori che la professano fanno spesso riferimento al testo di Giuliano⁶, che intendo appunto discutere; esso contiene due soluzioni casistiche, espressamente fondate sull'idea della *traditio* astratta:

D. 41, 1, 36 (Iulianus, l. 13 *digestorum*): Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit 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 impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

3. – Il passo è composto di due frasi, e non è difficile dimostrare che ciascuna di esse è interpolata, sicché il senso ne risulta stravolto. Quel che è più difficile capire è la ragione dell'interpolazione della seconda frase.

Ma procediamo con ordine, individuando dapprima le interpolazioni.

4. – La prima frase è stata, con evidenza, sottoposta all'interpolazione usuale consistente nella sostituzione del riferimento alla *mancipatio* con l'allusione alla *traditio*⁷. Certo si potrebbe giocare di fantasia, pensando che Giuliano trattasse del trasferimento di un fondo provinciale, e così ipotizzare, come ha fatto il Betti⁸, che

⁵ Dopo S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* I², Roma 1928, p. 256 ss., si vedano in particolare: P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952, p. 138 ss., il cui pensiero parte dalle difficoltà della dottrina intermedia; direttamente influenzati dal Savigny sono invece A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*³, Torino 1987, p. 307 s. e M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989, p. 435 ss. (con una riserva, p. 436 n. 83); autonoma appare invece la posizione di B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1989, p. 435 s. Per gli autori che hanno supposto un'evoluzione bizantina nel senso di una trasformazione in astratta della *traditio* originariamente causale (Lange, Ehrhard, Betti, Monier) vedi FUCHS, *op. cit.* (sopra, n. 2), p. 130 ss.; in senso analogo (ma con un'analisi assai fine e problematica) è orientato KUNKEL/MAYER-MALY, *Röm. Recht* (cit. sopra, n. 2), p. 150 ss.

⁶ Per la letteratura sul passo, si veda l'*Ind. int.*, ad h. l. Inoltre, con altri riferimenti (si tenga conto che in genere gli autori trattano insieme di D. 41, 1, 36 e D. 12, 1, 18 e della loro antinomia): FUCHS, *op. cit.* (sopra, n. 2), *passim*; ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, p. 140 ss. n. 116; J.G. WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht*, Köln-Graz 1961, p. 100 ss. (particolarmente importante); M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano 1973, p. 664 ss.; KUNKEL/MAYER-MALY, *Röm. Recht* (sopra, n. 5), p. 159; PUGLIESE (SITZIA, VACCA), *Istituzioni di diritto romano*², Torino 1990, p. 466; FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Padeborn etc., 1990, p. 53 ss.

⁷ Cfr. già O. LENEL, *Pal. I*, ad h. l. (Iul. fr. 222, col. 355 n. 1-3).

⁸ *Esercitazioni romanistiche su casi pratici* I, Padova 1930, p. 70.

un'interpolazione consista appunto nella soppressione di tale qualifica della cosa. Ma un simile modo di vedere, anche a volerlo prendere in considerazione, non può non cedere di fronte al rilievo che il verbo *tradere* è senza dubbio insitico nella parte finale della frase, dove certo non si diceva *'me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam'*, perché l'espressione, per essere parallela a *'tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi'*, deve fare necessariamente allusione a un'obbligazione di trasferire la proprietà e non a quella di *facere* l'atto idoneo al trasferimento. È dunque sicuro che Giuliano aveva scritto *'me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum dem'*⁹. Se i compilatori hanno operato quest'ultima, inutile e scorretta interpolazione, non possono averlo fatto se non seguendo l'idea che, nel testo, tutta la terminologia della *mancipatio* doveva essere sostituita con quella della *traditio* e, ai loro occhi, il *'dem'* echeggiava ancora l'idea del *mancipio dare*, tanto più che probabilmente *'mancipio datur'* era scritto in luogo del *'traditur'* che si legge all'inizio.

Giuliano aveva dunque, più o meno, scritto così:

Cum in corpus quidem quod mancipio datur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit mancipatio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum dem, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi.

Così concepiti, caso e soluzioni appaiono banali: ma ciò corrisponde precisamente al pensiero di Giuliano, il quale sottolineava appunto, con le parole *'non animadverto cur inefficax sit mancipatio'*, la banalità del problema e l'assoluta ingiustificabilità della soluzione opposta.

5. – Quanto alla seconda frase del testo, la sua interpolazione non è, in se stessa, evidente; ma per fortuna noi sappiamo che cosa vi dicesse Giuliano, perché ce lo riferisce Ulpiano in¹⁰

D. 12, 1, 18 (Ulpianus, l. 7 *disputationum*): 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 acceperit. 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 accipi: sed in utroque casu consumptis nummis conditioni sine doli exceptione locus erit.

⁹ Dunque, non solo il testo originale non doveva contenere *'tradam'*, ma neppure, a questo punto, *'mancipem'* o *'mancipio dem'*, come vorrebbero rispettivamente, ad es., il O. LENEL (*op. cit.*, alla n. 7) e il BRUTTI (*op. cit.* alla n. 6, p. 664).

¹⁰ Per la letteratura sul testo, oltre all'*Ind. int.*, ad h. l., si vedano gli stessi autori richiamati alla n. 6 (come già ivi è notato).

Ho presentato interamente il testo, per l'interesse che esso offre (specie in ordine all'impiego dell'*exceptio doli* di cui si parla alla fine del pr. e nel § 1), ma la ristrettezza del tempo a disposizione non mi permette di prenderne in considerazione che l'inizio, la sola parte, del resto, essenziale in ordine al discorso che sto conducendo.

È evidente che Ulpiano, riprendendo il caso e la motivazione di Giuliano, lo fa per giungere alla sua stessa conclusione: *'magisque nummos accipientis non fieri'*. Egli si limita a completare la dimostrazione di Giuliano, a suo modo di vedere lacunosa. Secondo Ulpiano, Giuliano avrebbe ragionato così: se ti do del denaro volendotelo donare, e tu lo ricevi come mutuo, l'accordo di donazione (la *causa donationis* che dovrebbe costituire la causa della *traditio*) non si è perfezionato, e quindi la proprietà non è passata. Questo ragionamento di Giuliano è impeccabile, perché qui la *donatio* è il solo accordo causale in gioco: vi è stata un'offerta di donazione, che può venire accettata o no. Ulpiano ragiona diversamente, forse preoccupato del fatto che la volontà di mutuare possa magari (anche se egli stesso rifiuta tale idea) considerarsi un *minus* rispetto alla volontà di donare, e quindi reputarsi contenuta in quest'ultima. Il suo pensiero è, comunque, questo: qui due sono le cause in gioco: donazione e mutuo; Giuliano ha ragione a dire che non c'è, nel caso, *donatio*; io aggiungo che non c'è neppure la *causa credendi*; così può dirsi che non v'è *causa traditionis*.

Dalla citazione e discussione, che Ulpiano faceva del caso e del pensiero di Giuliano, si desume dunque che l'originale di quella che attualmente è la seconda frase di D. 41, 1, 36 era scritto nel senso che l'assenza della *causa traditionis* impediva, nella situazione proposta, il passaggio della proprietà¹¹.

¹¹ Una seconda possibilità è, per vero, ammissibile, e si tratta dell'interpretazione del PUGLIESE, *Istituzioni*² (cit. alla n. 6), p. 466. Il fatto è che l'avverbio *magis(que)* può significare così «tanto più» come «piuttosto». La mia interpretazione sceglie il primo senso («ed è così ancor più chiaro concluderne che la proprietà dei *nummi* non passa all'*accipiens* ...»); quella del Pugliese opta per il secondo significato di *magis(que)* e suppone che Giuliano accettasse qui il trasferimento della proprietà, sulla base della considerazione che chi vuol donare è implicitamente disposto anche a dare a mutuo (lett. precedente, a partire da EISELE, in *Jherings Jahrb.* 23 [1885] 10 ss. in J.G. WOLF, *Error* cit. alla n. 6, p. 107 n. 68-69; cfr. KUNKEL/MAYER-MALY, *Röm. Recht*, cit. alla n. 2, p. 159). In ogni caso, anche questo modo di vedere non tocca il principio del carattere causale della *traditio*, né elimina l'interpolazione della seconda frase di D. 41, 1, 36 (né muterebbero solo i modi e l'estensione). Io mantengo l'ipotesi esposta sopra, nel testo, perché l'altra contrasta con il dettato del passo (almeno come esso ci è pervenuto) in un punto essenziale: se la soluzione di Giuliano fosse stata nel senso del passaggio della proprietà giustificato dalla *causa credendi*, Ulpiano non avrebbe dovuto criticarlo sottolineando solo che Giuliano non ammetteva la *donatio*, ma dicendo che Giuliano ammetteva il mutuo; mentre dalle parole di Ulpiano appare chiaro che l'ipotesi del mutuo da Giuliano non era del tutto presa in considerazione (cfr. WOLF, p. 104 ss., che però profila un'interpretazione del pensiero di Giuliano diversa dalla mia: p. 107 s.). Alla mia conclusione può, d'altronde, giungersi anche dando a *magis(que)* il senso di «piuttosto»; il significato della frase sarebbe allora il seguente: «io credo che non vi sia neppure mutuo, e che la proprietà dei *nummi* non è passata piuttosto che il fatto che l'*accipiens* li ha ricevuti ad altro titolo, rispetto a quello per cui gli erano stati dati».

6. – Il passo di Giuliano riacquista così la sua ragion d'essere e una sua coerenza: la soluzione banale contenuta nella prima frase riprende colore, se letta in un contesto ove si confrontano i diversi modi di funzionare di un atto di attribuzione astratto come la *mancipatio* e di un atto di attribuzione causale come la *traditio*.

Per noi, poi, proprio la banale prima soluzione risulta particolarmente significativa, se si fa una riflessione, che espongo qui come tra parentesi, prima di riprendere il discorso principale che abbiamo intrapreso, quello, cioè, sulle ragioni dell'interpolazione del passo.

La riflessione è la seguente.

Consideriamo la prima frase, come ormai sappiamo che Giuliano la scrisse, e il caso pratico che essa contiene: Tizio mancipa a Caio il fondo corneliano, convinto di doverglielo in forza di un *legatum per damnationem*; Caio partecipa alla suddetta *mancipatio*, convinto che il fondo corneliano gli sia dovuto in forza di una *stipulatio*. Il trasferimento di proprietà ha luogo, ma – questo è il pensiero di Giuliano, che si ricava dall'insieme del passo – esso ha luogo perché la *mancipatio* realizza un trasferimento astratto. Solo per questo l'atto è *efficax*, altrimenti esso sarebbe *inefficax*. Dunque, se un analogo trasferimento fosse eseguito mediante *traditio*, la proprietà non potrebbe passare: se Tizio facesse a Caio la *traditio*, poniamo, di un vaso, credendo di doverglielo *ex testamento*, e Caio ricevesse il vaso ritenendosi creditore *ex stipulatu*, non vi sarebbe trasferimento della proprietà. Ora, è questo che va notato: tanto una *traditio* effettuata in esecuzione di un legato di *dare*, quanto una *traditio* effettuata in esecuzione di una *stipulatio*, sarebbero tradizioni eseguite *pro soluto*, o meglio *solutionis causa*. Questo ci dice che per l'esistenza dell'accordo relativo al pagamento, cioè dell'accordo relativo al carattere liberatorio (sul piano delle obbligazioni) di un'attribuzione patrimoniale, non è sufficiente che le parti concordino sul fatto che la prestazione rappresenta la *solutio* di una certa cosa dovuta, ma si esige altresì l'accordo su di una precisa obbligazione da estinguere¹².

Approfondire questo punto ci porterebbe lontano: ritorniamo perciò al nostro tema principale.

7. – Perché, dunque, il passo di Giuliano è stato interpolato nel modo che si è visto? Non certo per correggere, in se stessa, la soluzione di Giuliano relativa alla *traditio* della *pecunia numerata*, perché tale soluzione i compilatori non solo l'hanno conservata, ma anche messa in evidenza in tutta la sua ricchezza problematica nel testo di Ulpiano posto nel titolo *de rebus creditis* (D. 12, 1, 18), che abbiamo pure letto. E non certo, più in generale, per costruire una *traditio* astratta, ché, se tale fosse stata la loro intenzione, non avrebbero inserito, in bella evidenza, la peren-

¹² *Contra*, espressamente, E. BETTI, *Esercitazioni* (cit. sopra, n. 8), p. 7.

toria regola di Paolo nello stesso titolo, la ‘*sedes materiae*’ de *adquirendo rerum dominio*, poco prima del nostro testo di Giuliano:

D. 41, 1, 31 pr. (Paulus, l. 31 *ad edictum*): Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua <alia> iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur¹³.

Vi è una sola risposta al quesito. Una volta decisi di inserire il frammento di Giuliano nella compilazione, esso venne trascritto all’uopo, e contemporaneamente aggiornato, secondo le direttive generali, col sostituirvi la *treditio* alla *mancipatio*; ma, nel trascrivere il testo così corretto, il commissario che eseguiva il compito si accorse che, una volta mutata la prima frase in regola della *treditio*, essa era contraddetta dalla seconda frase, che già alla *treditio* si riferiva: sicché egli corresse la seconda frase, conformandola alla prima.

Ecco l’interpolazione occasionale: un’interpolazione che non trova fondamento nelle «ragioni» generali degli interventi compilatori, cioè né nello scopo di aggiornare o comunque modificare il contenuto di un testo classico in ispirito di riforma, né in quello di semplificarne, chiarirne o abbreviarne la forma; ma un’interpolazione che è solo il frutto, il sottoprodotto vorrei dire, dei meccanismi della compilazione.

Qualunque sia la tesi che si professa sulla compilazione del Digesto (e l’ultima, del Cenderelli, è particolarmente suggestiva¹⁴), si deve ammettere che i tempi brevi di realizzazione dell’impresa non lasciarono spazio per una revisione finale appropriata e attenta del corposo prodotto. Sicché guasti, come quello delle interpolazioni occasionali non verificate in rapporto al contesto, rimasero¹⁵.

¹³ Si è anche proposta l’interpolazione di questo testo (vedi *Ind. itp.* ad h. l.), ma non è reperibile alcuna ragione sensata di tale sospetto: e non serve certo giocare sull’assenza, nella Fiorentina, della parola (necessaria) ‘*alia*’ dopo o prima di ‘*aliqua*’, certo omessa dal copista per errore, dovuto all’identità delle lettere iniziali (‘*aliquaalia*’ ovvero ‘*aliaaliqua*’).

¹⁴ A. CENDERELLI, *Digesto e predigesti. Riflessioni e ipotesi di ricerca*, Milano 1983.

¹⁵ Questa nozione andrebbe inserita nell’insieme dei risultati del CHIAZZESE, *Confronti testuali*, Cortona 1931 (v. in part. p. 470 ss.).

TIBERIUS CORUNCANIUS, QUI PRIMUUS PUBLICE
PROFITERI COEPIT. L'INIZIO DELL'INSEGNAMENTO
PUBBLICO DEL DIRITTO *

1. – Jacques-Michel Grossen non è soltanto un raffinato giurista; egli è stato ed è (come i suoi studenti d'oggi e del passato non fanno che proclamare) uno splendido docente. Mi è grato dunque offrirgli questo breve saggio relativo al fenomeno che rappresentò – nella storia – l'inizio dell'insegnamento che egli professa.

Il tema ha una sua concreta consistenza, non solo perché *certe cuiusque rei potissima pars principium est* (Gai. D. 1, 2, 1), ma in quanto il momento d'inizio dell'insegnamento pubblico del diritto è, nelle nostre fonti, individuato in modo preciso¹.

* Pubblicato in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992.

¹ Letteratura (le opere elencate in questa nota, ove vengano di nuovo citate, saranno richiamate con il solo nome dell'autore; se ad un autore corrispondano più opere, si useranno opportune abbreviazioni): J.G. HEINECCIUS, *Historia juris civilis Romani ac Germanici* (1733), I § 53; § 118 (nell'ed. di Venezia 1742, p. 50 s.; 123 s.); R.v. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II/2⁴, Leipzig 1883, § 42, p. 390 ss.; C. FERRINI, *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana*, Milano 1885, 22 s.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte I*, Leipzig 1888, 73 ss.; L. LANDUCCI, *Storia del diritto romano dalle origini fino alla morte di Giustiniano I^o*, Verona 1889, 87; M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte I*, Stuttgart 1892, 35 s.; F. MÜNZER-P. JÖRS, in *RE* (= Real-Encyclopädie Pauly-Wissowa) IV, Stuttgart 1901, 1663 ss. (s.v. *Coruncanius*, n. 3); A. ENMAN, *Die älteste Redaktion der Pontifikalannalen*, in *Rheinisches Museum* 57 (1902), 517 ss.; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*², München u. Leipzig 1912, 55; A. ZOCCO-ROSA, *Tiberius Coruncanius 'qui primus profiteri coepit'*, in *Annuario dell'Istituto di storia del diritto romano* (Catania) 17 (s.a.), 58 ss. (che cita, a p. 58 n.*: WÜRFEL, *De Tib. Coruncanio*, Halae 1840; SCHRADER, *Civilitische Magazin*, V, p. 107 ss.; Guglielmo GROZIO, *Vitae Iurisconsultorum quorum in Pandectis extant nomina*, Ludguni. Batav. 1690, p. 12-13; altra letteratura del XVIII e XIX sec. e dell'inizio del nostro a p. 60-62); F. MÜNZER, *Römische Adelsparteien und Adelsfamilien*, Stuttgart 1920, 394 s. (s.v. *Rechtsunterricht*); L. ROSS-TAYLOR, *The Voting Districts of the Roman Republic*, Roma 1960, 208; F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 13; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Wien-Köln 1967, 7 s.; F. WIEACKER, *Die römischen Juristen in der politischen Gesellschaft des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts*, in *Sein und Werden im Recht* (Fg. v. Lübtow), Berlin 1970, 191; S. TONDO, *Introduzione alle 'leges regiae'*, in *SD* 27 (1971), 1 ss.; F. D'IPPOLITO, *Il pontificato massimo di Tiberio Coruncanio*, in *La-beo* 23 (1977), 131 ss.; G.J. SZEMLER, in *RE Suppl.* 15 (1978) (s.v. *Pontifex*), 368 s.; F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, Napoli 1978, 29 ss.; L. LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia*, Torino 1979, 24; S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana I*, Milano 1981, 308 ss.; M. BRETONI, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli 1982, 74; 75 con la n. 35; 266; A. BAUMAN,

Ma prima di passare ad esaminare gli eventi, è utile che io tenti di precisare che cosa deve intendersi per insegnamento del diritto, e che cosa per insegnamento pubblico.

L'insegnamento del diritto suppone l'esistenza della scienza giuridica, e cioè di giuristi, che sono precisamente coloro che *iuris civilis scientiam profitentur*, seguendo la nozione che ne dà Pomponio (D. 1, 2, 2, 35). La semplice informazione sulle regole non è ancora insegnamento del diritto. La scena, che ci viene talora rappresentata nei racconti del medioevo, ove il signore, accogliendo lo straniero nel proprio castello, lo informa sugli usi che vi si praticano, anche ove tra tali usi dobbiamo supporre comprese regole giuridiche consuetudinarie, non corrisponde ad un fenomeno di insegnamento del diritto, così come non furono momenti della didattica la pubblicazione dei formulari delle *actiones* e del calendario pontificale effettuate da Cn. Flavio intorno al 300 a.C. Né ancora, d'altra parte, è insegnamento del diritto l'istruzione dell'esperto al laico circa gli atti da compiere, il modo di compierli e gli effetti di un atto compiuto: così dunque non era insegnamento l'insieme delle istruzioni che a Roma, da epoca assai antica, forniva il pontefice, delegato dal collegio a rispondere ai privati che intendessero essere edotti intorno ai loro problemi pratici (Pomp. D. 1, 2, 2, 6). Questa specie di ufficio di consultazione, istituito a Roma presso il collegio pontificale, suppone invece l'esistenza di una scienza giuridica, e Pomponio lo dice espressamente, quando appunto giustifica l'attività del pontefice delegato col fatto che a quel tempo la scienza dell'interpretazione delle dodici tavole e la composizione delle *actiones* 'apud collegium pontificum erat' (D. 1, 2, 2, 6 cit.). Il che presuppone certo, altresì, che i pontefici di nuova nomina venissero istruiti in quella scienza.

Un insegnamento del diritto esisteva dunque già a quell'epoca: ma non era insegnamento pubblico. Esso era riservato ai membri del collegio, e i suoi modi e metodi facevano parte dei segreti del collegio stesso. Nelle risposte del delegato ai privati consultanti nulla doveva trapelare dei metodi, sulla base dei quali la risposta era costruita: i motivi non erano forniti, non interessavano il consultante e non dovevano interessarlo.

Un insegnamento pubblico del diritto corrisponde appunto al fatto che un giurista si renda disponibile a comunicare i propri metodi – e non solo le sue soluzioni – a chi gliene faccia richiesta. Questo cambiamento avviene appunto quando il giurista, alla sua attività professionale di meditare in privato sul diritto e di fornire soluzioni, aggiunga la disponibilità a spiegare le sue tecniche a chi gli manifesti interesse in proposito. Si tratta, in altre parole, della disponibilità del giurista ad aiutare chiunque intenda a sua volta diventare giurista.

Lawyers in Roman Republican Politics, München 1983, 71 ss. (71-92); M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1987, 112; 167, 200; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I, München 1988, 526; 528; 535 con le note 21 e 23; C.A. CANNATA, *Histoire de la jurisprudence européenne I: La jurisprudence romaine*, Torino 1989, 34 s.; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*⁸, Napoli 1990, 248.

2. – Pomponio, nel suo *Enchiridion* – così come esso è ripreso nel Digesto – attribuisce con precisione una tale svolta a Tiberio Coruncanio; siamo, per orientarci subito nel tempo, nel pieno corso del III secolo a.C.

La notizia è da Pomponio ripetuta due volte, quasi, come è stato notato, a sottolinearne l'importanza².

Nel primo passaggio (D. 1, 2, 2, 35) l'autore si esprime nei termini seguenti³: “La scienza del diritto civile fu professata da molti e grandissimi personaggi; ma nel presente contesto dobbiamo limitarci a menzionare quelli che più furono apprezzati dal popolo romano, per mostrare come quelle costruzioni giuridiche siano state realizzate e tramandate. Ora, fra tutti coloro che si acquistarono la scienza, non v'è notizia d'alcuno che l'abbia professata pubblicamente prima di Tiberio Coruncanio; gli altri fino a lui preferivano tenersi per sé il diritto civile [cioè la sua scienza], occupandosi solo di rispondere a chi li consultasse [cioè fornendo loro indicazioni pratiche], piuttosto che⁴ non mettersi a disposizione di chi volesse apprenderlo”.

Nei due paragrafi successivi, che precedono il secondo testo ove la notizia relativa all'attività didattica di Ti. Coruncanio è sinteticamente ripetuta (§ 38)⁵, come predecessori non docenti sono enumerati Publio (?) Papirio, il compilatore delle *leges regiae*, il decemviro Appio Claudio, al quale si attribuisce gran peso nella compilazione delle dodici tavole, Appio Claudio Cieco, fra i cui grandi e vasti meriti si annovera quello di avere inaugurato la letteratura giuridica, Sempronio il Sapiente (*sophos*), primo ed ultimo personaggio cui a Roma sia stato attribuito tale appellativo, Gaio Scipione Nasica, al quale la Repubblica diede una casa nella *via sacra* per agevolare la sua attività di consulente, e infine un Quinto Mucio; ma va detto che questi due ultimi, se vanno identificati – come di solito si fa – con P. Scipione Nasica *Corculum*, console nel 162 e 155 a.C.⁶, e con Quinto Mucio Scevola, il capostipite della famosa dinastia di giuristi, pretore nel 215 a.C.⁷, sono qui menzionati a sproposito come predecessori di Ti. Coruncanio⁸.

² BAUMAN, 71; i luoghi sono D. 1, 2, 2, 35 e 38. In ogni modo, l'innovazione di Ti. Coruncanio (*publice profiteri*) fa parte della serie dei “primati” (priorità temporali) evidenziati da Pomponio nel contesto della sua narrazione: cfr. LANTELLA, 24.

³ Pomp. D. 1, 2, 2, 35: *Iuris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt: sed qui eorum maximae dignationis apud populum Romanum fuerunt, eorum [om.F] in praesentia mentio habenda est, ut appareat, a quibus et qualibus haec iura orta et tradita sunt. et quidem ex omnibus qui scientiam nacti sunt, ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur: ceteri autem ad hunc vel in latenti ius civile retinere cogitabant solumque consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant.*

⁴ *Vel ... potius quam.*

⁵ Pomp. D. 1, 2, 2, 38: *post hos fuit Tiberius Coruncanius, ut dixi, qui primus profiteri coepit, cuius tamen scriptum nullum extat: sed responsa complura et memorabilia eius fuerunt (feruntur: MURENUS). deinde Sextus Aelius...*

⁶ D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, 9 n. 9.

⁷ KUNKEL, 8.

⁸ Cfr. WIEACKER, *Juristen*, 191 n. 49.

3. – Ma queste, per altro ancora da approfondire⁹, imperfezioni del testo di Pomponio non possono porre in discussione la notizia centrale che il giurista e storico del diritto (il primo storico del diritto) del II secolo d.C. fornisce – iterandola, come si è detto – nella sequenza dei §§ 35-38: e cioè che Ti. Caruncanio fu il primo a *publice profiteri* quella scienza giuridica che altri già prima di lui *professi sunt* privatamente, e precisamente che egli per primo si mise a disposizione, oltre che dei *consultatores*, anche dei *discere volentes*.

Per vero, all'informazione non ha creduto quel cinico distruttore di dati che è stato F. Schulz, il quale affermava¹⁰ che Pomponio avrebbe costruito la sua idea leggendo Cic., de orat. 3, 33, 133-134, “dove – egli scriveva – si menziona una serie di giuristi e si parla del loro pubblico *respondere* (von ihrem öffentlichen Respondieren), e dove Coruncanio è il più antico della serie”; ed a conferma di tale asserzione egli aggiungeva che, ben lungi da quanto accadde per Irnerio a Bologna, non ci è noto alcun significativo allievo di Ti. Coruncanio.

Ma, come già è stato sinteticamente affermato¹¹, la dipendenza dei passi di Pomponio D. 1, 2, 2, 35 e 38 da Cic., de orat. 3, 33, 133-134 non è sostenibile. Nel passo ciceroniano¹² si menzionano bensì, nell'ordine, Sesto Elio (console nel 198 a.C.) e M. Manilio (console nel 149 a.C.) nel § 133, P. Licinio Crasso (console nel 95 a.C.), Ti. Coruncanio e Scipione Nasica *Corculum* (console, come si è detto, nel 162 e 155 a.C.) nel § 134, ma per la loro capacità di abbracciare tutto il sapere civile (*omnia, quae quidem tum haec civitas nosset, solitos esse complecti*), capacità che si manifestava nella loro attività di consulenti, sicché a loro si ricorreva per pareri *non solum de iure civili, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omne denique aut officio aut negotio*: “non solo su questioni giuridiche, ma anche sul matrimonio di una figlia, sull'acquisto di un fondo, sulla coltivazione di un campo, insomma su ogni affare di carattere pubblico o privato”¹³. Come lo Schulz stesso si lascia sfuggire – lo si è visto – nella sua critica, il passo ciceroniano si riferisce dunque al *publice respondere*, alla pubblica consulenza, e nulla ha a che fare con il *publice profiteri* della scienza del diritto civile, con l'attività didattica.

Quanto, poi, all'assenza di allievi di spicco noti per Ti. Coruncanio, il fatto è certo che egli non ne ebbe. Ti. Coruncanio non fondò, come invece Irnerio, una scuola, ma si limitò a fornire spiegazioni a chi le chiedeva; non riprese, come invece Irnerio, una tradizione scolastica basandola su libri di testo. Egli inventò una nuova pratica, che doveva dare i suoi frutti notevoli alquanto più tardi: tra Ti. Coruncanio

⁹ Cfr. il cenno in proposito del WIEACKER, *Juristen*, 191 n. 49.

¹⁰ SCHULZ, 13.

¹¹ D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, 48 ss.; BAUMAN, 71 s.; WIEACKER, *RRG I*, 526 s.

¹² Sul quale (completato col successivo 135) vedi in part. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, 37 ss.; 49.

¹³ Seguo la traduzione del D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, 37 s.

e Sesto Elio vi è, come ha notato il Bauman¹⁴, un “gap” quanto a giuristi notevoli, che non rappresenta certo solo una lacuna nel discorso storico di Pomponio.

4. – D'altra parte, se Pomponio affermava con tanta precisione che Ti. Coruncanio fu il primo, di cui si avesse memoria, a professare pubblicamente la scienza giuridica, egli non può essersi inventato la notizia, perché questa concerneva un personaggio troppo conosciuto, la cui biografia era nota almeno negli ambienti colti, e certo ancora all'epoca di Pomponio stesso se Aulo Gellio, suo contemporaneo, si rifà due volte al personaggio: una volta, è vero, in relazione ad una notizia erudita¹⁵ per la quale egli stesso indica come fonte il quinto libro *de pontificio iure* di Ateio Capitone, ma la seconda volta¹⁶ per proporre il personaggio, insieme ad altri, come modello del parlare semplice e chiaro, con lingua attuale, priva di arcaismi. La notorietà di Ti. Coruncanio ci è comunque provata dalla sua larga presenza nelle fonti, ed in particolare dai 14 luoghi, che lo concernono, delle opere a noi pervenute di Cicerone¹⁷.

La sua vita fu quella di un personaggio di grande rinomanza. La famiglia dei Coruncanii, una famiglia plebea, era alquanto antica, in quanto originaria di Cameria (o Camerium)¹⁸, città del Lazio distrutta nel 502 a.C.¹⁹, e Tiberio nacque a Tusculum²⁰, non sappiamo con precisione in quale anno, ma certo nella seconda metà del IV secolo a.C., diciamo verso il 320. Il suo nome completo era *Ti. Coruncanius Ti.f Ti.n.*²¹: egli fu, a quanto pare, il primo membro noto della famiglia, ed anche l'ultimo²².

¹⁴ BAUMAN, 72 n. 42.

¹⁵ Gell. 4, 6, 9 (il contesto: 4, 6, 7-10). Si tratta del problema delle *feriae praecidaneae*. Vedi D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, 42 ss. (altra lett. alla n. 18); BAUMAN, 77 s.

¹⁶ Gell. 1, 10, 1-2, ove l'autore fa parlare il filosofo Favorino. Vedi CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, 109 s.; BAUMAN, 78.

¹⁷ Cic., de leg. 2, 21, 52; de orat. 3, 15, 56; 3, 33, 154; de senect. 6, 15; 9, 27; 13, 43; Lael. 5, 18; 11, 38-39; de domo 54, 139; de nat. deor. 1, 141, 115; 3, 2, 5; Brut. 14, 55; p. Planc. 8, 20; p. Sulla 7, 23.

¹⁸ Tac., ann. 11, 24.

¹⁹ Vedi HEULSEN, in *RE III*, Stuttgart 1899, 1428 s. (s.v. *Cameria*).

²⁰ Cic. p. Planc. 8, 20; p. Sulla 7, 23 precisato da Schol. Bob. ad Cic., p. Sulla § 23 (ed. HILDEBRANDT, p. 13), che però può dipendere dal citato passo di p. Planc.; cfr. MÜNZER, *Adelsparteien*, 61. Gli storici individuano una contraddizione tra Tac., ann. 11, 24 e i passi ora citati, quando li considerano tutti relativi all'origine della famiglia dei Coruncanii, ed hanno risolto l'antinomia (vedi MÜNZER, in *RE IV*, 1663; ROSS TAYLOR, 208; KUNKEL, 7 n. 10) nel senso che la famiglia, originaria di Cameria, si sarebbe trasferita a Tusculum dopo la distruzione (definitiva: Plin., n.h. 3, 68) di quella città. Tutto ciò può essere vero, ma le fonti non ci dicono nulla sulle vicende della famiglia, se non la sua origine: alla famiglia nel suo insieme si riferisce infatti solo Tac., ann. 11, 24, mentre gli altri passi, citati in questa nota, concernono unicamente l'origine di Ti. Coruncanio.

²¹ MÜNZER, in *RE IV*, 1663; ROSS TAYLOR, 208.

²² Secondo Polyb. 2, 8, 3; 2, 8, 6-12 due giovani (a quanto parrebbe, fratelli) C. e L. Coruncanii fu-

Era, in ogni caso, *homo novus* quando intraprese la carriera politica²³; fu console nel 280 a.C.; nel 254 a.C. fu eletto pontefice massimo, evento notevole perché si trattava del primo *pontifex maximus* plebeo²⁴; nel 246 a.C. fu *dictator comitiorum habendorum causa*²⁵. Come data di morte si assume²⁶ quella del 243 a.C., sulla base dei ragionevoli presupposti che egli abbia mantenuto la carica di *pontifex maximus* sino alla morte, e che L. Cecilio Metello, che vi fu eletto in quell'anno, sia stato il suo successore diretto.

Il consolato di Ti. Coruncanio, nel 280 a.C. come si è detto, cadeva nel mezzo del periodo "tarentino"²⁷. Mentre il suo collega P. Valerius Laevinus fu inviato con un esercito contro Pirro, egli fu inviato con un altro esercito in Etruria. Dopo che Levino venne sconfitto ad Eraclea, Ti. Coruncanio, che aveva invece respinto Volsci e Volsiniesi, fu richiamato con le sue truppe a ripiegare in difesa di Roma ed in aiuto del collega²⁸. Gli *acta triumphorum* registrano un trionfo accordato a Coruncanio 'de Vulsiensibus et Vulcentibus'²⁹.

5. – Se si scorrono le fonti che, in qualche modo, celebrano il personaggio – lasciando dunque da parte quelle semplicemente cronachistiche, sulle quali soprattutto si è basata la sintesi biografica testé abbozzata – si possono notare due aspetti di particolare rilevanza.

La prima notazione è la seguente: che in nessuna di tali fonti, che il D'Ippolito ha in gran parte attentamente studiato, si attribuiscono al personaggio fatti che possano non esser suoi; in altre parole, il fenomeno che talora si qualifica co-

rono inviati in ambasceria in Illiria, presso la regina Teuta, nel 230 a.C., ed in tale occasione il più giovane venne ucciso. Secondo il MÜNZER, in *RE IV*, 1663 (s.v. *Coruncanus*, n. 1-2) si sarebbe trattato di due figli di Tiberio, e il KUNKEL, 8, supponendo i due essere i soli figli di Tiberio e considerandoli entrambi uccisi (ma su Plin., n.h. 34, 24 vedi MÜNZER, loc. ult. cit.) durante l'ambasceria, spiega così il declino della famiglia (pur ricordando le due iscrizioni tardo-repubblicane di CIL I² 1292 s., che menzionano dei liberti di un Q. Coruncanio). In ogni caso, se si pone mente alle date è difficile credere che C. e L. Coruncanii fossero figli di Tiberio che, come si vedrà, morì probabilmente, ed in tarda età, nel 243 a.C.

²³ Vell. Pat. 2, 128, 1; vedi BAUMAN, 74 ss. Le fonti relative alla carriera si trovano in BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic I*, Cleveland Ohio rist. 1968, 190 s.; 210; 216; 218. In generale sulla carriera, oltre a MÜNZER in *RE IV*, 1663 s., vedi D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, 31 ss.

²⁴ Liv., *Periochae* ex libro 18, 4. MÜNZER, *Adelsparteien*, 185; BAUMAN, 72 s.

²⁵ MÜNZER, *Adelsparteien*, 72 ("Dictator wurde der greise und hochangesehene Oberpontifex Ti. Coruncanus, obgleich oder weil sein Consulat schon um mehr als drei Jahrzehnte zurücklag").

²⁶ MÜNZER, in *RE IV*, 1664.

²⁷ Sugli atteggiamenti politici e i legami personali di Ti. Coruncanio, specie in relazione al periodo tarentino, vedi D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, 31-37.

²⁸ Appian., *Samn.* 10, 3; Zonar. 8, 4 all'inizio; MÜNZER, in *RE IV* 1663 (che cita erroneamente Appian., *Samn.* 10, 2); D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, 34; BAUMAN, 85 s.

²⁹ MÜNZER, in *RE IV*, 1663, con critica dell'opinione negativa dell'IHNE (*RG² I* 485, 1, secondo la citazione del Münzer).

me quello della “concentrazione storica” non ha punto toccato Coruncanio presso gli antichi: sono semmai talora gli scrittori moderni che tendono a fare di lui un protagonista là ove un suo ruolo può esser a mala pena supposto³⁰. In effetti, le fonti riportano alcuni – due per l’esattezza – dei *responsa complura et memorabilia eius*, cui accenna Pomponio³¹ e parlano dell’iniziativa, da lui presa come pontefice massimo, in materia di *feriae praecidaneae*³²; o, come si è già notato, lo propongono come modello di “parlante”³³; ovvero, è il caso di Cicerone, lo propongono ancora come modello di *sapientia*, nel senso romano di concreta sapienza civile³⁴, magari accreditando l’affermazione con riferimenti fattuali³⁵; o, ancora, lo indicano come modello di uomo attivo e lucido anche nella vecchiaia³⁶.

Tutto ciò vale ancora come conferma per l’assoluta improponibilità della tesi dello Schulz, tendente a svalutare la notizia di Pomponio: a proposito della quale va fatta la seconda notazione, che avevo annunciata. E cioè che per tale notizia Pomponio stesso è la nostra unica fonte: nessuna allusione all’attività didattica di Ti. Coruncanio va, in effetti, scorta in Cic., de senectute 9,27³⁷, ove la triade Sesto Elio, Ti. Coruncanio e P. Licinio Crasso *dives* (noto come esperto di diritto pontificale) è menzionata come composta da personaggi *a quibus iura civibus praescribentur*. L’espressione nel passo ciceroniano mi pare serva unicamente a qualificare i tre come, in prima linea, giuristi. Ma il fatto che solo Pomponio si soffermi sulla notizia, che – da come egli l’enuncia – una solida tradizione forniva, circa la prio-

³⁰ Per esempio, A. ENMAN, *Die älteste Redaction der Pontificalannalen*, in *Rheinisches Museum* 57 (1902), 517 ss., sostiene che Ti. Coruncanio sia stato il redattore della prima edizione (premuciana) delle *tabulae dealbatae* pontificali. Prudente BAUMAN, 91 s., che critica anche (p. 92) l’idea di SZEMLER, in *RE* suppl. 15 (1978, s.v. *pontifex*), 368 s., e di TONDO, *Introduzione alle ‘leges regiae’, passim*, secondo i quali il *ius civile Papirianum* sarebbe stato redatto da un pontefice del collegio presieduto da Ti. Coruncanio. Lo stesso BAUMAN, 85 ss., però, attribuisce a Coruncanio un ruolo particolare nella vicenda del “trial of the Campanian legion”, e condivide (p. 85) l’idea del WIEACKER, *Juristen*, 191 n. 5, che egli sia l’autore del responso che negò il *postliminium* a M. Attilio Regolo nel 251/50 a.C. (Pomp. D. 49, 15, 5, 3). V. ancora BAUMAN, 79 ss.

³¹ D. 1, 2, 2, 38. I due *responsa* sono riportati in BREMER, *Jurispr. Antehadr.* I, Lipsia 1896 (repr. Roma 1964), 8, e risultano da Plin. n.h. 8, 206 (= 8, 51, 77) e Cic., de leg. 2, 21, 52; sull’ultimo testo vedi D’IPPOLITO, *I giuristi e la città*, 44 ss.; BAUMAN, 77.

³² Gell. 4, 6, 9. Vedi sopra, n. 15.

³³ Gell. 1, 10, 1. Vedi sopra n. 16. Si veda pure Cic., Brut. 14, 55 (D’IPPOLITO, *I giuristi e la città*, 41; BAUMAN, 78).

³⁴ Cic., de orat. 3, 15, 56 (D’IPPOLITO, *I giuristi e la città*, 37; sulla *sapientia* romana, in rapporto e contrapposto alla greca, vedi anche D’IPPOLITO, *Giuristi e sapienti in Roma arcaica*, Roma-Bari 1986, 89 ss., a proposito di P. Sempronio sofo); 3, 33, 133-134 (D’IPPOLITO, *I giuristi e la città*, 37 ss.; anche BAUMAN, 78); Lael., 5, 18.

³⁵ Cic., de senect. 13, 43 (D’IPPOLITO, *I giuristi e la città*, 32 s.); de nat. deor. 1, 141, 115 (D’IPPOLITO, 42); i riferimenti sono ipotetici in Cic., Lael. 1, 11, 39 (D’IPPOLITO, 33 s.) e de domo 54, 139.

³⁶ Cic., de senect. 6, 15 e 9, 27 (D’IPPOLITO, *I giuristi e la città*, 39 s.).

³⁷ Vedi le citazioni di D’IPPOLITO, qui sopra alla n. 34 e in part. *I giuristi e la città*, 39 ss. (il § 7).

rità di Ti. Coruncanio nella storia dell'insegnamento giuridico, non sorprende per nulla: fra gli autori che parlano di Coruncanio Pomponio è il solo giurista, e da giurista egli considerava il personaggio; egli solo sapeva cogliere la vera importanza del dato, importanza che agli altri sfuggiva, e a Cicerone stesso, incapace di apprezzare nella sua precisa entità il divario tra il *respondere* e quel che al *respondere* mescolava Coruncanio. Il perché si comprenderà, penso, dall'insieme di quanto ora esporrò.

6. – È giunto, infatti, il momento di tentar di spiegare che cosa significhi quel che Pomponio scrive di Ti. Coruncanio, e cioè che cosa Pomponio volesse dire asserendo che Ti. Coruncanio *primus publice profiteri coepit*. Dobbiamo, cioè, stabilire in che cosa consistesse esattamente la novità che, rispetto ai giuristi che lo precedettero, caratterizzò la sua opera.

Per arrivare ad una conclusione corretta, è necessaria una precisazione preliminare. Si deve infatti eliminare un errore di prospettiva, frequente nella letteratura romanistica, il quale rende incomprensibile la notizia di Pomponio. Diversi autori, infatti, sovrappongono – per così dire – i due “primati” di Coruncanio: quello di essere stato il primo pontefice massimo plebeo e quello di essere stato il primo a *publice profiteri*. Questi autori intendono, correttamente in linea di massima, come si vedrà, il *publice profiteri* come “spiegar le ragioni dei responsi forniti”, ma asseriscono che Coruncanio facesse ciò quando rispondeva in qualità di pontefice massimo. Esempio è il modo in cui si esprime il Tondo³⁸: “Pomponio testimonia, a più riprese, che [Ti. Coruncanio] fu il primo ad impartire, da entro il collegio, un insegnamento pubblico. Nel senso, propriamente, non di semplicemente ammettere degli estranei ad assistere alla sua opera di consulenza ..., quanto di farne con loro materia di chiarimenti e dibattiti”³⁹.

Quest'idea è già di per sé poco verosimile. È, anzitutto, difficilmente credibile che il presidente del collegio pontificale fungesse personalmente da delegato per i *responsa* ai privati, attività che, peraltro, secondo Pomponio, pare fosse attribuita ogni anno ad un pontefice diverso, a turno⁴⁰. Se Coruncanio, ammettendo l'ipotesi, avesse profittato del proprio turno per innovare, il suo esempio, per assumere l'importanza che ebbe, avrebbe dovuto trovar seguito presso i suoi colleghi dei turni successivi, portando così ad una prassi di trasparenza delle decisioni pontificali,

³⁸ TONDO, *Profilo I*, 310.

³⁹ Un atteggiamento del genere porta anche il GUARINO, 248, a svalutare la notizia di Pomponio. Lo HEINECCIUS, § 53, si esprime più genericamente, dicendo che i giuristi di classe patrizia “*scientiam initio in penetralibus suis repositam habebant*” e che con Ti. Coruncanio si trovò chi “*bos iurisconsultorum circulos turbaret*”: un'opposizione patrizio-plebea dunque, e non religioso-laica.

⁴⁰ Pomp. D. 1, 2, 2, 6. Il responso del *pontifex maximus* menzionato in Cic., de domo 136 (J.G. WOLF, *Comitia, quae pro conlegio pontificum habentur*, in *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition. Symposium F. Wieacker*, Ebelsbach 1980, 7) è dato ad un censore, non a un privato.

che non risulta affatto. Si deve inoltre tener conto del fatto che il pontificato massimo di Coruncanio si pone al tempo della sua vecchiaia, a 11 anni dalla morte che concluse una lunga vita; mentre dal dire di Pomponio parrebbe che il *publice profiteri* abbia caratterizzato tutta l'attività del giurista. Sembra, in effetti, assai più coerente l'idea che pare implicata in un passaggio di F. Wieacker⁴¹, e cioè che la fama di giurista di Ti. Coruncanio abbia preceduto la sua elezione pontificale: e tale particolare fama doveva essere legata anche al suo *publice profiteri*. Ma v'è, oltre a queste considerazioni generali, un dato esegetico incontrovertibile: Pomponio, nel luogo intero (§§ 35-38) ove riferisce la notizia del *publice profiteri*, non parla mai del pontificato massimo di Coruncanio e, per di più, in tutto il contesto, egli tratta di attività di giuristi laici, da intendersi in generale, come già mi è avvenuto di precisare, come di persone che, indipendentemente dal fatto che rivestano magari anche cariche pubbliche – sacerdotali o no – esercitano la giurisprudenza in nome proprio, senza la copertura dell'attività di un qualunque organismo ufficiale⁴². Quando Pomponio dice che i predecessori di Coruncanio '*vel in latentis ius civile retinere cogitabant solumque consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant*'⁴³, parlando di coloro che preferivano tenersi per sé la scienza del *ius civile*, dando *responsa* ai consultanti, ma senza fornire insegnamento a chi volesse imparare, parla ancora, inequivocabilmente, dei gestori laici del *respondere*. Del resto, l'attività di Coruncanio pontefice la vediamo bene in Gell. 4, 6, 9, ove il collegio, da lui presieduto, ordina⁴⁴ delle *feriae praecidaneae* per un *dies ater*, confermandone la liceità religiosa con un *decretum*. Siamo su di un altro piano e in tutt'altra atmosfera.

7. – Dobbiamo dunque far riferimento all'attività personale dei giuristi, quella che, come dice Pomponio (§ 35), prima di Coruncanio consisteva nel fatto di meditare privatamente sul *ius civile*, e poi portare al pubblico i frutti di tale meditazione, offrendo a chi li chiedesse consigli e soluzioni di situazioni concrete. E ciò, come si desume ancora da Cic., de orat. 3, 33, 133, avveniva, sporadicamente certo, mentre il giurista camminava per strada, e normalmente presso di lui *in solio sedentis domi*: a casa sua, certo nell'*atrium* della *domus*, seduto nella caratteristica poltrona patriarcale (*solium*). Quivi accedevano i *consultatores*, esponevano il loro caso, ricevevano il responso e se ne andavano. Ti. Coruncanio, in più, ma in connessione con questa stessa attività, *discere volentibus se praestabat*. Doveva dunque presso di lui, quando le porte si aprivano ai consultanti, pervenire anche un picco-

⁴¹ WIEACKER, *Juristen*, 191 n. 48.

⁴² CANNATA, 27; 37 s.; cfr. WIEACKER, *RRG I*, 523.

⁴³ Cfr. sopra, nel § 2.

⁴⁴ Imprecisa la traduzione del D'IPPOLITO, 43, che scrive "dal pontefice massimo Ti. Coruncanio furono ordinate delle *feriae praecidaneae*".

lo pubblico speciale, pensiamo a due o tre giovani: essi entravano all'inizio e ascoltavano tutte le consultazioni della mattinata, senza andarsene, e magari prendendo qualche appunto; e poi, quando la teoria dei consultanti si era esaurita e le porte della *domus* venivano magari richiuse, restavano ancora, per chieder spiegazioni sui responsi che avevano udito. Possiamo immaginare un caso, solo per render più chiaro quel che andiamo dicendo. Fra i consultanti vi era stato un certo Caio, il quale era venuto a raccontare al giurista che suo fratello Lucio Tizio, testé morto celibe, aveva lasciato un testamento in cui erano istituiti eredi due amici del defunto, Sempronio e Mevio, ciascuno per un terzo dell'asse, ed egli chiedeva come potesse far valere i suoi diritti sul terzo residuo. Tiberio gli aveva risposto che modo non v'era, perché egli, Caio, nessun diritto aveva a quella successione. Il consultante se ne era andato, non certo soddisfatto: ed ora che i giovani erano soli col giurista, uno di essi gli chiede come mai egli avesse risposto così, e perché il fratello del defunto, suo *adgnatus proximus*, non potesse pretendere il terzo di cui Lucio Tizio non aveva disposto per testamento, come erede secondo le dodici tavole. Al che il giurista spiegava che le dodici tavole prevedono (tab. 5, 4) dei successori legittimi solo '*si intestato moritur*', il che va inteso "solo per il caso che il defunto non abbia lasciato un testamento"; che si trattava – con ciò – di un principio interpretativo acquisito della norma decemvirale, sicché fra i giuristi correva l'adagio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, che esprimeva l'esclusione del concorso, sullo stesso asse, di successione testamentaria e successione intestata. Al che un altro dei giovani chiedeva quale fosse dunque la sorte, in quel caso, del terzo residuo; ed il giurista spiegava che, siccome tutto doveva dipendere dal testamento esistente, il problema si riduceva ad un problema di interpretazione di questo: gli eredi vi erano Sempronio e Mevio, e quindi a loro doveva pervenire tutta la successione, sicché le loro quote si sarebbero accresciute a coprire l'intero asse.

Come dicevo, ho inventato questo caso per offrire, di quanto intendo esporre, un'esemplificazione il più possibile chiara. Avrei anche potuto partire da due situazioni reali. Uno dei responsi, che possediamo, di Ti. Coruncanio (l'altro si riferisce ad un problema di puro *ius sacrum*⁴⁵), condiviso poi, secondo Cicerone, anche da P. Mucio⁴⁶, dice che "chiunque abbia ottenuto di un'eredità quanto tutti insieme gli eredi, è pure soggetto all'obbligo dei *sacra*". Il secondo caso potrebbe essere legato ad un responso, che non sappiamo se attribuire a Coruncanio, ma che a ragione il Bremer⁴⁷ attribuisce all'epoca tra Appio Claudio Cieco e il nostro giurista; si tratta della famosa soluzione riferita in Gai. 4, 11, secondo la quale le dodici tavole non offrivano fondamento ad un'azione *de vitibus succisis*, sicché chi intendesse agire contro chi gli avesse tagliato delle viti doveva valersi dell'azione *de arboribus succisis*, che la legge decemvirale prevedeva. Potremmo, per ciascuno di questi casi, im-

⁴⁵ Plin., n.h. 8, 206.

⁴⁶ Cic., de leg. 2, 21, 52. Vedi sopra, n. 31.

⁴⁷ BREMER, *Iurispr. antebadr.*, 8.

maginarci delle scene come quella che abbiamo costruita. Secondo Pomponio (D. 1, 2, 2, 6), la scienza del diritto era, a quel tempo, essenzialmente una *interpretandi scientia*: scienza dell'interpretazione delle dodici tavole e delle *actiones*, atti privati e strutture procedurali. Prima di Ti. Coruncanio, anche dopo che la gestione della giurisprudenza ebbe cessato di essere monopolio del collegio pontificale e cominciò ad essere esercitata in forma laica, da giuristi che rispondevano in nome proprio e sotto la propria responsabilità, le tecniche interpretative non venivano palesate: il giurista si considerava investito del *munus* di offrire soluzioni pratiche, non anche di quello della spiegazione delle sue tecniche. Queste si tramandavano all'interno del collegio pontificale; al di fuori del collegio, qualche giurista le confidò certo ad amici da lui scelti. Ti. Coruncanio si assunse *publice* il compito di spiegare: chiunque *discere velit*, basta che chieda, otterrà chiarimenti. Ciò significa che, per diventare giuristi, non è più necessario ricoprire particolari uffici o possedere relazioni personali privilegiate: basta volerlo ed averne le capacità. Non si tratta ancora di scuola, bensì di insegnamento pubblico in tutta la sua dimensione.

8. – Non si tratta, dicevo, di scuola, se con questo termine s'intende (come faccio qui) una struttura organizzata che fornisce dei corsi a classi di studenti, secondo programmi definiti, e che verifica mediante esami la preparazione dagli studenti acquisita.

L'insegnamento pubblico del diritto, nella nostra storia, si è iniziato due volte: a Roma con Ti. Coruncanio e a Bologna con Pepone ed Irnerio. Prima di Roma è vano cercare, perché non vi si trova la scienza giuridica, presupposto – come dicevo all'inizio – dell'insegnamento del diritto; per altri fenomeni medievali – se si resta al di qua dell'area del Common Law – dobbiamo dire che essi, penso soprattutto a quelli longobardi, non rappresentano maglie dirette della catena storica della nostra didattica giuridica.

Quello bolognese deve essere considerato un vero e proprio inizio, anche se esso non solo si rifaceva nei contenuti alla tradizione romana, ma ancora, più o meno consapevolmente, riprendeva in qualche sorta i modi dell'università bizantina (la quale, a sua volta, costituisce uno sbocco "scolastico" della tradizione didattica romana).

Ora, un confronto fra i due inizi è naturale, per soddisfare una legittima e fruttuosa curiosità. Ci vorrebbe, per vero, un buon sociologo (*rara avis* oggi) per farlo, poiché egli capirebbe meglio il senso di alcuni aspetti, come del fatto che Ti. Coruncanio insegnò certo a pochi allievi, che pochi rimasero per secoli anche presso i suoi successori, mentre Irnerio ebbe presto allievi in numero considerevole, e dall'opera sua nacque un'università (una "scuola") popolarissima, che presto replicò il suo modello in altre università popolose. La radice di questa differenza va comunque vista nel fatto che Coruncanio, al contrario di Irnerio, non fondò una scuola: quel che Ti. Coruncanio faceva, un professore moderno non lo fa in aula, ma solo quando i suoi studenti lo fermano per il corridoio o bussano alla porta del

suo studio. L'insegnamento bolognese fu dall'inizio centrato sulla lezione cattedratica: i dati dell'iconografia giuridica ci danno di ciò un'idea assai chiara, sol che si guardino le rappresentazioni di Giustiniano docente, che aprono spesso i testi miniati delle Istituzioni, o i rilievi sulle tombe dei dottori bolognesi. E l'insegnamento cattedratico nacque come esegetico e si evolse, nei secoli, in sistematico, generando un Professorenrecht con poche alternative. L'insegnamento di Coruncanio era invece casistico, e per così dire seminariale, veicolo di un Juristenrecht ove la sistematica non compare che in funzione strettamente ausiliaria rispetto alla dommatica.

Non posso approfondire questi temi, che andrebbero completati con la considerazione del formarsi dell'insegnamento del Common Law, legato al lavoro pratico delle corti di Westminster e magari con la considerazione che tutti e tre i fenomeni (il *publice profiteri* di Coruncanio, la scuola bolognese e l'apprendimento in Inghilterra) sono fenomeni di insegnamento laico, il che li contrappone all'insegnamento a Roma all'interno del collegio pontificale, prima di Tiberio almeno, come si è visto, o a quello prebolognese del diritto canonico.

Ma è un approfondimento che va fatto, se si vuole avere un'idea precisa delle alternative che al giurista docente si presentano: poiché le alternative nei modi di insegnare sono connesse con i modi del pensare scientifico.

UNA CASISTICA DELLA COLPA CONTRATTUALE *

1. – La storia della dottrina romanistica (mi riferisco qui solo a quella relativa al diritto privato) presenta, a partire dalla fine del XIX secolo, un aspetto tutto particolare. Nei libri che si occupano della storia del pensiero giuridico (come quelli dedicati alla “Privatrechtsgeschichte der Neuzeit” o alla storia dei diritti nazionali¹) la si trova delineata – più o meno – fino al tempo della Pandettistica, fino a quando, cioè, la nozione di “dottrina romanistica” coincideva semplicemente, del tutto o quasi del tutto, con quella della dottrina giuridica stessa. Ma con riferimento al tempo in cui le ricerche di diritto romano cominciarono a farsi autonome rispetto alle trattazioni del diritto vigente – il che ebbe luogo, sulle premesse della giurisprudenza elegante, come risultato degli atteggiamenti della «Historische Schule», ma divenne atteggiamento concreto appunto verso la fine del XIX secolo, cioè al tempo in cui andava prendendo solido corpo l’idea di un Codice civile tedesco: per fare riferimento ad un personaggio emblematico, con l’opera di Rudolf von Jhering² – si è praticamente cessato, quella storia, di scriverla³, anche se si trovano qua e là indicazioni di tal genere nelle illustrazioni della metodologia romanistica⁴ ovvero nei resoconti bibliografici contenuti nelle trattazioni delle singole tematiche. Eppure il lavoro andrebbe fatto, se non altro perché il romanista attuale, mettendosi all’opera, fosse ben consapevole del modo in cui il suo pro-

* Pubblicato in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LVIII, 1992.

A proposito del volume di INES DE FALCO, *Diligentiam praestare. Ricerche sull’emersione dell’inadempiamento colposo delle ‘obligationes’*, Jovene, Napoli 1991, 150.

¹ Ma vedi anche, per esposizioni pensate nell’ottica di una storia del pensiero giusromanistico, KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*⁴, München u. Berlin 1966; LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne*, Napoli 1967, in part. 353 ss.; ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*², Torino 1963 (ristampa).

² Sul fenomeno, in un contesto più ampio e in due diverse prospettive, si rileggano le belle pagine di PAUL KOSCHAKER, *Europa*, 290 ss. e di MARIO BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1987, 14 ss.

³ Esistono, per verità, alcuni spunti, in libri come quelli cit. alla n. 1: KOSCHAKER, luogo cit. alla n. prec.; LAURIA, *Ius*, 378 ss.; più diffusamente ORESTANO, *Introduzione*, 272 ss.; 509 ss.; in part. 617 ss.

⁴ GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*⁵, Torino 1953, 18 ss.; GUARINO, *Giusromanistica elementare*, Napoli 1989, 11 ss.; WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte I: Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. Erster Abschnitt: Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik*, München 1988, 180 ss. Si veda pure (benché lo studio non sia concepito come disegno storico) KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien 1972. Sul metodo interpolazionistico vedi la bibliografia in GUARINO, *Giusromanistica*, 39 n. 3.

prio contributo s'inserisce in una vicenda culturale che possiede una fisionomia specifica, con la quale egli ha più d'un conto da fare, sia che guardi al passato, per continuarlo, o al futuro, per, magari, liberarsi da un passato ch'egli percepisce come gravoso.

Per molte tematiche di diritto privato – per tutte, si dovrebbe dire, ma per alcune in modo eminente – ha svolto un ruolo assai singolare il passaggio della lunga stagione della “Interpolationenjagd”. Accanto a tutti i suoi meriti, il metodo interpolazionistico, nell'intento di ricostruire dalle fonti, tutte in genere più o meno tarde, e soprattutto dai libri di Giustiniano, le linee pure del diritto classico, ebbe il difetto di pervenire al risultato, manifestatosi alfine intollerabile, di aver cancellato e riscritto una gran parte del Digesto, togliendo ai più grandi giuristi della storia il merito di costruzioni fondamentali (la ricerca della volontà nell'interpretazione del negozio, la categoria generale di contratto e l'azione contrattuale generale, ad esempio), per attribuirle proprio a quegli epigoni che la scuola stessa concepiva come modesti utenti di una splendida eredità. La reazione si manifestò – come è noto, ed a ragione si ricorda a questo proposito il nome di Salvatore Riccobono⁵ – già durante la stagione matura della scuola interpolazionistica. Oggi, si direbbe e si dice, il metodo interpolazionistico ha fatto il suo tempo, e la dialettica fra i suoi sostenitori e gli avversari è sopita. In realtà le cose non stanno affatto così. La storia della dottrina romanistica in materia di responsabilità contrattuale ne è un esempio calzante. Non intendo certo qui riproporre tale storia⁶, ma solo prenderne spunto per alcune osservazioni.

La compilazione giustiniana presenta il sistema della responsabilità contrattuale come fondato sulle nozioni di dolo e di colpa e quindi, come suol dirsi, come un sistema basato su criteri soggettivi di responsabilità, anche se ammette, ovviamente, qualche temperamento corrispondente soprattutto ad attribuzioni oggettive di rischio, per la più parte eccezionali. Per l'esattezza, il criterio di responsabilità veramente fondamentale risulta essere quello della colpa in quanto, essendo evidente che chi risponde per colpa risponde anche per dolo, una limitazione al dolo della responsabilità di un debitore costituisce ancora un'eccezione: non nel senso, questa volta, che unicamente di dolo non si risponda che in forza di una regola che costituisce eccezione alla regola generale della rispondenza per colpa, ma nel senso che i casi nei quali ad un debitore è attribuita, come regola generale, una responsabilità limitata al dolo sono numericamente scarsi.

Questa concezione, da lui sintetizzata nella massima «kein Übel ohne Schuld», rappresentava ancora per lo Jhering uno degli apporti fondamentali della giurisprudenza romana: una «verità eterna», ma che, «come ogni altra verità eterna ha

⁵ Sull'opera del quale vedi CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano*³, Roma 1947, 320 ss.; ORESTANO, *Introduzione*, 672 ss.

⁶ Un concentrato riassunto, da ultimo, in VOCI, ‘Diligentia’, ‘custodia’, ‘culpa’. *I dati fondamentali*, in *SDHI* 56 (1990), 29 ss.

dovuto essere dapprima «gefunden, erfahren, erkannt» ed ai giuristi romani spetta il merito incommensurabile di averlo saputo fare⁷.

L'erosione di questo modo di vedere si iniziò prima del fiorire dell'interpola-zionismo, quando il Baron enucleò, costruendola come responsabilità oggettiva, la nozione di *custodia* tecnica⁸, ma fu la critica interpolazionistica a completarla con l'aggressione alla nozione di colpa: nel 1905 il De Medio attaccò come spuria la nozione di *culpa lata*⁹, e per questa via, per tappe successive, si giunse ad eliminare il criterio della colpa dal novero dei criteri di responsabilità impiegati dalla giurisprudenza classica. La principale delle tappe intermedie è costituita da un famoso studio del Kunkel sulla diligenza, pubblicato nel 1925¹⁰, nel quale l'autore intendeva dimostrare l'assenza della concezione di un dovere di diligenza nel pensiero dei giuristi classici, con la conseguenza di identificare la nozione classica di *culpa* non più con la negligenza, bensì con il nesso fra un evento dannoso e un fatto colpevole. La tappa finale la si trova nell'opera di Vincenzo Arangio-Ruiz; il suo corso sulla *Responsabilità contrattuale in diritto romano* tenuto nel 1926-27, una volta pubblicato, rappresentò a lungo il testo fondamentale nella materia: esso apparve in prima edizione nel 1927, in seconda edizione nel 1933 e fu ristampato nel 1958. Ma ancor più importanti forse furono le pagine dedicate a «gli atteggiamenti e i limiti del torto civile» ch'egli scrisse nel suo manuale istituzionale¹¹, perché su questo libro si formarono praticamente tutti i romanisti italiani per più generazioni. In esso, si leggono frasi come «certo, nel Digesto, nessuna parola è tante volte interpolata quanto *culpa*» (e si aggiunge in nota: «Si tratta beninteso di interpolazioni pregiustinianee»)¹²; «fra dolo e custodia, sembra ch'egli pensi, *tertium non datur*. La deduzione s'impone quando si osserva che, in tutte le sue Istituzioni, la parola *culpa* ricorre due volte sole ..., e sempre a proposito dell'a. *legis Aquiliae*, in quel significato che si è rilevato a suo luogo»¹³. Quest'ultima frase è scritta, come si capisce, parlando di Gaio, e il significato di *culpa* al quale l'Arangio-Ruiz si riferisce è quello di «mero nesso cau-

⁷ JHERING, *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, Giessen 1867, 8. Vedi anche gli altri luoghi citati in CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano* 1, Milano 1966, 3 s. e, ora, dalla DE FALCO, 22 ss.

⁸ Di «technische custodia» il Baron parlava in un articolo del 1892 (*ACP* 78, 203 ss.), ove replicava alle critiche mossegli dal WINDSCHEID (*Pandekten* II⁴, Düsseldorf 1875, 57 n. 9), il quale aveva definito «custodia in technischem Sinn» la nozione che il Baron aveva già proposta in un articolo apparso in *ACP* 52 (1869), 44 ss.

⁹ DE MEDIO, *Studi sulla 'culpa lata' in diritto romano*, in *BIDR* 17 (1905), 5 ss.; *BIDR* 18 (1906), 260 ss.

¹⁰ KUNKEL, *Diligentia*, in *ZSS* 45 (1925), 266 ss.

¹¹ Vedile, nell'ultima edizione (ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960) alle pagine 380 ss.

¹² ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, 385 e n. 1.

¹³ ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, 384.

sale fra l'azione od omissione individuale e l'evento dannoso o il pericolo che ne deriva»¹⁴, senza più precisare, come era per il Kunkel, che si tratti di nesso con un fatto colpevole. In sostanza, per i giuristi classici il sistema della responsabilità avrebbe conosciuto il solo dolo come criterio soggettivo di responsabilità; il resto era ridotto alla responsabilità oggettiva, con un perno nella responsabilità per custodia.

La prima solida reazione a questo modo di vedere la si ebbe da parte del Marton¹⁵, che, in sostanza, spiegò che non era necessario negare la responsabilità per colpa ove si volesse adottare un sistema oggettivo, perché tale è pure – con tutti i suoi atteggiamenti tradizionali e comprese le graduazioni del criterio – quello stesso della responsabilità per colpa.

Toccò a me di precisare allora che un discorso sulla responsabilità basato sulle nozioni di responsabilità soggettiva e oggettiva poteva riuscire equivoco¹⁶, rivedere il concetto della responsabilità (senza colpa) per custodia¹⁷, cercar di ricostruire la nozione e la tipologia interna della responsabilità per colpa e i nessi (già percepiti dal Marton) fra la colpa contrattuale e quella aquiliana¹⁸, e precisare il punto di vista dei giuristi classici, che intendevano i criteri di responsabilità come corrispondenti a prestazioni sussidiarie dovute dal debitore¹⁹. Questa revisione, che restituiva all'opera della giurisprudenza classica un sistema di responsabilità incentrato sulla colpa, ebbe successo soprattutto per opera del Kaser, il cui manuale – che nella prima edizione aveva l'occhio attento alle tesi del Marton²⁰ e nella seconda considerava favorevolmente le mie²¹ – acquistò presto fra tutti i romanisti l'autorità che ancora conserva.

La letteratura successiva andò ancora più in là. La reazione alla critica interpolazionistica si è fatta radicale, per cui si tende ad accettare come classico praticamente tutto il contenuto dei testi giustinianeî in materia di responsabilità: ne proviene una concezione essenzialmente soggettiva (di soggettivo e oggettivo si ritorna a parlare nel modo più tradizionale²²) della responsabilità contrattuale romana

¹⁴ ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, 380.

¹⁵ Vedi soprattutto: MARTON, *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, in RIDA 3 (1949 = Mél. De Visscher II), 177 ss.

¹⁶ CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milano 1966, 17 ss.

¹⁷ *Ricerche*, I, 23 ss.

¹⁸ *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico (corso Cagliari 1967/68)*, Milano 1969.

¹⁹ *Per lo studio*, 7 ss.; poi, più analiticamente, CANNATA, *Die vertragliche Haftung in der Sicht der römischen Juristen*, in *Studi Cagliari*, 47 (1971/72), 25 ss.

²⁰ KASER, *Das römische Privatrecht I*¹, München 1955, 419 ss.

²¹ KASER, *Das römische Privatrecht I*², München 1971, 502 ss.

²² Vedi però VOCI, *op. cit.*, in SDHI 56 (1990), 31. Cerca di chiarire – con qualche buono spunto, ma in modo un po' confuso – i concetti ROBAYE, *Responsabilité objective et subjective en droit romain. Questions de terminologie et de méthode*, in TR 58 (1990), 354 ss. (vedi in part. 353 ss.).

nel periodo classico, basata sui criteri del dolo e della colpa, ammettendosi anche la classicità delle graduazioni di questa²³.

2. – Date queste premesse, suscita un po' di meraviglia il fatto di vedere pubblicato nel 1991 un libro, scritto per sostenere che, a partire dalla fine della repubblica, si cominciò in Roma, assai timidamente ed in un modo rimasto imperfetto per tutta l'epoca classica, a parlare di diligenza e colpa in relazione ai *bonae fidei iudicia*, proponendosi precisamente che «proprio in tale sede processuale, attraverso la riflessione sulle possibili esplicazioni della *bona fides*, il *iudex*, nell'esercizio della sua attività, abbia enucleato casi di condotta, anche non dolosa, ad essa contrari e, di conseguenza, abbia creato – probabilmente senza avere la pretesa ed anzi senza avere avuta magari neanche la consapevolezza di innovare in qualche modo il 'regime' esistente – una tipologia di figure di responsabilità riconducibili alla nozione di *culpa*» (p. 20)²⁴. Questo curioso atteggiamento della tesi della de Falco non dipende certo dalla circostanza che l'autrice non sia al corrente della letteratura – quella specifica sui temi della responsabilità e quella che le sta attorno – ovvero non ne abbia compresi i problemi, ma piuttosto nella scelta, che essa fa, degli avversari da affrontare, come rappresentanti di una “letteratura dominante” dalla quale prender le mosse per superarla, o, come ella si esprime, degli «studi che ... costituiscono ... le tesi a cui, a mo' di paradigma, per un verso o per un altro, più o meno consapevolmente, tutti gli autori moderni si sono rifatti» (p. 22). Ora, i due autori ai quali l'a. attribuisce un tal ruolo appartengono entrambi ancora (senza volerne con ciò classificare l'intera metodologia, ché sarebbe evidentemente sciocco, ma solo per collocarli nella storia della dottrina sulla responsabilità contrattuale) alla corrente interpolazionista: si tratta dell'Arangio-Ruiz e del Betti (p. 22; 29 ss.; 36 ss.). Sul ruolo,

²³ Un vasto contributo è dovuto alla numerosa serie di articoli dovuti a G. MACCORMACK, di cui mi limito qui a citare *The Liability of the tutor in Classical Roman Law*, in *The Irish Jurist* 5 (1970), 164 ss.; *Custodia and Culpa*, in *ZSS* 89 (1972), 149 ss.; *Culpa*, in *SDHI* 38 (1972), 123 ss.; *Factum debitoris and culpa debitoris*, in *TR* 41 (1973), 59 ss.; *Aquilian Culpa*, in *Daube noster*, Edinburgh and London 1974, 201 ss.; *Periculum*, in *ZSS* 96 (1979), 129 ss.; *Further on Periculum*, in *BIDR* 82 (1979), 11 ss.; *Juristic Use of the Term dolus: contract*, in *ZSS*, 100 (1983), 520 ss.; *Sciens dolo malo*, in *Sodalitas (scritti Guarino)*, 3, Napoli 1984, 1445 ss.; *Dolus in Republican Law*, in *BIDR* 88 (1985), 1 s.; *Dolus in the Law of the Early Classical Period*, in *SDHI* 52 (1986), 236 ss.; *Standards of Liability in Roman Law* (in corso di pubblicazione su *Index* 21 [1993]). Si veda ancora, soprattutto, TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50, 17, 23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, I, Bari 1984; ROBAYE, *L'obligation de garde*, Bruxelles 1987. Per le graduazioni della colpa vedi in particolare il citato articolo del VOICI, in *SDHI* 56 (1990), 29 ss.

²⁴ La meraviglia non cessa anche se si tiene conto che il volume della De Falco è una tesi di dottorato, e pertanto la tesi è stata fissata nel 1987 con la proposizione del programma di studio individuale, sicché l'a. non ha potuto valersi di certi lavori recenti (vedi p. 20 n. 10), il cui contenuto coincide con sue idee, specie quella sull'elaborazione nell'ambito dei *bonae fidei iudicia* degli spunti di responsabilità per colpa (TAFARO, *Criteri di imputazione della responsabilità contrattuale e 'bona fides': brevi riflessioni sulle fonti romane e sul codice civile italiano*, in *Studi Biscardi*, 6, Milano 1987, 31 ss.; MARONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989, 584 ss.).

nella materia in questione, dell'opera dell'Arangio-Ruiz si è già brevemente parlato (e si veda ancora l'a., a p. 29-35); quanto a quello del Betti (sul pensiero del quale p. 36-43), è più difficile comprendere perché la de Falco gli attribuisca un ruolo centrale nella storia della letteratura in materia di responsabilità contrattuale, tanto più che essa non fa particolarmente riferimento all'opera sua rimasta in tale settore più viva, quella sul *periculum*²⁵, ma piuttosto al corso del 1958 *sull'Imputabilità dell'inadempimento* e alle pagine dedicate nelle *Istituzioni* al tema dell'imputabilità²⁶. Rispetto al pensiero corrente al suo tempo, il Betti era un critico: malgrado pensasse ad una profonda modifica in senso soggettivo nel pensiero giuridico postclassico e giustiniano, egli non condivideva né i risultati della critica interpolazionistica (preferendo spesso pensare alla possibilità di una *duplex interpretatio*), né l'idea dell'assenza della nozione di colpa dal pensiero e dalla terminologia classica, operando una sorta di reinterpretazione della colpa in termini "oggettivi", non corrispondente a quella del Marton, ma di genere affine. Solo che, come gli era abituale, egli ragionava costruendo schemi dommatici assai personali, usando le fonti – lette in modo ardito o talora adottando la critica interpolazionistica per piegarle ai suoi schemi – come mezzi d'espressione della sua propria dommatica. Sicché, in generale, quel che nell'opera del Betti può costituire un parametro sono le sue concezioni teoriche più che non i risultati esegetici o le ricostruzioni storiche.

3. – Il centro di gravità del lavoro della de Falco è comunque costituito dalle esegesi che essa propone nel secondo capitolo (che reca un titolo in verità un po' troppo arditamente ampio: «Casistica della responsabilità 'contrattuale' per colpa»; p. 53-106). Si tratta di 10 casi (o 10 problemi, non sempre trattandosi di casi veri e propri), di vario interesse:

a) *Le mercedi relative alla cosa venduta*²⁷ (pp. 53-61). Si prendono le mosse da

D. 18, 1, 68 pr. (Proc. 6 *epist.*): Si, cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse, existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa.

Il senso della soluzione (l'a. lo comprende bene: p. 56 s.) è il seguente: il venditore, che si sia impegnato a prestare al compratore le mercedi percepite per la cosa venduta, sarebbe indotto – per la mancanza di un proprio interesse – a non solle-

²⁵ BETTI, 'Periculum'. *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi de Francisci*, 1, 133 ss.

²⁶ BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 2, 1, Padova 1962, 332 ss.

²⁷ I titoli che do ai singoli punti non sono quelli dei corrispondenti paragrafi del libro recensito: si tratta di indicazioni d'argomento costruite da me.

citare adeguatamente il *conductor* ai pagamenti ancora dovuti; ciò non è ammissibile: egli deve diligentemente procurarsi le somme che, secondo il contratto, trasferirà poi al compratore. Nel testo, la parte '*id est-culpa*' è considerata dall'a. «una chiarissima glossa» (p. 54); ciò che precede è invece genuino, «salva qualche abbreviazione o limatura» (p. 55). Quanto al tenore della decisione di Proculo (*te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere*) la de Falco osserva che il giurista si esprimeva in modo «singolare ed equivoco», «con una terminologia per noi, ma già per i suoi colleghi tardo-classici e loro epigoni, imprecisa ed apparentemente contraddittoria» (p. 56), perché non parlava di dolo e colpa ma di buona fede e diligenza. Tutto ciò proverebbe, da un lato, che all'epoca di Proculo il problema della responsabilità per colpa del venditore, nel caso in esame, era già stato posto, e probabilmente lo era stato anzitutto nella prassi, nel senso che i giudici dei giudizi di buona fede si erano già orientati «a condannare anche per mancanza di diligenza nell'adempimento» (p. 58), mentre i giuristi non avevano ancora elaborato una tale interpretazione del principio di buona fede, inteso ancora tradizionalmente come esigenza dell'assenza di un comportamento doloso; Proculo faceva dunque un primo passo nel nuovo senso, ma, proprio perché si trattava di un primo passo, la terminologia relativa non era ancora ben costruita: «il 'regime' a cui fa riferimento Proculo non era ancora ben definito, chiaro ed indiscusso. Altrimenti egli non avrebbe usato una sorta di perifrasi per esprimersi». In sostanza saremmo qui agli inizi di quella costruzione che secondo l'Arangio-Ruiz permise ai giuristi di introdurre spunti di responsabilità per colpa attribuendo una certa elasticità alla nozione di dolo²⁸, costruzione che invece per l'a. rappresenta, come si è visto, l'accettazione da parte dei giuristi di istanze provenienti dalla prassi dei giudizi di buona fede.

Ma, in realtà, un tale apprezzamento della decisione di Proculo e del suo tenore si basa anzitutto su di un equivoco²⁹: infatti, l'espressione '*bonam fidem praestare*', che Proculo usava, non può fare allusione al criterio enunciato nell'*intentio* dell'*actio empti* (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*), che è quello della buona fede oggettiva, e quindi è criterio per determinare quel che *praestatur*, e non condotta che *praestatur* essa stessa. '*Praestare bonam fidem*' significa «assicurare alla controparte un comportamento di buona fede» in senso soggettivo, il che equivale esattamente a '*dolum (abesse) praestare*'. Sicché, dicendo '*non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere*' Proculo diceva esattamente che il venditore deve '*non solum dolum, sed etiam culpam praestare*', precisando altresì l'assenza di colpa come impiego della diligenza: e ciò non solo perché qui di diligenza si tratta e non di altra specie di colpa, ma perché il comportamento diligente dovuto è in questo caso un comportamento attivo, ed il dovere positivo (con la conseguente re-

²⁸ Questa nozione di «dolo elastico» (vedi i luoghi della *Responsabilità contrattuale* di Arangio-Ruiz citati nelle note di p. 31) è – a ragione – criticata dalla de Falco, in part. a p. 57.

²⁹ L'equivoco parrebbe provenire in particolare da un atteggiamento del Betti (cit. a p. 54 n. 2).

sponsabilità per l'omissione) è sovente espresso nelle fonti – fino a Giustiniano – con l'allusione diretta alla *diligentia* appunto.

D'altra parte, il responso di Proculo ha una ragion d'essere particolare, che non dipende affatto dalla novità – per l'epoca – della tematica generale, ma da uno speciale atteggiamento del contratto interpretato. In esso, le parti non avevano convenuto (come invece nel caso risolto da Celso in Ulp. D. 19, 1, 13, 16 che si vedrà fra poco) *ut venditor praeteritam mercedem exigat et emptori praestet*, cioè che il venditore si sarebbe personalmente occupato della riscossione ed avrebbe trasmesso il ricavato al compratore, ma semplicemente '*quod mercedis nomine a conductore exigisses, id emptori accessurum esse*', vale a dire che il venditore avrebbe trasmesso al compratore le mercedi incassate: il che si sarebbe potuto anche intendere nel senso che l'obbligazione del venditore sorgesse unicamente col fatto di avere incassato le mercedi, e quindi non dovesse essere assistita che da un'obbligazione sussidiaria di *dolum praestare*, la quale gli avrebbe impedito, ad esempio, di fare al *conductor* una remissione del debito per le mercedi dovute. Proculo, nel dettare la propria soluzione, teneva conto evidentemente del fatto che il compratore non avrebbe potuto incassare le mercedi, che la vendita gli destinava, senza la collaborazione del *venditor*, che di tali mercedi era creditore, e quindi addossava a costui, in proposito, un dovere di diligenza, al quale egli si sarebbe conformato procedendo all'incasso ed eventualmente esercitando contro il *conductor* la relativa azione ovvero cedendola all'*emptor*.

Di seguito all'esame di Proc. D. 18, 1, 68 pr. (p. 58 ss.) la de Falco cita il frammento ulpiano

D. 19, 1, 13, 16 (Ulp. 32 ed.): In his autem, quae cum re empta praestari solent, non solum dolum, sed et culpam praestandam arbitror: nam et Celsus libro octavo digestorum scripsit, cum convenit, ut venditor praeteritam mercedem exigat et emptori praestet, non solum dolum, sed et culpam eum praestare debere.

asserendo che «Celso si era posto proprio il problema di Proculo» (p. 59); ma ciò – come si è anticipato – non è affatto vero. Ulpiano parla di '*his ..., quae cum re empta praestari solent*', che significa "delle cose che è d'uso pattuire si debbano prestare dal venditore assieme alla cosa venduta", e cita una soluzione di Celso relativa alle mercedi arretrate, per le quali il patto prevedeva l'esazione (*exigat*) da parte del *venditor* e la prestazione da parte di questi al compratore (*emptori praestet*). Ulpiano enuncia in proposito una regola generale, che egli pare desumere dalla soluzione di Celso (ma possiamo pensare che egli originariamente citasse anche altri precedenti, magari quello stesso di Proculo): ma poiché la soluzione casistica di Celso, come si è visto, se guardata dall'angolo di quella di Proculo, è ovvia – perché il venditore qui si è espressamente impegnato ad *exigere* –, si deve pensare che il caso pratico risolto da Celso presentasse aspetti di fatto diversi, per esempio che il compratore lamentasse l'eccessiva inerzia del *venditor* nell'escutere il *conductor*. Secondo la de Falco, il testo di Ulpiano sarebbe «davvero tutto di fattura

compilatoria», ma la soluzione adottata sarebbe ugualmente da attribuirsi a Celso (p. 60): dal che essa desume, non è chiaro come, la conferma della sua «ipotesi ... che l'emersione della colpa quale momento subiettivo su cui fondare una condanna, e dunque una responsabilità, non è dovuta all'attività creativa dei *iurisperiti*, non, almeno, alla *scientia iuris* che si manifestava negli scritti preclassici e della prima età classica, bensì è avvenuta nell'ambito del processo, ad iniziativa dei giudici, ... magari talvolta inconsapevoli delle conseguenze sul piano tecnico, perché spinti essenzialmente dal 'buon senso' e dal recepimento inconscio delle aspettative dell'utente comune del diritto» (p. 61).

b) Attività imposte dal proprietario allo schiavo venduto (pp. 61-67).

D. 19, 1, 54 pr. (Lab. 2 *pitb.*): Si servus quem vendideras iussu tuo aliquid fecit et ex eo crus fregit, ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti, quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti, quod etiam non vendito servo imperaturus eras. PAULUS: Minime: nam si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, culpa tua id factum esse videbitur: puta enim eum fuisse servum, qui per catadromum descendere aut in cloacam demitti solitus esset. idem iuris erit, si eam rem imperare solitus fueris, quam prudens et diligens pater familias imperaturus ei servo non fuerit. quid si hoc exceptum fuerit? tamen potest ei servo novam rem imperare, quam imperaturus non fuisset, si non venisset: veluti si ei imperasti, ut ad emptorem iret, qui peregre esset. nam certe ea res tuo periculo esse non debet. itaque tota ea res ad dolum malum dumtaxat et culpam venditoris dirigenda est.

La de Falco considera la decisione di Labeone (che nel titolo del paragrafo qualifica di «'ellittica', impacciata») come basata sui criteri della frequenza e necessità delle attività imposte allo schiavo (p. 66, ma vedi la più analitica descrizione di p. 64): vi sarebbe già «una certa attenzione all'atteggiamento soggettivo del *venditor*»; sarebbe così superata, «certamente, una valutazione della responsabilità di tipo obiettivistico o fondata sull'esclusiva rilevanza del dolo», anche se Labeone non approderebbe, con ciò, «neppure ad una visuale propriamente subiettivistica, alla Proculo» (p. 67). La nota di Paolo è invece incentrata sulla nozione subiettiva della colpa: peccato che questa parte del testo sia probabilmente interpolata, per cui, quale fosse l'effettiva soluzione (comunque critica rispetto a Labeone) di Paolo «non è dato sapere» (p. 66). La frattura fra le due opinioni sarebbe comunque «apparente o, per lo meno, parziale»; si tratterebbe di «una evoluzione», più che di «un brusco cambiamento, del regime della responsabilità» (p. 66).

In realtà il testo (che documenta, come ad esempio ancora Ulp. Paul. D. 19, 2, 62, la contrapposizione fra la mente limpida, veramente "classica" di Labeone, che sa dettare criteri precisi e funzionali ma nel contempo agevoli da verificare al momento dell'assunzione delle prove, e la un poco ingenua acribia astratteggiante di Paolo) permette di toccare con mano l'inconsistenza dell'interpretazione della colpa come un criterio "soggettivo". Il criterio della colpa esige la comparazione fra un comportamento individuale concreto e quello proprio di un modello astratto di contraente corretto. La differenza tra la soluzione di Labeone e quella di Paolo ri-

siede tutta nella differente scelta del modello, rispetto al quale misurare il contegno del venditore: Labeone suppone – trattandosi del caso normale, al quale il suo *pithanon* si riferisce – che lo schiavo sia stato comprato per eseguire attività analoghe a quelle che egli svolgeva già presso il venditore, e che quindi egli sia abituato a svolgere ed in grado di svolgere; il venditore non sarà dunque in colpa se prosegue, fino alla consegna al compratore, a richiedere allo schiavo le stesse attività; il modello per misurare il comportamento del venditore dopo la vendita è rappresentato dunque da quello del venditore stesso prima della vendita. Per Paolo, invece, il venditore, una volta venduto lo schiavo, è tenuto a conservarlo per il venditore, sicché gli si impone un modello estraneo, quello del *prudens et diligens pater familias*, che prescinde da quelle capacità e attitudini dello schiavo, che sono le stesse in ragione delle quali egli è stato offerto e comprato; e Paolo è talmente dominato da questa visuale, che arriva a dire un'assurdità quando, per converso, dichiara che le attività “nuove” non devono per ciò stesso essere ascritte a colpa del venditore, in quanto questi, ad esempio, sarà sempre nel giusto ove ordini allo schiavo di raggiungere il venditore (realizzando la sua propria *traditio*), anche se questi sia in viaggio (*veluti si ei imperasti, ut ad emptorem iret, qui peregre esset*): mentre pare proprio evidente che un simile ordine non possa essere dato (senza il consenso del compratore) ad un qualunque schiavo, col rischio di imbarcarlo in un'impresa – come un viaggio di una certa complessità – alla quale egli non è affatto aduso. Non c'è dunque differenza tra Labeone e Paolo quanto agli schemi tecnici del regime della responsabilità, che per entrambi è responsabilità per colpa; la differenza sta nel modo concreto di determinare le linee e i limiti del comportamento colpevole.

c) Ulp. Ner. D. 19, 1, 11, 7-8 (p. 67 s.), che qui viene considerato, riguarda il problema della consapevolezza da parte del venditore dell'esistenza dei vizi redibitori, e quindi l'a. ha torto nel riferirlo ai problemi della responsabilità per colpa.

d) *Un problema in tema di vendita dell'eredità* (pp. 68-70). La de Falco difende la genuinità di Pomp. D. 18, 4, 3 (*si venditor hereditatis exactam pecuniam sine dolo malo et culpa perdidisset, non placet eum emptori teneri*) contro l'ipotesi dell'Arangio-Ruiz, che vi pensava insiticia la menzione della colpa per il confronto con Ulp. D. 18, 4, 2, 5, ove la responsabilità è limitata al dolo, anche se estesa (per un'interpolazione secondo l'Arangio-Ruiz, in ciò seguito dall'a.) alla colpa lata. La de Falco ha ragione a dire che il parallelo non è probante: ma essa ricorre all'argomento della diversa provenienza cronologica dei due pareri («Pomponio soprattutto nell'età degli Antonini, ed Ulpiano sotto i Severi»), invece di notare semplicemente che i due testi si riferiscono ad ipotesi diverse (Ulp. D. 18, 4, 2, 5 riguarda il caso in cui *quid dolo malo factum est, quo minus ad eos perveniat*). In questa linea, essa ipotizza che il passo di Pomponio proponesse con cautela una soluzione al suo tempo alquanto ardita: ma questa ipotesi si basa soprattutto sul fatto che Pomponio enuncia la soluzione basata sulla colpa impiegando il verbo *placere*, «indicativo più di una valutazione personale, o meglio di un orientamento non generalizzato, che di una conclusione diffusa e generalizzata» («Si potrebbe addirittura presume-

re che egli si sia espresso con il verbo *placere* proprio per smorzare l'effetto che poteva produrre l'inserzione del termine *culpa* su qualche lettore contemporaneo più conservatore»; p. 70). Invece, come è noto, *placet* è proprio il verbo col quale i giuristi indicano le soluzioni giurisprudenziali in genere; se vi è un soggetto determinato (*Iuliano placet, mihi placet*) si tratta di un'opinione personale (autorevole), ma se, come nel testo, il *placet* è impersonale, l'allusione è proprio ad una soluzione generale condivisa.

e) *Caso della 'villa' distrutta da un incendio provocato dallo schiavo del 'conductor'* (pp. 70-77). Il testo esaminato è particolarmente interessante³⁰, perché in esso sembrerebbe (come pensa, probabilmente a ragione, l'a.) che, per il tramite di Alfeno, siamo in presenza di un responso di Servio:

D. 19, 2, 30, 4 (Alf. 3 *dig. a Paulo epit.*): *Colonus villam hac lege acceperat, ut in in-corrup-tam redderet praeter vim et vetustatem: coloni servus villam incendit non fortuito casu. non videri eam vim exceptam respondit nec id pactum esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse.*

La de Falco (che propende a condividere i sospetti della dottrina sulla parte finale del testo, da '*nec*' in poi) intende la soluzione come basata su di una *culpa in eligendo*: «Il conduttore è responsabile per la scelta inopportuna dei propri collaboratori³¹, e tanto non occorre sia specificato nella *lex conductionis*, perché fa parte del contenuto tipico del *contractus* di *locatio*» (p. 73). L'idea della *culpa in eligendo* non è forse estranea alla soluzione, ma non si deve perdere di vista il fatto che il responso è interpretativo di un patto aggiunto: e non ha importanza il fatto che la responsabilità alla quale tale clausola si riferisce corrisponda in qualche modo alla responsabilità tipicamente connessa con il contratto in questione. La presenza del patto ha come effetto che ad esso, e solo ad esso, si dovrà fare riferimento per stabilire il regime da applicarsi nel caso concreto alle materie che esso concerne. L'autore del responso decideva dunque semplicemente che le parole '*praeter vim*' della convenzione aggiunta non possono essere interpretate come allusive ad una *vis* proveniente dall'interno della sfera giuridica del *conductor* stesso.

f) *Due casi di responsabilità del 'navicularius'* (pp. 77-80). L'a. prende in considerazione due paragrafi di un testo di Ulpiano, con un riferimento iniziale a Labeone:

³⁰ Nella seconda parte della sua esegesi, l'a. fa riferimento anche a Ulp. Serv. D. 19, 2, 15, 2 (per il quale nota solo la risalenza al pensiero di Servio, p. 74) e a Lab. Iav. D. 19, 2, 60, 7 (p. 74 ss.), che considera troppo alterato per poterne trarre una qualche conclusione (vedi p. 77).

³¹ In realtà, se il testo venga ridotto – come propone l'a. – alla sola prima parte, non vi risulterebbero considerati i "collaboratori", ma solo gli schiavi. Ove si ritenga il passo interamente integro (e non vi vedo difficoltà alcuna) esso non si riferirebbe ancora ai collaboratori, ma in genere alle persone di casa (*aliquis domesticus*).

D. 19, 2, 13, 1 (Ulp. 32 *ed.*): Si *navicularius* onus *Minturnas* vehendum conduxerit et, cum flumen *Minturnense* navis ea subire non posset, in *aliam* navem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus *navicularius*? Labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum. 2: Si *magister* navis sine *gubernatore* in flumen navem immiserit et tempestate orta temperare non potuerit et navem perdiderit, vectores habebunt adversus eum ex locato actionem.

Per la *de Falco* il testo proverebbe, col richiamo a Labeone nel § 1, che «all’inizio del *principatus* il problema della responsabilità contrattuale per comportamento colposo era ‘all’ordine del giorno’» (p. 77), ma solo questo. Infatti, mentre da un lato è certo che Ulpiano doveva citare al proposito Labeone (p. 77 s.), sarebbe d’altra parte impensabile che questi adottasse una così chiara impostazione del problema in termini di colpa, dato che in materia lo abbiamo già visto così «impacciato» (p. 78: l’a. si riferisce alla sua esegesi di D. 19, 1, 54 pr., che abbiamo già esaminato *sub b*); la menzione della colpa all’inizio del testo sarebbe così da considerarsi spuria, come spuria sarebbe (perché «chiara glossa esemplificativa») «la successiva specificazione di possibili ipotesi di colpa» (cioè ‘*ceterum-agendum*’); ciò sarebbe già stato visto dalla critica interpolazionistica³², ma essa va più in là, considerando interamente insitico il § 2. In realtà, come Labeone non era affatto impacciato in D. 19, 1, 54 pr., così non lo è qui: la sua soluzione è perfettamente coerente (di ciò pare accorgersi l’a. stessa: «il ‘caso’ ... non altrimenti poteva essere posto se non in termini di colpa», p. 77), l’indicazione delle ipotesi di *culpa* è assolutamente funzionale all’analisi del caso, il § 2 non è «quasi una prosecuzione della glossa precedente dovuta a completomania» (come vorrebbe l’a. a p. 78), ma riguarda una situazione del tutto diversa, che Ulpiano trattava qui perché legata alla precedente *ratione materiae* (problemi di navigazione fluviale, responsabilità del *navicularius* e del *magister navis*).

g) *Celso e la colpa-imperizia* (pp. 80-87). Il testo esaminato, sebbene contenga una casistica, consiste piuttosto in una definizione dommatica:

D. 19, 2, 9, 5 (Ulp. 32 *ed.*): *Celsus* etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarcendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.

Si tratta, in effetti, di uno dei testi più importanti fra quelli che ci permettono di ricostruire le tappe della costruzione dommatica che i giuristi romani fecero della nozione di colpa in ordine alla responsabilità (contrattuale ed aquiliana) nel diritto privato, accanto in particolare a Q. Muc. in Paul. D. 9, 2, 31 (*sed Mucius*

³² L’a. (p. 77 n. 25) non si richiama in verità che a BESELER, ricordando la contraria opinione del BRETONNE (*Tecniche*², 154).

etiam dixit ... culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esse, cum periculum evitari non possit) e Cels. Nerva Proc. D. 16, 3, 32 (*Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimam videtur ...*). Ogni ipotesi di interpolazione del passo (ne sono state fatte e l'a., che come vedremo vi aderisce parzialmente, ne dà un resoconto, in part. alla n. 31 di p. 82 s.) non può derivare che da incomprendimento del suo limpido dettato o da pregiudizi derivati da una cattiva ricostruzione della storia del pensiero giuridico, in cui esso si inserisce. Celso, formulando la sua riflessione, non inventava né la responsabilità per colpa né quella per l'imperizia³³; solo spiegava che l'imperizia è una specie della colpa, e precisamente che si tratta del criterio da impiegarsi (invece di quello della negligenza) per l'apprezzamento di una prestazione che rivesta carattere tecnico, criterio da applicarsi quando la parte che si sia assunta la relativa obbligazione lo abbia fatto addivenendo al contratto in qualità di esperto della tecnica in questione (*artifex*)³⁴. Va ancora notato³⁵ che Celso tratta nel testo di problemi di responsabilità (poiché parla della *culpa*), e quindi ha di mira le ipotesi in cui il *conductor* abbia, per imperizia, reso impossibile la restituzione della cosa nello stato in cui avrebbe dovuto restituirla (bestiame perito o danneggiato, abito infeltrito o compromesso da riparazioni male eseguite: casistica analoga dunque a quella relativa al medico in Ulp. Proc. D. 9, 2, 7, 8; Gai. D. 9, 2, 8 pr. e a quella del *diatretarius* e del gioielliere in Ulp. D. 9, 2, 27, 29; D. 19, 2, 13, 5), non invece, come pare pure credere l'a. (p. 84 s.), il problema della buona esecuzione dell'attività in sé: che è problema di adempimento e non di responsabilità, per il quale dunque i criteri di responsabilità non vengono in considerazione. Ora, per la de Falco, l'inizio del frammento «sembra avere il sapore di una massima di stampo postclassico-giustiniano» (p. 85), la fine del testo è ripetitiva dell'inizio, solo che la prima deduce quanto si induce nella seconda, sicché l'interpolazione iniziale rende il testo funzionale allo sforzo di ridurre l'imperizia a colpa secondo il metodo giustiniano di costruire il problema della responsabilità incentrandolo sulla nozione di colpa (p. 86); per quel che riguarda Celso, il frammento solo «corroborava la tesi della predisposizione del nostro giurista al tema della responsabilità ed all'accoglimento di formulazioni di criteri di attribuzione della stessa più avanzati e più rispondenti al funzionamento dei *contractus* retti dalla *bona fides*» (p. 87). Il che significa, in sostanza, che il testo di D. 19, 2, 9, 5, da cardine del-

³³ Sulla responsabilità per *imperitia* era da tempo basata, in particolare, la responsabilità dell'appaltatore di opere edilizie, per la quale vedi ad es. Lab. Paul. D. 19, 2, 62.

³⁴ Anche ove si tratti di un *artificum vulgare*; vedi, con riferimento alla *sarcinatrix* e alla *textrix*, Gai. D. 15, 1, 27 pr.; anche Ulp. Cels. D. 17, 2, 52, 2.

³⁵ Si deve anche precisare che la casistica del testo non si riferisce ad ipotesi di *locatio operis*, come invece dice l'a. (p. 81), seguendo la classificazione della *locatio* elaborata nell'epoca intermedia: per i giuristi romani l'*opus locare* corrispondeva all'assunzione, da parte del *conductor*, della realizzazione di un oggetto non esistente al momento del contratto, e non di una semplice attività (anche se di elaborazione) compiuta su di un oggetto già esistente: cfr. il notissimo Paul. Lab. D. 50, 16, 5, 1.

la dottrina della responsabilità contrattuale, viene ridotto al rango di una borchia mediocrementemente esornativa.

h) I danni cagionati al fondo locato dagli schiavi o dagli ospiti del conduttore (pp. 87-93). Il testo considerato è

D. 19, 2, 11 pr. (Ulp. 32 *ed.*): Videamus, an et servorum culpam et³⁶ quoscumque induxerit praestare conductor debeat? et quatenus praestat, utrum ut servos noxae dedat an vero suo nomine teneatur? et adversus eos quos induxerit utrum praestabit tantum actiones an quasi ob propriam culpam tenebitur? mihi ita placet, ut culpam etiam eorum quos induxit praestet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites: et ita Pomponius libro sexagesimo tertio ad edictum probat.

Il discorso svolto dall'a. al proposito è diretto a individuare la formazione dell'idea di una *culpa in eligendo*, che essa ritiene sia stata così qualificata «all'età di Giustiniano» (p. 88) ma con radici nel diritto classico, piuttosto incerte per altro: «Ravvisare nel testo un riferimento alla *culpa*, nella specie della *culpa in eligendo*, sembra troppo ardito. Però è possibile leggersi per lo meno un abbozzo di problematica concernente il comportamento colposo. E ciò non per la quadruplici menzione della *culpa* – che del resto, per le prime tre volte, assume il significato di “fatto imputabile” →» (d'accordo: ma imputabile a titolo di colpa!) «ma per i seguenti motivi. Proprio il fatto che il conduttore è tenuto *suo nomine*, quando potrebbe operare la *noxae deditio* del servo che ha compiuto l'illecito o cedere le azioni contro il terzo, costituisce un aggravio incomprensibile se non si ipotizza una sua manchevolezza: manchevolezza che è costituita da un comportamento non conforme alla *bona fides* (al posto della frase sospettata '*si tamen culpam ... vel hospites*' poteva essercene – chissà – un'altra di contenuto analogo, ma allusiva alla *bona fides!*)» (p. 89; al proposito viene poi citato, a p. 92, il § 2 dello stesso D. 19, 2, 11). In ciò, come si vede, e nel seguito del suo commento, l'a. dice cose pertinenti (accanto ad altre meno accettabili, come l'ipotesi di interpolazione finale). Quel che non può convincere è la considerazione un po' troppo isolata del frammento, che va inserito nell'insieme della problematica della responsabilità (contrattuale e no) per il fatto altrui, problematica che risale ben più in là dell'opera di Ulpiano.

I casi di responsabilità per il fatto altrui possono essere costruiti tanto come attribuzioni di rischio quanto come estensioni della responsabilità di un soggetto. Così, ad esempio, la colpa dei collaboratori del *conductor* che esegua il servizio dovuto può venire semplicemente equiparata alla colpa del *conductor* stesso³⁷. Del fatto di un incaricato ad eseguire un'attività che interessa un terzo, può dirsi che ri-

³⁶ A questo punto va inserito un '*eorum*'.

³⁷ Gai. D. 19, 2, 25, 7. Analogo atteggiamento in Pomp. D. 7, 1, 65 pr. Ancora, per la *redhibitio* di uno schiavo venduto e consegnato, nel contesto di Ulp. D. 21, 1, 25 pr.-5, si legga Ulp. Ped. D. 21, 1, 25, 4.

sponde chi ha dato l'incarico, perché a suo rischio ha scelto la persona destinata ad eseguirlo, precisandosi anche che la ragione della soluzione sta nel fatto che la cattiva scelta dell'incaricato va imputata a chi l'ha fatta³⁸: questo orientamento suggerisce l'idea che la responsabilità per il fatto altrui sia giustificata da una *culpa in eligendo* (come si suol dire, poiché l'espressione non è, né sarà mai in seguito, propriamente tecnica, ma solo descrittiva). L'idea è certo romana, e compare nelle fonti sotto profili diversi. In quelle già citate nelle note precedenti essa, come si è visto, pare essere unicamente una giustificazione dell'attribuzione del rischio; con una simile concezione concordano i passi in cui la *culpa in eligendo* funziona come colpa presunta³⁹, ma ve ne sono altri – come quello qui considerato – nei quali la *culpa in eligendo* appare come oggetto di specifica prova⁴⁰, atteggiamento forse da collegare ad una posizione dei giuristi della fine della repubblica e fino a Labeone, che paiono aver costruito la responsabilità per il fatto dei dipendenti direttamente come responsabilità per fatto proprio⁴¹.

³⁸ Ulp. D. 13, 6, 10, 1 + Paul. D. 13, 6, 11 + Ulp. D. 13, 6, 12 pr. Nello stesso senso: Ulp. D. 13, 6, 12, 1 (*Commodatam rem missus qui repeteret cum recepisset, aufugit. si dominus ei dari iusserat, domino perit: si commonendi causa miserat, ut referretur res commodata, ei [qui commodatus] <cui commodata> est*).

³⁹ In questo senso si esprimono i testi che trattano della responsabilità (quasi-delittuale) sanzionata dalle azioni per furto e danno contro *nauta*, *caupo* e *stabularius*. Si veda soprattutto: Ulp. D. 47, 5, 1, 5 + Ulp. D. 47, 5, 1, 6. Anche: Gai. (ur.) D. 44, 7, 5, 6 (... *aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur* ...; cfr. I. 4, 5, 3); in un contesto analogo, Ulpiano (D. 4, 9, 7 pr.) riportava la responsabilità dell'*exercitor navis* alla semplice attribuzione del rischio (... *nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit* ...; cfr. Ulp. D. 4, 9, 7, 3: *Si servus nautae damnum dederit, licet servus nauta non sit, aequissimum erit in exercitorem actionem utilem dari*), ma in D. 4, 9, 7, 4 giustifica tale attribuzione dicendo '*culpa scilicet suae qui tales adhibuit*'. Per l'azione penale pretoria (Ulp. D. 39, 4, 1 pr.-4; 12, 1) contro il *publicanus* nel caso in cui egli stesso o la sua *familia* (per la nozione della quale Ulp. D. 39, 4, 1, 5; 12, 2) abbiano aggredito beni dei contribuenti, si legga Ulp. D. 39, 4, 3 pr. (... *quia debent bonos servos ad hoc ministerium eligere*). Testi in materia contrattuale: Paul. D. 3, 5, 20, 3; Lab. D. 19, 2, 60, 7 (*Servum meum mulionem conduxisti: negligentia eius mulus tuus perit. si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem vers[um]<o me> damnum tibi praestaturum dico: sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse: quod si sine definitione personae mulionem a me conduxisti et ego eum tibi dedissem, cuius negligentia iumentum perierit, illam quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegerem, qui eiusmodi damno te adficeret*). Un caso di *dolus in eligendo* presunto: Paul. D. 11, 6, 2, 1 (*Sed si ego tibi, cum esses mensor, mandaverim, ut mensuram agri ageres et tu id Titio delegaveris et ille dolo malo quid in ea re fecerit, tu teneberis, quia dolo malo versatus es, qui tali homini credidisti*).

⁴⁰ Ulp. D. 9, 2, 27, 9 [cfr. Coll. 12, 7, 7] (*Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis fuit* ...); Ulp. Proc. D. 9, 2, 27, 11 [cfr. Coll. 12, 7, 9, ove manca '*sed haec-fin.*'] (*Proculus ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere, et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum. sed haec ita, si culpa colonus careret: ceterum si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit. Idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit: quae sententia habet rationem*); Ulp. Pomp. D. 19, 2, 11 pr. Un testo in materia di *rei vindicatio*. Paul. D. 6, 1, 16, 1 (*Culpa non intellegitur, si navem petitam tempore navigationis trans mare misit, licet ea perierit: nisi si minus idoneis hominibus eam commisit*).

⁴¹ Alfeno (o Servio stesso, o l'altro *auditor* di cui nel testo si riporta un responso) pare esitante in

i) *La responsabilità del socio per il comportamento del terzo, di cui il socio si sia valso nella gestione della società* (pp. 94-102). Al problema – che per altro è evidentemente connesso con quello della responsabilità per il fatto altrui – l’a. dedica alcune pagine interessanti, che si devono completare con quelle che essa scrive più avanti, nel paragrafo che chiuderà il volume (cap. III, § 4, p. 134 ss.), teso a dar risposta ad un’anomalia che ha invero un po’ dirottato la dottrina. Vediamolo subito, questo problema. Si tratta della necessaria connessione degli effetti infamanti della condanna con un’azione relativa ad un fatto l’imputazione del quale al convenuto obbedisce al criterio del dolo. Ne deriverebbe «che la limitazione della responsabilità al dolo è inevitabile per quelli fra i giudizi di buona fede la cui condanna genera l’*infamia*, come i giudizi di tutela, mandato e società» (p. 135). Se le cose stessero così, una responsabilità per colpa per i casi – in particolare – di società e mandato diventerebbe difficile da ipotizzare. Ma la de Falco richiama al proposito il cap. LXXXIV della *lex Irnitana* (modellata, come si sa, sulla *lex Iulia municipalis*, cfr. L. Irnitana XCI⁴²) nel luogo dove si sottraggono alla competenza dei duumviri le azioni di società, mandato e fiducia ove il comportamento dedotto in giudizio sia doloso – e, a quanto pare – solo in tal caso⁴³. La possibilità di analoghi giudizi senza la conseguenza dell’infamia ne risulta certa, ove il dato sia fatto oggetto delle opportune riflessioni – facilmente intuibili – che l’a. presenta a p. 141 ss. La via resta dunque aperta per accettare ipotesi di responsabilità per colpa del socio e del mandatario.

Tornando ai temi discussi a p. 94 ss., il problema esaminato è quello della responsabilità del socio (S) verso il consocio (C) per gli atti compiuti dal terzo (T) che abbia compiuto atti di gestione dell’oggetto sociale per incarico del socio o meglio come socio del socio. I testi in considerazione sono anzitutto Ulp. D. 17, 2, 19-20 e

Alf. D. 18, 6, 12 (*Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest neque, si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob rem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit*), ma vedi Alf. (Paul.) D. 19, 2, 30, 4 che l’a. ha già esaminato precedentemente, e che abbiamo visto essere interpretativo di un patto aggiunto. Il primo testo riguarda solo il fatto degli schiavi, mentre il secondo si riferisce a tutte le persone di casa (*si aliquis domesticus*). Anche in Ulp. Lab. D. 19, 2, 13, 1 cit. la responsabilità non è per colpa altrui, ma per colpa (*imperitia*: scelta della nave non adatta) propria. Vedi anche Ulp. Lab. D. 19, 5, 20, 2 (*Si, cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit et, cum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. certe culpam eorum, quibus custodiendum referendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait, et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere*), ove il *periculum* si riferisce al caso del perimento fortuito presso lo schiavo incaricato del trasporto, mentre la colpa dell’incaricato è criterio della responsabilità (*culpam praestare*) di chi ha dato l’incarico.

⁴² Vedi la lett. richiamata dalla de Falco a p. 138 s. n. 45.

⁴³ Il passo recita: *Quarum rerum et ad quantam pecuniam in eo municipio i(uris) d(ictio) sit. Qui eius municipi municipes incolaeve erunt, q(ua) d(e) r(e) ii inter se suo alteri<us>ve nomin<e> qui municeps incolave sit privatim intra fines eius municipi agere petere persequi volent, quae res HS (sestertium) (mille) minorisve erit ... neque pro socio aut fiduciae aut mandati quod d(olo) m(alo) factum esse dicatur, aut depositi aut tutelae ... etc.*

D. 17, 2, 23 pr. (Ulp. 30 *Sab.*): De illo Pomponius dubitat, utrum actionem eum mandare sociis sufficit, ut, si facere ille non possit, nihil ultra sociis praestet, an vero indemnes eos praestare debeat et puto omnimodo eum teneri eius nomine, quem ipse solus admisit, quia difficile est negare culpa ipsius admissum.

Qui l'a. ha ragione di sospettare la chiusa (*quia difficile est negare culpa ipsius admissum*), che certo proviene da un glossema: ma ha torto nel considerarla un'«interpolazione ... meramente esplicativa del frammento» (p. 98) e di cercare se e come Ulpiano, anche senza menzionare espressamente la colpa, abbia potuto pensare ad essa per inquadrare questi casi: «ma si può anche ravvisare invece, nel ragionamento (implicito) ulpiano, l'idea di una responsabilità del socio per essersi rivolto al terzo: e non solo per il caso che l'abbia fatto senza una oculata valutazione sulla esperienza e abilità dello stesso, ma anche proprio per la trascuratezza e l'incuria di non aver provveduto, com'era doveroso, da sé, personalmente (magari con il consiglio di un terzo esperto), bensì di aver fatto invece agire altri» (p. 99). Ma, ciò facendo, la de Falco incorre nello stesso errore di prospettiva del glossema che si è individuato nel testo. La *ratio decidendi* del caso proposto non è nell'idea che quanto ha fatto T risalga a S perché T è stato '*culpa ipsius* [sc. di S] *admissum*'; essa risiede invece nella frase '*puto omnimodo eum* [S] *teneri eius* [T] *nomine, quem ipse solus admisit*': il fatto di incaricare qualcuno ad eseguire attività che interessano la società è un atto di gestione sociale, e dunque le conseguenze dell'attività dell'incaricato sono conseguenze di un atto del socio: per questo '*factum eius* (di T) *praestabitur societati*' (Ulp. D. 17, 2, 21) '*sicuti suum* [di S]' (Gai. D. 17, 2, 22)⁴⁴. S è il solo a disporre di un'azione contro T (Gai. D. 17, 2, 22), ed è in queste azioni che verranno in considerazione problemi di responsabilità in senso proprio. Il dubbio di Pomponio, nel frammento in esame (che sarebbe invece risolto nella chiusa, pure probabilmente un glossema, di Ulp. D. 17, 2, 21: '*id est-consecutus*') si limita al problema di sapere se S possa liberarsi nei confronti di C (o dei più C, com'è nel testo) cedendogli l'azione contro T, ovvero debba risarcirli integralmente (*indemnes eos* [C] *praestare*). Ma la soluzione di questo dilemma non rappresenta la soluzione di un problema di responsabilità, nel senso che per adottare l'una o l'altra alternativa si debba tener conto di criteri di valutazione della condotta: si tratta solo di decidere se adottare l'una o l'altra regola generale. Il § 1 dello stesso testo (che l'a. esamina di seguito, p. 99 ss.) rappresenta un complemento del pr., or ora letto:

D. 17, 2, 23, 1 (Ulp. 30 *Sab.*). Idem quaerit, an commodum, quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quod culpa praebuit, debeat, et ait compensandum. quod non est verum, nam et Marcellus libro sexto digestorum scribit, si servus unius ex sociis societati a domino praepositus negligenter versatus sit, dominum societati qui praeposuerit praestaturum nec compensandum commodum, quod per servum

⁴⁴ Nel leggere il testo di Gaio, si tenga presente che ivi T è rappresentato da più persone (soci del socio S): ... *factum quoque sociorum* [il fatto dei T] *debet* [S] *ei* [a C] *praestare sicuti suum* [di S].

societati accessit, cum damno: et ita divum Marcum pronuntiasset, nec posse dici socio: 'abstine commodo, quod per servum accessit, si damnum petis'.

Qui si pone un'analogia fra i danni causati da T (socio del socio S) e quelli causati per negligenza dallo schiavo di S; quindi la *culpa* di cui si parla all'inizio (*quod culpa praebuit*) è colpa di T e non di S. Questo l'a. lo vede bene (p. 100): ma quando poi argomenta, dicendo che questo parlar della colpa dei preposti dal socio (T e schiavo) permetta di «credere che anche l'apprezzamento delle condotte reciproche dei soci fosse improntato agli stessi, a simili, o addirittura a più rigidi parametri» (p. 100), propone un ragionamento forzato per arrivare ad una conclusione certo corretta. Il testo fondamentale in materia resta

D. 17, 2, 52, 2 (Ulp. 31 *ed.*): Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet. si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est <: pretium enim operae artis est velamentum>⁴⁵. quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire.

Testo che la de Falco conosce (p. 101 n. 51), ma che preferisce non considerare, per la sua scelta (cfr. p. 46 s. n. 95) di non prendere in esame i testi per i quali le ipotesi di interpolazione già formulate le sembrano convincenti. Il criterio di metodo è un po' strano, in un momento – come dicevo all'inizio – in cui la revisione dei risultati della critica interpolazionistica⁴⁶ rappresenta uno dei compiti principali delle nostre ricerche; riguardo a D. 17, 2, 52, 2, poi, la possibilità di un'interpolazione (almeno) sostanziale è talmente inattendibile, la rilevanza del testo, in ordine alla problematica che si pone l'a., è così essenziale (per l'analisi raffinata che vi si fa della – discussa dai giuristi – adozione del criterio della colpa in materia di società), che l'assenza di un'esegesi risulta particolarmente vistosa.

j) *La responsabilità per colpa del mandatario* (p. 102 s.). Qui l'a. non fa che annunciare un programma di ricerca, ma in sostanza si limita poi a definire «inaffidante», «tortuosa e poco comprensibile» la testimonianza di Mod. Coll. 10, 2, 3.

4. – Il panorama evolutivo che la de Falco si figura, sulla base delle esegesi svolte, è più o meno il seguente (p. 103 ss.). I giudici dei *bonae fidei iudicia*, già nell'epoca repubblicana, avevano cominciato a condannare «anche se non v'era

⁴⁵ Probabilmente la frase '*pretium-velamentum*' proviene da un glossema.

⁴⁶ Definita così dal VOCI, '*Diligentia*', in *SDHI* 56 (1990), 32: "confronti che non hanno significato; da una sola ipotesi deduzione infinite; accettazione acritica di congetture infondate; un'immensa piramide rovesciata di supposizioni".

stato dolo da parte del convenuto, bensì soltanto un comportamento ‘scorretto’ nel senso di inammissibilmente incurante, imprudente ecc.» (p. 106). I giuristi, di fronte a questa prassi, si trovarono imbarazzati: essi presero bensì atto del nuovo orientamento (p. 105), ma – mancando loro «categorie sufficientemente chiare» per recepirlo e inquadrarlo (p. 106), andarono per secoli annaspando in materia.

«Nell’ambito giurisprudenziale che si esprimeva in scritti», il primo intervento è attestato per Servio e vi si interessa anche Alfeno, con la sua sensibilità pratico-funzionale, ma ancora Labeone, il giurista che *plurima innovare instituit*, non innovò nulla in questa materia, perché non gli riusciva di percepire la giustificazione del «mutamento ancora in corso sulla concezione del titolo soggettivo dell’imputabilità dell’inadempimento» (p. 104). Più risoluto fu Proculo, ma non certo in modo decisivo, se ancora poi tenterà Pomponio (p. 104 s.). Esplicito – anzi, no, solo «più esplicito» (p. 105), perché una compiutezza l’evoluzione la raggiungerà solo «nella consolidazione dei *iura* voluta da Giustiniano» (p. 103) – appare Ulpiano (molto meno Paolo), nel suo tentativo di «una *reductio ad unitatem*», fatta ancorando «il fenomeno alla tematica della *fides* nei *bona fidei iudicia*» (p. 105).

Nei primi paragrafi dell’ultimo capitolo (pp. 107-134, in part. 112 ss.), la de Falco tenta di mettere in relazione il fenomeno dell’affermarsi di una tematica del *diligentiam (culpam) praestare* con la «temperie culturale del primo principato», quando comincia a non esser più «tempo di ‘otia’» (p. 113).

L’aver cercato di affrontare, a conclusione della sua ricerca, il tema sotto questo diverso angolo socio-economico sta a dimostrare la sensibilità storica e l’ampiezza delle prospettive dell’a., ma denuncia anche un suo equivoco di fondo. Quello della costruzione della responsabilità per colpa non è, infatti, un capitolo della storia economico-sociale, ma della “Dogmengeschichte”. Il problema non è di sapere se un comportamento negligente o in genere riprovevole di un soggetto inserito nel contesto sociale fosse o non fosse socialmente accettato e dunque fosse o non fosse sanzionato nelle relative sovrastrutture giuridiche – ché, sotto questo profilo, l’atteggiamento non cambia sensibilmente nella storia –, ma di stabilire quali strumenti i giuristi abbiano escogitato per individuarlo, analizzarlo e inquadrarlo ai fini della sanzione. Si tratta, per usare la terminologia di uno fra i più intelligenti osservatori della storia del pensiero giuridico romano, il mio amico Mario Bretone, di un problema di tecniche e non di ideologie.

D’altra parte, la nozione di colpa, precisamente quella di colpa come comportamento riprovevole ed in particolare la colpa-negligenza, era chiara ai giuristi romani ben prima dell’epoca alla quale pensa la de Falco.

La nozione di colpa-negligenza la si trova chiaramente individuata e definita, in relazione ad un caso concreto, da Quinto Mucio:

D. 9, 2, 31 pr. (Paul. 10 *Sab.*): Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec il-

le proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immitat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

Il passo si riferisce all'interpretazione della *lex Aquilia*, e certo fu in questo campo che la nozione di colpa venne dapprima elaborata. Ma all'epoca in cui Q. Mucio scriveva, la nozione era già stata trasferita a risolvere problemi di responsabilità contrattuale, come testimonia il responso che P. Mucio pronunciò intorno al 120 a.C. a proposito della dote di Licinnia (Iav. Serv. P. Muc. D. 24, 3, 66 pr.). Il responso di Publio appare chiaramente enunciato da un giurista che maneggiava la nozione di colpa come uno strumento acquisito già al di fuori della materia aquiliana. In effetti, il passaggio dalla colpa aquiliana alla colpa contrattuale è facilmente ravvisabile in relazione alla elaborazione (che i giuristi classici attribuivano ai *veteres*, ma è certo ai primi *veteres* che si deve pensare) della regola della *perpetuatio obligationis*, che, come si sa, suonava più o meno '*si per debitorem steterit, quo minus daret, perpetuatur obligatio*'. La costruzione della responsabilità per inadempimento di un'obbligazione da *stipulatio in dando* o da *legatum per damnationem* rimase nell'epoca classica, sicché quando i giuristi del principato ne parlano, riprendono – è un'evidenza alla lettura delle fonti – atteggiamenti e modi dei *veteres*, così, ad esempio, scriveva Pomponio

D. 45, 1, 23 (Pomp. 9 *Sab.*): Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum.

L'*'occidisti eum'* non è che l'*occidere* aquiliano: per *debitorem stat, quo minus servum det* se lo schiavo è morto per un *factum debitoris*, ma non un fatto qualsiasi, bensì un fatto che lo renderebbe responsabile, ove riguardasse lo schiavo altrui, secondo il primo capo della *lex Aquilia*, cioè un fatto repressibile (*iniuria*), cioè, dunque, se la morte sia dovuta a *culpa debitoris*. L'idea dei *veteres* è chiara: come qualunque soggetto risponde nei confronti del proprietario ove gli uccida lo schiavo Stico, così – sulla base degli stessi criteri – il debitore risponde nei confronti del creditore ove uccida il proprio schiavo Stico che al creditore è destinato. La responsabilità per colpa contrattuale nacque in questo modo, e non all'epoca del principato e nel campo dei giudizi di buona fede: in relazione a questi giudizi essa conobbe un approfondimento, un'estensione ed un perfezionamento impensabili prima, e non solo perché si trattava di giudizi di buona fede, bensì anche perché ormai il problema era esteso a concernere le obbligazioni di *facere*, ben più complesse che non quelle di *dare*. Ne è prova il fatto che la stessa articolazione la si riscon-

tra in epoca classica per le obbligazioni da *stipulatio in faciundo*; per fare un esempio, nella *stipulatio insulam fieri*, alla quale si applicano ragionamenti che si adattano alla *locatio operis*⁴⁷. Ricordo un testo assai noto, che riguarda il ritardo nell'esecuzione:

D. 45, 1, 137, 3 (Ven. 1 *stipul.*): Item qui insulam fieri sponndit, non utique conquisitis undique fabris et plurimis operis adhibitis festinare debet nec rursus utroque aut altero contentus esse, sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris et temporum locorumque. item si non inchoetur opus, id tantum aestimetur, quod in illo intervallo effici potuit. transactoque tempore, quo insulam consummare oportuerit, si postea aedificetur, liberetur reus, sicut liberatur, qui se daturum sponndit, si quandoque tradit.

L'evoluzione della problematica della responsabilità, dai *veteres* alla fine della giurisprudenza classica (a Diocleziano si dovrebbe dire), è strettamente coerente ed unitaria. Uno degli errori di prospettiva più comuni, che dipende dal non sapere vedere la vicenda dello sviluppo del pensiero giuridico romano come una vicenda intellettuale (non, per carità, astratta dalla realtà pratica, ma obbediente a leggi di crescita proprie) sta nel fatto di apprezzar male l'incidenza che su tale pensiero ha avuto il metodo casistico. La giurisprudenza romana lavorava sui casi e costruendo regole casistiche, ma non nelle prospettive di un "case law", perché era una giurisprudenza dommatica. Per esempio: la de Falco scrive all'inizio del suo libro (p. 15): «I Romani – è appena il caso di ricordarlo a noi stessi – non elaborarono una figura unitaria delle *obligationes*». Nulla è meno vero. La giurisprudenza pontificale creò la struttura dell'obbligazione creando la *stipulatio* di dare una *certa res*, e i giuristi laici procedettero poi impiegando questa struttura in altre situazioni, sicché essa divenne lo strumento inesauribile che conosciamo; ma ciò essi fecero senza mai discostarsi dalla struttura originaria, solo trovando, via via, tutto quanto essa era in condizione di esprimere. La storia della responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) è un capitolo della storia dell'obbligazione, ed anch'essa ha – all'interno di tale più vasto settore – una propria storia unitaria, che parte dalla *lex Aquilia* e dalla *perpetuatio obligationis* e poi via via si sviluppa, perdendo magari parte dei suoi riferimenti originari ma non mai le strutture portanti dovute alla posizione originaria del problema. Questa coerenza strutturale ha garantito al diritto privato romano la perennità che la Pandettistica ha riconosciuto, ma che va al di là degli apporti di tale scuola, e perdura necessariamente, anche se i romanisti spesso non sanno riproporre l'autentica fisionomia dell'oggetto che studiano e insegnano, nel lavoro dei civilisti, gestori spesso inconsapevoli di un patrimonio caratterizzato da strutture che s'impongono per la loro coerenza sistematico-dom-

⁴⁷ Non voglio dire con ciò che le soluzioni coincidessero interamente; per esempio, nel testo tosto citato (D. 45, 1, 137, 3), la chiusa (*transactoque tempore-quandoque tradit*) si riferisce al solo regime della *stipulatio*.

matica, che rappresenta un dato scientifico-tecnico dal quale non ci si può liberare se non si vuole cambiare radicalmente cultura.

E la costruzione del diritto privato romano è opera di giuristi, non dei giudici delle azioni di buona fede. Che l'attività dei giudici, a Roma, possa avere avuto un'incidenza notevole ed in taluni casi dotata di una certa autonomia (si pensi al collegio centumvirale) è ben probabile: e la prospettiva che di recente ha adottato Walter Selb merita ogni serissima considerazione⁴⁸; ma, come appare d'altronde dal suo stesso studio, i giudici della procedura formulare non erano costruttori di novità. Di per se stessi, essi furono conservatori, come sono in tutte le epoche i giudici non giuristi. Se la loro opera certo seguì linee innovative ed originali, ciò dipese unicamente dal fatto che erano, insieme ai magistrati giudicanti che a loro volta li istruivano e controllavano, istruiti e controllati dai giuristi.

5. – Nell'“avvertenza”, premessa al volume, l'a. quasi si scusa del carattere non rifinito e non del tutto approfondito del suo lavoro, costretto nel breve tempo dei tre anni consentiti ai candidati al dottorato di ricerca. In effetti, il tema – scelto o assegnato? – era al disopra delle possibilità che tre anni di lavoro consentono, anche se certo non era al disopra delle capacità dell'autrice, che vi si rivela intelligente, sensibile e attenta. Essa promette di ritornarvi: credo proprio che ne varrà la pena.

⁴⁸ SELB, “Gewaltenteilung” im republikanischen Rom, in *Festschrift Niederländer*, Heidelberg 1991, 117 ss.

GIUSTINIANO RAVENNATE *

Io mi terrò su di un piano un po' diverso da quello dei due oratori che mi hanno preceduto: e perché gli elementi essenziali della loro tematica li ho già affrontati, *grosso modo*, nella «nota di lettura» che ho scritto per l'edizione di «*Antiqua*» (vi ritornerò sopra, fra un momento, per cercar di esprimere la particolare gioia con cui ho scritto quelle pagine), e perché vorrei, invece, riflettere insieme con voi sul senso che questo lavoro ha nella produzione del professor Archi. Di questo vale la pena di parlare, perché Gian Gualberto Archi è uno studioso particolarmente rappresentativo. Nessun romanista di alto livello è, certo, un romanista qualsiasi, e ciascun romanista di alto livello è diverso dall'altro; ma l'Archi rappresenta un caso particolare, a mio modo di vedere, nella romanistica contemporanea.

Consentitemi di fare la piccola parentesi autobiografica che ho premesso: di spiegare, cioè, perché ho scritto con gioia intensa la «nota di lettura» per questo libro. Un aspetto importante di questa gioia mi deriva dal fatto che il professor Archi stesso mi ha chiesto di farla, quella «nota»: quando Gino Labruna e io ci siamo messi d'accordo per questa iniziativa della ristampa, chiedemmo al professor Archi di scrivere lui stesso una nota introduttiva, ma lui volle che la facessi io. Forse semplicemente perché ero davanti a lui, ma confesso che la cosa mi ha fatto ugualmente un immenso piacere. Il libro dell'Archi sull'*Epitome Gai* fu pubblicato nel '37: vuol dire che l'autore ci ha lavorato un bel po' di tempo prima; anzi, leggendolo, sembrerebbe proprio di sì. Il libro ha dunque la mia età, è nato con me. E questa circostanza, unita al fatto che io scrivo una nota di lettura per riproporlo al pubblico, mi ha veramente commosso, sollecitandomi una specie di rimeditazione su di una serie di legami che esistono fra il professor Archi e me sul piano scientifico e che prendono inizio dal fatto che anch'io ho incominciato a lavorare scientificamente occupandomi quasi subito del diritto del basso impero. Questo volevo dirvi per esprimere l'esistenza di un rapporto affettivo particolare tra questo libro e me, per cui ve ne parlo con una speciale partecipazione personale.

Vi dicevo che il mio scopo, la mia intenzione stasera, è di riflettere su ciò che questo libro significa nella produzione dell'Archi. In esso c'è, prima di tutto, già compiutamente il suo stile. Quel che fa, appunto, del professor Archi un modello particolare di studioso risulta anzitutto dal modo in cui egli si esprime per iscritto. È un modo di esprimersi – come del resto quando espone oralmente: fra un mo-

* Pubblicato in *Index*, XXI, 1993.

mento parlerà, e vedrete – è un modo di esprimersi, dicevo, particolarmente calmo, che dimostra una presenza del pensiero mentre egli parla, ma una presenza di pensiero che dà sempre l'impressione di non essere cominciata quando l'Archi si è messo a parlare; come quando scrive, ci si rende conto che c'è molta meditazione precedente e che questa meditazione non cessa mentre egli si esprime, sicché leggendolo o ascoltandolo si è trascinati in una vicenda di meditazione che non è semplice ascolto o lettura.

Due sono gli aspetti particolari del suo modo di elaborare un discorso scientifico. Il primo è l'assoluta aderenza alle fonti. Non che Gian Gualberto Archi manchi di fantasia; nessuno studioso di grande livello manca di fantasia, altrimenti non potrebbe essere uno studioso di grande livello: ma egli non si lascia mai trascinare dalla fantasia lontano dalle fonti. Non esiste frase, non esiste indirizzo di pensiero in un discorso di Archi, scritto od orale che sia, che non abbia un chiaro, immediato, evidente, voluto, espresso aggancio testuale. Accanto a questo c'è la sua conoscenza approfondita, meditata della letteratura ed il modo in cui egli la discute. L'Archi non dice: «il tale dice così; si sbaglia qui; non si sbaglia là; è accettabile qui; non è accettabile là». Il discorso di Archi consiste nel riferire il messaggio di un autore di cui egli va carpando e sottolineando le cose caduche e le cose importanti, che sottolinea con aggettivi che gli sono propri. L'aggettivo tipico di Archi è «grave»: una «considerazione grave», una «domanda grave». In questo modo il lettore o chi l'ascolta non legge più, non ascolta più, ma pensa, partecipa, costruisce. Siamo di fronte a un fenomeno di alienazione tipico, di svuotamento della personalità del lettore, ma gradevole, estremamente gradevole e costruttivo. Questo, nell'*Epitome Gai* è già presente in tutta la sua dimensione.

Vengo all'altro punto che volevo trattare: che cosa significa questo libro dal punto di vista del suo contenuto, dal punto di vista del modo di osservare la realtà storica del tardo diritto romano nel pensiero, nella storia, nella biografia scientifica di Gian Gualberto Archi. Naturalmente, mi riferisco qui solo ai lavori di Archi sull'epoca postclassica: perché Archi ha scritto tante altre cose, ma quando si parla dell'*Epitome Gai* ci si inserisce in questa parte della produzione scientifica di Archi, che per altro ne è una parte molto importante. L'oggetto, dunque, è il diritto romano di quella che chiamiamo, tradizionalmente, l'epoca postclassica o – come bisogna precisare oggi – dell'epoca che propriamente si chiama postclassica. Mi riferisco al fatto che Franz Wieacker ha isolato una «epiklassische Periode» all'inizio dell'epoca postclassica, che andrebbe fino al regno di Diocleziano (lì c'è un piccolo equivoco: non si sa bene se all'avvento di Diocleziano o alla fine dell'impero di Diocleziano).

L'Archi, in questi studi sul tardo diritto romano, si occupa dell'epoca a partire da Diocleziano, che è l'epoca che si chiama propriamente postclassica nel senso che si pone in un rapporto di «post» – non definiamolo se qualitativamente o cronologicamente – rispetto alla tradizione classica: nel senso che comincia là dove la tradizione classica come tale si esaurisce. Ciò implica un periodo di sovrapposizione: la tradizione classica che si esaurisce è ancora presente nella cancelleria diocleziana, dove però comincia anche lo stile postclassico. La meditazione dell'Archi,

in questi suoi lavori, s'inizia da quest'epoca e va fino a Giustiniano. Ora, l'*Epitome Gai* è un'opera in cui quest'epoca, la parte centrale – postdiocleziana e pregiustiniana – di quest'epoca, è vista come l'epoca del diritto volgare. È vista, cioè, come un'epoca di decadenza. Lo si vede chiaramente leggendo l'opera e pensando ai giudizi che, puntualmente, l'Archi dà sul suo autore. Non sono mai giudizi gratuiti. Voi avete letto, penso, questo libro, o lo leggerete, e vedrete che ogni giudizio risulta, come dicevo prima, da analisi di fonti: è la conclusione di un lavoro analitico sul discorso dell'epitomatore. L'insieme di questo lavoro evidenzia un giudizio negativo nei confronti di questo personaggio. Se uno legge l'*Epitome Gai* ne esce con questa impressione: siamo in un periodo di decadenza. Però – c'è un «però» – quest'uomo è un uomo che vive in un'epoca di decadenza, che condivide i connotati di quest'epoca di decadenza, ma fa un lavoro positivo entro questo contesto. La lettura, che egli dà, delle *Istituzioni* di Gaio costituisce qualcosa che all'epoca era più di quello che si potesse attendere da una lettura media. Non nel senso che lui capisca più di altri – non è questo il problema – ma nel senso che l'epitomatore sa trarre dalle *Istituzioni* di Gaio qualcosa che, nel contesto della sua epoca, assume segno positivo. Questa è un'idea che l'Archi ha mantenuto: la riprende, per esempio, se non sbaglio, nello scritto sulla situazione post-teodosiana e là, dove l'Archi riprende questo suo pensiero sull'*Epitome*, si vede, a mio avviso, la chiave per la comprensione dell'ulteriore sviluppo, dopo la pubblicazione dell'*Epitome Gai*, del pensiero di Archi sull'epoca postclassica.

Perché, questo è chiaro, l'addentrarsi in quest'epoca ha fatto sì che l'autore l'amasse. Quando si studia a fondo qualcosa la si ama sempre; e se si studia a fondo un'epoca di decadenza, alla fin fine si vanno ritrovando in essa gli elementi che decadenti non sono e che quindi fanno dell'epoca stessa un'epoca positiva. Perché un'epoca di decadenza con dei fiori è un'epoca di premesse; perché questi fiori daranno semi, questi semi daranno frutti. Ma – e qui sta l'intelligenza storica dell'Archi – le premesse, gli elementi per l'interpretazione positiva di quest'epoca egli, certo, li ha trovati studiando l'*Epitome Gai* e quel che ha studiato nel contorno, ma non li ha trovati in questo genere di fonti, perché nella produzione successiva di Archi il tardo impero diventa un'epoca di grande fermento, di grande importanza storica, ma in ciò essa è legata a quello che egli chiama talvolta «la normatività imperiale». Che non è il «Kaiserrecht». Quando si dice «Kaiserrecht», prendendo un'espressione abbastanza comune nella letteratura romanistica, ci si riferisce alla produzione normativa imperiale che si esprime negli *edicta*, le *leges generales*, nei *rescripta* prima e in quel poco che rimane dei *rescripta* dopo. Invece, «normatività imperiale» nel pensiero di Archi – credo di non sbagliarmi – è il prodotto della centralizzazione della produzione normativa nelle mani dell'imperatore: produzione normativa che non è soltanto produzione legislativa o comunque produzione normativa, per così esprimermi, diretta, ma è anche un nuovo modo di usare i testi della giurisprudenza. Quindi il discorso di Archi sull'epoca postclassica è il discorso della possibilità storica di questo evento centrale nella storia del diritto europeo e mondiale.

Il valore della compilazione giustiniana, qualunque idea si professi a proposito del suo contenuto e del livello di abilità tecnica dei compilatori (la quale, per altro, dal discorso dell'Archi esce in modo abbastanza positivo), sta nel fatto di essere stata realizzata come veicolo da un mondo ad un altro, da una cultura ad un'altra, dell'intero patrimonio della cultura giuridica di un'epoca precedente, che per ventura era stata l'epoca della più splendida cultura giuridica che ci fosse stata fino ad allora. La compilazione giustiniana ha permesso questo passaggio: e fin qui è una banalità quello che ho detto, ma nell'Archi non è una banalità, perché intendendo il suo pensiero si capisce che quel modo di concepire e di fare la compilazione giustiniana è stato voluto, ed è stato voluto da un personaggio, l'imperatore Giustiniano. Leggendo l'Archi si vede chiaramente che è in Giustiniano, e più che nella mente di Giustiniano nella personalità di Giustiniano, che questo diventa possibile, nella sua personalità di individuo e di uomo politico, di gestore del potere. Solo in Giustiniano e con Giustiniano questa operazione diventa possibile, perché egli è una persona che ha capito esattamente il proprio ruolo storico, comprendendo la storia dell'impero romano a quell'epoca, cioè al tempo della fine dell'impero romano d'Occidente. Questa vicenda ha una premessa importante nella politica di Teodosio II, che non è un uomo né ha un ambiente del livello di Giustiniano, ma che è riuscito a costruire un gradino precedente che è stata una premessa, più o meno indispensabile ma certo molto utile per il coronamento giustiniano. Se noi, oggi, leggiamo l'*Epitome Gai* in questa prospettiva, vediamo, a mio parere, ciò che risulta dal messaggio dell'Archi come messaggio di storiografia del diritto: si tratta della descrizione di questo fenomeno, la cui profonda, intima comprensione diventa, appunto, messaggio.

Leggendo l'*Epitome Gai* si vede chiaramente che il discorso della giurisprudenza classica è superato, nel senso che esso non era più adatto ai tempi; ma questa stessa epoca, con la politica imperiale, ha operato in modo da poter salvare – e non solo salvare, ma conservare in modo produttivo – quel che, in realtà, rispetto al livello culturale dell'epoca, non era più comprensibile. L'intervento dell'imperatore Teodosio prima e di Giustiniano poi, con tutta la loro politica, anche la politica scolastica d'Oriente, è stato un intervento che ha sottratto delle mani di autori, come quello dell'*Epitome*, questo patrimonio per portarlo nelle strutture pubbliche centralizzate. Così questo patrimonio è rimasto, non ibernato ma come preservato in serra: sicché ha potuto rifarsi ammirare florido nel *Corpus iuris* per presentarsi ad una storia futura che – come si vede nelle pagine di Archi relative all'opera di Giustiniano – Giustiniano sentiva: forse egli la prevedeva in Oriente invece che in Occidente, ma in sostanza lavorava per essa.

Nella lettura delle opere di Archi tutto questo si colora di ravennate. C'è un aspetto ravennate nella visione, nella Weltanschauung di Gian Gualberto Archi, per cui – forse questo è un aneddoto personale – quando leggo nell'Archi di Costantinopoli penso a Ravenna. Questa trasposizione di Costantinopoli in Italia e precisamente a Ravenna non è una semplice sciocchezza della mia ignoranza geografica e della mia adesione alla personalità, oltre che al discorso scientifico di Ar-

chi. In questo modo la politica giustiniana orientale, orientalissima, greca, non perde il suo carattere occidentale. Per questo dicevo che il Giustiniano di Archi è ravennate: perché il Giustiniano di Archi è un Giustiniano che ha ancora un piede, una mano, un orecchio e un occhio nell'Occidente. E Giustiniano lo ha manifestato bene, con guerre disgraziate ma che avevano questo scopo e che, se non sono valse a mantenere l'Italia attaccata all'impero d'Oriente, hanno avuto come risultato il fatto che la compilazione ha avuto qui la sua principale *Wirkungsgeschichte*. Per questo il Giustiniano «ravennate» è un Giustiniano vero, storicamente vero: io credo che la visione di quest'epoca come epoca che lavora in questo senso, come di un'epoca che ha un suo contenuto che si proietta nel tempo, sia veramente una visione reale. Si tratta della prospettiva che l'Archi proponeva nel discorso col quale presentò a Copanello, nel 1988, l'edizione anastatica della *Littera Florentina*; non sto, io credo, che riassumendo il pensiero da lui espresso in quell'occasione. Facendo il Digesto, Giustiniano ha fatto opera imperitura. Uso una parola un po' retorica, ma lo faccio per esprimere l'idea – l'idea dell'Archi – che il Digesto non fu un'opera – più o meno ben fatta – che la storia rese poi imperitura. L'opera fu fatta per esserlo; per consegnare all'avvenire un patrimonio ancor vivo, quotidianamente vivo, del passato, dandogli forma e struttura atte a permettergli una simile, sempre vitale sopravvivenza. E il risultato del lavoro è stato adeguato agli scopi perché Giustiniano lavorava da uomo del suo tempo che ha capito il senso del suo tempo nella storia, che lavorava nella piena consapevolezza del proprio ruolo storico.

«PERPETUATIO OBLIGATIONIS» *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il problema. – 3. «Perpetuatio obligationis»: a) La regola. – 4. (*Segue*). b) La portata della regola: ‘*per debitore, stare*’. – 5. (*Segue*). c) La portata della regola: ‘*perpetuatur obligatio*’. – 6. (*Segue*). d) La responsabilità del debitore.

1. Premessa

Quello della responsabilità contrattuale è certo un problema unitario. Tuttavia i giuristi romani se lo prospettarono, per così dire, in due tappe, perché esso si poneva in modo diverso (per fare riferimento alle situazioni parametriche) da un lato nel contesto dei *iudicia stricta* – più antichi e già presenti nella procedura delle *legis actiones* – previsti a sanzione delle obbligazioni, nate da *stipulatio* o da legato, di *dare* cose determinate nella loro specie, e dall’altro per le obbligazioni con oggetto incerto (in particolare le obbligazioni di *facere*), provenienti da un contratto consensuale o in genere appartenenti a rapporti d’obbligazione sanzionati mediante azioni con formula di buona fede.

L’elaborazione del regime connesso con la prima tappa è più antico, e va attribuito all’epoca della elaborazione interpretativa della *lex Aquilia*, cioè al tempo fra la metà del I e la metà del II secolo a.C. Ciò non toglie che i giuristi classici, che continuarono ad utilizzare – per le obbligazioni di *dare* da *stipulatio* e da legato – l’antico schema (facendovi espressamente riferimento come ad una soluzione dei *veteres*), lo abbiano perfezionato e completato.

2. Il problema

Il principio, per cui l’impossibilità sopravvenuta della prestazione estingue l’obbligazione, diede origine ad un problema particolare per le stipulazioni e i legati aventi come oggetto l’obbligazione di *dare* cose determinate nella loro specie (o secondo un *genus limitatum*), le sole per le quali si ponga il problema dell’impossibilità per il perimento dell’oggetto. Siccome tanto la *stipulatio* quanto il *legatum per damnationem* davano luogo al medesimo problema, per semplicità ragioneremo unicamente in relazione alla *stipulatio*, ma i testi che citeremo si riferiscono ora

* Estratto da *Facultad de derecho* – Seminario De Derecho romano «Ursicino Alvarez».

all'obbligazione da *stipulatio*, ora a quella da legato, ora ad entrambe.

La soluzione del problema, che i giuristi classici attribuivano all'attività dei *veteres*¹, costituisce la prima impostazione dommatica del problema della responsabilità contrattuale. I parametri, che reggeranno la costruzione a partire dall'elaborazione che i giuristi romani stessi fecero della responsabilità in relazione ai contratti consensuali ed alle obbligazioni di *facere* e che sono ancora quelli del diritto attuale, appaiono diversi da quelli che ora esporremo in relazione alla *stipulatio in dando*. Ciò non toglie che l'antica impostazione relativa alla responsabilità per l'inadempimento di un'obbligazione di dare costituisca comunque il punto di partenza di tutta la costruzione dommatica della responsabilità contrattuale.

Si è detto, dunque, che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione estingue l'obbligazione: e, in rapporto all'obbligazione di dare, impossibilità sopravvenuta significa perimento – fisico o giuridico² – della cosa che ne costituisce l'oggetto. Si tratta di una regola, per così dire, naturale e necessaria; essa non è che il corollario del principio generale, non solo giuridico, che non ammette possa pretendersi da un soggetto un comportamento irrealizzabile.

Un meccanismo di applicazione della regola ora enunciata lo si vede chiaramente ove si consideri il problema, come esso si poneva ad un giudice che dovesse decidere di una *condictio* esercitata per un debito di dare³. Poniamo che D abbia promesso a C di dargli lo schiavo Stico (cioè di trasferirgliene la proprietà), e che Stico, dopo la promessa e prima dell'adempimento, sia morto per cause naturali, diciamo un infarto. Dopo la morte di Stico, il creditore C insoddisfatto esercita contro D la *condictio*. Il giudice di questa azione, secondo la formula, dovrà condannare D a pagare a C il valore di Stico, ma unicamente si *paret N^mN^m A^o A^o servum Stichum dare oportere*, e cioè: se risulta che (attualmente, e precisamente al momento della *litis contestatio*) D (= Numerio Negidio) sia tenuto a dare a C (= Aulo Agerio) lo schiavo Stico.

Nel nostro caso il giudice, ove tutti gli elementi del caso risultino provati, dovrà ragionare così: lo schiavo Stico è morto, cioè non esiste più; darlo è dunque impossibile; quindi l'obbligazione invocata dall'attore C è estinta; perciò «non risulta» (*non paret*) che D sia tenuto a dare lo schiavo Stico a C. La decisione, che il giudice adotterà, sarà allora l'assoluzione di D.

Tale decisione non fa evidentemente una grinza nel caso proposto sopra: ma supponiamo che, invece che di morte naturale, lo schiavo Stico – promesso e non

¹ Cfr. Paul. Cels. D. 45, 1, 91, 3.

² Su queste nozioni vedi in part. l'esegesi di Paul. D. 45, 1, 83, 5 in CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico (corso Cagliari 1967/68)*, Milano 1969, p. 64 ss. (= SDHI 32 [1966], p. 70 ss.).

³ Ancora per semplicità, faremo sempre riferimento alla struttura che la *condictio* e l'*actio ex testamento certi* avevano nella procedura formulare: a questa, del resto, fanno unicamente riferimento le fonti che ci sono pervenute.

ancor dato da D a C – sia morto perché D lo ha ucciso⁴. Pensiamo a quel che il giudice della *condictio* intentata da C contro D debba fare in questo caso. Esaminando gli elementi del problema, appare evidente che la *formula* non prende affatto in considerazione le circostanze della impossibilità della prestazione; se lo schiavo è comunque morto prima dell'adempimento, l'adempimento è divenuto impossibile; forza sarebbe concluderne (se tutto ciò abbia avuto luogo prima della *litis contestatio* dell'azione esperita da C) che D vada ancora assolto. Ma giustizia vuole che egli sia condannato a pagare a C il valore dello schiavo come questo sarebbe dovuto esser prestato, cioè il valore che lo schiavo aveva prima che D l'uccidesse. Questa esigenza di giustizia può essere anche meglio precisata: è evidentemente inammissibile, infatti, che un debitore possa, con un proprio atto che non sia atto di soddisfazione del creditore o che non sia stato compiuto d'accordo con il creditore, liberarsi da un'obbligazione. Se è inammissibile pretendere dal debitore una prestazione impossibile, è altrettanto inammissibile che egli possa provocare l'impossibilità per liberarsi.

3. «Perpetuatio obligationis»: a) La regola

I giuristi repubblicani formularono in proposito una regola che, nel suo tenore e nel suo significato, esprime con precisione il senso delle considerazioni che abbiamo fatte. Essa veniva formulata, più o meno⁵, nei termini seguenti:

Si per debitorem steterit, quo minus daret, perpetuatur obligatio.

La traduzione letterale è la seguente: «Ove dipenda dal debitore il fatto che egli non dia (la cosa dovuta), l'obbligazione è resa perpetua». Precisamente, la regola vuol dire che, ove il fatto del «perimento della cosa prima dell'adempimento» sia imputabile al debitore (cioè sia intervenuto per una causa da attribuirsi al debitore), l'impossibilità della prestazione, che a tale fatto consegue, non è liberatoria per il debitore stesso, in quanto la sua obbligazione di dare la cosa stessa continua ad esistere, senza limiti di tempo. Il giudice dunque, così edotto, potrà nel nostro caso condannare D a pagare a C il valore della cosa.

⁴ È il caso di Paul. D. 45, 1, 91 pr.

⁵ Non ci è pervenuto alcun testo con un enunciato autonomo della regola, che ce la restituisca nel suo tenore originale; ma ad essa si fa riferimento assai spesso. Si veda la rassegna dei passi in CANNATA, *Per lo studio*, cit., p. 90 ss. Per esempio: Afr. D. 39, 108, 11; Pomp. D. 12, 1, 5; D. 30, 26, 1; D. 45, 1, 23; D. 46, 3, 92 pr.; Paul. D. 22, 1, 24, 2 (*in fine*); D. 23, 2, 56 pr.; D. 45, 1, 91, 3 (importante) e 4; D. 46, 1, 58, 1; Ven. D. 46, 2, 31 pr. (*si per promissorem steterit, quo minus daret*).

4. (Segue). b) *La portata della regola: 'per debitore, stare'*

Come si è visto, secondo la regola dei *veteres* la condanna del debitore, malgrado la sopravvenuta impossibilità della prestazione, ha luogo ove l'impossibilità «dipenda da lui» (*si per eum steterit*). Ora, trattandosi di impossibilità che «ha avuto luogo prima dell'adempimento», essa sarà ascrivibile al debitore sotto due profili diversi: o perché è imputabile al debitore il fatto che l'impossibilità, comunque si sia prodotta, abbia avuto luogo prima dell'adempimento; ovvero i perché, prima dell'adempimento, l'impossibilità sia stata causata dal debitore stesso.

i) La prima situazione si verifica quando l'impossibilità si sia prodotta durante la mora del debitore. Il debitore è in mora se è in ritardo nell'adempiere: cioè se, pur già avendo dovuto offrire al creditore la prestazione, non lo abbia fatto. Ritornando al nostro caso, poniamo che il creditore C si sia recato da D e gli abbia richiesto la *mancipatio* di Stico, e che D abbia rifiutato, senza giusto motivo, di soddisfarlo; se dopo questo fatto e prima che D abbia offerto correttamente a C di mancipargli lo schiavo (offerta che realizzerebbe la *purgatio morae*⁶) lo schiavo Stico muore – per qualunque causa, anche se per caso fortuito o forza maggiore – tale morte sarà imputabile a D: egli non ha causato la morte, ma dipende dal suo comportamento il fatto che la morte sia avvenuta prima dell'adempimento⁷.

ii) La seconda situazione si verifica quando, prima dell'adempimento, il debitore (che non sia in mora) abbia cagionato l'impossibilità con un proprio comportamento volontario e riprovevole. In proposito, le fonti parlano di *factum debitoris* o di *culpa debitoris*, intendendosi con ciò un fatto positivo (non, dunque, un'omissione⁸) del debitore, che possa essergli imputato, nel senso che non possa essere

⁶ Paul. Cels. D. 45, 1, 91, 3. Altri testi in FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn, etc., 1990, p. 137 ss.

⁷ Si deve escludere la responsabilità del debitore nel caso in cui la morte sia stata causata dal creditore, ma nessun testo mi pare faccia allusione a questo limite.

La regola sulla sopportazione dei rischi anche per il caso fortuito e la forza maggiore passata nel diritto moderno, ma essa vi compare spesso attenuata dal principio che il debitore è esente da responsabilità se l'evento che ha distrutto la cosa l'avrebbe colpita anche in caso di esecuzione tempestiva da parte del debitore. Questo principio favorevole al debitore è romano, ma esso fu costruito dai giuristi classici in relazione ai contratti consensuali: cfr. Gai. Sab. Cass. D. 16, 3, 14, 1. La dottrina moderna interpreta spesso il principio nel senso che il debitore in mora deve sopportare il rischio del caso fortuito e non quello della forza maggiore, come ad esempio la giurisprudenza svizzera interpreta l'art. 103 OR.

⁸ Vedi Paul. D. 45, 1, 91 pr.: lo schiavo è morto di malattia, perché il debitore (proprietario) non ha provveduto a farlo curare; D sarà assolto, perché la *stipulatio* (*'servum Stichum dari'*) da lui conclusa lo obbligava a *dare* e non a *facere* (sicché la morte dello schiavo risulta in questo caso dovuta a caso fortuito). Questa limitazione della responsabilità del debitore va vista in funzione della protezione del debitore da *stipulatio*, negozio che (essendo un contratto per adesione) implica che il debitore sia strettamente tenuto solo a quanto direttamente implicato in ciò che ha promesso. Ma la stessa co-

considerato fortuito o prodotto da forza maggiore. La nozione comprende dunque tanto i fatti dolosi quanto quelli colposi in senso stretto.

5. (Segue). c) *La portata della regola: 'perpetuatur obligatio'*⁹

Se, dunque, l'impossibilità sopravvenuta è imputabile al debitore, essa, come si è detto, non libera il debitore stesso. Questo effetto ultimo noi – nel rendere il senso della regola in una lingua moderna – lo esprimiamo di solito in forma negativa: «il debitore non è liberato», o: «l'obbligazione non è estinta»; locuzioni in sé non scorrette, ma che fanno perdere il senso preciso della costruzione dommatica che sta dietro le parole originali, che senza dubbio (Paul. D. 45, 1, 91, 3 all'inizio) usavano i *veteres*: *perpetuatur obligatio*, l'obbligazione è perpetuata, resa perenne. La loro idea era la seguente: l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, precisamente il fatto del perimento della cosa dovuta (nel nostro esempio, la morte dello schiavo), in quanto sia da ascrivere al debitore, fissa per sempre l'obbligazione nello stato in cui si trova; «per sempre», in termini giuridici applicati all'obbligazione, significa fino all'esperimento dell'azione da parte del creditore e precisamente fino a che la *litis contestatio* di tale azione non trasformerà il *dare oportere* in *condemnari oportere* (cfr. Gai. 3, 180). Il debitore, dando luogo al perimento dell'oggetto prima dell'adempimento, ha – sul piano degli eventi materiali – reso impossibile l'esecuzione della prestazione dovuta; ma, sul piano degli eventi giuridici, egli non ha estinto l'obbligazione. Ora, come può un'obbligazione sussistere se non esistono nella realtà dei fatti le condizioni della sua esistenza? Essa può sussistere mediante un'operazione dommatica di astrazione, che isola l'obbligazione dai fatti, ibernandola così come essa si trova, a disposizione del creditore. E del solo creditore. Siccome l'adempimento non è più possibile, il debitore non ha più possibilità di influire sull'obbligazione, né su di essa possono influire eventi materiali, poiché l'uno e gli altri potrebbero solo operare in relazione alla realtà dei fatti, che ormai non è più giuridicamente rilevante. L'obbligazione è dunque ormai solo a disposizione del creditore, cioè della sua azione¹⁰.

sa può dirsi per un debito da legato, che vincola il debitore (erede) senza che questi abbia partecipato al negozio che costituisce la fonte dell'obbligazione. Il carattere speciale della soluzione (relativa alla *stipulatio*) risulta bene dal testo citato, ove essa è confrontata con quella di un altro caso (restituzione di una cosa da parte del convenuto di una *rei vindicatio*, dopo la pronuncia del giudice sulla proprietà e prima della sentenza), in cui il soggetto tenuto a consegnare uno schiavo (quindi qui a *facere* e non a *dare*: ma la soluzione non cambierebbe ove il convenuto fosse tenuto a *dare*, come in Gai. D. 6, 1, 18, ove *tradere* è certo interpolato in luogo di *mancipare*) risponderebbe anche per la colpa omisiva.

⁹ Il *deverbativum* 'perpetuatio obligationis', che noi pure useremo, è stato costruito dai romanisti. Le fonti usano il verbo *perpetuare* (*perpetuam facere*) *obligationem* (o *stipulationem*): vedi KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *Studi Biondi* I (1965), p. 123.

¹⁰ Con coerenza, dunque, rispetto a questa impostazione la giurisprudenza classica ha invece am-

Come si capisce, la regola della *perpetuatio obligationis* è una regola difficile da comprendere per un non giurista (come era di solito, a Roma, un giudice o un avvocato) o un giurista mediocre. Nelle fonti troviamo infatti anche una formulazione diversa, dei tardi giuristi classici, che questi destinavano evidentemente ai pratici. La regola vi è in effetti tradotta in massima pratica: in luogo della precisa costruzione dommatica basata sull'astrazione rappresentata dalla *perpetuatio obligationis*, vi si legge una finzione, incolore e approssimativa, anche se praticamente utilizzabile:

D. 45, 1, 82, 1 (Paul. 78 ed.): *Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nilo minus, proinde ac si homo viveret.*

Questo testo, così come l'analogo Paul. 5, 7, 4, che si riferisce al caso del *factum* (colpevole) del debitore, è stato, come si è detto, scritto per i pratici e soprattutto i giudici e non riflette per nulla il pensiero della giurisprudenza, neppure tardoclassica, per la quale quella della *perpetuatio obligationis* ha sempre costituito una soluzione dommatica e non una finzione¹¹.

6. (Segue). d) *La responsabilità del debitore*

Il rapporto obbligatorio perpetuato non ha dunque più la stessa natura del rapporto originario, poiché questo era anzitutto destinato all'adempimento, mentre l'adempimento ora non è più possibile. L'obbligazione perpetuata è un rapporto destinato all'azione del creditore, e quindi idoneo a procurare al creditore non più la soddisfazione originariamente prevista, ma una prestazione suppletiva, un risarcimento.

Un normale rapporto obbligatorio presenta un contenuto concreto *ex parte debitoris* (e cioè il dovere di prestazione), mentre dal punto di vista del creditore il suo contenuto è materialmente nullo, riducendosi esso (oltre che alla legittimazione a ricevere la prestazione) al potere di esercitare l'eventuale azione in caso di mancata prestazione. Il rapporto perpetuato è invece, per così dire, nullo *ex parte debitoris*: il debitore non deve materialmente nulla, perché non può dare nulla, la prestazione dovuta essendo impossibile; mentre l'azione del creditore resta la sola

messo l'efficacia di atti del creditore (con la partecipazione del debitore) relativi all'obbligazione perpetuata: essa può essere estinta per *acceptilatio*, può per essa intervenire un garante, e può pure essere novata (Paul. Iul. D. 45, 1, 91, 6). Vedi FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., p. 105 ss. (il FLUME, p. 103 ss., esita a torto a ricondurre il meccanismo della *perpetuatio obligationis* alla dommatica del rapporto piuttosto che a quella dell'atto). Come risulta anche dal citato D. 45, 1, 91, 6, la possibilità di novazione era tuttavia controversa: vedi ancora, su Marcell. D. 46, 3, 72, 1-3, Ulp. D. 46, 2, 14 pr., Ulp. D. 45, 1, 29, 1, Ulp. D. 46, 2, 8 pr., Ven. D. 46, 2, 31 pr., Iul. D. 45, 1, 56, 8; FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, 137 ss.

¹¹ Contro KASER (SD 46 [1980], p. 128), vedi FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., p. 103 ss.

entità che sussista, ed essa porterà alla condanna del debitore ad eseguire la prestazione suppletiva, prestazione che sarà dovuta per l'esito dell'azione, con la sentenza che la conclude (*iudicatum facere oportere*: Gai. 3, 180).

In forza dell'obbligazione perpetuata il debitore non si trova più in una situazione di obbligo, ma in quella situazione diversa, che chiamiamo responsabilità.

Con ciò risulta evidente una conclusione che, finché non fu chiarita sul piano dommatico¹², aveva creato difficoltà alla civilistica moderna: e cioè che, nella vicenda del rapporto obbligatorio, il problema della responsabilità del debitore¹³. Si pone solo dopo che la prestazione sia divenuta impossibile. Finché la prestazione è possibile, il creditore può pretenderla e il debitore deve eseguirla; l'azione esperita dal creditore contro il debitore inadempiente finché la prestazione sia possibile è un'azione che ha lo scopo di forzare il debitore ad adempiere¹⁴, e, se si debba addivenire alla condanna per l'ostinazione del debitore nell'inadempimento, il giudice condannerà senza prendere in considerazione alcun criterio di responsabilità: in particolare non si dovrà indagare se l'inadempimento sia o non sia colpevole. Solo ove la prestazione sia divenuta impossibile si porrà un problema di responsabilità: perché decidere se il debitore debba o non debba rispondere del mancato adempimento significa precisamente stabilire se l'impossibilità della prestazione gli sia o non gli sia imputabile.

¹² Per merito soprattutto dell'OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione* [1918], in *Scritti giuridici* I, Milano 1973, p. 3 ss.; cfr. CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 35 (1981), p. 1002 ss. La dottrina civilistica attuale è tornata a non esser sempre chiara in proposito.

¹³ Il problema della responsabilità per inadempimento: può porsi invece quello della responsabilità per il ritardo, che però nel diritto romano (salvo che in casi particolari: cfr. Ulp. D. 45, 1, 114) non veniva in considerazione per le obbligazioni, di cui stiamo parlando, sanzionate da *iudicia stricta*.

¹⁴ Questo punto divenne perfettamente chiaro solo da quando (a quanto pare con Sabino e Cassio: cfr. Gai. 4, 114) fu definito il principio '*omnia iudicia absolutoria esse*'.

«QUI PRIOR VINDICAVERAT»: LA POSIZIONE DELLE PARTI NELLA «LEGIS ACTIO SACRAMENTO IN REM» *

1. – Nel paragrafo 16 del quarto libro delle *Institutiones*, ove comincia a descrivere la forma processuale della *legis actio sacramento in rem* relativa a *mobilis et movens, quae modo in ius adferri adducive possent*, Gaio considera le parti già impegnate nella procedura senza dire come esse siano giunte lì, con la cosa controversa, davanti al magistrato, e non si prende affatto cura di definirne la posizione processuale, cioè chi sia l'attore e chi il convenuto. Solo si limita, ad un certo punto, a dire

Gai. 4,16:

... qui prior vindica<verat, ita alterum interroga>bat POSTULO ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS ... Deinde qui prior vindicaverat dicebat: QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO ...

Mi è già avvenuto più volte di affermare¹ che il soggetto al quale Gaio allude con le parole '*qui prior vindicaverat*' è il convenuto. Questa mia idea è apparsa in genere, alla dottrina romanistica, come eversiva². Soprattutto, essa è recisamente rifiutata dal maggior studioso del diritto processuale romano e dal maggior studioso del diritto romano arcaico dei nostri tempi: il mio maestro Giovanni Pugliese³ e

* Pubblicato in *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg Suisse, 1993.

¹ CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I: *Le legis actiones*, Torino 1980, 18 ss.; 21 ss. (ove a p. 19 n. 1 ricordavo, per questa mia idea, il debito che ho verso G.L. FALCHI, per quanto egli scriveva nell'articolo: *L'onere della prova nella legis actio sacramento in rem*, in *SD* 38 [1972], 247 ss., elaborato all'epoca in cui l'autore era mio assistente a Cagliari); ID., *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi Sanfilippo IV*, Milano 1983, 170 ss.; ID., rec. a NICOSIA, *Il processo privato romano II*, in *IVRA* 37 (1986 pubbl. 1989), 122 n. 14.

² La dottrina romanistica considera in effetti, pacificamente, che tutte le battute (note da Gai. 4, 16) della *legis actio sacramento in rem* fossero pronunciate in un dialogo iniziato dall'attore, ai cui interventi si alternano repliche del convenuto, ed il PUGLIESE, *Il processo civile romano I: Le legis actiones*, Roma 1962, 230 scrive precisamente: «Gaio nel brano da noi finora utilizzato (4, 16) non indica l'attore col termine *actor*, ma con la perifrasi <*qui prior vindicaverat*>, mentre designa il convenuto come *adversarius*». Un'isolata allusione positiva alla mia tesi, ma in tutt'altro contesto ricostruttivo, si legge in ZLINSKY, *Gedanken zur legis actio sacramento in rem*, in *SZ* 106 (1989), 135 n. 133.

³ PUGLIESE, rec. a CANNATA, *Profilo*, I-II cit., in *IVRA* 33 (1982 pubbl. 1985), 171 s.

Max Kaser⁴, per il quale pure nutro tutta la venerazione e l'affetto di un discepolo. Siccome la suddetta conclusione continua ciò non ostante ad apparirmi, invece che eversiva, del tutto naturale, sono pervenuto alla convinzione che il mio torto è stato di presentarla sempre così, cioè come la cosa più evidente del mondo, senza impegnarmi in una dimostrazione specifica, e – soprattutto – senza neppure enunciarla nei suoi termini precisi.

Tento di farlo ora, considerando dunque quella mia idea come una vera e propria tesi, per sottoporla ad una verifica. Naturalmente, in ogni analisi che riguardi la struttura della *legis actio sacramento in rem*, in particolare quando l'attenzione sia portata al preciso senso tecnico degli atti che ne costituivano la forma, il discorso processualistico non rappresenta infine che un modo – e probabilmente il modo più corretto e fruttuoso – d'impostare lo studio della concezione arcaica della proprietà romana⁵. Il lettore mi accorderà dunque venia se in questo breve contributo, che offro all'amico Felix Wubbe, lascerò sottintese le implicazioni sostanziali delle limitate considerazioni processuali esposte. Ma il punto che intendo chiarire è, credo, sufficientemente importante per meritare di essere isolato.

2. – Incominciamo con una lettura integrale del passo gaiano:

Gai. 4,16 (con PSI XI 1182):

Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat: deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM. SICUT DIXI, ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI, et simul homini festucam inponebat. Adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. Cum uterque vindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM; illi mittebant. Qui prior vindicaverat, *ita alterum interroga*>bat: POSTULO ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS. Ille respondebat: IUS FECI SICUT VINDICTAM INPOSUI. Deinde qui prior vindicaverat dicebat: QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO; adversarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE; aut si res infra mille asses erat, quinquagenarium scilicet sacramentum nominabat: deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur; postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat

⁴ KASER, *Zur legis actio sacramento in rem*, in *Estudios d'Ors II*, Pamplona 1987, 688 n. 60; 691 s. n. 66: l'articolo è stato pubblicato anche in *SZ* 104 (1987), ove i due luoghi corrispondono a p. 68 n. 58a e p. 71 n. 62a.

⁵ Si veda in particolare: J.G. WOLF, *Zur legis actio sacramento in rem*, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition*, Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von F. Wieacker, Ebelsbach 1985, 1 ss.; KASER, *Über 'relatives Eigentum' im altrömischen Recht*, in *SZ* 102 (1985), 1 ss.; KASER, *Zur legis actio sacramento in rem*, in *Estudios d'Ors II* cit.; ZLINSKY, *Gedanken* cit. in *SZ* 106 (1989), 106 ss.; HAKL, *Der Sakramentsprozeß über Herrschaftsrechte und die in iure cessio*, in *SZ* 106 (1989), 153 ss.

praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quia id in publicum cedebat. Festuca autem utebatur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini; quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponitur.

Nell'analizzare la forma, che ci viene così proposta, denomineremo le parti rispettivamente con le lettere Q, per riferirci al soggetto di cui Gaio dice <qui primus vindicaverat>, e Y, per indicare – evitando l'anodino segno grafico della «i» maiuscola – quell'*ille* che gli è avversario. E possiamo subito notare che la forma stessa consta di tre sezioni (alle quali corrispondono tre momenti, o fasi, dell'*actio* illustrata), che indicheremo come A, B et C:

A) Nella prima sezione, descritta all'inizio del frammento (*Qui vindicabat illi mittebant*), Q e Y, scambiandosi le *vindicationes* con i relativi gesti, concretano il simulacro di lotta, che il pretore interrompe con l'ordine, tosto eseguito, di lasciare la cosa.

B) Nella seconda sezione (*Qui prior vindicaverat – ET EGO TE*) Q et Y disputano della *causa*, e si scambiano i *sacramenta*, proseguendo poi come nella *legis actio sacramento in personam* (*deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur*). Quest'ultimo riferimento, poiché Gaio rinvia a quanto detto in un passo pervenutoci in troppo piccola parte, resta per noi lettera morta⁶: possiamo solo pensare che Gaio intendesse inserire qui gli atti necessari alla designazione del giudice (cfr. Gai. 4, 15).

C) Nella terza sezione il magistrato sovrintende alla *lis vindiciarum* tra Q et Y assegnando il possesso interinale ad uno dei contendenti (*postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat*), impone a costui di fornire i relativi garanti (*eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum*) e, subito dopo a quanto parrebbe, impone ad entrambe le parti di fornire i *praedes sacramenti* (*alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quia id in publicum cedebat*).

3. – È facile constatare che la posizione processuale delle parti si differenzia solo in B; in A le parti dicono le stesse parole e compiono gli stessi gesti, sicché Gaio può descrivere gesti e parole per una sola di esse; e dire semplicemente che *adversarius eadem similiter dicebat et faciebat*. Necessario è solo che ciascuna parte accompagni i propri gesti alle proprie, opportune parole, ma è assolutamente indifferente che sia Q o Y il primo a gestire e parlare. La struttura formale della scena che si svolge in A lascia anzi intravedere che, nella sua concezione originaria, la forma pontificale prevedeva che Q et Y gestissero e parlassero contemporaneamente.

⁶ PUGLIESE, *Il processo civile romano* I cit., 291 s.

Del tutto diverso è quanto avviene in B, ove a Q e ad Y sono attribuite battute diverse, ed il loro significato è preciso: esse si riferiscono alla *causa* vantata nella *vindicatio* effettuata in A, ma se in A, data l'identità delle dichiarazioni delle parti, Q et Y avevano vantato entrambi la conformità della propria *vindicatio* ad una causa (*HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM*⁷), il dialogo di B si riferisce unicamente alla *causa* invocata da Y. Il dialogo in questione obbedisce in effetti al seguente schema:

Q: POSTULO ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS.

Y: IUS FECI SICUT VINDICTAM IMPOSUI.

Q: QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO.

Y: ET EGO TE⁸.

Vale a dire:

Q: La causa, sulla quale hai basato la tua *vindicatio*, falla esplicita.

Y: Quando ho fatto la *vindicatio*, l'ho fatta conformemente a diritto, cioè per una *causa* giusta⁹.

Q: E invece no: la tua *vindicatio* non era conforme a diritto, cioè la tua *causa* non è giusta, ed io ti sfido a giurare che, dicendola giusta, hai detto il vero.

Y: E io sfido te ad analogo giuramento, vale a dire a giurare su quanto tu hai detto della mia *causa*, che cioè essa è ingiusta.

Ora, siccome il giudizio, in questa *legis actio*, avrà appunto come oggetto la conformità al *ius* dell'affermazione fatta oggetto del *sacramentum*, per stabilire *utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit*¹⁰, il giudice dovrà appunto decidere se la causa di Y sia o non sia fondata. Il *sacramentum* non concerne la *causa* di Q, la quale non sarà dunque oggetto di verifica alcuna nel corso del giudizio.

Quanto alla fase C, la posizione processuale di Q et Y torna ad esservi indifferenziata: i *praedes sacramenti* sono richiesti ad entrambe le parti, gli atti finalizzati

⁷ Le cose starebbero diversamente se si dovesse seguire la tesi del CORBINO, *La struttura dell'affermazione contenziosa nell'agere sacramento in rem*, in *Studi Sanfilippo VII*, Milano 1987, 152 s., secondo il quale la *vindicatio* non avrebbe contenuto le parole *secundum suam causam*: ma la loro presenza è inequivocabilmente confermata da Val. Prob. 4, 6, un testo del quale il Corbino tenta invano di liberarsi.

⁸ Dalle parole di Gaio (*adversarius quoque dicebat similiter ET EGO TE*) pare possa desumersi che egli sintetizzi nelle parole *<et ego te>* una battuta più lunga: cfr. ZLINSKY, *Gedanken* cit. in *SZ* 106 (1989), 129 s.

⁹ Questa replica di Y alla battuta di Q non è né incoerente (come sarebbe invece secondo il WOLF, *Zur legis actio* cit., 22, ove all'allusione alla *causa* nella precedente battuta di Q si dia il senso che – come di solito, del resto, più o meno si fa – le ho dato), né evasiva (ZLINSKY, *op. cit.*, in *SZ* 106 [1989], 129), ma solo sintetica. Essa significa: «Non è questo il luogo per dirti su quale fondamento ho rivendicato; ma sono pronto a provarti, quando si tratterà di farlo, che esso c'è ed è giusto».

¹⁰ Cic., *p. Caec.* 33, 97; *de domo*, 29, 78: i due testi si riferiscono ai processi di libertà.

all'assegnazione del possesso interinale le riguardano ancora entrambe allo stesso modo, l'attribuzione stessa del possesso interinale non dipende dalla posizione processuale dell'assegnatario, ma da un apprezzamento che il magistrato faccia della migliore idoneità dei *praedes litis et vindiciarum* da costui offerti¹¹, e, una volta effettuata, non cambia tale situazione processuale, essendo destinata ad avere rilevanza solo dopo la sentenza, quando si porrà il problema dell'eventuale restituzione della cosa.

Dunque, solo nella fase B le parti sono trattate in modo diverso: e la diversità è precisamente in funzione dei problemi di prova. Essa serve ad individuare Y come il soggetto che vincerà o perderà il processo secondo che la *causa* da lui vantata sia riconosciuta o non riconosciuta come giusta. Il che implica che Y – e solo Y – sarà tenuto, in *iudicio*, ad esplicitare la sua *causa* ed a farla oggetto di prova.

4. – Gaio, descrivendo la *legis actio sacramento in rem* si poneva in prospettiva storica, perché intendeva presentare una delle *actiones, quas in usu veteres habuerunt* (Gai. 4, 11), e precisamente la forma che assumeva la *sacramenti actio*, che *generalis erat* (Gai. 4, 13), quando *in rem agebatur* (Gai. 4, 16): si noterà il costante uso dell'imperfetto, con sicuro riferimento al passato. Ciò non ostante, possiamo essere certi che egli scriveva prendendo come base la struttura che l'azione presentava al suo tempo, quando era praticata in funzione dei giudizi centumvirali (Gai. 4, 31). Ne abbiamo la prova – se ce ne fosse bisogno – alla fine del paragrafo Gai. 4, 16, che abbiamo letto, e nel paragrafo successivo:

Gai. 4,16:

... Festuca autem utebatur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini; quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta praepositur. 17: Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel abduci, veluti si columna aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur: deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat vindicatio. Itaque ex grege vel una ovis aut capra in ius adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferebatur, ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur. Similiter si de fundo vel de aedibus sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio, veluti ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula, et si de hereditate controversia erat aequae <...>.

¹¹ Cfr. CANNATA, *Profilo I* cit., 17. La scelta del soggetto cui affidare il possesso interinale della cosa era certo discrezionale per il magistrato, e l'unico criterio che poteva guidarlo nell'esercizio di tale potere discrezionale era evidentemente, a questo punto della procedura, solo quello della migliore idoneità delle garanzie offerte dalla parte. Cfr. PUGLIESE, *Il processo civile romano I* cit., 296, che però pensa pure ad un criterio identificato con «le probabilità di vittoria finale» della parte (cfr. da ultimo ZLINSKY, *op. cit.*, in SZ 106 [1989], 133): ma non vedo come tali probabilità potessero essere emerse a questo punto della fase *in iure*, ove non si erano svolti che atti predeterminati ed unicamente espressivi dell'esistenza di una controversia.

Nel discorso del § 16 sulla *festuca* Gaio spiega l'originario uso simbolico di questa per giustificare l'impiego attuale dell'*basta* 'in centumviralibus iudiciis'¹². Nel § 17, parlando delle rivendiche di cosa che *sine incommodo non posset in ius adferri vel abduci*, egli (sempre con verbi all'imperfetto) attribuisce senz'altro alla procedura antica quella che doveva essere la procedura attuale al suo tempo per tutte tali cose, senza stare ad isolare, sul piano storico, le rivendiche immobiliari, e trascurando così del tutto la procedura dell'*in iure manum conserere* (certo a lui nota essendo prevista nelle dodici tavole: Gell. 20, 10, 8), anche nella forma stilizzata dell'*ex iure manum consertum vocare*, praticata al tempo di Cicerone (Cic. p. Mur. 12, 26) ed ancor nota ad Aulo Gellio (Gell. 20, 10, 9).

In sostanza, possiamo dire che Gaio, nel passo che ci interessa, per descrivere l'antica *legis actio sacramento in rem*, e cioè la sola *legis actio* ancora attualmente praticata (Gai, 4, 31)¹³, riferiva semplicemente al passato la forma ai suoi giorni attuale. Se in qualche punto egli si sia dato pena di restituire alla nuova forma gli antichi connotati, non è possibile stabilire: sul punto della rivendica immobiliare sappiamo comunque positivamente che non lo ha fatto, e certo non lo ha fatto scientemente, per non complicare con un eccesso di erudizione la linearità della sua esposizione istituzionale.

Ora, è certo che nella prassi del II secolo d.C. il rito della *legis actio sacramento* che si celebrava davanti al pretore aveva il solo scopo di investire del giudizio il tribunale dei *centumviri*, il quale non poteva essere nominato giudice dal pretore nei modi della procedura formulare, ed è altrettanto certo che la forma stessa non era percepita – né dalle parti né dai giuristi – che come una pura formalità, del senso intrinseco della quale nessuno si curava oltremodo. Per la ripetizione delle parole e dei gesti tradizionali si doveva essere dunque formata una prassi che aveva fissato gli atti antichi, nella sola idea di garantire che *tutto* quel che doveva esser detto o fatto lo fosse tuttavia. In questo spirito, il carattere libero della successione degli atti nella fase A doveva essere stato ricondotto ai ritmi precisi che esso aveva nella fase B: e siccome nella fase B la successione delle battute era dialogica, e precisamente obbediva all schema Q-Y-Q-Y, anche le battute della fase A sono state ridotte a seguire obbligatoriamente la medesima regola. Le due battute identiche della fase A venivano dunque ormai pronunciate obbligatoriamente nella successione Q-Y. Ecco perché per Gaio il primo che rivendica in A è il primo che parla in B; sicché egli, quando deve individuare il primo che parla in B (che è soggetto da individuare precisamente, essendo qui le battute distinte), lo indica come Q, cioè come <qui prior vindicaverat> in A. Ma così non era nella procedura originaria: es-

¹² Si trattava evidentemente di una lancia presente durante le sessioni del collegio giudicante, e non di un impiego dell'*basta* in luogo della *festuca* nella *legis actio* celebrata *apud praetorem urbanum vel peregrinum* in vista del giudizio centumvirale (Gai. 4, 31).

¹³ Per l'integrazione di quanto segue immediatamente le parole <Per pignoris ...> vedi CANNATA, *Introduzione ad una rilettura di Gai. 4, 30-33*, in *Sodalitas (Scritti Guarino) IV*, Napoli 1984, 1871 ss.

sa non conosceva una regola comune per le sei battute di A+B (Q-Y; Q-Y-Q-Y), ma prevedeva la successione QY-Q-Y per la sola fase B, essendo in A indifferente un Q-Y o un Y-Q o un corale QY.

5. – Ma è certo che Q, cioè la parte che anche in antico doveva obbligatoriamente parlare per prima nella fase B, fosse il convenuto, e cioè il soggetto che prima dell'inizio degli atti processuali aveva il possesso della cosa¹⁴. Come si è visto, il dialogo della fase B designa con precisione tecnica Y come il soggetto – il solo soggetto – esposto alla verifica del fondamento della propria *vindicatio*: siamo dunque di fronte alla radice prima della regola che, nella *rei vindicatio*, addossa all'attore l'onere della prova della proprietà. Non è possibile pensare che in antico la soluzione fosse inversa, perché non resta traccia di una modifica in proposito, né che in antico la designazione della parte la cui *causa* era oggetto di verifica fosse lasciata al caso, perché sarebbe assurdo. Si tratta invece, con tutta evidenza, di una di quelle scelte tecniche operate dalla giurisprudenza pontificale mediante le proprie costruzioni formali, destinate a creare regole che restarono acquisite una volta per tutte: ne abbiamo un altro esempio nell'uso originario del passivo *dari* per la forma della *sponsio* di *certa res* o *certa pecunia* (<*spondes mibi X dari?*>), che lasciava aperta la possibilità dell'adempimento del terzo.

6. – La tesi dunque, che credo di avere infine resa comprensibile e ragionevole, è che il soggetto che in Gai. 4, 16 è indicato come <*qui prior vindicaverat*> sia il convenuto: e precisamente che egli si rivela tale perché dice al suo contraddittore <*postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris*> (cioè la prima delle battute della fase che abbiamo indicato come fase B), anche se in realtà, nella *legis actio* antica, egli non era necessariamente il primo ad avere rivendicato nella fase A.

Con questi chiarimenti, penso di aver messo in luce che le critiche che sono state rivolte contro la mia tesi dipendevano dalla originaria formulazione troppo apodittica di questa: quando cioè, in buona sostanza, io l'enunciavo semplicemente dicendo che il primo a rivendicare *in iure* era il convenuto (il che, per verità, benché riecheggi le parole di Gaio, non solo era mal detto, ma – alla luce delle considerazioni che qui abbiamo fatte, specie nei paragrafi 3 e 4 – anche francamente scorretto). Soprattutto – è quanto più mi sta a cuore – è chiaro che la mia idea non è per nulla una costruzione contraria alle fonti¹⁵; anzi, per una volta, per costruirla non è stato neppure necessario aggiungere ai dati dei complementi congetturali, tutto provenendo dalla semplice lettura.

¹⁴ Vedi quanto nota lo ZLINSKY, *op. cit.*, in SZ 106 (1989), 129 (a-b).

¹⁵ Di ciò l'ha accusata il KASER, *op. cit.*, in *Estudios D'Ors* II, 688 n. 60. Vedi anche KASER, *Über <relatives Eigentum>* cit., in SZ 102 (1985), 12 n. 41.

Ma un'ulteriore critica mi è stata mossa, unicamente a voce questa volta, dal Pugliese: critica assai grave perché i dati da cui essa parte sono del tutto certi, in quanto si basa sulla considerazione della struttura dell'*in iure cessio*, per la quale possiamo leggere la descrizione di Gaio:

Gai. 2,24:

In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, veluti praetorem, is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit eam rem addicit; idque legis actio vocatur. Hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum.

Non si può dubitare, che la *in iure cessio* costituisca un'applicazione fittizia della *legis actio sacramento in rem*¹⁶. Il cerimoniale vi è sintetizzato, in quanto la formula verbale è ridotta alle parole iniziali – cioè alla sola affermazione della proprietà – e il gesto alla sola apprensione della cosa¹⁷, vale a dire che vi sono stati eliminati tutti gli elementi funzionali alla rappresentazione di una contesa; inoltre, il magistrato sollecita la *contravindicatio* (*praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet*), evidentemente perché risulti chiaro che poi la sua mancanza corrisponderà ad una precisa volontà della controparte di non effettuarla. Ma della *legis actio sacramento in rem* pur sempre si tratta, ed i Romani ne erano perfettamente consapevoli, se Gaio stesso avverte che *<id legis actio vocatur>*, cioè che in pratica si faceva allusione a tale negozio chiamandolo *legis actio*. La *in iure cessio* è dunque retta dalle stesse regole della *legis actio sacramento in rem* per quanto concerne struttura formale ed effetti. Ora – questa è la critica che se ne trae alla mia tesi – nella *in iure cessio* si vede chiaramente una prima rivendica fatta da colui che prima del processo non era possessore; la rivendica del possessore è attesa (invano, data la struttura dell'atto) come seconda; è chiaro dunque che il modello reale di questa *rei vindicatio* fittizia corrisponde ad una scena in cui l'attore rivendica per primo¹⁸.

Il fatto è, però, che della forma della *legis actio sacramento in rem* la *in iure cessio* non riprende che la fase A, nella quale – come ho chiarito sopra – nulla vietava che l'attore rivendicasse per primo. D'altra parte, a ben vedere, non può pro-

¹⁶ Sul rapporto tra *legis actio sacramento in rem* e *in iure cessio* vedi ora HAKL, *op. cit.*, in SZ 106 (1989), 171 ss.

¹⁷ Gesto che è espresso nel passo ora letto dicendosi del cessionario che egli *tenet* la cosa (*<rem tenens>*), cosa che dalla formula che segue risulta essere uno schiavo. Avevo dimenticato questo testo quando (nel mio articolo *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in VACCA [ed.], *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* II, Milano 1991, 420) sostenevo, per Gai. 1, 119, l'integrazione *<aes> tenens*, invece di *<rem> tenens* argomentando con disinvoltura dal grottesco dell'idea di *tenere* uno schiavo: il ridicolo era in realtà soltanto mio. Per fortuna – mi pare – le tesi là proposte restano corrette, anche dopo cancellatovi l'argomento balordo.

¹⁸ Cfr. KASER, *Das römische Privatrecht* I², München 1971, 48.

prio parlarsi di attore o di convenuto con riguardo alla *in iure cessio*, che è pensata come una struttura negoziale e non come un processo: voglio precisamente dire che, come ho notato poc' anzi, i giuristi che crearono la forma negoziale¹⁹, nel valersi di una struttura processuale, non solo la impiegarono in modo fittizio, ma ne resero evidente tale natura fittizia togliendo dalla forma tutti gli elementi che corrispondessero al suo carattere contenzioso: nella formula revindicatoria della *in iure cessio* non si dice <*secundum suam causam*>, non vi si usa la *festuca*, e conseguentemente non si dice <*sicut dixi ecce tibi vindictam imposui*>²⁰. Non c'è un soggetto che rivendichi «per primo», perché c'è una sola *vindicatio*, ed essa è la prima perché è la sola: il silenzio o la negazione dell'altra parte (*quo negante aut tacente*) hanno senso solo perché son secondi. Per questo l'ordine delle battute – che nella fase A della *legis actio sacramento in rem* era libero – qui è fisso: ma la logica alla quale questa regola formale della *in iure cessio* obbedisce non è quella della lite, bensì quella dell'atto di disposizione realizzato nelle strutture adattate di un processo: se le dichiarazioni che realizzano l'atto di disposizione partono da un'affermazione di proprietà, questa dovrà precedere gli atti (negazione o silenzio) che vi manifestano l'acquiescenza. I giuristi che crearono questa forma si riferivano bensì ad effetti conseguibili in giudizio: ma sfruttando unicamente la regola processuale secondo la quale il magistrato, in presenza di una *vindicatio* correttamente effettuata in un contraddittorio regolarmente costituito per la presenza di due parti, ove la *contravindicatio* faccia difetto, deciderà direttamente senza *iudicium*, e concluderà dunque con l'*addictio*²¹, senza che neppure siano necessari gli altri atti che *in iure* sarebbero serviti ad impostare l'attività del giudicante.

¹⁹ La *in iure cessio* pare essere stata una creazione pontificale, se è vero quanto testimonia Paul. Vat. 50 (<... *mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat*>). Si può però pensare che la sua concezione originaria (estesa poi alla *in iure cessio hereditatis*, alla *in iure cessio tutelae* e – assai più tardi e forse, malgrado Liv. 7, 16, 9, dalla giurisprudenza laica – all'*adoptio* e all'*emancipatio*) fosse unicamente legata alla pratica della *manumissio vindicta*, nel qual caso essa sarebbe stata modellata sulle forme particolari che la *legis actio sacramento in rem* assumeva per i processi di libertà. Ciò induce a credere l'affermazione di Gai. 2, 25, secondo la quale al suo tempo praticamente nessuno si valeva della *in iure cessio* per trasferire la proprietà neppure delle *res Mancipi*, potendo ricorrere alla più agevole *mancipatio*. Siccome l'argomento di Gaio vale anche per l'epoca antica, se ne potrebbe desumere che l'applicazione della *in iure cessio* in materia di diritti reali sia stata introdotta dalla giurisprudenza (laica) per la costituzione dell'usufrutto e delle servitù urbane: una simile operazione supposeva in effetti un modello di *in iure cessio* per il trasferimento della proprietà, da estendere alla costituzione dei diritti reali frazionari. L'ipotizzazione di tale modello era necessaria, perché per la costituzione di un diritto reale frazionario diverso dalle servitù di *via*, *iter*, *actus* e *aquaeductus* mancava la corrispondente *legis actio* (a questo proposito non mi sento di seguire quanto sostiene, riguardo la «legittimità» in senso sostanziale delle *legis actiones*, il PUGLIESE, *Il processo civile romano* I cit., 12 ss.; vedi anche, per i rapporti obbligatori di creazione non legislativa, quanto scrivevo nell'articolo *Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen*, in SD 53 [1987], 299 ss.).

²⁰ Cfr. KASER, *Das römische Privatrecht* P, 48 n. 2.

²¹ Su questo punto vedi KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 92; HAKL, *op. cit.*, in SZ 106 (1989), in part. 174 ss.

7. – Per completare il quadro, ricorderò che, quanto al problema di stabilire come le parti giungessero davanti al magistrato con la cosa controversa nelle procedure della *legis actio sacramento in rem* relative ai mobili che si potevano recare in tribunale, avevo a suo tempo formulato – riprendendo un punto di vista del Pugliese²² – l'ipotesi che la cosa vi fosse portata (*mobilia*) o condotta (*moventia*) dall'attore, con atti (stragiudiziali) necessariamente pubblici, non formali, ma accompagnati da opportune dichiarazioni o atteggiamenti, tali da render chiaro ai presenti che il tutto avveniva in funzione di un processo²³: sicché il pubblico stesso avrebbe provveduto tanto a proteggere il soggetto passivo contro l'esercizio abusivo della forza privata quanto ad offrire al soggetto attivo l'assistenza eventualmente necessaria al compimento utile dei propri atti, in caso di resistenza dell'avversario²⁴. Un procedimento, dunque, che potremmo qualificare come caratterizzato da un formalismo parziale e da una necessaria pubblicità, del tipo di quello della *in ius vocatio* regolato in tab. 1,1-3, che come tale in antico non poteva essere qui utilizzabile, essendo appropriato alle sole azioni *in personam*²⁵.

Una volta giunti *in iure* con la cosa, attore e convenuto facevano le loro *vindicatioes*, cioè realizzavano la fase A della forma prevista per il procedimento davanti al magistrato: per l'epoca antica, come abbiamo chiarito, le parti potevano rivendicare contemporaneamente, ovvero poteva cominciare prima l'attore Y o prima il convenuto Q, purché – in questi ultimi casi – il primo rivendicante mantenesse fermi i gesti nel loro stato conclusivo (apprensione della cosa e imposizione su di essa della *festuca* rivolta minacciosamente contro l'avversario) finché l'avversario non fosse giunto allo stesso punto, per concretare il simulacro di lotta²⁶. A questo punto, dopo che il magistrato aveva ordinato di lasciare la cosa ed era stato obbedito, si passava alla fase B, dove abbiamo visto che Q, il convenuto, parlava obbligatoriamente per primo. Nell'ipotesi che non vi fosse stata che una sola *vindicatio* – ipotesi ragionevole solo se quest'unica *vindicatio* fosse stata quella dell'attore Y –, il magistrato non aveva ragione di dare l'ordine *<mittite ambo (hominem)>*, e pronunciava invece l'*addictio* in favore del rivendicante. Sfruttando questa situazione, astrattamente possibile, fu creata l'*in iure cessio*. A proposito della quale devo solo aggiungere la precisazione che quanto comunemente si dice, e cioè che col termine *cessio* si faceva allusione al gesto di Q che, invece di *contravindicare*, faceva qualcosa come un passo indietro, non mi sembra trovare riscontro nelle fonti, che mai,

²² PUGLIESE, *Il processo civile romano* I, cit., 39; 276.

²³ CANNATA, *Profilo* I cit., 21 s.; vedi anche ID., *Violenza fittizia e violenza reale* cit., 160 n. 8.

²⁴ Questa concezione del significato pratico della necessaria pubblicità degli atti che concretavano le *actiones* più antiche è ora molto bene illustrata dal Nicosia nei due volumi finora pubblicati su *Il processo civile romano*: lavori per i quali la discutibilità della tesi di fondo non compromette l'eccellenza della ricostruzione di un ambiente e della sua mentalità. Mi permetto di rinviare alle mie recensioni in *IVRA* 31 (1980 pubbl. 1983), 235 ss.; *IVRA* 37 (1986 pubbl. 1989), 114 ss.

²⁵ CANNATA, *Profilo* I, cit., 28 s.

²⁶ Cfr. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale* cit., 161.

per quanto ne so, parlano di tale rincarare²⁷: è più logico pensare che l'espressione *in iure cessio* volesse dall'inizio del suo impiego significare «cessione effettuata in tribunale»; voglio dire che quella di *in iure cessio* può benissimo essere una denominazione che i giuristi diedero all'atto per indicare che si trattava di un «negozio di trasferimento (acquisto a titolo derivativo) effettuato in presenza del magistrato», dunque dell'atto costruito impiegando la struttura formale della *legis actio sacramento in rem*, ma opportunamente corretta (per soppressione delle allusioni al litigio, come si è visto) in modo da assumere la natura non contenziosa di un vero e proprio atto di trasferimento²⁸. La denominazione di *legis actio*, che in Gai. 2, 24 si ricorda pure, e che al tempo in cui il passo fu scritto pare alludere alla forma – come tale – della *in iure cessio*, può invero corrispondere invece alla sua denominazione originaria, precedente la costruzione della denominazione specifica.

²⁷ In Gai. 2, 24 gli atti del cedente sono descritti, come si è visto, dicendo <quo negante aut tacente>. L'idea comune dipende da considerazioni etimologiche e semantiche sul verbo *cedere* (vedi ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴, Paris 1985, 109 s.), ma il verbo può in origine essere connesso col difettivo *cedo, cete* (<cedodum huc mihi marsuppium>: Plaut., *Men.* 265; cfr. ERNOUT-MEILLET, 109).

²⁸ Questo, come si sa, è il senso che le espressioni *in iure cessio* e *in iure cedere* hanno nel linguaggio dei giuristi classici. Basta rileggere Gai. 2, 24 et Ulp. 19, 9 (*In iure cessio quoque communis alienatio est et mancipi rerum et nec mancipi ...*); 19, 10 (*In iure cedit dominus; vindicat is, cui ceditur; ...*); 19, 11 (*In iure cedi res etiam incorporales possunt*); 19, 12 (*hereditas in iure ceditur ...*; cfr. 19, 12-15).

LABEONE E IL CONTRATTO *

1. – Poco dopo aver ricevuto il nuovo libro di Filippo Gallo¹ ho avuto occasione di parlare al telefono con l'autore, e naturalmente ne ho approfittato per dirgli quanto mi facesse piacere di apprendere che avesse avuto l'idea di scrivere un libro su di un tema così spesso maltrattato da romanisti e non solo da romanisti. Egli mi rispose, con la sua tipica aria di dimessa aggressività, che lo aveva fatto "per muovere un po' le acque". Non avevo, allora, neppure sfogliato il volume: ma capii che sarebbe bastato aprirvi uno spiraglio per sentire uscire aria di tempesta. Ora, che l'ho tutto diligentemente percorso, posso dire che in realtà vi si naviga bene, purché beninteso si serrino i contro e si tenga saldo il timone, perché il vento è forte e le onde spazzano reiteratamente coperta ed anche tolda.

Si tratta di un corso universitario, che è anche dedicato ai suoi «studenti di Torino e Alessandria» (p. I), cioè alla *cupida legum iuventus*, e che si pone nella tradizione dei corsi monografici di diritto romano (o, come si diceva un tempo, di Pandette), tradizione oggidi un poco in crisi. Il Gallo stesso, nella prima frase dell'Introduzione (p. 1), dice che la relativa produzione si è «rarefatta», aprendo un discorso polemico di 19 pagine sulla persistente funzione formatrice di tali corsi per ogni giurista in un contesto culturale, quale il nostro, in cui – pur nella scia di quanto egli scrive, sono io ad esprimere così l'idea – di una crisi della tradizione romanistica si parla solo da chi non ha capito che cosa sia quella tradizione, o da chi cerca di costruire con fraseggi erudito una giustificazione per la propria ignoranza.

Con la citata introduzione non si può non esser d'accordo: ma per assicurare il mio amico Filippo che le acque le ha veramente mosse, e già dalle pagine introduttive, polemizzerò io stesso con lui su di un punto. Alla pagina 19 egli scrive: «L'obiettivo principale che perseguo, è quello di mostrare, in modo specifico per la materia contrattuale, che l'elaborazione dei giuristi romani è stata alla base della tradizione successiva, che essa aiuta a penetrare lo sbocco che si è avuto in proposito nel codice civile italiano vigente...» ed ivi annota (p. 19 n. 21): «Questa scelta tiene conto, in particolare, degli studenti ai quali è rivolto in primo piano il corso». Ora, quella di concepire gli studi giuridici universitari nella dimensione

* Pubblicato in *Panorami - Riflessioni discussioni e proposte sul diritto e l'amministrazione*, vol. 5, 1993.

¹ Mi riferisco al volume *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano I*, Giappichelli, Torino 1992, p. IV + 262.

del diritto nazionale o ancor peggio, parlando di diritto privato, del codice civile patrio – unito, dove esiste, al codice di commercio – rappresenta una limitazione non solo antiscientifica, ma pure anacronistica. Il fenomeno della «nazionalizzazione» del diritto privato e della conseguente ugual sorte della scienza giuridica è un fenomeno ottocentesco, dovuto alla crisi e soppressione (abrogazione) generalizzata del sistema del diritto comune ed alla confezione e messa in vigore dei codici nazionali². A quanto si dice³, Jean-Joseph Bugnet, professore a Parigi dal 1826, avrebbe affermato di non conoscere il diritto civile, perché il suo insegnamento aveva unicamente ad oggetto il Code Napoléon; già nel 1834 il Foelix denunciava il «pédantisme national» che comprometteva la scienza giuridica⁴ e di questa stessa avrebbe scritto più tardi Rudolf von Jhering: «Die Wissenschaft ist zu Landesjurisprudenz degradiert, die wissenschaftlichen Grenzen fallen in der Jurisprudenz mit den politischen zusammen. Eine demütigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft⁵». Oggi, per fortuna, si va tuttavia riacquistando il senso di quella che lo Zimmermann vede come la «common western legal culture»⁶. Nell'Università, il compito più grave spetta in proposito proprio ai romanisti, perché di quella cultura giuridica comune il diritto romano rappresenta ad un tempo la matrice e il polmone. *Quis custodiet*, allora, *ipsos custodes*? Se al romanista avviene di lasciarsi – anche se in un momento di disattenzione – obnubilare dalla prospettiva del diritto nazionale, scrivendo magari, come fa il Gallo a p. 221, nel parlare del passaggio al compratore della proprietà della cosa venduta: «Questo effetto è connaturato alla funzione della compravendita in ogni tempo e ambiente, mentre il rinvio del passaggio della proprietà al momento della consegna è una peculiarità della vendita romana (della peculiare disciplina stabilita per la vendita nel diritto romano), assente, per quanto sappiamo, nella stragrande maggioranza degli altri ordinamenti»⁷, mentre invece quella dell'effetto reale del contratto è una peculiarità del diritto codificato francese e dei diritti (come l'italiano) che dal Code civil l'hanno derivata, mentre il modello comune resta quello romano dell'effetto puramente obbligatorio del contratto.

² Vedi COING, *Europäisches Privatrecht* I, München 1985, 7; II, München 1989, 1 s.; 24 ss.

³ BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris 1924, 29; 128. Cfr. CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea* II⁴, Torino 1989, 246 e n. 16.

⁴ Vedi COING, *Europäisches Privatrecht* II, 57.

⁵ JHERING, *Der Kampf um's Recht*, Wien 1872, cit. in COING, *Europäisches Privatrecht* II, 27.

⁶ Si possono vedere (non per quel che valgono, ma per le opere alle quali vi faccio riferimento) i miei articoli: *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.; *Usus modernus pandectarum, common law, diritto romano olandese e diritto comune europeo*, in *SDHI* 57 (1991), 383 ss., l'ultimo dei quali riguarda il pensiero dello Zimmermann.

⁷ Cfr. p. 21, ove è scritto: «Attualmente, nell'esperienza in cui operiamo, col segno contratto si indica l'atto bilaterale o plurilaterale produttivo di effetti giuridici patrimoniali».

2. – Ciò non toglie che il libro del Gallo contenga un corso per più versi esemplare e veramente moderno. Non solo esso è scritto con mano e mente di giurista, ma tutti gli aspetti metodologici della romanistica giuridica attuale vi sono impiegati, e non mai *obiter*, ma sfociando in considerazioni e conclusioni che si legano l'una all'altra nella costruzione di un discorso unitario e coerente, del quale le sfaccettature costituiscono la ricchezza. È assai frequente oggigiorno che un romanista (ne sono io stesso un cattivo esempio) possa venir qualificato come dommatico, come storico politico o sociologizzante, ovvero come filologo e magari come biografo di giuristi e via dicendo. «La sua cultura non era peraltro unidimensionale. Egli non era privo di competenza nelle altre *bonae artes* e aveva approfondita conoscenza della grammatica, della dialettica, dell'antica letteratura latina e dell'etimologia; era un conoscitore (come dovrebbe esserlo ogni giurista) delle tecniche del linguaggio. E le varie conoscenze non erano per lui comparti separati, ma confluivano ed erano utilizzate nell'elaborazione della materia giuridica». Questo giudizio il Gallo lo formula – dopo averlo ben documentato (p. 72 ss.) – a proposito di Labeone (p. 78): ma nel suo lavoro egli ne sa replicare il modello.

Una sintesi dei temi trattati e delle tesi sostenute ne sarà la migliore riprova: nel redigerla, non seguirò sempre l'ordine del discorso del Gallo, quale risulta dal volume. I rinvii puntuali alle pagine renderanno agevole il reperimento dell'esposizione relativa ai singoli punti, ma il mio scopo è un altro: e cioè di presentare ai lettori di questa rivista il senso generale e quella che a me è apparsa la struttura logica della visuale proposta dall'autore.

3. – Il libro (non si dimentichi che si tratta di un primo volume, il che spiega evidentemente anche certi limiti dell'oggetto trattato) è centrato sulla concezione labeoniana del contratto.

A Labeone è attribuito l'inizio dell'impiego del sostantivo *contractus* «nel senso, poi stabilizzatosi nell'esperienza romana, di atto bilaterale produttivo di obbligazioni (per il giurista augusteo, di obbligazioni reciproche)⁸. In precedenza esso era stato impiegato per indicare l'atto del contrarre (la conclusione o stipulazione di un negozio) (p. 150). A questa conclusione il Gallo perviene per diverse vie. Anzitutto attraverso l'analisi delle testimonianze pre-labeoniane. Per il sostantivo, la più antica⁹

⁸ Vedi anche p. 168 ss.

⁹ A detta del Gallo (p. 68 s.) «l'opera più antica a noi nota in cui compare» il sostantivo *contractus* sarebbero i *rerum rusticarum libri* di Varrone (Varr., *rust.* 1, 68), ove il vocabolo è impiegato per indicare il fatto del «restringersi» (*contractus acinorum*, il raggrinzirsi degli acini d'uva). Ma Varrone visse tra il 116 e il 27 a.C. e compose le *res rusticae* ottuagenario, pubblicandole nel 37 a.C., mentre Servio, che nacque nel 105 e fu console nel 51, morì nel 43 a.C.: dunque il suo *liber de dotibus*, dal quale è tratta la citazione di Gellio, è certo più antico dello scritto varroniano. Ciò non toglie che abbia certo ragione il Gallo nella sostanza, e cioè nel supporre che l'uso di *contrahere* e *contractus* in relazione all'idea del restringersi preceda il loro impiego giuridico.

risale a Servio Sulpicio Rufo e ci perviene per il tramite delle *noctes Atticae* di Aulo Gellio (4, 4; p. 69 s.), ove si parla, a proposito degli *sponsalia*, di ‘*is contractus stipulationum sponsionumque*’, ad indicare la conclusione degli atti menzionati. Per il verbo (*contrahere*) abbiamo soprattutto le «operazioni diairetiche» compiute da Quinto Mucio – maestro di Aquilio Gallo, a sua volta maestro di Servio¹⁰ – in tema di costruzione dei rapporti obbligatori (p. 24 ss.), che ci sono tramandate per il tramite di Pomponio (4 *ad Q.M.*) in D. 46, 3, 80, passo al quale nel libro è dedicata un’accurata esegesi (p. 23-32). Nessun impiego, né di *contrahere* né di *contractus* nel senso di accordo obbligatorio si riscontra prima di Labeone, il quale invece non solo impiega più volte, in testi che conosciamo, il sostantivo (Ulp. Lab. D. 17, 1, 8 pr.; Lab. [Iav.] D. 18, 1, 80, 3; Ulp. Lab. D. 19, 5, 19, p. 167 ss.; su Ulp. Iul. Lab. D. 13, 4, 2, 8 e Ulp. Lab. D. 42, 8, 6, 6 vedi p. 182 ss.), ma lo fa oggetto di una definizione riportata nel notissimo Ulp. Lab. D. 50, 16, 19, testo che il Gallo sottopone ad un’esegesi assai complessa di 77 pagine (p. 82-159). Noterò che nelle sue esegesi il Gallo mette a partito tutti gli strumenti tradizionali, valendosi anche, con la dovuta misura, della critica interpolazionistica, a proposito della quale egli prende polemicamente posizione – a p. 134 ss., con la consueta documentazione dimostrativa – contro una diffusa tendenza attuale a prescindere o persino a rifiutarvi il ricorso¹¹. D’altra parte, anche strumenti d’analisi testuale più propriamente moderni vi sono impiegati, e in particolare, ove i passi vi si prestino (come Pomp. Q. Muc. D. 46, 3, 80 e Ulp. Lab. D. 50, 16, 19, che sono impostati su analisi diairetiche), quelli della dialettica, a proposito della quale, proprio nell’accingersi a studiare l’ultimo passo citato, il Gallo impartisce ai suoi discenti-lettori una vera e propria lezione (p. 84-94), ricca di riferimenti testuali e bibliografici, che permette di comprendere poi esattamente le argomentazioni esegetiche svolte.

4. – Se la costruzione dommatica del contratto appartiene a Labeone, e dunque «non si era pervenuti in precedenza alla categoria contrattuale», si devono qualificare «precontrattuali» le «categorie in certo senso preliminari» che erano state sino allora delineate (p. 23). Allo studio di queste «categorie precontrattuali» è dedicato il primo capitolo del libro (p. 21-70). Partendo, con prudenza critica, dal noto contributo del Magdelain¹², il Gallo individua, per l’epoca repubblicana, il punto di riferimento del consensualismo e dell’autonomia negoziale nell’editto *de pactis conventis*¹³. Nell’epoca classica la portata di questo editto (per effetto, come

¹⁰ Le informazioni biografiche sono sempre presenti nel libro del Gallo: su quest’ultima vedi p. 69.

¹¹ Ho fatto allusione alla misura che il Gallo manifesta nell’impiego della critica interpolazionistica: perché a me pare che la reazione – già presente – alla moda attuale rischi talora di ritornare a vecchi eccessi, per esempio nel, per altro pregevole, libro del VALDITARA, *Superamento dell’aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992.

¹² MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l’édit du préteur*, Paris 1958.

¹³ Così intitolato, e non, come vorrebbe il Lenel, *de pactis et conventionibus*: vedi GALLO, p. 42 n. 46.

si vedrà, della politica augustea, concretatasi soprattutto nella promulgazione delle *leges Iuliae iudicariae*) venne ridotta alla protezione, mediante *exceptio*, dei patti con contenuto negativo, quale il *pactum de non petendo*, ma la sua portata originaria era invece assai vasta. Il pretore vi si esprimeva con l'impegno generale a sanzionare gli accordi (*pacta conventa servabo*), ed alla comprensività di tale promessa edittale non sono concepibili limiti relativi al contenuto degli accordi stessi, perché i limiti della tutela sono *expressis verbis* indicati dal pretore stesso, che la esclude per i patti posti in essere con dolo ovvero contrari o in frode alle leggi ed agli atti aventi forza di legge. D'altra parte, il fatto che nella clausola edittale il pretore non facesse menzione dello strumento processuale, mediante il quale la tutela sarebbe stata realizzata, lascia desumere con certezza la sua riserva di valersi di volta in volta dello strumento opportuno e quindi, accanto all'*exceptio* o magari alla *denegatio actionis* per i patti a contenuto negativo, dell'*actio* per quelli a contenuto positivo (in part. p. 42 ss.). Del resto, abbiamo numerosissime prove della considerazione di patti con contenuto positivo per tutta l'epoca repubblicana, a partire dalle dodici tavole (tab. 8, 27; Gai. D. 47, 22, 4; p. 40) e poi in Plaut., *Poenulus*, 1155 ss.; Plaut., *Pseudolus*, 226; *auct. ad Her.* 2, 13, 20 (p. 41 n. 43-44), e ancora in diversi passi di Cicerone¹⁴, nonché nella testimonianza di Alfeno in D. 40, 1, 6 (p. 60; 64 s.).

Particolarmente rilevanti sono altri passi di Alfeno, dai quali risulta l'impiego di *pactum* e *pacisci* non soltanto per indicare clausole aggiunte ad accordi corrispondenti a quelli che poi saranno contratti consensuali (Paul. Alf. D. 18, 1, 40, 3: patto aggiunto ad una vendita; Paul. Alf. D. 19, 2, 30, 4: patto aggiunto ad un affitto), ma altresì per indicare l'accordo contrattuale stesso: si tratta, per quest'accezione, del *pactum conventum societatis* o *de societate factum* di Paul. Alf. D. 17, 2, 71 pr. (p. 49 ss.). I prototipi precontrattuali dei contratti consensuali erano dunque annoverati fra i *pacta* nell'epoca repubblicana, e la loro tutela dipendeva dalla previsione edittale *de pactis conventis*, in base alla quale essi erano già protetti con un'azione, di cui il Gallo vede sicura menzione in Cic., *p. Caec.* 18, 15 (p. 57; 60 s.): si trattava degli *arbitria honoraria*, di cui parla ancora Cicerone (*p. Roscio* 5, 15; p. 67 s. n. 109), e dei quali, secondo la sua stessa testimonianza (Cic., *de off.* 3, 17, 70: p. 36 s.), parlava anche Quinto Mucio, che ne descriveva la formula come basata sul criterio della *bona fides*.

E proprio a Quinto Mucio si deve il contributo essenziale alla sistemazione pre-labeoniana della materia, sicché egli si pone, come si esprime il Gallo, «tra passato e futuro» (vedi in particolare p. 53 ss., nel § 3 del primo capitolo, ove si riprendono le fila delle esegesi svolte nel precedente § 2, p. 23 ss.). In Q. Muc. D. 50, 17, 4 (esegesi a p. 38 ss.), ove Quinto Mucio opera un'analisi diairetica del divieto di *al-*

¹⁴ Per questi il Gallo si riferisce alle citazioni di STURM, *Il patto e le sue molteplici applicazioni*, in *Contractus e pactum (atti Copanello 1988)*, Napoli-Roma 1990, 156 s. n. 28 (in part. Cic., *de off.* 3, 24, 92-25, 95, vedi anche GALLO, p. 58; 61; Cic., *ad Att.*, 6, 3, 1, vedi anche GALLO, p. 59; 61; Cic., *de inv.* 2, 22, 68; STURM, 158 s.; vedi anche GALLO, p. 59; 62 s.), aggiungendo (cfr. p. 41 s. n. 45) Cic., *part. or.* 37, 130 (p. 59; 61 s.); *de orat.* 2, 24, 100; 2, 27, 116, nonché Seneca rhet., *contr.* 9, 3 (p. 59; 63 s.).

teri cavere, le categorie dell'autonomia privata sono ancora quelle del passato: il *pacisci*, il *legem dicere* (riferito alla pattuizione formale che intervenga nel contesto degli atti *per aes et libram*), lo *stipulari* e (si deve certo aggiungere) l'*expensum ferre*; sicché la materia che sarà poi quella contrattuale è distribuita nelle nozioni di *pacisci-stipulari-expensum ferre*, la prima delle quali «concerneva, in una con l'area conservatasi sotto la stessa terminologia anche dopo la formazione dei contratti (i *pacta* con contenuto negativo, produttivi soltanto di *exceptio*), sia ambiti entrati più tardi nella prospettiva contrattuale (come si è detto, quelli delle figure poi divenute contratti consensuali e delle *obligationes re contractae*), sia settori della realtà (per lo meno, come si è visto¹⁵, quello della garanzia di tipo ipotecario)».

L'aria che odora di futuro si respira invece in D. 46, 3, 80 (esegesi a pag. 24 ss.), il noto passo del commentario di Pomponio ai *libri iuris civilis*, ove la struttura del lemma muciano è ricostruita dal Gallo aggiungendovi la categoria delle *obligationes litteris contractae* (p. 30 ss., in part. sulla base di Cic., *p. Roscio*, 5, 14) e attribuendo al giurista repubblicano anche l'allusione finale a quel che *nudo consensu contrahi potest* (p. 32 ss.). L'attribuzione all'originale muciano di questa menzione delle obbligazioni scaturenti dal consenso trova giustificazione soprattutto nel modo in cui la tipologia esemplificativa vi è enunciata (*cum emptio vel venditio vel locatio contracta est*) e cioè senza alcuna allusione ad una categoria dei contratti consensuali (che certo avrebbe impiegato Pomponio, essendo essa già presente in Sabino, come si desume da Ulp. 48 *ad Sab.* D. 50, 17, 35: p. 35 ss.) e per giunta con una scansione che corrisponde a quella che compare ancora nella citazione di Quinto Mucio contenuta in Cic., *de off.* 3, 17, 70 (p. 36 ss.), ove per i contratti bilaterali perfetti non vengono impiegati binomi (*emptio venditio*, *locatio conductio*) ma coppie di denominazioni singole corrispondenti ai relativi *arbitria* (*rebus emptis, venditis, conductis, locatis*). Nel passo del Digesto (D. 46, 3, 80) l'operazione diairetica muciana ha per oggetto il *solvere*, come contrapposto del quale viene impiegato (invece dell'antico *nectere* o del *colligare* ancora presente in Sabino: cfr. il cit. D. 50, 17, 35) il verbo *contrahere* ad esprimere il carattere giuridico del vincolo, con una scelta terminologica atta a preparare, se già non contiene, «l'idea del rapporto», abbandonando del tutto «l'antica visuale ispirata al legame materiale» (p. 55). Questo impiego specifico di *contrahere*, legato ai rapporti obbligatori e precisamente connesso con la loro costituzione, prefigura in modo preciso l'idea del contratto come fonte di obbligazioni e va quindi considerato come un'acquisizione definitiva al patrimonio dommatico del diritto privato (p. 56).

5. – La ricostruzione, che si è or ora seguita, delle categorie precontrattuali ha soprattutto, nell'economia del libro, la funzione di dar conto esattamente dello

¹⁵ Per il *pactum conventum hypothecae* (*conventio pignoris*) vedi GALLO, p. 47 n. 62 e p. 52 n. 74.

stato di cose nel quale intervenne l'opera scientifica di Labeone: una situazione, come si è visto, nella quale gli spunti muciani verso una costruzione della nozione di contratto si inseriscono in un sistema nel quale l'autonomia privata trovava campo libero per la propria esplicazione, specie grazie allo strumento del *pacisci*, protetto, nell'ambito della previsione edittale *de pactis conventis*, nei modi più opportuni ed in particolare con le azioni che più potessero considerarsi appropriate, al difuori degli schemi imposti dalla tipicità. Al criterio della tipicità obbedivano solo le figure tipiche formali della *stipulatio* e dell'*expensi litio* per le quali, per altro, la tipicità riguardava la forma e non il contenuto, mentre un posto a parte, nel sistema della creazione delle obbligazioni, va assegnato alla loro formazione *re* (in part. p. 66).

L'operazione di Labeone, vale a dire la sua creazione di quel che il Gallo denomina «archetipo contrattuale» (pp. 71-252), non ebbe solo un significato tecnico-giuridico, bensì anche un senso propriamente politico. Oltre alle doti d'ingegno e di cultura del personaggio sono qui in gioco le sue qualità morali ed i suoi atteggiamenti nei confronti del potere, accentrato, al tempo della sua attività, nelle mani di Augusto. Il Gallo è assai sensibile a questi profili e, desideroso di farli percepire ai suoi lettori con documentata chiarezza, fornisce tutte le informazioni al riguardo in un profilo biografico del giurista (pp. 77-82), dipanando così una tematica le cui linee saranno più volte riprese in seguito, nel corso dell'indagine propriamente giuridica, fornendo un'ennesima riprova della capacità dell'autore di osservare i problemi in una prospettiva, se così posso esprimermi, di compiutezza interdisciplinare. Io mi limiterò a mettere in evidenza qualche punto, che mi appare particolarmente significativo.

6. – Tutti sanno che Labeone fu un oppositore del regime augusteo (Porphyron, *comm. ad Hor. sat.* 1, 3, 82, p. 80), al quale era invece ligio Capitone. Ora, fra i giudizi che possediamo su di lui, ve n'è uno, riportatoci da Gellio (*n. A.* 13, 12, p. 75 s.), che proviene appunto da Capitone. In un punto, che vedremo subito, tale giudizio pare diametralmente contraddetto (p. 247 ss.) dall'altro famoso, che si legge nell'*enchiridion* di Pomponio (D. 1, 2, 1, 47, p. 52). Infatti, mentre Capitone descrive Labeone come un conservatore (*ut divo Augusto iam principe et rempublicam obtinente ratum tamen pensumque nihil haberet, nisi quod iussum sanctumque esse in Romanis antiquitatibus legisset*), Pomponio dice conservatore Capitone ed innovatore Labeone (*Ateius Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat; Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit*). I due punti di vista – entrambi riferiti alla personalità di Labeone nel suo insieme, e che dunque si risolvono in giudizi con carattere generale (p. 248) – possono essere capiti entrambi, sol che si tenga conto che Pomponio scriveva più di un secolo dopo Capitone e quindi con un distacco rispetto alle passioni politiche vive al momento dell'affermarsi del principato, che gli permetteva di parlare unicamente da giurista, in grado, come tale, di valutare oggettiva-

mente l'importanza dell'opera di Labeone: per quel che riguarda specificamente gli interventi nella materia contrattuale, la novità della sua impostazione e la sua rilevanza, col successo che aveva ottenuto, per l'assetto del pensiero giuridico e della pratica successive. Per converso, il giudizio di Capitone è stato concepito da un consigliere di Augusto, dunque nell'ottica dell'ideologia del principato. *Agitabat hominem libertas quaedam nimia atque vecors*, scriveva egli ancora di Labeone: ciò che questi non accettava (misurando il giudizio nelle prospettive suggerite dalla materia contrattuale) era l'insieme della politica augustea tendente ad imbrigliare l'autonomia privata e la discrezionalità pretoria in un disegno generale di controllo del diritto, anche del diritto privato, e di burocratizzazione dell'attività giurisprudenziale.

Le linee di tale programma politico augusteo sono indicate a più riprese dal Gallo, pur se in brevissima sintesi¹⁶. All'epoca di Augusto si manifesta la tendenza a sottoporre al criterio della tipicità la categoria, che si va delineando, dei contratti consensuali. Il Gallo ritiene che un ruolo rilevante nella rapida attuazione di questo disegno – che risulta essere stato ideato da giuristi vicini al principe ed assunto da costui in prima persona – sia spettato alle *leges Iuliae iudicariae* (p. 67 s.): «Non conosciamo l'esatto contenuto delle due leggi augustee. Sappiamo tuttavia che, a seguito di esse, gli *arbitria*», che abbiamo visto essere stati *arbitria honoraria*, «(salvo quelli *ex compromisso*), diventarono *iudicia*», cioè azioni civili (p. 67 s. n. 109); «alla precedente contrapposizione tra gli uni e gli altri si sovrappose la distinzione tra *iudicia bonae fidei* e *iudicia stricti iuris*; l'area del *pactum conventum* con contenuto positivo venne risolta in figure tipiche¹⁷, ognuna protetta con apposito *iudicium*; in coerenza l'ambito tutelato dall'editto *de pactis conventis* finì col ridursi ai patti con contenuto negativo» (vedi pure p. 162 s., ove si menziona anche l'introduzione del *ius respondendi* per «agganciare al carro imperiale la giurisprudenza»; vedi ancora p. 237 n. 195 in fine e p. 248 s.).

Labeone, che per opporsi a questo disegno non possedeva che il suo ingegno e la sua autorità di giurista, si valse di questi mezzi, più deboli ma più penetranti e di efficacia più duratura di quelli del potere politico, per conservare in strutture coerenti e moderne lo spazio tradizionale appartenente all'autonomia privata.

Anzitutto egli elaborò una nozione di contratto «comprensiva di figure tipiche ed aperta in pari tempo alla atipicità» (p. 249). Per determinare questa nozione si deve evidentemente far perno sul famosissimo frammento Ulp. Lab. D. 50, 16, 19, al quale il Gallo dedica la già menzionata, complessissima esegesi (p. 82-159), di cui non posso che sintetizzare i punti salienti.

¹⁶ Si veda, per tutto quanto detto qui di seguito, l'esposizione sommaria relativa «alle esigenze della sottostante realtà economico-sociale ed agli ostacoli incontrati da Labeone a livello positivo e sul piano giuridico»: p. 160-167.

¹⁷ Per un atteggiamento favorevole alla tipicità, nel seguito del principato, dei giuristi della scuola sabiniana vedi p. 176 (in fine) ss.; p. 197.

7. – La definizione di contratto è enunciata da Labeone – che sapeva padroneggiare le tecniche diairetico-definitorie (p. 87 ss.) – nel contesto di una più ampia operazione diairetica (p. 82 ss.). Il testo che la contiene era, al di là di ogni dubbio, connesso con il linguaggio edittale nei libri di Ulpiano, e la stessa connessione è sicura anche per l'originale della citazione labeonica, che Ulpiano vi riporta (p. 84 n. 26):

D. 50, 16, 19 Ulp. 11 *ad ed. Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrabantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

Ora, la prima cosa che si nota è che la definizione *gestum significare rem sine verbis factam* non si attaglia alle clausole edittali imperniate sul verbo *gerere* (in particolare: *quod metus causa gestum erit; quae fraudationis causa gesta erunt; quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicitur*). Non si può quindi ritenere che un giurista classico – né Labeone né Ulpiano – abbiano inserito in un'analisi diairetica del genere, volta a chiarire il linguaggio edittale, una simile definizione delle *quaedam* che *geruntur* (p. 94 ss.; 114 ss.). La posizione di tutto quanto appartiene al *gestum* è d'altronde anomala nel testo. La sequenza iniziale *quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrabantur* non è rispettata nella sequenza delle definizioni, che sono nell'ordine *actus, contractus, gestus*; l'ultima, per di più, è collocata fuori della sequenza e, al contrario delle altre, non è corredata da esempi (p. 97 ss.; 101). Ancora: manca la disomogeneità, essenziale ai membri di una *partitio*¹⁸ – quale è, secondo il Gallo, la diairesi contenuta nel testo –, tra *gestus* e *actus*, perché la *res sine verbis facta* è compresa nell'*agere sive verbis sive re* (p. 101 s.; 114). Nella stesura a noi pervenuta del testo manca poi l'indicazione dell'entità alla quale la scomposizione si riferisce: abbiamo una *partitio* senza che si sia detto che cosa si scompone, il che non è concepibile per un'operazione diairetica corretta, come non poteva non essere quella di Labeone, né essa può essere stata ridotta in questo stato da Ulpiano (p. 97 s.; anche p. 99 s.).

Ora, nei *libri ad edictum* di Ulpiano, il passo apparteneva (cfr. LENEL, *Palingsnesia* I, col. 502 n. 3) al commento della clausola edittale *quod metus causa gestum erit* (p. 103 ss.). Se ne desume che Ulpiano riportava un passo di Labeone che conteneva una definizione (con *partitio*) di *gerere* o *gestum*. Furono i compilatori giustinianeî che, trasportando il frammento nel titolo *de verborum significatione*, lo modificarono riducendo l'oggetto definito e scomposto nell'originale (cioè il *gere-re-gestum*) a membro della scomposizione, e correlandolo di una definizione (p. 103 ss., con la ricostruzione del testo ulpiano a p. 108; cfr. p. 142 ss.; p. 112 ss., in

¹⁸ Sulla nozione relativa vedi p. 85 con lett. alla n. 32: vedi anche p. 128 con la n. 139.

part. 119 ss. per la ricostruzione dell'originale diairesi labeoniana). Anche nell'opera di Labeone (che Ulpiano cita come *libro primo praetoris urbani*) la *definitio-partitio* del *gerere* poteva ben essere stata enunciata a proposito della stessa clausola edittale, ovvero essere presentata in modo autonomo, in un elenco di definizioni dei termini ricorrenti nell'editto, premessa all'opera citata da Ulpiano. La contraria opinione della dottrina non tiene conto della probabile (assai problematica) struttura delle opere labeoniane di commento agli editti pretorî (urbano e peregrino: p. 125 ss.).

Per stabilire che operazione abbiano eseguita i compilatori a proposito del testo (p. 129 ss.), una premessa è necessaria: Ulpiano dissentiva da Labeone circa la nozione di *gerere* (vedi p. 109 s.; 130 ss.). Il dissenso di Ulpiano (originato da discussioni giurisprudenziali intervenute tra l'epoca di Labeone e la sua) consisteva in ciò: che egli vedeva realizzato il *gerere*, oltre che nel *contrahere*, non nel solo *agere*, ma in qualunque comportamento, anche puramente materiale (la *depositio aedificii* di Ulp. Pomp. D. 4, 2, 9, 2) od omissivo (Ulp. D. 42, 8, 3, 1). La posizione di Ulpiano fu acquisita dai compilatori giustinianeî, sicché la definizione labeoniana di *gerere* non risultava, per loro, più utilizzabile nella trattazione in tema di *metus* ed in genere per i problemi della casistica legata al linguaggio edittale: si tenga conto anche del fatto che essa appariva superata sotto un altro profilo, in quanto la nozione di *contrahere* si era nel frattempo ampliata, rispetto a quella labeoniana (rinvio al secondo volume, p. 139 n. 160). Per questo i compilatori non poterono che espungere dalla *sedes materiae* (*quod metus causa*) la definizione labeoniana di *gerere*, e si valsero invece di materiale proveniente da Ulpiano per la determinazione del significato di *gerere*, ove questa precisazione si presentasse opportuna. Ma essi non vollero rinunciare del tutto al passo ulpiano-labeoniano, perché amavano le definizioni teoriche: per cui lo conservarono, come definizione delle attività umane rilevanti per il diritto, lasciando il *definiendum* inespresso, ma evidente dal contesto. A ricondurre il testo a questa funzione e nuova destinazione servì la riduzione del *gerere-gestum* da oggetto della diairesi-definizione a elemento della scomposizione, con la corollaria introduzione, alla fine del testo, della relativa definizione; vi furono anche eliminati i rilievi critici (che dovevano esserci) di Ulpiano alla definizione labeoniana (p. 138; cfr. p. 142 s.).

8. – Da quanto detto risulta che nel testo ulpiano, dopo le manipolazioni giustiniane (e salva forse la riduzione dell'enunciato, da parte di Ulpiano, a discorso indiretto), risalgono testualmente a Labeone le frasi seguenti, che vanno ricondotte, come si è visto, ad una definizione-diairesi del *gerere* (p. 142 s.):

et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quam Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem.

Si tratta dunque delle definizioni di *actus* e *contractus*¹⁹.

a) *actus* (p. 145 ss.) è, secondo Labeone, *verbum generale*, nel senso che esso abbraccia «ogni azione o comportamento (sottinteso: rilevante per il diritto), posto in essere dall'uomo, nella sua qualità di essere volente o pensante», azione o comportamento comunque attuato, e cioè sia con le parole (*sive verbis*), vale a dire con manifestazioni della volontà, sia col comportamento in se stesso (*sive re*), vale a dire con un comportamento concludente o l'attuazione diretta della volontà (p. 145). La determinazione richiama le classificazioni moderne di atti unilaterali e bilaterali, atti leciti e illeciti. Una simile visuale non contrasta col pensiero di Labeone, che pare anzi in qualche modo ricomprenderla, in quanto la sua esemplificazione (*stipulatio*) per gli atti realizzati *verbis* richiama la bilateralità, quella (*numeratio*, riferita a mutuo e pagamento di debito e indebito) per gli atti realizzati *re* richiama l'unilateralità. Egli «aveva per altro presente anche la sfera dell'illecito» (accanto a quella del lecito, testimoniata dalle esemplificazioni citate) come dimostra il fatto che «applicava la ripartizione dell'agire umano, considerato dal punto di vista della modalità, in *re* e *verbis* (col comportamento e con le parole)» (p. 146) al delitto di *iniuria* (cfr. Ulp. Lab. D. 47, 10, 1, 1 e Ulp. Lab. D. 47, 10, 7, 8 cit. a p. 144).

D'altra parte, come risulta da Paul. Lab. D. 2, 14, 2 (cit. a p. 144) che contiene «l'asserzione che si può convenire (che le parti possono accordarsi) anche *re*» e quindi sottintende «che il modo normale di stringere gli accordi è *verbis*» (p. 148), per Labeone erano ricomprese nella nozione di *actus* anche le convenzioni «sia incluse nella categoria contrattuale, sia da essa escluse» (p. 147), cioè tutti gli atti ai quali già si riferiva l'editto *de pactis conventis*, al quale probabilmente si riferiva il passo di Labeone citato da Paolo nel testo in questione (p. 148).

b) *contractus* (p. 149 ss.) è definito per genere e differenza specifica (p. 151). Il *genus* è rappresentato dall'*obligatio*, ove il vocabolo è assunto nel suo senso più antico di atto obbligante (p. 151 s.); la differenza specifica è indicata da *ultra citroque*, che non allude alla bilateralità delle manifestazioni di volontà²⁰ (dato esistente nella definizione, ma implicito, ed emergente già dal *cum* che compone il termine definito), bensì «alla duplicità e reciprocità del vincolo obbligatorio» (p. 152 ss.); ad illustrare quest'ultimo aspetto è introdotta l'allusione al *synállagma* (il senso dell'inciso sarebbe dunque: «il che – cioè la reciprocità del vincolo – è espresso dai Greci col termine *synállagma*»). Il fatto che nelle fonti greche non sia reperibile,

¹⁹ Il Gallo precisa che la definizione si riferisce a due sostantivi desunti dai verbi *agere* e *contrahere*, e che non è possibile stabilire con sicurezza se gli accusativi *actum* e *contractum* presenti nel testo siano forme di sostantivi (*actus* e *contractus*) o di participi passati sostantivati; l'autore propende comunque, con buone ragioni, per la prima ipotesi (p. 149 ss.). Sull'impiego del sostantivo *contractus* da parte di Labeone vedi anche p. 167 ss.; ove si esaminano Ulp. Lab. D. 17, 1, 8 pr.; Lab. (Iav.) D. 18, 1, 80, 3; Ulp. Lab. D. 19, 5, 19 pr. (nonché Ulp. Lab. D. 13, 4, 7, 8 e Ulp. Lab. D. 42, 8, 6, 6, che l'autore non considera, però, probanti).

²⁰ Come vuole una parte della dottrina, oggi in particolare rappresentata dal SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983.

per l'epoca della definizione labeoniana, una simile accezione di *'synállagma'* non può dipendere che dall'incompletezza della documentazione pervenutaci (p. 156 s.). Quanto agli esempi (compravendita, locazione, società²¹), essi sono scelti come «figure modello», cioè «le figure nelle quali si assommavano la conseguita tipicità e la pienezza della corrispettività (dalle quali cioè sorgevano sempre obbligazioni a carico dell'una e dell'altra parte)», perché la categoria labeoniana del contratto, come si vedrà, «si estendeva sia a convenzioni atipiche, sia a figure nelle quali la corrispettività si presentava, come diciamo noi, imperfetta, in quanto l'obbligazione sorgeva sempre a carico di una parte e solo eventualmente a carico dell'altra» (p. 157 s.).

9. – La nozione di contratto Labeone non si limitò a definirla, ma l'impiegò nella pratica delle soluzioni casistiche: il Gallo le esamina, in modo a sua detta sommario (in realtà le esegesi sono sempre approfondite) nella sezione seconda del secondo capitolo («Esplicazioni della sinallagmaticità oltre le figure modello e tutela delle convenzioni sinallagmatiche non previste o non adeguatamente protette dalle clausole edittali», pp. 160-245; in particolare, per la casistica, pp. 168-222), alla quale ho già fatto riferimento sotto altri profili. Non è possibile, in questa sede, dare analiticamente conto delle singole esegesi: devo purtroppo, così, limitarmi a riassumere le conclusioni generali, non senza aver sottolineato che il Gallo, e proprio nel paragrafo conclusivo del libro (p. 251 s.), mette in evidenza «un insostituibile elemento ricavabile, per la formazione del giurista, dalla costruzione di regole e istituti attraverso la soluzione dei casi».

Labeone applicava la sua nozione di contratto alle convenzioni obbligatorie caratterizzate dalla bilateralità sostanziale (sinallagmaticità)²², ma non esigeva una sinallagmaticità perfetta: quel ch'egli esigeva era che l'accordo fosse produttivo o potenzialmente produttivo di obbligazioni reciproche, sicché anche mandato, deposito, comodato e pegno rientrano nella nozione (vedi in part. p. 211 ss.). Per altro, questa si applica tanto alle convenzioni tipiche – anche se l'azione prevista non sia di buona fede ma *stricti iuris* (vedi p. 211 in fine e s.) – quanto alle convenzioni atipiche. Precisando meglio: può avvenire che un'azione tipica sia astrattamente prevista rispetto ad un caso, ma che questo si presenti in concreto con connotati che

²¹ Il mandato (che alcuni suppongono presente nell'esemplificazione labeoniana e soppresso dai compilatori) non era certo menzionato da Labeone a questo punto: p. 158 s.

²² La sinallagmaticità comporta, come è noto, anche alcune regole che concernono i problemi della responsabilità (e del rischio) contrattuale, e che dalla dottrina moderna sono state sintetizzate nelle nozioni di sinallagmaticità (o bilateralità) genetica e funzionale – io aggiungerei l'idea del sinallagma condizionale – (vedi p. 216, col richiamo, nella n. 16, dell'opera che costituisce il punto di partenza di questa dottrina: BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht* I, Erlangen 1876, 540 ss.). Il Gallo, sulla scorta di Lab. (Iav.) D. 19, 1, 50, Lab. (Iav.) D. 19, 2, 28 e Lab. (Iav.) D. 19, 2, 60 pr. dimostra che Labeone, al di fuori di costruzioni teoriche, impiegava concretamente questa dottrina nelle soluzioni pratiche (p. 214 ss.).

non permettono certezza nella scelta dell'azione, col rischio per l'attore di perderla ove la scelta risultasse poi scorretta (come nel caso di Pap. Lab. D. 19, 5, 1, 1, in cui risultava *incertum utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit*, p. 190 ss.); può avvenire che il contratto concluso sia tipico, ma che l'azione relativa non risulti esperibile per «una manchevolezza dell'ordinamento» (un esempio addotto è quello di Ulp. Lab. D. 18, 1, 50, p. 192 ss., che riguarda una vendita sottoposta a condizione mista, p. 194, non verificatasi per colpa del compratore); può avvenire infine che il contratto non sia del tutto previsto, nel senso che per il caso non sussista alcuna azione tipica. In tutti questi casi – e, con riguardo all'ultimo, ove si possa riconoscere che la situazione corrisponde alla nozione di contratto, e che questo sia stato effettivamente concluso²³ – la tutela processuale deve essere comunque accordata.

10. – Per realizzare questa tutela Labeone indicò, anzi inventò²⁴ l'*agere praescriptis verbis* (pp. 181; 195 ss. e soprattutto p. 223 ss.). È chiaro che, nella situazione sociopolitica in cui operava Labeone, la sua idea di estendere la protezione alle convenzioni atipiche contrastava con i disegni di Augusto. Ciò rende impensabile non solo che Labeone abbia introdotto allo scopo una nuova azione (per far ciò egli, come giurista e quindi come persona privata, non aveva il potere), ma «non è neppure credibile che egli ne abbia suggerita l'introduzione al pretore. Il nostro personaggio era a mio avviso consapevole che, nonostante l'alta considerazione goduta presso i contemporanei per la sua preparazione scientifica, tale proposta non avrebbe avuto successo, perché contrastante con la corrente dei giuristi in linea con l'ideologia del principato e perciò graditi all'imperatore. Accogliendola, il pretore *pro tempore* sarebbe divenuto invisibile ad Augusto, il quale aveva comunque l'*auctoritas* sulla *respublica* e, con essa, il potere per farla poi espungere dall'editto» (p. 224). Labeone ricorse pertanto ad una soluzione semplicemente tecnica e conforme alle linee del diritto processuale del suo tempo, suggerendo, per i casi di convenzioni atipiche, di esperire un'azione, da concedersi caso per caso, alla formula della quale era premessa una *praescriptio*, mezzo al suo tempo già in uso, che normalmente serviva bensì solo a limitare, rispetto ad una più ampia concezione dell'*intentio*, l'oggetto dedotto in giudizio, ma che in questa funzione (come ci testimonia un documento della pratica²⁵) poteva contenere l'indicazione della *causa petendi*. *Agere praescriptis verbis* significava dunque ottenere dal pretore, per un caso concreto, un'azione di buona fede (cioè la normale azione per i contratti tipi-

²³ Vedi il caso di Ulp. D. 19, 5, 20 pr. (p. 202 ss.), nel quale, secondo il Gallo, Labeone avrebbe negato l'*agere praescriptis verbis* (ripiegando dunque sull'*actio de dolo*) perché considerava la situazione realizzata come appartenente ancora alla fase precontrattuale (p. 206).

²⁴ Vedi p. 196 (in relazione a Ulp. Lab. Treb. D. 18, 1, 79); p. 208.

²⁵ Si tratta di un documento pompeiano della metà del I sec. d.C. (Tab. Pomp. 34: p. 229 con la n. 174), ma che ad avviso del Gallo rispecchia una prassi già in vigore ai tempi di Labeone.

ci) la cui formula, soppressavi la *demonstratio* che non sarebbe potuta essere che una *demonstratio* edittale, si iniziava con l'*intentio* (*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*: p. 243 s.); ma a questa formula era premessa (cioè scritta prima della nomina del giudice) una *praescriptio* (*ea res agatur de...*) con gli estremi della convenzione concretamente invocata dall'attore. Si aveva così un'azione *in factum* con *intentio* basata sul *ius civile*, il che corrisponde alla denominazione di *actio in factum civilis* che ricorre per essa nel Digesto (p. 230 ss.). Naturalmente, Labeone non poteva parlare che di *agere praescriptis verbis*: egli aveva suggerito un *agere* con certi connotati tecnici, e non un'*actio*, *praescriptis verbis* o *in factum civilis* che fosse²⁶. L'individuazione dell'*actio*, così denominata, appartiene alla storia successiva, e prese corpo dopo che il rimedio fu ricompreso nell'editto pretorio, il che avvenne con Giuliano (p. 223 con la n. 184). Nell'editto, per vero, fu inserita unicamente la formula dell'*actio aestimatoria praescriptis verbis* (p. 201 s.; p. 233; p. 239), ma la sua presenza, anche dopo la cosiddetta codificazione giuliana dell'editto stesso (in occasione della quale venne riservata all'imperatore e al senato la modifica delle clausole e l'introduzione di nuove, ma che tuttavia consentiva la concessione in via utile di azioni modellate – per analogia – sulle previsioni editali: p. 232 s.), permise di concedere «azioni utili *praescriptis verbis*» per la tutela delle convenzioni sinallagmatiche atipiche (p. 241).

11. – Credo di aver dato, così, un'idea del modo in cui il Gallo si rappresenta, e propone, il quadro evolutivo della nozione romana di contratto. Ricordo ancora che il libro rappresenta la prima parte del corso, il che implica in particolare che non vi sono ancora trattati *ex professo* gli apporti di Pedio (Ulp. Ped. D. 2, 14, 1, 3²⁷) e di Aristone (Ulp. Arist. Cels. Iul. Mauric. D. 2, 14, 7, 2²⁸). Il primo merito evidente – a mio modo di vedere almeno²⁹ – dell'impostazione del Gallo consiste nell'aver fatto perno, per la ricostruzione di tutta questa tematica, sul pensiero e

²⁶ I testi labeoniani parlano in effetti di *agere praescriptis verbis* (la prima menzione di *actio praescriptis verbis* sarebbe, secondo il Burdese cit. a p. 242 n. 206, in Pomp. D. 19, 2, 26 pr.; il Gallo aggiunge, sempre con riferimento a Pomponio, Ulp. Lab. Pomp. D. 4, 3, 9, 3). In Pap. Lab. D. 19, 5, 1, 1 si legge '*civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit*': il Gallo ritiene che Papiniano riportasse nel testo le parole stesse di Labeone, ma che esse significassero solo che «dal pretore doveva essere data una formula (*actio* in questo senso)» con quelle caratteristiche (p. 242 s.).

²⁷ Il testo è citato solo di passaggio, e non con riguardo al pensiero di Pedio, a p. 154 n. 197.

²⁸ Il testo è citato a p. 234 s. a proposito di un problema particolare, del quale avremo modo di parlare.

²⁹ Le considerazioni che seguono saranno evidentemente influenzate dal mio punto di vista, che non ho ancora esposto compiutamente per iscritto (vi ho invece dedicato alcuni dei miei corsi universitari di *histoire du droit privé approfondie* ed una conferenza, tenuta presso il *Forum Romanum* dell'Università di Amsterdam nel 1994), se non – necessariamente in rapida sintesi – nella voce *obbligazione nel diritto romano, medievale e moderno*, scritta per il *Digesto IV* di Utet e non ancora pubblicata.

l'opera di Labeone. Fra le nozioni basilari del diritto privato, se ve n'è una che – in tutta la nostra tradizione giuridica, tanto quella romanistica quanto quella del common law – può essere ricollegata in modo eminente all'apporto personale di un giurista, essa è proprio quella di contratto, ed il giurista che viene in considerazione è senza dubbio Labeone. Con ciò non si vuol certo dire che altri non abbiano fornito rilevanti contributi nella costruzione della categoria privatistica del contratto: quel che va acquisito è che la nozione moderna di contratto è fondata – in modo diverso nella scienza giuridica dei paesi romanisti ed in quelli di common law – sulla nozione romana, e che la nozione romana è fondata nel pensiero di Labeone. I romanisti stessi hanno cercato di immiserire il senso di questo apporto della giurisprudenza romana: lo hanno fatto con una serie reiterata di operazioni di inquinamento delle fonti che dura almeno da otto decenni³⁰, effettuate in nome di una sorta di campagna di depurazione, di senso analogo a quello che avrebbe una campagna fatta allo scopo di preservare la purezza dei primati eliminando la specie umana. Ne abbiamo un risultato evidente nel fatto che gli storici del diritto intermedio, acquisendo i risultati di questa *opinio* – per altro, almeno a partire dal contributo del Santoro³¹, non più *communis* – non riescono a intendere correttamente gli sforzi di costruzione teorica dei giuristi dell'epoca moderna³². Ai meriti del Gallo va dunque aggiunto quello non tenue di aver mostrato una volta di più, in modo che spererei definitivo, l'assurdità di un simile uso incoerente dell'indagine interpolazionistica rispetto al tema trattato. Il suo modo di affrontare l'indagine conduce del tutto naturalmente a questo esito: poiché egli, nella critica testuale e nella sua stessa ricerca delle interpolazioni, non si pone mai come un censore del lavoro dei commissari giustinianeî, ma cerca solo di stabilire il modo di un'evoluzione storica, nella quale per i punti di arrivo è ricercata una ragion d'essere con la stessa acribia che ha retto la ricerca della ragion d'essere dei punti di partenza: in concreto, soprattutto, considerando gli operatori giustinianeî come giuristi che si muovevano dentro la tradizione romana e non come personaggi che utilizzavano le sue fonti come palestra per inserirvi proprie concezioni non si sa bene donde ricevute o come costruite.

12. – Il dubbio più forte, che la ricostruzione del Gallo lascia ancora, è connesso con la sua ricostruzione della situazione pre-labeoniana. La sua idea, che essa fosse tutta fondata, per la materia degli accordi, sull'editto *de pactis*, lo porta, lo si è visto,

³⁰ Da DE FRANCISCI, *Synállagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati I-II*, Pavia 1913-1916, a SARGENTI, *Nascita e svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, I-II, in *Iura* 38 (1987, pubbl. 1990), 25 ss.; 39 (1988, pubbl. 1991), 24 ss.

³¹ Mi riferisco al già citato libro del 1983: *Il contratto nel pensiero di Labeone*.

³² Si veda in particolare: NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München 1985; BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari 1988.

ad intenderla come dominata dall'idea dell'atipicità. Ora, il fatto che il pretore abbia proclamato *'pacta conventa servabo'* e lo abbia fatto senza indicare il rimedio tecnico che in concreto avrebbe usato, lascia bensì concludere che egli si sarebbe valso del rimedio di volta in volta opportuno, ma non che egli avrebbe concesso un rimedio in ogni caso, di fronte a qualunque patto, e che nessun altro rimedio specifico fosse poi previsto nell'editto, in particolare che il riconoscimento dei singoli contratti consensuali non abbia dato luogo alla previsione di specifiche azioni tipiche (magari civili e di buona fede). In altre parole, quando il pretore prometteva che avrebbe tenuto conto dei patti, egli certo intendeva che per lui gli accordi avevano rilevanza, ma con ciò non diceva affatto che questa rilevanza sarebbe stata universale ed incondizionata: cioè che, in materia di accordi, quando questi non fossero inficiati da mala fede o conclusi in violazione o in frode della legge, egli si sarebbe comportato da umile servitore acritico della volontà delle parti. Il discorso sarebbe troppo lungo e inadatto a questa sede; devo limitarmi dunque ad alcune notazioni puntuali.

Tra i testi, che il Gallo cita in relazione ad un riconoscimento generalizzato dell'efficacia obbligatoria degli accordi in epoca repubblicana, ve n'è in particolare uno che lo contraddice. Si tratta (p. 41 n. 43) di

Plaut., *Poenulus*, 1155 ss.: A. *Tuam mihi maiorem filiam despondeas?* H. *Pactam rem habeto.* A. *Spondeas igitur?* H. *Spondeo.*

dove è chiaro che l'impegno semplicemente pattizio (*pactam rem habeto*) non è considerato rassicurante per il beneficiario, che ne richiede la conferma con una *sponsio*, la quale viene tosto conclusa. Sorge dunque il dubbio che altre allusioni a patti come quella, ancora plautina, di

Plaut., *Pseudolus*, 226: *Ea pacisci modo scis, sed quod pacta es non scis solvere.*

si pongano sul piano di una considerazione di doveri sociali e non propriamente giuridici.

Ma è possibile un'obiezione di portata più vasta. Il Gallo, seguendo in ciò un atteggiamento per altro assai diffuso, concepisce la tipicità come un mezzo tecnico che non cambia di senso, in se stesso, qualunque sia il contenuto in cui si colloca: esso sarebbe sempre "Typenzwang", è cioè un limite all'autonomia privata posto da un ordinamento nel quale è presente un atteggiamento – per questo rispetto – illiberale. Ma tale certamente non era il senso della tipicità nel contesto economico-giuridico della Roma repubblicana. L'esplicazione, con protezione civile, dell'autonomia privata vi era già da tempo assicurata dalla presenza della *stipulatio*, che non era un negozio tipico se non da punto di vista della forma, ed i requisiti di forma erano per di più ridotti al minimo che potesse assicurare la certezza dell'esistenza effettiva dell'accordo. Il già ampio settore coperto dalla *stipulatio* era completato dall'*expensio latio*, pure atto formale senza tipicità sostanziale, se non quella che dipendeva dalle regole tecniche della tenuta dei libri contabili, ai quali la rea-

lizzazione del negozio era legata³³. In un simile contesto, nel quale dunque i soggetti che operano nella società sono abituati ad accordarsi in modo formale, l'apertura al consensualismo rappresenta una novità, cioè una possibilità ulteriore per i privati di realizzare le loro iniziative: ma i privati, nel cominciare a battere questa nuova via, non pensavano certo in astratto, bensì nel modo più concreto possibile. Quel che ai privati avviene di fare è di compiere contrattazioni, con contenuto economico rilevante, e se i giuristi repubblicani e con loro – e certo da loro guidati – i pretori concepirono via via la società, la compravendita, la locazione, il mandato e poi ancora deposito, comodato e pegno con le relative azioni, non lo fecero per limitare l'iniziativa dei protagonisti del mondo economico, bensì per ricondurre a strutture giuridiche chiare, munite di altrettanto chiara e certa tutela giurisdizionale, quella pratica del mondo economico. La tipologia dei contratti consensuali e delle relative azioni rappresentò dunque la forma assunta da un'operazione di ampliamento dell'autonomia contrattuale: gli sforzi degli operatori economici non furono imbrigliati in una tipologia, bensì con questa tipologia interpretati per assicurarne la certezza e la funzionalità³⁴. I contratti consensuali hanno dunque assunto naturalmente la struttura di un sistema di tipi. L'intervento di Labeone, con la sua definizione della categoria e la sua apertura all'atipicità, già implicita nella definizione perché definizione di una categoria generale nel contesto della quale i tipi indicati compaiono solo come esempi (il Gallo lo spiega benissimo), non appare più come uno sforzo per salvare l'autonomia privata, ma come un'indicazione sul modo di procedere nella costruzione successiva: abbandonando, cioè, la costruzione per tipi – senza eliminare la tipologia già esistente, bene elaborata e funzionale – e la correlativa proposizione di nuove azioni tipiche, per operare direttamente, rispetto ai problemi nuovi o residui, con la nozione di contratto e un'azione contrattuale generale, sussidiaria rispetto alle azioni tipiche già previste.

13. – Di conseguenza l'idea, che tra Labeone e Augusto si sia creata una tensione sul punto della tipicità o meno dei contratti, non mi pare verosimile. Che ad Augusto interessasse, fra le tante cose, un rapporto con i giuristi che gli permettesse di averli come collaboratori fedeli piuttosto che come avversari, è certamente vero: ed io credo anche – benché non sia provato – che sia stato lui stesso ad inventare il si-

³³ Le obbligazioni che si formano *re* stanno fuori da questo discorso, perché esse corrispondono ad un meccanismo di produzione dell'obbligo che di per sé non è connesso con un accordo delle parti: l'accordo del mutuo rappresenta solo, all'origine, un elemento di fatto che permette, in uno dei casi di nascita *re* dell'obbligazione, di stabilire che la presenza della cosa data nel patrimonio dell'accipiente non le toglie il carattere di *res aliena*, che dunque va restituita. Vedi CANNATA, *Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen*, in *SDHI* 53 (1987), 297 ss.

³⁴ Ho cercato di esprimere quest'idea nella relazione di sintesi al convegno di Copanello 1988, pubblicata nel volume *Contractus e pactum* (vedi in part. p. 377 ss., dove però impiegavo una nozione scorretta di contratto innominato), già citato, ed al quale il Gallo fa spesso riferimento.

stema del *ius respondendi ex auctoritate principis*³⁵. Ma che quella dell'imposizione di un "Typenzwang" al sistema dei contratti consensuali fosse una sua specifica preoccupazione mi sembra eccessivo, perché l'introduzione della tipicità nel diritto privato non rappresenta in se stessa un'operazione di accentramento dei controlli del mondo economico e non lo rappresenta in particolare per la tipicità dei contratti. È ben vero che – per fare un salto di qualche secolo – nella Relazione del Guardasigilli, parlando della norma del codice civile italiano del 1942 sulle fonti delle obbligazioni (n. 19), si leggono queste belle parole: «Qualcuna [cioè: delle legislazioni moderne] aveva financo rinunciato alla elencazione delle fonti. Quest'ultimo indirizzo, a mio avviso, può ingenerare dubbi sull'attitudine della volontà individuale a essere fonte autonoma di effetti giuridici. Nella società fascista solo l'ordinamento giuridico può attribuire tali effetti ad un atto o ad un fatto: ed è opportuno fissare questo principio, che viene così a rappresentare una dei cardini del sistema sorto dalla Rivoluzione del 1922». Ma queste parole non riguardano la tipicità dei contratti, bensì l'ammissibilità dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto; come si sa, l'autonomia contrattuale, anche nel senso dell'obbligatorietà delle convenzioni atipiche, è espressamente sancita invece nell'art. 1322 comma 2 del codice³⁶. Del resto, neppure quella che il Gallo indica come la grande riforma augustea in materia pare corrisponda alla realtà storica: parlo della riforma che sarebbe stata realizzata mediante le *leges iudicariae*, le quali avrebbero trasformato gli *arbitria honoraria* di buona fede, usuali per i contratti consensuali e dipendenti dall'editto *de pactis*, in *iudicia* civili tipici. Invero, non è affatto provata l'esistenza, prima delle *leges iudicariae*, di *arbitria honoraria* di buona fede basati sull'*edictum de pactis*. Per sostenerla, il Gallo dispone soprattutto di due argomenti testuali, desunti da Cic., *p. Caec.* 18, 15 e Cic., *p. Roscio* 5, 15. Dal primo testo egli trae la certezza conclusiva dell'esistenza, all'epoca di Cicerone, di azioni per i *pacta conventa* con contenuto positivo, basate sull'editto *de*

³⁵ CANNATA, *Histoire de la jurisprudence européenne* I, Torino 1989, 93 ss. Non mi paiono, poi, affatto giustificate le posizioni radicalmente negative sull'esistenza stessa del sistema del *ius respondendi*, come in particolare, da ultimo, quella del CANCELLI, *Il presunto ius respondendi istituito da Augusto*, estr. da *BIDR* 29 (1987).

³⁶ In proposito il Guardasigilli scriveva queste pure alate ma diverse parole (*R. G. al prog. Minist. Delle obbligaz.*, n. 158): «Non ho innovato, come si voleva da qualcuno, l'ordinamento del codice civile per quel che concerne l'ammissibilità dei contratti innominati. L'ostracismo ad essi troverebbe giustificazione in un sistema giuridico che restringesse la circolazione dei beni privati. L'ordine fascista garantisce, invece, la libertà di iniziativa nel quadro dell'interesse sociale; entro una sfera così vasta la volontà del singolo può liberamente determinarsi, senza essere costretta dal vincolo di contratti tipici. Questo vincolo intralcia lo sviluppo naturale dei rapporti economici, e costringe la produzione entro l'angusto limite di forme giuridiche preordinate, determinando una cristallizzazione al posto di quella evoluzione nella vita degli scambi, che il Fascismo vuole realizzare nel suo perenne rinnovamento. La libertà giuridica di soddisfare le esigenze della vita economica mediante forme contrattuali atipiche garantisce l'adeguamento del diritto alla realtà pratica; a questa libertà contrattuale può essere posto il solo confine che le forme nuove devono pur sempre rispondere a funzioni sociali di tutela giuridica». Si veda pure la *Relazione al Re Imperatore sul libro «delle obbligazioni»*, n. 8 (assai interessante, anche per il rapporto che pone fra la norma dell'art. 1322 e quella del 1173, con il relativo «principio secondo cui la volontà privata non può creare in modo indipendente effetti giuridici»).

pactis (vedi in part. p. 60 s.); dal secondo, che tali azioni sarebbero state *iudicia honoraria* (p. 67 n. 109); e ciò appunto perché basate sull'editto *de pactis*: e può aggiungersi pure Cic., *de off.* 3, 17, 70 (p. 36 s.; p. 67 s. n. 109), donde risulterebbe che Quinto Mucio qualificava *arbitria ex fide bona* le azioni a tutela dei contratti consensuali. Ma sono prove che non reggono ad un esame attento. Quanto a Cic., *p. Caec.* 18, 15, le illazioni del Gallo dipendono da un errore nella traduzione³⁷.

In questo luogo dell'orazione *pro Caecina* Cicerone spezzava una lancia contro l'interpretazione letterale dei testi ed in favore della considerazione degli intenti di chi li ha concepiti:

Cic., *p. Caec.* 18, 15: ... *Quae lex, quod senatus consultum, quod magistratus edictum, quod foedus aut pactio, quod – ut ad privatas res redeam – testamentum, quae iudicii aut stipulationis aut pacti et conventi formula non infirmari ac convelli potest, si ad verba rem deflectere velimus, consilium autem eorum qui scripserunt et rationem et auctoritatem relinquamus?*

Ora nella traduzione che il Gallo propone (p. 58 n. 87), le parole '*quod... testamentum, quae iudicii aut stipulationis aut pacti et conventi formula non infirmari ac convelli potest*' sono rese così: «quale testamento, quale formula giudiziale di *stipulatio*, o di *pactum conventum* non potrebbero essere fraintesi e stravolti», intendendosi dunque '*iudicii ... formula*' come la formula relativa a processi intentati sulla base di una stipulazione o di un patto; il testo lamenta invece il pericolo che venga frainteso e stravolto "un testamento, il testo (*formula*)³⁸ di un *iudicium*, di una *stipulatio* o di un *pactum*": la frase è dunque costruita non nel senso di "*iudicii formula stipulationis aut pacti et conventi*", ma di "*formula iudicii, aut formula stipulationis, aut formula pacti et conventi*".

Quanto a Cic., *p. Roscio*, 5, 15, dalla sequenza '*omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica*' il Gallo desume – per vero secondo un'interpretazione tradizionale – il carattere pretorio degli *arbitria* che lo interessano. Ma l'espressione *arbitria honoraria*, che ricorre nel testo – e che ha in passato creato, per vero, non poche difficoltà (vedi ad esempio p. 67 s., alla fine della n. 109) – non sta per nulla, come di recente ha dimostrato il Cancelli³⁹, in rapporto con i giu-

³⁷ La destinazione del libro agli studenti (ed agli studenti attuali, che spesso non hanno studiato o hanno studiato poco e male la lingua latina) ha suggerito all'autore di aggiungere ai testi riportati una traduzione (cfr. p. III, nell'*Avvertenza*). Il proposito corrisponde oggi ad una necessità, in un corso di diritto romano, ma esso non è certo esente da rischi. Il Gallo lo realizza in modo egregio: la menda qui riscontrata rappresenta una rara eccezione, cui può aggiungersi l'innocuo errore nella traduzione di Ulp. Lab. D. 47, 10, 7, 8 (p. 144 s. n. 171), dove *praetoris* non specifica *conspectu* (*praetoris in conspectu*), perché invece è retto da *interesse* (*praetoris ... multum interesse*).

³⁸ E l'allusione è ad un testo scritto (cfr. *infra*: '*scripserunt*').

³⁹ CANCELLI, *Iudicia legitima, arbitria honoraria e advocatio di pro Quinto Roscio comoedo*, 5, 15 nel sistema lessicale-giuridico di Cicerone, in *Atti del Convegno «La giustizia tra i popoli nell'opera e nel pensiero di Cicerone»*, Roma 1993, 143 ss.

dizi di buona fede per i contratti consensuali, perché allude agli arbitrati affidati ad un *arbiter honorarius*, e cioè ad un giurì d'onore.

In Cic., *de off.* 3, 17, 70 si legge bensì che Q. Mucio '*summam vim esse dicebat in omnibus his arbitriis in quibus adderetur ex fide bona*', ma d'altra parte il testo è lì per provare che per Cicerone *arbitrium* e *iudicium* erano parole fungibili, perché, nel seguito del passo, parlando degli stessi processi e sempre citando Quinto Mucio, egli proseguiva scrivendo '*in his esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret*'.

14. – Come si è visto, e com'è logico, il perno del libro è costituito dall'esegesi di Ulp. Lab. D. 50, 16, 19, che abbiamo già sopra riportato.

Le conclusioni, che il Gallo trae dall'esegesi del testo, sono impeccabili. È in particolare suo merito specifico quello di avere capito che per Labeone il contratto è un atto caratterizzato dalla bilateralità sostanziale (evito, per le ragioni che esporrò, di parlare di sinallagmaticità), ma non necessariamente da una bilateralità sostanziale perfetta. Con ciò egli restituisce alla definizione labeoniana di contratto il suo vero significato, senza cadere nell'uno o nell'altro degli errori assai diffusi, di considerare la definizione come allusiva alla bilateralità dell'accordo ovvero ad una bilateralità sostanziale esclusivamente perfetta. Quel che mi pare assai discutibile è il modo in cui egli perviene a queste conclusioni. Sintetizzerò le mie osservazioni nei punti seguenti.

a) Non v'è dubbio alcuno che il Gallo abbia ragione nel constatare che la definizione del *gestum* come "gesto" (*gestum rem significare sine verbis factam*) non abbia, così com'è, alcuna giustificazione nel contesto. Tuttavia, le conclusioni che egli trae da questa constatazione, benché assai ingegnose, sono discutibili. Poniamo che Labeone avesse effettivamente scritto (usando evidentemente il discorso diretto, divenuto indiretto per la citazione di Ulpiano) che *quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrabantur'*: questa ipotesi, in se stessa, prescindendo cioè da come poi il *gerantur* viene spiegato, non crea difficoltà. Ora, in questo caso, Labeone avrebbe dovuto poi definire il *gestum*, come faceva per *actum* e *contractum*, e definirlo bene: il che avrebbe implicato di tener conto della complessa polisemia del termine, che partiva dal suo impiego per indicare i *gesta per aes et libram*. È facile capire che una simile definizione non poteva essere ritenuta così com'era dai compilatori, e che questi abbiano deciso in prima battuta di eliminarla, ma poi, non volendo anche sopprimere il *quaedam 'gerantur'* nella triade iniziale, l'abbiano ridotta a quel che ora compare alla fine, magari riprendendo uno dei significati che comparivano nella definizione labeoniana (ovvero – volendo seguire il Gallo su questo punto – nelle annotazioni che a quel punto poteva aver fatto Ulpiano). Con ciò si spiegherebbe tanto lo stato della definizione di *gestum* quanto la sua posizione nel testo, in disarmonia con la sequenza iniziale (*agantur-gerantur-contrabantur* prima, e poi *actum-contractum-gestum*), e si eviterebbe di toccare tale sequenza, che in se stessa appare perfettamente coerente se si pensa che la serie *agere, gerere*

e *contrahere* contenesse i tre verbi caratteristici dell'atto negoziale e, se questo ne è il senso, la soppressione del *gerere* renderebbe l'enumerazione lacunosa. In questa prospettiva verrebbe però anche a cadere la necessità di supporre un dissenso di Ulpiano sul significato di *gerere* e, per ipotizzare che la definizione di *gestum* abbia qualche radice nell'origine, si dovrebbe pensare che Labeone precisasse che il verbo aveva anche altri sensi, al di fuori di quelli rilevanti nel suo contesto, come quello di "compiere atti puramente materiali".

b) Ancora è certo esatto il rilievo, che la diairesi è enunciata senza menzionare l'oggetto analizzato, ed è fuor di dubbio che né Labeone né Ulpiano avrebbero potuto incorrere in una simile sciatteria. Però, la soluzione che suggerisce il Gallo per risolvere il problema, supponendo che l'oggetto analizzato fosse rappresentato dal *gerere*, è forse inutilmente macchinosa ed è comunque desunta da un'ipotesi (che il passo originario si riferisse, non solo in Ulpiano ma anche il Labeone, alla clausola edittale *quod metus causa gestum erit*), plausibile quanto si vuole, ma per nulla sicura. Come si è visto or ora *sub a*, l'enucleazione dal testo di '*quaedam gerantur*', che tale ipotesi comporta, non è affatto necessaria. Del resto, è ben possibile che nell'originale ulpiano (con questo solo abbiamo ora a che fare) l'oggetto della diairesi – che certo non mancava – risultasse altrimenti dal contesto, per esempio da una frase precedente, che i compilatori hanno omessa perché – come dice lo stesso Gallo – a loro modo di vedere il *definiendum* risultava già di per sé evidente. Certo devo ammettere che l'ipotesi del Gallo ha, su questa mia, un vantaggio: che egli tale *definiendum* lo individua con precisione, mentre io devo limitarmi a dire che esso sembra essere rappresentato da una nozione corrispondente a quella che noi indichiamo come quella dell'atto giuridico. Fin qui siamo sul terreno delle ipotesi, ed io penso sia preferibile propendere per quella meno complicata, anche se essa conduce a un risultato meno finito.

c) Ma possiamo abbandonare il terreno delle pure ipotesi nell'analisi di quanto, della definizione labeoniana, ci è pervenuto letteralmente. Prendiamo anzitutto in considerazione la definizione di *actum* (*et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione*). Come si è visto sopra (§ 8 *sub a*), il Gallo intende le parole '*verbum generale*' nel senso che *actus* (*actum, agere*) sarebbe un termine assai vasto, cioè che esso comprenderebbe ogni attività, comunque realizzata; di conseguenza egli intende *sive verbis sive re* (*quid agatur*) come allusivo "alle parole e ai fatti". In questo modo, *actum* viene ad abbracciare in generale tutto il *definiendum* (p. 139; 145 e pag. prec. per i testi) – e qui non importa più se esso sia *gerere-gestus* come vuole il Gallo, oppure un altro simile concetto –, con la conseguenza che l'altro membro della *partitio* (*contrahere-contractus*) vi risulta compreso, sicché la contrapposizione diairetica fra i due concetti si giustificerebbe unicamente per il fatto che essi sono definiti da Labeone da un punto di vista diverso: «Non sfuggiva alla sua acribia diairetica che, nei rapporti interni, *contractus* rappresenta una specie dell'*actus* (può cioè essere visto come tale); egli tuttavia sottolineò altri aspetti, individuando l'*actus* dal punto di vista della posizione in essere (delle modalità dell'agire umano) e il *contractus* da quello dell'ef-

ficacia» (p. 128). Il Gallo non appare affatto sfiorato dal sospetto che così otterrebbe una *partitio* claudicante, perché l'oggetto analizzato verrebbe scisso in una parte che lo comprende tutto ed in una seconda che è contenuta nella prima. Ma, lasciando ciò da canto, resta un fatto incontrovertibile: che qui Labeone, tanto con *actus* quanto con *contractus*, si riferisce ad atti che hanno a che fare con le obbligazioni (per *actus* lo provano gli esempi della *stipulatio* e della *numeratio*, per *contractus* la stessa definizione enunciata), e che in questa materia *verbis* e *re* hanno un significato tecnico preciso: '*verbis*' non significa «con le parole in genere», come vuole il Gallo, ma «con parole dette» (non scritte) e più precisamente «realizzando una forma verbale», così come '*re*' non vuol dire «col comportamento in se», ma «con l'attribuzione della proprietà di una cosa»⁴⁰. Dunque, *actus* è *verbum generale* non nel senso che esso abbraccia ogni comportamento, ma nel senso che comprende due *species*. Ne risulta che *contractus*, il quale non appartiene a tali *species*, non è ricompreso nell'*actus*, proprio perché esso è *contra-actus* (Labeone conosceva, come dice il Gallo, la scienza delle etimologie, ma per i Romani le etimologie si facevano così, alla Carnelutti – l'allusione è comprensibile per ogni vecchio giurista, anche se gli studenti attuali non credo possano più capirla – e Labeone non faceva eccezione⁴¹): ed è *contra-actus* in quanto *ultra citroque obligatio*, mentre gli atti *verbis* (la *stipulatio*) e *re* (la *numeratio* obbligatoria: mutuo, pagamento dell'indebito e attribuzione di proprietà fornita di causa) sono *obligationes* (atti obbligatori) non dotati di tale reciprocità (cfr. Gai. 3, 137).

d) E veniamo infine a precisare che cosa intendesse Labeone quando scriveva '*contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci synállagma vocant*'. Io non credo che Labeone definisse *agere* secondo la modalità e *contrahere* secondo gli effetti, perché il criterio definitorio è sempre relativo al modo di concludere l'atto. '*Ultra citroque obligari*' sta a significare che le parti, compiendo l'atto, si impegnano – a differenza di quanto avviene ad esempio nella *stipulatio* e nel mutuo – l'una verso l'altra (e qui è preziosa l'analisi dell'espressione '*ultra citroque*' che il Gallo propone a pag. 152 s.), non nel senso che dal consenso nascono obbligazioni reciproche, ma nel senso che i due soggetti si impegnano con riguardo ad un'affare che le interessa entrambe (*synállagma*), e che il loro atteggiamento è di impegnarsi ciascuno, nei confronti dell'altro, a tutto quanto possa servire a condurre

⁴⁰ Per questo i testi citati a p. 144 per provare che *re et verbis* equivalevano, per Labeone, a «con i fatti o con le parole» non possono essere utili. In Ulp. Lab. D. 47, 10, 1, 1 la classificazione è applicata all'*iniuria*, ma privandola del suo valore tecnico; l'uso di *re* che compare in Ulp. Lab. D. 47, 10, 7, 8 ha tutt'altro senso, ed un senso molto particolare. Quanto a Paul. Lab. D. 2, 14, 4, è evidente che il testo ci è pervenuto in pessimo stato, e '*vel re*', fra l'altro, sembra un glossema che anticipa il '*tacite consensu convenire*' presente poco dopo: il passo non si riferisce comunque alla natura degli atti, ma al modo di concludere un accordo.

⁴¹ Si noti, ad esempio, l'allure della definizione di *possessio* in Paul. Lab. D. 41, 2, 1 pr., così simile a quella di *contractus*, anche per il suo appoggiarsi su di un termine greco: *possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus (o pedibus) quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit; quam Graeci κατοχήν dicunt*.

l'affare a buon fine. A questo punto di vista, espresso nella definizione, gli effetti dell'atto sono estranei: le obbligazioni che sorgeranno saranno determinate dalla natura dell'affare, sicché potranno sorgere in capo ad entrambe le parti al momento stesso dell'atto, come nella vendita, o in capo ad una sola ed eventualmente in capo all'altra, come nel mandato, o in capo ad una sola parte (come nelle più parti dei casi di una *datio ob rem*, che pure sarà poi compresa, con riferimento espresso alla nozione labeoniana di *synállagma*, nella nozione di contratto⁴²). Certo, nell'atteggiamento delle parti è implicato il fatto che entrambe risultano esposte e disposte ad assumere obbligazioni, e che queste obbligazioni saranno reciproche e interdipendenti: ma ciò non è oggetto diretto della definizione di Labeone. In questo modo, come si vede, l'operazione diairetica labeoniana trova una sua coerenza interna, il riferimento alla nozione greca di *synállagma* rinvia al significato effettivo del vocabolo, e l'idea del Gallo che la bilateralità sostanziale del contratto comprendesse per Labeone anche la bilateralità imperfetta ne risulta precisamente spiegata⁴³.

15. – Qualche osservazione aggiungerò, per finire, sull'*actio praescriptis verbis*. E devo in proposito anzitutto dire che non mi riesce di capire il senso di quanto ha già sostenuto il Santoro, e che il Gallo ora riprende, dicendo che Labeone non creò l'*actio praescriptis verbis* (o *in factum civilis*) per la tutela delle convenzioni atipiche, ma si limitò a proporre di *agere praescriptis verbis* in tali casi. Parlandosi di un giurista, quando gli si attribuisce la creazione di uno strumento giudiziale, come nei casi dell'*actio (formula) Serviana* o dell'*exceptio Labeoniana*, non si vuole dire se non che il giurista in questione propose l'impiego del detto rimedio e ne indicò la struttura formulare. Nel caso dell'*exceptio Labeoniana* la denominazione, che è moderna, si basa su Ulp. Pomp. Lab. D. 4, 9, 3, 1, ove si legge '*inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari*', un modo di esprimersi che equivale strettamente a quello di Papiniano in Pap. Lab. D. 19, 5, 1, 1, dove si leggono le parole '*civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit*', che il Gallo ritiene non solo genuine, ma conformi a quanto Papiniano leggeva nell'originale di Labeone (vedi qui sopra, n. 26). Egli precisa bensì che nel testo *ac-*

⁴² Mi riferisco in particolare a Ulp. Arist. Cels. Iul. Maur. D. 2, 14, 7, 2, passo che, come ho già detto, il Gallo si riserva certo di trattare nel secondo volume. Si noterà, leggendo il testo, che nel caso al quale si riferiva il contrasto fra Giuliano e Mauriciano viene proprio in considerazione un'obbligazione (eventuale) del *dans*: per questo nel testo dicevo che la *datio ob rem* crea solo normalmente (con maggior frequenza statistica nei casi concreti) obbligazioni in capo ad una sola parte (l'*accipiens*). È ben possibile che Labeone stesso non pensasse ancora alla casistica della *datio ob rem*, la cui tutela con l'*actio praescriptis verbis* (invece che con la sola *condictio*, sotto il profilo dell'arricchimento ingiustificato) pare introdotta appunto da Aristone e confermata da Mauriciano.

⁴³ Noterò ancora che la terminologia moderna, che esprime la bilateralità sostanziale con il termine «sinallagmaticità» (e le terminologie connesse, di contratto sinallagmatico, sinallagma genetico etc.), proviene dunque da un'interpretazione scorretta di Ulp. Lab. D. 50, 16, 19.

tio deve essere intesa nel senso di *formula*, ma ancora una volta non mi riesce di vedere la differenza, nel linguaggio della giurisprudenza classica, tra il dire che un giurista sostenga che il pretore deve dare un'azione o deve dare una formula.

Quel che si vuole sostenere è legato all'idea – ancora tanto del Santoro quanto del Gallo – che la struttura processuale dell'*agere praescriptis verbis* esistesse già prima dell'intervento di Labeone, sicché questi non avrebbe suggerito che di usare, per i casi di contrattazioni atipiche, un rimedio già esistente. Anche questo argomento mi è poco chiaro, perché l'innovazione di un giurista consiste normalmente nell'applicare a nuovi casi o per scopi nuovi le strutture processuali già esistenti, che per altro sono poche e sempre quelle: per riferirmi agli esempi fatti, né Servio Sulpicio inventò la *formula ficticia* (né la inventò, per altro, il pretore Publicio quando introdusse l'*actio Publiciana*), né Labeone, quando propose l'*exceptio Labeoniana*, inventò l'eccezione. Comunque, a parte ciò, quel che mi pare doversi desumere per l'*actio praescriptis verbis* dai dati che possediamo, è semmai proprio l'inverso: perché essa, se ai tempi di Labeone non rappresentava una struttura formulare nuova, corrispondeva tuttavia ad un'azione di natura nuova, o – se si vuole – ad un nuovo tipo di azione, come vedremo subito.

Il Gallo, come si è visto, pensa che la struttura dell'*agere praescriptis verbis* risulti dal normale impiego, fatto con estrema intelligenza, è vero, ma sempre secondo i canoni della tradizione precedente, della *praescriptio*. Il difetto della costruzione del Gallo⁴⁴ sta nel fatto che così egli deve pensare ad una *praescriptio* che enunci la *causa petendi*, mentre una simile funzione della *praescriptio*⁴⁵ non risulta affatto dalle fonti: comprese, anzi con evidenza particolare per queste, le *praescriptiones* scritte prima della formula (come il Gallo immagina essere stata la *praescriptio* che qui interessa). Una *praescriptio* che stia fuori e prima della *formula* propriamente detta (quando, cioè, sia scritta prima della nomina del giudice⁴⁶) non può contenere istruzioni su come dovrà essere fatto il processo, bensì solo stabilire a quali condizioni (come nelle *praescriptiones pro reo*) o relativamente a quale ambito il processo dovrà farsi; in quest'ultimo caso essa non enuncia la *causa petendi*, che sarà sempre enunciata nella *formula* propriamente detta, ma limita l'oggetto attribuito alla cognizione del giudice. La formula pompeiana, alla quale il Gallo fa riferimento per sostenere la possibilità che una *praescriptio* enunci la *causa petendi* (p. 229 s.), non è affatto concepita in questo senso. L'ordine del magistrato al giudice⁴⁷ contenuto in quella *praescriptio* ('*ea res agetur de sponsione*') non enuncia il

⁴⁴ Nell'espone sopra (§ 10) la ricostruzione della formula dell'azione secondo le vedute del Gallo, mi sono permesso di esplicitare (con riferimenti al tenore delle clausole formulari) il suo pensiero. Ho operato con fedeltà assoluta a quel che ne ho compreso (spero correttamente), facendone solo una realizzazione pratica.

⁴⁵ Sulle diverse strutture e la diversa funzione delle *praescriptiones* vedi CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano* II, Torino 1982, 117 ss.

⁴⁶ Gai. 4, 132; CANNATA, *Profilo II cit.*, 73; 117.

⁴⁷ Sempre di ciò si tratta, perché la *praescriptio*, anche quando non fa parte della formula, è sem-

rapporto dedotto in giudizio, ma serve a circoscrivere l'ambito al quale il tenore della successiva *intentio*⁴⁸ (che compare nella *formula* propriamente detta) potrà essere riferito.

Agere praescriptis verbis non significa *agere cum praescriptione* (Gai. 4, 131). L'espressione vuole esprimere un'idea diversa, e cioè che, sperendosi un'*actio in factum* (ché tale era l'azione di cui parliamo, come ben vede il Gallo), ma un'*actio in factum civilis*, il *factum* non potrà essere indicato nell'*intentio*, perché, trattandosi di azione civile, l'*intentio* che le appartiene indicherà solo il rapporto giuridico invocato dall'attore ('*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*'), donde la necessità, quel *factum*, di enunciarlo scrivendovelo prima (*praescribere*) dell'*intentio* stessa. Otteniamo così quella che in Gaio è denominata una *demonstratio*, clausola distinta dall'*intentio* ma sempre relativa alla *causa petendi*, perché in una formula con *demonstratio* all'indicazione della *res in iudicium deducta* concorrono le due clausole: l'*intentio* indica il rapporto obbligatorio, la *demonstratio*, che le è *praescripta*, ne enuncia la fonte⁴⁹. Su queste basi ritengo di dover sempre

pre contenuta nel *decretum* pretorio che accorda l'azione, nomina il giudice e gli impartisce le relative istruzioni. Vedi CANNATA, *Profilo II* cit., 117.

⁴⁸ Nella prima (secondo le definitive osservazioni di Bove e Wolf: cfr. SANTORO, *Le due formule della tabula Pompeiana* 34, in *AP* 38 [1985], 336 s.) delle due formule di Tab. Pomp. 34 (cioè quella che si trova alla p. 2 della tavoletta, linee 1-9, e che è quella utilizzata dal Gallo) l'*intentio* (una normale *intentio* di *condictio certae pecuniae*) è la seguente: *si parret C(aium) Marcium Satu[r]num] C(aio) Sulpicio Cinnamo HS I) oo d[are] oportere q(ua) d(e) r(e) agitur*.

⁴⁹ Sul rapporto fra *demonstratio* e *intentio*, quanto alla loro funzione, vedi CANNATA, *Profilo II* cit., 87 ss. Nella formula di *tab. Pomp.* 34 p. 2, come si è visto, la *praescriptio* contiene pure un'indicazione di fonte d'obbligazione, che poi sarà la fonte dell'obbligazione che l'*intentio* sottometterà alla cognizione del giudice, ma questa coincidenza con un rapporto *demonstratio-intentio* è puramente esteriore. La *demonstratio* (parlo ora in generale, e non solo per il caso della formula pompeiana o dell'*actio praescriptis verbis*) sottomette alla cognizione del giudice un fatto fonte di obbligazione, che l'*intentio* da sola non potrebbe sottomettergli perché senza la *demonstratio* essa resterebbe indeterminata: l'*intentio* (*incerta*) delle formule con *demonstratio* contiene infatti le parole *ob eam rem*, a richiamare un dato che deve già essere stato enunciato nella formula (nella *formula* propriamente detta: si ricorderà che di questa è caratteristica costante il fatto di consistere di una sola frase). La *praescriptio* di *tab. Pomp.* 34 p. 2 (*ea res agetur de sponsione*) non sottomette nulla al giudice (a questo servirà l'*intentio*, la quale non attende in questo caso determinazione alcuna al difuori del suo proprio testo), essa viene solo a dire, in sostanza: "di quanto l'*intentio* della formula che seguirà può sottomettere alla cognizione del giudice, solo quanto concerne la *sponsio* sarà da considerargli sottomesso". La diversità delle relazioni tra le diverse clausole corrisponde anche al loro tenore tecnico: in una formula con *demonstratio* è la *demonstratio* a contenere l'espressione *qua de re agitur*, cui l'*intentio* rinvia con *ob eam rem* (cfr. ad es. Gai. 4, 47); in una formula preceduta da *praescriptio*, il rinvio espresso con *ea res* è contenuto nella *praescriptio*, che rinvia all'*intentio* (o alla *demonstratio* nelle formule che la contengono); mentre l'*intentio* (o la coppia *demonstratio-intentio*) non rinvia in ogni caso a nulla, cioè a nessuna *ea res* menzionata fuori di se stessa, e contiene sempre l'inciso *qua de re agitur*. Ancora, sotto altro profilo: nella *demonstratio* (o, se non v'è *demonstratio*, nell'*intentio*) si parla di '*res de qua agitur*', al presente, cioè della *res* che in forza di quel che si sta dicendo è dedotta in giudizio; nella *praescriptio* si parla di *res* che *agetur* o *agatur*, al futuro o comunque con riferimento ad un momento futuro, perché la deduzione in giudizio della *res* la *praescriptio* non la realizza, ma solo la prevede come da realizzarsi nella successiva formula, o, se si vuole dire così, in una successiva frase.

riproporre la formula dell'*actio praescriptis verbis* come già lo feci circa un quarto di secolo fa (in un contesto diverso, e, per quel che riguarda la storia dei contratti innominati, alquanto primitivo), riferendomi al caso che fu controverso fra Giuliano e Mauriciano⁵⁰:

Titius iudex esto.

Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem Stichum dedit ut Numerius Negidius Pamphilum manumitteret q.d.r.a., quidquid ob eam rem Numerius Negidius Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.

A favore di questa ricostruzione possono anche addursi il rescritto di Alessandro Severo del 230 che si legge in C. 2, 4, 6⁵¹, ove al paragrafo 1, parlandosi evidentemente dell'*actio praescriptis verbis*, la si descrive come '*utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat*', ma soprattutto lo scolio di Stefano a B. 11, 1, 7⁵², il quale descrive con cura la formula, dicendo chiaramente che il fatto vi è esposto "come in una *demonstratio*" e che a questa clausola segue immediatamente l'*intentio*, facendo ben capire che si tratta dunque di una clausola che fa indubbiamente parte della formula.

La novità introdotta, con questa concezione formulare, non risiede certo nell'impiego della *demonstratio*: l'azione è semplicemente concepita sulla base di quelle già in uso, fra l'altro, per i contratti consensuali. La novità di Labeone consistette nel fatto di ideare un'*actio in factum* con tale struttura, cioè nel concepire, come – secondo il Gallo – egli stesso si esprimeva nel luogo citato da Papiniano in D. 19,

⁵⁰ Vedi il già citato D. 2, 14, 7, 2. Il mio lavoro, pubblicato nel 1970 in *Iura* (ove si veda la p. 65), era *Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*. La soluzione giuliana del caso controverso fra Giuliano e Mauriciano è riportata pure in Paul. Iul. D. 19, 5, 5, 2, che il Gallo menziona nel contesto della sua (ben fondata) difesa della classicità e della risalenza a Labeone dell'espressione '*actio in factum civilis*' (p. 234 ss.). In relazione specificamente a D. 19, 5, 5, 2 egli segue però la dottrina (praticamente unanime) che vi espunge l'aggettivo *civilem*, sulla base del confronto testuale con Ulp. Arist. Cels. Iul. Maur. D. 2, 14, 7, 2. Ma il confronto lascia, a mio parere, concludere altrimenti, e cioè che la disarmonia fra i due testi provenga dall'omissione di un brano (di circa una riga) ad opera del copista del manoscritto fiorentino del Digesto, o anzi, più probabilmente, del redattore dell'archetipo dei manoscritti del Digesto. L'omissione fu dovuta al duplice ricorrere a breve distanza dell'espressione *in factum* nel testo originale di Paolo, che, verso la fine, doveva suonare press'a poco così: ... *sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum <: sed ego puto omnimodo dandam in factum> civilem*.

⁵¹ Il Gallo la cita a p. 244 n. 212, in un contesto nel quale parrebbe suggerire una struttura formulare dell'*actio praescriptis verbis* corrispondente più a quella proposta da me che non a quella proposta da lui. C. 2, 4, 6 non è menzionato nell'indice delle fonti alla fine del volume, perché nel luogo dove il testo viene esaminato l'autore ha dimenticato di menzionare i dati numerici necessari al suo riferimento.

⁵² Il Gallo non lo prende in considerazione; lo fa invece il SANTORO (*Il contratto* cit., 76), senza sfruttarlo a dovere.

5, 1, 1, un'*actio civilis in factum*: un'azione civile da concedersi di caso in caso, modellata sul caso concreto, priva di una previsione generale nell'editto.

16. – Con questo suo splendido corso, come credo di aver dimostrato, il Gallo ha mosso veramente le acque. Nel mare della scienza le navi procedono meglio e più spedite con acque burrascose, poiché là muover le acque significa costringere a pensare.

CONSIDERAZIONI SUL TESTO E LA PORTATA ORIGINARIA DEL SECONDO CAPO DELLA «LEX AQUILIA» *

1. [*Il testo e la fattispecie sanzionata*]. – A parte i passi che ci informano semplicemente della sua desuetudine¹, sul secondo capo della *lex Aquilia* si esprime unicamente:

Gai. 3, 215. Capite secundo (adversus)² adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur. 216. Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est. Sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret: nisi quod ea lege adversus infiantem in duplum agitur.

Il § 215 rappresenta certamente una parafrasi del dettato legislativo. Se si analizza la struttura grammaticale di tale parafrasi (*capite secundo adversus adstipulatorem, qui ... fecerit, quanti ... est, tanti actio constituitur*), la si confronta con la struttura della parafrasi del primo capo nel § 210 (*actio constituitur per legem Aquiliam, cuius capite primo cautum est ut si quis ... occiderit, quanti ... fuerit, tantum ... dare damnetur*) e si applicano gli stessi criteri, che, nell'esame che altrove abbiamo fatto di tale testo³, ci hanno condotto alla ricostruzione conclusiva della norma (impiegando altresì quelle conclusioni come modello per le norme della *lex Aquilia*), abbiamo questa volta:

Si adstipulator pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit⁴, quanti ea res est, tantum aes stipulatori dare damnas esto.

* Pubblicato in *Index*, XXII, 1994 (omaggio a Peter Stein).

¹ Ulp., D. 9, 2, 27, 4; Inst. 4, 3, 12. Quanto scrivo nel presente articolo, che mi è grato offrire all'amico Peter Stein, uno dei più raffinati storico-giuristi del nostro tempo, presuppone la lettura del lavoro introduttivo (*Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo*), che apparirà in *SDHI* 58 (1992).

² Lo scriba del manoscritto veronese omise certo 'adversus' perché indotto in equivoco dalla medesima sillaba iniziale di 'adstipulatorem'.

³ Vedi sopra, nt. 1.

⁴ Su *acceptum facere* e *acceptum ferre* vedi LIEBS, *Contrarius actus. Zur Entstehung des römischen Erlaßvertrags*, in *Symptica Wieacker* (Göttingen 1970) 137 ss. (anche p. 132 nt. 95). Dalla circostanza che Gaio usa preferibilmente *acceptum ferre* (LIEBS, 138) si desume un indizio nel senso che in Gai. 3, 125, scrivendo *acceptam fecerit*, il manualista si tenesse aderente al testo legislativo.

A parte la modernizzazione della lingua⁵, e riservando a fra poco alcune considerazioni su *'quanti ea res est'*⁶, riterrei questa ricostruzione abbastanza sicura⁷. Non deve, in particolare, far meraviglia la compresenza, nel testo, di *pecunia* e di *aes*: col secondo termine si fa allusione all'oggetto della condanna (o più precisamente, forse, dell'obbligazione dell'*adstipulator* di mala fede), necessariamente in denaro; con *pecunia* si allude all'oggetto dell'obbligazione estinta, ed il termine era, con ogni probabilità – all'epoca della legge – più generico⁸.

Occupiamoci, anzitutto, della fattispecie sanzionata.

Prima della scoperta del Gaio veronese erano noti solamente i testi (D. 9, 2, 27, 4 e Inst. 4, 3, 12) che parlano della desuetudine del secondo capo, senza aggiungere altro, sicché la giurisprudenza umanistica cercò di immaginarsene il contenuto. Il Vinnius, per vero, dichiarò che un simile esercizio rappresentava, né più né meno, una perdita di tempo⁹, citando però subito dopo l'ipotesi del Cuiacio, secondo il quale il secondo capo *«pertinuisse ad interceptam nobis utilitatem quandam, re nostra illaesa»*¹⁰. Questa idea del Cuiacio ebbe certo diffusione, e fu appresa dagli studenti, poiché essa è financo menzionata nei *Compendia Institutionum* di D. Gotofredo, che sono pubblicati fra le appendici del minuscolo vademecum intitolato *Ex Imperatoris Iustiniani Institutionibus erotemata seu interrogationes, in legalis militiae tyronum usu, per Christophorum Phreyslebium Lincensem collecta* (Venezia 1609, ad Inst. 4, 3, 12, p. 223). In più nobile contesto, l'opinione del Cuiacio è ancora riportata nelle *Antiquitates Romanae* dell'Einccio¹¹, ma per esservi respinta. Il dotto professore di Halle preferiva infatti l'idea

⁵ Nel senso precisato all'inizio del § 7 del mio lavoro citato sopra alla nt. 1.

⁶ Vedi qui *infra*, nel § 2.

⁷ Per la presenza nel testo originale delle parole *'pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecit'* (ma non vedo perché non *'fecerit'*), cfr. LÉVY-BRUHL, *Le deuxième chapitre de la loi Aquilia*, in RIDA.³ 5 (1958) 508. Per la presenza, nel testo, del termine *'adstipulator'* (e la diversa ricostruzione del Pugsley), vedi *infra*, alla nt. 40. Sulla proposta del CASTELLARI, *Della lex Aquilia ossia del danno dato*, in AG. 22 (1879) 315, di sostituire *iniuria a in fraudem stipulatoris*, v. NATALI, *La legge Aquilia ossia il damnum iniuria datum* (Roma 1896), estratto dalla *Rivista universale di giurisprudenza e dottrina* (reprint come volume autonomo, Roma 1970) 18.

⁸ Vedi WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. Erster Abschnitt: Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik* (München 1988) 238 s. con la nt. 13. Vedi anche i punti *c* e *d* (secondo la mia esposizione qui *infra*, alla nt. 40) della tesi del Pugsley, i quali, sotto il profilo considerato in questa nota, appaiono correttamente impostati.

⁹ *Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, ad Inst. 4, 3, 12 (nell'edizione di Lione 1666, p. 895): *«Quid autem hoc capite cautum fuerit, cum id nusquam proditum sit, haud temere dixerim: neque de eo laborandum. Qui otio abundant, talia sibi negotia sumant»*. Di *inanis opera* parlava pure lo Heineccius, nel § 87 della *Historia iuris civilis Romani ac Germanici* (1733; nell'ed. Venetiis 1742, p. 89), ma cambiò poi tosto tono nelle *Antiquitates*: vedi qui *infra*, ntt. 11-16.

¹⁰ CUIACIUS, *Paratitla in libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum Imperatoris Justiniani* (1569), *lib. IX Dig., tit. II: ad legem Aquilianam* (io leggo in J. Cuiacii opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII distributa, III, Prati 1837, col. 72 s.).

¹¹ HEINECCIUS, *Antiquitatum Romanarum Syntagma secundum ordinem Institutionum* (1718: io

di Claud. Chifferius¹², il quale pensava che il secondo capo della *lex Aquilia* trattasse *de servo corrupto*; la ragione della desuetudine del secondo capo risiederebbe, così, soprattutto nella circostanza che la corrispondente, più tarda, azione pretoria (Ulp., D. 11, 3, 1 pr.) era di per sé *in duplum* e non soltanto *adversus infitiantem*¹³. Gli argomenti addotti sono soprattutto i due seguenti¹⁴: i) «*praetor in actione de servo corrupto constituenda* [cfr. D. 11, 3, 1 pr.] *iisdem paene verbis usus est, quibus uti solet auctor legis Aquiliae*¹⁵ ... *Ut fere inde colligas, praetorem legem Aquiliam ante oculos habuisse, eiusque caput voluisse emendare*»; ii) in Ulp., D. 11, 3, 5, 2 si nota appunto una differenza tra l'*actio de servo corrupto* pretoria e l'*actio ex lege Aquilia*. Ma l'Einuccio andava ancora più in là: considerata pure l'opinione del Bynkershoek, che pensava il secondo capo della *lex Aquilia* trattasse *de effusis et deiectis* (cfr. Paul., D. 9, 2, 31), egli concludeva, seguendo un'idea del Noodt, che i capitoli della *lex Aquilia* dovevano essere più di tre¹⁶. Tuttavia fu la semplice e suggestiva opinione del Chifferius, che il secondo capo si occupasse della *corruptio servi*, ad essere, in genere, seguita come alternativa a quella del Cuiacio; essa fu, in particolare, adottata da Joh. Voet, che nel suo *Commentarius ad Pandectas* dedica, sulla sua base, al secondo capo della legge una colonna e mezza di considerazioni, animate dalla chiara ed acuta intelligenza di quello splendido autore¹⁷.

Dopo la scoperta del Gaio veronese, con il citato Gai. 3, 215-216, si è avuta, per il secondo capo della *lex Aquilia*, un'informazione chiara, completa e sicura, che può essere presentata nel modo seguente: fattispecie sanzionata era quella della remissione (mediante *acceptilatio* verbale), che l'*adstipulator* (creditore solidale ac-

leggo l'ottava edizione, Venezia 1797, II, p. 269), lib. IV, tit. III (*de lege Aquilia*), § 9. L'Einuccio espone accuratamente l'opinione del Cuiacio, citando esempi e fonti.

¹² HEINECCIUS, *Antiquitatum Romanarum syntagma*, l. cit. (nell'ed. cit. p. 270). Dell'opinione del Cuiacio non parla del tutto l'Einuccio negli *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, § 1088 (nell'ed. di Napoli 1778, p. 343), né negli *Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum*, lib. IX tit. II, § 190 nt. a (nell'ed. di Venezia 1818, I, p. 269 s.).

¹³ Vedi ancora HEINECCIUS, *Antiquitatum Romanarum syntagma*, cit., § 10 (ed. cit. II, p. 271), ove egli passa in breve rassegna le differenze fra il regime dell'azione pretoria *de servo corrupto* e quello della presunta corrispondente *actio ex lege Aquilia*. Il problema è trattato a fondo dal Voet, nel luogo citato qui *infra*, alla nt. 17.

¹⁴ Un terzo argomento l'Einuccio (*Antiquitatum Romanarum Syntagma*, § 9 alla fine; ed. cit. II, p. 270 s.) lo desumeva da (Anianus), int. ad Paul. 1, 12, 21 (si tratta, nell'edizione della *lex Romana Wisigothorum* dello Haenel, di Brev. int. ad Paul. 1, 13, 6, che si riferisce anche a Brev. Paul. 1, 13, 5; nelle edizioni moderne delle *Sententiae* il passo è Paul. 1, 13a, 5-6); l'argomento è però proposto con riserva.

¹⁵ Ho corretto due refusi (*ausus* per *usus*, *ut* per *uti*) presenti nell'edizione che uso.

¹⁶ Vedi HEINECCIUS, *Antiquitatum Romanarum Syntagma*, cit., alla nt. y del § 9 (ed. cit., II, p. 271 nt. y). L'opinione è riassunta più chiaramente negli *Elementa secundum ordinem Institutionum*, § 1088 già cit.

¹⁷ JOH. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, ad lib. IX tit. II, § 5 (nella *editio secunda Veneta* del 1725, II, p. 308).

cessorio: Gai. 3, 110-114) avesse fatta in favore del *promissor* e in frode al creditore principale; la sanzione consisteva in una somma di danaro pari a quella del credito estinto (soggetta a litiscrescenza *contra infitiantem*¹⁸), da pagarsi dall'*adstipulator* al creditore principale; la ragione della desuetudine della norma risiedeva nell'applicazione che, successivamente alla *lex Aquilia*, si fece dell'*actio mandati* allo stesso caso. Gaio, a quest'ultimo proposito, si esprime male, sotto il profilo storico, in quanto egli sembra supporre che la soluzione mediante l'impiego dell'*actio mandati* fosse già possibile quando la legge fu votata¹⁹.

Solo chi non conosca l'acume fantasioso dei romanisti di tutti i tempi potrebbe supporre che la presenza del testo gaiano avrebbe calmato le acque. La critica, dopo un certo tempo di inerzia iniziale, si è riaccesa intorno a due ordini di problemi: il primo, di spiegare l'inserzione, nel testo della legge, fra un primo e un terzo capo che appaiono strettamente legati, della previsione di una fattispecie così eterogenea. Di questo problema non mi occuperò nel presente articolo: esso suppone una conoscenza esatta del terzo capo della legge, sicché devo rinviarne la trattazione ad altra sede.

Parlerò invece della seconda tematica, che concerne la definizione precisa della fattispecie sanzionata. A questo proposito, le acque sono state mosse dal Lévy-Bruhl, con un articolo del 1958²⁰. Secondo questo autore, sarebbe errato interpretare la norma della legge Aquilia con le categorie della giurisprudenza classica, nel linguaggio della quale *acceptum facere* significava rimettere un debito; in origine l'*acceptilatio*, come atto basato sul principio del *contrarius actus*²¹, avrebbe rappresentato il modo normale (necessario) di estinzione di un'*obligatio verbis contracta* e implicato dunque un pagamento reale. Quanto al pagamento reale «sans forme»,

¹⁸ Litiscrescenza che non era prevista nel secondo capo della legge, ma dipendeva da una norma processuale, relativa ad ogni *actio ex lege Aquilia*, posta alla fine della legge stessa: vedi il § 6 dell'*o. c.* alla nt. 1.

¹⁹ Per l'introduzione dell'*actio mandati* non possediamo che un *terminus ante quem* (sulla base di Cic. *de off.* 3, 17, 70; *nat. deor.* 3, 30, 74; *top.* 17, 66: vedi KASER, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: das altrömische, das vorklassische und klassische Recht. Zweite, neubearbeitete Auflage* [München 1971] 486 nt. 16), che il WATSON (*Contract of mandate in Roman Law* [Oxford 1961] 22; *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* [Oxford 1965] 147), sulla base di *Rhet. ad Herennium* 2, 13, 19, precisa nell'anno 123 a.C. In ogni modo, l'*actio mandati* non può certo farsi risalire fino al tempo della *lex Aquilia*, e tanto meno lo può il suo impiego a regolare i rapporti fra *adstipulator* e creditore principale, che certo non ne fu l'impiego originario.

²⁰ LÉVY-BRUHL, *o. c.*, in *RIDA*.³ 5 (1958) 507 ss. Per vero, una tesi simile a quella del Lévy-Bruhl era già stata avanzata dal VAN DER KEMP, *Dissertatio de capite secundo legis Aquiliae*, c. IV n. 3, p. 49. Traggio la citazione da CASTELLARI, *o. c.*, in *AG*. 22 (1879) 324, ove la tesi del van der Kemp è criticata; alla critica aderisce il NATALI, *La legge Aquilia*, cit., 26.

²¹ Il LÉVY-BRUHL, *o. c.*, in *RIDA*.³ 5 (1958) 509, parla del «principe bien connu auquel on a donné le nom de principe du 'parallélisme' ou de la 'concordance des formes'», e fa riferimento in particolare a Gai., *D.* 50, 17, 100. Come si sa, gli autori tedeschi parlano in genere di «Symmetrieprinzip» («Grundsatz der formalen Korrespondenz»). L'espressione '*contrarius actus*', che io uso, non è romana: KASER, *Das Röm. Privatrecht* I² 230 nt. 3. Vedi in part. LIEBS, *Contrarius actus* cit., 111, 114.

esso non sarebbe divenuto autonomamente liberatorio che a far tempo dal primo secolo d.C.²². Il fatto sanzionato dalla *lex Aquilia* sarebbe dunque consistito nell'ipotesi «d'un créancier [cioè l'*adstipulator*] qui, ayant touché régulièrement le montant d'une créance qui ne lui était pas définitivement destinée, commet l'indélicatesse de le garder pour lui au lieu d'en rendre compte au véritable intéressé»²³. La tesi del Lévy-Bruhl è stata corretta dal Tomulescu²⁴ notando che, se l'*acceptilatio* – nel diritto antico²⁵ – era necessaria e sufficiente ad estinguere l'obbligazione da *stipulatio*, essa poteva essere o non essere in concreto preceduta da un pagamento reale; la *lex Aquilia* avrebbe sanzionato dunque entrambe le ipotesi corrispondenti, e cioè tanto quella scorta dal Lévy-Bruhl (dell'*adstipulator* che, liberato il debitore, trattenga per sé la somma ricevuta), quanto quella dell'*adstipulator* che, in collusione col debitore, lo liberi senza farsi pagare del tutto²⁶.

Queste tesi si basano entrambe su di un presupposto che, pur se gode di molto credito, non è in realtà, a mio parere, affatto vero; e comunque, essendo invece verosimile il contrario, la sua veridicità resta tutta da dimostrare: parlo dell'idea che la forma dell'*acceptilatio* verbale²⁷, che è quella di una quietanza, sia indizio di una sua originaria natura di modo normale e necessario per l'estinzione delle obbligazioni da *sponsio/stipulatio*²⁸. Ora, è del tutto impossibile che la giurisprudenza pontificale abbia creato un atto di questo genere che – si noti –, come pensano gli

²² LÉVY-BRUHL, o. c., in *RIDA*.³ 5 (1958) 513.

²³ LÉVY-BRUHL, o. c., in *RIDA*.³ 5 (1958) 512; cfr. p. 516 s. La tesi del Lévy-Bruhl appariva «persuasiva» all'Arangio-Ruiz, *Istituzioni*¹⁴ (1960) 374 nt. 2.

²⁴ TOMULESCU, *Les trois chapitres de la lex Aquilia*, in *Iura* 21 (1970) 192 ss. Il LÉVY-BRUHL, o. c., in *RIDA*.³ 5 (1958) 510 ss. esclude invero che l'ipotesi dell'*acceptilatio* fatta dall'*adstipulator* senza ricevere un pagamento reale rappresentasse una situazione pratica che potesse in effetti verificarsi; egli l'ammette, al massimo, come «rarissime» (p. 512).

²⁵ Secondo il TOMULESCU, o. c., in *Iura* 21 (1970) 193 nt. 17, ove egli cita COSTA, *Storia del diritto privato romano*² (Torino 1925) 429 nt. 2 e Cic. *de leg.* 2, 20, 1, il pagamento reale liberatorio daterebbe del I sec. a.C. La citazione del testo di Cicerone si trova già nel Costa – per l'esattezza alla p. 430, sempre nel contesto della nt. 2 della pagina precedente – ma essa non sembra corretta: dovrebbe piuttosto trattarsi di Cic. *de leg.* 2, 20, 51. A parte il citato testo di Cicerone, la correzione del Tomulescu alla tesi del Lévy-Bruhl (che, come si è visto, riportava al primo sec. d.C. l'efficacia liberatoria del pagamento informale), è in ogni modo necessaria per la presenza di Pomp., D. 46, 3, 80, ove si ritrova un lemma di Quinto Mucio (vedi qui *infra*, nel testo).

²⁶ TOMULESCU, o. c., in *Iura* 21 (1970) 194.

²⁷ Secondo Gai. 3, 169: 'Quod ego tibi promisi habesne acceptum? Habeo'. Per altre locuzioni, vedi le citazioni del LIEBS, *Contrarius actus* cit., 131 con la nt. 94.

²⁸ Questo modo di vedere è invero dominante; si veda KASER, *Das Röm. Privatrecht* I² 173. Il mio pensiero è invece vicino a quello del LIEBS, *Contrarius actus* cit., 131 ss. (con letteratura a p. 132 ntt. 96-98), 146 ss. Da quanto quest'ultimo autore scrive (vedi in part. p. 134 s., 136 s., 146 s.) si comprende bene che la forma stessa dell'*acceptilatio* ('acceptum habes') suppone l'efficacia del pagamento reale, proprio perché è forma di quietanza (che in sé non è che mezzo di prova di un pagamento reale liberatorio già effettuato) e non formula liberatoria (come invece l'*ego a te me solvo liberoque della solutio* librare: Gai. 3, 174); cfr. ancora LIEBS, o. c., 132 (presso la nt. 95 e poi sub a). Su Ulp., D. 46, 4, 19, 1 vedi LIEBS, o. c., 133.

autori che lo configurano, avrebbe dovuto comprendere un contestuale pagamento reale²⁹. Nelle forme di creazione pontificale, se un gesto è necessario, le parole che lo accompagnano vi fanno sempre, in qualche modo, puntuale allusione³⁰. D'altra parte, se è vero che la *sponsio* (creazione, questa sì, della giurisprudenza pontificale) ebbe il proprio modello nelle promesse religiose (di diritto sacro)³¹, siccome non risulta che il diritto pontificale prevedesse atti formali per l'esecuzione del *votum* (a meno che l'atto stesso di esecuzione non avesse le sue proprie esigenze di forma), non si vede perché i pontefici avrebbero concepito una forma per la liberazione dall'*obligatio verbis contracta* del diritto civile. Quanto alla giurisprudenza laica, essa non si metteva certo a fabbricare forme per ottenere scopi che si potevano raggiungere senza di esse. Furono certo, dunque, i giuristi laici a creare l'*acceptilatio* verbale, ma per permettere, appunto, la (altrimenti impossibile) remissione del debito: e la forma, con la sua finzione³², corrisponde bene allo stile di questi giuristi, che, quando sono costretti a farlo, si destreggiano bensì con delle forme, ma che altro non sono se non espedienti propri di una giurisprudenza che ha abbandonato la creazione formalistica del diritto³³. Tutto ciò corrisponde bene, ancora, all'impressione del Kaser, che l'*acceptilatio* sia più recente delle Dodici Tavole, ed alla sua constatazione che il secondo capo della *lex Aquilia* ne rappresenta la testimonianza più antica³⁴. Se ne deve concludere che l'*acceptilatio* sia dunque una creazione della giurisprudenza laica del III secolo a.C.³⁵, e sia fin dall'origine consistita in un atto di remissione del debito; ed ancora che la regola del *contrarius actus* (all'idea della quale³⁶ s'ispirò quella giurisprudenza nel costruire l'*acceptila-*

²⁹ Così KASER, *Das Röm. Privatrecht* I² 173 (presso la nt. 17); LÉVY-BRUHL, *o. c.*, in *RIDA*.³ 5 (1958) 509 s. e *passim* (sul punto vedi in part. LIEBS, *Contrarius actus* cit., 132 ss., con lett.). Non pensa così, ovviamente, il Tomulescu (vedi qui sopra, nel testo).

³⁰ Pensare che le parole *acceptum habes* contengano il riferimento al gesto del pagamento, precedentemente effettuato, non sarebbe meglio concludente, perché urta contro lo spirito del formalismo pontificale concepire una forma verbale che si riferisca ad un atto informale effettuato precedentemente, cioè al difuori del contesto dell'atto formale stesso.

³¹ WIEACKER, *Röm. Rechtsgeschichte* I, 315 s.; 328: anche ID., *Pontifex iurisconsultus*, in *Homm. R. Dekkers* (1982) 219, 227.

³² In quanto si dà per effettuato un pagamento non eseguito. Gaio parla di *imaginaria solutio* (Gai. 3, 169), terminologia che egli impiega anche per la *solutio* propriamente detta (*per aes et libram*: Gai. 3, 173), che però è *imaginaria* in altro senso: la *solutio per aes et libram* era bensì una forma di creazione pontificale, e costituiva in origine un pagamento effettivo, per cui l'allusione ai gesti del pagamento vi è espressa: sicché per fingervi il pagamento lo si deve eseguire in modo simbolico (Gai. 3, 174).

³³ Sullo stile della giurisprudenza di quest'epoca (cioè della giurisprudenza laica ai suoi inizi) vedi CANNATA, *Histoire de la jurisprudence européenne*, I (Torino 1989) 25 ss.

³⁴ KASER, *Das Röm. Privatrecht* I² 173.

³⁵ Che certo non si valeva di un precedente pontificale relativo allo scioglimento del *votum*; questo precedente, se pure esisteva, non era certo concepito in forma di finzione.

³⁶ Mi esprimo così perché la regola in questione non fu mai rigida, ed essa pare sia stata comunque definita in modo esplicito solo dai *veteres*. Si veda LIEBS, *Contrarius actus* cit., 111 ss., 146 ss.;

tio) fosse, almeno per quanto riguarda le obbligazioni *verbis contractae*, già concepita dai giuristi del III sec. a.C. nella prospettiva in cui Quinto Mucio l'enuncerà più tardi, e cioè

D. 46, 3, 80 (Pomp. 4 *ad Q.M.*). <Quintus Mucius:> Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut ... cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet³⁷ ...

La regola di Quinto Mucio non significa che un rapporto giuridico deve essere sciolto unicamente in modo analogo a quello in cui fu costituito, ma che «un modo analogo a quello di costituzione deve essere ammesso come modo di estinzione»³⁸; l'applicazione della regola all'*obligatio verbis contracta* sottolinea che qui, accanto alla estinzione dell'obbligazione per adempimento, sussiste la possibilità di estinguerla per *acceptilatio* verbale³⁹.

Questo forse troppo lungo discorso sulla natura originaria dell'*acceptilatio* aveva lo scopo di dar ragione di una conclusione, che può direttamente raggiungersi con l'esegesi di Gai. 3, 215.

Secondo Gaio⁴⁰, in effetti, il fatto sanzionato è quello dell'*acceptilatio* fraudo-

KASER, *Das Röm. Privatrecht* I² 40, 230; WIEACKER, *Röm. Rechtsgeschichte* I, 328 s. Vedi ancora di seguito, nel testo. Per la relazione fra l'*acceptilatio* e la regola del *contrarius actus* vedi in part. Ulp., D. 46, 4, 8, 3 (cfr. D. 50, 17, 35); Paul., D. 46, 4, 14; si veda anche FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken* (Paderborn-München-Wien-Zürich 1990) 39 ss.

³⁷ Per l'individuazione, nel testo, del lemma di Quinto Mucio e per il senso esatto della regola, vedi (sulla scorta di KNÜTEL, *Contrarius consensus* [Köln-Graz 1968] 11 s.) CANNATA, *La distinctio re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, in *Sein und Werden im Recht* [Fgb. V. Lübtow] (Berlin 1970) 439 ss.

³⁸ V. in part. KNÜTEL, *Contrarius consensus* cit., 11 s. V. anche la glossa *solvi* a D. 46, 3, 80: ... *et dic debet, id est, potest, nam potest solvi et aliis modis; ... unde R(ogorius?) dixit, melius dixisse, potest etc.* Cfr. Gai. 3, 170 (v. nt. seguente).

³⁹ Cfr. ancora Gai. 3, 170: ... *consentaneum enim visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvere*. Con le parole *visum est* si allude certo alla tradizione giurisprudenziale cui corrisponde l'enunciato di Quinto Mucio riportato da Pomponio in D. 46, 3, 80. V. anche Ulp., D. 46, 4, 8, 3; D. 50, 17, 35.

⁴⁰ Non mi pare possibile, né produttivo, mettere in dubbio l'esattezza della testimonianza di Gaio, come lo ha fatto il Pugsley nella comunicazione su *Le deuxième chapitre de la loi Aquilienne*, letta al congresso della SIDA. (ora SIHDA.) di Bordeaux 1971 e non pubblicata a stampa, ma riassunta in TOMULESCU, o. c., in *Iura* 21 (1970) 193; vedi anche la cronaca di METRO, in *Iura* 22 (1971) 284. Secondo l'autore: a) il testo della legge non poteva parlare di *adstipulator*, termine atecnico (cfr. Gai. 3, 110: *quem vulgo adstipulatorem vocamus*; cfr. GIFFARD, in *RHD.* [1933] 598; MONIER, *Manuel* II [1944] 68 nt. 4) che non esisteva nel III sec. a.C.; b) la legge avrebbe dunque detto: *si quis pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit etc.*; c) *pecuniam acceptam facere* avrebbe significato «liberare il debitore dalla propria obbligazione», cioè, genericamente, «estinguerne un'obbligazione»; d) la legge avrebbe dunque sanzionato il fatto del *promissor* che abbia estinto la propria obbligazione *in fraudem stipulatoris* (ad esempio, uccidendo lo schiavo o l'animale dovuto: i casi poi risolti mediante la regola della *perpetuatio obligationis*). Ne risulterebbe un parallelismo col primo capo della legge «nel senso che questo avrebbe consentito l'esperimento di un'azione in

lenta effettuata dall'*adstipulator*; questi, ove avesse ricevuto la cosa dovuta e fatta l'*acceptilatio* (anche ammettendo che tale *acceptilatio* avesse senso in questo caso) per poi trattenere per sé il ricevuto, non avrebbe effettuato alcuna *acceptilatio* fraudolenta, perché il suo illecito sarebbe consistito invece nel fatto di trattenersi, appunto, la cosa. Noi non sappiamo se e come un tale comportamento trovasse sanzione prima di essere assoggettato anch'esso all'applicazione dell'*actio mandati*: certo, comunque, la *lex Aquilia* non lo prendeva in considerazione.

Due precisazioni restano, a questo punto, necessarie:

a) Dalle Istituzioni di Gaio apprendiamo che

Gai. 3, 172. Item quod debetur, pro parte recte solvitur; an autem in partem acceptum fieri possit, quaesitum <est>.

Qualunque sia il tempo, nel quale va collocata la discussione, cui Gaio si riferisce, sulla possibilità di un'*acceptilatio* parziale, essa non può certo essere molto antica, dal momento che nelle Istituzioni stesse è presentata come irrisolta⁴¹. Possiamo dunque presumere, con sufficiente certezza, che la *lex Aquilia* si riferisse ad una *acceptilatio* integrale.

b) Il Lévy-Bruhl, nell'escludere un significato pratico all'ipotesi dell'*acceptilatio* fraudolenta dell'*adstipulator*, asseriva che costui «n'a aucun intérêt à faire remise de dette au débiteur»⁴². Ma le cose stanno, in realtà, altrimenti: nella generalità dei casi – e certo a questi soprattutto pensava il legislatore, componendo il *caput secundum* – una remissione fraudolenta del debito, effettuata dal creditore solidale accessorio, non è affatto gratuita. Infatti, accanto alle ipotesi – che, queste sì, con il Lévy-Bruhl, possiamo considerare rarissime – in cui l'*adstipulator* sia mosso da simpatia, affetto, pietà verso il debitore o antipatia verso il creditore, vanno configurate quelle in cui egli operi in collusione con il debitore, ottenendo da questi un compenso, che potrà consistere in una somma, data o promessa, di denaro ovvero in prestazioni d'altro genere, abbiano queste o no valore economico. La sola ipotesi da scartare è proprio quella pensata dal Lévy-Bruhl, e cioè che il *promissor* paghi

caso di perimento di una cosa che sarebbe stata perseguibile mediante *actio in rem*, mentre l'altro avrebbe ammesso la medesima azione nel caso di perimento di una cosa oggetto di un rapporto obbligatorio» (così il Metro, nella citata cronaca). Dirò solo, a proposito di tutto ciò, che il termine *adstipulator*, malgrado Gai. 3, 110 (ma si veda l'uso che lo stesso Gaio ne fa in 3, 111-114), è certamente tecnico (cfr. SCHERILLO, *L'adstipulator*, in *RIDA*.³ 10 [1963] 245) e che la conclusione del Pugsley, che è enunciata alla fine della cronaca di Metro, è, in se stessa, corretta: vedi qui, *infra*, nel § 2.

⁴¹ Anche se è possibile che ci troviamo di fronte ad uno dei passi, nei quali Gaio si rivela poco al corrente dei risultati della giurisprudenza a lui contemporanea: v. CANNATA, *Histoire* cit., I, 136, nt. 26, sub *b*. In effetti, l'*acceptilatio* parziale appare ammessa e ben elaborata nei passi provenienti dai giuristi dell'età dei Severi; si veda: Paul., D. 46, 4, 9 (forse anche Ulp., *eod.* 7); Ulp., D. *eod.* 13, 1-3 (si leggano in relazione a Paul., D. 45, 1, 2, 1 ss.) e 5, ma questo «stato della dottrina» è già implicito in un testo di Pomponio: D. *eod.* 10.

⁴² LÉVY-BRUHL, *o. c.*, in *RIDA*.³ 5 (1958) 510. Cfr. qui sopra, nt. 24.

all'*adstipulator* l'intero debito in buona fede: perché qui, come già detto, una eventuale *acceptilatio* non sarebbe fraudolenta, anche se affatto inutile⁴³.

2. [«*Quanti ea res est*»]. – Come ho detto sopra, del problema relativo alla logica dell'inserzione del secondo capo nel contesto della legge mi occuperò altrove, dopo avere ricostruito il terzo capo. Ma devo subito prendere in considerazione un contributo di G. Grosso⁴⁴, che riguarda bensì quel problema, ma il cui interesse risiede soprattutto in certe considerazioni utili a comprendere il senso dell'espressione '*quanti ea res est*' che, secondo Gaio almeno⁴⁵, la legge impiegava per disciplinare, nel secondo capo, la valutazione del danno. Secondo il Grosso (enucleando il pensiero dell'autore, costruito – come gli era usuale – per approssimazioni sfumate), il credito è considerato, nel *caput secundum*, come una cosa che sia stata distrutta⁴⁶. Nel primo capo c'era uno schiavo che viene ucciso; nel secondo un debitore (cioè un *obligatus*, persona in certo modo, per l'eco di un'antica – a mio parere solo pretesa – concezione dell'*obligatio*, soggetta al creditore) che viene liberato, e così sottratto al potere del creditore stesso⁴⁷. Siamo dunque in presenza di un modo di vedere il credito, che anticipa la sua concezione come *res incorporalis*⁴⁸, anche se Gaio stesso, cui tale concezione è precisamente nota⁴⁹, non pare farvi, parlando della *lex Aquilia*, caso⁵⁰.

Ora, leggendo Gai. 3, 215 (e il testo legislativo, che ne abbiamo approssimativamente desunto), e seguendo il richiamo dello stesso Grosso (che egli fa qui, come spesso nelle sue opere, e di continuo faceva ai suoi discepoli) alla concretezza dei giuristi romani, non si può non notare che la locuzione *ea res*, che compare nella frase '*quanti ea res est, tanti actio constituitur*', si riferisce direttamente al vocabolo *pecunia*, che precede. Se ne ricava questo senso del dettato legislativo: con

⁴³ Teoricamente essa è possibile, nell'impostazione di Ulp., D. 46, 4, 19, 1, a proposito del quale passo ho già richiamato sopra le brevi e pertinenti considerazioni del LIEBS, *Contrarius actus* cit., 133. Le critiche da me avanzate contro il Lévy-Bruhl sono analoghe a quelle che il CASTELLARI, *Della lex Aquilia* cit., in *AG*. 22 (1879) 324 e il NATALI, *La legge Aquilia* cit., 26 muovevano al VAN DER KEMP (sopra, nt. 20).

⁴⁴ GROSSO, *La distinzione fra 'res corporales' e 'res incorporales' e il secondo capo della lex Aquilia*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz* (Napoli 1964) 790 ss.

⁴⁵ A Gaio non si può qui non far fede, e del tutto ingiustificata appare l'idea del CASTELLARI, *Della lex Aquilia* cit., in *AG*. 22 (1879) 316, che – per semplice simmetria con la sua scelta di *fuertit* per gli analoghi luoghi del I e III capo – ricostruisce la clausola con le parole '*quanti id fuerit*'.

⁴⁶ GROSSO, *La distinzione* cit., 792 s.

⁴⁷ GROSSO, *La distinzione* cit., 793.

⁴⁸ GROSSO, *La distinzione* cit., 793 s.

⁴⁹ Gai. 2, 14: *ipsum ius obligationis incorporale est*. Sul problema del rapporto fra la nozione di *res incorporalis* e quella di diritto soggettivo vedi in part. PUGLIESE, '*Res corporales*', '*res incorporales*' e il problema del diritto soggettivo, in *St. Arangio-Ruiz* III (Napoli 1953) 225 ss. (= *RISG*. [1951] 237 ss.); KASER, *Zum 'Jus'-Begriff der Römer*, in *Acta Juridica* (1977 = *Essays Beinart* [1979]) 66 ss.

⁵⁰ GROSSO, *La distinzione* cit., 795.

l'*acceptilatio* fraudolenta, l'*adstipulator* ha procurato allo *stipulator* la perdita della *pecunia* dovutagli; egli dovrà dunque pagargli il valore di tale *pecunia*.

Fin qui tutto è, mi pare, chiaro. Ma un problema sorge dal fatto che, a dire di Gaio, a tale valore la legge si riferiva con il verbo al presente: *quanti ea res est*.

Nel primo capo si parlava⁵¹ di '*quanti is homo vel ea pecus in eo anno plurimi fuit*', col verbo al perfetto. A questo proposito si deve fare un'osservazione importante. Quando il legislatore, nel primo capo, si riferiva al «maggior valore della cosa nell'anno» precedente la sua eliminazione, egli operava una scelta di politica legislativa: avrebbe potuto far riferimento al valore dell'ultimo mese, al valore medio dell'anno precedente, al valore del giorno precedente l'eliminazione, che la norma sarebbe stata comunque tecnicamente corretta. Ma su di un punto il legislatore era senza scelta: nell'usare il perfetto (*fuit*), e cioè nel riferirsi ad un momento precedente l'eliminazione della cosa. Perché, dopo uccisi, lo schiavo o la *pecus* hanno perso, se non ogni valore, certo almeno ogni valore utile a costituire il parametro per la valutazione del danno sofferto dal proprietario.

Ora, il secondo capo, con '*quanti ea res est*', fa invece riferimento ad un valore attuale, e precisamente al valore attuale della *pecunia* (*accepta facta*). Il concetto, che sembra alla base della disposizione, è dunque il seguente: che l'*adstipulator* dovrà pagare allo *stipulator* il valore attuale della *pecunia*, che era oggetto dell'obbligazione estinta, cioè il valore, al momento dell'esperimento dell'*actio ex lege Aquilia*, delle cose che (in un momento passato) erano dovute. In altri termini, il legislatore deve aver pensato così: a causa dell'estinzione del debito, lo *stipulator* non può più esercitare la *condictio*⁵² contro il *promissor*; egli può, in cambio, esperire l'*actio ex lege Aquilia* contro l'*adstipulator* per pretendere la stessa somma che avrebbe potuto, nello stesso momento, ottenere dal *promissor* se il debito esistesse tuttavia. In altri termini ancora: l'*adstipulator* deve allo *stipulator* il valore attuale della *pecunia*, che esiste, ma che egli non può più ottenere dal *promissor*.

Così interpretata, la norma non crea problemi ulteriori se il debito (estinto con l'*acceptilatio*) era di denaro o di cose determinate nel genere. Ma se la cosa dovuta era di specie, poniamo si trattasse dello schiavo Stico, il problema si pone, di sapere che rilevanza assuma, ai fini della condanna nell'*actio ex lege Aquilia*, il perimento della cosa⁵³ che sia intervenuto prima dell'esperimento di tale azione (e che

⁵¹ Vedi il lavoro citato sopra, alla nt. 1.

⁵² Parlo di *condictio* per semplicità. Per determinare esattamente l'azione esperibile, al tempo della *lex Aquilia*, contro il *promissor*, si dovrebbe risolvere il problema della data della legge, ed altresì quello della data della *lex Silia* e della *lex Calpurnia*, nonché quello del tempo in cui s'iniziò la prassi (pre-ebuzia) della *condictio* formulare. Certamente esperibile contro il *promissor*, all'epoca della *lex Aquilia*, era solo la *legis actio per iudicis* (*arbitriva?*: MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in *RIDA*.³ [1980] 230 ss. = *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain* [Roma 1990] 611 ss.) *postulationem* (*actio ex stipulatu certi*).

⁵³ Implicati sono pure i problemi della *perpetuatio obligationis*. La regola relativa fu certo enunciata più tardi, ma nulla sappiamo di eventuali – possibili – precedenti.

quindi avrebbe liberato il *promissor* ove l'*acceptilatio* non fosse intervenuta a liberarlo prima). Se la norma del secondo capo aveva il senso che le abbiamo riconosciuto, questi eventi avrebbero dovuto essere ben presi in considerazione dal giudice dell'azione aquiliana, per assolvere dunque l'*adstipulator* fraudolento ove il suo atto, in sostanza, non fosse stato in realtà nocivo per lo *stipulator*.

Per riprendere, in conclusione, la linea di pensiero del Grosso, dirò che l'autore della *lex Aquilia*, scrivendo il secondo capo, non ragionava con alcuna categoria che possa avere un, se pur remoto, rapporto con la nozione di *res incorporalis*: egli pensava sempre, concretamente, a cose materiali. Solo che, prendendo in considerazione parallelamente alle cose «mie» le cose «dovutemi», egli inseriva l'idea del valore di un credito, con la variante ancor più sottile del valore (attuale) di un credito estinto: e a tutto ciò giungeva senza finzioni né astrazioni, ma solo usando opportunamente la grammatica. Ciò egli poteva fare perché la *pecunia*, con l'essere *accepta facta*, è perduta ma non perita, ed è dunque cosa di cui può calcolarsi *quanti ea res est*.

Gli interpreti culti, immaginandosi il contenuto del capitolo a loro ignoto, non poterono pensare a nulla di tanto raffinato.

«QUANDO IN IURE TE CONSPICIO»*

I. – LA FRASE E I PROBLEMI CHE SUSCITA

1. – Il tenore integrale dell'espressione, alla quale si riferisce il titolo di questo contributo, ci è testimoniato da Valerio Probo, che la riporta fra le abbreviazioni relative alle *legis actiones*, subito dopo quella della *vindicatio*¹:

Val. Prob. 4.7: Q.I.I.T.C.P.A.F.A. quando in iure te conspicio postulo anne far auctor.

Alla stessa frase si richiamò due volte Cicerone, menzionandone testualmente la prima parte, con varianti del tutto marginali. Nell'orazione *pro Caecina* egli la utilizzava, in un contesto di argomentazioni semiserie, per sostenere che l'interpretazione dei *verba* non può prescindere dalla considerazione delle ragioni per le quali i *verba* stessi vengono, di volta in volta, impiegati: sennò – egli diceva – Appio Claudio Cieco non si sarebbe potuto valere di questo strumento processuale, ove si afferma di vedere qualcuno:

Cic., *Caec.* 19, 54: . . . Actio est in auctorem praesentem his verbis: 'Quandoque te in iure conspicio'. Hac actione Appius ille Caecus uti non posset, si tam <se>vere [±] homines verba consecrarentur ut rem, cuius causa verba sunt, non considerarent.

Ancora, nell'orazione *pro Murena* Cicerone citava le stesse parole come esempio di scempiaggine escogitata dai giuristi:

* Pubblicato in *Diritto e processo nella esperienza romana*, Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre 1991), in memoria di Giuseppe Provera, 1994.

¹ Questa collocazione della frase nella lista di Valerio Probo è conforme con la tesi che sosterrò circa l'inserimento di essa nella procedura della *legis actio sacramento in rem* (*infra*, par. 8), ma non voglio trarre, da tale circostanza, una prova: l'«ordine» di Valerio Probo non è, in effetti, del tutto ordinato. Invece sottolineo già subito che non mi sento di accettare gli argomenti che A. CORBINO (*La struttura dell'affermazione contenziosa nell'agere sacramento in rem*, in *Studi Sanfilippo*, VII, Milano 1987, 152 s.) trae da Val. Prob. 6, 34 e 4, 8, tentando di sminuire il valore probante dell'operetta, per sostenere che nulla vale la menzione espressa di «*secundum suam causam*» in Val. Prob. 4, 6. Né nell'uno né nell'altro caso, infatti, compaiono abbreviate parole che in realtà non sarebbero mai state, in pratica, dette. La coincidenza esatta fra Val. Prob. 4, 6 e Gai., *inst.* 4, 16 fornisce, in proposito, una prova insormontabile.

Cic., Mur. 12, 26: ... Isdem ineptiis fucata sunt illa omnia: 'Quando te in iure conspicio' et haec: 'Anne tu dicas qua ex causa vindicaveris'² ...

Quando Cicerone trovava ridicoli i ritrovati dei giuristi, e specialmente i formulari delle *legis actiones*, la ragione di ciò sta sempre nel fatto che egli non li capiva o, magari, faceva mostra di non capirli. Nel nostro caso si rivela abbastanza interessante riuscire a comprendere che cosa Cicerone trovasse di buffo in quelle parole e che cosa non avesse capito. Ciò facendo, potremo forse renderci conto della precisa consistenza di un meccanismo processuale arcaico, non sempre ben ricostruito.

2. – Di che cosa, in generale, si trattasse, è abbastanza noto e pressoché tutti i romanisti sono d'accordo³. Tizio ha venduto a Caio una *res mancipi*, poniamo uno schiavo, per un certo prezzo, e la vendita è stata realizzata con una *mancipatio*. Il possesso della cosa è pure stato trasferito da Tizio a Caio, ma prima che sia trascorso, da questa *traditio*, l'anno necessario all'usucapione, un terzo Sempronio intenta contro Caio la *legis actio sacramento in rem* per rivendicare la proprietà dello schiavo. Siamo, a questo punto, in presenza di un processo di rivendica in cui Sempronio è attore e Caio convenuto. Sempronio è gravato dall'onere della prova; egli proverà il proprio diritto, di fronte al giudice, dimostrando che un modo di acquisto della proprietà di quello schiavo ha operato gli effetti acquisitivi a suo favore: poniamo che egli sia in grado di provare che lo schiavo è nato da una schiava indiscutibilmente sua. Il convenuto Caio ha un solo mezzo per contrastare tale prova: e cioè di dimostrare che l'attore, quella proprietà che egli vanta, l'ha ad un certo punto persa (sicché, la cosa poi è potuta legittimamente pervenire a lui convenuto: ma quest'ultimo punto non è necessario che sia, in effetti, provato). Ora, nel nostro caso, Caio sarebbe bensì in condizione di provare che Tizio gli ha fatto la *mancipatio* dello schiavo, ma ciò non gli servirebbe punto: la *mancipatio* è un modo di acquisto della proprietà a titolo derivativo e Tizio, se non era proprietario al momento della *mancipatio*, non ha potuto con tale negozio modificare la situazione giuridica della cosa. La controprova di Caio deve basarsi sulle vicende della cosa precedenti quella *mancipatio*; ma di tali vicende egli non sa nulla; solo Tizio può essere informato al riguardo. Donde l'opportunità che Tizio intervenga nel giudizio in atto fra Sempronio e Caio a sostegno delle ragioni di quest'ultimo.

Un tale intervento è nell'interesse di Caio, come è evidente, ma – lo si noti – anche di Tizio stesso; perché, se Caio perde il processo di rivendica, Tizio risponderà

² Anche qui l'ordine concorda con quello della mia ricostruzione (par. 8): ancora lo noto solo per sottolineare che non vi è contrasto, non per trarne una prova.

³ Letteratura in M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II ed., I, München 1971, 132 n. 2; ID., *Das römische Privatrecht*, II ed., II, München 1975, 574 (par. 33); ID., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 72 n. 37.

nei suoi confronti dell'evizione della cosa nella misura del doppio del prezzo. A questo fine Caio dispone di un'azione contro Tizio, l'*actio auctoritatis*⁴.

Ora, la frase da cui siamo partiti era appunto quella che serviva per inserire il terzo Tizio nel processo fra Caio e Sempronio: Tizio è presente nel luogo dove si celebra tale processo⁵, e Caio gli domanda se egli sia *auctor*, cioè se sia ben lui che gli ha alienato la cosa; Tizio risponde affermativamente, e così entra nel procedimento – diciamo per ora genericamente – dalla parte del convenuto.

3. – Nella ricostruzione, così delineata, di questo intervento del terzo nella *legis actio* restano oscuri una serie di punti, che dovremo chiarire. Si tratta precisamente di determinare:

- a) come potesse il convenuto (Caio) provocare l'intervento del terzo (Tizio);
- b) a che punto del processo tra Sempronio e Caio tale intervento di Tizio avesse luogo;
- c) quali fossero le conseguenze processuali di tale intervento, e precisamente se l'intervento di Tizio estromettesse Caio dal processo, sicché questo si sarebbe instaurato (o comunque sarebbe proseguito) tra Sempronio e Tizio, ovvero se Tizio si ponesse unicamente accanto a Caio per fornirgli elementi di prova, senza diventare parte processuale.

II. – I MODI DELL'INTERVENTO DELL'AUCTOR

4. – Cicerone ci aiuta – senza volerlo – ad impostare la risposta al primo quesito.

Quando egli, nell'orazione *pro Murena*, considerava stupide le parole '*quando in iure te conspicio*', pensava evidentemente, *grosso modo*, così: Guardate questo convenuto Caio, che ha fatto apposta rinviare il processo (come vedremo, così si svolgeva in effetti la cosa), che ha fatto apposta – dicevo – rinviare il processo alla data di oggi per far intervenire Tizio suo *auctor* e poi, essendo questi intervenuto secondo precisi piani, ecco che lui lo apostrofa dicendogli: «Oh! Guarda il caso! Sei qui. E ben, giacché ti vedo proprio da queste parti, ne approfitto per chiederti se sei il mio *auctor*». Con ciò Cicerone coglieva un aspetto essenziale della nostra frase, che egli risentiva in modo negativo solo perché non si rendeva conto del meccanismo sostanziale che essa necessariamente esprime. Perché le parole '*quando in iure te conspicio*' implicano che Tizio sia in effetti nel luogo dove si celebra il pro-

⁴ Sulla denominazione: KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 132.

⁵ Cfr. Cic., *Caec.* 19, 54: '*actio est in auctorem praesentem*'.

cesso, ma indicano che questa presenza non è ovvia, né necessaria, perché egli potrebbe anche non esserci. In altri termini, l'intervento del terzo non è, come invece si pensa di solito⁶, un intervento coatto su istanza di parte, ma un intervento spontaneo. Esso non corrisponde ad un sistema di obblighi, ma ad un sistema di oneri e, in particolare, non c'è in *ius vocatio* dell'*auctor*. Se questi non si presentava in giudizio alla data precisa ovvero, presentandosi, non avesse ammesso di essere l'*auctor*, non v'erano a suo carico sanzioni; solo che il convenuto Caio, dopo perduto il processo, avrebbe potuto far valere la responsabilità di Tizio per l'evizione intentando contro di lui l'*actio auctoritatis* mediante *legis actio sacramento in personam*⁷. Si tratta della stessa conseguenza che avrebbe avuto luogo, in caso di vittoria di Sempronio nella rivendica, se Tizio fosse intervenuto: solo che, supponendo che la *mancipatio* della cosa fatta da Tizio a Caio fosse corretta (cioè fosse stata traslativa della proprietà), la presenza di Tizio nel giudizio avrebbe certamente impedito la vittoria di Sempronio nella sua rivendica, la sua assenza avrebbe reso tale vittoria praticamente inevitabile.

Ma, se così stavano le cose, è necessario supporre che anche Caio, il convenuto, fosse gravato da un onere a favore dell'*auctor* Tizio, e precisamente dell'onere di informarlo tempestivamente della situazione: ottenuto, nel giudizio di rivendica, il rinvio a data fissa, egli doveva informare l'*auctor*. Se non lo avesse fatto, non avrebbe poi potuto, in caso di sconfitta, esercitare l'*actio auctoritatis* per far valere contro Tizio i suoi diritti in caso di evizione.

III. – LA PROCEDURA E IL RUOLO PROCESSUALE DELL'AUCTOR

5. – Passando ora alle regole processuali che riguardavano l'intervento dell'*auctor*, possiamo prendere le mosse da una preziosa testimonianza contenuta nelle *noctes Atticae*. L'autore, ad un certo punto del secondo libro, si metteva a discutere il significato e la semantica dell'aggettivo '*inlaudatus*' ('*illaudatus*'), ed in tale contesto egli faceva riferimento a '*laudare*' nei termini seguenti:

⁶ Vedi in particolare G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, *Le legis actiones*, Roma, 1962, 231 (che fa riferimento all'art. 106 c.p.c. italiano); anche KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 72. La conclusione che si vuole trarre da Varr., *ling. Lat.* 6, 74 (e cioè che la comparizione dell'*auctor* fosse usualmente garantita con un *vadimonium*: cfr. PUGLIESE, *op. cit.*, I, 230 n. 9; 268 n. 86) non è corretta: il testo è oscuro, e nulla vi lascia supporre che il *vas* di cui si parla fosse quello dell'*auctor*; in ogni caso Varrone non si riferiva certo all'epoca antica; la prassi più recente potrebbe aver trasformato (mediante impiego del *vadimonium*) l'onere dell'*auctor* in obbligo e solo ad un fenomeno di tal genere potrebbe riferirsi il testo, ove lo si voglia intendere nel senso voluto dal Pugliese.

⁷ Di natura penale, secondo i più: PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 231; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 132.

Gell. 2, 6, 15: ... 'Laudare' significat prisca lingua 'nominare appellareque'. 16: Sic in actionibus civilibus auctor 'laudari' dicitur, quod est nominatus.

Questo passo dice più di quel che parrebbe a prima vista: in particolare il riferimento alla *prisca lingua*, la lingua antica, e l'affermazione che l'*auctor* è detto *laudari* 'in actionibus civilibus' ci fa sapere che l'espressione '*laudare auctorem*' era contenuta nel formulario di una *legis actio*, nella quale formula – come pure precisa il testo – l'*auctor* era pure «menzionato per nome» ('*nominatus*'). Non si può pensare ad altro che ad una dichiarazione del convenuto (Caio) nell'azione di rivendica, che ad un certo punto dicesse, press'a poco, '*auctorem Titium laudo*'.

Le formule relative all'intervento dell'*auctor* erano dunque le seguenti:

- a) '*auctorem Titium laudo*', proclamata dal convenuto di fronte agli astanti (magistrato, controparte e il pubblico presente);
- b) '*quando in iure te conspicio postulo anne far auctor*', detta dal convenuto all'*auctor*, comparso nell'udienza di rinvio;
- c) la relativa, immediata risposta dell'*auctor*, risposta affermativa, che supponiamo della forma '*auctor sum*'.

Dato che si tratta di proposizioni formali, possiamo tranquillamente dire che tutto ciò aveva luogo nella fase *in iure*.

6. – Resta da precisare, a che punto della fase *in iure*, anzi, in quali momenti di essa: poiché la *laudatio auctoris* (formula *a*, secondo l'elenco fatto or ora) era certo pronunciata in un momento diverso da quello delle due battute *b* e *c*, che invece costituivano un dialogo serrato.

Ora, la soluzione di questo problema è strettamente legata a quella dell'ulteriore problema della posizione dell'*auctor* nel processo. A questo proposito la dottrina romanistica oscilla tra due ipotesi, che vedremo essere entrambe inverosimili.

Per ragionare su questi problemi, è necessario aver ben presente la procedura *in iure* della *legis actio sacramento in rem*, prescindendo dalla *laudatio auctoris* e dall'intervento di questi. Qui farò riferimento ad una rivendica di cose mobili, non soltanto per proseguire nel nostro esempio dello schiavo, ma perché si tratta della procedura che conosciamo meglio, in quanto ce la descrive Gaio (*inst.* 4, 16). Tralascero di considerare gli atti relativi all'assegnazione del possesso interinale (che probabilmente non appartengono alla fase più antica della storia di questa procedura e che comunque costituiscono una semplice aggiunta alla struttura formale che ci interessa) mentre, d'altra parte, completerò le notizie di Gaio con certe precisazioni già fatte altrove, relative soprattutto alla instaurazione del giudizio (nella descrizione di Gaio le parti si trovano già davanti al magistrato) e al ruolo delle parti (in Gaio non si capisce quali siano le dichiarazioni dell'attore e quali quelle del convenuto).

Si deve pensare⁸ che la *legis actio sacramento in rem* non fosse introdotta mediante *in ius vocatio*. Semplicemente l'attore, per rivendicare una cosa mobile singola, come lo schiavo del nostro esempio, andava a prendersela (in modo rituale e pubblico) dove questa si trovava, cioè d'ordinario presso il convenuto, e la portava *in ius*, cioè nel luogo dove si sarebbe dovuta svolgere la fase *in iure*; con buona pace del Nicosia⁹, diciamo davanti al magistrato. Il convenuto, che non poteva opporsi a questi atti, se voleva *rem defendere* doveva seguire l'attore *in ius* e, quivi giunto, prender posizione con la propria *vindicatio*, alla quale l'attore rispondeva con un'identica *vindicatio*. Le due rivendicazioni delle parti erano identiche per gesti (che nella loro contrapposta identità realizzavano il simulacro di lotta) e parole, che nel nostro caso sarebbero state: *'hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam; sicut dixi ecce tibi vindictam imposui'*. Posso aggiungere che, verosimilmente, nell'epoca più antica le *vindicationes* delle parti erano contemporanee, e comunque l'ordine di esse era indifferente: solo importava che con l'insieme di gesti e parole si venisse a creare la situazione finale che simula una lotta armata delle parti, a contendersi la cosa; e va notato che entrambe le parti asserivano di avere una proprietà fondata su di una *causa*, senza però esplicitarla¹⁰. Dopo che il magistrato ha imposto loro di lasciare la presa (*'mittite ambo hominem'*), le parti cessano gli atti di forza e proseguono in una contesa verbale, nella quale il convenuto (il soggetto che in Gai., *inst.* 4, 16 è detto *'qui prior vindicaverat'*) chiede all'attore di esplicitare la propria *causa*¹¹, che l'attore invece non esplicita, ma afferma solo essere giusta, al che il convenuto gli replica essere essa ingiusta, sfidandolo col *sacramentum*, sfida che l'attore accetta: viene così impostato il giudizio che, come si vede, verterà sulla «giustizia» della causa vantata dall'attore. Cioè:

Convenuto: *'Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris'*.

Attore: *'Ius feci sicut vindictam imposui'*.

Convenuto: *'Quando tu iniuria vindicavisti sacramento quingenario te provoco'*.

Attore: *'Et ego te'*.

7. – Come accennavo sopra, due sono le ipotesi della dottrina per inserire in questo contesto (o nel diverso contesto che essa immagina tradizionalmente, inver-

⁸ Vedi in particolare il mio articolo *'Qui prior vindicaverat'. La posizione delle parti nella 'legis actio sacramento in rem'*, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg 1993, 83 ss.

⁹ Mi riferisco alla tesi di fondo, sostenuta da questo autore nei suoi due (finora pubblicati) volumi su *Il processo privato romano*, per i quali si vedano le mie recensioni in *Iura*, XXXI, 1980 (pubbl. 1983), 235 ss., ed in *Iura*, XXXVII, 1986 (pubbl. 1989), 114 ss.

¹⁰ *Contra*: CORBINO, *La struttura*, cit., 137 ss. Vedi *supra*, nt. 1.

¹¹ Questo punto prova ancora contro Corbino, oltre all'argomento di cui *supra*, nt. 1.

tendo il ruolo delle parti nel dialogo: ma ai nostri fini presenti le cose non cambierebbero) gli atti relativi all'intervento dell'*auctor*, o meglio per inserire la presenza dell'*auctor* nel rapporto processuale. Faccio questa precisazione perché, in realtà, in entrambe le soluzioni¹² la dottrina pensa che le dichiarazioni relative all'intervento dell'*auctor* avessero luogo tutte prima dell'inizio del rito processuale: parti e cosa davanti al magistrato, il convenuto *laudat auctorem*, il processo è rinviato, all'udienza di rinvio interviene l'*auctor* che, sulla richiesta del convenuto, si confessa tale. E poi?

Secondo una prima ipotesi il convenuto, il nostro Caio, era estromesso dal processo, che si instaurava invece contro l'*auctor* come convenuto (questi avrebbe poi subito l'*actio auctoritatis* in caso di sconfitta). L'inverosimiglianza di questa soluzione è evidente: per celebrare la *legis actio* come convenuto in un tale contesto, l'*auctor* avrebbe dovuto rivendicare '*rem meam esse*'; il che non era vero e risultava falso dalla stessa struttura del processo, perché Tizio vi partecipa come *auctor*, dichiarandosi tale. L'assurdità dell'esistenza di una forma processuale la quale preveda che un soggetto, nella stessa *actio*, si dichiari dapprima *auctor*, e cioè affermi di avere alienato la cosa, e poi proprietario della stessa cosa, contrasta in modo irrimediabile con la limpida linearità delle forme pontificali.

È, più o meno, il tipo di critica che si può rivolgere alla seconda ipotesi, secondo la quale il processo si sarebbe comunque svolto fra le parti originarie, solo che l'*auctor* vi avrebbe partecipato come litisconsorte accanto al convenuto (suo avente causa), per fornirgli la necessaria assistenza. Ma, se a ciò si limitava l'intervento dell'*auctor*, non si vede una ragione per la sua menzione nel formulario e soprattutto per la sua presenza *in iure*: solo *apud iudicem*, in effetti, egli avrebbe avuto qualcosa da fare. Invece, la presenza *in iure* dell'*auctor* è certa ed è, per così dire, ufficializzata dalle parole '*quando in iure te conspicio*', nonché dal seguito della formula ('*postulo anne far auctor*'), che consiste in una domanda a lui rivolta ed alla quale da lui si attende immediata risposta. La linearità dei riti pontificali non permette, ancora una volta, di pensare alla presenza inutile di una *dramatis persona*.

8. – Si deve dunque adottare una diversa soluzione: che, dirò subito, non è una soluzione intermedia, ma piuttosto una versione corretta di quella che abbiamo proposta per prima, e che implica l'estromissione del convenuto Caio a seguito dell'intervento dell'*auctor* Tizio. Questa soluzione, che propongo, risulta evidente se si cerca di inserire correttamente nel formulario della *legis actio sacramento in rem* l'insieme delle battute che riguardano l'intervento dell'*auctor*.

Una volta che si sia inserita correttamente la *laudatio auctoris*, tutto il resto ne discende con naturalezza. Ebbene, la presenza dell'*auctor* comincia ad avere un senso solo quando le parti contendenti (Sempronio e Caio) hanno cessato la con-

¹² Per le due ipotesi, esposte qui di seguito, vedi PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 231 s.

tesa violenta sulla cosa ed hanno deciso di sostituirla con una contesa pacifica sulla *causa* vantata dall'attore; l'*auctor* deve servire infatti a rendere vani i *tentativi* dell'attore di provare il suo diritto, come abbiamo detto sopra. Da ciò si comprende come il convenuto Caio non possa ragionevolmente *laudare Titium auctorem* se non dopo che il magistrato abbia ordinato '*mittite ambo hominem*' e sia stato ubbidito. Ed è logico, per altro verso, che non appena questa *laudatio* si renda ragionevole e utile, il convenuto la faccia subito¹³. Il processo era dunque interrotto e rinviato a questo punto¹⁴. E allora si noterà che tutto il resto del formulario, cioè la contesa verbale sulla conformità al diritto della *causa* vantata dall'attore, può senza difficoltà essere recitato dall'*auctor* Tizio e dall'attore Sempronio in contrasto tra loro. Tale parte del formulario non contiene, infatti, allusioni alla situazione giuridica del convenuto, trattandosi di una disputa sulla «giustizia» della *causa* dell'attore.

IV. – CONCLUSIONI

9. – La procedura, nel caso di intervento dell'*auctor*, si doveva dunque presentare nel modo seguente:

Sempronio (preteso proprietario dello schiavo) esercita la rivendica contro Caio (che ha ricevuto lo schiavo da Tizio in seguito ad una *mancipatio* eseguita *emptio-nis causa*); entrambi, *in iure*, compiono le loro *vindicationes* dando luogo al simulacro di lotta, che il magistrato interrompe ('*mittite ambo hominem*'). A questo punto il convenuto Caio *laudat auctorem* menzionandolo per nome ('*Titium*'). Il processo è sospeso e rinviato a data fissa.

A questo punto Caio ha l'onere di avvisare Tizio, comunicandogli la data del rinvio. Tizio ha l'onere di presentarsi all'udienza di rinvio.

All'udienza di rinvio, se Tizio non è intervenuto, il processo prosegue tra Sempronio e Caio. Se Tizio è intervenuto, Caio ne constata la presenza (cioè constata che è presente Tizio da lui *laudatus*, dicendo: '*Quando in iure te conspicio*') e gli chiede se egli ammetta di essere il suo *auctor* per lo schiavo controverso ('*postulo ane far auctor*'). Tizio ha l'onere di rispondere positivamente; se lo fa, Caio abbandona il processo ed il suo ruolo di convenuto è assunto da Tizio, che riprenderà l'*actio*, là dove era stata interrotta, rivolgendo a Sempronio la battuta rituale: '*Postulo ane dicas qua ex causa vindicaveris*'. Sarà dunque Tizio a sfidare poi Sempro-

¹³ Vedi *supra*, nt. 1, sulla posizione della formula tra le abbreviazioni di Valerio Probo, e nt. 2, su Cic., *Mur.* 12, 26.

¹⁴ Che la *laudatio* dell'*auctor* desse luogo ad un rinvio a nuova udienza è necessario e pacifico: cfr. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 266.

nio con il *sacramentum* e sarà nei confronti di Tizio che Sempronio replicherà, accettando la sfida ('*et ego te*'). Siccome il giudice dovrà poi stabilire '*utrius sacramentum iustum, utrius iniustum*', la sentenza sarà in conclusione resa tra l'attore Sempronio e l'*auctor* Tizio.

Poiché il duplice *sacramentum* riguardava la «giustizia» della causa di Sempronio, tale sentenza non sancisce dunque che la sconfitta o la vittoria di Sempronio. Se Sempronio è sconfitto, la sentenza sarà utile a Caio senza bisogno di precisazioni; Tizio non può dedurne pretese a proprio favore, poiché non ha rivendicato la cosa e si è anzi confessato, *in iure, auctor* di Caio. La prevalenza di Caio su Tizio è dunque già agli atti¹⁵.

¹⁵ Resterebbe da definire ancora un punto, per il quale non è possibile formulare conclusioni: se, quando furono introdotti gli atti relativi alla *lis vindiciarum* ed all'assegnazione del possesso interinale, questi venissero effettuati tra l'attore (Sempronio) e l'*auctor* (Tizio) ovvero fra l'attore Sempronio e il convenuto originario (Caio). Entrambe le soluzioni sono verosimili ed è facile immaginarsi le conseguenze pratiche dell'adozione dell'una o dell'altra.

«TRADITIO» CAUSALE E «TRADITIO» ASTRATTA: UNA PRECISAZIONE STORICO-COMPARATISTICA *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nozione romana di «*iusta causa traditionis*». – 3. La «*traditio pro soluto*». – 4. Trasferimento causale e trasferimento astratto; dal diritto romano al diritto moderno: a) equivoci medioevali sulla dottrina romana. – 5. *Segue*: b) la “causa putativa”. – 6. *Segue*: c) dalla “causa putativa” alla *traditio* astratta. – 7. *Segue*: d) la situazione nelle codificazioni moderne.

1. Premessa

Come dice il titolo, questo contributo non contiene che una precisazione: si tratta in effetti di una sorta di raccolta degli appunti mentalmente presi durante un’annosa discussione che conduco con Rodolfo Sacco, per convincerlo del carattere causale della *traditio* romana¹. Di convincerlo, non mi è mai riusci-

* Pubblicato in

¹ La tesi del carattere causale della *traditio* (che può fondarsi almeno su Gai. 2, 20; Ulp. 19, 7; Paul. D. 41, 1, 31 pr.; I. 2, 1, 41) è largamente dominante nella romanistica contemporanea: basta citare KASER, *Das römische Privatrecht* I², München 1971, 416 (con letteratura alla n. 27: dello stesso autore si veda comunque la fondamentale, più ampia trattazione della materia, in *BIDR* 64 [1961], 61 ss.); PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991, 465 s.; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 435 ss.; GUARINO, *Diritto privato romano*⁹, Napoli 1992, 661 s. (§ 58.12; anche il § 62.3 a p. 697). L’autore che più ha contribuito a ridare corpo a tale tesi (dopo la tendenza contraria della Pandettistica, in seguito alla presa di posizione del Savigny, di cui parleremo *infra*, nel § 6; cfr. anche PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* I², Roma 1928, 670 ss., in part. 672 ss.) è stato EMILIO BETTI (vedi le opere citate in KASER, *Das römische Privatrecht* I², 416 n. 27, fra le quali da ultimo: *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica*, in *Studi Arangio-Ruiz* IV, Napoli 1953, 98 ss.). Non mancano, però, le eccezioni. Lo stesso KASER, *Das römische Privatrecht* II², München 1975, 282 s. adombra (dando invero a Gai. Res cott. D. 41, 1, 9, 3 = I. 2, 1, 40, un peso che il passo non ha: vedi qui *infra*, n. 16) una tendenza giustiniana verso la *traditio* astratta (per precedenti in questo senso vedi gli autori discussi in FUCHS, *Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft*, Basel 1952, 130 ss.; ora anche KUNKEL/MAYER-MALY, *Römisches Recht*, Berlin, etc. 1987, 156 ss., in part. 159 s.), mentre il PUGLIESE, *Istituzioni*³ cit., 466, considera il regime della causa *pro soluto* come «un’attenuazione della causalità della *traditio*». La citata posizione del Savigny influenza ancora direttamente alcuni autori che accettano l’idea della *traditio* astratta anche per il diritto classico: BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*³, Torino 1987, 307 s.; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989, 435 ss. (vedi però i dubbi espressi a p. 436 n. 83); dalle stesse difficoltà incontrate dalla dottrina intermedia (vedi qui *infra*, § 4) appare influenzata la soluzione nel senso della *traditio* astratta professata dal VOCI, *Modi di acquisto della proprietà (corso di diritto romano)*, Milano 1952, 138 ss. (del VOCI vedi già l’articolo *Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis*, in *SD* 15 [1949], 141 ss., sul quale BETTI, *Falsa impostazione*, l. cit.); autonoma è invece l’analoga posizione

to. Spero di farlo ora, presentandogli per iscritto l'insieme delle mie argomentazioni.

2. La nozione romana di «*iusta causa traditionis*»

Non vi è dubbio che, nel diritto romano, la *mancipatio* (così come, naturalmente, la *in iure cessio*) realizzasse un trasferimento astratto della proprietà, o l'attribuzione astratta di un diritto reale frazionario. Ma nella *traditio*, perché l'effetto traslativo della proprietà si possa produrre, la consegna della cosa, o meglio il trasferimento del possesso, in cui si concreta la *traditio* stessa, deve essere «preceduto» da una *iusta causa* alla quale la *traditio* stessa si riferisce, per volontà delle parti. Lo si legge in D. 41, 1, 31 pr., che riporteremo più avanti, e che essendo un testo di Paolo riportato nel Digesto (e nella relativa *sedes materiae*), vale tanto per il diritto classico quanto per il diritto giustiniano. La «precedenza» della causa rispetto alla *traditio* è – in se stessa, anche se normalmente ciò corrisponde alla concreta successione cronologica degli eventi – meramente logica: essa significa cioè che la *traditio*, per trasferire la proprietà, deve essere riferita ad una causa².

Il vero problema dunque, nel diritto romano, non è quello del carattere causale della *traditio*, ma piuttosto quello della precisa natura della *iusta causa traditionis*. Si tratta, occorre dirlo, di uno dei problemi più difficili del diritto privato e che più grattacapi ha dato ai civilisti. Ma, come vedremo, le difficoltà sono nate perché i civilisti, dal medio evo in poi, hanno recepito il sistema romano senza capirne precisamente la dommatica, e quindi inventandosi nuove dommatiche da sovrapporre a quella, che aveva l'insostituibile carattere della dommatica dei giuristi romani, e cioè di essere, né più né meno, una spiegazione tecnica di ciò che avviene in realtà, distinguendo ove la realtà esige distinzioni ed evitando qualsiasi finzione.

Per i giuristi romani la causa della *traditio* consisteva (sempre ed unicamente) in un accordo delle parti, e precisamente nell'accordo sull'affare al quale le parti riferivano la consegna della cosa. Si tenga presente che questa accezione del sostantivo «*causa*» (*traditionis*) proviene dall'impiego come preposizione dell'ablativo «*causa*», che la lingua latina usava nel senso di «a scopo (di)», facendolo precedere (o seguire) da un genitivo. Così, ad esempio, la *traditio* eseguita dal venditore al compratore trova la sua *causa* nella vendita, e dunque si può dire che tale *traditio* è eseguita sulla base di una *causa venditionis*³, una causa di vendita; ma così dicendo non si fa che estrapolare interpretativamente dall'espressione corrente, descrittiva

dell'ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1989, 252 ss., che attribuisce grande rilevanza a Iul. D. 41, 1, 36 (che, con il parallelo Ulp. D. 12, 1, 18 pr. dà luogo ad un problema interpretativo, che costituisce un *topos* della letteratura romanistica), sul quale vedi CANNATA, *Iul. D. 41, 1, 36: una «interpolazione occasionale»*, in *Incontro con Giovanni Pugliese*, Milano 1992, 67 ss.

² Cfr. Ulp. 19, 7.

³ Cfr. Gai. 2, 20, ad esempio.

di ciò che precisamente è accaduto: e cioè che il venditore fa la *traditio* “*venditionis causa*”, a scopo di vendita, per realizzare una vendita. Siccome, per altro, la causa consiste in un accordo, e la *traditio* è atto bilaterale, nel caso descritto la causa può anche essere denominata *causa emptio*⁴, ove ci si ponga dal punto di vista dell’acquirente.

Come si diceva, la causa della *traditio* consiste nell’accordo col quale le parti stabiliscono l’affare che dà alla *traditio* il suo significato economico. Ora, se tale significato economico implica il passaggio della proprietà delle cose da consegnare, l’accordo fornirà una *iusta causa*, la quale permetterà alla *traditio* di produrre il suo effetto traslativo; altrimenti, se l’accordo causale non implica il passaggio di proprietà, la *traditio* opererà un semplice passaggio del possesso – possesso o detenzione (*possessio naturalis*) –, sempre secondo il contenuto dell’accordo. Così, la *traditio* di una *res nec mancipi* eseguita *venditionis causa* trasferirà la proprietà; invece, se l’accordo causale prevede un pegno, la consegna trasferirà il possesso (*ad interdicta*), se prevede un comodato sarà trasferita la detenzione; la *traditio venditionis causa* di una *res mancipi* trasferirà la *possessio ad usucapionem*.

Va notato che, pur se normalmente l’accordo causale corrisponde ad un contratto, esso può non corrispondervi. Gli accordi di donazione e dote non erano contratti per i giuristi romani: ciò non toglie che tanto la *causa dotis* quanto la *causa donationis* fossero *iustae causae*, e le tradizioni eseguite sulla loro base avessero dunque efficacia traslativa⁵.

3. La «*traditio pro soluto*»

Giungiamo così al punto più delicato di questa tematica.

Il soggetto che esegue una *traditio* per trasferire la proprietà di una cosa può farlo perché è obbligato a trasferire tale proprietà all’altra parte, oppure no. Il ven-

⁴ Cfr. Paul. D. 41, 4, 2 pr.

⁵ Anche l’accordo sul quale si basa una *datio ob rem* (*ob causam*; per una distinzione fra le due nozioni vedi Paul. D. 12, 5, 1 pr.) costituisce *iusta causa* per la relativa *traditio* della cosa data. Tale accordo può non avere alcuna natura di contratto, come nel caso della *datio ob turpem causam* o in quello di Ulp. D. 12, 4, 1, 1 + Herm. eod. 2; H è stato istituito erede nel modo seguente: «Che H sia erede se darà 10 a B»; la *traditio* dei 10 che H faccia a B si baserà su di un accordo tra i due, che destina il dato alla situazione creata dal testamento (*datio* in vista del fatto che H possa diventare erede), e non avrà natura contrattuale (vedi anche il caso di Ulp. Ner. D. 12, 4, 3, 5). Se la *datio ob rem* sia invece effettuata da A a B in vista di una controprestazione di B ad A, ove lo scambio previsto nell’accordo non corrisponda ad un contratto tipico, l’accordo stesso potrà tanto essere considerato come un accordo puramente causale, sicché, in caso di mancata controprestazione, il dato potrà essere ripetuto (*condictio ob rem dati re non secuta* o *causa data causa non secuta*: vedi ad es. Ulp. D. 12, 4, 3 pr.; 3, 1; 3, 2), o potrà essere considerato come un contratto innominato (fondando l’*actio praescriptis verbis*, con la quale A farà valere il suo credito alla controprestazione: vedi ad es. Ulp. Arist. Cels. Iul. Mauric. D. 2, 14, 7, 2). Anche l’accordo che destina il pagamento all’estinzione di una certa obbligazione (e che fonda la causa *pro soluto*: vedi *infra*, § 3) non riveste natura contrattuale.

ditore non è obbligato a trasferire la proprietà della cosa venduta, ma (secondo la concezione romana e se la cosa sia *res nec mancipi*) solo a trasferirne il possesso al compratore⁶; il mutuante non è tenuto (secondo la costruzione romana del mutuo come contratto reale) a trasferire al mutuatario la proprietà delle cose che gli presta; il donante (come si è detto, la donazione non è un contratto nel diritto romano e quindi non produce alcuna obbligazione) non è tenuto a trasferire al donatario la proprietà delle cose donate. L'accordo di compravendita, di mutuo, di donazione sono accordi causali, che forniscono la *iusta causa traditionis*, sicché la *traditio* operata *venditionis causa*, *credendi causa* o *donationis causa* sarà traslativa della proprietà⁷. Accordo causale e *traditio* si configurano qui come i due elementi dell'atto traslativo o, se si vuole, della fattispecie: l'elemento causale proveniente da quegli accordi e l'elemento reale (consegna della cosa, *nuda traditio* secondo il linguaggio di Paul. D. 41, 1, 31 pr.) concorrono a realizzare l'atto traslativo (*traditio* in senso proprio), sicché la fattispecie traslativa si inizia, per così dire, con l'accordo e prosegue perfezionandosi con la consegna della cosa.

Osserviamo cosa avvenga invece se il tradente sia obbligato a trasferire la proprietà della cosa, cioè, come dicevano i Romani a *dare* la cosa: è il caso di chi abbia promesso, con *stipulatio*, di *dare rem*, dell'erede gravato di un legato ad effetto obbligatorio (*per damnationem*) di *dare*, ed anche del compratore, che è tenuto a pagare il prezzo, cioè a *dare* al venditore la *certa pecunia* (monete per un valore determinato) corrispondente. Ragioniamo, per esempio, sul caso della *stipulatio*. Il *promissor* (debitore) si è obbligato, con la sua promessa, a *dare* allo *stipulator* (creditore) un vassoio d'argento, e cioè a trasferirgliene la proprietà. Tale trasferimento è, dunque, il comportamento dovuto dal debitore; esso è previsto nella *stipulatio* come un comportamento futuro, autonomo rispetto alla *stipulatio* stessa; il debitore, promettendo, si è impegnato ad operare in futuro in modo da procurare al creditore la proprietà del vassoio eseguendo a suo favore l'atto di trasferimento che lo renda proprietario. Con la conclusione della *stipulatio*, in altre parole, non si è dato inizio alla fattispecie traslativa, perché questa è prevista, nella sua integralità, come dovuta. Il che e come dire che la *stipulatio* non può fornire la *iusta causa* alla *traditio* del vassoio⁸.

⁶ Vedi da ultimo CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in L. VACCA (Ed.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* II, Milano 1991, 414 ss.

⁷ Per la *traditio venditionis causa* si pone, per il diritto romano, l'ulteriore problema di sapere se sia inoltre necessario, per il trasferimento della proprietà, il pagamento del prezzo. La regola è chiara nelle Istituzioni giustinianee (I. 2, 1, 41), ma per il diritto classico il problema sussiste: non lo possiamo, comunque, trattare in questa sede. Vedi da ultimo MARRONE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in L. VACCA (Ed.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* II, cit., 414 ss.

⁸ Come vedremo, la dottrina medioevale giunse a ravvisare qui la *causa traditionis* nell'obbligazione di *dare* in sé: il che è doppiamente scorretto, in quanto – come si è visto – la causa risiede sempre in un accordo e non in un rapporto giuridico. Cfr. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Padeborn etc. 1990, 55. Sulla base di questa stessa considerazione – che cioè la causa va sempre identificata in

Il debitore, nel nostro caso, adempirà eseguendo la *traditio* del vassoio, ma quale potrà essere l'accordo che fornirà la *iusta causa* di tale *traditio*? L'acume dommatico dei giuristi romani, con perfetta aderenza alla realtà, ha individuato tale accordo causale nell'intesa delle parti che destina la consegna della cosa alla estinzione dell'obbligazione di *dare*; il debitore dà la cosa con l'intento di liberarsi dell'obbligazione e il creditore, nel riceverla, consente a tale destinazione della prestazione. La *traditio* avviene qui, secondo la terminologia dei giuristi, *solutionis causa*, a scopo di *solutio*, di estinzione dell'obbligazione.

Se, dunque, il tradente opera in quanto obbligato a *dare*, la fattispecie traslativa si compone dell'accordo solutorio e della consegna. Né l'accordo obbligatorio (*stipulatio*), o comunque il fatto (*legatum per damnationem*) che costituisce la fonte dell'obbligazione di *dare*, né l'obbligazione stessa, ne fanno parte: ne consegue che le loro vicende non interessano per nulla gli effetti della *traditio*. Una *traditio* eseguita sulla base di un accordo di donazione nullo mancherà della *iusta causa* e sarà dunque inefficace, inidonea a trasferire la proprietà; una *traditio* eseguita in adempimento di una *stipulatio* nulla sarà invece efficace, purché le parti siano d'accordo sullo scopo liberatorio della prestazione (il che implica che almeno il tradente sia in errore, cioè creda che il suo obbligo esista)⁹. Sulla base di una vendita nulla, la *traditio* della cosa venduta sarà inefficace, la *traditio* delle monete da parte del compratore sarà efficace se questi ignora la nullità del contratto.

4. Trasferimento causale e trasferimento astratto; dal diritto romano al diritto moderno: a) equivoci medioevali sulla dottrina romana

Il diritto romano classico ha conosciuto dunque entrambi i modelli: quello del trasferimento astratto, con la *mancipatio* (e la *in iure cessio*) e quello del trasferimento causale, con la *traditio*. D'altra parte, al mondo moderno, il diritto romano ha trasmesso il solo modello del trasferimento causale: infatti la *mancipatio*, già decaduta in epoca postclassica¹⁰, fu del tutto eliminata da Giustiniano. In una costi-

un accordo intervenuto fra le parti della *traditio* – si comprende bene come la *traditio* effettuata dall'erede in esecuzione di un legato obbligatorio non possa trovare la propria causa nel legato stesso.

⁹ Cfr. Gai. 3, 91. Un pagamento d'indebito effettuato senza *error solventis* era interpretato dai giuristi romani come effettuato *donationis causa*: vedi Paul. D. 50, 17, 53; cfr. Ulp. 12, 6, 24. Quanto all'errore dell'*accipiens* esso risulta pure indispensabile per integrare la fattispecie della *solutio (indebiti)*, ma per una ragione particolare. Infatti, se l'*accipiens* sa dell'inesistenza dell'obbligazione e profitta dell'errore del *solvens*, egli, ricevendo il pagamento commette furto (Scaev. D. 13, 1, 18), il che gli impedisce di acquistare la proprietà di quanto riceve (Ulp. D. 47, 2, 43 pr.). In questo caso, dunque, il *solvens* potrà esperire contro l'*accipiens* di mala fede la *condictio ex causa furtiva*, che non presuppone l'acquisto da parte dell'*accipiens* della proprietà della cosa prestata (Gai. 4, 4) e presenta, per l'attore, dei vantaggi rispetto all'esperimento – pure possibile – della *rei vindictio* (Ulp. D. 13, 1, 8; cfr. Gai. 2, 79 in fine).

¹⁰ KASER, *Das römische Privatrecht* II², 274 con le n. 3-6. La *in iure cessio* era scomparsa del tutto, in pratica, già alla fine dell'epoca classica: KASER, *ivi*, con la n. 2.

tuzione del 531 egli abolì la distinzione fra *res Mancipi* e *nec Mancipi*¹¹, sicché i compilatori del Corpus Iuris eliminarono diligentemente da tutti i testi, che la menzionavano, la parola *Mancipatio* e il verbo *Mancipare* (*Mancipio dare*), sostituendovi rispettivamente *traditio* e *tradere* (o *dare*); e la *traditio*, in ogni sua applicazione vecchia e nuova, restava nelle fonti giustinianee retta dal principio della causalità, direttamente enunciato in particolare in un testo, che già abbiamo ricordato e che si legge nella *sedes materiae* “*de acquirendo rerum dominio*” («sull’acquisto della proprietà delle cose») del Digesto:

D. 41, 1, 31 pr. (Paul. 31 ed.): *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua*¹² *iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

La traduzione esatta è la seguente: «La tradizione di per sé sola non può mai trasferire la proprietà: lo può unicamente ove sia preceduta da una vendita o da altra giusta causa, in virtù della quale essa venga effettuata».

Sulla base soprattutto di questo testo, e di altri orientati nello stesso modo¹³, i giuristi dell’epoca intermedia costruirono una dottrina dell’acquisto derivativo della proprietà, che fu enunciata compiutamente in Germania a partire dal XVI secolo¹⁴, ma che, nella sostanza, domina tutto il pensiero di quella giurisprudenza, a partire dai Glossatori. Secondo questa concezione, l’acquisto della proprietà va ricondotto a due cause: una *causa proxima*, che corrisponde al *modus*, cioè all’atto esteriore che realizza l’acquisto, la *traditio*; una *causa remota*, che corrisponde al *titulus* per cui l’acquisto avviene, la *iusta causa*.

Questa dottrina del *titulus* e del *modus*, costruita sulla base delle fonti romane, in realtà non è la teoria romana: perché secondo i giuristi romani la *iusta causa traditionis* era l’accordo che giustifica il trasferimento, mentre il *titulus* dei giuristi medioevali è la causa che giustifica l’attribuzione definitiva. La portata pratica della differenza si apprezza ove si pensi ad una *traditio* eseguita in adempimento di un’obbligazione di *dare* in senso tecnico, cioè di trasferire la proprietà di una cosa. Per un giurista romano, qui la *iusta causa* è rappresentata dall’accordo sulla *solutio*, cioè dalla destinazione, che le parti fanno, della prestazione alla estinzione di un’obbligazione. Invece, per un giurista medioevale, il *titulus* è qui rappresentato

¹¹ C. 7, 31, 1, 5.

¹² A questo punto del testo è certo andata perduta la parola “*alia*” (per errore del copista, a causa del suo inizio uguale ad *aliqua*). Cfr. Gai. 2, 20: *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa, sive ex donationis, sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

¹³ In part. I. 2, 1, 41.

¹⁴ In realtà, almeno presso i giuristi dell’*Usus modernus*, si tratta di una dottrina generale sull’acquisto dei diritti. Vedi COING, *Europäisches Privatrecht* I, München 1985, 178 ss. Noi l’esamineremo solo in relazione all’acquisto della proprietà (ove essa si presenta per altro in modo più puro, senza eccezioni), materia che ne costituisce comunque il punto di partenza.

dal fatto giuridico (sia esso un accordo o non lo sia, come nel caso del legato obbligatorio), che costituisce la fonte dell'obbligazione di *dare* o anzi, come si tesse sempre più ad intendere, dall'obbligazione di *dare* stessa.

Poniamo che D abbia promesso a C di dargli un gatto, e che la *stipulatio* sia nulla, senza che D e C sappiano della nullità. In quest'ignoranza, D esegue la *traditio* del gatto a C. Per un giurista classico la proprietà del gatto è passata a C, sicché D, per recuperarlo, non potrà esercitare la *rei vindicatio* (azione reale), ma la *condictio indebiti* (azione personale). Per un giurista medioevale, invece, la causa della *traditio* risiede precisamente nell'obbligazione di dare il gatto, la quale nel caso proposto fa difetto.

5. Segue: b) la “*causa putativa*”

Avendo, dunque, smarrito il senso preciso della *traditio pro soluto*, i giuristi del medio evo scorgevano una contraddizione, evidente ed acuta, fra il regime della *traditio* (causale) e quello del pagamento dell'indebitato (cioè della *condictio indebiti*): se l'obbligazione di *dare* è la causa della *traditio*, come può, in assenza dell'obbligazione, negarsi la *rei vindicatio* a colui che per errore abbia eseguito la prestazione, per attribuirgli invece un'azione *in personam* diretta a recuperare la proprietà?

La soluzione di questo problema fu trovata riconoscendo efficacia alla *causa putativa*: cioè attribuendo valore causale (di *titulus*) alla convinzione delle parti circa l'esistenza dell'obbligazione (anche se, in realtà, inesistente) di *dare*. Problema e soluzione appaiono già esposti, con esemplare brevità e precisione, in una glossa¹⁵ apposta al passo di Paolo (D. 41, 1, 31 pr.), che abbiamo letto pocanzi, e nel quale è scritto, come sappiamo, che la *traditio* non trasferisce la proprietà se non è assistita da una *iusta causa*: a questo punto il glossatore annotava:

Gl. Iusta causa, ad D. 41, 1, 31 pr.: «iusta causa», vera vel putativa, alioquin, id est si dicas ex putativa non transferri dominium, totus titulus de condictione indebiti repugnaret: qui titulus habet locum quando transfertur dominium alicuius rei ex putativa causa ...

Cioè: «giusta causa», reale o putativa. Altrimenti, e cioè se si sostenesse che la proprietà non passa sulla base di una causa putativa, l'intero titolo sulla ripetizione dell'indebitato (D. 12, 6) sarebbe in contraddizione insanabile con quanto si afferma qui: poiché quel titolo del Digesto trova applicazione appunto nei casi in cui la proprietà della cosa viene trasferita in forza di una causa putativa ...

¹⁵ Che è compresa nella Glossa ordinaria di Accursio, composta nella prima metà del XIII secolo.

6. Segue: c) dalla "causa putativa" alla traditio astratta

La portata di tale soluzione è più grave di quanto non appaia a prima vista, perché ammettere l'efficacia della causa putativa significa aprire la via per ammettere il trasferimento astratto. In un passo del commentario di Baldo degli Ubaldi (1327-1400) si trova la spiegazione dommatica di questa metamorfosi concettuale:

BALDUS, super C. 4, 50, 6: *Dominium autem potest transferri ex contractu putativo. nam proprie loquendo non transfertur ex contractu: sed ex consensu propter contractum: ita quod causa immediata id est consensus in traslatione dominii est sufficiens ad dominium transferendum.*

«La proprietà – afferma il commentatore perugino – può trasferirsi sulla base di un contratto putativo; infatti, a dir le cose come sono in realtà, il trasferimento non avviene sulla base del contratto, bensì del consenso manifestato dalle parti in vista del contratto: e ciò perché la causa immediata, e cioè il consenso sul trasferimento della proprietà, è sufficiente per trasferire la proprietà».

Il *consensus propter contractum* di Baldo è, invero, l'accordo solutorio romano: ma esso non è più visto come accordo sull'estinzione dell'obbligazione, bensì come accordo sul trasferimento della proprietà¹⁶.

La prospettiva di Baldo fu ripresa, e portata ad una precisa definizione del trasferimento astratto, dal più grande dei sistematici del XVI secolo, Hugues Doneau, nei suoi *Commentarii iuris civilis* (1589/90):

DONELLUS, *Comm.* IV, 16 § 9: *Haec ipsa ratio nos admonet, quod dicitur, iustam causam praecedere debere, ex qua traditio dominii sequatur, sic accipiendum esse: ut nihil intersit, utrum praecedat re vera, an opinione tradentis. Nam si causa praecedens requiritur solum ut hinc declaretur voluntas transferentis: dicendum est, quocumque alio modo constare poterit, voluisse quem rem suam transferre, etiamsi vera causa non subesset: si traderit, nihilominus transtulisse. Semper enim manet voluntas, quam ratam haberi oportet. Et, si causam ad probationem tantum exigitur: quo alio modo probetur voluntas, ad rem nihil pertinet.*

Per chiarezza, traduco: «Questo stesso ragionamento¹⁷ ci avverte che la proposizione secondo la quale una giusta causa deve sussistere, perché la *traditio* tra-

¹⁶ Questo modo di vedere può essere stato influenzato da un passo del Digesto, Gai. res cott. D. 41, 1, 9, 3 (= I. 2, 1, 40): *... nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.* Ma qui Gaio sottolineava solo che la *traditio*, per trasferire la proprietà, esige dalle parti la volontà di trasferirla, e non considerava invece il problema della causa (che per altro riemerge nel § 4, immediatamente successivo, ove si pone un caso a spiegazione del principio enunciato nel § 3); vedi anche KUPISCH, *Causalità e astrattezza*, in L. VACCA (ed.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* II, cit., 444 s.

¹⁷ Cioè quello esposto dal Donello nel § 8, dove in realtà la critica ha inizio.

sferisca la proprietà¹⁸, deve essere intesa nel modo seguente: che non ha alcuna importanza se la causa esiste in effetti o solo nella convinzione di chi fa la *traditio*. Infatti, se l'esistenza della causa è richiesta solo perché si possa stabilire che il tradente ha la volontà di trasferire, si deve concludere che, in qualunque altro modo risulti che uno ha voluto trasferire la propria cosa, anche se una causa reale non sussista, quegli l'avrà, effettuando la tradizione, comunque trasferita. Sussiste infatti la volontà (di trasferire), che si deve rispettare¹⁹. E, se la causa la si esige solo ai fini della prova della volontà (di trasferire), non importa se tale volontà sia invece provata in qualunque altro modo²⁰».

Torneremo più avanti, parlando della posizione del Savigny, su di un aspetto di questo discorso del Donello. Ora vogliamo solo notare che egli accentrava la sua attenzione sulla volontà del *tradens*, di colui che consegna (e dispone): certo egli implicitamente pensava che per il trasferimento deve concorrere la corrispondente volontà dell'*accipiens*, di chi riceve la cosa in proprietà. Comunque l'idea che per l'efficacia traslativa della *traditio* sia necessario e sufficiente un accordo di *tradens* e *accipiens* sul trasferimento è chiaramente espressa da un altro grande giurista, del XVIII secolo questa volta, Robert-Joseph Pothier (1699-1772):

POTHIER, *Traité de l'action condictio indebiti*, n° 178: *Celui, qui paie à quelqu'un, par erreur, une chose qu'il croit lui devoir, a la volonté de lui en transférer le domaine par la tradition qu'il lui en fait; celui, à qui elle est payée, a pareillement la volonté d'en acquérir le domaine: ce concours de leurs volontés suffit, avec la tradition, pour la translation de la propriété*²¹.

7. Segue: d) *la situazione nelle codificazioni moderne*

Si deve però dire, che queste analisi che, dall'ammissione del titolo putativo, deducevano la regola della *traditio* astratta, rimasero a lungo posizioni puramente dottrinarie. All'epoca dell'inizio delle codificazioni moderne la regola del *titulus* e del *modus* era ancora, in pratica, seguita. Essa passò tal quale nell'ALR prussiano, del 1794²² e nell'AGB austriaco del 1811²³. Il CCfr del 1804, per ragioni che non

¹⁸ Cioè la regola di D. 41, 1, 31 pr.

¹⁹ Chiara allusione a Gai. D. 41, 1, 9, 3, citato sopra nella nota 16.

²⁰ Nel seguito del passo, il Donello fa ancora allusione alla problematica del pagamento dell'indebito.

²¹ I testi citati in questo paragrafo sono assai noti; vedi da ultimo KUPISCH, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Heidelberg 1987, 34 n. 52.

²² ALR I, 9 § 1-2; I, 10 § 1.

²³ ABGB § 423-426 e § 431, dove, per il trasferimento della proprietà immobiliare, la *traditio* è sostituita dalla «Intabulation», cioè la trascrizione dell'atto di acquisto nei pubblici registri.

possiamo esaminare in questa sede, scelse per il trasferimento della proprietà il nuovo modello del contratto ad effetti reali ovvero, come si dice anche, il principio consensualistico²⁴, che rappresenta sempre un trasferimento causale, anzi, potremmo dire, l'exasperazione del principio del trasferimento causale, in quanto (interpretato secondo i parametri della dottrina del *titulus* e del *modus*) esso postula la sufficienza del solo *titulus* a operare l'effetto traslativo²⁵.

Ma l'idea del trasferimento astratto venne ripresa in Germania, ancora in dottrina, ma questa volta con una decisiva portata pratica: alludo ad alcune famose pagine dell'*Obligationenrecht* di F.C. von Savigny²⁶. La teoria, che il Savigny criticava, era quella del diritto comune (*titulus* e *modus*), presa nella sua formulazione estrema, quella, cioè, che vedeva come causa della *traditio* l'obbligazione a trasferire la proprietà o, come egli precisa, l'idea per cui la *traditio*, per essere efficace, dovrebbe rappresentare necessariamente una *solutio*. L'assurdità di questa tesi egli la dimostra con l'esempio dell'elemosina fatta ad un mendicante: ove, senza alcuna obbligazione precedente, la proprietà passa²⁷. Quindi egli spiega: «Il senso auten-

²⁴ CCfr art. 711; 1138; 1583.

²⁵ Il *titulus*, nella concezione del legislatore francese, era precisamente rappresentato dall'obbligazione di trasferire la proprietà; si legga l'art. 1136 CCFr: «[1] L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. [2] Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû 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». Al «consenso (delle parti)» si riferirà direttamente invece il CCit [1865] art. 1125 (Cfr. CCit [1942] art. 1376).

Come si sa, il CCfr rappresenta la base di molti altri codici civili del XIX secolo. Il principio consensualistico è così passato, in particolare, nelle codificazioni italiane preunitarie (Codici civili di: Due Sicilie art. 1092; 1428; Parma art. 1111, 1389; Regno di Sardegna = Codice Albertino art. 1229; 1589), nel CCit [1865] art. 1125, 1448, ed è ancora sancito nell'art. 1376 CCit [1942], come si è detto sopra. Non è accaduto lo stesso nei Paesi Bassi ove, malgrado la sua provenienza francese, il WB è rimasto fedele alla dottrina del *titulus* e del *modus*, ed ancora questo è l'indirizzo del NWB (vedi: SCHRAGE, *Vendita e trasferimento della proprietà nella storia del diritto olandese*, in L. VACCA (ed.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., I, 370 ss.).

Nei codici che, nell'uno o nell'altro dei modi visti, hanno mantenuto il principio del trasferimento causale, permane una tensione contraddittoria fra la presenza di tale principio e la recezione della *condictio indebiti* (ALR I, 16 § 166; CCfr art. 1295; 1376; ABGB § 1431; CCit [1942] art. 2033 ss.; si veda in part. l'art. 2038). Per l'OR si veda *infra*, nel testo. La situazione in questi diritti codificati è ancor più grave rispetto a quella del diritto comune, in quanto alcuni codici (abbandonando la concezione del diritto romano e del diritto comune appunto) hanno trasformato l'obbligazione del venditore a consegnare la cosa e garantire contro l'evizione in obbligazione a trasferire la proprietà della cosa, facendo del venditore un *solvens* (ALR I, 11 § 1; OR art. 184. Anche il principio consensualistico implica l'idea che il debitore sia obbligato a trasferire la proprietà, come appare dall'art. 1136 CCfr riportato sopra).

²⁶ SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts* II, Berlin 1853, 256 ss. Si veda: RANIERI, *Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19 Jahrhunderts*, in COING-WILHELM (eds.), *Wissenschaft und Kodifikation im 19. Jahrhundert* II, Frankfurt a.M. 1977, 90 ss.

²⁷ Riflettendo su queste critiche del Savigny, si comprende bene come la teoria del diritto comune avesse del tutto travisata la concezione romana.

tico della *iusta causa* è piuttosto il seguente. Può farsi una *traditio* per scopi assai diversi. Si può dare una cosa in locazione, in deposito o in pegno, e in questi casi la proprietà non viene certo trasferita. Ma si può anche consegnarla a seguito di una vendita, di una permuta, o nei casi già citati di donazione o di mutuo, e in questi casi si ha trasferimento della proprietà. Ora, in che consiste la vera differenza fra queste due serie di casi? Unicamente nel fatto che nei casi della seconda serie il proprietario anteriore vuole trasferire la proprietà, mentre nei primi egli non lo vuole. Se ne conclude che la *traditio* trasferisce la proprietà sulla base della volontà concorde delle due parti contraenti, ma non senza questa volontà». Come si vede, il Savigny riprende l'idea del Donello, secondo la quale il riferimento alla *iusta causa* non è che un mezzo per provare la volontà di trasferire, il mezzo più comune e più spedito, ma non il solo. Scriveva ancora il Savigny: «Se fosse abituale, consegnando una cosa, dire espressamente: quest'atto trasferirà (o non trasferirà) la proprietà, il trasferimento (o il non trasferimento) della proprietà sarebbe per ciò solo, senza bisogno d'altra indagine, stabilito in modo certo e completo. Ma precisamente una simile dichiarazione è tanto poco in uso da noi quanto essa lo era presso i Romani; si può anche dire che essa sarebbe troppo astratta, troppo tecnica per un atto naturale come la *traditio*. Non resta dunque che un mezzo per orientarsi con certezza nei casi dubbi, e cioè di scrutare le circostanze che accompagnano l'atto, l'intenzione, lo scopo delle parti nell'operazione giuridica alla quale, come conseguenza, si riferisce la *traditio*».

Secondo il Savigny, dunque, la *traditio* non opera l'effetto traslativo sulla base della *iusta causa*, ma sulla base dell'accordo fra tradente ed accipiente sul trasferimento della proprietà: consegna della cosa e accordo costituiscono un contratto di tipo particolare, il «dinglicher Vertrag»²⁸.

L'idea del Savigny divenne corrente nella scienza romanistica pratica della Germania ottocentesca (la Pandettistica), e fu poi codificata con il codice civile tedesco del 1900²⁹.

In un sistema di trasferimento astratto la *condictio indebiti* si trova di nuovo a proprio agio³⁰; e qui è a suo agio anche la regola che obbliga il venditore a trasferire la proprietà della merce³¹.

Una situazione particolare è quella del diritto svizzero. Nello ZGB del 1912 le

²⁸ La nozione di «dinglicher Vertrag», rimasta classica nella dottrina tedesca, è esposta da SAVIGNY, in *Obligationenrecht* II, 257 n. m, (dove egli precisa che la *traditio* stessa è dunque un contratto (Vertrag), «ein wahrer Vertrag, nur nicht ein obligatorischer, sondern ein dinglicher»: un vero contratto, ma non con efficacia obbligatoria, bensì con efficacia reale.

²⁹ BGB § 929 per i mobili; § 873 per gli immobili, ove la *traditio* è sostituita dall'iscrizione della «Rechtsänderung», cioè il mutamento della situazione giuridica della cosa, nel registro immobiliare.

³⁰ BGB § 814. Nel § 812 è prevista la *condictio sine causa* in modo generale.

³¹ BGB § 433. Sul punto si può vedere anche CANNATA, *La compravendita consensuale romana* cit., in L. VACCA (ed.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* II cit., in part. 428 ss.

norme sul trasferimento della proprietà si limitano a richiedere l'iscrizione per gli immobili (art. 656 alinea 1) e la *traditio* per i mobili (art. 714 alinea 1). Sulla base dell'art. 974 alinea 2 ZGB, che qualifica come indebitamente eseguita un'iscrizione effettuata senza diritto o in virtù di un atto non obbligatorio³², il principio del trasferimento causale fu tosto riconosciuto in vigore per gli immobili. Per i mobili, invece, esso fu sancito solo nel 1929, da una famosa sentenza del tribunale federale³³.

³² Lo stesso articolo stabilisce, nel primo alinea, che l'iscrizione indebita non può essere invocata dai terzi che ne hanno conosciuto o dovuto conoscere i vizi e nel terzo alinea che il soggetto i cui diritti sono lesi dall'iscrizione indebita può invocare l'irregolarità dell'iscrizione contro i terzi di mala fede.

³³ La «sentenza Grimm»: Grimm gegen Konkursmasse Näf, 29 novembre 1929, in *BGE* 55 II, 302.

SUL TESTO DELLA *LEX AQUILIA* E LA SUA PORTATA ORIGINARIA *

SOMMARIO: I. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI. – 1. La *lex Aquilia* come punto di partenza. – 2. Sulla data della *lex Aquilia*. – II. IL TESTO DELLA LEGGE E LA SUA PORTATA ORIGINARIA. – 1. Il testo originale della *lex Aquilia*. – 2. Carattere penale della legge e dell'azione su di essa basata. – 3. "Iniuria" e colpevolezza del comportamento dannoso. – 4. Originalità del secondo capo. – 5. Sulla portata originaria del terzo capo. – 6. L'obbligazione da fatto illecito extracontrattuale.

I. – CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

1. *La lex Aquilia come punto di partenza*

Quando¹ – com'è il caso di questo nostro congresso – si vuole affrontare la tematica della responsabilità extra-contrattuale, nella compiuta dimensione storico-comparatistica che Matteo Marrone ha illustrato con la sua egregia relazione introduttiva, il discorso non può che prendere le mosse dalla *lex Aquilia*. L'opportunità, ed anzi la necessità di questa scelta non ha bisogno di giustificazione per quanto riguarda la storia che segue tale legge: che tutto il pensiero giuridico da allora a noi abbia sempre, e piuttosto direttamente e consapevolmente che non indirettamente e inconsapevolmente, dovuto fare con essa i suoi conti, è cosa che non ha bisogno di prova e risulterà chiara, del resto, da quel che nel nostro simposio si andrà esponendo. Piuttosto devo dare ragione del fatto che una trattazione dei problemi della responsabilità extra-contrattuale orientata, com'è la nostra, alla comprensione dell'insieme delle sue dimensioni transnazionali odierne, possa prescindere dalle vicende della materia, che la *lex Aquilia* hanno preceduto. Una simile giustificazione trova il proprio fondamento nella notizia che ci è fornita da Ulpiano, all'inizio della sua trattazione *de lege Aquilia* nel diciottesimo libro del commentario all'editto pretorio, e che ora si legge in

* Pubblicato in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di Letizia Vacca, Torino 1995.

¹ Una scheda bibliografica è posta, per ragioni tipografiche, all'ultima nota. Ad essa il lettore si riferirà per le citazioni abbreviate, che conterranno sempre (per facilitare la ricerca nell'elenco, che è disposto in ordine cronologico) la data di pubblicazione.

D.9, 2, 1 pr. (Ulp. 18 ad ed.): *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse.*

Ulpiano usa il verbo *derogare* e non il verbo *abrogare*. Entrambi i verbi fanno riferimento alla *rogatio*, sicché etimologicamente significano l'uno (*ab-rogare*) "legiferare in senso difforme da", l'altro (*de-rogare*) "legiferare discostandosi da"², donde la semantica definita da Modestino (7 reg. D. 50, 16, 102 pr.)³: '*Derogatur*' *legi aut 'abrogatur'*. *derogatur legi, cum pars detrahitur: abrogatur legi, cum prorsus tollitur*. La scelta di Ulpiano si comprende dunque benissimo, sol che si noti che egli pensava soprattutto al rapporto con le dodici tavole, alle quali dalla legge aquilia, evidentemente, solo *pars detrahitur*. Sarebbe per contro eccessivo dedurre, dall'impiego di *derogare* invece che *abrogare*, la conclusione che, delle altre leggi che *ante* l'aquilia *de damno iniuria locutae sunt*, nessuna fosse interamente diretta a regolare la materia e quindi potesse dirsi *abrogata* dalla *lex Aquilia*. La proposizione di Ulpiano ha, d'altronde, un senso diverso. Si tratta infatti non tanto di una notizia storica, quanto di un enunciato interpretativo, perché egli dice in sostanza: «Le norme della legge aquilia sostituirono tutte le norme *de damno iniuria* esistenti precedentemente, sicché non si deve ormai più fare ad esse riferimento (*quas leges nunc referre non est necesse*); ciò vale in particolare per le regole in materia contenute nelle dodici tavole, e vale comunque per qualunque altra norma di legge, se si riscontrasse che ve ne siano state».

Noterò che con l'espressione '*legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt*' Ulpiano non pensava certo ad enunciati normativi che contenessero il termine *iniuria*: il suo riferimento è di sostanza, e significa "leggi che prevedessero fattispecie da intendersi come coincidenti con quelle previste nella legge aquilia". Egli infatti pensava certo, fra l'altro, a norme decenvirali come quella che puniva con la pena di 150 sesterzi chi avesse *fractum* o *conlisum* l'osso di uno schiavo (tab. 8, 3) o alle norme che sanzionavano l'incendiario (tab. 8, 10), le quali non sembra proprio fossero enunciate con allusioni all'*iniuria*⁴.

Per quanto detto, potremmo dunque lasciare interamente da parte in questa se-

² Festo (secondo l'epitome di Paolo diacono) definisce: *Derogare proprie est, cum quid ex lege veteri, quo minus fiat, sancitur lege nova: derogare ergo detrahere est.*

³ Per *abrogare* vedi anche Iul. D. 1, 3, 32, 1 (*Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*); cfr. C. 1, 17, 1, 7 a. 530 (= *Omnem*, 7). Per *derogare* esiste anche il senso di «discostarsi da una norma (di legge o no) con un provvedimento» (Ulp. D. 2, 12, 1, 1: *neque enim praetoris factum iuri derogare oportet*) o un atto privato (Ulp. D. 50, 17, 45, 1: *privatorum conventio iuri publico non derogat*). Per *derogare* – che appare possedere un uso più elastico – vedi pure i testi che enunciano il principio di specialità (Pap. D. 48, 19, 41; Pap. D. 50, 17, 80), nonché C. 1, 14, 12, 5 a. 529 e C. 2, 4, 7 a. 238.

⁴ Per la norma sull'*os fractum* allude esplicitamente alla forma (pur se non la riporta forse esattamente) Paul. Coll. 2, 5, 5; cfr. Gai. 3, 223 e anche Gell. 20, 1, 32. Le norme relative all'incendiario sono parafrasate in Gai. D. 47, 9, 9.

de il problema dei precedenti della legge aquilia, se non fosse che si è ipotizzato le dodici tavole contenessero una norma con carattere generale, che rappresenterebbe un precedente diretto della disciplina aquiliana: e questo problema non possiamo passarlo sotto silenzio.

L'ipotesi circa l'esistenza di tale norma generale risale all'epoca della giurisprudenza elegante, ed il tenore ne è stato da allora in poi ricostruito in vario modo⁵: attualmente lo si propone di solito nella forma fissata dal Bruns e da lui attribuita alla tab. 8, 5, «... *rup(s)it ... sarcito*»⁶. Questa congettura trova la sua base in due passi di Festo:

Rupitias XII significat damnum dederit. (L. 320).

Sarcito in XII Ser. Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato. (L. 430)

Da questi due passi si è ricavata la norma generale sul risarcimento del danno in base ad un ragionamento che può essere riassunto, sostanzialmente per tutti gli autori, dicendosi che, se Festo attribuisce alle dodici tavole un'espressione che significa *damnum dare* e una che significa *damnum solvito*, queste due espressioni dovevano comporre un'unica norma; la differenza saliente sta nel fatto che alcuni credono all'esistenza del vocabolo *rupitia* (formato da *rupere*, forma arcaica di *rumperere*, come da *laetare laetitia* e da *saevire saevitia*), mentre altri lo contestano, soprattutto notando che il testo in questione spiega *rupitias* come fosse un verbo e non un sostantivo, e dunque Festo vi avrebbe commentato *rupit*, la finale *ias* dipendendo da una corruzione, magari di un *in* che originariamente seguiva (*rupit in XII significat*).

Ora, contro questa tesi, nel suo complesso, militano a mio avviso una serie di argomenti di notevole peso:

a) È, anzitutto, assai difficile accettare che il primo dei due passi di Festo contenesse il vocabolo *rupitias*. '*Rupitias*' ha forma di accusativo plurale, ma la morfologia esige in quel luogo della frase un nominativo: infatti Festo declina sempre i sostantivi che spiega considerandoli come elementi della proposizione chiarificatrice: '*Maiorem consulem L. Caesar putat dici vel eum, penes quem fasces sint ...*' (L. 154), '*Maximum praetorem dici putant ali eum, qui ...*' (L. 152), '*Murra potione usos antiquos indicio est ...*' (L. 150). Il fatto che il luogo si legga pure,

⁵ Ad esempio '*si iniuria rupitias, aut si casu sarcito*' (Gotofredo), '*si rupitias faxit vel alienum servum, quadrupedemve pecudem occeslit, noxiam sarcito*' (Voigt), '*si quis rupitias dederit sarcito*' (Sell), '*rupitias sarcito*' (Castellari), '*si quis ruperit sarcito*' (Natali). Sul problema vedi PERNICE, *Zur Lehre* (1867), 1 ss.; SELL, *Die actio de rupitiis sarcicendis der XII Tafeln und ihre Aufhebung durch die lex Aquilia*, Bonn, 1877, e, con ampia discussione della letteratura (assai ricca – v. anche in FIRA, I sub tab. 8, 5 – e che io qui, nell'economia del presente lavoro, sintetizzo ai limiti del lecito), CASTELLARI, *Della lex Aquilia*, 1879, 305 ss.; NATALI, *La legge aquilia*, 1896, 2 ss.

⁶ Da '*... rupit[ias] ... sarcito*'. La correzione *rupit[ias]* è del MOMMSEN (*Rhein. Mus.* [n.F.] 15, 464). Vedi BRUNS, *Fontes*⁶, 29 (tab. 8, 5 con la nota relativa); cfr. anche FIRA, I, 54.

corretto in proposito, nell'epitome di Paolo diacono (L. 321: *rupitia damnum dederit significat*), ci testimonia però che il vocabolo in se stesso era già presente anche nel codice al quale questi attingeva.

b) L'argomento, cui si è accennato, secondo il quale, nel passo *Rupitias*, la spiegazione festina del vocabolo pare riferirsi ad un verbo e non ad un sostantivo, e quindi *rapitias* vada corretto in *rupit*, appare del tutto coerente: ma esso, se accettato, viene a rompere il nesso fra i due passi di Festo. Infatti, se la spiegazione contenuta nel primo si riferisce non a *rupitia(s)* ma a *rupit*, essa può attribuirsi alla norma sul *membrum ruptum* di tab. 8, 2 invece che alla norma (qualunque essa sia) in cui si poteva leggere quel *sarcito*, spiegato nell'altro passo. Ora, è ben vero che il possibile riferimento della spiegazione di *rupit[ias]* alla norma decemvirale sul *membrum ruptum* è stata, con buoni argomenti, criticata⁷, ma, a parte il fatto che essa poteva riferirsi ad un altro luogo delle dodici tavole che non ci è pervenuto, a demolire la certezza che i due passi festini si riferissero ad una stessa norma provvede la circostanza che anche la spiegazione che Festo e Servio danno di *sarcito* può riferirsi ad altre norme, perché il verbo compariva (*noxiam sarcire*), a quanto pare, almeno in tab. 8, 10 (*noxiam sarcire iubetur*, secondo la parafrasi di Gai. D. 47, 9, 9, per il caso dell'incendio non doloso) e in tab. 8, 14 (furto manifesto dell'impubere, secondo la parafrasi di Gell. 11, 18, 8)⁸.

c) Se ne deve dunque concludere che l'esistenza di una norma come quella attribuita alla tab. 8, 5 resta ancora tutta da dimostrare. Ma, per giunta, sussiste un argomento che rende assai improbabile che le dodici tavole contenessero una norma generale sul risarcimento dei danni, nella quale la fattispecie sanzionata venisse descritta con l'impiego del verbo *ru(m)pere* o del suo derivato *rupitiae*. Infatti come è noto e come vedremo più avanti in questo stesso contributo, i giuristi romani basarono gran parte della loro interpretazione del terzo capo della *lex Aquilia* sulla interpretazione estensiva – cioè come *corrumpere* – del verbo *rumpere*, che ivi si leggeva: ora, se una simile interpretazione si fosse potuta basare sul corrispondente impiego del verbo *rumpere* o del suo derivato *rupitia* nel testo decemvirale, essi non avrebbero mancato di notarlo, e sarebbe assai strano che una simile spiegazione non ci sia pervenuta in alcuno dei diversi testi che si riferiscono al problema⁹. Un indizio assai grave e concreto in questo stesso senso si ricava per altro da Ulp. Cels. Iul. D. 9, 4, 2, 1, donde si apprende che nelle dodici tavole esisteva una norma che dava l'azione nossale contro il *dominus* di uno schiavo '*si servus furtum faxit noxiamve nocuit*'. Ora, come con *furtum faxit* si sintetizzano qui tutte le specie di furto previste nelle leggi decemvirali, così con *noxiam nocuit* si sintetizzano tutti i

⁷ Vedi CASTELLARI, *Della lex Aquilia*, 1879, 307 s.

⁸ Forse anche in altri testi: essendo, a quanto pare, il verbo *sarcire* usato a reggere *noxiam*, può supporre l'esistenza in tutti i testi decemvirali ove si parla di riparazione o valutazione di una *noxia*. Vedi i testi in CANNATA, *Delitto*, 1992, 30 s. (ove, nella prima riga di p. 31, si legga *furtum manifestum*).

⁹ Faccio con ciò eco alle (diverse) considerazioni del GRUEBER (*The Roman Law of Damage to Property*, Oxford 1886) che leggo in NATALI, *La legge aquilia*, 1896, 10.

casi di danno dato. Da ciò si ricava che quando Festo precisava che *'rupitias XII significat damnum dederit'* (o, se si vuole, *'rupit in XII significat damnum dederit'*) non poteva riferirsi ad una norma generale, perché l'espressione generale usata in proposito dalle dodici tavole era *'noxiam nocuit'*, la quale, se usata a proposito dell'azione nossale, sarebbe dovuta essere stata impiegata anche nell'eventuale norma generale sui danni.

d) E si può giungere anche più in là, poiché è poco verosimile che le dodici tavole prevedessero una norma generale sul danneggiamento in presenza di una numerosa serie di norme speciali. Mi spiego. La giurisprudenza classica, e noi che soprattutto da essa apprendiamo, aveva sistemato la tipologia dei delitti privati sulla base della triade *furtum-iniuria-damnum iniuria datum*, ma nelle dodici tavole non era così. Una certa unità, cioè un certo carattere di *genus*, vi aveva bensì la figura del *furtum*¹⁰, le cui varie specie venivano tutte indicate con lo stesso sostantivo (ad es. *'si nox furtum faxit'* in tab. 8, 16; *'si adorat furto, quod nec manifestum erit'* in tab. 8, 12); invece, le ipotesi di danno, a persone o cose, erano rappresentate da una svariata casistica, enunciata con la descrizione delle diverse fattispecie, espressa con locuzioni del linguaggio comune e non con termini tecnico-giuridici. Basta percorrere il contenuto che la palinogenesi moderna attribuisce all'ottava tavola (senza dimenticare che anche l'ordine delle norme è frutto della sensibilità moderna, educata alla scuola di Gaio) per rendersi conto del fatto che il testo decemvirale prevedeva numerosi casi sistematicamente indipendenti l'uno dall'altro ovvero, nel forse unico caso in cui una connessione è certa, legati secondo un criterio diverso da quello successivo: alludo alla regola di tab. 8, 3 sull'*os fractum*, che considerava insieme¹¹ l'ipotesi della frattura alla persona libera (per il diritto classico un caso di *iniuria*) e allo schiavo (per il diritto classico un caso di danno aquiliano). Esisteva, certo, la norma sull'*iniuria* (tab. 8, 4), norma che Paolo dice essere stata generale (*quae lex generalis fuit*) rispetto ad altre *speciales*¹². Ma chi parla così è un giurista classico, perché nelle dodici tavole la norma sull'*iniuria* considerava solo alcune fattispecie (per vero qui individuate con un sostantivo di timbro tecnico invece che con una descrizione materiale) autonome rispetto alle altre, e non un *genus* del quale le altre previsioni fossero *species*.

In un simile contesto, quel che si potrebbe astrattamente ammettere è che le dodici tavole contenessero non una norma generale in materia di danno dato, ma una specie di norma di chiusura, che completasse la casistica dei danni dati a cose come la norma sull'*iniuria* completava quella dei danni alle persone. Era questa, del resto, l'idea che suggerì al Voigt di ricostruire la norma nella forma *'si rupitias faxit*

¹⁰ Vedi in questo senso ALBANESE, *Furtum (storia)*, in *EdD*, 18, Milano 1969, 313 (= *Scritti giuridici* I, Palermo, 1991, 573).

¹¹ Paul. Coll. 2, 5, 5.

¹² Coll. 2, 5, 5 cit.: ... *fuertunt et speciales, veluti* quella sull'*os fractum* ora menzionata.

*vel alienum servum quadrupedemve pecudem occeslit, noxiam sarcito*¹³. Ma una simile ipotesi, che come è evidente viene a sintetizzare in una norma decemvirale il contenuto della *lex Aquilia*, risulta completamente arbitraria: nella forma, essa contiene un'allusione generica al *rumpere*, sovrapponendosi così (in un contesto, come si diceva, in cui non sussisteva una distinzione sistematica fra danni a cose e danni a persone) alla norma sul *membrum ruptum* (tab. 8, 2); nella sostanza, essa è concepita rispetto ad un testo delle dodici tavole limitato ai dati che conosciamo, che non sono certo sufficienti per stabilire quale fosse, in realtà, la lacuna effettivamente da colmare con una norma di chiusura relativa ai danni alle cose¹⁴.

2. Sulla data della *lex Aquilia*

Un'opinione assai diffusa, che risale alla letteratura del XIX secolo¹⁵ ed è ancora condivisa – anche se con diverso atteggiamento – tanto dal Kaser¹⁶ quanto dal Wieacker¹⁷, pone precisamente nell'anno 286 a.C. la data della *lex Aquilia*, che sarebbe dunque contemporanea o immediatamente successiva alla *lex Hortensia*. Questa idea, però, non ha base che in Theoph. 4, 3, 15 (e sch. anon. ad B. 60, 3, 1), testo che, come ebbe ad esprimersi l'Arangio-Ruiz, contiene solo «une combinaison assez curieuse inventée par un juriste byzantin»¹⁸. La “combinaison” è fra Ulp.

¹³ VOIGT, *Die XII Tafeln*, Leipzig, 1883 (repr. 1966), I, 721; II, 540 s., che collocava la norma in tab. 7, 13; cfr. COGLIOLO, *Manuale delle fonti del diritto romano* II, Torino, 1885, 6.

¹⁴ Sulle leggi *de damno* che sarebbero rimaste in vigore anche dopo la legge aquilia vedi GLÜCK, *Pandecten* 10, 2, Erlangen, 1808, 308 ss. (= ad tit. 9, 2, § 698 seconda parte); CASTELLARI, *Della lex Aquilia*, 1879, 312 con la n. 2; NATALI, *La legge aquilia*, 1896, il § 10 a p. 14; PERNICE, *Zur Lehre*, 1867, 11; 15. Viene soprattutto in considerazione, a questo proposito, l'*actio de arboribus succisis* di tab. 8, 11; vedi Plin., *n.b.* 17, 1, 7: *cautum est XII tabulis, ut qui iniuria cecidisset alienas (arbores), lueret in singulas aeris XXV* (la legge usava certamente il verbo *succidere*: Gai. 4, 11). Come avverte il LENEL, *Das edictum perpetuum*³, Leipzig, 1927, 337, questa azione non va confusa (come parrebbero fare i compilatori del digesto) con l'azione pretoria *arborum furtim caesarum* (con condanna al doppio dell'interesse), introdotta a cagione della eccessiva ristrettezza della fattispecie sanzionata dalle dodici tavole e della pena fissa (25 assi per albero) e ormai troppo mite da queste prevista. Ad esempio, si riferiscono all'azione decemvirale Paul. D. 47, 7, 1; Paul. D. 47, 7, 11; Gai. D. 19, 2, 25, 5; Paul. D. 12, 2, 28, 6; all'azione pretoria Paul. D. 47, 7, 5 pr.-1; Ulp. D. 47, 7, 7, 2; Hermog. D. 44, 7, 32; Pomp. D. 9, 2, 43; Ulp. D. 9, 2, 27, 26. Da Marcell. D. 47, 6, 5 e Ulp. D. 9, 4, 2, 1 si ricava che anche la previsione dell'azione nosale nelle dodici tavole non fu considerata derogata dalla corrispondente norma della *lex Aquilia*.

¹⁵ Vedi in part. PERNICE, *Zur Lehre*, 1867, 18 ss.

¹⁶ KASER, *Das römische Privatrecht*, I², 161.

¹⁷ WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I, München, 1988, 419 con le nn. 45 e 46 (anche p. 404 n. 17). La tesi non è comunque mai stata pacifica; per la letteratura vedi anche ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1912, 241.

¹⁸ ARANGIO-RUIZ, *Rariora* (Roma 1946 [ex 1932]), 218, n. 1; ma vedi già («Combinationen») RUDORFF, citato e criticato da PERNICE, *Zur Lehre*, 1867, 18 con la n. 20.

D. 9, 2, 1, 1 e Pomp. D. 1, 2, 2, 8, e trova il suo punto di partenza in I. 4, 3, 15, che a sua volta sviluppa liberamente il nucleo di Gai. 3, 218. L'insieme dei dati a disposizione è stato di recente rimeditato dal Nörr¹⁹ per giungere, come si esprime l'autore stesso, al «wahrhaftig kein aufregendes Ergebnis» dell'appartenenza della *lex Aquilia* al III sec. a.C.; egli si limita, in più, a suggerire una datazione non troppo vicina alla fine di secolo, basandosi sulle sue analisi della mutevole semantica di *occidere*. Un'indicazione di senso contrario si trae invece dalla pure recente ricerca della Bignardi²⁰, che inserisce la *lex Aquilia* nel contesto della legislazione privatistica realizzata mediante plebisciti tra la fine del III e la prima metà del II sec. a.C. Riassumendo i risultati di una mia ulteriore verifica²¹ direi che i dati concreti per la datazione sono i seguenti:

– La data della *lex Hortensia*, acquisita come quella della *exaequatio legibus* dei plebisciti, può rappresentare un *terminus post quem* per la *lex Aquilia*, che senza dubbio era un plebiscito (Ulp. D. 9, 3, 1, 1; cfr. Isid., Origines 5, 15, 2) vincolante per tutti i *cives*. L'argomento è però attenuato dalla possibile esistenza di plebisciti normativi *erga omnes* prima della *lex Hortensia*.

– Un sicuro *terminus ante quem*, sebbene non precisabile in un singolo anno, è rappresentato dal responso di Bruto (si tratta senza dubbio del *fundator* [Pomp. D. 1, 2, 2, 39] M. Iunius Brutus, che fu pretore nel 142 a.C.), citato in Ulp. D. 9, 2, 27, 22.

– Il dato più importante che consiglia di risalire alquanto indietro, decisamente verso il III sec. a.C. sembra essere l'insieme delle considerazioni semantiche sull'impiego del verbo *occidere* svolte dal Nörr²².

– Ma a render prudenti, nel voler far risalire la *lex Aquilia* troppo indietro, induce una considerazione di sostanza. Il secondo capo della legge si riferisce all'*acceptilatio*; ora, come ho cercato di dimostrare altrove²³, la creazione dell'*acceptilatio* non pare possa attribuirsi che alla giurisprudenza laica. Possiamo dunque ben restare nel III sec. a.C., ma è difficile supporre che una legge che prevedeva l'*acceptilatio* possa precedere, diciamo, l'attività come respondente di Ti. Coruncanio (console nel 280 a.C.; pontefice massimo nel 254 e morto probabilmente nel 243 a.C.).

– Quanto ai personaggi, che possono identificarsi col tribuno Aquilio, possono venire in considerazione – fra gli Aquilii noti – in particolare, per una datazione risalente, C. Aquilius M.f.C.n. Florus, console nel 259 a.C. (= 495 a.U.c.: si tratta del primo Aquilio che ricoprì il consolato, col patrizio L. Cornelius Scipio) e, per una

¹⁹ NÖRR, *Causa mortis*, 1986, 124 ss..

²⁰ BIGNARDI, *Theoph. Par.* 4, 3, 15, 1989, 32 ss.

²¹ CANNATA, *Sul testo*, 1992, 196 ss.

²² NÖRR, *Causa mortis*, 1986, 127; 128 (e prima, *passim*).

²³ CANNATA, *Considerazioni*, 1994, 153 s.

datazione verso la fine del III sec. a.C., un P. Aquilius, certamente tribuno della plebe, probabilmente da identificarsi con l'*in Etruriam legatus ad frumentum emendum* nel 210 a.C.(= 544 a.U.c.).

Ancora «wahrhaftig kein aufregendes Ergebnis», dunque. Allo stato delle nostre conoscenze, la data della *lex Aquilia* slitta avanti o indietro nel corso del III sec. a.C.: il che impedisce di orientarsi sui moventi socio-economici della promulgazione, sol che si pensi che tale secolo fu segnato dal corso e dagli effetti della terza guerra sannitica (299-290 a.C.), della prima (264-241 a.C.) e della seconda guerra punica (219-202 a.C.).

Per noi la *lex Aquilia* rappresenta dunque unicamente un momento della storia del diritto privato.

II. — IL TESTO DELLA LEGGE E LA SUA PORTATA ORIGINARIA

1. *Il testo originale della lex Aquilia*

Secondo i dati delle fonti, interpretati nel modo che mi pare più corretto, il testo della *lex Aquilia* risulta essere stato il seguente:

... Aquilius tr(ibunus) pl(ebus) plebem iure rogarunt, plebesque iure scivit ... in tribus ... principium fait, pro tribu primus scivit. (Ulp. D. 9, 2, 1, 1; cfr. in FIRA, I, 103; 132; 135;152)

Si quis servum servamve alienum alienamve vel pecudem alienam iniuria occiderit, quanti is homo vel ea pecus in eo anno plurimi fait, tantum aes ero dare damnas esto. (Gai. 3, 210; Gai. D. 9, 2, 2 pr.; Ulp. D. 9, 2, 11, 6)

Si adstipulator pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tantum aes stipulatori dare damnas esto. (Gai. 3, 215)

Ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fuit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto. (Gai. 3, 217-218; Ulp. D. 9, 2, 27, 5; Ulp. D. 9, 2, 29, 8)

Adversus infitiantem in duplum actio esto. (Gai. D. 9, 2, 2, 1)

Si servus sciente domino faxit, adversus erum in solidum actio esto, si insciente, noxalis esto. (Ulp. D. 9, 4, 2 pr.-1)

SANCTIO

Si quis huiusce legis ergo adversus leges rogationes plebisve scita fecit fecerit, sive quod eum ex lege rogatione plebisve scito facere oportebit, non fecerit huius legis ergo, id ei ne fraudi esto, neve quit ob eam rem populo dare debeto, neve cui de ea re actio neve iudicatio esto, neve quis de ea re apud se agi sinito. (cfr. *Lex de imperio Vespasiani*, in FIRA, I, 156).

Non posso, in questa sede, dare una documentazione completa delle ragioni di questa ricostruzione, che si discosta in qualche dettaglio da quelle tradizionali. Per il primo e il secondo capo posso rinviare ai miei due recenti lavori specifici²⁴; del terzo capo parlerò brevemente *infra* (II, 4); per le clausole processuali che chiudono la legge devono per ora bastare i testi sopra citati fra parentesi. La *praescriptio* e la *sanctio* sono puramente congetturali: quanto alla *sanctio*, in particolare, essa è ricavata mediante qualche adattamento (soppressioni soprattutto) da un testo assai tardo: ho tenuto a metterla lo stesso solo per rendere evidente che la *lex Aquilia* finiva a quel punto, dopo le due clausole processuali. Un breve testo, inizio di una lunghissima storia ancora in corso.

2. Carattere penale della legge e dell'azione su di essa basata²⁵

La legge aquilia aveva certamente carattere penale, le somme che prevedeva come sanzione erano dunque pene, e l'*actio ex lege Aquilia* era dall'origine un'azione penale. Ciò risulta inequivocabilmente dalla previsione legislativa dell'azione nossale (ultima clausola della legge)²⁶.

Neppure in epoca classica questa natura penale della legge fu mai messa in discussione, ma la giurisprudenza si orientò – per altro, come vedremo più avanti, in aderenza con lo spirito stesso del testo – a concepire l'*actio legis Aquiliae* come azione a carattere anche reipersecutorio, e quindi ad attribuire una funzione anche risarcitoria alla *poena legis Aquiliae*. In altre parole, per i giuristi classici, l'azione aquiliana aveva un carattere “misto”²⁷. Il suo carattere penale²⁸ si manifesta nel

²⁴ CANNATA, *Sul testo*, 1992; CANNATA, *Considerazioni*, 1994.

²⁵ Sui problemi trattati in questo paragrafo vedi da ultimo (con ampie indicazioni bibliografiche) VALDITARA, *Superamento*, 1992, 184 ss.

²⁶ Gai. 4, 76 (cfr. I. 4, 8, 4); anche Ulp. Cels. Iul. D. 9, 4, 2, 1. La nossalità va considerata una caratteristica esclusiva delle azioni penali, malgrado THOMAS, *Pro Noxal Surrender*, in *Labeo* 17 [1971], 16 ss.). Ha dunque torto, negando il carattere penale originario della *lex Aquilia* il CARDASCIA, *La portée primitive*, 1974, 63 sub 1°, e io mi sbagliavo a dubitarne (CANNATA, *Delitto* [1992], 32 ss., 43 s.).

²⁷ Gai. 4, 9. Come si sa, la qualificazione di ‘*mixtae*’ delle azioni con le quali ‘*rem et poenam persequimur*’ (Gai. 4, 9) si definisce nel linguaggio giustiniano (I. 4, 6, 18). Ricordo che da quanto scrive Gaio – il quale mette l'*actio legis Aquiliae* (sotto il profilo che qui interessa) sullo stesso piano dell'*actio iudicati*, dell'*actio depensi* e dell'*actio ex testamento* per i legati *per damnationem* – parrebbe egli individuasse l'elemento penale dell'azione aquiliana unicamente nel fatto che *adversus infitiantem in duplum agimus*, mentre secondo le istituzioni giustiniane (a quanto pare in conformità con una visione comune presso la giurisprudenza classica) tale elemento penale starebbe nella possibilità, dato il modo di calcolare la pena aquiliana, che questa superasse il valore del danno cagionato (I.: 4, 3, 9; I. 4, 6, 19). Sul punto vedi VALDITARA, *Superamento*, 1992, 188 ss.

²⁸ Gai. 4, 112; Gai. D. 50, 17, 111, 1; cfr. Gai. 3, 202 (*puniatur*); Gai. D. 9, 2, 32 pr.; Ulp. Iul. D. 9, 2, 11, 2; Ulp. D. 9, 2, 23, 8; Paul. D. 9, 2, 30, 3; Iul. D. 9, 2, 51, 2.

fatto che essa assume i connotati²⁹ della nossalità³⁰, dell'intrasmissibilità passiva³¹ e della cumulatività³². Il carattere reipersecutorio (sostanziale) della pena da illecito aquiliano emerge invece dal concorso esclusivo di azione aquiliana e azione contrattuale³³ (o altra azione reipersecutoria³⁴), soluzione raggiunta dalla giurisprudenza, che costruì propriamente, in proposito, una deroga al principio del concorso fra azione penale e azione reipersecutoria³⁵, basata sull'idea che l'azione aquiliana *rei persecutionem continet*³⁶.

3. "Iniuria" e colpevolezza del comportamento dannoso

Malgrado si sia spesso sostenuto il contrario³⁷, la legge aquilia, fin dall'origine, non prevedeva né nel primo né nel terzo capo fattispecie di comportamento unicamente doloso. La terminologia della legge, che appartiene ad un periodo dominato dal formalismo interpretativo³⁸, è esplicita in relazione a questo problema. Essa evita la menzione del dolo e la sostituisce, nel primo e nel terzo capo, con quella

²⁹ Ai caratteri enumerati va aggiunto il carattere personale della responsabilità aquiliana, quale si manifesta anche al di fuori della sua (parziale) intrasmissibilità passiva: vedi ad es. Alf. (ep. Paul.) D. 19, 2, 30, 2.

³⁰ Gai. 4, 76; Ulp. imp. Sev. Coll. 12, 7, 6 (*ad exemplum legis Aquiliae noxali iudicio*); Ulp. D. 9, 4, 2 pr.; Ulp. Cels. D. 9, 4, 2, 1.

³¹ Gai. 4, 112; Gai. D. 50, 17, 111, 1. Contro l'erede del reo spetta un'azione per l'arricchimento: Ulp. D. 9, 2, 23, 8 (*Hanc actionem et heredi ceterisque successoribus dari constat: sed in heredem vel ceteros haec actio non dabitur, cum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit*).

³² Ulp. Iul. Cels. Marcell. veteres D. 9, 2, 11, 2-4.

³³ CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico (corso Cagliari 1967/68)*, Milano, 1969, 288 ss.; THOMAS, *Actiones ex locato-conducto and Aquilian Liability*, in *Essays Beinart III*, Cape Town, 1979, 127 ss.

³⁴ Per esempio la *rei vindicatio*: Ulp. Lab. D. 6, 1, 13.

³⁵ Paul. D. 9, 2, 18; Gai. D. 13, 6, 18, 1; Paul. D. 44, 7, 34, 2. Da Gai. D. 19, 2, 25, 5 e Paul. D. 19, 2, 43 si desume che il mezzo tecnico per evitare il concorso era il seguente: se il danneggiato avesse esercitato per prima l'azione aquiliana, sarebbe stato poi assolto dal giudice dell'azione contrattuale (di buona fede) in quanto nulla risultava più che egli dovesse *dare facere* sulla base del principio di buona fede; se la prima azione esercitata fosse invece stata l'azione contrattuale (di buona fede), il giudice (valendosi degli ampi poteri discrezionali che egli possedeva nei *bonae fidei iudicia*) avrebbe, prima di condannare il convenuto, imposto all'attore l'onere di garantire (*cautio*) che egli non avrebbe agito *ex lege Aquilia* per gli stessi fatti.

³⁶ Paul. D. 17, 2, 50; Paul. D. 44, 7, 34, 2. ANKUM, *Actions by which we claim a thing (res) and penalty (poena) in classical roman law*, in *BIDR*³, 24, 1982, 31 ss.; VALDITARA, *Superamento*, 1992, 187; 293 s.

³⁷ Vedi in part. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli, 1935 (ristampa corretta, 1958), 226 ss., che si rifà in part. a BINDING, *Die Normen und ihre Überbreitung* II, 2, Leipzig, 1916, 50 s.; vedi anche KASER, *Das römische Privatrecht*, I², 161 con la n. 62.

³⁸ Cfr. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, 35 s.

dell'*iniuria*. Questa scelta terminologica è chiaramente voluta, come conferma il testo del secondo capo, ove il carattere fraudolento – cioè doloso – dell'azione è espressamente indicato (*in fraudem stipulatoris*).

*Iniuria*³⁹ è un ablativo di modo e, in entrambi i luoghi in cui compare, esso qualifica il comportamento dannoso: abbiamo infatti '*si ... iniuria occiderit*' nel primo capo, e '*quod usserit fregerit ruperit iniuria*' nel terzo. Che cosa significasse *iniuria* è chiaro tanto considerando l'etimologia della parola⁴⁰ quanto leggendo la sequenza ulpiana che apre il commento al primo capo della legge, e che possiamo ricomporre utilizzando D. 9, 2, 3, D. 9, 2, 5 pr. e il successivo § 1, ma sostituendo alla fine del primo, al secondo ed alla prima parte dell'ultimo paragrafo la miglior versione di Coll. 7, 3⁴¹:

D. 9, 2, 3 (Ulp. 18 ad ed.): *Si servus servave iniuria occisus occisave fuerit, lex Aquilia locum habet....*

Coll. 7, 3 (Ulp. 18 ad ed.)⁴² 1: *Iniuria occisum esse merito adicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum. proinde si quis servam latronem occiderit, lege Aquilia non tenetur, quia iniuria non occidit. 2: Sed et quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit, non videbitur iniuria occidisse. proinde si furem nocturnum, quem lex diodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem aequae lex permittit, sed ita demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. et Pomponius dubitat, num haec lex non sit in usu. 3: Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur: sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut iniuria fecisse videatur: ergo etiam lege Cornelia tenebitur. 4: Iniuriam autem accipere hic nos oportet non, quemadmodum et circa iniuriarum actionem, contumeliam quandam, sed quod non iure factum est [hoc est contra ius], id est si culpa quis occiderit. [...]*

D. 9, 2, 5, 1 (Ulp. 18 ad ed.) ... *et ideo interdum utraque actio concurrat et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.*

Concentriamoci per ora sul § 4 del testo della Collatio, dove la nozione di *iniuria* viene direttamente spiegata: l'*iniuria* aquiliana è '*quod non iure factum est*', proposizione che viene spiegata due volte, in modo diverso: '*hoc est contra ius*' e '*id est*

³⁹ Per tutto quanto segue, il recente, autorevole consenso del NÖRR (*Causa mortis*, 125, n. 16) mi permette di rinviare a quanto scrivevo in *Per lo studio* (cit. alla n. 32), 304 ss.

⁴⁰ Vedi ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique*⁴ (rist.⁴), Paris, 1985, 329 (s.v. *ius*), che si rifà a Ulp. D. 47, 10, 1.

⁴¹ Si veda anche il passo, strettamente parallelo, che Ulpiano scriveva nel libro 56 ad ed. (Ulp. D. 47, 10, 1 pr.), spiegando la parola *iniuria* nel senso di *contumelia* in relazione al delitto di *iniuria*.

⁴² La Collatio indica il frammento come proveniente dal '*libro VIII ad edictum sub titulo si quaedrupes pauperiem dederit*'; il libro di provenienza (XVIII) è certo esatto nell'indicazione del Digesto.

si culpa quis occiderit. La seconda spiegazione, che riconduce l'*iniuria* alla *culpa*, lasciamola per il momento da parte: dovremo studiarla fra breve con attenzione speciale. Quanto alla prima spiegazione, essa contraddice con evidenza la definizione iniziale: *non iure* non equivale a *contra ius*; i due concetti sono assai diversi, perché mentre '*contra ius*' esprime il contrasto con i principi ovvero un principio dell'ordinamento, '*non iure*' esprime unicamente l'assenza di una giustificazione conforme ai principi dell'ordinamento. Ora, è chiaro che la parola '*iniuria*' in se stessa ha il secondo significato. Essa è formata col prefisso privativo *in-*, che corrisponde esattamente all' α privativo greco⁴³. Nel passo parallelo già citato (Ulp. D. 47, 10, 1), i luoghi che sono diretti a spiegare il termine fanno puntualmente allusione alla sola sua equivalenza a *non iure*: '*iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. hoc generaliter*'; '*cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam*'. Lo stesso atteggiamento si trova in I. 4, 4 pr. (*generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit*), un passo che proviene da Paolo (Coll. 2, 5, 1⁴⁴). Tanto basta per stabilire che '*hoc est contra ius*', benché compaia tanto in Coll. 7, 3, 4 quanto in D. 9, 2, 5, 1, debba considerarsi un glossema, presente nell'archetipo comune ai due passi⁴⁵. Con questa conclusione concorda, del resto, tutta la casistica del passo sopra riportato, alla quale si deve aggiungere quella nel Digesto inseritavi con i due paragrafi gaiani (7 *ad ed. prov.*) di D. 9, 2, 4, che per altro non fanno che anticipare la casistica ulpiana del frammento 5 pr.

Abbiamo anzitutto una casistica della legittima difesa. In questo senso va inteso non solo il caso di Coll. 7, 3, 2 (= Ulp. D. 9, 2, 5 pr.: *sed et quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit*), ma anche quello che Ulp. Coll. 7, 3, 1 descrive dicendo '*si quis servum latronem occiderit*' e che Gaio (Gai. D. 9, 2, 4 pr.) esprime più chiaramente inquadrandolo come caso di contegno non sanzionato perché reso lecito dalla presenza di quella causa di giustificazione (*si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: nam aduersus periculum naturalis ratio permittit se defendere*).

Anche i casi di Ulp. Coll. 7, 3, 2 sono ridotti ad un (unico) caso di legittima difesa nella prima parte di D. 9, 2, 5 pr., a causa di un rimaneggiamento compilatorio⁴⁶, che vi ha soppresso la citazione di Pomponio e modificato l'enunciato del ca-

⁴³ ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique*⁴ (rist.⁴), 311 (s.v. *in-*).

⁴⁴ La Collatio indica come provenienza '*Paulus, libro singulari et titulo de iniuriis*'.

⁴⁵ Secondo l'opinione, in particolare, di H.J. WOLFF, *Ulpian XVIII ad ed. in Collatio and Digest and the problem of postclassical edition of classical works*, in *Scritti Ferrini Milano*, IV, Milano, 1949, 78. Vedi, con altra lett., CANNATA, *Per lo studio*, cit., 307 s., n. 1.

⁴⁶ I compilatori paiono aver voluto evitare qui il problema della persistenza del vigore delle norme decemvirali, ma non le volevano dimenticare, perché lo stesso problema compare nel testo di Gaio, senza che dubbi di sorta vi siano affacciati: Gai. D. 9, 2, 4, 1: *Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdum autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequae clamore testificetur*.

so in *'et si metu quis mortis furem occiderit'*, per concludere rapidamente che *'non dubitatur quin lege Aquilia non teneatur'*. Come appare dalla Collatio, Ulpiano vedeva invece qui la possibile giustificazione del comportamento direttamente nella previsione decemvirale (tab. 8, 12; 13) della sua liceità (*lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere*), ed il dubbio di Pomponio in proposito dipendeva precisamente dal dubbio sulla persistenza attuale del vigore di quelle norme giustificatrici (*Pomponius dubitat, num haec lex non sit in usu*).

Questa prima interpretazione dell'*iniuria* aquiliana corrisponde senza dubbio all'idea del legislatore⁴⁷. Il criterio che permette la sanzione dei comportamenti previsti nel primo e nel terzo capo non è quello del loro carattere doloso, bensì quello della loro illiceità. Illiceità, si noti bene, non del danno cagionato, ma del comportamento dannoso. Il danno previsto consiste nella distruzione di una cosa altrui, e quindi nell'aggressione ad un diritto altrui, la quale è di per sé stessa illecita a meno che non avvenga in circostanze che la giustificano. Per questo l'illiceità aquiliana si presenta sotto la forma della mancanza di giustificazione secondo i principi dell'ordinamento (*iniuria*), e per questo la mancanza di giustificazione riguarda la condotta (*iniuria occidere, iniuria urere frangere rumpere*).

Ma se così vedeva le cose il tribuno Aquilio (certo non lui stesso, ma i giuristi che lo consigliavano, anzi che hanno concepito una legge così tecnica e tanto raffinata), la giurisprudenza procedette presto più oltre, maneggiando il criterio dell'*iniuria* in relazione ad una casistica che esso non parrebbe, in sé, atto a risolvere.

Prendiamo come punto di partenza il § 3 di Coll. 7, 3, dove si legge: *'Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur: sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut iniuria fecisse videatur'*. Ulpiano vi riprende uno dei casi connessi con le previsioni decemvirali, per trattarlo – a quanto sembra – indipendentemente dai dubbi di Pomponio. Comunque sia, egli vi introduce la novità consistente nella considerazione del caso in cui il soggetto abbia ucciso il ladro (si deve intendere: lo schiavo altrui ladro) colto in flagrante, quando invece potesse arrestarlo. In questo caso l'*iniuria* ritorna presente: il luogo è sintetico, ma quel che in simili casi si pensasse risulta perfettamente chiaro da un testo che ci riporta, per altro, al pensiero dei giuristi repubblicani:

D. 9, 2, 52, 1 (Alf. 2 Dig.): *Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat: quidam praeteriens eam sustulerat: tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulebat, num damnum iniuria non videtur dedisse,*

⁴⁷ Che quell'ablativo [sc.: *iniuria*] poteva all'origine avere il solo fine di escludere l'applicazione della pena quando l'uccisione avvenga *iure*, cioè a scopo di legittima difesa o di punizione del *fur nocturnus* o in altra ipotesi ammessa dall'ordinamento giuridico, era già stato visto da ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*², 227.

quoniam prior flagello percussus esset. respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere: sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri.

Come si vede, il problema dell'*iniuria* viene qui trasposto in termini di *culpa*; siamo in presenza, dunque, di quella terza nozione dell'*iniuria* che avevamo letto in Coll. 7, 3, 4: *Iniuriam autem accipere hic nos oportet ... si culpa quis occiderit*. La *culpa*, come si sa, esprime la riprovevolezza del comportamento; ora, desumere la colpa dall'*iniuria* (o, come fecero gli interpreti repubblicani della legge aquilia, creare la nozione di colpa desumendola da quella dell'illiceità) non consiste affatto in un'operazione lapalissiana: per cui dobbiamo cercar di ricostruire come quei giuristi vi siano pervenuti.

Incominciamo dall'esame del testo di Alfeno: senza indugiare nell'esegesi, è chiaro che, nell'episodio raccontato in D. 9, 2, 52, 1, fino al momento del pieno scatenarsi della rissa (*maiore rixa facta*) il *tabernarius* non si comporta che in modo pienamente giustificato, mentre il *quidam praeteriens* (che dobbiamo supporre essere uno schiavo) versa interamente in illecito. A quel momento, invece, se il *tabernarius* '*data opera effodisset oculum*', la giustificazione del suo contegno cesserebbe, come sarebbe cessata se già prima '*ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset*', perché da quel momento ogni danno prodotto allo schiavo *praeteriens* '*tabernarii culpa factum videri*'. Nelle fonti troviamo una messe di situazioni analoghe. Chi (Ulp. D. 9, 2, 7, 4) uccida un altro (il caso è presentato nel digesto come relativo all'*actio ex lege Aquilia utilis*) nel corso di una colluttazione sportiva, non uccide *inuria*; ma se nella lotta non si è comportato secondo le regole ('*si cedentem vulneraverit*') dovrà rispondere. Il medico (Ulp. Proc. D. 9, 2, 7, 8) che effettui un'operazione chirurgica su di uno schiavo, è del tutto giustificato per le ferite che così gli rechi, perché agisce in forza di un contratto concluso col *dominus*, ma siccome, in forza del medesimo contratto egli è tenuto a condursi secondo le regole della sua arte, risponde delle conseguenze '*si ... servum imperite secuerit*', così come (Gai. D. 9, 2, 8 pr.) risponderebbe (*securus non erit, sed culpa reus intellegitur*) qualora bensì '*bene secuerit*', ma abbia poi omesso le convenienti cure post-operatorie (*dereliquit curationem*). Le mule sono animali che possono risultare pericolosi, ma un *mulio* è perfettamente giustificato se le conduca in giro e non risponderà *ex lege Aquilia* dei danni che queste possano recare, anche se imbizzarrite; però '*si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit*' o anche '*si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit*' risponderà (*volgo dicitur culpa nomine teneri*): '*nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram*'; se le mule (come un'autocarro) vanno condotte da un tecnico (*mulio*), un cavallo (come un ciclomotore) può lecitamente essere condotto da chiunque, ma la persona che lo conduca risponderà pure se non riesca a controllare il proprio veicolo per imperizia o per il suo stato di

salute: *'idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit'*. Un artigiano (Ulp. Iul. D. 9, 2, 5, 3; Paul. eod., 6; Ulp. Iul. D. 19, 2, 13, 4; PSI XIV, 1449 R) può correggere anche a ceffoni il proprio apprendista indolente, ma se *modum non tenuit* risponde delle menomazioni fisiche cagionategli: *'praeceptoris enim nimia saevitia culpa adsignatur'*. Al *conductor* (Alf. D. 19, 2, 30, 2) è lecito caricare pesi sulle mule prese a nolo, ma se il contratto prevedeva un limite di carico egli risponderà, se lo abbia superato, ove gli animali ne risultino fiaccati, anche se il carico in se stesso poteva apparire – secondo un apprezzamento competente e diligente – idoneo ad essere sopportato.

Quel che accomuna tutti questi casi, è la circostanza che la condotta, dalla quale alla fine risulta un danno, è pienamente giustificata, ma l'elemento che la giustifica (la situazione di difesa legittima come nel caso del *tabernarius*, un contratto come nel caso del medico, dell'artigiano cui è stato affidato un apprendista, del *conductor* di mule; la prassi socialmente accettata, come nel caso del *mulio* o del cavaliere, ed anche – unitamente al consenso del *dominus*, se l'avversario sia uno schiavo – in quello del lottatore) impone al comportamento giustificato dei limiti (di varia provenienza: inerenti alla nozione stessa di legittima difesa, connessi con l'esercizio di un'attività tecnica come la medicina o la conduzione di muli e cavalli, contrattuali come il limite di carico delle mule), entro il rispetto dei quali solo vale la giustificazione da esso fornita. La *culpa* consiste nella condotta che viola quei limiti: essa verrà in considerazione in modo diverso, a seconda dei casi: l'eccesso nella legittima difesa implica il dolo, l'imperizia del medico o del *mulio*, così come la violazione del limite contrattuale al carico delle bestie prese a nolo, la si constata in modo puramente oggettivo, l'*infirmitas* del *mulio* realizza una negligenza professionale⁴⁸; in ogni caso, comunque, la colpevolezza della condotta in sé lecita la fa sortire dall'ambito del lecito perché le toglie la giustificazione che essa possedeva, sicché l'agente si ritrova ad operare *iniuria*.

Secondo l'impostazione che abbiamo adottata, la nozione di illiceità e quella di colpevolezza appaiono nettamente distinte: quella di illiceità è una nozione puramente negativa, perché corrisponde all'assenza di giustificazione della condotta che viola un diritto (*servum alienum iniuria occidere*); quella di colpevolezza è, invece, una nozione positiva, in quanto essa corrisponde ad un comportamento che viola delle regole di condotta (*maiore onere mulas rumpere*, nell'esempio di Alf. D. 19, 2, 30, 2). Ma resta il fatto che l'agire *culpa* è agire *iniuria* – perché la *culpa*, come si è visto, restituisce al comportamento del danneggiante l'illiceità che una causa giustificatrice gli aveva tolto – e, d'altro lato, che l'agire *iniuria*, anche nel significato iniziale di "agire senza giustificazione", è agire *culpa* ove si aggredisca un diritto altrui, poiché è riprovevole aggredire un diritto altrui senza giustificazione.

⁴⁸ Ulp. D. 9, 2, 5, 1: *igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere nolu-
luit.*

Possiamo esprimerci anche altrimenti, nel modo seguente. Chi danneggi la cosa altrui senza giustificazione o lo fa apposta o non lo fa apposta. Se lo fa apposta è in dolo, il che rappresenta un caso di colpevolezza; ma vediamo come possono porsi le cose se non lo fa apposta, cioè se il danno gli sia ascrivibile sotto il profilo del nesso causale ma non gli sia imputabile a titolo di dolo. Secondo i vecchi schemi, propri delle dodici tavole⁴⁹, l'evento non doloso è casuale; è chiaro che, negli schemi della legge aquilia, la condotta che casualmente sbocchi in un danneggiamento non è effettuata *iniuria*, il che significa che il *casus* rappresenta una causa di giustificazione; ma se il soggetto agente – colui, cioè, che ha posto in essere la serie causale che ha condotto al danno – ha in qualche modo modificato il concatenarsi casuale degli eventi con un contegno che non trova giustificazione, egli ha operato *iniuria*.

Con questa considerazione la costruzione dell'*iniuria* aquiliana risulta compiuta, e la nozione di *iniuria* è interamente ricondotta alla nozione di colpevolezza (dolo e colpa). Non possiamo sapere quando esattamente il passo fu compiuto: di certo assai presto, e in epoca repubblicana. Noi ne troviamo enunciato il risultato in modo preciso, nelle Istituzioni gaiane:

Gai. 3, 211: *Is iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.*

A questo punto risulta chiara, credo, l'affermazione di Ulpiano, che abbiamo letta in Coll. 7, 3, 4: *iniuriam autem accipere hic nos oportet ... quod non iure factum est ... id est si culpa quis occiderit.*

Noterò solo ancora, per finire, che dalla nozione di colpa aquiliana derivò anche quella di colpa contrattuale⁵⁰. In alcuni degli esempi fatti, come quello del medico e quello del conduttore di mule, la stretta connessione fra le due nozioni risulta evidente, e basta leggere i relativi testi per vedere espressamente preso in considerazione il duplice titolo della responsabilità. Ma il ponte di passaggio fu certo costituito dalla regola della *perpetuatio obligationis* nei casi di *certam rem dare oportere* dipendente da *stipulatio* o da legato *per damnationem*. A tale proposito, il ragionamento dei *veteres* appare essere stato il seguente: il debitore che deve lo schiavo Stico, ove lo uccida, non risponde *ex lege Aquilia* perché uccide lo schiavo proprio; ma, siccome egli ha ucciso un servo, se non giuridicamente, economicamente altrui (nello stesso senso in cui il denaro dovuto è *aes alienum*), è giusto che debba pagarne il valore al creditore, se l'uccisione ha avuto luogo per una delle cause per le quali egli risponderebbe *ex lege Aquilia*. Ciò significa che egli risponderà (in sede di *condictio* o di *actio ex testamento*) se abbia ucciso per colpa. Non posso ap-

⁴⁹ CANCELLI, *Il dolo nel diritto penale romano*, Milano, 1965, 10 ss.

⁵⁰ CANNATA, *Per lo studio*, cit., 304 ss. Per spunti in questo senso vedi già, in part. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*², 227 s.; MARTON, *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, in RIDA, 3 (1949 = *Mél. De Vischer* II), 182 ss.

profondire qui questo problema, che ho toccato unicamente per illustrare un aspetto dell'importanza "dogmengeschichtlich" della *lex Aquilia*. Noterò solo che il *servum occidere* dei testi in materia di *perpetuatio* riecheggia con evidenza l'*occidere* aquiliano (vedi ad es. Pomp. D. 45, 1, 23), che anche in tema di *perpetuatio* il *factum debitoris* che determina la morte dello schiavo deve essere colpevole, ma solo la colpa commissiva da luogo a responsabilità (Paul. D. 45, 1, 91 pr.) e infine che anche in quella sede troviamo la casistica delle cause di giustificazione che abbiamo visto analizzando la nozione di *iniuria* (Marcell. D. 45, 1, 96; Ulp. D. 30, 53, 3).

4. Originalità del secondo capo

Da quando si conosce il contenuto del secondo capo della legge⁵¹ (noto solo dalle Istituzioni gaiane, e quindi dalla scoperta di queste nel 1814), è d'uso notare che esso si pone come un corpo estraneo, che interrompe la logica normativa della coppia I+III capo. Un simile atteggiamento pare risalire già alla giurisprudenza romana, almeno a quella classica:

a) I giuristi classici parlano di desuetudine del II capo. Ci resta, in proposito, l'enunciato di Ulpiano (18 *ad ed.*), conservato in D. 9, 2, 27, 4 (*buius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit*)⁵² che forse nell'originale si dilungava di più sull'argomento, a simiglianza di

Gai. 3, 216: *Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur.*

Anche Gaio constata evidentemente la desuetudine del capo secondo: la sua precisazione che in suo luogo *sufficit l'actio mandati* significa appunto che a tale azione si fa al suo tempo normalmente ricorso, e la precisazione che *l'actio ex lege Aquilia* permette la condanna *in duplum adversus infitiantem* ha tutta l'aria di una semplice precisazione teorica opportuna in un libro di Istituzioni. L'errore storico di Gaio (secondo il quale il secondo capo sarebbe stato inutile fin dall'origine, perché egli pensa che all'epoca della *lex Aquilia* esistesse già *l'actio mandati*) non ci interessa qui come tale. Quel che ci interessa è che il secondo capo della legge cadde in desuetudine perché il problema che esso in origine risolveva venne invece risolto con una diversa azione, che non era un'azione penale, ma un'azione reipersecutoria. Il che lascia comprendere che i giuristi classici si erano comunque abituati a

⁵¹ Mi limito, in questo paragrafo sul secondo capo, ad una sola osservazione; per l'insieme dei problemi vedi CANNATA, *Considerazioni*, 1994.

⁵² Cfr. I. 4, 3, 12: *Caput secundum legis Aquiliae in usu non est.*

vedere l'*acceptilatio* fraudolenta dell'*adstipulator* sotto un profilo diverso dai danneggiamenti previsti nel primo e nel terzo capo della legge.

Ma v'è di più. Per le ragioni che vedremo, la giurisprudenza classica vedeva il terzo capo della legge come una norma di chiusura, nella quale, come dice ancora Gaio, si sanziona "ogni altro danno" rispetto a quanto nella legge previsto in precedenza (Gai. 3, 217: *Capite tertio de omni cetero damno cavetur*). Orbene, Ulpiano, riportando nel diciottesimo libro del suo commentario all'editto pretorio il testo del terzo capo (cfr. Ulp. D. 9, 2, 27, 5⁵³), vi inserisce un'annotazione estremamente significativa, scrivendo fra «*tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: 'ceterarum rerum' e 'si quis alteri damnum faxit ...'*» le parole '*praeter hominem et pecudem occisos*': ciò significa che mentre la legge intendeva per *ceterae res* lo schiavo e la *pecus* del primo capo e il credito del secondo, Ulpiano riallaccia invece interpretativamente il terzo capo al primo, senza più curarsi del secondo.

Ma così non era nel dettato originario, ove la struttura normativa era articolata nel modo seguente: soppressione di schiavo e animale altrui – soppressione di un credito altrui – soppressione di un'altra cosa altrui (sul punto torneremo fra breve), tre ipotesi differenziate per l'opportunità di differenziarne la sanzione ed anche, in parte (trattandosi per la seconda di ipotesi di contegno doloso), il regime.

Ciò lascia concludere che il legislatore del III secolo a.C. non trovava difficoltà a concepire sotto il profilo del danneggiamento la distruzione di un credito.

5. Sulla portata originaria del terzo capo

Da come ho riportato sopra (nel § II, 1) il testo del terzo capo della legge aquilia, si capisce che considero del tutto superata la corrente di pensiero iniziata dal Daube nel 1936⁵⁴, che proponeva di leggervi '*quanti ea res erit*' invece che '*fuit*'. La dimostrazione dell'inconsistenza sul piano testuale di tale tesi è stata fornita puntualmente dall'Ankum⁵⁵; credo si possa anche dimostrare (come spero di poter fare fra non molto) che la lezione '*erit*' non conduce a risultati pratici coerenti. Lasciamo comunque da parte questo problema: noterò solo che la tesi del Daube, se ha avuto il merito di suscitare un notevole risveglio d'interesse per il testo della legge aquilia, ha nel contempo – trattandosi di una tesi diretta ad adeguare il tenore del testo legislativo alla previsione del ferimento di schiavi ed animali – distolto l'attenzione dal vero significato originario del terzo capo. Infatti, non molto prima che il Daube intervenisse con la sua nuova tematica, il Jolowicz⁵⁶ – tosto, per altro,

⁵³ Il testo è riportato integralmente più avanti, all'inizio del § 4.

⁵⁴ DAUBE, *On the third chapter*, 1936.

⁵⁵ ANKUM, *Quanti ea res erit*, 1983.

⁵⁶ JOLOWICZ, *The original scope*, 1922, 220 ss.; un vago spunto in senso analogo può scorgersi ancora presso HONORÉ, *Linguistic and social context*, 1972, 143.

criticato dal Lenel⁵⁷ – aveva visto che la lettura attenta del testo del III capo porta a concludere che il suo valore originario si discostava profondamente da quel che ne fece la giurisprudenza, la quale, come si sa, lo considerò come una norma relativa a tutte le ipotesi, non previste nel primo capo, di danneggiamento di cose materiali (le cosiddette, o dette da Gaio, *res corporales*) e cioè a tutte le ipotesi di danneggiamento di cose, compresi quelli che non ne cagionassero la distruzione, quindi, in particolare, anche ai ferimenti di schiavi e animali.

Questa interpretazione della giurisprudenza classica (ma già, come vedremo, della giurisprudenza repubblicana) Ulpiano la sintetizzava già nel modo in cui, aprendo la trattazione del capo terzo nel suo diciottesimo libro *ad edictum*⁵⁸, ne riportava il testo:

D. 9, 2, 27, 5 (Ulp. 18 ad ed.): *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: 'Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res [erit] <fuit> in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto'.*

Che '*praeter hominem et pecudem occisos*' rappresenti un'aggiunta interpretativa di Ulpiano, lo si sa almeno fin dai tempi del Pernice⁵⁹, e si vede subito, solo che si legga il testo con la dovuta attenzione, che l'interpretazione espressa nell'inciso così aggiunto era un'interpretazione – rispetto al tenore del testo – innovativa. Il terzo capo si presentava come l'enunciato di una norma relativa alle *ceterae res*, e cioè alle cose che non erano né lo schiavo o la *pecus* del primo capo, né la *pecunia*, intesa come credito, del secondo. Scrivendo '*ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos*' Ulpiano intende l'allusione alle *ceterae res* in tutt'altro senso: anzitutto egli dà al vocabolo *res* il senso non di "cose", ma di "casi"; in secondo luogo tali *res* divengono *ceterae* non rispetto a tutto quanto nella legge precede (come il testo originario non poteva invece non significare), ma solo rispetto ai casi del primo capo: il che egli poteva fare perché evidentemente scriveva seguendo non il filo logico della legge, ma quello della sua propria trattazione, nella quale il secondo capo era liquidato con poche parole che informavano (forse con un breve chiarimento che i compilatori hanno soppresso) della sua desuetudine (D.9, 2, 27, 4; LENEL, *Pal.*, Ulp. *ad ed.*, fr. 622).

Privato delle parole '*praeter hominem et pecudem occisos*', il testo enuncia la fattispecie normativa dicendo: '*Ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria*', come lo abbiamo proposto nella nostra ricostruzione.

⁵⁷ Nella recensione a Jolowicz, 1922, 575 ss.: la critica del Lenel si basa tuttavia sulla difficilmente sostenibile ipotesi che il testo del terzo capo della *lex Aquilia* si iniziasse con le parole '*si quis alteri damnum faxit*' e quindi non contenesse '*ceterarum rerum*'. Sul punto vedi le considerazioni di HONORÉ, *Linguistic and social context*, 1972, 141 ss.

⁵⁸ LENEL, *Pal.*, II, 527 (Ulp. *ad ed.*, fr. 623).

⁵⁹ PERNICE, *Zur Lebre*, 1867, 14 s.

Ora, l'enunciato contiene l'espressione *damnum facere (alicui) alicuius rei*. Il genitivo '*alicuius rei*' ha stupito il Cardascia⁶⁰, ma esso risulta strano solo se si vuol dare alla frase il senso di "cagionare un danno alla cosa altrui", mentre è perfettamente coerente se della frase si intende il senso esatto, che è quello di "cagionare ad altri il danno di una cosa", vale a dire un danno consistente nella perdita di quella cosa.

La conclusione che si trae da tutto ciò – vale a dire che il terzo capo non era in origine concepito per sanzionare anche i danneggiamenti non distruttivi di qualunque cosa materiale, ma unicamente la distruzione delle cose non previste nei capi precedenti – è confermata dalla constatazione, invero già di per se stessa decisiva, che la pena del terzo capo è sempre, come nel primo, il valore integrale della cosa (*quanti ea res fait*), poiché ciò prova senz'ombra di dubbio che all'ipotesi prevista corrispondeva la necessità di un risarcimento totale. E ancora, il termine di trenta giorni come periodo di riferimento per il calcolo del valore della cosa danneggiata e l'assenza della precisazione '*plurimi*' (Gai. 3, 218; Ulp. D. 9, 2, 29, 8), provano ancora limitatamente al punto che il terzo capo non poteva riferirsi in alcun modo a schiavi e *pecudes*: per questi beni il primo capo prevedeva una pena nel maggior valore della cosa durante l'anno precedente in quanto essi erano soggetti a variazioni stagionali nel prezzo, dovuta alla variazione stagionale della relativa domanda⁶¹. Ora, sarebbe assolutamente insensato pensare che il legislatore, che si era così attentamente preoccupato di tale considerazione economica nel redigere il primo capo, se ne fosse poi disinteressato redigendo il terzo: uno schiavo bracciante mutilato di una gamba deve essere sostituito tal quale uno schiavo morto.

In conclusione, il terzo capo della legge aquilia non si riferiva del tutto a schiavi e *pecudes* e non sanzionava che la distruzione delle *ceterae res*: perciò vi era prevista come pena una somma corrispondente al valore integrale della cosa e non si teneva conto della variabilità stagionale di tale valore. Il termine di 30 giorni per il calcolo di questo assume, senza il *plurimi*, un carattere del tutto diverso da quello dell'anno del primo capo. Il terzo capo voleva esprimere l'idea che la pena doveva essere misurata sul valore che la cosa aveva quando venne distrutta, ma nel far ciò doveva chiarire che si trattava del valore della cosa prima che essa fosse distrutta e cioè "nel tempo immediatamente precedente la sua distruzione". Precisando tale tempo in 30 giorni, la legge individuava un lasso sufficientemente ampio perché non sorgessero difficoltà nella prova che l'attore doveva fornire in proposito, e sufficientemente breve perché il riferimento temporale risultasse abbastanza preciso.

L'assenza di previsione del danneggiamento non distruttivo rappresentò, agli occhi della giurisprudenza successiva, un'autentica lacuna della *lex Aquilia*, sicché essa provvide tosto ad includervi la relativa ipotesi per via interpretativa. Il più antico responso che riguarda la legge si riferisce infatti a questo tema: si tratta del re-

⁶⁰ CARDASCIA, *La portée primitive*, 1974, 60.

⁶¹ CARDASCIA, *La portée primitive*, 1974, 62 s.

sponso di Bruto, che già ci ha fornito un *terminus ante quem* per la datazione della legge, e che è riportato in

D. 9, 2, 27, 22 (Ulp. 18 ed.): Si *mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia <te> teneri quasi rupto*.

La via, che percorrerà la giurisprudenza successiva per risolvere i problemi del danneggiamento non distruttivo, è qui già indicata nelle sue linee di base: benché l'aggressione presa in considerazione da Bruto sia stata diretta contro una schiava o una *pecus*, la decisione è basata sul terzo capo e, nell'ambito della fattispecie del terzo capo, vi si fa leva sulla nozione di *rumpere*. A parte ciò, la tecnica messa in opera da Bruto può apparire diversa da quella successiva. Il pensiero del giurista appare comunque difficile da interpretare. Egli dice che, nel caso, colui che ha sferrato il colpo risponde *ex lege Aquilia* in quanto (*quasi*) qualcosa è stato *ruptum*. Ciò significa che la rispondenza è *ex capite tertio*; ma qual'è, per Bruto, l'oggetto *ruptum*? Una prima ipotesi sarebbe che Bruto identificasse tale oggetto nella schiava o la cavalla gravide: in questo caso l'espressione '*quasi rupto*' – maschile o piuttosto neutra – andrebbe intesa come generale e corrispondente a "in quanto vi è stato un *rumpere*". L'idea sarebbe dunque che il provocato aborto realizza un ferimento della schiava o della cavalla gravide, e che il ferire è un *rumpere*. In questo caso Bruto si porrebbe già del *tutto* nella linea della giurisprudenza successiva, che interpretava la locuzione *ceterae res* del terzo capo come "altri casi", e che quindi riferiva tale capo anche ai ferimenti degli oggetti previsti nel primo. Ma una seconda interpretazione è possibile, se si intenda *quasi rupto* come riferito al feto⁶², magari pensando che Bruto avesse scritto proprio *quasi rupto fetu*, la parola essendo caduta in seguito, prima di Ulpiano, o presso di lui o nelle vicende successive della tradizione dei *libri ad edictum*, ovvero pensando che *fetu* fosse già originariamente sottinteso. Questa interpretazione comporta di ammettere che Bruto considerasse il feto come cosa autonoma rispetto alla madre, che non lo considerasse essere umano o *pecus*, e che ravvisasse tra il colpo inferto alla madre e la morte del feto il nesso di causalità necessario per fondare l'*actio ex lege Aquilia*. Ma, tra le due interpretazioni mi sembra esser la prima la più aderente al tenore del testo, nel quale come fatto dannoso (causa) ed effetto (danno) vengono rispettivamente individuati il colpo (*pugnis vel ictus*) e l'aborto (*si eiecerit*) della femmina (*mulier vel equa*) colpita (*a te percussa*): il feto non viene dunque in considerazione che come, per così dire, elemento dell'evento che concerne la femmina. Che questa sia la soluzione giusta del dilemma è confermato dal fatto che la corrispondente interpretazione dei fatti fu poi adottata anche da Quinto Mucio, che è ben pensabile riprendesse con ciò il pensiero di Bruto:

⁶² Si veda il Digesto milanese (ad h.l.).

D. 9, 2, 39 pr. (Pomp. 17 ad Q.M.): *Quintus Mucius scribit: equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat eiecit: quaerebatur, dominus eius possente cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse.*

Se le cose stanno così, ciò significa che già all'epoca dei *fundatores* il terzo capo della legge aquilia era stato esteso interpretativamente a comprendere i danneggiamenti non distruttivi.

Tale fu, comunque, la costruzione della giurisprudenza successiva⁶³, che operò in particolare interpretando *rumpere* come *corrumpere*, atteggiamento che sappiamo per certo esser già stato dominante presso i *veteres*:

D. 9, 7, 27, 13 (Ulp. 18 ad ed.): *Inquit lex 'ruperit'. rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt 'corruperit'.*

Ora, siccome *corrumpere* significa danneggiare in qualunque modo⁶⁴, è chiaro che il *ruperit*, inteso come *corruperit*, era destinato a diventare il verbo generale⁶⁵ per l'individuazione della fattispecie sanzionata nel terzo capo⁶⁶: esso comprende le ipotesi di distruzione e serve anche ad includere ipotesi di danneggiamento non distruttivo⁶⁷.

⁶³ Vedi la sintesi di Gai. 3, 217, testo trascritto male nel Veronese e da restaurarsi in conformità con I. 4, 3, 13.

⁶⁴ Impreciso, a questo proposito, ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique*⁴ (rist.⁴), 581 (s.v. *rumpo*).

⁶⁵ In epoca classica si dà ormai spesso al verbo *rumpere* direttamente il senso di *corrumpere*, come in Ulp. Coll. 2, 4, 1 (cfr. D. 9, 2, 27, 17); vedi anche Ulp. D. 9, 2, 27, 18 (*Si quis vestimenta sciderit vel inquinaverit, Aquilia quasi ruperit tenetur*); Ulp. D. 47, 7, 7, 2 (*Si quis radicitus arborem evellerit vel exstirpaverit, hac actione non tenetur: neque enim vel caedit vel succidit vel subsecuit: Aquilia tamen tenetur, quasi ruperit*). Anche in queste costruzioni con *quasi* (che non va inteso come indicazione di applicazione analogica, ma nel senso di "in quanto": la casistica è stata segnalata dal MCLEOD in una comunicazione presentata al congresso SIHDA di Oxford 1993: *Quasi rumpere in the Development of Aquilian Liability*) si distingueva talora il *rumpere* puro e semplice dal *corrumpere*; si vedano: Ulp. Viv. D. 9, 2, 27, 24 (*Si navem venaliciarum mercium perforasset, Aquiliae actionem esse, quasi ruperit, Vivianus scribit*); Ulp. D. 10, 2, 16, 5 (*Denique ait, si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit vel interleverit, teneri quidem lege Aquilia, quasi corruperit: non minus autem etiam familiae erciscundae iudicio*). Ulp. D. 47, 2, 31 pr. (*Sed et si imaginem quis vel librum deleverit, et hic tenetur damno iniuriae, quasi corruperit*).

⁶⁶ Gai. 3, 217: *... si quid enim ustum aut ruptum aut fractum <fuerit>, actio hoc capite constituitur, quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum <enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum> est ...*; Ulp. Cels. D. 9, 2, 27, 16: *Et non negat fractum et ustum contineri corrupti appellatione, sed non esse novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subiciat verbum, quo specialia complectatur: quae sententia vera est.*

⁶⁷ Gai. 3, 217: *... unde non solum usta [aut rupta] aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo vitiata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur.* Vedi anche Ulp. Cels. D. 9, 2, 27, 14 *... alia quaedam species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex Aquilia locum habeat ...* (testo che esclude certe ipotesi, per le quali vedi però Ulp. D. 9, 2, 27, 20: *Item si quis frumento harenam vel aliud quid immiscuit, ut difficilis separatio sit, quasi de corrupto agi poterit*); Ulp. Cels. D. 9, 2, 27, 15:

Ma, una volta stabilito che il terzo capo comprendeva anche i danneggiamenti non distruttivi, si doveva trovare un modo per calcolare la *poena legis Aquiliae* in tali casi, un modo diverso da quello previsto dalla legge. Già nel caso di Bruto (Ulp. Brut. D. 9, 2, 27, 22) e Quinto Mucio (Pomp. Q. Muc. D. 9, 2, 39 pr.) relativo al procurato aborto della giumenta, è inverosimile attribuire ai due giuristi l'idea che l'autore del danno si dovesse veder condannato a pagare il valore intero dell'animale: e se circa l'esistenza dei presupposti per una soluzione del genere possiamo aver dubbi quanto a Bruto – perché è possibile, anche se improbabile, pensare che per lui l'oggetto *ruptum* fosse il feto – per Quinto Mucio non sussistono dubbi di sorta, in quanto egli diceva espressamente che il soggetto andava condannato *quia equam in iciendo ruperat*. Come decidessero i giuristi tardo-classici lo sappiamo, da un testo della *Collatio*: testo praticamente insospettabile, anche per il fatto di essere stato escerpito pure nel digesto, dove presenta varianti di poco conto (ma che pur sempre dimostrano che quella della *Collatio* è una lettura migliore) ed un'interpolazione sostanziale (che non riguarda per altro il nostro problema)⁶⁸:

Coll. 2, 4, 1 (Ulp. 19 ad ed.): *Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis vel loris vel pugnibus caedit, vel telo quove alio vis genere sciderit hominis corpus vel tumorem fecerit: sed ita demum, si damnum datum est. ceterum si nullo servum pretio viliores deterioresve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum. ergo et si pretio quidem non sit deterior factus servus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec nec mihi videri damni Aquilia lege agi posse.*

Dicendo che le spese mediche non potevano venire in considerazione se il ferimento dello schiavo non aveva cagionato una diminuzione del suo valore commerciale ('*si nullo servum pretio viliores deterioresve fecerit, Aquilia cessat*'; '*si pretio quidem non sit deterior factus servus*'), il giurista non può che partire dal presupposto che, ove l'atto lesivo avesse cagionato tale deprezzamento, la *poena* sarebbe stata calcolata sommando la valutazione della diminuzione di valore dello schiavo e l'entità delle spese mediche. Questa conclusione è confortata da Ulp. Iul. D. 9, 2, 5, 3+7 pr.:

Cum eo plane, qui vinum spurcavit vel effudit vel acetum fecit vel alio modo vitiauit, agi posse Aquilia Cel-sus ait, quia etiam effusum et acetum factum corrupti appellatione continentur. Ulp. D. 9, 2, 29, 7: Magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, posse Aquilia teneri. ... item si dum putat se ex lege capere pignus, non ex lege ceperit et res tritas corruptasque reddat, dicitur legem Aquilianam locum habere ... Iul. D. 9, 2, 42: Qui tabulas testamenti depositas aut alicuius rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit, depositi actione et ad exhibendum tenetur, quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit. legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit: corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit.

⁶⁸ Ulp. D. 9, 2, 27, 17: *Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis vel loris vel pugnibus [cecidit] <caedit>, vel telo [vel quo] <quove> alio [, ut scinderet alicui] <vis genere sciderit hominis> corpus, vel tumorem fecerit, sed ita demum, si damnum [iniuria] datum est: ceterum si nullo servum pretio viliores deterioresve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum [dumtaxat: Aquilia enim eas ruptiones, quae damna dant, persequitur]. ergo etsi pretio quidem non sit deterior [servus factus] <factus servus>, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec <nec> mihi videri [damnum datum: atque ideoque lege Aquilia] <damni Aquilia lege> agi posse.*

D. 9, 2, 5, 3 (Ulp. 18 ad 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 filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. dicit igitur 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:*

D. 9, 2, 6 (Paul. 22 ad ed.): *Praeceptoris enim nimia saevitia culpa adsignatur.*

D. 9, 2, 7 pr. (Ulp. 18 ad ed.): *Qua actione patrem consecutum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit.*

Il passo si riferisce ad un'applicazione dell'*actio ex lege Aquilia utilis* (cfr. lo scolio alla seconda frase di PSI 1449 R⁶⁹): il criterio del lucro cessante sostituisce – nel caso del ferimento del *filiusfamilias* – quello della diminuzione del *pretium* dello schiavo, e ad esso si aggiungono le *impendia, quae pro eius curatione fecerit*. Il testo prova anche per Giuliano, il pensiero del quale è riferito pure in D. 9, 2, 7 pr. (*ait*).

Come e quando si sia giunti ad impiegare criteri di questo genere per la valutazione dei danni consistenti in danneggiamenti non distruttivi, non ci è dato saperlo. I testi letti ci permettono di risalire da Ulpiano a Giuliano, fino al quale pure ci riconducono i testi in cui si tratta dell'impiego dell'*actio ex lege Aquilia* in caso di danneggiamento di documenti, consistente nella cancellazione di quanto vi è scritto⁷⁰. Il testo centrale in proposito è

D. 9, 2, 41 pr. (Ulp. 41 ad Sab.): *Si quis testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat, videamus. et Marcellus libro quinto digestorum dubitans negat competere. quemadmodum enim, inquit, aestimatio inibitur? ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest eius aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatariis diversum, quibus testamenta paene chirographa sunt. ibidem Marcellus scribit chirographo deleta competere legis Aquiliae actionem. sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta tudiciorum publicavit.*

⁶⁹ Che può leggersi anche in CANNATA, *Alcune osservazioni ed ipotesi su PSI 1449*, in AG, 159, 1960, 26, n. 1.

⁷⁰ Secondo il Valditara, che si è da ultimo occupato di questi testi (VALDITARA, *Superamento*, 1992, 124-137), il criterio di Giuliano, seguito da Gaio e Marcello, sarebbe stato ancora qui quello del "prezzo formale", per il quale il proprietario delle tavole danneggiate avrebbe ottenuto il valore delle tavole più quello dell'entità patrimoniale (eredità, credito) perso a causa della perdita del documento. Solo Ulpiano avrebbe (anche qui) impiegato il criterio dell'interesse.

Non si deve cadere in errore⁷¹ nell'interpretare il pensiero di Marcello, espresso all'inizio del passo. Con le parole *'quemadmodum enim, inquit, aestimatio inibitur?'*, il giurista non voleva dire che, siccome la cancellazione non danneggia materialmente le *tabulae* testamentarie, sarebbe venuto a mancare il danno consistente nel *pretium rei*, presupposto essenziale per poter prendere in considerazione la *causa*, cioè – in questo caso – il lucro cessante consistente nel valore dell'eredità: per cui egli avrebbe ancora negato al proprietario delle *tabulae* l'azione aquiliana, che invece potrà accordare Ulpiano, che si valeva ormai del criterio dell'interesse. Se così fosse, non si comprenderebbe come mai lo stesso Marcello, e nello stesso luogo del quinto libro dei suoi *digesta* (*ibidem*), ammettesse l'azione aquiliana *chirographo deletio*. La soluzione negativa di Marcello in caso di cancellazione delle tavole testamentarie dipendeva unicamente dal fatto notato da Ulpiano: che Marcello si esprime in generale, ma il suo discorso in realtà non si riferiva che alle tavole che si trovavano presso il testatore ancora in vita. Da ciò si desume che tanto per Marcello quanto per Ulpiano, rispetto a questa casistica della distruzione di documenti, per "documento" non si intendeva un pezzo di legno opportunamente lavorato, bensì un pezzo di legno opportunamente lavorato e poi scritto, che nel suo insieme costituiva un mezzo di prova⁷², e come tale doveva essere considerato al fine di determinarne il valore. Un documento cancellato è una *res corrupta* in quanto compromessa in relazione alla sua funzione, e non in quanto resa inidonea al suo impiego materiale:

D. 9, 2, 42 (Iul. 48 dig.): *Qui tabulas testamenti depositas aut alicuius rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit, depositi actione et ad exhibendum tenetur, quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit. legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit: corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit.*

Un documento cancellato non è dunque un documento *corruptum* nella sua materialità, e a torto il Valditara pensa che per Giuliano, nel caso proposto⁷³ dal testo ora letto, il convenuto con l'azione aquiliana dovesse liquidare un valore dell'og-

⁷¹ Voglio chiarire che con quanto sto dicendo a questo punto non critico il Valditara, il cui discorso sul passo è diversamente impostato (VALDITARA, *Superamento*, 1992, 132 ss.).

⁷² Cfr. Gai. D. 2, 13, 10, 3: *Cum autem in id actio competit, quanti agentis intersit editas sibi rationes esse: eveniet, ut, sive quis condemnatus sit sive quod petierit non optinuerit eo, quod non habuerit rationes ex quibus causam suam tueri possit, id ipsum, quod ita perdidit, hac actione consequatur. sed an hoc procedat videamus: nam si apud hunc iudicem, qui inter eum et argentarium iudicat, potest probare se illo iudicio, quo victus est, vincere potuisse, poterat et tunc probare: et si non probavit aut probantem iudex non curavit, de se ipso aut de iudice queri debet. sed non ita est. fieri enim potest, ut nunc, rationes vel ipso edente vel alio modo nactus, aut aliis instrumentis vel testibus, quibus illo tempore aliqua ex causa uti non potuit, possit probare potuisse se vincere. sic enim et de cautione subrepta aut corrupta competit condictio et damni iniuriae actio: quia quod ante non potuimus intercepta cautione probare et ob id amisimus, hoc nunc aliis instrumentis aut testibus, quibus tum uti non potuimus, probare possumus.* VALDITARA, *Superamento*, 1992, 131 s., n. 350.

⁷³ Cioè nel caso delle tavole testamentarie: l'autore (VALDITARA, *Superamento*, 1992, 125), non capisco perché, considera insiticia nel passo l'allusione al *rei instrumentum*.

getto che in questo caso era comprensivo del valore della *res* danneggiata più la sua causa, rappresentata questa dal valore dell'eredità⁷⁴: il valore dell'eredità coincide qui col valore della *res* danneggiata, perché, sul piano materiale, di *res* danneggiata non ve n'è alcuna⁷⁵.

Tanto basta, comunque, per stabilire che al tempo di Giuliano i giuristi operavano, per calcolare la pena *ex capite tertio* in caso di danneggiamento non distruttivo, con il criterio dell'interesse (o, se si vuole, adottando la nozione del Valditara, del prezzo formale): e lo facevano già con grande agilità e sicurezza. Sicché se ne desume che il relativo metodo doveva essere, all'epoca, già da tempo acquisito. Pensando in termini di astratta coerenza logica, si direbbe anzi che un simile esercizio si sia reso necessario prima sul capo terzo che non sul primo, in quanto il terzo capo impose tosto di applicare una norma che prevedeva una pena corrispondente al valore intero della cosa a casi in cui la condanna a tale valore intero non aveva senso. V'è però un indizio, che lascia presumere che il punto di partenza sia stato rappresentato dal primo capo.

Sappiamo con certezza che il terzo capo della legge indicava come criterio per calcolare il valore della cosa quello del suo valore negli ultimi trenta giorni, e che si esprimeva in proposito senza impiegare il termine *plurimi*, che invece si leggeva nell'analogo luogo del primo capo; sappiamo anche che la giurisprudenza classica riteneva il *plurimi* sottinteso nel terzo capo:

D. 9, 2, 29, 8 (Ulp. 18 ad ed.): *Haec verba: 'quanti in triginta diebus proximis fuit', et si non habent 'plurimi', sic tamen esse accipienda constat.*

E Gaio ci informa che tale già era l'opinione di Sabino: anzi, secondo Gaio, si tratterebbe proprio di una proposta interpretativa di Sabino:

Gai. 3, 218: *Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus xxx proximis ea res fuerit, damnatur is, qui damnum dederit. ac ne 'plurimi' quidem verbum adicitur, et ideo quidam putaverunt liberum esse iudici ad id tempus ex diebus xxx aestimationem redigere, quo plurimi res fuit, vel ad id, quo minoris fuit. sed Sabino placuit proinde habendum ac si etiam hac parte 'plurimi' verbum adiectum esset: nam legis latorem contentum fuisse, quod prima parte eo verbo usus esset.*

La giustificazione che Gaio dà dell'innovazione interpretativa sabiniana sembrerebbe, da quanto egli scrive, la seguente: il testo originale del terzo capo aveva permesso ad alcuni giuristi di sostenere che un giudice, che si trovasse a giudicare in base ad esso, avrebbe potuto calcolare la pena riferendosi a qualunque momen-

⁷⁴ VALDITARA, *Superamento*, 1992, 130.

⁷⁵ Lo stesso Valditara, trattando di Ulp. Marcell. D. 9, 2, 41 pr., sostiene che in seguito a «la cancellazione delle disposizioni testamentarie scritte sulla cera il testatore conservava il valore delle tabulae» (VALDITARA, 135 s.). Il valore delle tavole in se stesse viene invece in considerazione, ovviamente, in caso di furto: Ulp. D. 47, 2, 27 pr.; Paul. D. 47, 4, 32.

to compreso nel periodo di trenta giorni precedenti il danneggiamento, ottenendo così un risultato suscettibile di variazioni arbitrarie; l'intervento di Sabino era orientato a contrastare una tale interpretazione, mediante la fissazione di un criterio interpretativo che conducesse ad un risultato univoco; tale criterio fu il più logico, e cioè quello di estendere al terzo capo il criterio già legislativamente adottato nel primo. Un simile discorso è solo apparentemente calzante: il termine di trenta giorni, come già si è visto, non può che avere il senso di permettere all'attore, che deve provare il valore della cosa, di riferirsi a qualunque momento compreso nei trenta giorni in questione; è chiaro che, in questo modo, se una variazione di valore c'è stata, l'attore si sforzerà di provare con riguardo al momento di valore più alto. Così stando le cose, l'intervento di Sabino non avrebbe fatto che confortare, e con un argomento interpretativo del tutto superfluo, una prassi già corrente. Non si vede dunque come quest'opinione sabiniana avrebbe potuto acquistare il rilievo che sembrerebbe abbia avuto. Ad una conclusione più verosimile si giungerebbe invece tenendo conto dei dati seguenti: a) il vero problema posto dal terzo capo è quello del modo di valutazione dei danneggiamenti non distruttivi, per i quali non risulta normalmente appropriata una condanna al valore della cosa; b) l'apprezzamento libero, cioè orientato nel senso della valutazione dell'interesse dell'attore (anche nella sua veste di criterio del prezzo formale) era – ciò risulta chiaro dalla gran parte delle fonti – strettamente legato all'idea della determinazione di *'quanti ea res plurimi fuit'*: il *'plurimi'* assume dunque, per il primo capo, il ruolo di indice della presenza di un potere discrezionale del giudice nell'apprezzamento del danno. Supporre l'esistenza del *'plurimi'* anche nel terzo capo significava dunque estendere ad esso l'esercizio di tale potere discrezionale, che avrebbe permesso di calcolare opportunamente la pena nei casi di danneggiamento non distruttivo. Questo modo di vedere implicherebbe, in primo luogo, di accettare che l'impiego del criterio dell'interesse o del prezzo formale, ma, questo, inteso in modo meno rigido di quanto lo ha costruito il Valditara, risalga ad un'epoca alquanto più antica di quanto lo stesso autore propone; in secondo luogo di pensare che, per un certo tempo, il calcolo della pena per i danneggiamenti non distruttivi sia stato fatto con criteri puramente empirici, finché, con Sabino o poco prima di lui (Sabino avrebbe potuto infatti semplicemente fornire un argomento interpretativo per dare dimensione di conformità legislativa ad una prassi già in vigore), si arrivò ad uniformare i criteri di determinazione della pena, si trattasse del primo o del terzo capo.

6. *L'obbligazione da fatto illecito extracontrattuale*

Da quanto abbiamo detto appare, credo, evidente che la *lex Aquilia* presentava, al momento della sua promulgazione, un notevole carattere di novità. Essa sanzionava alcune fattispecie previste per la prima volta: ma su questo punto non possiamo pronunciarcene con sufficiente certezza, se non con riguardo al contenuto – certamente del tutto nuovo – del secondo capo, in quanto la nostra conoscenza frammentaria delle dodici tavole ci impedisce di sapere quanto di nuovo fosse effettiva-

mente compreso negli enunciati normativi del primo e del terzo. Neppure sappiamo se e quanto dei casi previsti dal plebiscito aquilio fosse già prima sanzionato mediante impiego dell'*actio furti*, che appare aver rappresentato per un certo tempo una sorta di valvola di sfogo per colmare lacune nel sistema sanzionatorio dei fatti illeciti. Ma il vero carattere innovativo della *lex Aquilia* non va misurato sull'estensione oggettiva delle sue previsioni, quanto sul loro carattere.

Già il carattere generale della previsione – proprio della *lex Aquilia* se è vero quanto abbiamo concluso a proposito della norma decemvirale sulle *rupitiae* – rappresenta una novità. Tale carattere generale trova la sua base nel testo del terzo capo, e precisamente nell'espressione '*si quis alteri damnum faxit*'; le parole '*quod userit fregerit ruperit*', che seguivano, limitavano tale carattere generale ai danni a cose materiali, e il '*ceterarum rerum*' scritto prima faceva sì che tanto la norma del primo capo quanto quella del secondo si ponessero come norme speciali rispetto a quella del terzo capo: quella del primo per una previsione speciale relativa al calcolo della pena, quella del secondo per il carattere speciale della fattispecie. Ma la più notevole innovazione della *lex Aquilia* consiste nell'aver, per i danni alle cose materiali, abbandonato il criterio del dolo per sostituirlo con quello dell'*iniuria*.

Altra innovazione rilevante fu quella del modo di concepire la pena, sul quale dobbiamo ora soffermarci.

Come ho già detto, l'incertezza circa la data della legge non ci permette di ricercare i moventi socio-economici puntuali; ma i modi del calcolo della pena possono suggerirci un motivo tecnico-giuridico dell'intervento normativo. La spia ne è soprattutto la norma del primo capo. Con la sua previsione del *quanti ... in eo anno plurimi fuit*, cioè la presa in considerazione delle variazioni stagionali del valore di schiavi e *pecudes*, essa rivela chiaramente l'intento di assicurare all'attore, mediante la pena, un congruo risarcimento della perdita subita. Possiamo congetturare in proposito che il tribuno Aquilio (continuo a personificare così il legislatore) tale criterio non se lo sia inventato, ma si sia rifatto ad una prassi già in uso per il calcolo del valore di tali cose in sede di *condictio certae rei* e – se all'epoca della *lex Aquilia* già si praticava tale azione secondo il rito formulare – di *rei vindicatio*. Comunque sia di ciò, la preoccupazione di commisurare l'ammontare della pena ad un valore di risarcimento rivela chiaramente che il legislatore concepiva l'azione aquiliana come azione caratterizzata da una funzione strettamente patrimoniale. Il carattere penale dell'azione – carattere che abbiamo visto essere certo fin dall'origine – assume così una coloritura tutta speciale: si ricorre qui alla pena non tanto allo scopo di punire il reo, quanto allo scopo di soddisfare il danneggiato; e se, per far ciò, si ricorre ad una struttura penale, lo si fa in quanto una struttura reipersecutoria non è reperibile. Poniamo che X sia proprietario di una cosa: se la cosa gli sia stata rubata da Y egli potrà recuperarla con la *rei vindicatio* contro il ladro che la possiede; se il ladro non la vuol restituire o non può restituirla perché essa è perita dopo la *litis contestatio*, X otterrà la condanna del convenuto a pagargliene il valore. Contro il ladro egli potrà esperire anche la *condictio*, e la sola *condictio* gli sarà utile se la cosa sia perita dopo il furto e prima dell'esercizio di un'azione. In ogni caso il proprietario è, in questi casi, protetto. Ma se Y non gli ha sottratto, bensì gli ha di-

strutto la cosa, X è sfornito di protezione. La cosa in se stessa non è più perseguibile perché non esiste più: la sola entità che X può perseguire consiste nel valore, ma la *condictio* non è esperibile perché essa, in questo caso, è pur sempre un'azione che fa valere un diritto alla restituzione e quindi non può avere come presupposto che un passaggio del possesso della cosa dall'attore al convenuto. Per colmare la lacuna non resta che introdurre un'azione nuova, che permetta di condannare Y a pagare al proprietario il valore della cosa senza riferimento alle vicende del possesso di essa. Lo schema adatto al caso è di considerare che colui che ha distrutto la cosa altrui va punito con una pena equivalente al pagamento del valore della cosa.

Ora, il legislatore aquiliano costruì questa soluzione in un modo nuovo, tecnicamente più preciso e coerente di quanto non lo fossero gli schemi penali privati fino allora in uso⁷⁶. Il disposto legislativo aquiliano '*tantum aes ero (domino) dare damnas esto*' non significa né che il convenuto "sia condannato a pagare la tal somma al proprietario", né che egli "sia assoggettato ad una pena di quel tale ammontare", bensì che egli "sia tenuto a pagare la tal somma al proprietario". L'autore del danno è dunque punito dal fatto che a suo carico si produce un'obbligazione a pagare il valore della cosa: e questa obbligazione nasce, in forza della norma di legge – legge penale –, dal fatto della distruzione della cosa da lui operata. Questo è il senso della formula legislativa '*si quis occiderit (damnum faxit), ero (domino) dare damnas esto*': per il fatto di aver distrutto una cosa altrui, il soggetto in questione è tenuto (*damnas esto*) a pagare la somma al proprietario della cosa. Da formule come '*CL poenam subito*', '*XXV poenae sunt*' (tab. 8, 4), '*noxiam sarcito*' (presumibile per tab. 8, 14) e simili espressioni decemvirali, si distacca il '*dare damnas esto*' aquiliano, che riprende la formula impiegata per il legato obbligatorio. Essa viene così ad esprimere che l'autore dell'illecito non è assoggettato ad una pena pecuniaria, ma è gravato dall'obbligazione di pagare una somma di danaro. La sua pena consiste dunque non nella somma di danaro, bensì nell'obbligazione di pagarla. Il legislatore aquiliano inventa dunque l'obbligazione da delitto, con l'idea del sorgere di un credito equivalente al valore della cosa distrutta a favore del proprietario di questa. Si tratta di un'operazione escogitata a tutela della proprietà, analoga a quella dell'applicazione della *condictio* al caso del furto: la tutela della proprietà non essendo più possibile sul piano dei diritti reali, la si trasferisce sul piano delle obbligazioni. Nel caso della *condictio*, questa serviva se oggetto del furto erano cose fungibili, non più rivendicabili perché non più individuabili, ovvero, in ogni caso – si trattasse di cose fungibili o cose di specie – se queste erano perite dopo il furto. L'*actio ex lege Aquilia* si pone ugualmente sul piano delle obbligazioni, e serve nei casi in cui neppure la *condictio* risulti più utilizzabile. Come si vede, il carattere penale dell'azione non traduce unicamente lo scopo punitivo della legge; esso è strumentale allo scopo risarcitorio a favore di un proprietario che non può più ottenere soddisfazione altrimenti. Si crea un diritto soggettivo di credito che rimpiazza il diritto di proprietà perduto. Lo schema del secondo capo è in tutto e per

⁷⁶ Su questo punto vedi già CANNATA, *Delitto*, 1992, in part. 31 s.; 42 s.

tutto analogo: qui abbiamo un creditore che ha perso il proprio credito, e la legge gli fornisce un credito suppletivo⁷⁷.

⁷⁷ Bibliografia (letteratura essenziale sulla data, il testo e la portata originaria della *lex Aquilia*): PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht*, Weimar 1867; CASTELLARI, *Della lex Aquilia ossia del danno dato*, in AG 22, 1879, p. 305 ss.; NATALI, *La legge aquilia ossia il damnum iniuria datum* (Roma 1896; estratto dalla *Rivista universale di giurisprudenza e dottrina* [reprint 1970]); GRÜBER, *The Roman Law of Damage to Property, being a Commentary on the Title of the Digest ad Legem Aquiliam* (IX.2), Oxford 1886; MONRO, *Digest IX, 2. Lex Aquilia*, Cambridge 1898; JOLOWICZ, *The original scope of the lex Aquilia and the question of damages*, in LQR 38, 1922, 220 ss.; LENEL, *Recensione a Jolowicz* [v.], in SZ 43, 1922, 575 ss.; DAUBE, *On the third chapter of the lex Aquilia*, in LQR 52, 1936, 253 ss.; BERNARD, *A propos d'un article récent sur le chap. 3 de la loi Aquilia. Contenu. Nature de la réparation*, in RHD 1937, 450 ss.; DAUBE, *On the use of the term damnum*, in Studi Solazzi, Napoli 1948, 93 ss.; BEINART, *Once more on the origin of the lex Aquilia*, in *Butterworth's South African Law Review*, 1956 [= *Studies Jolowicz*], 70 ss.; ILIFFE, *"Thirty days hath Lex Aquilia"*, in RIDA³, 5, 1958, 493 ss.; LEVY-BRUHL, *Le deuxième chapitre de la loi Aquilia*, in RIDA³, 5, 1958, 507 ss.; PRINGSHEIM, *The origin of the lex Aquilia*, in *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris 1959, 233 ss.; GROSSO, *La distinzione fra 'res corporales' e 'res incorporales' e il secondo capo della lex Aquilia*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, 790 ss.; KELLY, *The meaning of the lex Aquilia*, in LQR 80, 1964, 73 ss.; WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, 234 ss.; BISCARDI, *Sulla data della lex Aquilia*, in *Scritti Giuffrè*, I, Milano 1967, 77 ss.; PUGSLEY, *Damni iniuria*, in TR 36, 1968, 371 ss.; PUGSLEY, *The origins of the lex Aquilia*, in LQR 85, 1969, 51 ss.; DAUBE, *Roman Law. Linguistic, Social and Philosophical Aspects*, Edinburgh 1969, 66 ss.; MACCORMACK, *On the third chapter of the lex Aquilia*, in *The Irish Jurist* 5, 1970, 164 ss.; TOMULESCU, *Les trois chapitres de la lex Aquilia*, in *Iura* 21, 1970, 191 ss.; WATSON, *The Law of the Ancient Romans*, Dallas 1970, 79; WATSON, *Roman Private Law around 200 BC*, Edinburgh 1971, 151 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München 1971, 161 s.; 619 ss. (cfr. ID., *Das römische Privatrecht*, II², München 1975, 437 s.); VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971; KELLY, *Further reflections on the lex Aquilia*, in *Studi Volterra*, I, Milano 1971, 235 ss.; HONORÉ, *Linguistic and social context of the lex Aquilia*, in *The Irish Jurist*, 7th, 1972, 138 ss.; WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972, 37 ss.; PUGSLEY, *Noxia*, in LQR 88, 1972, 543 ss. (in part. 547); PUGSLEY, *The lex Aquilia*, in *South African Law Journal*, 89, 1972, 489 ss. (= PUGSLEY, *Americans are Aliens*, Exeter, 1989, 41 ss.); PUGSLEY, *On the style of Paul's and Ulpian's commentaries on the edict*, in *Acta Juridica*, 1973, 185 ss. (= PUGSLEY, *Americans*, cit., 11 ss.); CARDASCIA, *La portée primitive de la loi Aquilia*, in *Daube noster*, Edinburgh and London 1974, 53 ss.; GORDON, *Dating the lex Aquilia*, in *Acta Juridica*, 1976 [Essays Beinart I], 315 ss.; FERENCZY, *From the patrician to the patricio-plebeian state*, Amsterdam 1976, 193 ss.; VÖLKL, *Quanti ea res erit in diebus triginta proximis. Zum dritten Kapitel der lex Aquilia*, in RIDA³ 1977, 461 ss.; PUGSLEY, *Si quis alteri damnum faxit*, in *Acta Juridica*, 1979 [Essays Beinart II], 295 ss. (= PUGSLEY, *Americans*, cit., 43 ss.); VAN WARMELO, *A propos de la loi Aquilia*, in RIDA³ 27, 1980, 333 ss.; PUGSLEY, *On the lex Aquilia and culpa*, in TR 50, 1982, 1 ss. (= PUGSLEY, *Americans*, cit., 57 ss.); ANKUM, *'Quanti ea res erit in diebus triginta proximis' dans le troisième chapitre de la lex Aquilia*, in *Mél. Ellul*, Paris 1983, 171 ss.; BAUMAN, *Lawyers in Roman Republican Politics*, München 1983, 79 ss., in part. 82 ss.; CROOK, *Lex Aquilia*, in *Athenaeum* 62, 1984, 67 ss.; NÖRR, *Texte zur lex Aquilia*, in *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz 1986, 211 ss.; NÖRR, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung*, München 1986; NÖRR, *Zur Interdependenz von Prozeßrecht und materiellem Recht am Beispiel der lex Aquilia*, in *Rechtshistorisches Journal*, 6, 1987, 99 ss.; WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München 1988, 419; BIGNARDI, *Theoph. Par. 4, 3, 15: ancora sulla data della lex Aquilia*, estr. 1989, da *Ann. Ferrara* n.s., sez. V (sc. giuridiche), vol. III; HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*⁴, Wien, 1990; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town-Wetton-Johannesburg 1990, 959 ss.; CANNATA, *Delitto e obbligazione*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno di diritto romano. Copanello 4-7 giugno 1990*, Napoli 1992, 23 ss.; VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992, 1 ss.; CANNATA, *Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo*, in *SDHI* 58, 1992, 194 ss.; CANNATA, *Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della lex Aquilia*, in *Index* 22, 1994, 151 ss.

LE DISAVVENTURE DEL CAPITANO J.P. VOS *

1. – La cronaca, desunta in particolare da una famosa sentenza dell’Oberappellationsgericht der vier freien Städte di Lubeca, pronunciata il 20 gennaio 1855¹, la si legge all’inizio di un recente, densissimo libro (I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Böhlau Verlag, Köln-Weimar-Wien 1993, p. XII-308).

Il signor B.H. Lürssen, titolare di un sugherificio a Delmenhorts presso Brema, ordinò una partita di sughero alla società Feuerheerd & Comp. di Oporto, col mandato di spedirgli la merce a Brema per via mare. Non trovando disponibilità su alcuna nave per Brema, la Feuerheerd & Comp. imbarcò il sughero su di una nave diretta ad Amburgo, la Betje Pronk del capitano Vos. Si era d’inverno, sicché risultava previsibile che la nave, per i ghiacci nell’Elba, avrebbe dovuto toccare il porto di Cuxhaven. Per conformarsi il più possibile al mandato ricevuto, la Feuerheerd & Comp. fece inserire nella polizza di carico (Konnossement) la seguente clausola: «Qualora il capitano sia costretto ad approdare a Cuxhaven, il sughero potrà quivi essere sbarcato contro pagamento del nolo». La polizza di carico fu poi spedita dalla Feuerheerd & Comp. ai propri corrispondenti di Amburgo, Bieber Söhne, col mandato di ritirare, eventualmente a Cuxhaven, la merce e farla pervenire al signor Lürssen. In effetti, i ghiacci costrinsero la nave ad approdare a Cuxhaven e Bieber & Söhne vi si presentarono per ritirare la merce; ma il capitano Vos rifiutò di consegnarla, adducendo che la clausola menzionata gli avrebbe bensì attribuito il diritto, ma non l’obbligo di farlo, ed egli non poteva aprire i boccaporti perché il gelo avrebbe compromesso un carico di vin di Porto stivato sotto il sughero. La consegna ebbe poi luogo ad Amburgo, ma la conseguenza – rispetto a quel che sarebbe stato se essa fosse subito avvenuta a Cuxhaven – fu che duecento operai del signor Lürssen restarono inattivi per dodici giorni. Il corrispondente danno del signor Lürssen nonché l’aggravio, da lui stesso sostenuto, delle spese di trasporto per terra (Amburgo-Delmenhorts invece che Cuxhaven-Delmenhorts) furono chieste in giudizio da Bieber & Söhne al capitano Vos nella sua duplice qualità di armatore e vettore.

La difesa del capitano, oltre che sulla menzionata interpretazione della clausola

* Pubblicato in *LABEO*, XXXI, 1995.

¹ Erk. vom 20.1.1855: *Sammlung von Erkenntnissen und Entscheidungsgründen des Ober-Appellations-Gerichts zu Lübeck in Hamburgischen Rechtssachen nebst den Erkenntnissen der unteren Instanzen* Bd. 2 (1856) Nr. 106, p. 947 ss., 950 ss.

aggiunta alla polizza di carico, si basava su due argomenti: che la società attrice non aveva subito alcun danno, e che col danneggiato Lürssen il capitano convenuto non aveva concluso contratto alcuno. Ma tanto l'Obergericht di Amburgo in secondo grado², quanto l'Oberappellationsgericht di Lubeca in ultima istanza accolsero le domande dell'attore.

I motivi della decisione possono riassumersi nel modo seguente: a) l'inadempimento del capitano venne stabilito respingendo gli argomenti di fatto da lui adottati: la clausola della polizza di carico doveva essere interpretata nel senso che essa lo obbligava alla consegna del sughero, ove richiestagli, a Cuxhaven; d'altra parte, nessuna rilevanza si doveva attribuire alla preoccupazione per i danni che il gelo avrebbe potuto, con l'apertura dei boccaporti, procurare al vino, in quanto il gelo era prevedibile, ed aveva anzi costituito la ragione stessa dell'inserzione della clausola. b) Quanto al problema del danno: gli argomenti del capitano convenuto (che opponeva «*tua non interest*» a Bieber & Söhne suoi partners contrattuali e attori³, e «*tecum non contraxi*» al danneggiato Lürssen) vennero considerati non decisivi. Nel campo degli scambi commerciali, in certi casi, nei quali può ravvisarsi una rappresentanza occulta d'interessi di terzi (come nei contratti di commissione, spedizione e nolo), l'applicazione del principio che il debitore inadempiente non deve risarcire che i danni del suo partner contrattuale e non anche quelli sofferti da un qualunque terzo – magari a lui in precedenza ignoto – interessato nell'affare, porterebbe a conseguenze ingiuste. Come sostegno positivo di questa argomentazione, l'Oberappellationsgericht adduceva due testi del Digesto, e precisamente:

D. 16, 3, 1, 11 (Ulp. 30 *ad ed.*): *Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. et putat tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi: si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus.*

nel quale interessa solo il caso finale (*si vero tuo nomine receperit*); nonché:

D. 17, 1, 8, 10 (Ulp. 31 *ad ed.*): *proinde si tibi mandavi, ut hominem emeris, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas ... et si cautum est de evictione vel potes desiderare, ut tibi caveatur, puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes quam consecuturus sis.*

² La corte di prima istanza (Handelsgericht Hamburg) aveva deciso in senso contrario.

³ Si deve tener presente che tutta l'impostazione della problematica nel caso concreto presuppone naturalmente che la legittimazione di Bieber & Söhne ad agire per i danni subiti da Lürssen provenga dalla legittimazione della Feuerheerd & Comp. Questa aveva contrattato col capitano Vos in proprio nome e per conto di Lürssen, e Bieber & Söhne agivano in luogo della Feuerheerd & Comp., a ciò legittimati dalla loro menzione nella polizza di carico (quali consegnatari designati) e in quanto portatori della polizza di carico stessa (v. R. p. 3).

Il ragionamento del tribunale (che riferisco qui in particolare al primo dei due frammenti⁴, denominando A il mandante, M il mandatario e D il terzo depositario)⁵ era il seguente: M deve risarcire ad A anche i danni che questi subisca per un fatto di D, ma può liberarsi cedendo ad A l'azione che egli ha contro D; ciò significa che M, esercitando contro D lui stesso tale azione, potrebbe pretendere da D il risarcimento dei danni sofferti da A. Detto in altri termini, più vicini a quelli impiegati nella sentenza e riferiti in generale alle situazioni nelle quali un mandatario abbia concluso contratti in proprio nome e per conto del mandante: se, in linea di principio, il mandatario risponde verso il mandante per l'intero interesse che questi abbia nel negozio concluso per conto di lui, questa responsabilità deve sussistere solo nella misura in cui il mandatario possa ottenere a sua volta risarcimento dalla controparte del negozio concluso, cosicché egli può liberarsi mediante cessione al mandante dell'azione contro il contraente; ora, ciò non significa altro se non che, nei confronti del suo contraente, al mandatario è possibile non solo perseguire l'interesse che lo concerne personalmente, ma anche far valere l'interesse del mandante (R. p. 3).

2. – La sentenza del 1885, or ora considerata, non fu la prima sostanzialmente orientata in quel modo.

Lo stesso Oberappellationsgericht di Lubeca aveva deciso nel 1828 su di un caso analogo: si trattava di un contratto di spedizione e vi era stato ritardo nella consegna da parte del vettore; i danni del destinatario-mandante vennero dal tribunale liquidati allo spedizioniere, mandatario senza rappresentanza. La motivazione era basata sull'argomento che in una simile fattispecie «mandante e mandatario sono da considerarsi come una sola cosa» («so sehr als Eins») quanto ai diritti provenienti dal contratto concluso col terzo (R. p. 4 s.). Una motivazione, apparentemente, un poco peregrina perché, nel contesto, considerare mandante e mandatario «una cosa sola» quanto agli effetti del contratto col terzo, significa dire che il mandatario senza rappresentanza è anche considerato come rappresentante.

Più chiaramente orientata – benché in modo rudimentale e con motivazione veramente apodittica – nel senso della Drittschadensliquidation, fu una sentenza adottata nel 1837 dall'Oberappellationsgericht Wolfendüttel (Braunschweig). Il caso concerneva una compravendita di merci con mandato al venditore di spedirle al compratore, e perdita delle merci da parte del vettore; i danni del mandante-compratore-destinatario, nella misura del valore della merce corrispondente al prezzo di vendita, furono liquidati allo spedizioniere-venditore, nell'azione da questi esercitata contro il vettore. Il tribunale motivò questa volta asserendo che, sic-

⁴ Sul quale vedi ancora qui, *infra*, § 9; su Ulp. D. 17, 1, 8, 10 (e 10, 1) vedi R. p. 214 s.

⁵ Negli esempi e nell'analisi dei casi conserverò sempre queste indicazioni per alludere alle parti: A sarà il soggetto sostanzialmente danneggiato, M (Mittelperson) sarà il titolare dell'azione contro il danneggiante perché suo partner contrattuale, D (danneggiante) sarà il soggetto da cui proviene il danno.

come il contratto produce effetti solo fra le parti e quindi azione solo fra le parti, il venditore doveva considerarsi legittimato a far valere tutte le pretese scaturenti dal contratto da lui concluso col vettore (R. p. 4).

Si comprende bene, dunque, perché, malgrado tali precedenti, sia stata la sentenza del 1855 a rappresentare il punto di riferimento per l'elaborazione del dogma della *Drittschadensliquidation*: questa sola, infatti, costruisce in tal senso la base dommatica della soluzione; mentre, a ben vedere, quella del 1828 si basa su di una finzione e quella del 1837 non si basa su nulla, deducendo in sostanza dall'assenza di una regola appropriata la necessità di adottare una soluzione che si considera equa. Il R. – benché, come vedremo, ma possiamo anticiparlo, non nutra eccessiva simpatia per il dogma della *Drittschadensliquidation* e comunque non ammetta che esso possa fondarsi nel diritto romano – giudica la decisione di Lubeca indubbiamente giusta nella sostanza (R. p. 2). A me pare sia proprio l'inverso: i motivi di diritto della decisione del 1855 possono ben essere accettati, ma essi sono applicati ad una scorretta interpretazione dei fatti. La clausola della polizza di carico: «Sollte der Capitain in Cuxhaven einlaufen, so kann das Korkholz dort gegen Erlegung der Fracht gelöscht werden», può bensì risultare ambigua per il fatto di menzionare il pagamento del nolo come condizione per lo sbarco della merce. Voglio dire che, precisandosi che per ottenere lo scarico si dovrà offrire al capitano il pagamento del nolo, potrebbe pensarsi che il fatto che il capitano «possa» sbarcare il sughero dipenda da tale offerta e quindi, una volta ottenuto il pagamento, egli lo «debba» sbarcare. Ma si tratta evidentemente di un'apparenza che dipende dallo stile sintetico che caratterizza il testo, nel quale, comunque lo si voglia leggere, un obbligo del capitano non è mai espresso, sicché il senso della clausola non può essere esplicitato che nel modo seguente: «Se il capitano sarà forzato ad approdare a Cuxhaven, egli potrà effettuare quivi lo scarico del sughero, ove gli venga richiesto. Beninteso, per ottenerlo, chi lo richieda dovrà saldare al capitano il credito corrispondente al nolo». Quel che si nota nella sentenza, che la temperatura glaciale era perfettamente prevedibile, e che tale previsione appunto fu motivo dell'inserzione della clausola, non è solo vero nel senso preso in considerazione dal giudice, ma anche nel senso che proprio prevedendo pericoli dall'esposizione al freddo del suo carico il capitano si riservò – con la formulazione «kann ... gelöscht werden» – libertà della decisione concreta, in funzione delle circostanze. E la decisione che egli prese, basata sul fatto che il freddo era troppo intenso per esporvi il vino scaricando il sughero, era perfettamente coerente con il patto correttamente inteso.

Se la dottrina della *Drittschadensliquidation* rappresenta un arricchimento della scienza giuridica, essa fu acquistata a spese (e non certo irrilevanti spese) del povero capitano Vos.

3. – Se la sentenza dell'*Oberappellationsgericht der vier freien Städte* rappresenta dunque il punto di partenza per l'elaborazione della teoria del *Drittschadensersatz*, come «padre» della teoria stessa viene considerato il consigliere della stessa

Corte d'appello di Lubeca Zimmermann che, riprendendo la tematica centrale della decisione del 20 gennaio 1855, pubblico nel 1858⁶ la monografia *Über die Verbindlichkeit desjenigen, der mit einem Commissionär, ohne daß dabei des Commissionsverhältnisses Erwähnung geschah, contrahirt hat, zum Ersatze des aus seiner Vertragswiedrigkeit dem Committenten erwachsenen Schadens*.

Si deve tuttavia notare (R. p. 7 s.) che già prima, nel 1853, dunque anche prima della sentenza di Lubeca, lo schema del risarcimento del danno del terzo era stato elaborato da Fr. Mommsen⁷ non in relazione – come sarà per la Corte di Lubeca e lo Zimmermann (che, né l'una né l'altro, al Mommsen fanno riferimento) – a casi di mandato senza rappresentanza, bensì in relazione ad un'ipotesi di «obligatorische Gefahrentlastung»: A è creditore di M, che gli deve una prestazione, la cui esecuzione diviene impossibile per un fatto illecito del terzo danneggiante D. In questo caso Fr. Mommsen ammetteva che M, agendo contro D, potesse ottenere oltre alla liquidazione dei propri eventuali danni (o, come si esprime a questo proposito la dottrina tedesca, del proprio «Interesse»), anche quella dei danni del suo creditore A («die Erstattung des Interesse des Gläubigers»). Scopo di questa soluzione è di far gravare il danno non su A, sul quale esso ricadrebbe, ma su D, che lo ha cagionato; ciò implica ancora che M resti tenuto per il suo inadempimento verso A malgrado l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, ma, per evitare di peggiorare così la situazione di M, si evita di addossargli il rischio dell'insolvenza di D permettendogli di liberarsi nei confronti di A col cedergli l'azione contro D. Al proposito Fr. Mommsen si valeva di D. 11, 3, 14, 7 i.f., D. 17, 1, 8, 3, D. 19, 2, 7-8⁸, D. 26, 7, 61, D. 26, 9, 1, D. 47, 2, 81 (80) pr.

Ma, come si diceva, il successo della teoria della Drittschadensliquidation in dottrina e giurisprudenza rimase legato alla sua elaborazione presso lo Zimmermann, e dunque alla sua impostazione relativa alle ipotesi di rappresentanza indiretta; ed il successo ne fu in particolare favorito dall'adesione che essa ebbe da parte del Windscheid (R. p. 9 s.), il quale fin dalla prima edizione delle *Pandekten* (1865) – con diretto riferimento allo Zimmermann e basandosi su D. 2, 11, 14 e D. 45, 1, 81, 1 (vedi, *infra*, nel nostro § 6) – le dava forma generale, enunciandola nel senso che «se il creditore si è reso tale nell'interesse di un terzo, il danno sofferto da questo terzo va a costituire il contenuto della sua pretesa al risarcimento. Per il fatto di concludere un contratto nell'interesse di un terzo, egli fa dell'interesse di costui un interesse proprio»⁹.

⁶ In *Neues Archiv für Handelsrecht* 1 (1858) 48 ss.

⁷ FR. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* 1. - *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse* (Braunschweig 1853) 35 s. nt. 25, 301 s. nt. 25 (R. p. 7 s.).

⁸ A proposito della portata di questi due frammenti, Fr. Mommsen ebbe poi un ripensamento: vedi R. p. 8 nt. 37.

⁹ «Hat sich ... der Gläubiger im Interesse eines andern zum Gläubiger gemacht, so bildet den Inhalt seiner Interessensforderung der von diesem andern erlittene Nachteil. Dadurch, daß er im Interesse eines andern kontrahiert, macht er dessen Interesse zu dem seinigen». Vedila in *Pandekten*⁹ II, § 258, p. 65 con la nt. 19 (R. p. 9).

In sede di redazione del codice civile tedesco (BGB) venne discussa l'inserzione nel testo legislativo di due norme ispirate alla dottrina di cui stiamo parlando. Una norma generale, destinata ad essere inserita nel primo titolo (sul dovere di prestazione) del libro delle obbligazioni, dopo il § 253 del testo definitivo (R. p. 11, 230) basata su D. 17, 1, 8, 3 e giustificata col richiamo alla giurisprudenza del Reichsgericht e del Reichsoberhandelsgericht, fu proposta nella seguente formulazione: «Ist durch den die Ersatzpflicht begründenden Umstand einem Dritten ein Schaden entstanden, wegen dessen der Dritte von dem Ersatzberechtigten Abtretung des Ersatzanspruchs zu verlangen berechtigt ist, so erstreckt sich die Ersatzpflicht auf den dem Dritten entstandenen Schaden». Il motivo che si addusse nel rifiutare la proposta appare alquanto ambiguo, sebbene non manchi di una propria coerenza: mentre da un lato si esprimeva la convinzione che, anche senza una norma espressa, la giurisprudenza «wie bisher zu dem richtigen Ergebnisse gelangen werde», dall'altro si riteneva inopportuno interferire prematuramente nel lavoro che la dottrina stava conducendo, senza ancora risultati definitivi, in una materia così incerta («in einer so zweifelhaften, noch nicht zu festem Abschlusse gelangten Frage der wissenschaftlichen Entwicklung vorzugreifen»). Fortuna non migliore toccò alla seconda proposta (R. p. 12, 231), ancora pensata in rapporto a D. 17, 1, 8, 3 e che riguardava il caso del mandatario che, col consenso del mandante e senza *culpa in eligendo*, si sia fatto sostituire da un terzo nell'esecuzione del mandato: la norma avrebbe dovuto prevedere che il mandatario si potesse liberare in relazione ai danni, subiti dal mandante per atti del terzo, cedendo al mandante la sua azione contro il terzo stesso, ma il suo vero scopo sarebbe stato quello di assicurare al mandatario, nella sua azione contro il sostituto, la liquidazione dei danni del mandante. Anche qui si ritenne di non ricorrere ad una norma espressa.

Il R. (p. 11 s.) ha però cura di notare che, in relazione alla prima proposta, quella di inserire nel BGB una norma generale in tema di liquidazione dei danni del terzo, i compilatori della seconda commissione alludevano ad una materia problematica non ancora concretatasi in conclusioni scientifiche definitive perché nutrivano in proposito forti dubbi di sostanza. Da un lato non si era certi se fosse veramente giusto gravare il danneggiante del risarcimento dei danni del terzo, quando questi danni fossero maggiori di quelli che il suo comportamento avrebbe potuto produrre al suo partner contrattuale (come nel caso del capitano Vos, che si vide gravare dall'inoperosità di 200 operai del terzo per 12 giorni); d'altra parte si pensava che il fatto di concedere a quel partner una pretesa contro il danneggiamento per i danni al terzo avrebbe potuto tradursi in un arricchimento ingiustificato ove il terzo non esercitasse poi i suoi diritti alla cessione dell'azione. La norma generale in materia di risarcimento del danno da fatto illecito (§ 823 BGB), che accorda al terzo azione diretta contro il danneggiante, poteva magari ritenersi appropriata e sufficiente.

Il R. presenta ancora con attenzione la dottrina tedesca successiva all'entrata in vigore del BGB, che essa faccia tuttavia riferimento alle fonti romane (R. p. 12-14) oppure no (R. p. 15-30). Rinviando per tutto ciò a quanto egli scrive, mi limiterò a

riferire, per la sua importanza, la concezione del Rabel, espressa nel contributo sulla *Unmöglichkeit der Leistung*, pubblicato nel 1907 nella *Festgabe Bekker* (R. p. 13 s.). L'autore partiva dalla nozione di *perpetuatio obligationis*, da lui intesa come un meccanismo che, in caso di impossibilità sopravvenuta, imputabile al debitore, della prestazione dovuta, non sostituirebbe alla pretesa del creditore all'esecuzione della prestazione originaria (Primärleistungsanspruch) una sua pretesa al risarcimento del danno (Interesseanspruch), bensì permetterebbe il perdurare della pretesa originaria stessa. Di conseguenza, riferendoci alla situazione che conosciamo, in cui A sia il soggetto danneggiato dalla violazione da parte di D di un contratto da questi concluso con M: ove M ceda ad A la sua azione contro D (cioè i diritti che gli provengono dal rapporto contrattuale M-D), oggetto di tale cessione non sarà una pretesa al risarcimento del danno già definita, e determinata come il danno subito da M per il fatto di D, bensì la pretesa alla prestazione originaria da parte di D. Per effetto della cessione A sarà dunque messo in condizione di ottenere un risarcimento del danno riferito al suo proprio patrimonio («den Schadenersatz auf sein eigenes Vermögen zu projizieren»). Ora, nel costruire questa tesi, il Rabel si ispirava alla dottrina dell'*actio inanis* formulata – unicamente per il diritto romano classico – dal v. Tuhr (*GrünhZ* 25 [1898] 557 ss.)¹⁰, il quale partiva a sua volta dalla distinzione che il Bekker¹¹ aveva stabilito fra *actio* e pretesa (Anspruch), dove l'*actio* si riferirebbe alla situazione creditoria e la pretesa al danno, ovvero, come si esprimeva il v. Tuhr, l'*actio* è il «Tatbestand, aus welchem mir die Befugniss erwächst, den X vor Gericht zu ziehen» (cfr. R. p. 168), mentre l'Anspruch è identificato con '*id quod venit in actione*', dunque «das Recht, in diesem Verfahren eine Verurtheilung des X zu einer bestimmten Leistung zu verlangen» (cfr. R. p. 168). Secondo il v. Tuhr, nei casi in cui situazione creditoria e danno si trovano separati perché collocati in due soggetti diversi in quanto A è il danneggiato e M il creditore, M risulta titolare di un'*actio inanis* in quanto «interessenlos», cioè priva della pretesa al risarcimento del danno, in altre parole tale che, se essa fosse esperita dallo stesso creditore M, non potrebbe portare alla condanna del convenuto (R. p. 170); ma se M cede ad A la propria *actio inanis* questa si va ad unire presso il cessionario A con la pretesa di costui al risarcimento: l'*actio* «vuota» (*inanis*) «si riempie» così di quella pretesa (Anspruch) del terzo (R. p. 170), stabilendo un «aktionemässiger Kontakt» (R. p. 14; 170) tra danneggiante (D) e danneggiato (A). La pretesa del cessionario A verso D al risarcimento del danno troverebbe allora naturalmente misura nei danni subiti da A, e non in quelli subiti da M (D. 21, 2, 38). I giuristi romani, creatori – secondo il v. Tuhr – di quella dottrina, non avrebbero in concreto applicato in generale la distinzione fra *actio* e «Anspruch», ma solo in certi casi (R. p. 171), ed in particolare quando si fosse verificata una separazione fra

¹⁰ Sul pensiero del v. Tuhr e la sua particolare posizione nella storia della dottrina sul tema qui discusso vedi in part. R. p. 169 ss.

¹¹ BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts* II (Berlin 1873).

il soggetto danneggiato ed il soggetto creditore in base ad un contratto, cioè quando il danneggiante avrebbe (come nel caso del capitano Vos) potuto opporre *tua non interest* al suo partner contrattuale e *tecum non contraxi* al danneggiato (R. p. 170 s.). Allora, al creditore *ex contractu* si sarebbe imposto l'obbligo della cessione dell'*actio* al danneggiato munito di Anspruch, onde stabilire così l'*aktionemässiger Kontakt* che avrebbe permesso di dare alla situazione pratica una soluzione equa.

4. – Lo scopo del libro è di ricercare se il dogma, o almeno l'idea, del *Drittschadensersatz* fosse o meno presente nel pensiero della giurisprudenza romana. L'indagine è veramente esauriente. Se la dottrina romanistica moderna (R. p. 32 s.) si è finora in genere occupata del problema in modo puntuale, soprattutto in relazione a singoli testi o serie limitate di testi, il R. ne propone una trattazione compiuta. Le sue conclusioni si discostano da quelle degli studiosi che l'hanno preceduto, nel senso che, se questi hanno riconosciuto diversi casi in cui i giuristi classici si sarebbero orientati nel senso del risarcimento del danno del terzo, il R. giunge a conclusioni negative. Non potrò, in questo resoconto, seguirlo in tutte le sue esegesi; ma conto di poter scegliere i punti salienti della sua trattazione in modo da offrire ai lettori di questa rivista un resoconto chiaro della portata del contributo recensito.

5. – L'atteggiamento del R. in relazione all'insieme della problematica può essere meglio chiarito incominciando dai casi – non sono che due, e non suscettibili di generalizzazione – in cui egli ammette, per il diritto romano, il riconoscimento di ipotesi di «*Drittschadensliquidation*».

Il primo riguarda il meccanismo di applicazione dell'istituto della grande avaria secondo la *lex Rhodia* (R. p. 131 ss.):

D. 14, 2, 1 (Paul. 2 sent)¹²: *Lege Rhodia cavetur, ut si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.*

D. 14, 2, 2 pr. (Paul. 34 ad ed.): *Si laborante nave iactus factus est, amissarum percium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. immo etsi <non>¹³ retineat merces magister, ultro ex locato¹⁴ habiturus est actionem cum vec-*

¹² Cfr. Paul. 2, 7, 1.

¹³ Sull'inserzione del *non* (assente nel manoscritto fiorentino), dovuta al Krüger in conformità con i Basilici e la vulgata, vedi R. p. 133 nt. 9.

¹⁴ Si attenderebbe 'ex conducto': vedi R. p. 134 (è evidentemente questo il luogo al quale egli rinvia da p. 132 nt. 4).

toribus: quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? plane commodius est, si sint, retinere eas. at si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt: aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent

D. 14, 2, 2, 6: *Si quis ex vectoribus solvendo non sit, hoc detrimentum magistri navis non erit: nec enim fortunas cuiusque nauta excutere debet.*

Mi riferirò unicamente all'ipotesi che il trasporto delle merci abbia assunto la forma della *locatio rei vehendae*¹⁵. Secondo il sistema che Paolo attribuisce a Servio (e che il R., pp. 133 s. e 136, considera come il solo metodo in vigore all'epoca di questo giurista), il *magister navis* può esercitare un diritto di ritenzione delle merci imbarcate da coloro che sono tenuti alla *contributio*, ritenzione che processualmente si concreta in un'eccezione opponibile dal *magister* ai *vectores* che agiscano contro di lui per ottenere la restituzione delle merci. Nel sistema proprio dell'epoca di Paolo, al *magister* spetta – oltre il diritto di ritenzione (R. p. 135 all'inizio) – addirittura l'*actio ex conducto* contro i *vectores* tenuti alla *contributio*. Tanto l'eccezione quanto l'azione non hanno lo scopo di far ottenere al *magister* la liquidazione dei danni che i *vectores* abbiano subito a causa del *iactus*, bensì di indurre quelli che non ne abbiano subito a pagare direttamente agli interessati i conguagli dovuti (R. p. 136-137). Ciò non toglie che azione ed eccezione spettino al *magister* nell'interesse di tali terzi (R. p. 136). Il *magister* stesso non è, al proposito, portatore di alcun interesse proprio¹⁶. Se è vero che i *vectores* danneggiati hanno l'*actio ex locato* contro il *magister*, questa azione non può essere esercitata per richiedere a lui la *contributio*, ma solo per costringerlo alla *retentio* o all'esercizio dell'azione contro gli altri *vectores*. Se ne ha la prova nel § 6, ove si dice che egli non risponde dell'insolvenza dei soggetti tenuti a *contribuere*¹⁷. Ma questa conclusione dell'au-

¹⁵ Che non è, come invece lo qualifica il R. (p. 132, influenzato dagli schemi scorretti che alla *locatio* applicava il diritto comune), una *locatio operis* (Werkvertrag), perché esso non prevede la produzione di alcun *opus* nel senso di Paul. Lab. D. 50, 16, 5, 1. Alla diversa situazione della *locatio navis* (o di un luogo della nave) fa allusione nel testo la frase '*at si-conduxerunt*', che certo non è in ordine e non basta certo per ricostituirne il senso l'espunzione come glossema di [*sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt*], che è proposta a p. 133; v. anche p. 134. La diversa natura del contratto non comporterebbe comunque, come vede bene il R. (p. 132 s.), che l'inversione delle qualifiche delle parti contrattuali (da *locator* a *conductor*) e delle azioni (da *ex locato* a *ex conducto* e viceversa).

¹⁶ Secondo il modo in cui il R. definisce la situazione («Es geht um die große Haverei, also den Ausgleich unter Befrachtern und Schiffseigner im Falle des Seewurfs und damit der Aufopferung von Ladungs- und Schiffsteilen zur Rettung von Schiff und Ladung»), il *magister* dovrebbe poter partecipare alla *contributio*, e quindi essere portatore del relativo interesse nell'*actio ex conducto* o nella *retentio*, per le parti della nave o del suo armamento sacrificate in occasione del *iactus*. Ma il punto è dubbio: da Paul. D. 14, 2, 2, 1 risulterebbe come regola generale che *si conservatis mercibus deterior facta sit navis aut si quid exarmaverit, nulla facienda est collatio*; in contrario si esprime però Pap. D. 14, 2, 3. D'altra parte, da Paul. D. 14, 2, 2, 2 risulta che *dominum etiam navis pro portione obligatum esse*.

¹⁷ Il R. (p. 135 s.) considera l'affermazione iniziale del § 6 (*si-erit*) di per sé conclusiva in questo senso, ma trova difficoltà ad interpretarne il seguito (*nec enim fortunas cuiusque nauta excutere debet*).

tore, che cioè il *magister* nell'esercitare i suoi mezzi di pressione contro i soggetti tenuti alla *contributio*, non fosse portatore di un proprio interesse, e precisamente di un «Haftungsinteresse» (R. p. 135), sembrerebbe poi contraddetta quando egli asserisce (p. 138) che il *magister* che non avesse esercitato i suoi mezzi di pressione (*actio ex conducto* o *retentio*) contro gli obbligati alla *contributio*, sarebbe stato responsabile verso gli aventi diritto ai conguagli per l'intero ammontare di questi, senza neppure rilevanza dell'esistenza di obbligati insolventi. Quel che il R. vuole dire è precisamente – almeno così sembra – che il *magister* non ha un interesse proprio ad ottenere il pagamento effettivo dei conguagli, perché quel che si attende da lui è solo l'esercizio dei mezzi opportuni per ottenerli. E va aggiunto a questo proposito che il R. (p. 137 *sub* num. 2) ritiene che la legittimazione a tale esercizio provenga al *magister* dall'iniziativa degli aventi diritto, concretatasi nell'esperimento contro di lui dell'*actio ex locato*. In altre parole, e con argomento esegetico: gli interessati devono agire contro il *magister*, e solo in seguito a ciò questi potrà prendere le opportune misure nel loro interesse (*amissarum mercium domini ... cum magistro navis agere debent: is deinde ... agere potest*).

Se dunque il R. ammette (nella scia del Wieacker: R. p. 33 nt. 11, 135) che il sistema descritto contenga, se non un caso di liquidazione dei danni di terzi¹⁸, pur tuttavia l'esercizio di rimedi nell'interesse di terzi, con il quale il soggetto agente concreta una limitazione della propria responsabilità verso questi stessi terzi (R. p. 136 *sub* III, 1; 138 all'inizio), egli poi svaluta la portata generale di tale constatazione, con l'argomento che l'istituto qui in questione non è romano, perché si tratta semplicemente della recezione nel diritto romano di un istituto appartenente agli usi marittimi, di origine ellenistica, della navigazione mediterranea. Malgrado gli sforzi dell'a. per dare consistenza a questa argomentazione (R. p. 136 ss.), non mi sentirei proprio di seguirlo su questo terreno. Se il principio della *contributio* a seguito di *iactus mercium levandae navis gratia factus* proviene certo dal patrimonio di consuetudini mediterranee contenuto nella cosiddetta *lex Rhodia*, sembra chiaro dalla lettura stessa dei testi riportati che quel che i Romani ne recepirono fu unicamente il principio, come esso è espresso in Paul. D. 14, 2, 1: le tecniche per l'attuazione pratica del principio *recepto* provengono unicamente dall'ordinamento

Ciò unicamente perché egli dà alla frase il senso: «Der Schiffer soll nicht zur Zwangsvollstreckung (*fortunas excutere*) gegen Ausgleichsschuldner verpflichtet sein» (v. anche p. 138). In realtà, '*fortunas excutere*' non significa «sottoporre ad esecuzione forzata», bensì «ispezionare i patrimoni», e l'inciso significa solo «il *nauta* non è infatti tenuto ad assumere informazioni sulla situazione patrimoniale di tutti quelli che salgono a bordo o gli danno merci da trasportare». Si tratta dunque di un innocente glossema, come denuncia anche il fatto che in esso il *magister* è improvvisamente diventato il *nauta*.

¹⁸ Il R. parla bensì, in proposito, di «Schadensliquidation im Drittinteresse» (p. 138) e «Dritt-schadensliquidation kraft regelmässiger Vertragsauslegung» (p. 141: alludendo all'interpretazione tipica dei contratti di trasporto marittimo, la quale rappresenta appunto la recezione nel diritto romano del principio della *lex Rhodia*; v. p. 139): ma queste espressioni vanno intese alla luce di tutto il contesto, ed in particolare della precisazione sul ruolo svolto dal *magister* come «Liquidator», che egli fa alla fine della p. 137 (da intendersi anche come precisazione di quanto scritto al primo capoverso di p. 136).

nel quale esso viene inserito e – trattandosi di un diritto scientificamente costruito come quello romano – non possono che essere concepite in conformità con le strutture dommatiche di questo¹⁹.

Io credo però che il meccanismo della *contributio* vada ricostruito, per essere valutato esattamente, in modo un poco diverso da come lo fa il R., anche se il testo basilare è certo D. 14, 2, 2 pr., cui egli pure attribuisce questa portata: e da tale leggermente diversa ricostruzione risulta che il meccanismo in gioco si scosta sostanzialmente dalle strutture, che sono caratteristiche della Drittschadensliquidation.

Alla p. 136 s. (*sub* III, 1) l'a. si chiede – e cerca poi di spiegarsi – come mai i giuristi non fossero ricorsi al sistema della cessione dell'azione, comune nei casi analoghi in cui si giunge ad una limitazione della responsabilità del soggetto, per così dire, intermediario fra quello da cui un danno proviene e quello su cui ricade. La vera ragione di ciò sta nel fatto che tutto il sistema diretto a realizzare la *contributio* prevista dalla *lex Rhodia* fa perno sulla *retentio* delle merci, e questa *retentio* non può essere esercitata che personalmente dal loro detentore, cioè dal *magister*. Le azioni che pure costituiscono elementi del sistema – quella *ex locato* contro il *magister* e quella *ex conducto* del *magister* – non sono state introdotte in alcun momento storico per completare il sistema stesso, perché si tratta delle azioni dipendenti dalla *locatio mercium vehendarum*: nel contesto della realizzazione della *contributio* si prevede solo la loro utilizzazione per uno scopo (a ciascuna) particolare, dipendente dalla particolare clausola che (come vede bene il R.) si considera implicita nel contratto di trasporto marittimo di merci per effetto di una interpretazione tipica di questo ricondotta alla *lex Rhodia*: sicché queste azioni, ove in effetti esperite in ordine a questo scopo, dovranno esserlo munite dell'opportuna *praescriptio pro actore*²⁰. Ma esse, con questa destinazione specifica, se pure esprimono il senso che tutto il sistema della *contributio* assume giuridicamente, sono in pratica destinate, nella normalità dei casi, a non essere esercitate.

Da un punto di vista esclusivamente pratico, il sistema romano di attuazione della *contributio* appare concepito in funzione delle seguenti esigenze: 1) siccome esso deve consistere in un'equa ripartizione dei danni provenienti dal *iactus mercium* e si traduce quindi in un'equa ripartizione delle merci salvate (tradotte nel loro valore), i soggetti danneggiati e quelli favoriti (e si tenga presente che queste due qualità possono coincidere nello stesso soggetto) vanno di fatto considerati come un'unica comunità economica (cfr. il *collationis consortium*, di cui parla Hermog. D. 14, 2, 5 pr.); 2) la gestione di questa comunità economica (cioè la sua liquidazione) deve essere fatta in modo unitario, evitando rapporti diretti tra pretendenti e contribuenti, e quindi la sua amministrazione deve essere affidata ad un'unica persona; 3) questa persona del «liquidatore» deve avere la possibilità di trattenerne

¹⁹ Cfr. GUARINO, *Diritto privato romano*⁹ (Napoli 1992) 918, nota al num. 87.8 in fine.

²⁰ Nella citazione del pensiero di Servio fatta da Paolo nel fr. 2 pr., a tale *praescriptio* si allude con le parole '*ut ceterorum vectorum mercēs retineat*'.

i beni destinati a realizzare i conguagli (che avranno luogo normalmente in denaro²¹), per rendere la procedura spedita e di esito sicuro.

Quanto ai meccanismi giuridici apprestati per realizzare il sistema, va detto anzitutto che le due prime esigenze pratiche sopra evidenziate sono direttamente soddisfatte dalla situazione di partenza, derivante dal contratto di trasporto. Esso mette in contatto il *magister* con ciascuno dei *vectores*, ma non crea rapporti reciproci dei *vectores* tra loro: il *'debent'* della frase *ex locato cum magistro navis agere debent* all'inizio di D. 14, 2, 2 pr. significa appunto questo e solo questo, ovvero sia che i *vectores* hanno azione solo contro il *magister* e non contro gli altri *vectores*.

Quanto, d'altra parte, al «liquidatore», la designazione necessaria del *magister* per tale funzione risulta evidente per il fatto che egli è appunto l'unico ad esser legato da rapporti e da azioni con tutti i soggetti implicati nella vicenda e per il fatto ulteriore che egli è il solo, come già notato, in grado di esercitare la *retentio* delle merci, essendo il detentore. Abbiamo così un primo punto fermo: il *magister*, in quanto *conductor mercium vehendarum*, in forza del contratto relativo interpretato alla luce della *lex Rhodia*, è tenuto a gestire la *contributio* ed anzitutto ad effettuare la ritenzione delle merci: si tratta di una specifica obbligazione, tanto è vero che egli risponde a questo titolo verso i *vectores* con l'*actio ex locato*. Questa azione, si è detto, in pratica non è destinata ad esser effettivamente esercitata: la ritenzione deve evidentemente essere fatta subito dopo la *iactura*; se – come vorrebbe il R. – l'esercizio dell'azione *ex locato* dei *vectores* interessati contro il *magister* costituisse un presupposto necessario per la sua legittimazione a compiere gli atti che li interessano, si dovrebbe attendere, dopo la *iactura*, che i *vectores* interessati sbarchino per raggiungere la sede del magistrato giurisdicente: il che (anche senza contare il fatto già rilevato, che alcuni dei *vectores* possono essere insieme interessati e obbligati) comporta che tutti i *vectores* potrebbero abbandonare la nave con i propri bagagli, sottrendoli alla detenzione del *magister*, che non potrebbe impedirlo non essendo ancora legittimato alla *retentio*. D'altra parte, una volta che il *magister* abbia effettuato la *retentio*, egli non avrà normalmente, poi, ragione di agire *ex conducto* contro i *vectores* tenuti a *contribuere*: questi avranno tutto l'interesse a pagare le somme che devono, per poter così riprendere le loro merci, poiché tali somme saranno necessariamente inferiori al valore di queste. Quanto ai *vectores* che non avessero imbarcato merci, per essi il problema non si pone e la loro menzione nel mezzo del frammento 2 pr. (*quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? plane commodius est, si sint, retinere eas*) corrisponde certo ad uno scorretto glossema, perché, come risulta non espressamente ma assai chiaramente da Paul. D. 14, 2, 2, 2, tutta la *contributio* riguarda le merci imbarcate e non i loro *locatores* come tali (siano essi anche passeggeri o no), sicché i passeggeri privi di merci non vi partecipano. La sola ipotesi in cui l'*actio ex conducto* del *magister* possa servire in pra-

²¹ Un conguaglio in natura resta un'ipotesi astratta, nella misura in cui questo sarebbe possibile se tutte le merci caricate fossero omogenee: cfr. il *'varia mercium genera'* di Paul. D. 14, 2, 2, 2.

tica sembrerebbe corrispondere all'ipotesi del *vector* tenuto alla *contributio* il quale non si presenti a riscattare le sue cose: ma si tratterà normalmente allora di un soggetto insolvente, e l'azione potrà servire solo a costringerlo ad autorizzare il *magister* alla vendita delle merci non ritirate, per prelevare dal ricavo la quota rimasta insoluta.

Se così stanno le cose, abbiamo dunque, sul piano delle obbligazioni e delle azioni che l'interpretazione tipica basata sulla *lex Rhodia* introduce nel contratto di trasporto marittimo, i seguenti rapporti speciali: 1) il *magister* è obbligato (obbligazione sanzionata con l'*actio ex locato*) e legittimato a compiere gli atti necessari alla realizzazione della *contributio*²² e precisamente ad effettuare la ritenzione delle merci salvate e ad esercitare l'*actio ex conducto* contro i *vectores* tenuti alla *contributio* che non versino le somme relative; va notato che l'esercizio della ritenzione lo legittima ad opporre un'eccezione (come vuole il R., seguendo il Wieacker) al *vector* che agisca (*ex locato*) contro di lui per riottenere le merci; ma in pratica questa eccezione si risolverà in una domanda riconvenzionale corrispondente nella sostanza all'esercizio da parte sua dell'*actio ex locato*, perché il giudice, sollecitato a ciò da una domanda del convenuto *magister*, subordinerà la sua condanna²³ all'offerta, da parte dell'attore, delle somme dovute; 2) i *vectores* sono obbligati relativamente agli ammontari calcolati per ciascuno come quote della *contributio*, ma, per questo, sono obbligati verso il *magister* (obbligazione sanzionata dall'*actio ex conducto* di costui), ma non al pagamento delle somme, perché il pagamento andrà fatto agli altri *vectores* interessati, e verso di questi essi non hanno obbligazioni: l'obbligazione dei *vectores* tenuti ai contributi consiste nel mettere a disposizione del *magister* i relativi importi destinati alla realizzazione dei conguagli finali.

Come risultato di tutto ciò abbiamo dunque che dal sistema della *contributio ex lege Rhodia* risulta bensì l'esercizio di un'azione nell'interesse di terzi: e precisamente l'esercizio dell'*actio ex conducto* (in forma diretta o come domanda riconvenzionale – nella struttura romana dell'onere imposto dal giudice all'attore – nell'*actio ex locato* in cui il *magister* sia convenuto) da parte del *magister* contro i *vectores* obbligati, nell'interesse dei *vectores* che abbiano perso merci per la *iactura*. Ciò, tuttavia, con la seguente particolarità: che la prestazione, la cui esecuzione egli pretende con l'esperimento di tale azione, è una prestazione dovuta a lui e a lui solo in forza del contratto di trasporto marittimo che lo lega ai debitori, e non è la prestazione che dovrà pervenire al terzo, perché verso i *vectores* obbligati il *magister* è creditore della messa a disposizione delle somme destinate ai terzi, mentre verso i terzi egli è debitore delle somme messe a disposizione.

²² Ne consegue che se il *magister* non effettua questi atti dovuti, egli risponderà verso i *vectores* nella misura del loro interesse a che gli atti fossero compiuti, e non, come abbiamo visto vorrebbe il R., per l'intero ammontare delle *contributiones* dovute, senza riferimento alla situazione concreta e in particolare all'esistenza di obbligati insolventi.

²³ Per interventi di questo genere da parte del giudice nei giudizi di buona fede vedi ad es.: Ulp. D. 19, 1, 13, 8, Gai. D. 19, 2, 25, 5, Paul. D. 19, 2, 43.

6. – Il secondo dei due casi, in cui R. riconosce (p. 143 ss.) una «Drittschadensliquidation» nel diritto romano, è descritto nei testi seguenti, che furono in particolare utilizzati a suo tempo dallo Zimmermann:

D. 2, 11, 14 (Ner. 2 membr.): *Si procurator ita stipulatus est, ut sistat dumtaxat eum quem stipularetur, non etiam poenam si status non esset stipularetur: propemodum nullius momenti est ea stipulatio, quia procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest sisti. sed cum alienum negotium in stipulando egerit, potest defendi non procuratoris, sed eius cuius negotium gesserit utilitatem in ea re spectandam esse: ut quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debeatur. eadem et fortius adhuc dici possunt, si procurator ita stipulatus esset 'quanti ea res erit': ut hanc conceptionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatam interpretemur.*

D. 45, 1, 81, 1 (Ulp. 77 ad ed.): *Si procurator sisti aliquem sine poena stipulatus sit, potest defendi non suam, sed eius, cuius negotium gessit, utilitatem in ea re deduxisse: idque fortius dicendum, si 'quanti ea res sit' stipulatio proponatur procuratoris.*

I due testi presentano lo stesso problema²⁴, con la stessa soluzione. Si tratta di una promessa di comparizione in funzione di un processo (*vadimonium*), ove la *stipulatio* offre due particolarità: che lo *stipulator* non è il titolare del diritto che si intende dedurre in giudizio, bensì il suo *procurator*²⁵, e che non si tratta – come invece era il caso normale – di una stipulazione penale, perché essa ha qui direttamente ad oggetto la comparizione del convenuto. Ora, siccome il *procurator* non ha la rappresentanza diretta del *dominus litis* (in part. p. 149 *sub* 2) si tratta altresì di una *stipulatio* che interviene prima della formazione di un rapporto processuale²⁶, quando cioè il *procurator* non è ancora parte del processo (p. 146 s. *sub* 5), la comparizione del convenuto, come oggetto della *stipulatio*, rappresenta una prestazione a favore di un terzo (il *dominus litis*), per la quale lo stipulante non ha interesse: come spiega Nerazio nel fr. 14, *procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest sisti*²⁷. Sempre seguendo il pensiero di Nerazio, che d'altra parte rappresenta il momento di costruzione della soluzione che viene ripresa identica nel fram-

²⁴ Secondo il R. (p. 144), nel primo testo la presenza promessa sarebbe quella di una persona diversa dal promittente, cioè si tratterebbe della promessa fatta da un garante del *vadimonium*. Questa conclusione (alla quale per altro egli non dà poi peso, e che corrisponde invece all'ipotesi di Ulp. Cels. D. 45, 1, 81 pr., sul quale vedi R. pp. 153-156) egli la trae dalle parole '*eum quem stipularetur*', che tutt'al più possono essere intese come un'allusione generica alla persona della cui presenza si tratta, sia essa il promittente o un terzo. Io preferirei vedervi un glossema di dubbia correttezza grammaticale.

²⁵ Il R. precisa (p. 143) che può trattarsi indifferentemente di un *procurator omnium rerum* quanto di un *procurator* incaricato di quegli specifici atti (cioè di un *procurator ad litem*).

²⁶ Come precisa il R. (p. 147 s., riferendosi al fr. 14, con richiamo a J.G. Wolf) si trattava di una promessa precedente l'instaurazione del giudizio, con la quale il promittente si impegnava a comparire a data fissa in un luogo vicino al tribunale (cfr. l'esempio di *vadimonium* pozzolano riportato a p. 151: *in kalendas Ianuarias Puteolis in foro ante aram Augusti Hordionianam hora tertia*), dove l'attore avrebbe poi fatto l'*in ius vocatio*.

²⁷ Vedi R. p. 145 s. (*sub* 3 e 4) con considerazioni sulle quali dovremo ritornare in seguito.

mento di Ulpiano (p. 156 s.): se in questo caso²⁸ la *stipulatio*, invece che nulla, può considerarsi valida, è perché, concludendo la *stipulatio* stessa (*in stipulando*), il *procurator* è portatore dell'interesse (*utilitas*) di un altro soggetto, ed è a questo interesse che si deve fare riferimento; nel caso di mancata comparizione, sarà dovuta al *procurator* una somma corrispondente al valore che la comparizione aveva per il *dominus litis* (pp. 148, 150).

Questa interpretazione di Nerazio, che il R. vede da un lato prudentemente («vorsichtig», p. 148) legata al caso concreto (vedi anche p. 158 *sub* 2) e d'altro canto considera affatto ardita («durchaus kühn», p. 149), parrebbe corrispondere in tutto e per tutto allo schema della liquidazione del danno del terzo: ma l'a. ne fornisce una spiegazione che le nega portata generale (vedi le conclusioni a p. 157 ss.). Già abbiamo notato quello che, di tale spiegazione, costituisce il punto di partenza: il debito che, secondo Nerazio, il *promissor* si assunse verso il *procurator* con la *stipulatio* non è di comparire, ma di pagargli il valore che la mancata comparizione procurerebbe al *dominus litis*. In altre parole, la *stipulatio* ha ad oggetto (per comune consenso delle parti: p. 149) una somma di denaro, il '*quanti ea res erit*', siano o non siano tali parole espresse nella forma (p. 148 s.). Ora – in generale – la promessa di una somma di denaro fatta dal *promissor* allo *stipulator* è valida e rende lo *stipulator* creditore della somma senza che l'interesse alla prestazione possa venire in considerazione (R. p. 145 s., 150 *sub* 3, 1): così, nel nostro caso, come risulta già dallo stesso fr. 14 (ma è facile il riscontro in numerose altre fonti), se la *stipulatio* fosse stata concepita come stipulazione penale, essa sarebbe stata perfettamente valida e avrebbe reso il *procurator* creditore della somma corrispondente alla pena (cfr. Ulp. D. 45, 1, 38, 17, R. p. 150 n. 33). Ora, l'interpretazione di Nerazio sarebbe precisamente consistita nel considerare la somma corrispondente all'interesse del *dominus litis* alla comparizione del *promissor* (*quantum domini litis interfuit sisti; quanti ea res erit*) come l'oggetto dell'obbligazione che questi assume, obbligazione sottoposta alla condizione della mancata comparizione. In sostanza, interpretando ora il pensiero del R., si potrebbe dire che Nerazio non applicava al caso in esame il dogma della Drittschadensliquidation, bensì interpretava la *stipulatio* riconducendola allo schema della stipulazione penale (pp. 150 s., 157 ss.).

Questa costruzione del R., relativa ai due testi in esame, è assai acuta, ma essa mi pare discostarsi dal senso delle fonti. Quando dice che la soluzione di Nerazio è strettamente legata al caso concreto, e che la generalizzazione che ne fece il Windscheid (vedi qui sopra, nel § 3) era arbitraria (R. p. 158 *sub* 3) egli è certo nel vero. Tuttavia non è vero che Nerazio interpretasse la *stipulatio* '*ut sistat*' come la stipulazione di una somma di danaro sottoposta alla condizione della mancata comparizione, perché il giurista diceva espressamente il contrario.

Analizziamo punto per punto la linea del discorso di Nerazio in D. 2, 11, 14:

²⁸ Non capisco perché il R. debba dire (p. 148) che a prima vista '*in ea re*' appare, nel fr. 14, «sallopp und unjuristisch».

1) la *stipulatio* del *procurator* relativa alla comparizione del *reus* può essere fatta in due modi: facendosi promettere direttamente la comparizione (*ut sistat dumtaxat*) o come stipulazione penale; 2) la stipulazione fatta nel primo modo rischia di essere nulla (*propemodum nullius momenti est*) poiché lo *stipulator* non ha interesse alla prestazione promessa (cioè al *sisti*) per quanto concerne un suo proprio vantaggio (*utilitatem*)²⁹; 3) ma teniamo conto del fatto che qui lo *stipulator* gestisce un affare altrui (*sed cum alienum negotium in stipulando egerit*); 4) su questa base può sostenersi che in tal caso (*in ea re*) il vantaggio (*utilitatem*) da prendere in considerazione non sia quello dello *stipulator* ma quello della persona il cui affare è gestito; 5) con la conseguenza (*ut*) che in forza di tale *stipulatio* (*ex ea stipulatione*), in caso di mancata comparizione del convenuto (*non stato reo*) sia dovuta (*debeatur*) allo *stipulator* una somma equivalente al valore dell'interesse del *dominus litis* alla comparizione (*tantum, quantum domini litis interfuit sisti*); 6) lo stesso può dirsi con più evidente fondatezza (*eadem et fortius adhuc dici possunt*), se lo *stipulator* si sia fatto promettere (*ita stipulatus esset*) 'quanti ea res erit', nel senso che in questa forma l'espressione (*hanc conceptionem verborum*) 'quanti ea res erit' deve essere interpretata con riferimento non al vantaggio (*utilitas*) dello *stipulator* stesso, ma a quello del *dominus litis* (*sed ad domini utilitatem relatum interpretemur*).

Ebbene, dai punti 1-2 risulta chiaramente che Nerazio individuava la differenza fra la *stipulatio* 'ut sistat' e la stipulazione penale nel fatto che nella prima l'oggetto della promessa è una prestazione di *facere* (cioè un *incertum*), e precisamente il *sisti*, mentre nella seconda l'oggetto è la pena, e cioè una somma di danaro (vale a dire un *certum*). Con ciò egli si riporta ad una *divisio* generale della *stipulationes* (cfr. Paul. D. 45, 1, 2 pr.), le cui conseguenze pratiche sono chiaramente enunciate, per esempio (ed evidentemente non ha qui importanza che gli enunciati che cito siano in parte più tardi rispetto a Nerazio) in D. 45, 1, 68 (Paul. 2 ad ed.): «*Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. quod si ita stipulatus fuero: 'pecuniam te mihi crediturum spondes?', incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.*».

Che questa prospettiva sia applicabile anche alle stipulazioni relative alla comparizione del convenuto risulta espressamente da un testo (che il R. conosce bene: p. 144nt. 4), ove si riporta il pensiero di un contemporaneo di Nerazio e suo collega nella scuola proculiana:

D. 2, 5, 3 (Ulp. 47 ad Sab.): *Cum quis [in iudicio] (vadimonio) sisti promiserit neque adiecerit poenam, si status non esset: incerti cum eo agendum esse in id quod interest verissimum est, et ita Celsus quoque scribit.*

²⁹ Cfr. Ulp. D. 45, 1, 38, 17: «*inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest*», ove *obligationes* significa «atti obbligatori» e si riferisce precisamente alle *stipulationes*: nella frase riportata l'allusione è fatta in particolare alle *stipulationes in dando*, ma con la successiva esemplificazione (nei §§ 20-21) sono pure addotte *stipulationes in faciendo*. Si tratta di testi ben noti al R.: p. 146 nt. 14, 191 ss.

Di conseguenza, quanto Nerazio esprime nei punti 3-4 per recuperare la validità della *stipulatio* 'ut sistat' va inteso come un'operazione interpretativa compiuta nell'ambito della struttura di questa *stipulatio*, e non come una riconduzione all'altro schema. Ad intendere invece l'operazione di Nerazio come diretta in quest'ultimo senso potrebbero indurre (ed hanno indotto il R.) i punti 5 e 6: ma il loro significato è diverso.

Quanto al punto 5³⁰: è ben vero che qui l'autore del passo si esprime alludendo all'oggetto dell'obbligazione (*debeatur*), ma il riferimento non è all'obbligazione primaria, assunta con l'atto della *stipulatio*, bensì a quella corrispondente alla sua responsabilità: egli ha in vista l'ammontare della condanna nell'azione che venga esperita sulla base della *stipulatio*. Si tenga presente che l'obbligazione di comparire in un certo luogo a data e ora fissa ha per oggetto una prestazione di *facere* puntuale, la cui inesecuzione (come nelle obbligazioni di non fare) dà automaticamente luogo all'impossibilità della prestazione, sicché il debitore non è più obbligato ad eseguire la prestazione originaria, ma è unicamente responsabile. Quel che nel nostro caso il *promissor* deve, ove la comparizione sia mancata, non può dunque essere che il risarcimento del danno. Dunque, la frase corrispondente al punto 5 va intesa nel senso seguente: per effetto della *stipulatio*, dopo la sua inesecuzione (*ex ea stipulatione non stato reo*), il *promissor* sarà tenuto ad un risarcimento calcolato sull'interesse alla comparizione mancata (*quantum interfuit sisti, tantum debeatur*).

Quanto infine al punto 6: quel che si dice in Ner. D. 2, 11, 14 (come pure in Ulp. D. 45, 1, 81, 1, dove il brano di Nerazio è semplicemente riassunto) della stipulazione con la *conceptio verborum* 'quanti ea res erit' non fa allusione (come parrebbe pensare il R.) ad una variante della *stipulatio* 'ut sistat dumtaxat', perché qui il giurista estende le conclusioni già raggiunte a proposito della *stipulatio* 'ut sistat dumtaxat' ad un *tertium genus* di promessa di comparizione. Un *genus*, per così dire, intermedio, in quanto si tratta di una *stipulatio* che, pur non avendo come oggetto una pena (cioè una somma certa di danaro), ha pur sempre come oggetto una somma di danaro: si tratta infatti (la struttura dell'atto non può essere immaginata altrimenti) di una promessa di pagare 'quanti ea res erit' in caso di mancata comparizione. Il problema relativo a questo genere di *stipulatio* non è dunque quello della sua validità, ma solo di stabilire come vada calcolato l'ammontare della somma promessa. Nerazio non fa dunque, a questo punto, che utilizzare parte delle conclusioni raggiunte analizzando la *stipulatio* 'ut sistat dumtaxat' per risolvere i problemi della terza forma nella misura in cui le sono analoghi: si tratta dunque solo di precisare che 'quanti ea res erit' deve considerarsi allusivo all'interesse del *dominus litis*: se la cosa è più evidente nel caso di questo *tertium genus*, è solo perché in esso un primo passo verso la soluzione è già chiaro dai *verba stipulationis*: e cioè che quel che è in gioco è l'interesse: resta da stabilire di chi, e per questo serve quanto precedentemente detto. Come si vede,

³⁰ Nell'esplicazione di questo punto ometterò, per maggiore chiarezza, trattandosi di evidenziare la struttura dommatica che lo regge, le allusioni al carattere triangolare della situazione.

dunque, se l'esame della forma stipulatoria '*ut sistat dumtaxat*' serviva a Nerazio per risolvere i problemi della forma '*quanti ea res erit*', non è dall'esame di questa che possono trarsi conclusioni per intendere quanto egli diceva della precedente.

Ma se dunque, per quanto intelligente, la spiegazione che il R. propone per D. 2, 11, 14 e Ulp. D. 45, 1, 81, 1 appare inaccettabile, ciò non significa che altrettanto inaccettabile sia l'idea in funzione della quale egli l'ha costruita: e cioè che la liquidazione dei danni di un terzo, presente in quei testi, vada considerata in una prospettiva diversa da quella che corrisponderebbe all'impiego del dogma costruito (per altro su quegli stessi testi) dalla dottrina tedesca. A mio parere i due testi possono appunto spiegarsi in un modo del genere, sol che si tenga conto – come ha ben precisato R. – che in essi non si parla dell'attività del *procurator* come sostituto processuale del *dominus litis*: i problemi affrontati da Nerazio, dunque, concernono unicamente una *stipulatio*, e cioè un negozio compiuto, per conto del proprio *dominus*, da un *procurator*, non necessariamente *ad litem* e comunque non ancora impegnato in atti processuali.

La spiegazione che mi pare la più appropriata, e che dunque mi sentirei di proporre, è che lo schema impiegato da Nerazio e, nella sua scia, da Ulpiano nel caso in esame non fosse altro che quello della rappresentanza diretta, che i giuristi romani utilizzavano più di quanto i romanisti non vogliano ammettere. Un esempio con carattere generale lo abbiamo visto proprio nei testi che ci è già avvenuto di leggere (nel § 1 *sub b*: si tratta del primo caso di Ulp. D. 16, 3, 1, 11³¹); con riguardo in particolare al *procurator*, l'utilizzazione dello schema della rappresentanza diretta era comunque assai frequente³², e ne abbiamo testimonianze specifiche in materia di *stipulatio*³³. Per altro verso non è inutile notare che il fatto di riconoscere poteri di rappresentanza diretta ad una «Mittelperson» può rappresentare un mezzo semplice per risolvere i problemi della liquidazione dei danni del terzo senza introdurre un apposito dogma: una prospettiva che già era presente nella motivazione – un po' ingenua nel modo in cui era formulata – della sentenza pronunciata dall'Oberappellationsgericht di Lubeca nel 1828 (si veda qui sopra, nel § 2).

7. – Nel paragrafo precedente, là dove esponevo il pensiero del R., abbiamo visto come egli sottolineasse che dalla *stipulatio* di una somma di danaro nasce un

³¹ Il R. appare invece rigorosamente orientato nel senso di non ammettere la rappresentanza diretta in diritto classico: vedi per es. alla fine di p. 235 e, per il primo caso di D. 16, 3, 1, 11 le brevi e un poco strane considerazioni a p. 212 (nel capoverso «Pomponius entscheidet ...»).

³² Furono probabilmente piuttosto i commissari di Giustiniano a restringere i poteri del *procurator*, come ha sostenuto in un noto articolo il BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano* (1898), in *Scritti III* (Torino 1921) 250 ss., dove si sostiene l'origine compilatoria dei limiti presenti ad esempio in Mod. D. 3, 3, 63, Gai. D. 20, 6, 7, 1, Ulp. D. 13, 7, 11, 7, D. 19, 1, 13, 25 e si propone (BONFANTE, 253 ss.) un'integrazione che non limiti la portata del lacunoso Gai. 2, 64.

³³ Ulp. D. 45, 1, 79, Ulp. D. 46, 7, 3, 1, Paul. D. 46, 2, 20, 1, Paul. D. 46, 5, 5.

credito dello *stipulator* nei confronti del *promissor* per tale somma, indipendentemente dall'interesse che egli possa avere nell'affare. Questa conclusione, che risulta chiara da

D. 45, 1, 38, 17 (Ulp. 49 *ad sab.*): *Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehesum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.*

può venire generalizzata, nel senso che, secondo la giurisprudenza romana, se un contratto prevede una prestazione che deve essere eseguita da X a favore di Y (non, dunque, a favore di un terzo), Y avrà sempre azione, in rapporto a tale prestazione, contro X. Precisamente, con l'esercizio di tale azione, in caso di inesecuzione della prestazione, X sarà in ogni caso condannato a favore di Y ad una somma corrispondente almeno al valore di mercato della prestazione ineseguita: e ciò indipendentemente dal fatto che l'inesecuzione cagioni un danno ad Y³⁴. In altre parole, l'azione in cui Y deduca l'inesecuzione della prestazione da eseguire a suo favore e pretenda la condanna di X al valore di questa, è indipendente dall'interesse di Y alla prestazione stessa.

Questa tesi, che costituisce un muro portante del libro, è anticipata e riassunta dal R. a p. 145 s. e sviluppata nei §§ 18-21 (p. 160-224).

Si comprende bene che l'idea or ora esposta rappresenta un elemento assai importante nel contesto dell'indagine, poiché essa permette di risolvere in un modo del tutto semplice ed elegante la casistica della *Drittschadensliquidation*: sia quella connessa con la presenza di un rappresentante indiretto del danneggiato legato da un contratto col danneggiante, sia quella determinata dalla «obligatorische Gefahr-entlastung». La presenza di quel principio nel diritto romano rappresenta un elemento essenziale che lo differenzia dal pensiero giuridico tedesco nella materia che ci interessa, spiegando come i giuristi romani abbiano potuto risolvere i problemi, che i giuristi tedeschi hanno dovuto risolvere introducendo il dogma del *Drittschadensersatz*, senza ricorrere appunto a tale dogma. La ragione della differenza è anche individuabile in modo preciso, nel successo che ebbe presso la dottrina tedesca la nozione di «Interesse» proposta nel 1885 da Fr. Mommsen³⁵. Definendo l'interesse come danno, e precisamente come differenza fra due situazioni (quella reale e quella che sarebbe senza l'intervento di un fatto dannoso) del patrimonio di un soggetto³⁶, Fr. Mommsen veniva a legare l'esercizio di un'azione, in quanto su-

³⁴ Con questa conclusione è in particolare connessa la critica del R. (p. 172 ss.) alla dottrina dell'*actio inanis*.

³⁵ R. p. 9; vedi in part. R. p. 204 s.

³⁶ Riporto la nota definizione, che si legge in FR. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse* (Beiträ-

bordinato alla presenza di un interesse dell'attore, al fatto che l'inesecuzione o la cattiva esecuzione della prestazione a questi dovuta gli avesse cagionato un danno. Con la conseguenza che in tutti i casi in cui l'inesecuzione della prestazione da parte del debitore non cagionasse danno al suo partner nel contratto dal quale l'obbligazione a tale prestazione era sorta, ma ad un terzo, il debitore stesso avrebbe potuto opporre al suo partner che *'tua non interest'*: e siccome al danneggiato egli poteva opporre *'tecum non contraxi'*, si giungeva così alla situazione di «incubo» (Alpdruck) dalla quale solo il dogma della Drittschadensliquidation poteva risvegliare³⁷. Una differenza fra il diritto romano e il diritto tedesco attuale (con la presenza del dogma della Drittschadensliquidation) permane tuttavia nel senso che solo nel diritto tedesco la *Mittelperson* è in condizione di far valere, con la propria azione, i danni nell'ammontare sofferto non solo da lui stesso, ma dal terzo danneggiato, cosicché il terzo danneggiato può far valere i suoi propri danni con l'azione cedutagli dalla *Mittelperson*.

La tesi in questione, il R. la costruisce in relazione all'esame di Ulp. D. 21, 2, 38, che vedremo fra poco: ma preferisco evidenziare subito le conclusioni generali che egli trae partendo da quell'esegesi.

Il primo argomento consiste in una critica della tesi del v. Thur (R. p. 172 ss.) sull'*actio inanis*: critica, in se stessa, per nulla limpida³⁸, ma giusta nella conclusione che la giurisprudenza romana non separava certo l'*actio* dall'*Anspruch* (R. p. 173 *sub* 3) nel senso voluto da quell'autore. Dall'esame della struttura formulare dell'*actio* ceduta (R. p. 174 s.) il R. trae poi la conclusione che sarebbe impossibile dedurre in giudizio, in caso di cessione dell'azione, l'interesse del cessionario invece che quello del cedente o del valore oggettivo della prestazione mancata: ma si tratta di considerazioni formalistiche, che lasciano, per vero, il tempo che trovano. Dopo queste critiche, il R. (p. 175 ss.) sembrerebbe voler accordare alla tesi del v. Tuhr una chance. Secondo la dottrina del diritto attuale, ove un'azione – fondata su di un'obbligazione – venga ceduta, il dogma della Drittschadensliquidation si rende necessario perché il cessionario possa pretendere il risarcimento del proprio danno solo nel caso in cui la violazione del rapporto obbligatorio (cioè l'impossi-

ge zum Obligationenrecht II), (Braunschweig 1855) 3: «Der Ausdruck: *id quod interest* weist auf eine Vergleichung hin, und eine solche liegt dem Begriff des Interesse zu Grunde. Unter dem Interesse in seiner technischen Bedeutung verstehen wir nämlich die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde».

³⁷ Così si espresse, a proposito del citato articolo dello Zimmermann, il REGELSBERGER in *Jherings Jahrb.* 41 (1900) 262: R. p. 8 nt. 39.

³⁸ In particolare, per quanto riguarda la distinzione – che il R. nega per la giurisprudenza romana – fra *actio* e *Anspruch*, manca una considerazione approfondita di Cels. D. 44, 7, 51 (I. 4, 6 pr.), dove la considerazione dell'*actio* come *ius iudicio persequendi quod sibi debetur* può ben essere analizzata nel senso che il *persequi quod sibi debetur* sia l'*Anspruch*, che rappresenta il contenuto dell'*actio* come *ius iudicio persequendi*.

bilità della prestazione imputabile al debitore) abbia avuto luogo prima della cessione; infatti, se al momento della cessione non si è ancora avuta la trasformazione della pretesa creditoria alla prestazione originaria (Primäranspruch) in pretesa al risarcimento del danno (Schadensersatzanspruch), quel che passa al cessionario è il Primäranspruch, sicché – ove poi l'impossibilità imputabile sopravvenga – questi potrà far valere nell'azione conseguente il proprio interesse. Ora, siccome nel diritto romano in caso di impossibilità imputabile al debitore lo schema che si applica è quello della *perpetuatio obligationis*, per il quale è la prestazione originaria che continua ad essere dovuta (la trasformazione della pretesa originaria, cioè del *dare oportere* in *condemnari oportere*, avendo luogo solo con la *litis contestatio* dell'azione intentata contro il debitore), si potrebbe ben ammettere che – sempre in diritto romano – la cessione trasferisca in ogni caso il credito come tale, sicché in caso di inadempimento imputabile il cessionario potrebbe far valere comunque il proprio interesse, anche dunque se la cessione sia avvenuta dopo l'inadempimento imputabile. Fu in particolare il Rabel (R. p. 177 *sub* 3) a sfruttare questa considerazione, come si è già visto (qui sopra, § 3), con la conseguenza di ammettere già per il diritto romano la presenza di un principio dommatico che permette di inquadrare i problemi di risarcimento del danno del terzo in modo agevole, giungendo anche, del tutto naturalmente, al risarcimento a favore del danneggiato (per via dell'azione ceduta) di tutti i suoi danni. Il R., come vedremo subito, non ammette queste conclusioni per il diritto romano, ma quel che è curioso è che egli riconosce la validità delle considerazioni basate sulla *perpetuatio obligationis*: egli usa persino, in proposito, l'avverbio «selbstverständlich» (R. p. 177). Mentre si tratta, invece, di un grosso errore dommatico³⁹. Va anzitutto detto che il dogma della *perpetuatio obligationis* fu creato dalla giurisprudenza repubblicana e poi impiegato con continuità dalla giurisprudenza classica unicamente in relazione alle obbligazioni di *dare* una cosa determinata nella specie, nascenti da *stipulatio* e da legato: al di fuori di questo campo, così strettamente definito, ed in particolare per tutta la materia delle obbligazioni di fare e, d'altra parte, in genere per i contratti consensuali la *perpetuatio obligationis* non serviva e non fu mai utilizzata. Ma, a parte questa constatazione, va detto che con il dogma della *perpetuatio*, la giurisprudenza romana non ha mai pensato ad una permanenza dell'obbligazione alla prestazione primaria, perché lo schema della *perpetuatio* risulta applicabile appunto per l'impossibilità sopravvenuta di tale prestazione. In altri termini, l'obbligazione perpetuata non

³⁹ Dallo stesso errore proviene l'affermazione (p. 206: e il R. la fa proprio in un contesto nel quale vorrebbe mettere in guardia da una confusione tra le strutture processuali – *condemnatio* necessariamente pecuniaria – e strutture sostanziali: p. 205) che il diritto romano non conoscerebbe la differenza fra azione diretta ad ottenere l'adempimento e azione diretta ad ottenere il risarcimento del danno. Se la struttura formulare dell'*actio* è sempre la stessa, la sua funzione dipende dalla possibilità o dall'impossibilità della prestazione dovuta dal convenuto, cioè dal fatto che il convenuto venga in considerazione come obbligato (ad es. Pomp. D. 19, 1, 6, 1; Ulp. D. 19, 1, 11 pr.-2) o come responsabile (ad es., Cels. D. 19, 1, 12, anche per il secondo caso). Tutto ciò risulta chiarissimo dalle fonti, e già da quelle sulla *perpetuatio obligationis*.

rappresenta affatto un permanere della situazione originaria di debito, ma la sua conversione in rapporto di responsabilità. Se è vero che la «perpetuazione» dell'obbligazione costituisce una prosecuzione del rapporto giuridico esistente fra debitore e creditore, possibile in quanto il rapporto giuridico è in se stesso conservato facendo astrazione dalle circostanze di fatto che lo accompagnano, è nel contempo vero che tale rapporto è conservato in uno stato nuovo, e cioè alla sola disposizione del creditore e per essere dedotto in giudizio: si tratta di un rapporto, dunque, non più influenzabile da atti del debitore, ed in primo luogo non dal suo adempimento. Esso è perpetuato dal fatto materiale che ne rende impossibile l'esecuzione, e si perpetua in questo stato di ineseguibilità. Si tratta, precisamente, del perdurare di un'obbligazione malgrado l'impossibilità della prestazione che ne costituisce il contenuto. In altre parole, quella dell'obbligazione perpetuata ha costituito la prima costruzione dommatica del rapporto di responsabilità: un rapporto esposto all'azione del creditore, azione che sarà necessariamente un'azione per il risarcimento del danno (per il valore della cosa). Il creditore potrà cedere il rapporto, novarlo, accettare di estinguerlo con remissione o con atti transattivi (in particolare accettando una *datio in solutum*), ma la sua estinzione per l'adempimento del debitore non solo è esclusa di fatto, ma non fa più parte delle caratteristiche del rapporto stesso. Non sfruttando queste semplici considerazioni (perché egli non vi crede), il R. è costretto per contraddire il Kabel e il v. Tuhr, a limitarsi a sottolineare (p. 177 s. num. 4-5) che l'ammettere che un debitore contrattuale (anche nel caso di cessione intervenuta prima dell'inadempimento) possa mai rispondere di danni causati col proprio inadempimento, calcolati nella misura (maggiore di quella che sarebbe stata per il suo partner) in cui questi si sono prodotti presso un terzo, significa dare carattere di conclusione a quel che resta il *thema probandum*: come conclusione, essa è dunque arbitraria per il diritto moderno; per il diritto romano, nel silenzio delle fonti, deve senz'altro essere esclusa.

La conclusione che il R. desume da tutto ciò è quella che già sopra abbiamo anticipata. Il diritto romano non conosce azioni «vuote», accordate ad un soggetto che non vi ha interesse perché egli le possa esperire nell'interesse di un terzo (Zimmermann, v. Moreau) ovvero perché le ceda «vuote» al terzo danneggiato, presso il quale si riempiranno dell'interesse del cessionario (v. Tuhr), né il fenomeno può essere spiegato col permanere, come contenuto dell'azione (fino al suo esercizio e malgrado l'impossibilità sopravvenuta) del diritto alla prestazione originaria (Rabel). Perché le fonti giustificano piuttosto la conclusione che, nel diritto romano, l'esercizio di un'azione non ha come presupposto un interesse identificabile con un danno patrimoniale del suo titolare. La nozione romana di interesse ha significato «quantitativo» (R. p. 180), nel senso seguente: colui che ha concluso un contratto, ha un'azione indipendentemente dal venir meno del suo interesse, cioè dal fatto che non ricada su di lui il danno dell'inadempimento, come nel caso di D. 21, 2, 38 (vedi qui, nel § seguente) dove l'interesse è venuto meno in conseguenza dell'alienazione della cosa che del contratto era oggetto, o nei casi di *Gefahrentlastung* (vedi qui sopra, nel § 3); egli potrà in ogni caso ottenere dal suo partner contrattuale

il valore obiettivo della prestazione mancata, aumentato in considerazione del suo eventualmente maggiore interesse (quantitativo); in caso di cessione dell'azione, il cessionario otterrà questi stessi diritti, sempre riferiti all'interesse del titolare originario dell'azione e non al proprio (R. 179-181).

Se dunque⁴⁰ per i giuristi romani la spettanza di un'azione non era fatta dipendere dall'esigenza di un interesse nel senso di un danno patrimoniale⁴¹, ne consegue che ad essi risulta del tutto estranea l'idea di una possibile separazione fra azione (Klagerecht) e danno (Schaden): per loro non esisteva un problema di «spostamento del danno» (Schadensverlagerung); per ottenere risultati giuridici corretti essi non erano costretti a ricorrere, come unica risorsa, all'idea della cessione di un'azione la cui appartenenza al cedente si giustificasse unicamente sotto il profilo dell'interesse del terzo. Certo, con le loro categorie dommatiche, i Romani non ottenevano automaticamente il risarcimento del danno del terzo nella misura da questi sofferto.

Ma a questo proposito (e a questo punto: p. 199; vedi anche p. 290 s.) il R. introduce una dura critica alla dommatica moderna.

Il problema della «Schadensverlagerung» non è identico a quello del maggior danno sofferto dal terzo danneggiato. Per chiarire: il problema posto dal fatto che il danno cagionato da D, per l'inadempimento di una sua obbligazione scaturentegli da un contratto concluso con M, si produce nel patrimonio di A, è del tutto distinto da quello posto dal fatto che il danno subito in effetti da A sia maggiore di quello che lo stesso inadempimento di D avrebbe cagionato a M. La dommatica moderna, trovandosi – rispetto a quella romana – sprovvista di mezzi per risolvere il primo problema (quello della Schadensverlagerung) a causa della sua diversa concezione dell'interesse, è ricorsa in proposito alla creazione del dogma del Drittschadensersatz. Ora, questa conclusione, una volta raggiunta, è stata disinvoltamente considerata anche come risolutiva dell'altro problema: se c'è liquidazione del danno del terzo, la liquidazione avverrà nella misura del danno sofferto dal terzo. Il R. scrive precisamente (p. 199): «Diese Lehre (cioè quella del Drittschadensersatz) ist für sie dann fast zwanglos auch sedes materiae für die andere Frage des nicht nur verlagerten, sondern zugleich in der Person eines Dritten höheren Schadens. Dieses ganz andere Problem satteln die überkommene Lehre und Praxis zum geltenden Recht der Frage der Schadensverlagerung gleichsam auf ... Wenn schon die Liquidation fremden Schadens gestattet ist, warum dann nicht auch dijenige fremden höheren Schadens? Die Lösung des Problems des höheren Schadens, das sich unabhängig von einer gleichzeitigen Schadensverlagerung stellt – nämlich auch dann, wenn die Obligationsverletzung erst nach Zession des Forderungsrecht an

⁴⁰ Per queste conclusioni generali, vedi in part. R. p. 199 s.

⁴¹ Questa conclusione (con il corollario che il titolare dell'azione ha sempre diritto al valore della prestazione mancata e che il cessionario ha diritto al valore del danno del cedente), che il R. ammette assiomatica (p. 180), non è invero mai, nel libro, propriamente dimostrata, ma soltanto affermata e ribadita: vedi ancora p. 200 e 220 ss.

einem Dritten stattfindet – wird von der modernen Dogmatik an einen Ort angesiedelt, an den sie nicht gehört».

Quanto ai giuristi romani, ove essi volessero accordare ad una persona diversa dal creditore originario il risarcimento di un più alto danno, dato che non avrebbero potuto percorrere la via connessa col dogma del Drittschadensersatz, avevano a disposizione, a parte i mezzi dell'interpretazione del contratto (con ciò l'autore, p. 199 alla fine, allude evidentemente al sistema legato alla *lex Rhodia de iactu* e al *vadimonium* del *procurator*, qui sopra §§ 5 e 6), l'azione diretta del terzo (Durchgriff des Dritten gegen den Schädiger) o la nozione di «Haftungsinteresse»: ma essi non percorsero né l'una né l'altra strada⁴².

8. – Alla luce di queste considerazioni del R., esaminiamo alcuni dei testi che egli studia, a partire appunto da quello che l'a. considera per primo (p. 160 ss.) nei paragrafi specificamente legati alle considerazioni che ho or ora riportate:

D. 21, 2, 38 (Ulp. 2 disp): *In creditore qui pignus vendidit tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet: habet autem contrariam pigneraticiam actionem. et magis est ut praestet: cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est?*

Il caso si comprende tenendo conto del fatto che la vendita di una cosa effettuata espressamente come liquidazione di un pegno (*lege pignoris*), non dava luogo a garanzia per l'evizione⁴³. Il debitore D ha dato in pegno al creditore M la cosa di un terzo; M ha venduto la cosa ad A, che ha subito l'evizione. La sola azione che nasce da questa situazione è l'*actio pigneratica contraria* di M contro D, fondata nel fatto che, la cosa data da questi in pegno non essendo sua (e quindi non avendo egli il potere di disporne), un diritto di pegno non ha potuto formarsi⁴⁴. Ma l'esercizio di tale azione non ha interesse per il creditore M, il quale non soffre alcun pregiudizio, essendosi potuto soddisfare con la vendita del pegno in modo definitivo, dato che non risponde dell'evizione, e quindi egli nulla dovrebbe poter pretendere da D. Danneggiato invece, dall'insieme della vicenda, risulta il compratore A, ed il

⁴² Si veda in particolare l'esame, che il R. fa (e mi si perdoni se mi limito qui al semplice rinvio), dei testi che potrebbero essere interpretati in questo senso, e in part. D. 4, 3, 18, 5 (R. p. 38, 108 ss.) e D. 19, 2, 7-8 (R. p. 272 ss.).

⁴³ Vedi i chiarimenti, desunti dai noti lavori del Kaser, in R. p. 160 s.

⁴⁴ Così correttamente R. p. 161. Il solo rilievo che mi pare possibile all'interpretazione che il R. fa del testo ha natura puramente esegetica: '*magis est*' non sta ad esprimere una «cauta» (vorsichtig) soluzione positiva di Ulpiano, perché l'espressione sta piuttosto ad indicare un'opinione largamente dominante nella giurisprudenza, che non esclude qualche dissenso. Ne consegue che la frase finale '*cui enim est?*', che contraddice il '*magis*', va considerata un'innocuo glossema (ne accetta invece la genuinità il R., in part. p. 201; sulla portata che le attribuiva il v. Moreau vedi *infra* nel testo).

giurista ammette che M debba almeno (*vel ad hoc*) essere tenuto verso di lui alla cessione della propria azione contro D.

Questo testo non fu utilizzato, in funzione del dogma del risarcimento del danno del terzo, né dallo Zimmermann, né da Fr. Mommsen, e dalla giurisprudenza solo in una sentenza del Reichsgericht del 1897⁴⁵: tuttavia già la Glossa vi aveva notato che *'mirabile est quod cedit contrariam pigneraticiam actionem cum ea cedenti sit inutilis'* (gl. *praestet* ad h. l.: R. p. 161); esso ha poi ampiamente occupato gli esegeti, dal Cuiacio ai romanisti moderni, i quali ultimi lo hanno in genere considerato interpolato, fino a che il Kaser (R. p. 165) non gli ha dato – riferendosi anche a Tryph. D. 20, 5, 12, 1⁴⁶ – un'interpretazione nel senso della dottrina del Drittschadensersatz: sperando l'azione cedutagli dal creditore (M), il compratore (A) potrà ottenere il risarcimento dei danni, che egli stesso ha sofferto, dal debitore (D) in conseguenza del fatto che questi ha pignorato la cosa di un terzo. Ma queste considerazioni del Kaser hanno una base nella pandettistica, e soprattutto nello studio sulla responsabilità per evizione del v. Moreau (1878: R. p. 163 ss.) che da D. 21, 2, 38 deduceva conseguenze analoghe a quelle che (come vedremo) lo Zimmermann aveva desunte da Ulp. D. 17, 1, 8, 3. La chiave per comprendere il testo era, per il v. Moreau, la sua frase finale (*cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est?*), la quale preciserebbe, modificandolo nella sostanza, il senso di quanto precede, perché vorrebbe esprimere che il creditore (M) è responsabile nei confronti del compratore (A), solo che lo è unicamente nella misura in cui ciò non gli costi nulla: vale a dire che il creditore (M) è pienamente responsabile, ma dovrà risarcire A nei limiti di quel che egli possa ottenere dal debitore pignorante con l'*actio pigneraticia contraria*, cioè nei limiti della solvibilità del debitore stesso; Ulpiano, nel concretare questa soluzione, la riduceva per ragioni pratiche all'obbligo del creditore di cedere la sua azione al compratore, e precisamente per evitare l'azione del compratore (A) contro il creditore (M), nella quale il compratore sarebbe stato gravato della difficile prova della solvibilità del debitore pignorante. Con questa interpretazione l'autore veniva così a costruire, dal punto di vista dommatico, un consapevole circolo vizioso, che egli considerava solo apparente (*ein scheinbarer Cirkelschluß*). In realtà (come nota il R. p. 167) i circoli viziosi sono due: l'azione del creditore (M) verso il debitore (D) non è un'*actio inanis*⁴⁷, ma ha come contenuto ciò che il creditore-alienante

⁴⁵ Rep. I. 373/96, RGZ 39, 250, 255 s.; R. p. 168.

⁴⁶ D. 20, 5, 12, 1 (Tryph. 8 disp.): *Si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit, videamus, an pretium quod percepit creditor liberet debitorem personali actione pecuniae creditae. quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, quia ex contractu et qualiquali obligatione a debitore interposita certe ex occasione eius redactum id pretium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet. sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat ...* Sul testo R. 201 ss.

⁴⁷ Come invece la considerava il v. Thur, per il quale il testo in esame offrirebbe un esempio del-

(M) deve al compratore (A), e il creditore è responsabile verso il compratore perché egli ha azione contro il debitore pignorante (D); d'altra parte, se il creditore (M) deve al compratore (A) il suo «Interesse» (cioè il valore del danno subito), il suo proprio «Interesse» coincide con quello del compratore, e dunque è l'interesse del compratore⁴⁸ quello che costituisce il contenuto dell'*actio pigneraticia contraria* già presso il creditore (cioè prima della cessione).

La soluzione del R. (p.200), date le sue premesse generali, risulta invece lineare. Sulla base del contratto di pegno intercorso fra M e D, il creditore pignoratorio M ha contro il debitore pignorante D l'*actio pigneraticia contraria* (cfr. Ulp. D. 13, 7, 9 pr.), con la quale potrà ottenere il valore che la cosa datagli in pegno aveva per lui come pegno appunto, valore che corrisponde all'entità del credito garantito; la permanenza di quest'azione è indipendente dal permanere del credito garantito, sicché se questo si estingue in seguito alla vendita del pegno l'azione rimane intatta. Se M esperisse lui stesso l'azione, egli sarebbe tenuto a dare quanto ne otterrebbe ad A, che disporrebbe a questo scopo dell'*actio empti* contro di lui. La cessione da M ad A dell'*actio pigneraticia contraria*, prevista in D. 21, 2, 38, non è che un modo per realizzare questo risultato. Il diritto romano giunge così (R. p. 200 s.) a far ottenere ad A un risarcimento a spese di D senza introdurre le nozioni di «Gefahrentlastung» e «Drittschadensliquidation», perché esso parte dalla considerazione dell'arricchimento ingiusto che la disponibilità dell'*actio pigneraticia contraria* (e quindi il suo eventuale esperimento) procura a M, e che viene eliminato dalla rispondenza di M verso A con l'*actio empti* di questo, tradotto in obbligo di M alla cessione dell'*actio pigneraticia contraria*. Ma la pretesa di A non sarà ad un risarcimento del proprio danno, perché troverà sempre un limite in tale arricchimento di M, e corrisponderà dunque al valore del credito garantito (quest'ultimo punto è confermato da Tryph. D. 20, 5, 12, 1 ed Herm. D. 21, 2, 74, 1: R. p. 201 ss.).

9. – Sulla base delle tesi del R. che ho sintetizzate nel § 7 risulta interpretabile al difuori degli schemi del dogma della Drittschadensliquidation anche Ulp. D. 16, 3, 1, 11 (R. p. 212 s.), che già conosciamo come uno dei testi sui quali si basò la corte di Lubeca nel decidere contro il povero capitano Vos:

D. 16, 3, 1, 11 (Ulp. 30 ad ed.): *Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur ... si ... tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus.*

l'impiego da parte della giurisprudenza romana della dottrina dell'*actio inanis*, che già abbiamo descritta (vedi qui, § 3 verso la fine e R. p. 169 ss.).

⁴⁸ E non unicamente prezzo di vendita e interessi, come l'*actio utilis* di Tryph. D. 20, 5, 12, 1: con ciò il v. Moreau si opponeva al Dernburg: R. p. 167.

nonché (R. p. 213 s.):

D. 16, 3, 16 (Afr. 7 quaest.): *Si is, apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet.*

che presenta un caso di struttura analoga. In entrambi i casi, infatti, solo l'idea che M (il mandatario nel primo testo, il primo depositario nel secondo) non abbia interesse, in quanto non danneggiato, alla sua azione contro D (il depositario e, rispettivamente, il secondo depositario) rende necessario l'impiego del dogma della Drittschadensliquidation per giustificare la cessione dell'azione stessa ad A (il mandante e, rispettivamente, il primo deponente).

A proposito del primo testo (D. 16, 3, 1, 11), va solo sottolineato ancora (il R. mi pare non lo faccia) che l'obbligazione alla cessione dell'azione proviene a M dal contratto di mandato che lo lega ad A: l'azione rappresenta infatti un diritto acquistato da M per conto di A nell'esecuzione del mandato da questi ricevuto. Diversamente nel caso del testo di Africano (D. 16, 3, 16), dove l'obbligo del primo depositario (e secondo deponente) M di cedere al primo deponente (A) la sua azione contro D (secondo depositario) non proviene – questa volta lo nota il R. (p. 213) – che da ragioni eque: M, avendo evidentemente sub-deposto senza violare il suo contratto con A (che, per es., lo ha a ciò autorizzato), non risponderebbe verso costui per il dolo di D. Perciò, se si guardano i due casi sotto il profilo del Haftungsinteresse di M, esso non manca in entrambi i casi (come pare pensi il R. p. 213), ma solo nel secondo.

10. – Esamino qui subito, per una certa analogia con gli ultimi passi discussi, un testo famoso (R. p. 225 ss.) che contiene un caso di «Haftungsinteresse», e che comporta, secondo la vasta letteratura che lo concerne, compreso il R., un circolo vizioso (vedi qui sopra, § 8; il R. esamina tutta una serie di «Texte mit zirkulärer Begründung» alle p. 225-271), sicché gli autori che tale circolo vizioso non apprezzano fanno in genere ricorso, per spiegarne il dettato, ad ipotesi di interpolazione. Ad un simile tipo di soluzione fa questa volta ricorso anche il R., cosa assai rara (egli, infatti, senza essere contrario per principio – come oggi spesso si usa – ad ammettere interpolazioni, non ama affidare ad un ipotesi interpolazionistica la soluzione dei problemi esegetici).

D. 17, 1, 8, 3 (Ulp. 31 ad ed): *Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur (tenetur autem, quia agere potest): quamquam enim volgo dicatur procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est: ad agendum enim dumtaxat hoc facere non potest.*

Interpretando il passo (quella che interessa è in realtà la sua prima parte, prima di *quamquam*) in funzione della dottrina della Drittschadensliquidation, lo Zim-

mermann dava alle parole ‘*habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur (tenetur autem, quia agere potest)*’ il senso seguente (vedi R. p. 226 s. *sub* 3 [e non *sub* 2]): il *procurator*⁴⁹ M risponde verso il *dominus* A per il comportamento del terzo contraente D, e in questa responsabilità risiede il fondamento dell’azione di M contro D; il fondamento della responsabilità di M verso A risiede a sua volta nel fatto che, nell’azione contrattuale che egli ha contro D, il *procurator* M possiede il mezzo per chieder conto a D, autore del danno; da questo fondamento della responsabilità di M dipende anche il suo limite in quanto, se M non risponde se non perché può aggredire D, egli non potrà essere responsabile se non per quel che ne possa ottenere. Ulpiano avrebbe dunque costruito una responsabilità senza colpa di M verso A per il comportamento di D, e ciò allo scopo di procurare il risarcimento ad A a spese di D attraverso lo «Haftungsinteresse» di M, il quale funziona così come puro «Mittelmann», senza che il suo patrimonio venga comunque inciso.

Questa interpretazione dello Zimmermann è, per altro, quella nella quale il circolo vizioso è più, come si esprime il R., «relativizzato»⁵⁰: ma esso è invece in genere stato inteso come il punto centrale del passo, da spiegarsi di per se stesso: un atteggiamento che parte almeno dal Fabro e, passando per Brinz, giunge alla romanistica moderna nutrendo le interpretazioni esegetiche più varie (R. p. 227-238). Anche durante la preparazione del BGB, per altro – come abbiamo già ricordato nel § 3 – D. 17, 1, 8, 3 ha avuto una parte.

Il R. appare non poco imbarazzato da questo frammento. Secondo lui, alla generalità delle interpretazioni tradizionali – qualunque ne sia stata poi la conclusione – è comune⁵¹ l’erronea premessa che il testo contenga soprattutto un enunciato relativo ai limiti della responsabilità al primo mandatario (M), mentre invece oggetto principale del testo è l’appartenenza del primo mandatario dell’*actio mandati* contro il secondo (D). In altre parole, quel che, secondo il R., Ulpiano voleva soprattutto stabilire era l’efficacia del mandato concluso, in qualità di mandante, da un soggetto a ciò interessato solo per essere a sua volta mandatario, efficacia che – per l’assenza di responsabilità diretta nel diritto romano (sic!: R. 235) – si manifesta solo fra M (primo mandatario-secondo mandante) e il secondo mandatario D (R. p. 235, 238), con esclusione di un’azione diretta di A (primo mandante) contro D anche sotto il profilo della semplice *negotiorum gestio* (R. 236 s., 238; anche 248). Quanto alla responsabilità del primo mandatario M il testo non dice nulla,

⁴⁹ Lo Zimmermann indica normalmente come *procurator* la «Mittelperson» nello schema della Drittschadensliquidation; nel caso in esame, si tratta in effetti di un *procurator*, come si desume dalla precisazione contenuta nella seconda parte del passo: cfr. R. p. 224, 225 nt. 9.

⁵⁰ Egli vuol dire, così almeno lo intendo, che lo Zimmermann impiegava il circolo vizioso come mezzo illustrativo di una soluzione, citando così anche Ulp. Iul. D. 17, 1, 14 pr. (sul quale R. p. 244 ss.): e – aggiunge il R. p. 226 nt. 8 – avrebbe pure potuto citare D. 46, 1, 36 (p. 261 ss.) e magari anche D. 17, 2, 22 (p. 255 ss.) – torneremo brevemente in seguito su questi due testi – e D. 18, 1, 35, 4 (p. 73).

⁵¹ Con l’eccezione di alcuni autori moderni, specialmente italiani (R. p. 236 *sub* 2).

solo lascia indirettamente concludere che tale responsabilità non discende di per sé dal semplice fatto di aver affidato la gestione ad un sostituto (R. p. 238 nt. 79). L'interpretazione scorretta del testo sarebbe stata, secondo il R., favorita dall'inserzione del glossema (in origine marginale) *'tenetur autem, quia agere potest'*: con *'quia et ipse tenetur'* Ulpiano voleva solo giustificare meglio perché l'azione contro D spetti a M e non ad A⁵² («spetta ad M perché *et ipse* – anche lui, come D – è soggetto a responsabilità»); il glossatore aveva invece preso *'quia et ipse tenetur'* per l'espressione chiave del testo, e quindi ne deduceva che il testo affermasse che, in caso di sub-mandato, al mandatario incomba una responsabilità oggettiva per gli atti del suo sostituto (R. p. 237 s.).

Io credo che il R. abbia bensì ragione nel credere che il pensiero di Ulpiano non contenesse alcuno Zirkelschluß ed anche che il testo non abbia nulla a che fare col dogma della liquidazione del danno del terzo: la via da lui percorsa nell'esegesi non mi pare tuttavia condurre a capire il senso del passo. A questo fine è meglio partire dalla proposta di correzione del Mommsen (Theodor questa volta, naturalmente: considera l'emendamento anche il R. p. 234 con la nt. 58): non perché questa proposta sia da accettare, ma per l'intuizione che l'ha dettata (come tutti sanno, le correzioni e integrazioni del Mommsen al testo del digesto sono fra i contributi esegetici più penetranti che la storia della nostra letteratura conosca). Il Mommsen, dunque, propone, nella frase dello Zirkelschluß *'quia et ipse tenetur (tenetur autem, quia agere potest)'*, di leggere *gerere* invece di *agere*. Il Mommsen scriveva così, perché evidentemente pensava che il fondamento dell'azione del mandante contro il mandatario sta comunque nel fatto che il mandatario potendo gestire non abbia gestito; ma se nel testo è scritto *agere* invece di *gerere*, prima di correggere in conseguenza come fa il Mommsen, si deve prendere in considerazione l'ipotesi che l'*agere* rappresenti, in concreto, il *gerere*. Adottando questa prospettiva, il testo deve dunque riferirsi ad un caso particolare in cui l'esercizio dell'*actio mandati* da parte di M rappresenti un atto di gestione del mandato che M ha ricevuto da A. Abbiamo dunque il caso seguente, come punto di partenza del discorso di Ulpiano in D. 17, 1, 8, 3 (supponendo che la descrizione delle circostanze di fatto iniziali sia caduta nella tradizione dal testo o per abbreviazione dei compilatori): M, mandatario di A, si trova nell'impossibilità di eseguire personalmente il mandato; allora ne affida con mandato l'esecuzione ad un terzo D, che esegue male. Si tratta di stabilire se M è tenuto, in relazione a ciò, verso A: se M non avesse semplicemente eseguito, potrebbe dirsi che – la sua esecuzione essendo impossibile – M era liberato nei confronti di A; ma, avendo M affidato l'esecuzione a D, egli ha acquistato l'*actio mandanti* contro costui, e l'esercizio di questa azione è dovuta da M ad A in forza del primo mandato, e questa volta si tratta di una prestazione possibile: *tenetur autem, quia agere potest*, detto di M, significa dunque che costui «è tenuto, per-

⁵² Ciò deve intendersi, nella visuale del R.: perché sia l'*actio mandati* di M contro D ad escludere l'*actio negotiorum gestorum* di A contro D e non viceversa.

ché l'esercizio dell'azione (che è atto, da lui dovuto, di esecuzione del mandato) gli è ben possibile».

11. – Fra i testi che presentano una «zirkuläre Begründung», ne esamineremo ancora brevemente due.

Il primo è un testo gaiano in materia di società (D. 17, 2, 22: R. p. 255 ss.), inserito in una catena di frammenti ulpiani (R. p. 252 ss.):

D. 17, 2, 22 (Gai. 10 *ad ed. provinc.*): *Ex contrario factum quoque sociorum debet ei praestare sicuti suum, quia ipse adversus eos habet actionem. item certum est nihil vetare prius inter eum qui admiserit et eum qui admissus fuerit societatis iudicio agi, quam agi incipiat inter ceteros et eum qui admiserit.*

I punti essenziali del – per altro assai noto – contesto (D. 17, 2, 19-23), al quale il passo ora riportato appartiene, sono i seguenti: esiste una società fra (uno o più soggetti) D⁵³ ed M; M ammette alla società il nuovo socio A; questa ammissione realizza un contratto di società fra M ed A e non fra D ed A, sicché A ne risulta socio di M e non di D (Ulp. D. 17, 2, 19-20 = D. 50, 17, 47, 1). Di conseguenza, i profitti che A tocchi a causa della società, li dividerà con M, mentre i D non divideranno con A i loro propri profitti⁵⁴; per contro M risponderà verso D dei danni cagionati da A alla società (Ulp. D. 17, 2, 21, dove '*id est consecutus*' è un glossema: R. p. 255 nt. 13) a titolo di colpa e senza limiti (Ulp. Pomp. D. 17, 2, 23 pr.: R. pp. 253, 254). Nel gaiano fr. 22 si considera il caso inverso: M risponde verso A del fatto dei propri soci D come di fatti propri, e ciò perché egli ha contro i suoi soci l'*actio pro socio*. Da ciò si deve anche dedurre, secondo il R., che la responsabilità di M verso A trova un limite in quel che egli potrebbe ottenere con l'esperimento dell'azione sociale, e per conseguenza egli potrà liberarsi cedendo tale azione ad A (in part. p. 257 s., con riferimento al Knütel).

Ora questa soluzione, inquadrata nelle categorie della dommatica moderna, si presenta, secondo il R. (p. 258), nel modo che segue: l'*actio pro socio* di M contro D è (nella misura di quanto dovrà pervenire ad A) «interessenlos», perché M non ha «Haftungsinteresse» (Haftungsschaden). Poniamo che i soci D abbiano compromesso possibili guadagni di M, che sarebbero dovuti – per il legame sociale fra M e A – pervenire in parte ad A; siamo in un caso di «Gefahrentlastung»: M è te-

⁵³ Nel testo, i soci di quello che noi chiamiamo M (perché nel § 22, che ci interessa, svolgerà il ruolo della *Mittelperson*) sono più d'uno; perciò, nelle menzioni che faremo di D, si sottintenderà o esprimerà la possibilità che ci si riferisca a due o più persone (D₁, D₂, D₃).

⁵⁴ Il R. esprime all'inverso la prima parte di questo punto (p. 253): «Dies führt dazu, daß ... nur der aufnehmende Gesellschafter den auf ihn selbst entfallenden Gewinn aus der Hauptgesellschaft, nicht aber die übrigen Gesellschafter den insgesamt von der Hauptgesellschaft erzielten Gewinn mit dem *admissus* teilen».

nuto a far partecipare A ai profitti, ma tali profitti mancano per fatto di D e non di M. Se M ha azione contro D anche per i danni subiti da A e quindi può utilmente cedere ad A l'azione contro D, ciò può avvenire solo in virtù del dogma della *Drittschadensliquidation*. Ma secondo l'impostazione del R. che abbiamo già esposta (in part. nel § 7), neppure nel caso presente (p. 259) c'è bisogno, in diritto romano, di ricorrere a quel dogma, perché M ha azione contro D sulla base del primo contratto di società per l'intero di quanto a lui dovuto; con tale azione egli non fa valere l'interesse di un terzo, ma solo il proprio, perché l'interesse, per i Romani, non implica necessariamente il danno.

Questa volta, forse, il R. ha troppo semplificato il problema nel ridurlo allo schema della «Gefahrentlastung». Il problema, a mio parere, si pone in termini alquanto diversi. La prima considerazione da fare è che il contratto fra M ed A, come è presentato nella catena di testi qui discussa nel suo insieme, è un contratto tutto particolare. L'accordo fra M ed A prevedeva l'ingresso di A nella preesistente società «D & M»; se tale accordo non ha avuto tale effetto, ma invece quello della creazione di una società «M & A», ciò ha avuto luogo perché non si ammette che i D possano considerarsi associati ad A non avendo essi manifestato una volontà in questo senso (Ulp. D. 17, 2, 19). Il fenomeno giuridico che con ciò ha avuto luogo è quello della conversione del contratto, e precisamente che il contratto di società fatto con A da M per conto della «D & M» non essendo valido, l'accordo stesso tra M ed A ha prodotto l'effetto di un diverso contratto implicitamente voluto dalle parti: si tratta sempre di un contratto di società, ma costitutivo del rapporto societario «M & A». Siccome, però, il contenuto del contratto di società M-A va desunto dall'accordo stesso tra M ed A, esso non potrà essere che il seguente: di fronte ai conferimenti o alle obbligazioni assunte da A, M risulta tenuto a far partecipare A alle vicende economiche della società «D & M». Per questo si dice che M *factum sociorum* (il comportamento dei D) *debet ei* (ad A) *praestare sicuti suum*: nei suoi rapporti con A, M risponde personalmente della partecipazione di costui alla vita sociale della «D & M» (Gai. D. 17, 2, 22). Se nel fr. 22 si aggiunge che la responsabilità di M per i fatti dei D si giustifica *quia ipse* (M) *adversus eos* (D) *habet actionem*, non si sottintende affatto con ciò che la responsabilità di M trovi un limite nei concreti esiti di tale azione (cioè, in sostanza, che M non risponda verso A dell'insolvenza dei D): è espressamente detto nel testo che M risponde dei fatti dei D come di fatti propri (*factum sociorum debet ei praestare sicuti suum*), e di cessione dell'azione non si parla, nel fr. 22, affatto. Il meccanismo pratico è tutto un altro: se si verifica un fatto dannoso dei D, allora M, sperando contro costoro l'*actio pro socio*, metterà in liquidazione la società «D & M» ottenendo quanto corrisponda alla sua quota (ponendo che i D siano tre, egli otterrà dunque 1/4); ora, nell'*actio pro socio* che poi A intenti contro M, A dovrà ottenere da M una somma equivalente a quel che sarebbe stato il valore della sua partecipazione alla liquidazione come se lo stesso A ne fosse stato socio, e quindi 1/5 dei beni della società liquidata. In sostanza, M è obbligato (personalmente) verso A a fargli godere della situazione in cui questi si troverebbe se fosse divenuto socio in «D & M», per cui egli potrà es-

sere chiamato da A a rispondere: quando M esperisca l'*actio pro socio* contro D, egli lo farà (visione romana e moderna non differiscono) sulla base del suo interesse come socio nella «D & M», ed in funzione del suo interesse (responsabilità) come socio della «M & A». Per altro, un limite alla responsabilità di M risulta difficilmente conciliabile con diversi elementi esposti nel testo. Gaio precisa che nulla vieta che l'azione con cui A chiede conto a M sia esperita prima di quella con cui M chieda conto ai D ed assicura ciò essere *certum*; tanto *certum* ciò non sarebbe se, nell'azione «A v. M», A dovesse provare la solvibilità dei D (ovvero M eccipirne l'insolvibilità); se la responsabilità di M verso A fosse stata limitata e il sistema fosse stato in pratica ricondotto a quello della cessione dell'azione, non avrebbe avuto allora senso la precisazione di Gaio sull'ordine delle azioni, la quale è diretta a risolvere un problema essenzialmente legato ad una prassi e che pertanto sarebbe stato insensato porre se la prassi non fosse esistita; più in generale, risulta già difficile dare un senso alla cessione ad A dell'*actio pro socio* di M contro i D, perché il contenuto di questa non corrisponde al danno subito da A: per percorrere questa via la si dovrebbe rendere alquanto tortuosa ed immaginare M obbligato a cedere la sua azione ad A ma solo dietro *cautio* di A di restituirgli la dovuta differenza (nel caso fatto $1/4 - 1/5 = 1/20$ dei beni della «D & M» liquidata).

12. – Fra i testi che il R. considera come caratterizzati da una «zirkuläre Begründung», mi sembra opportuno esaminarne un secondo (R. p. 261 ss.):

D. 46, 1, 36 (Paul. 14 *ad Plaut.*): *Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.*

Il R. non presenta un'esegesi soddisfacente di questo testo, soprattutto perché (non discostandosi in ciò da una certa tradizione nella letteratura) considera la soluzione di Paolo come fondata su di una finzione⁵⁵; d'altra parte egli pare cercar di nascondere l'imbarazzo in cui il frammento lo pone, traendo dal ricorso alla finzione di vendita argomento per ribadire che i giuristi romani evidentemente non disponevano dell'idea dell'*actio inanis* (R. p. 264). Quanto, poi, alla «elegante» finzione di vendita, essa spiegherebbe già tutto il necessario (cioè il permanere delle azioni), sicché le parole '*et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones*' – che più lo preoccupano, essendo l'espressione del circolo vizioso – sarebbero anche questa volta dovute ad un glossema («se è tenuto a cedere le azioni, è evidente che le ha»), introdotto come risposta finale alla questione di base. In al-

⁵⁵ R. p. 261 s. con i casi analoghi – che pure non contengono finzioni – della nt. 5, e in part. p. 263.

tre parole, visto dall'angolo del glossatore, il filo logico del discorso sarebbe il seguente: *actiones ... nullas iam esse? non ita est! habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.*

Se il senso del testo viene invece ricostruito correttamente (come cerco di fare qui di seguito, usando per altro gli stessi punti di partenza del R.), non rimane alcuna necessità di correggerlo. Bisogna anzitutto notare che lo scopo di Paolo non era di proporre una soluzione, bensì di giustificare una prassi: la prassi per la quale il creditore, ottenuto il pagamento non dal debitore principale, ma da un garante di questi, surroga il garante stesso nei suoi diritti contro il debitore principale con il cedergli l'azione contro quest'ultimo⁵⁶. Si deve anche notare, in via preliminare, che tale surrogazione non è di per se stessa dovuta dal creditore soddisfatto: il solo diritto del garante-*solvens* è il suo regresso contro il debitore principale, diritto che la giurisprudenza desumeva dal mandato che lega il debitore garantito e il suo garante per effetto di un'interpretazione tipica dell'atto di assunzione della garanzia.

Ora, come dice Paolo, la prassi in questione può incontrare un'obiezione radicale: che il pagamento eseguito dal garante ha liberato non solo lui stesso, ma anche il debitore principale, per cui la situazione creditoria dell'*accipiens* è cessata, e dunque egli non ha nulla in cui surrogare il *solvens*. Parlando in termini di azione, il creditore soddisfatto non ha alcuna azione da cedere. Per superare questa obiezione, Paolo introduce un'altra interpretazione tipica (e non una finzione!: *sed non ita est*): il creditore, accettando il pagamento dal garante, non lo accetta sulla base di un accordo che prevede l'estinzione del debito pagato (*non in solutum accipit*)⁵⁷, ma – in certo senso – come prezzo di vendita del suo credito verso il debitore principale (*sed quodammodo nomen debitoris vendidit*); il che significa precisamente: il creditore riceve il pagamento dal garante con l'intesa che, come corrispettivo del pagamento ricevuto, egli surrognerà il garante-*solvens* nei suoi propri diritti di creditore. Se ne desume che l'obbligo del creditore soddisfatto di trasferire l'azione al *solvens* nasce dall'accordo che accompagna il pagamento. Tale accordo risulta, così, polivalente: da un lato esso concreta la vendita del credito, e come tale rappresenta l'accordo causale della successiva cessione dell'azione; d'altro lato esso è bensì un accordo relativo al pagamento della somma data dal garante al creditore, e quindi costituisce la causa della somma data dal garante al creditore, e quindi costituisce la causa della *traditio* del danaro, *traditio* che avviene bensì *pro soluto*, ma

⁵⁶ Nel testo di Paolo ci si riferisce all'ipotesi della presenza di più garanti: ma noi, per semplicità, possiamo prescindere e considerare la solita situazione triangolare: creditore (M), debitore principale (D), garante-*solvens* (A).

⁵⁷ Per essere perfettamente aderenti al pensiero di Paolo (che, come continuo a ripetere, non fa che giustificare una prassi, proposta dunque come un dato) dovrei scrivere: «il creditore che abbia ceduto al garante-*solvens* l'azione contro il debitore, accettando il pagamento del garante non lo aveva ricevuto sulla base di un accordo che prevedesse l'estinzione del debito pagato (*non in solutum accipit*), ma etc.».

– secondo l'interpretazione tipica proposta da Paolo – riferendo il pagamento all'estinzione dell'obbligazione del garante di pagare il prezzo di vendita del credito e non all'estinzione dell'obbligazione originaria del debitore principale⁵⁸.

Così la frase finale '*et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones*' risulta perfettamente chiara e non contiene alcun circolo vizioso. Letteralmente essa vuol dire: «e dunque ha l'azione, in quanto tenuto a cederla» (traduco al singolare, per la semplificazione che, come avvertito, ho adottato, lasciando da parte i co-garanti), il che corrisponde all'interpretazione della situazione proposta da Paolo (surrogazione per volontà del creditore), perché si viene a dire che «il creditore conserva bensì l'azione, ma unicamente in vista della sua stessa cessione al *solvens*». Quel che è avvenuto è che: il pagamento non ha estinto l'azione, ma ne ha prodotto la vendita, con la conseguenza che il debitore resta debitore ed è sempre il soggetto passivamente legittimato a quell'azione; il creditore ha ancora l'azione, ma ne ha perso la legittimazione attiva, che è passata al garante-*solvens* (acquirente); finché il creditore non trasferisca l'azione al garante-*solvens*, questa non potrà dunque essere esperita.

Il R. ha dunque perfettamente ragione quando sostiene che il contenuto di D. 46, 1, 36 non può essere generalizzato (p. 264) ed in particolare che non può trarsene argomento per affermare che i Romani abbiano ammesso la cessione nell'interesse di un terzo di azioni non più esistenti («daß die Römer allgemein die Zession nicht mehr bestehender Klagerechte im Drittinteresse zugelassen hätten»: p. 265). Però, se pure – come abbiamo visto – il testo non contiene gli schemi corrispondenti al dogma della liquidazione del danno del terzo, è vero tuttavia che un'azione vi è prevista, la quale, ad un certo punto, non ha senso che d'essere ceduta. Non si tratta della possibilità di una Drittschadensliquidation proprio perché il titolare dell'azione non può esercitarla, e quindi non può ottenere nulla né per sé né per il terzo; l'azione stessa non è neppure *inanis*, in quanto ha come contenuto la pretesa al pagamento del debito originario; solo che la sua possibilità di essere esperita dipende dalla sua cessione⁵⁹.

13. – Chiuderò questa rassegna di testi, scelti fra quelli esaminati dal R. (rassegna alla quale si riduce, per le ragioni che indicherò più avanti, la presente 'recen-

⁵⁸ Questo è chiaro anche per il R. p. 264 *sub* IV.

⁵⁹ Ma non si deve andare più in là con questa costruzione, applicandola ad una realtà che non le corrisponde, e cioè dicendo per esempio – non come puri dati della costruzione, ma come elementi di una realtà pratica – che il titolare dell'azione ha l'obbligo di cederla al garante *solvens*, e che questi avrebbe l'*actio empti* per farsela cedere: perché, ripeto ancora, la costruzione di Paolo serve a giustificare la prassi della cessione, e quindi non può applicarsi che alla situazione di fatto a cessione già avvenuta. Anche chiedersi che cosa avverrebbe se il creditore esercitasse l'azione contro il debitore principale è puro vaniloquio (cfr. MEDICUS, cit. dal R. p. 263 s. *sub* III), anche se, per quanto abbiamo detto, la risposta sarebbe ovvia.

sione'), con Ulp. D. 19, 1, 13, 30, cui l'a. dedica meno di dieci pagine (p. 216 ss.). La mia scelta si giustifica in quanto la tematica del passo non solo offre lo spunto per sintetizzare chiaramente l'attitudine fondamentale del R. nella materia trattata e delineare i consensi e le riserve più significative che tale attitudine può suscitare, ma essa permette altresì di cogliere con particolare evidenza quale fosse l'atteggiamento di base dei giuristi romani verso il problema della liquidazione di danni nell'interesse di un terzo.

D. 19, 1, 13, 30 (Ulp. 32 ad ed.): *Si venditor habitationem exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat ad certum tempus, magis esse Servius putabat ex vendito esse actionem: denique Tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat.*

Il caso è assai semplice, anche se qualche aspetto va ben precisato. M ha venduto ad A un immobile, nel quale si trovava un *conductor* (inquilino o colono) D, in forza di un contratto di locazione concluso da questi con M prima della vendita; con un patto, aggiunto alla vendita per iniziativa di M, il compratore A si assume l'impegno a rispettare per un certo tempo tale contratto di locazione. Ulpiano riporta anzitutto, relativamente alla situazione esaminata, l'opinione di Servio, secondo il quale l'*actio ex vendito* sarebbe stato il rimedio appropriato a garantire il rispetto del patto aggiunto⁶⁰. Va ancora precisato⁶¹ che il patto tendeva a permettere, per un certo tempo dopo la vendita (e quindi anche dopo la sua esecuzione, con il trasferimento della proprietà del fondo al compratore), la prosecuzione del contratto di locazione fra M e D; il compratore A si obbliga – *ex empto* e verso M – a rispettare questo contratto M-D ed in particolare a permettere a D l'uso (se inquilino) o l'uso e il godimento (se colono) della cosa da lui comprata, ma non si impegna a proseguire lui stesso – subentrando al venditore M – il contratto con il *conductor*: A, dunque, non diviene mai *locator*.

Dopo di ciò, Ulpiano riporta una seconda opinione, di Tuberone, che concerne il caso particolare in cui D (che dunque sappiamo essere *conductor* di M rispetto ad

⁶⁰ '*Magis esse Servius putabat ex vendito esse actionem*' significa letteralmente «Servio riteneva che nella maggior parte dei casi vi fosse l'azione *ex vendito*», e non che la tutela mediante *actio ex empto* sia più giusta, come vorrebbe il R. p. 216 (cfr. p. 217). Può comunque darsi che il testo abbia subito un'alterazione, dato che il secondo '*esse*' appare, allo stato attuale, superfluo. Io propenderei per cancellare '*magis esse*', considerandolo l'inizio (poi non soppresso per errore) di un'interpolazione non realizzata (ove *magis esse* avrebbe avuto il diverso senso di «è opinione prevalente»), tendente ad eliminare il riferimento puntuale a Servio.

⁶¹ Questo punto è chiaro al R., e perciò non vedo il senso delle considerazioni che egli poi fa (a p. 216 s., 219) su *actio conducti* o rispettivamente *locati* come «alternative» che Servio e Tuberone avrebbero rifiutato con le loro soluzioni. Neppure vedo perché il «Klageziel» dell'*actio empti* impiegata nel caso descritto da Tuberone potesse essere in qualche modo problematico (R. p. 217 verso la fine): tutto è invece perfettamente nella linea di Ulp. D. 19, 1, 11, 1, che in materia di «Klageziel» dell'*actio empti* è il testo fondamentale.

una cosa che A ha comprata, e – dobbiamo pensare – gli è stata consegnata, anzi ormai gli appartiene⁶²), nell'esercizio della sua attività di colono (a questo solo caso si riferisce il parere di Tuberone) abbia danneggiato la cosa affidatagli. Tuberone decideva che allora il compratore A poteva esercitare l'azione *ex empto* contro il venditore M per costringerlo ad agire a sua volta *ex locato* contro il colono D, *ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat*: l'azione del venditore M contro il colono D ha lo scopo di far ottenere al compratore A il risarcimento dei danni causatigli dal colono, a spese di questi.

Ora, benché gli autori della Pandettistica – salvo un fugace cenno del v. Tuhr (v. R. p. 221 nt. 27) – non si siano soffermati su D. 19, 1, 13, 30, il testo parrebbe contenere un caso paradigmatico di risarcimento del danno del terzo. Infatti, come hanno notato il Watson e il Frier (R. p. 218 nt. 15), l'*actio locati* non spetta «in se stessa» al venditore, perché egli non risulta danneggiato; Tuberone gliel'accorda unicamente perché altrimenti il compratore non potrebbe ottenere risarcimento a spese del colono. Il venditore non ha neppure, in relazione all'*actio locati*, un «Haftungsinteresse» (contro Kaser, vedi R. p. 218 nt. 22): egli non risponde verso il compratore dei danni prodotti alla cosa dal colono, cioè non risponde del comportamento del colono stesso (a ciò non v'è allusione nelle fonti, e d'altra parte non sarebbe neppure giusto: il compratore ha accettato la presenza del colono ed evidentemente ha, in relazione a ciò, pagato un prezzo d'acquisto più basso: R. p. 218): il venditore deve bensì restituire al compratore quanto ottenuto dal colono con l'*actio ex locato*, ma ciò non rappresenta per il venditore M che una partita di giro, che non incide affatto sul suo patrimonio.

A ciò il R. oppone (p. 219 *sub* II.1) l'argomento che conosciamo. Secondo Tuberone (come anche in seguito, cioè per ogni giurista romano: cfr. R. p. 220), l'assenza di un danno patrimoniale di M, proveniente dal comportamento del *conductor* D, non rende affatto problematica la sua *actio locati* contro D: «Mit ihr – cioè con tale azione – konnte der Verkäufer unabhängig von einem Schaden an einer eigenen Sache oder einem Vermögensschaden im Sinne der Differenzhypothese die mit dem Pächter weiterbestehende *locatio conductio* geltend machen und dessen Verurteilung in den Wert vertragsgemäßen Verhaltens herbeiführen»; precisamente, il colono-convenuto D sarebbe stato condannato al risarcimento del danno (oggettivamente) proveniente al fondo dal suo comportamento contrattualmente scorretto⁶³. Una volta ammesso che al venditore-*locator* M spetta questa azione *ex locato* per il danno cagionato dal colono D al fondo, il dovere di M stesso di esercitarla e di trasferire quanto ne abbia ricavato ad A di-

⁶² Così il R. (p. 218 con la nt. 10) intende la situazione, e penso a ragione, sicché anche nelle mie considerazioni lo seguirò per questa via: anche se non vi sono in realtà appigli testuali certi per escludere che Tuberone si riferisse ad un danno prodotto dal colono dopo la vendita e prima dell'esecuzione di questa da parte del venditore.

⁶³ Vedi p. 221, alla fine delle considerazioni legate al pensiero del Medicus, svolte a p. 219 ss. *sub* II.2-3.

scende naturalmente, per ragioni equitative, dal principio di buona fede che regge il contratto di vendita fra M ed A. Si tratta di una semplice «Herausgabehaftung» (R. p. 221 *sub* 4): infatti, per effetto della situazione creata da tale contratto e certi eventi connessi con la sua esecuzione, A ha danno e non azione, M ha azione e non danno, cioè M si trova ad aver qualcosa che manca ad A ed è dunque equo restituirgli. Tutto ciò sarebbe ancora più chiaro dicendo che M è tenuto a cedere ad A la sua *actio locati* contro D; ma ad una simile, elegante formulazione di questo tipo di rispondenza il preclassico Tuberone non era ancora, secondo il R., pervenuto⁶⁴: spetterà solo a Pomponio di darle forma (R. p. 221 *s. sub* 5)⁶⁵.

Neppe Ulp. Serv. Tub. D. 19, 1, 13, 30 dunque, secondo il R., ha a che fare con il dogma della drittschadensliquidation: quel che egli ammette è solo che «ist der Text bemerkenswert als früher Fall einer auf Herausgabe beschränkten Haftung für das Verhalten Dritter» (R. p. 224).

Ma questa volta le resistenze dell'autore a riconoscere un orientamento della giurisprudenza romana nel senso di una costruzione della possibilità di risarcimento del danno del terzo sono veramente eccessive e persino forzate.

Ammettiamo pure tutti i presupposti del R., e in particolare: 1) l'*actio locati* contro D spetta a M, unicamente perché vi è un contratto (affitto) D-M che D ha violato; 2) rispetto al rapporto contrattuale (compravendita) M-A la titolarità di tale azione rappresenta un'entità patrimoniale che deve pervenire ad A, se si vuole realizzare l'equilibrio patrimoniale che il contratto stesso prevede. A questo punto non ci si può invero esimere dal constatare che, in simili circostanze, M non esperimenterebbe mai l'*actio locati* contro D, perché ciò rappresenterebbe per lui solo un fastidio, in quanto sarebbe poi comunque tenuto a dare ad A quanto potesse ottenere. Dunque, se l'*actio locati* di M non è *inanis* (perché porterebbe alla condanna di D), risulta però insensato il fatto di riconoscerne a M la titolarità: invece, non solo gliela si riconosce, ma lo si tiene (contrattualmente) obbligato verso A ad esercitarla, rischiando una condanna (*ex vendito*) per non averla esercitata, dalla quale M

⁶⁴ Mi è difficile seguire il R. su questo terreno: ponendo che A eserciti l'*actio empti* contro M per *cogere venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat*, durante la fase *apud iudicem* il convenuto potrà restituire onde liberarsi della condanna: ora, tale restituzione non può consistere che nella cessione dell'azione contro il *colonus*. Il sistema della cessione dell'azione è dunque implicito nel modo di Tuberone di presentare il problema. Da quanto scrive il R. a p. 223 *sub* 2 risulta però che egli vede in modo diverso dal mio i modi della procedura *apud iudicem* dell'*actio empti*.

⁶⁵ Evidentemente esiste certo, nel caso proposto – almeno se il danno sia stato prodotto al fondo dopo l'acquisto della sua proprietà da parte di A –, la possibilità, per A, di esperire i mezzi della tutela aquiliana direttamente contro D; il che suscita altresì la problematica del concorso fra tutela contrattuale e tutela aquiliana, che in questo caso si porrebbe in modo particolare, spettando le azioni legate a ciascun tipo di tutela a soggetti diversi. Ma il passo non parla che della tutela contrattuale: questa constatazione deve bastare, ed ogni elucubrazione in proposito appare del tutto vana (cfr. R. p. 222 *s. sub* III.1, contro Frier).

può liberarsi solo cedendo l'azione stessa ad A. A questo ulteriore punto non ci si può invero un'altra volta esimere da una constatazione: la titolarità dell'*actio locati* è mantenuta a M unicamente nell'interesse di A. M può esperirla solo nell'interesse di A; solo A, una volta ottenutane la titolarità, potrà esperirla nel proprio interesse. In altre parole (le esecrate parole del Zirkelschluß), M ha l'*actio locati* perché la possa cedere ad A.

Certo, tra la concezione moderna e quella romana esistono differenze dommatiche ed una differenza pratica. Dal punto di vista dommatico, nella visuale moderna avremmo a che fare con le proposizioni seguenti. *a)* D chiamato in giudizio da M, oppone *tua non interest* (= non sei stato danneggiato); *b)* D chiamato in giudizio da A, oppone *tecum non contraxi*; *c)* il dogma della Drittschadensliquidation permette di attribuire a M il potere di far valere contro D l'interesse di A, ed M risponderà per questo verso A nei limiti della cessione dell'azione. Seguendo la visuale del R. avremmo invece, per il diritto romano: *a)* D chiamato in giudizio da M, non può opporre *tua non interest*; *b)* A non ha azione contro D (= D chiamato in giudizio da A, oppone *tecum non contraxi*); *c)* M è tenuto (sulla base della vendita) verso A a restituirgli i suoi diritti verso D cioè ad esercitare l'azione contro D nell'interesse di A ovvero a cedere ad A l'azione). Si giungerebbe così a realizzare lo stesso risultato che nel diritto moderno, ma senza l'impiego di alcun dogma particolare: solo applicando le regole generali. Con la differenza pratica, però, che la condanna di D sarebbe nel diritto moderno ai danni sofferti da A, nel diritto romano ai danni oggettivamente subiti dal fondo.

Ma in realtà, secondo l'analisi che abbiamo fatto, le cose non stanno esattamente così, perché lo schema romanistico appare invece: *a)* M non chiama in giudizio D perché non gli serve (= M dice *mea non interest*, in senso economico), sicché perde senso riconoscergli la titolarità della relativa azione (che va considerata alla stregua di un'azione per una *stipulatio* a favore di terzo); *b)* A non ha azione contro D (= D chiamato in giudizio da A, oppone *tecum non contraxi*); *c)* si conserva a M la titolarità dell'azione contro D, perché egli la eserciti nell'interesse di A o la ceda ad A. Ed a ciò egli è tenuto in forza della vendita. Come si vede, nella proposizione *c* anche nel diritto romano viene introdotto un principio particolare, che rende possibile la soluzione. Quanto alla differenza pratica relativa al *quantum* della liquidazione, va solo detto che, nel caso qui in esame, non si vede una ragione per prendere in considerazione una differenza nell'*id quod interest*. Il valore del risarcimento sarà sempre corrispondente al danno subito dal fondo (danno già emerso e diminuzione della produttività in futuro).

14. – Abbiamo esaminato una serie di testi, che mi parevano fra i più adatti a illustrare il senso del problema trattato nel libro ed il modo impiegato dall'autore nel trattarlo. La scelta, che – devo dirlo – ha obbedito a criteri alquanto soggettivi, era necessaria, a meno di non dare a questa 'lettura' dimensioni vicine a quelle dell'opera alla quale si riferisce. Una recensione del tipo usuale, con un riassunto del

contenuto⁶⁶ e un'appendice di considerazioni critiche, non era proponibile, a mio parere, in questo caso. Il libro del R. vive di analisi esegetiche, con riferimenti diversi, per mezzo delle quali egli illustra le sfaccettature che un problema presenta nella letteratura, nelle fonti, nella propria concezione dell'autore: tutto ciò in un discorso in certo modo ordinato ma non proprio sistematico, condotto per approssimazioni successive, tutto pervaso dell'atmosfera della ricerca e della scoperta. Scritto con grande rigore, non sempre limpido, sempre intelligente, anche nella involuzione di certe pagine dommatiche o la *nimia subtilitas* di qualche esegesi.

Devo subito dire che sento anzitutto il dovere di difendere il lavoro da una critica di fondo che mi è già avvenuto – parlandone qua e là – di sentirgli fare, e che comunque gli sarà certo fatta ancora. Potrei sintetizzarla nei termini seguenti. L'approccio al tema, e la sua stessa scelta, sono il frutto di una prospettiva particolare: quel che viene studiato è un meccanismo dommatico del diritto attuale – essenzialmente, anzi, del diritto tedesco attuale – e l'autore si propone di verificare se tale meccanismo esistesse nel diritto romano. Con ciò, potrebbe dirsi, l'autore setaccia le fonti romane con una griglia moderna, impedendo ad esse di parlare il loro proprio linguaggio, lasciandole rispondere sì o no a domande anacronistiche, sicché i risultati di una simile operazione non possono poi essere riferiti al passato. Ma non possono essere neppure riferiti al presente, perché l'autore pretende di criticare il diritto moderno, mediante il diritto romano, e questa non è la funzione della storia giuridica: una tale critica è il risultato di un'operazione comparatistica, di comparazione diacronica fra passato e presente, il che implica un'altra stortura metodologica, perché la comparazione diacronica non è che metafora dell'analisi storica, fatta da chi della storia non conosce il senso.

Ma il libro del R. non ha nulla a che vedere con tutto ciò. Il suo punto di partenza deve essere colto in modo corretto: il dogma della *Drittschadensliquidation* è bensì proprio del diritto moderno, ma esso è stato costruito sulle fonti romane ed appartiene al patrimonio della scienza giuridica come una categoria romanistica. Donde una prima domanda, assai banale in se stessa, ma già pienamente legittima: di sapere cioè se, quella categoria, le fonti la contengano davvero oppure no. Il nostro diritto è stato costruito nel diritto romano comune: il diritto tedesco, in particolare, in una versione del diritto comune elaborata con il postulato metodologico basilare sintetizzato nel motto «zurück zu den Quellen». Non c'è operazione più legittima, per la scienza giuridica, di quella consistente nel verificare se, punto per punto, tale costruzione sia stata fatta in modo coerente. Ma anche sotto un profilo storico, come potrebbe dubitarsi dell'utilità di una simile verifica? Un'indagine diretta a stabilire la correttezza di una deduzione dommatica dalle fonti romane implica una loro rilettura secondo prospettive – quelle della *scientia iuris* – che si atteggiavano allo stesso modo di quelle fonti e quindi, ove realizzata senza preconcetti

⁶⁶ Un breve, ma puntuale riassunto è fornito per altro dall'autore stesso (Hauptergebnisse; § 29: Die römischen Quellen, p. 284 ss.; § 30: SpätPandektistik und geltendes Recht).

e con il dovuto rigore di metodo, vale a scoprire nelle fonti prospettive che ad esse appartengono e che l'analisi puramente storica può aver fatto smarrire. Non si deve mai dimenticare, in effetti, che il metodo puramente storico (antichistico) della scienza romanistica è altrettanto unilaterale quanto il metodo puramente dommatico.

La verifica di cui parlo implica, nel caso presente, un approfondimento particolarmente penetrante. Il dogma del risarcimento del danno del terzo non è un meccanismo giuridico qualsiasi, perché esso implica l'adozione o il rifiuto di certe prospettive con carattere generale. Mi spiego con gli esempi. La struttura che siamo abituati a chiamare condizione risolutiva ha origine romanistica; stabilire se i giuristi romani l'abbiano o meno effettivamente utilizzata rappresenta un problema assai interessante, ma la cui soluzione sarà poi, più o meno, la risposta alla domanda formulata nel porlo. Se ci si pone invece, ad esempio, il problema di stabilire se l'*in bonis habere* rappresentasse veramente la seconda forma di un *duplex dominium*, come parrebbe pensare Gaio, ovvero non costituisca se non la descrizione degli effetti di una struttura processuale diretta ad una tutela particolarmente intensa di certi possessori, all'interno di un sistema di proprietà unica, oppure, se si vuole stabilire se *re obligari* rappresentasse unicamente l'impiego di una locuzione del linguaggio comune per indicare l'obbligazione determinata da una *datio* o invece esprima un meccanismo ben più pregnante di fonte d'obbligazione, legato alla nozione di *res aliena* – qui siamo chiamati ad un impegno di ben maggiore respiro. Il problema del risarcimento del danno del terzo non soltanto non può porsi se non da giuristi che si dimostrino capaci di pensare i problemi delle obbligazioni come esposti all'angolo visuale del terzo: una considerazione consapevole della relativa problematica implica veramente una percezione dello schema triangolare come dimensione costantemente possibile nel campo fondamentalmente segmentiforme delle obbligazioni. Insomma, stabilire se Fr. Mommsen, lo Zimmermann, il v. Tuhr e gli altri giuristi che abbiamo visto all'opera abbiano ricevuto l'ennesima lezione dalla giurisprudenza classica ovvero abbiano cucito una pezza per rabberciare una lacuna delle fonti romane, ovvero ancora se essi (come pare pensare piuttosto il R.) abbiano cucito una pezza sul panno integro perché a loro pareva lacunoso, magari profittando dell'operazione di cucito per aggiungervi qualche ricamo Kitsch, rappresenta un'operazione di autentica storiografia giuridica, nel senso più pieno del termine. E non è neppure vero che il libro del R., trattando solo di diritto romano e diritto moderno, converta l'operazione storiografica in comparazione diacronica: da quel che, almeno, si comprende dal libro – salva, dunque, una verifica più approfondita che forse il R. ha fatto senza darne conto, essendone negativo il risultato – la storia del problema esaminato non conosce un'epoca intermedia. O si tratta di un'invenzione della giurisprudenza tedesca a partire dalla metà dell'ottocento o si tratta di una problematica romana che la giurisprudenza pandettistica ha rianimato da un'ibernazione plurisecolare.

La critica che si può fare al libro, sul piano generale, è piuttosto quella di un eccessivo schematismo nell'impostazione dell'indagine. Quel che l'autore cerca nelle

fonti romane è una struttura moderna ben definita: il dogma della liquidazione del danno del terzo corredato dai suoi ammenicoli dommatici sussidiari. Quando dunque egli conclude in modo negativo – e cioè di non trovarla, quella struttura – il lettore avverte il disagio che avvertii io quando un mio amico di gioventù, che aveva confuso uno Struss con un altro, mi disse meravigliato di non aver sentito alcun valzer ascoltando, da capo a fondo, «*Tod und Verklärung*». È ben vero che il R. spiega bene i suoi risultati, dando una ragione elaborata e meditata del risultato negativo della sua ricerca: nella quale mette bene in luce che i giuristi romani non avevano, nella generalità dei casi, bisogno del dogma della *Drittschadensliquidation* essenzialmente perché, da un lato, adottavano una diversa nozione di interesse e, d'altro canto, perché non erano caduti nel tranello di combinare il problema del risarcimento del danno del terzo con quello del maggior danno sofferto dal terzo. Ma, non ostante ciò, resta il fatto che la ricerca del R., pur se stupenda per l'impalcatura ossea e l'apparato muscolare, dà un poco l'impressione di un mancar di respiro. Quel che ho tentato – non so con quale successo – di mostrare con la scelta di testi esaminati, è che nelle fonti romane la problematica del danno del terzo e della sua riparazione a spese del danneggiante anche quando non risulti direttamente obbligato a ripararlo è una tematica presente, percepita dai giuristi, ma percepita in diverso modo e con diverse soluzioni, ciascuna delle quali implica strumenti dommatici diversi e porta a conclusioni diverse: da quella negativa a quella del risarcimento nella maggior misura sofferta dal terzo. Perché la giurisprudenza romana era certo (anche se taluno oggi finge di non accorgersene) una giurisprudenza dommatica, ma era nel contempo una giurisprudenza casistica, e non partiva dal dogma ma dal caso, sicché il dogma, puro strumento, era scelto, o costruito di nuovo, a seconda delle necessità del caso. Partendo da una proposizione dommatica moderna con la sua casistica, per usarla come criterio di indagine delle fonti romane, è del tutto normale trovare che in queste fonti l'ampiezza della casistica non corrisponde all'ampiezza del campo di applicazione di un unico, specifico dogma: ma è questa non coincidenza o coincidenza parziale che costituisce la ricchezza del risultato di indagini di questo genere. Se questo profilo fa un poco difetto nel libro del R., esso ha comunque mille altri pregi. Primo fra tutti quello di presentare il tema scelto – difficile e complesso qual è – come un problema perfettamente istruito. Dal modo in cui il libro è scritto, parrebbe che il suo autore intendesse dare un chiarimento conclusivo; in realtà egli ne ha fatto materia pronta per una discussione veramente feconda: il che è assai di più.

DER VERTRAG ALS ZIVILRECHTLICHER OBLIGIERUNGSGRUND IN DER RÖMISCHEN JURISPRUDENZ DER KLASSISCHEN ZEIT *

In der Geschichte der Rechtswissenschaft ist der Aufbau des allgemeinen Vertragsbegriffs *Labeo* zuzuschreiben. Dessen einfache, aber zugleich bedeutungsvolle, insofern wirklich klassische¹ Begriffsbestimmung wurde zu einem Leitfaden für die dogmatische Arbeit der römischen Jurisprudenz im Obligationenrecht.

Am Ende der klassischen Zeit, als die Schöpfung *Labeos* schließlich ihre ganze praktische Bedeutung hätte ausbreiten können, wurde sie beiseite gelassen. Im Mittelalter war sie praktisch verloren gegangen (was merkwürdig ist, denn die dafür erheblichen Texte liegen im *Corpus Iuris* und vor aller Augen), so daß die neuzeitliche Jurisprudenz die Verpflichtung empfand, einen allgemeinen Vertragsbegriff noch einmal aufzubauen. Das Ergebnis einer solchen Arbeit mußte natürlich mit der Auffassung *Labeos* zusammenfallen, ist aber nicht so deutlich und dogmatisch bestimmt.

Um die Auffassung *Labeos* und ihren Abglanz im Gedanken der klassischen Rechtswissenschaft genau zu verstehen, ist die Exegese mehrerer Duzend *Digestenstellen* erforderlich. Die entsprechenden Untersuchungen wurden, wenigstens seit 1983², mehrfach unternommen. Bei einer solchen analytischen Behandlungsweise erscheint es mir aber sehr nützlich, vier Grundtexte in ihrem gegenseitigen Zusammenhang aus synthetischer Sicht noch einmal zu betrachten.

* Pubblicato in *Collatio Iuris Romani*, Études Hans Ankum, 1995.

¹ Ich denke im besonderen an die scharfsinnigen Ausführungen von SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934, 45 ff.

² 1983 wurde das grundlegende Buch SANTOROS, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in Palermo veröffentlicht.

I. – Q. MUCIUS UND DIE VORBEDINGUNGEN (D. 46, 3, 80)

1. – Anno 76 v.Chr.³ verteidigte der Advokat M. Tullius Cicero den Schauspieler Q. Roscius, der als Beklagter in einer *petitio certae pecuniae* stand⁴.

Der Kern der Hauptschlußfolgerung des Anwaltes lag im folgenden Zusammenhang⁵:

- a) Der Kläger behauptet, der Beklagte schulde ihm eine Geldsumme;
- b) Um geschuldet zu werden, muß eine Geldsumme entweder *data* oder *expensa lata* oder *stipulata* worden sein;
- c) Da der Kläger weder eine *datio* noch eine *expensi latio* noch eine *stipulatio* beweisen kann, muß der Beklagte freigesprochen werden.

Es scheint deutlich zu sein, daß Cicero hier von einer praktischen, die Entstehungsgründe der Schuld einer *certa pecunia* betreffenden Regel ausging und das in Beziehung auf die *petitio certae pecuniae* (auch *actio certae creditae pecuniae*) genannte Klage, d.h. auf die für eine geschuldete *certa pecunia* verwandte *condictio*⁶.

Daß die von Cicero zugrundegelegte Regel in der Denkweise der Juristen ihre Herkunft hatte, ist nicht in Zweifel zu ziehen. Es ist sogar möglich, Genaueres anzugeben.

2. – Seit 90 v.Chr. wurde der 16jährige Cicero zuerst im Gefolge des schon 80jährigen Augurs Q. Mucius Scaevola, dann, bei dessen Tode Anfang des Jahres 87, im Kreis des gleichnamigen Pontifex in Rechtskunde unterrichtet. Bei diesen Meistern hatte er ganz wahrscheinlich erfahren, daß eine durch die *condictio* sanktionierte Schuld einer bestimmten Geldsumme entweder *re* oder *verbis* oder *litteris* entstehen konnte. Solche *divisio*, die die *obligationes* nach ihrem Obligierungsgrund einteilte, wurde in den *libri iuris civilis* des Pontifex Q. Mucius verwendet. In diesen Büchern sollte sie sogar oft verwendet werden, also eine wichtige systematische Rolle spielen, obwohl nur ein einziges Beispiel an uns gelangt ist.

Es handelt sich um eine Stelle der *libri ad Quintum Mucium* von Pomponius, wo der erläuterte Text sicher buchstäblich abgeschrieben wurde:

D. 46, 3, 80 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*): <Q. Mucius:>⁷ *Prout quidque contractum est, ita*

³ Oder etwas später. Datierung nach M. GELZER, *RE*, 2. Reihe 13 (1939), 839.

⁴ Cic. *p. Roscio com.* 5, 14.

⁵ Cic. *p. Roscio com.* 4, 13; 5, 14.

⁶ Vgl. Cic. *p. Roscio com.* 4, 10; 5, 14 mit Gai. 4, 171.

⁷ Über die Abgrenzung des Lemmas von Q. Mucius im Zusammenhang des Pomponius s. CANNATA, *La distinctio re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, in *Sein und Werden im*

*et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum 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 <item cum litteris ...>*⁸.

In dieser Stelle wollte Q. Mucius darauf hinweisen, daß eine *obligatio* jedenfalls so aufgelöst werden kann, wie sie eingegangen wurde⁹. Da eine *obligatio* entweder *re* oder *verbis* oder *litteris* entstehen kann und alle Obligationen *re* aufgelöst werden können, müssen die *obligationes verbis* und *litteris contractae* auch *verbis* bzw. *litteris* erlöschen können.

Die drei Arten der Einteilung des Mucius entsprechen zwar den drei Tatbeständen der praktischen Regel bei Cicero; sie sind aber Arten (*genera*) und keine einfachen Fälle. Statt von *pecunia data* spricht Mucius von *re contrahere* (sc. *obligationem*), statt von *pecunia stipulata* von *verbis contrahere*, statt *pecunia expensa lata* sollte er von *litteris contrahere* sprechen. Anders gesagt: Wenn die Regel bei Cicero drei Handlungen angibt, wodurch eine Schuld erzeugt werden kann, zeigt die *divisio* des Mucius die Mechanismen, die als Obligierungsgründe gelten können. Durch *re* wird auf die ungerechtfertigte Anwesenheit einer Sache im Vermögen eines Subjekts, durch *verbis* auf die Verwirklichung einer mündlichen Form, durch *litteris* dagegen auf die Verwirklichung einer Schriftform angespielt. Die Distanz zwischen der Regel bei Cicero und der *divisio* des Mucius ist die zwischen praktischer Erfahrung und Rechtswissenschaft: Während die erste die wichtigsten Fälle anbringt, in denen eine Schuld entsteht, beschreibt die zweite, wie die Schuld entstehen kann.

3. – Eines ist bei der *divisio* des Q. Mucius zu unterstreichen: Die Einigung spielt dabei eine wichtige Rolle, aber nie gilt sie als ein Obligierungsgrund. Bei einem *mutuum* macht die Abrede des Darleihers und des Entleihers über die *causa credendi* das Verbleiben der entliehenen Sache im Vermögen des Entleihers ungerechtfertigt; auch bei den *verbis*- und *litteris*-Obligationen liegt eine Einigung vor, die durch die Form ausgesprochen wird. Aber die *obligatio* wird entweder vom Handgeschäft erzeugt, das die Sache dem Vermögen des Schuldners zuwendet,

Recht, Fg. v. Lübtow, Berlin 1970, 439 f. Dagegen nun GALLO, *Synállagma e conventio nel contratto*, Torino 1992, 33 ff., wo er Q. Mucius auch den Schluß (*aeque - potest*) zuschreibt.

⁸ Der Hinweis auf die *obligatio litteris* ist sicher hier einzufügen (vgl. Inst. 3, 21). Vgl. noch GALLO (oben A.7), 30 ff.

⁹ S. nur KNÜTEL, *Contrarius consensus*, Köln-Graz 1968, 11 f.; dagegen GALLO (oben A.7), 26, mit keiner linearen Argumentation: In der Tat behauptet Gallo (S.25 ff.), Q. Mucius würde eine “doveosità della corrispondenza tra modo di *contrahere* e di *solvere* (sc. eine *obligatio*)” auffassen (S.27 f. mit A.13), aber er gibt zu, daß die reale *solutio* schon zur Zeit des Q. Mucius “generale efficacia estintiva” hatte (S.30), und neigt gar dazu, ihm den Endsatz mit der Aufhebung der Konsensualkontrakte durch *contrarius consensus* zuzuschreiben (s. oben A.7).

oder vom Akt, der die Form verwirklicht, d.h. durch die *datio*, die *stipulatio* oder die *expensi latio*.

4. – Für unser Thema sind die Rechtszustände zur Zeit des Q. Mucius genauer ins Auge zu fassen:

a) Wie wir schon gesehen haben, gab es damals eine *divisio obligationum*, die in Beziehung auf den Anwendungsbereich der *condictio* geschaffen wurde. Die Auffassung dieser Einteilung entsprach dem Endergebnis einer dogmatischen Ausarbeitung des Schuldbegriffs, die in bezug auf die Einführung der abstrakten *condictio* (3. Jahrh. v. Chr.) begonnen wurde und den Zweck hatte, die obligatorischen Wirkungen einer *stipulatio* weiteren Tatbeständen zuzuschreiben¹⁰. Bei dieser *verbis-litteris-re*-Einteilung waren die Obligierungsgründe nicht als Rechtsakte, sondern als Mechanismen der Begründung einer Schuld bestimmt. Die Erscheinungsfälle dieser Einteilung werden zwar durch Rechtsakte verwirklicht (*sponsio*, *stipulatio*, *expensi latio*; *mutui datio*; *solutio indebiti*; *datio ob rem* u.s.w.), die aber keiner Typenreihe entsprechen. Folglich gibt es hier keinen Raum für die Idee der Typengebundenheit, auch nicht für die der Typenfreiheit.

b) Außerhalb des Anwendungsbereichs der *condictio* gab es andere Obligierungsgründe, die der *divisio verbis-litteris-re* fremd blieben. So erstens die schuldrechtlich wirkenden Vermächtnisse, deren Einfügung in eine *divisio obligationum* zu dieser Zeit sicher nicht wichtig schien. In der Tat entstanden dadurch keine Probleme, für deren Lösung eine *divisio* zweckdienlich gewesen wäre, besonders nicht das Problem des Gerichtsschutzes, denn die kausale *actio ex testamento* stand für alle obligatorischen Vermächtnisse zu Verfügung. Diese wurden daher unter einem eigenen Gesichtspunkt mit den weiteren, d. h. den dinglich wirkenden Vermächtnissen (vielleicht von demselben Q. Mucius) als *genera legatorum* eingeteilt (Gai. 2, 192). Die Glieder dieser Einteilung entsprachen Rechtsakten, und zwar ein Rechtsakt für jedes *genus*. Die *legata* waren also, und das zum Schutz des Erben, vom Prinzip der Typengebundenheit regiert.

c) Weitere Obligierungsgründe waren die Delikte, für die ein strenger Typenzwang galt. Dabei gab es auch nur nach besonderen Zwecken orientierte *divisiones* (z.B. Gai. 3, 183).

d) Seit dem 3. Jahrh. v. Chr. wurden die Konsensualkontrakte eingeführt. Zur Zeit des Q. Mucius waren schon *emptio venditio*, *societas*, *locatio conductio* und *mandatum* anerkannt. Es handelte sich um ganz neue Obligationen erzeugende Mechanismen. Für sie war es schon klar, daß die betreffenden Schuldverhältnisse durch reine Willensübereinstimmung der Parteien erzeugt wurden und daß deren

¹⁰ CANNATA, *Die faktischen Vertragsverhältnisse oder die ewige Wiederkehr des Gleichen*, in SD 53 (1987), 298 ff.

Inhalt aufgrund der *bona fides* bestimmt werden sollte. Kein Problem wurde durch ihren gerichtlichen Schutz aufgeworfen, denn die entsprechenden kausalen *actiones civiles* waren im prätorischen Edikt für jeden Vertragstyp vorgesehen. Besser gesagt: die Anerkennung eines jeden Vertragstyps wurde dadurch verwirklicht, daß der Prätor eine entsprechende *formula* schuf. Aber es wäre ganz falsch, eine solche Typengebundenheit der Konsensualverträge im Sinne eines Typenzwangs zu verstehen. Die Methode, die Juristen und Prätor in strenger Mitarbeit angewandt haben, um die Reihe der Konsensualkontrakte anzuerkennen, hatte eine Begrenzung der Autonomie des privaten Willens nicht im Auge. Sie war vielmehr als Mittel einer sicheren Verwirklichung der Vertragsfreiheit gedacht. Die Abstufung der verschiedenen, sukzessiven Erfindungen selber läßt es zu, in dem Vorgang eine Erweiterungslogik zu erkennen, nach der jeder neue Typ neue Möglichkeiten wahr machen sollte, die die Praxis der vorhergehenden Typen gezeigt hatte. Neben der einigermaßen selbständigen *societas* wurde erstens der Kauf als Austausch einer Sache gegen Geld konzipiert; dann die *locatio conductio* als Austausch von Diensten gegen Geld; dann das Mandat als unentgeltliche Dienstleistung; endlich Leihe, Verwahrung und Verpfändung¹¹ als unentgeltliche Dienstleistungen, die nicht als Mandat aufgefaßt werden konnten oder (im Fall der Verwahrung) die man vom Mandat getrennt halten wollte.

II. – LABEO UND DER VERTRAG ALS GENUS DES OBLIGATORISCHEN RECHTSAKTS (D. 50, 16, 19)

5. – Einen allgemeinen Vertragsbegriff finden wir zum ersten Mal bei Labeo. Er trägt den Namen *contractus*, wird als – die *species* der Konsensualkontrakte enthaltendes – *genus* aufgefaßt und als Obligierungsgrund betrachtet.

Der berühmte Text, wo alles das und auch – wie wir bald sehen werden – vieles andere geschrieben steht, stammt aus den *libri ad edictum* des Ulpian. Wir lesen ihn heute in

D. 50, 16, 19 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptio-nem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

¹¹ Wie bekannt, haben Leihe, Verwahrung und Verpfändung zuerst einen rein prätorischen Schutz gehabt.

Aus streng exegetischer Sicht erscheint der Text ziemlich problematisch:

- a) Eine *divisio*¹² wird in ihm dargelegt, aber der einzuteilende (und eingeteilte) Gegenstand tritt nicht auf¹³;
- b) Es ist selbst schwer, die Einteilung genau zu erfassen. *Actus*¹⁴ ist *verbum generale*, da das *verbis* und das *re actum* (im Originaltext bestimmt auch das *litteris actum*) seine *species* sind. Sind dann *stipulatio* und *numeratio* als (Beispiele der) *species* der nun wiederum als *genus* betrachteten *verbis* bzw. *re acta*? In der Tat scheinen Kauf, Miete und *societas* als *species* des *contractus* betrachtet zu werden, der auf demselben Niveau wie der *actus* in der Einteilung liegen sollte.
- c) Die Kompilatoren haben sicher die Definition des *gestus* abgeändert; diejenige, die man nun im Text liest, scheint ein Überbleibsel (aber wovon?) zu sein;
- d) Ulpian hat sehr wahrscheinlich die Erörterung Labeos verkürzt oder zusammengefaßt.

Als Orientierungshilfe könnte man in Betracht ziehen, daß die Stelle dem 11. Buch des Ediktskommentars Ulpians entstammt (das könnte Anlaß sein, den Text der Erörterung der Klausel *quod metus causa gestum erit* zuzuschreiben) und daß die Zitate aus dem ersten Buch des Ediktskommentars Labeos herrühren (also vielleicht entweder aus dem Kommentar zum *edictum de pactis* oder aus einer am Beginn des Werkes liegenden Definitionenreihe oder etwa aus dem Kommentar zum *edictum quod metus causa* wie bei Ulpian).

6. – Alle diese Einwände und Indizien¹⁵ sind aber nicht eindeutig genug. Sie sind jedenfalls zu vage, um den sie für einen Ausgangspunkt haltenden Forscher vor dem Risiko zu schützen, Hypothesen auf Grund von Hypothesen aufzustellen. Ein direkter Annäherungsversuch zu dem im Text enthaltenen Gedankengang Labeos verspricht also, methodisch fruchtbarer zu werden. Ich werde trotzdem mit einigen Hypothesen beginnen. Aber es handelt sich um reine Randhypothesen, die nur zu dem Zweck formuliert werden, meine Meinung über den Charakter der Rede Labeos zu verdeutlichen.

Die *libri ad edictum praetoris urbani* von Labeo waren kein in der Dialektik programmatisch begründetes und deshalb durch eine Reihe streng gebildeter Einteilungen veranlaßtes Werk. Der Verfasser, der solche Techniken beherrschte, war natürlich auch fähig, sie in einem freieren Zusammenhang nicht pedantisch, sondern einfach als Erklärungsmittel zu benützen.

¹² Oder *partitio*: GALLO (oben A.7), 101 f.; 127 ff.

¹³ GALLO (oben A.7), 98 ff.

¹⁴ Im Text sind *actum*, *contractum*, *gestum* ohne Zweifel Akkusativformen der Substantive (substantivierte Partizipien) *actus*, *contractus*, *gestus*. Vgl. GALLO (oben A.7), 149 f.

¹⁵ S. das Panorama bei SANTORO (oben A.2), 158 ff. und GALLO (oben A.7), 103 ff.

Nehmen wir nun beispielsweise an, daß Labeo unter Bezug auf das Edikt *de negotiis gestis* die Wendung ‘*negotia gesta*’ oder die Vokabel ‘*negotium*’ zu erklären beabsichtigte. Er hätte dabei schreiben können, daß diese *negotia* verschiedenen Tätigkeiten entsprechen, d.h. solchen, die man entweder als *actus* oder als *gestus* oder als *contractus* beschreibt. *Gerere* (*gestus*) ist ein generelles Wort – daher nimmt es der Prätor in die Ediktsklausel –, das irgendein Geschäft ausdrücken kann. Auch die, die wir näher als *actus* oder *contractus* bezeichnen, können *gestus* genannt werden; aber ebenso auch andere, denn die Bedeutung von *gestus* beginnt im Bereich der *per aes et libram gesta* und reicht bis zu dem der einfachen “Gesten”, d.h. der Gebärden (*gestum rem significare sine verbis factam*). *Actus* und *contractus* sind dagegen bestimmte Zeichen. Das erste ist noch immer ein allgemeines Wort (*verbum generale*), denn man kann entweder *verbis* oder *litteris* oder *re agere* (es ist fast sicher, daß der Urtext <*sive litteris*> zwischen ‘*sive verbis*’ und ‘*sive re*’ enthielt).

7. – Obiges ist, wie gesagt, eine reine Hypothese, die die äußere Struktur der Rede Labeos annähernd erklären will. Eines aber ist in bezug auf diese Rede durchaus gewiß: Im ersten Buch seines Ediktskommentars legte Labeo eine präzise Definition des *contractus* vor; dieser war als Rechtsakt definiert; die Genauigkeit der Definition ging aus dem Vergleich mit dem *actus*-Begriff hervor, d.h. mit der Struktur jener Rechtsakte, die *re, verbis* (und *litteris*) stattfinden. Daraus folgt:

a) Die *actus* können zum Zweck, sich zu verpflichten, ausgeführt werden oder nicht. Wie wir schon bei Q. Mucius (D. 46, 3, 80) gelesen haben, kann man *re-verbis* (-*litteris*) eine *obligatio* erzeugen, sie aber auch (durch reale *solutio* oder durch *acceptilatio*) *re-verbis* (-*litteris*) erlöschen lassen. Bei Labeo sind *stipulatio* und *nummeratio* als Beispiele des *actus* angeführt, d.h. eines obligierenden und eines (mindestens an sich) nicht obligierenden Rechtsakts. Der *contractus* ist dagegen immer Obligierungsakt (*contractus autem ... obligationem*). Die Idee, der Vertrag könne auch als Erlöschensgrund gelten, ist dem Gedankengang Labeos noch fremd; sie kam später auf, und wurde namentlich von Pomponius in seinen *libri ad Q. Mucium* als Ergänzung des zitierten Mucius-Stelle herangezogen (D. 46, 3, 80)¹⁶: *aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam [dis]<con>sensu*¹⁷ *contrario dissolvi potest*¹⁸.

b) Aber auch wenn man nur die *actus*, die obligierende Rechtsakte sind, in Betracht zieht, bleibt deren Abstand vom *contractus* wesentlich, denn bei der Ver-

¹⁶ S. oben A.7 u. 9.

¹⁷ Cfr. Paul. D. 18, 5, 3. CANNATA (oben A.7), 440. Jedenfalls besteht eine Aufhebungsabrede in einem *consensus contrarius* und nicht in einem *dissensus*.

¹⁸ Der wichtige Text ist jedenfalls Ner. Arist. D. 2, 14, 58, wo die Auflösungsabrede als *conventio bonae fidei* behandelt wird.

wirklichung eines *actus*, wie zum Beispiel einer *stipulatio*, besteht die Disposition, sich zu verpflichten, nur bei einer Partei. *Contractum autem ultro citroque obligationem*: der *contractus* ist dagegen wie die Zusammenstellung zweier *actus*, d.h. wie ein "gegenseitiger *actus*", ein *contra-actus*¹⁹, bei dem die Disposition, sich zu verpflichten, beiden Parteien gemeinsam ist.

Diesen Gedanke erklärte Labeo durch das *quod Graeci* 'συνάλλαγμα' *vocant*. Was die zeitgenössischen Griechen 'συνάλλαγμα' nannten, war genau ein Handelsgeschäft, d.h. ein Geschäft, an dessen Abschluß die beiden Partner interessiert waren²⁰.

Das alles wird von Labeo ausdrücklich gesagt. Aber in seiner Rede ist eine wichtige Folge erhalten, die von selbst in die Augen springt. Es handelt sich um die Idee, daß die strukturelle Eigenheit des *contractus*, die ihm seine obligatorischen Wirkungen direkt (d.h. ohne *datio* oder Form) zu erzeugen erlaubt, in der Tatsache besteht, daß es sich um eine *ultro citroque obligatio* handelt, also in der Tatsache des gegenseitigen Charakters des obligatorischen Willensakts. Dieser Punkt des Gedankens Labeos muß allerdings richtig verstanden werden.

a) Labeo betrachtet den *contractus* als Rechtsakt an sich, d.h.: er sieht ihn im Augenblick seines Abschlusses. Die relevante Gegenseitigkeit betrifft daher nicht die Wirkungen²¹, sondern die Disposition der Subjekte bei dem Vertragschluß.

b) Diese charakteristische Gegenseitigkeit der Parteidisposition ist ferner nicht mit der (nicht nur dem *contractus*, sondern z.B. auch der *stipulatio* eigenen) Zweiseitigkeit der Willenserklärungen zu identifizieren²². *Ultro citroque obligatio* ist als ein "Akt des gegenseitigen Engagements" zu verstehen.

Anders und zusammenfassend gesagt: Zwei Personen schließen einen *contractus* ab, wenn sie sich gegenseitig verpflichten, das Notwendige zu tun, um ein bestimmtes, sie beide interessierendes Geschäft zu verwirklichen. Ein solcher Vertrag ist von selbst wirksam (d.h. ohne notwendige Form); seine Rechtsfolgen bestehen aus den zur Verwirklichung des geplanten Geschäfts notwendigen Obligationen (die entweder die beiden Parteien oder eine einzige treffen und in verschiedenen Obligationsprogrammen angeordnet sein können).

¹⁹ Die Ausdruckweise Labeos schließt eine Etymologie nach der persönlicher Art dieses Juristen in sich: vgl. die der *possessio* in Paul. Lab. D. 41, 2, 1 pr. und die der *regula aus res* (Paul. D. 50, 17, 1), welche m. E. von den *libri pithanon* herkommt. S. nur CANNATA, *Histoire de la jurisprudence européenne* I, 90 A.17.

²⁰ Über die Bedeutung von *synállagma* s. SANTORO (oben A.2), 35 ff.; 277 ff.

²¹ Es handelt sich um die traditionelle Meinung: s. die Zitate bei SANTORO (oben A.2), 6 ff. A.2. Zuletzt i.b. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Digesto⁴ delle discipline privatistiche. Sezione civile* IV, 66 f., und GALLO (oben A.7), 153 ff.

²² Wie im Gedanken SANTOROS (oben A.2), 284 (als Ergebnis der ganzen Untersuchung). S. auch die Zitate bei SANTORO, 23 ff.

Es ist bemerkenswert, daß die ganz anders, und zwar im Sinne der Ausarbeitung des Pedius²³ orientierte Beschreibung der Konsensualkontrakte bei Gai. 3, 136-137 noch deutliche Spuren des Gedankenganges Labeos enthält: Die Vertragsschließenden sind als *'qui negotium gerunt'* bezeichnet; sie verpflichten sich gegenseitig, *cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur*; für den Vertragsabschluß genügt die Willensübereinstimmung, denn *neque verborum neque scripturae ulla proprietates desideratur*; die Rechtserfolge werden vom Charakter des geplanten Geschäftes bestimmt, so daß *alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*.

8. – So schuf Labeo den allgemeinen Kontraktbegriff. Die praktische Bedeutung eines solchen Vorgangs war es zu gestatten, den Bereich der Konsensualkontrakte ohne notwendigen Zusammenhang mit der Typengebundenheit weiter zu entwickeln.

Er hätte aber zu diesem Ziel nicht mit seinem Ediktskommentars gelangen können. Das Mittel, sein dogmatisches Konzept praktikabel zu machen, fand derselbe Labeo in der von ihm eingeführten und etwa *actio in factum civilis*²⁴, gewöhnlicher *actio praescriptis verbis* (auch *actio civilis incerti*) genannten, in bezug auf die typischen *iudicia ex empto, ex vendito, ex locato* u.s.f. subsidiären, allgemeinen Kontraktsklage.

III. – PEDIUS UND DIE WILLENSÜBEREINSTIMMUNG (D. 2, 14, 1, 3)

9. – Ein anderer Gesichtspunkt bestimmte die Perspektive des Pedius, der etwa in der ersten Hälfte des zweiten Jahrhunderts an der Erörterung unseres Themas teilnahm. Ulpian berichtet uns:

D. 2, 14, 1, 3 (Ulp. 4 ad ed.): ...²⁵ *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.*

²³ S. unten, III, 10.

²⁴ Pap. Lab. D. 19, 5, 1, 1.

²⁵ Um den Gedankengang des Pedius genau zu verstehen, ist es wichtig, das Pedius-Zitat von der Rede Ulpians zu isolieren. Pedius hatte ein Problem juristischer Strukturen, also ein dogmatisches Problem vor Augen; das semantische Sprachproblem Ulpians (*adeo autem conventionis verbum generale est*) war ihm durchaus fremd.

Das Neue an dem Gedankengang des Pedius liegt darin, daß er sich das Problem stellt, wie die Willensübereinstimmung (*conventio*) als Obligierungsgrund gelten kann. Er geht von der Systematisierung Labeos aus, in der die *conventio* zwar keine selbständige Rolle spielte, in der aber deutlich hervortrat, die Willensübereinstimmung gelte als Obligierungsgrund bei den *contractus*, während die obligatorischen *actus* ihre Rechtsfolge durch die *res (data)* bzw. die verwirklichte Form (*verbis* oder *litteris*) erzeugen. Hier wendet Pedius ein, eine *stipulatio* finde wohl *verbis* statt, sie sei aber nichtig, *nisi habeat consensum*. Das ist deswegen der Fall, weil nicht nur ein *contractus*, sondern jede *obligatio* (d.h. jedes verpflichtende Geschäft, jeder Rechtsakt, der zum Zweck, ein Schuldverhältnis zu begründen, vorgenommen wird) die *conventio* als einen wesentlichen Bestandteil enthält (*habet in se conventionem*), auch wenn sie *re, verbis, litteris* begründet wird: Pedius schrieb sicher *sive re sive verbis <sive litteris> fiat*.

10. – Daher ergab sich die schon von Gai. 3, 88 ff. unvollkommen, ungenau, aber klar formulierte, neue dogmatische Auffassung, wonach alle verpflichtende Geschäfte *contractus* (Verträge) genannt werden und die Konsensualkontrakte Verträge sind, für deren Abschluß der Konsens genügt.

In dieser Sicht ist die labeonische Evidenz des Konsensualkontraktes als *ultra citroque obligatio* verloren gegangen. Schon bei Gaius wird die Zweiseitigkeit der Verpflichtung mehr den Rechtsfolgen als dem Akt an sich zugeschrieben²⁶. Daraus resultierte ein Hindernis für die Unterscheidung zwischen *contractus* und *nudum pactum*, ein Problem, das aber nicht zur Geschichte des klassischen römischen Rechts gehört.

IV. – EINE DISKUSSION IM 2. JAHRHUNDERT (D. 2, 14, 7, 2)

11. – Etwa fünfzehn Jahre nach der Wende zum dritten Jahrhundert n. Ch.²⁷ berichtete Ulpian im 4. Buch seines Ediktskommentars von einer Diskussion, die im Laufe des vergangenen Jahrhunderts zweimal²⁸ stattgefunden hatte. Der Bericht Ulpians betrifft die Anerkennung der sogenannten (aber genau auf Grund von demselben Texte und dem vorhergehenden § 1 seit dem Mittelalter so genannten) Innominatkontrakte. Das hat den Lesern der betreffenden Stelle den dauerhaften, Jahrhunderte währenden Eindruck vermittelt, daß Ulpian hier die

²⁶ In Gai. 3, 137. Vgl. oben II, am Ende von 7.

²⁷ Die Bücher 1-50 *ad edictum* von Ulpian wurden sicher unter Caracalla (211-217) veröffentlicht.

²⁸ Das erste Mal möglicherweise schon am Ende des ersten Jahrhunderts.

entscheidende Meinungsbildung in dieser Richtung anführe. Dies ist natürlich falsch: die Idee des Innominatkontraktes stammt von Labeo; dieser hatte auch die mannigfaltige, mit der Anwendung der *actio in factum civilis* verbundene kasuistische Praxis eingeleitet, deren Ergebnisse im 2. Jahrhundert unerörtet blieben (einen weiteren Beweis werden wir genau in D. 2, 14, 7, 2 finden). Also hatte Ulpian nur die Absicht, seine Leser auf die letzte wichtige Erörterung des Problems aufmerksam zu machen.

12. – Die letzte Erörterung las man zwar zur Zeit Ulpians in einer *nota* des Mauricianus an Julian²⁹; aber ein früherer Briefwechsel zwischen Aristo und Celsus³⁰ galt als eine unentbehrliche Prämisse. Davon gibt uns Ulpian nur die Antwort Aristos wieder; doch läßt sich der Gedanke des Celsus unschwer erschließen.

D. 2, 14, 7, 2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem ...*

Wir können nicht wissen, ob Celsus etwa in einem Brief an Aristo seinen Gedanken dargelegt oder ob er ihn öffentlich kundgetan hatte. In der Sache betrachtete er jedenfalls die Kasuistik der *datio ob rem* (*dedi tibi rem ut aliam mihi dares; dedi ut aliquid facias*), indem er nicht nur die traditionelle Lösung (durch *condictio, si non facis*³¹) bekräftigte, sondern auch dogmatische Gründe anführte. Da *Aristo Celso respondit esse obligationem*, noch dazu *civilem obligationem*, muß Celsus das Gegenteil behauptet haben. So etwa würde ich für den Gedankengang des Celsus vorschlagen: Die Abrede des *dans* und des *accipiens* kann nicht als *ultra citroque obligatio* (im Sinne Labeos) gelten, denn sie ist mit der schon geleisteten *datio* verbunden; daher sieht sie nur das Engagement des *accipiens* vor. Um den Anspruch auf die Gegenleistung gegen den nicht leistenden *accipiens* geltend zu machen, bleibt also eine honorarrechtliche *actio in factum* die einzige Möglichkeit.

Was Aristo erwiderte, kennen wir genau: Die eine *datio* begleitende ‘*ut des bzw. facias*’-Abrede ist durchaus ein *συνάλλαγμα*, denn: *subest causa*; dann entsteht also die *civilis obligatio* des *accipiens* zum *dare* bzw. *facere*.

²⁹ Die relativ häufigen Quellenstellen, die Stellungnahmen Maurizians gegenüber Julian enthalten (außer Ulp. D. 2, 14, 7, 2, s.: Paul. D. 5, 3, 36 pr.; Ulp. D. 7, 1, 25, 1; Vat. 75, 3), machen die Vermutung sehr wahrscheinlich, der erste hätte *notae* zum Werk des zweiten veröffentlicht. Lit. bei KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Wien-Köln 1967, 176 A.305.

³⁰ Der Briefwechsel ist für die *responsa* Aristos gut belegt (mit Neraz: Ulp. D. 19, 2, 19, 2; Paul. D. 20, 3, 3; Pomp. D. 40, 4, 46; mit Julian: Iul. D. 37, 5, 6; mit Celsus: D. 40, 7, 29, 1 und, nach KUNKEL, Ulp. D. 2, 14, 7, 2; *adde* Ulp. D. 8, 5, 8, 5: *Aristo Cerellio Vitali respondit*). Dazu KUNKEL (oben A.27), 320.

³¹ Vgl. nur Ulp. Proc. Ner. etc., D. 12, 4, 3).

Als Kernpunkt der Schlußfolgerung Aristos gilt der *causa*-Begriff. Auch der *causa*-Begriff stammte zwar schon von Labeo³²; er wurde aber von Aristo verwendet, um strenger als bei Labeo³³ den wesentlichen Charakter einer an sich (d.h. unabhängig von der Typengebundenheit) obligierenden Einigung auszudrücken. Anders gesagt: um ein *συνάλλαγμα* von einem *pactum (nudum)* zu unterscheiden. Seiner Ansicht nach ist ein *συνάλλαγμα* eine Einigung, der eine *causa subest*, d.h. wenn jede Partei ein Interesse am Geschäftsabschluß hat, d.h. endlich, wenn das abzuschließende Geschäft nicht zum Gebiet der Unentgeltlichkeit gehört³⁴.

Die Substanz der Antwort Aristos an Celsus war also die folgende: Um ein *συνάλλαγμα* zu erkennen, sind nicht die möglichen Rechtsfolge des Akts in Betracht zu ziehen, sondern die wirtschaftliche Bedeutung des geführten Geschäfts.

13. – Die Idee des Aristo, die *do ut des-* bzw. *facias-*Abreden in die Gruppe der Innominatkontrakte einzureihen, war ein halbes Jahrhundert später noch nicht zur herrschenden Meinung geworden, denn Julian wurde in einer *nota* des Mauricianus zu diesem Thema getadelt:

D. 2, 14, 7, 2 (Ulp. 4 ad ed.): ... *et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.*

Über den von Julian betrachteten Fall wissen wir etwas mehr:

D. 19, 5, 5, 2 (Paul. 5 quaest.): ... *sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum ...*³⁵.

³² Ulp. Lab. D. 17, 1, 8 pr.

³³ Der wandte im Fall der Leihe einer unbeweglichen Sache vielleicht die *actio in factum civilis* an: vgl. Lab. in Ulp. D. 13, 6, 1, 1; Ulp. Viv. D. 19, 5, 17 pr.; dagegen Pomp. D. 39, 5, 9 pr.

³⁴ Außer D. 2, 14, 7, 2 siehe: Ulp. Arist. Pomp. D. 39, 5, 18 pr.-1; Pomp. Arist. D. 19, 5, 16, 1. Die Sprachart Aristos bleibt immer noch in Ulp. D. 2, 14, 7, 4.

³⁵ In den Digesten ist am Ende des Satzes '*si ignorans in factum civilem*' geschrieben. Das kann nicht als Ergebnis einer Interpolation betrachtet werden, sondern eines Fehlers des Schreibers der *Florentina*, der eine Linie ausgelassen hat. Etwa: ... *in factum<: sed ego puto omnimodo dandam in factum> civilem*. Da die Anerkennung der *actio civilis in factum* diese auch für den Fall des *dolus* anwendbar macht, schließt deren Anerkennung jedenfalls die Anwendung der subsidiären *actio de dolo* aus. Der aktuelle Inhalt des Digestentextes wäre also auch für das justinianische Recht falsch. Der oben als authentische Digestenversion vorgeschlagene Satz muß seinerseits als eine kompilatorische Verkürzung in Beziehung auf das Original von Paulus, der wahrscheinlich Maurizian zitierte, betrachtet werden.

Die Besonderheit dieses Falls besteht darin, daß die gewünschte Klage eine gegen den *dans* und nicht gegen den *accipiens* sein muß; daher bleibt die *condictio* ganz außer Betracht. In diesem so bestimmten Bereich dachte Julian genau in dem Sinn, dem wir schon bei Celsus begegnet sind. Für den Fall gibt es keine geeignete Klage; hat der *dans* arglistig gehandelt, so gibt es Raum für die *actio de dolo*; hat er dagegen ohne Arglist getan, so braucht man eine besondere, *in factum* vom Prätor geschaffene honorarrechtliche Klage.

In D. 2, 14, 7, 2 schreibt Ulpian, Julian werde in dieser Gelegenheit von Maurizian *reprehensus*. Er hatte einen Grund dafür, dieses ziemlich kräftige Wort zu benützen, denn Maurizian kritisierte Julian durch die vielsagende Wendung '*civilem incerti actionem ... sufficere*', die genau bedeuten soll³⁶: "Es hat gar keinen

³⁶ Vielleicht sagte Mauricianus, daß die *actio praescriptis verbis* '*sufficit*', weil Julian schrieb: "in diesem Fall *non sufficit condictio*". Es scheint mir wahrscheinlich zu vermuten, daß die Einwendung Maurizians etwa so formuliert wurde: "Wenn aber, wie Aristo sagt, auch die *actio praescriptis verbis* hier anwendbar ist, da diese im vorliegenden Fall *sufficit*, ist es daher sinnlos, eine *actio in factum* ins Spiel zu bringen".

Die vorgeschlagene Auslegung wird durch den Gebrauch des Zeitwortes *sufficere* bestätigt, wenn er (wie es in etwa dreißig Quellenstellen auftritt) ein auf einen Rechtsbehelf (im besonderen, aber nicht nur, auf eine *actio*) anspielendes Subjekt hat. Der gewöhnliche Gebrauch bringt generell die Idee zum Ausdruck, daß der Rechtsbehelf passend, zum Zweck geeignet, im betreffenden Fall tadellos anwendbar ist. S. nur, mit *actio*: Pomp. D. 36, 1, 72 pr.; Marcell. D. 42, 8, 12 ('*talem enim alienationem non habet*' ist eine Glosse); Ulp. Pomp. D. 21, 1, 23 pr.; Ulp. D. 9, 2, 23, 7; Ulp. D. 9, 2, 29, 4; Ulp. D. 12, 1, 9, 3; Ulp. D. 26, 7, 5, 5 + Ulp. D. 26, 7, 5, 6; Paul. D. 10, 3, 29 pr. ('*ille enim labitur*' ist wahrscheinlich eine Glosse); Paul. D. 13, 6, 22; Paul. D. 19, 2, 45, 1. Mit *interdictum*: Ulp. D. 10, 4, 3, 8 ('*cum sufficiunt sibi interdicta in hanc rem competentia* [sc.: *de tabulis exhibendis*: Ulp. D. 43, 5, 1, 2; *eod.* 3, 10] soll nicht bedeuten, daß die *interdicta* genügen, sondern daß diese geeignet sind; in der Tat kann der Erbe auch *ad exhibendum* klagen, denn er kann die *tabulae* vindizieren, was für die weiteren am Testament interessierten Subjekte unmöglich ist: cfr. Ulp. *eod.* 3, 3 ff.); Ulp. D. 43, 17, 3, 2; Ulp. D. 43, 22, 1, 5; Ulp. D. 43, 24, 11, 5. Ein solcher Gebrauch von *sufficere* schließt manchmal schon die Idee in sich, daß, da der betreffende Rechtsbehelf das vorgesehene Ergebnis zu erreichen erlaubt, es keinen Raum für weitere Rechtsbehelfe gibt. Vgl. z.B. Ulp. D. 9, 2, 27, 19, wo gesagt wird, daß die *actio ex lege Aquilia* (unter dem Gesichtspunkt der *corruptio*) anwendbar ist; aber es ist zu vermuten, daß der Jurist hier zu verstehen geben will, die Anwendung der *actio in factum* sei nicht nötig (vgl. § 20 des gleichen Fragments). Siehe auch: Ulp. D. 15, 1, 19, 2 + Paul. D. 15, 1, 20; Ulp. D. 15, 3, 1, 1. Daß "der betreffende Rechtsbehelf den Bedürfnissen des Falls in der Tat genügt", bedeutet *sufficere* in Paul. D. 19, 1, 43 ('*nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo*') + Afr. D. 19, 1, 44 + Paul. D. 19, 1, 45 pr. Siehe auch (im negativem Sinn) Marcell. D. 20, 1, 27.

Für die Bedeutung von *sufficere* in unserem Text (D. 2, 14, 7, 2) sind einige speziellen Verwendungen der Vokabel wichtig: a) Mit substantieller Schätzung: Ein Subjekt hat einen Rechtsbehelf zu Verfügung, der geeignet ist, ihn ein Ergebnis erreichen zu lassen, das ihm genügen soll (*sufficere ei debet*): also kann dieses Subjekt keinen anderen Rechtsbehelf beanspruchen (Gai. D. 3, 6, 4; Ulp. D. 47, 8, 2, 27); b) *sufficit* kann die negative (ausschließende) bzw. kumulative Aktionenkonkurrenz zum Ausdruck bringen (*puto sufficere alterutram actionem*: Ulp. D. 3, 6, 5, 1; *nec sufficet alterutra actione egisse, quia altera alteram non minuit*: Ulp. Iul. D. 11, 3, 11, 2 + Paul. D. 11, 3, 12); c) es gibt eine geeignete *actio* (bzw. *exceptio*), also kann man nicht eine subsidiäre Klage (*de dolo*) anstrengen: Ulp. D. 4, 3, 9 pr.; Furius Anth. D. 4, 3, 40. So gelangt man endlich dazu, durch *sufficere* genau die Idee auszudrücken, daß "ein geeigneter Rechtsbehelf schon für den betreffenden Tatbestand zu Verfügung steht, daher kein Bedürfnis besteht, einen neuen zu schaffen", wie in der berühmten Gaiustelle (Gai. 3, 216): *Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id caveri non fuit*

Sinn, an die Schaffung einer neuen Klage zu denken. Die im vorliegenden Fall geeignete *actio* ist schon vorhanden: es handelt sich um die *actio civilis incerti*. Um das weiter zu beweisen, nimmt Maurizian das Argument vom *contractus-συνάλλαγμα* wieder auf, das er bemerkenswerterweise unmittelbar dem Aristo und nicht dem Labeo zuschreibt.

necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur. Oder umgekehrt, daß der schon bestehende Rechtsbehelf (juristisch) nicht für den Fall geeignet ist, also muß man einen anderen geben, etwa: "die Zivilklage *non sufficit*, also muß man eine honorarrechtliche Klage benützen" (Ulp. Coll. 12, 7, 6). Siehe auch Ulp. Viv. Proc. Coll. 12, 7, 8 (es besteht eine *cautio*, die eine *actio in factum* unnötig macht).

Über den hier betrachteten Gebrauch von *sufficere* s. die (ganz ungenügende) Erörterung bei REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln-Weimar-Wien 1993, 64 (mit Literaturhinweis).

IL TERZO CAPO DELLA LEX AQUILIA *

1. – In un precedente¹ lavoro² ho proposto la seguente ricostruzione del testo della *lex Aquilia*:

... *Aquilus ... tr(ibunus) pl(ebei) plebem iure rogarunt, plebesque iure scivit ... in ... tribus ... principium fuit, pro tribu ... primus scivit.*

[I] *Si quis servum servamve alienum alienamve vel pecudem alienam iniuria occiderit, quanti is homo vel ea pecus in eo anno plurimi fuit, tantum aes ero dare damnas esto.*

[II] *Si adstipulator pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tantum aes stipulatori dare damnas esto.*

[III] *Ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fuit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*

Adversus infortiantem in duplum actio esto.

Si servus sciente domino faxit, adversus erum in solidum actio esto, si insciente, noxalis esto.

Sanctio. Si quis huiusce legis ...

Quanto alla *inscriptio*, il poco che può ricostruirsi non dice nulla, perché dipende da quel che conosciamo in generale di tali clausole, e così è pure per la *sanctio*³: continuo a porle espressamente solo per evidenziare il fatto che la legge non conteneva altre norme oltre quelle qui presentate. Il tenore del primo capo⁴ e quello del secondo⁵ sono, a mio parere, abbastanza sicuri, come riportati sopra, per la forma, e sicuri per la sostanza e la terminologia rilevante⁶. Le due clausole conte-

* Pubblicato in *BIDR*, vol. XCVIII-XCIX, 1995-1996.

¹ Questo articolo fa seguito a tre altri studi: *Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo*, in *SDHI*, LVIII, 1992, 194 ss.; *Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della lex Aquilia*, in *Index*, XXII, 1994, 151 ss.; *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria*, in *VACCA* (ed.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino 1995, 25 ss.

² CANNATA, *Responsabilità civile*, cit., 33.

³ V. CANNATA, *Sul testo originale*, cit., 201; *Responsabilità civile*, cit., 33.

⁴ V. CANNATA, *Sul testo originale*, cit., 203 ss.

⁵ V. CANNATA, *Sul testo originale*, cit., 151 ss. In luogo del *fecerit* poteva leggersi, nell'originale, *faxit*.

⁶ Naturalmente, la scrittura del testo originale era segnata da un maggior numero di arcaismi, la cui ricostruzione compiuta non è compito che un giurista debba necessariamente assumersi (quanto ho notato, ad esempio, nella nota precedente può già considerarsi superfluo), anche se pretenda di datare la legge con una certa precisione.

menti regole processuali, che chiudevano la legge, avevano certo il senso che il testo proposto rivela, ma la forma resta congetturale⁷.

Quanto al terzo capo, esso doveva pure avere la forma proposta: ma ne darò più analiticamente ragione in quanto segue; come pure ne discuteremo il senso, che in questo caso ha risentito di una rilevante vicenda interpretativa.

2. – Le fonti, sulle quali basarsi per ricostruire il testo del terzo capo, sono essenzialmente le seguenti.

Nelle Istituzioni di Gaio è presente la descrizione commentata che ne faceva l'autore, e le allusioni al dettato legislativo vi appaiono evidenti:

Gai 3, 217: *Capite tertio de omni cetero damno cavet<ur>. itaque si quis servum vel eam quadrupedem, quae pecudum <numero est, vulneraverit sive eam quadrupedem, quae pecudum> numero <non est>, veluti canem, aut feram bestiam, vel<uti> ursum, leonem, vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituit<ur>*⁸. *in ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte vindicatur. si quid enim ustum aut ruptum aut fractum <fuerit>, actio hoc capite constituit<ur>, quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum <enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum> est; unde non solum usta [aut rupta] aut fracta, set et scissa et collisa et effusa et quoquo modo vitata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur. 218. Hoc tamen capite non quanti in eo anno, set quanti in diebus XXX proxim[u]<i>s ea res fuerit, damnat<ur> is, qui damnum dederit. ac ne plurimi quidem verbum adicitur. et ideo quidam pu[pu]taverunt liberum esse iudici[um] ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere, quo plurimi res fuit, vel ad id, quo[d] minoris fuit. sed Sabino placuit proinde ha[u]endum ac s<i> et hac parte plurimi verbum adiectum esset: nam legi[bu]s latorem contentum fuisse, <quod prima parte eo verbo usus esset>.*

Il testo di Gaio fu ripreso con alcune varianti nelle Istituzioni giustiniane:

I. 4, 3, 13: *Capite tertio de omni cetero damno cavetur, itaque si quis servum vel eam quadrupedem quae pecudum numero est vulneraverit, sive eam quadrupedem quae pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam, vulneraverit aut occiderit, hoc capite actio constituitur. in ceteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus quae anima carent damnum iniuria datum hac parte vindicatur. si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur: quamquam poterit sola rupti appellatio*

⁷ V. brevemente CANNATA, *Sul testo originale*, cit., 211 s.

⁸ Questo paragrafo è integrato seguendo I. 4, 3, 13 (riportato immediatamente appresso, nel testo). Nel ms. veronese, secondo l'apografo dello Studemund, il tratto centrale (*pecudum-occiderit*) si legge così (salvi gli spazi fra le parole, che ho aggiunto per chiarezza): *pecudum numero de uū canem ā feram uestiam ū ursum leonem uulnerauerit ū occiderit*. Ho controllato sull'apografo l'intero passo: e ciò spiega alcune divergenze (di scarsa portata, per altro) del testo qui proposto rispetto alle edizioni correnti.

in omnes istas causas sufficere: ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est. unde non solum usta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur: denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id immiserit, quo naturalis bonitas vini vel olei corrumpetur, ex hac parte legis eum teneri. 14. Illud palam est, sicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, si dolo aut culpa eius homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite ex dolo aut culpa de cetero damno quemque teneri. hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is qui damnum dederit.

Ulpiano invece, nel lb. 18 *ad edictum*, riportava il testo stesso della legge:

D. 9, 2, 27, 5: *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: "ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto".*

In un luogo certo successivo – in conformità anche con quanto appare dal Digesto – dello stesso libro, egli ne riprendeva un brano, per farvi una precisazione:

D. 9, 2, 29, 8: *Haec verba: "quanti in triginta diebus proximis fuit", etsi non habent "plurimi" sic tamen esse accipienda constat.*

Lasciando per ora da parte Ulp. 9, 2, 29, 8, quel che appare subito evidente, dalla prima lettura degli altri tre testi, è che, nell'insieme delle disposizioni di diritto sostanziale della legge, il terzo capo rappresentava il luogo della norma generale. Esso riguardava *ceterae res*, con il che si esprime che la norma riguarda in generale *res* che sono *ceterae* rispetto a *res* previste in quanto precede, dunque esso riguarda un genere di *res*, alcune delle quali devono considerarsi eccettuate perché regolate in modo speciale nel primo e nel secondo capo. Ma la locuzione *ceterae res* compare al genitivo, *ceterarum rerum*: quindi essa rappresenta una specificazione e non il punto principalmente significante. Essa specifica *damnum*: *damnum ceterarum rerum*. *Damnum* costruito con il genitivo della cosa non è espressione frequentissima. Nel tradurre questa frase i romanisti, in genere, non si curano dello speciale costruito: al massimo, se ne mostrano stupiti⁹. Altra cosa notevole è nel fatto che *damnum* è retto dal verbo *facere*, e non da *dare*, come invece la giurisprudenza costruì, traendolo proprio da questo testo, l'espressione sintetica per indicare il danno aquiliano: *damnum iniuria datum*¹⁰. La norma del terzo capo della *lex Aquilia* è dunque incentrata sulla locuzione: *damnum facere alicui alicuius rei*. Riprendiamo più attentamente in considerazione gli elementi di cui essa consta:

⁹ Così il CARDASCIA, *La portée primitive de la loi Aquilia*, in *Daube noster. Essays D. Daube*, Edinburgh-London, 1974, 60.

¹⁰ Ulp.-Cels. D. 9, 2, 49, 1 (*quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi*); Gai. 3, 217; Ulp.-Iul. D. 9, 2, 11, 7; Ulp. D. 9, 2, 27, 17 (manca *iniuria* in Coll. 2, 4, 1); *damnum iniuria dare*: Paul. D. 9, 2, 30, 2.

a) *Damnum facere* e *damnum facere alicui*. Si diceva poc' anzi che la giurisprudenza romana sintetizzò nell'espressione *damnum iniuria datum* l'idea del danno aquiliano; ma si deve aggiungere la considerazione più generale che nelle fonti il fatto dannoso sanzionato dalla *lex Aquilia* è normalmente enunciato come *damnum dare*, non come *damnum facere*¹¹. Ora, veramente notevole in proposito è il fatto che nella lingua latina *damnum facere* e *damnum dare* non hanno per nulla significato analogo, ma anzi contrapposto, perché *damnum facere* equivale a *damnum pati*, e cioè significa «toccare un danno», «subire una perdita»¹².

Che la *lex Aquilia* impiegasse l'espressione *damnum facere* è assolutamente certo sulla base di Ulp. D. 9, 2, 27, 5, che la riporta nella forma *damnum faxit*, con il congiuntivo sigmatico *faxit*, forma arcaizzante rimasta oltre il suo uso comune nel linguaggio legislativo¹³. Come pure è certo che *damnum facere* era in uso, ed aveva il senso che si è detto, al tempo della *lex Aquilia*, perché Plauto lo testimonia a più riprese¹⁴. Ma ancora, *damnum facere* nel senso di *damnum pati* è usato con continuità nella lingua latina dopo Plauto, e pure dai giuristi classici, fuori dalla materia del danno aquiliano¹⁵. Si deve dunque concludere che, se, nel testo originale della

¹¹ La cosa è notoria, sicché non necessita di essere specificamente provata. Si può comunque vedere, ad esempio, Gai. 3, 211; 214; 218; 219; nonché, nel titolo D. 9, 2, i frammenti: a) scritti nel commentario al primo capo: 5, 1-3 (Ulpiano); 7, 3 (Ulpiano e Proculo); 7, 4 (Ulpiano); 21 pr. (Ulpiano); b) scritti nel commentario al terzo capo: 27, 10 (Ulpiano = Coll. 12, 7, 8); 27, 17 (Ulpiano, parzialmente interpolato: cfr. Coll. 2, 4, 1); 29, 2 (Ulpiano e Proculo); 29, 7 (Ulpiano); c) inoltre: 43 (Pomponio); 45, 4 (Paolo: *damni [culpam] <quiddam> dederint*); 48 (Paolo); 50 (Ulpiano); 52, 2 (Alfeno); su 52, 1 (Alfeno), v. *infra*, nel testo, sub b). Altri testi con *damnum dare*, relativi e no al danno aquiliano, sono citati nel *Thesaurus ling. Lat.* V, 28, lin. 78 ss., s.v. *damnum*.

¹² Si veda il *Thesaurus ling. Lat.* V, 30, lin. 29 ss.; s.v. *damnum*; cfr. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴ (4^e tir. par J. ANDRÉ), Paris, 1985, 163, s.v. *damnum*.

¹³ V. CANNATA, *Sul testo originale*, cit., 199, nt. 27, in fine.

¹⁴ V. *Thesaurus ling. Lat.* V, 30, lin. 30 ss., s.v. *damnum*. Ad esempio: Plaut. *asin.* 182 (*neque ille scit quid det, quid damni faciat*: quanto gli costi); Plaut. *Bacch.* 1032 (*tantum damni feci ac flagiti*); Plaut. *merc.* 236 s. (*ait sese illius opera atque adventu caprae/ flagitium et damnum fecisse hau medio-criter*: «dice che per opera e con l'arrivo della capra ha ricevuto una vergogna e un danno ben consistenti»); Plaut. *merc.* 422 (*multo edepol, si quid faciendumst, facere damni mavolo/ quam obprobrium aut flagitium muliebre efferri domo*: «per Polluce, se qualcosa è da farsi, preferisco assai toccare un danno che non veder esportati di casa nostra obbrobrio e vergogna per causa di donna»); Plaut. *Pseud.* 440 s. (*nam tu quod damni et quod fecisti flagiti/ populo virum potuit dispertier*: «con quel che hai accumulato di danno e di vergogna, ce n'è da distribuire a ciascuno nella popolazione»); Plaut. *capt.* 327 (*est etiam ubi profecto damnum praestet facere quam lucrum*: «ci sono casi nei quali certo è meglio perdere che guadagnare»).

¹⁵ In particolare, vi sono due testi nei quali è riportato il pensiero di Proculo: il noto passo di Pomp. D. 3, 5, 10, che tratta del *novum negotium* intrapreso dal gestore d'affari altrui (*quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet*) e un passo di Ulpiano in materia di *cautio damni infecti* (D. 39, 2, 26: ... *scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur* ...); un terzo testo, di Paolo, è ancora in materia di *cautio damni infecti* (D. 39, 2, 18, 15: ... *cum praetor id agat, ne damnum faciat actor, non ut in lucro versetur* ...). In tutti e tre, come si vede, la contrapposizione è, come in Plaut. *capt.* 327 (v. *su-*

lex Aquilia, si quis alteri *damnum faxit* si riferiva – come è indiscutibile – non ad un danno sofferto da qualcuno, bensì ad un danno arrecato a qualcuno, questo significato l'espressione lo traeva dal dativo *alteri*. Il che suppone pure che, almeno per quell'epoca, *damnum facere* potesse avere un senso primario di «dar luogo ad una perdita», e quello di «toccare un danno», cioè «produrre una perdita a se stesso» non corrispondesse che all'impiego più ovvio e frequente dell'espressione. Un indizio in questo senso si trae ancora da un luogo di Plauto, dove l'inizio della battuta di Dorippa (*Merc.* 784), *non miror sei quid damni facis aut flagiti*, non sembra proprio potersi altrimenti tradurre che «non mi meraviglio che tu produca danno o vergogna».

b) *Damnum alicuius rei*. In ogni modo, da quanto si è or ora visto¹⁶, *damnum facere* e *damnum facere alicui* restano di per se stesse espressioni generiche: «toccare un danno, una perdita» e «procurare a qualcuno un danno, una perdita». In che cosa consista la perdita, deve essere ulteriormente specificato. Ora, se tale specificazione ha luogo mediante un semplice genitivo che indichi la cosa materiale che il danno concerne, l'espressione viene inequivocabilmente a significare «subire (o produrre ad alcuno) un danno consistente in tale cosa»: essa allude dunque alla «perdita di tale cosa» da parte di qualcuno¹⁷.

Possiamo leggere come primo esempio Serv. in *Verg. georg.* 3, 387¹⁸, dove viene spiegata la norma di tab. 8, 24a¹⁹ scrivendosi: *homicidii poenam noxius arietis damno luebat* (pagava la pena stabilita per l'omicidio mediante il sacrificio economico, cioè la perdita, di un ariete)²⁰; e ancora Caes. *b. Gall.* 6, 44, 1: *tali modo vastatis regionibus, exercitum Caesar duarum cohortium damno Durocotorum Remorum reducit* («con la perdita di due coorti»); Liv. 30, 44, 9: *nec in iis quicquam acrius quam pecuniae damnum stimulat* («nulla ci affligge più che la perdita di denaro»); Tac. *ann.* 2, 5, 3: *suum militem ... damno armorum adfici* («esser messo in situazione sfavorevole da perdita di armamenti»); Tac. *ann.* 14, 33, 1: *unius oppidi damno serva-*

pra, nt. 14), fra *damnum facere* e *lucrum facere*, sebbene il secondo elemento del paragone sia diversamente atteggiato ed espresso. Naturalmente, negli ultimi due testi la terminologia *damnum facere* è in relazione con quella editale, e precisamente, a quanto parrebbe, con quella del testo della *cautio damni infecti* (LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig 1927, 551 s.: § 292) piuttosto che con quella della clausola editale *de damno infecto* (LENEL, *op. cit.*, 371 ss.: § 175).

¹⁶ *Supra* in questo §, sub a).

¹⁷ Cfr. *Thesaurus linguae Latinae* V, 30; 33, lin. 28 ss. Che il termine *damnum* nel terzo capo della *lex Aquilia* alluda non al danno della cosa, ma al danno subito dal suo proprietario per effetto di quanto è stato fatto alla cosa, è stato opportunamente sottolineato dal DAUBE, *On the Use of the Term damnum* (1948), in *Collected Studies in Roman Law*, I, Frankfurt a.M. 1991, 283 ss.

¹⁸ Su questo testo si vedano le dense pagine di TONDO, *Leges regiae e paricidas*, Firenze 1973, 89 ss., dove è trattato a fondo anche il problema dell'etimologia di *damnum* e della sua semantica.

¹⁹ Tab. 8, 13 secondo CRAWFORD (ed.), *Roman Statutes* II, London 1996, 692. Serv. in *Verg. georg.* 3, 387 diceva che la norma si legge in *regum legibus*, e Serv. in *Verg. ecl.* 4, 43 l'attribuiva precisamente a Numa (FIRA I², *Numa*, nr. 17).

²⁰ V. TONDO, *Leges*, cit., 99 s.

re universa statuit («decise di salvare ogni cosa col sacrificio di una sola città»); Tac. *ann.* 16, 28, 3: *pacem illi per orbem terrae an victorias sine damno exercituum displicere?* («vittorie senza perdita di truppe»); e, nel Digesto, Ulp.-Iul. D. 17, 2, 52, 4: *actione pro socio <socium> damni partem dimidiam adgnoscerere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum* («la metà della perdita tanto del denaro quanto delle altre cose»); Ulp. D. 10, 4, 11 pr.: *sed et si hereditas amissa sit ob hoc, quod servus non exhibeatur, aequissimum est aestimari officio iudicis damnum hereditatis*; Pap.-Ulp. D. 19, 2, 15, 4: *Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam. hoc idem et in vectigalis damno respondit*; Paul. D. 19, 2, 54 pr.: *quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionem nomine teneatur nec prosint ei constitutiones, quibus cavetur eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscerere oportere*.

Il costrutto del dettato legislativo *damnum facere alicui alicuius rei* divenne dunque *damnum dare (alicui) in aliqua re*²¹ nel linguaggio della giurisprudenza: ma, data la permanenza nella lingua latina, anche dopo tale cambiamento, dei modi del costrutto più antico e con lo stesso significato, non si può non pensare che il cambiamento stesso trovasse una ragione in una mutazione interpretativa. E possiamo aggiungere che esiste un testo, il quale parrebbe porsi nel periodo durante il quale la mutazione intervenne: si tratta di un testo che proviene dall'ambiente scientifico di Servio Sulpicio, dove *damnum dare* e *damnum facere* sono alternati:

Alf. D. 9, 2, 52, 1: *Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat: quidam praeteriens eam sustulerat: tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulebat, num damnum iniuria non vide<re>tur²² dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere: sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri*.

Forse sarebbe sottigliezza eccessiva notare che *damnum iniuria dare* è detto nella consultazione (*consulebat, num damnum iniuria non videretur dedisse*), dove il consultante si identifica col soggetto di *videretur dedisse*, mentre *damnum iniuria facere* compare nel responso, a quanto pare di Alfeno stesso, dove il cliente è pur

²¹ *In aliqua re* appare il modo più coerente per completare il costrutto familiare alla giurisprudenza classica, ove si voglia indicarne la struttura come modello generale: cfr. Ulp.-Iul. D. 9, 2, 11, 7 (*si in eo homine, quem tibi redhibiturus essem, damnum iniuria datum esset* etc.); Paul. D. 9, 2, 48 (*in ea<dem> re damnum det*). Su *damnum in re* v. DAUBE, *On the Use*, cit., 317 ss.

²² La lezione *videretur*, più corretta, è quella dei *deteriores*.

sempre il soggetto di *nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse*²³. In ogni modo, sembra evidente che la prima espressione (*consulebat, num damnum iniuria non videretur dedisse*) è concepita con riferimento generale a quel che s'intende essere lo «Schutzbereich» della legge Aquilia, ovvero la materia del danno aquiliano, perché il problema che essa propone è di stabilire «se il consulente abbia cagionato *iniuria* un danno», cioè «se egli abbia realizzato quel che si denomina un *damnum iniuria datum*», vale a dire, infine, «se egli sia punibile a' termini della *lex Aquilia*». La seconda espressione, invece, contiene una descrizione casistica dommaticamente inquadrata, e la traduzione esatta di *nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse* risulta «se non avesse fatto apposta a far schizzare l'occhio, non doveva considerarsi averne prodotto illecitamente la perdita», dove c'è un riferimento al terzo capo della legge, nella prospettiva – devo anticiparlo – che vedremo adottata nell'analisi che ne fece Marco Giunio Bruto.

L'inizio della norma del terzo capo, col quale si descrive la fattispecie sanzionata (prescindendo per ora dall'inciso *praeter hominem et pecudem occisos*: e per ora ne prescindo unicamente perché si tratta di un inciso, che contiene un'ulteriore determinazione chiarificativa di *ceterarum*), è dunque, secondo Ulp. 9, 2, 27, 5: *ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit*. Tale espressione è costruita – lo si è visto – su *damnum facere alicui alicuius rei*, che, per quanto si è detto, non può altro significare se non «produrre a qualcuno la perdita di una cosa». Pertanto '*ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit*' vale: «se alcuno abbia prodotto ad altri la perdita di altre cose», altre rispetto a quelle, si diceva, già previste in modo speciale nei due capi precedenti²⁴.

Infatti, questo si prevedeva nei due capi precedenti: nel primo *si quis servum servamve alienum alienamve vel pecudem alienam ... occiderit*, e cioè che alcuno abbia prodotto ad altri la perdita di uno schiavo dell'uno o dell'altro sesso ovvero di

²³ Mentre un soggetto sottinteso, che va identificato in un semplice *id*, regge il *tabernarii culpa factum videri* nella frase finale, che non fa parte né della consultazione né del responso, ma enuncia la risposta ad una *questio*, complemento scolastico alla discussione del caso: almeno secondo l'analisi del passo che propongo in *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, Torino, 1997, 279 ss. Ivi ho tradotto *tabernarii culpa factum videri* con «il danno sarebbe allora stato da considerare come prodotto per colpa del negoziante», ma forse la proposizione significa solo: «quanto è accaduto è da considerarsi accaduto per colpa del *tabernarius*». Ai fini del discorso che qui stiamo conducendo essa è comunque ambigua, e possiamo dunque lasciarla da parte.

²⁴ Questa argomentazione sarebbe compromessa se si volesse ritenere, con il LENEL, in ZSS, XLIII, 1922, 577, che le parole *ceterarum rerum* facessero parte della glossa o interpolazione che egli supponeva, e che proseguirebbe con *praeter hominem et pecudem occisos*. Ma è chiaro che il riferimento alla *res* non può essere soppresso nel testo senza togliergli ogni rigore; fra l'altro, senza tale riferimento alle *ceterae res*, la forma del dettato del terzo capo verrebbe a comprendere anche i casi del primo, il che rappresenterebbe un ben strano modo di esprimersi in un caso in cui, come in questo, la norma generale è enunciata non prima, ma dopo la norma speciale. Lo stesso LENEL, *loc. cit.*, avvertì la difficoltà, ma ne forniva una spiegazione che semplicemente la sottovaluta («der Fall der Tötung von Sklaven oder pecudes war nicht ausdrücklich ausgenommen, sondern stillschweigend dadurch, daß er schon im 1. Kapitel geregelt war»).

una *pecus*; nel secondo *si adstipulator pecuniam ... acceptam fecerit*, e cioè che un *adstipulator* abbia prodotto al creditore principale, e suo concreditore solidale, la perdita di un credito. La norma del terzo, prevedendo il caso in cui «alcuno abbia prodotto ad altri la perdita di una qualunque altra cosa» rappresenta dunque, appunto, la norma generale²⁵, munita della sanzione generale consistente nella previsione, a carico dell'autore del fatto dannoso, dell'obbligazione²⁶ di pagare il valore della cosa distrutta, e precisamente il valore che la cosa distrutta aveva prima di essere distrutta²⁷.

Ancora un punto va notato. La fattispecie normativa esprime la distruzione della cosa altrui con tre verbi, che indicano tre modalità dell'atto distruttivo: *ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria ...*. Proporrei, come traduzione appropriata: «se alcuno abbia prodotto ad altri la perdita di una qualunque delle altre cose, in quanto (l')abbia bruciata, fatta a pezzi, (o comunque) resa inservibile *iniuria ...*». Lasciando da parte l'ablativo *iniuria* – di cui non ci occuperemo *ex professo* in questo articolo²⁸ –, devo confessare che la mia traduzione è tendenziosa; essa vuole mettere in evidenza il fatto che con quei tre verbi il legislatore voleva solo significare che la perdita della cosa, cagionata dall'agente al proprietario, doveva considerarsi sanzionata dalla legge «comunque fosse stata prodotta»²⁹. A quest'idea corrisponde anche il fatto che i due verbi *fran-*

²⁵ L'autore della *lex Aquilia*, il quale lavorava prima che la cultura romana avesse acquisito *hanc politissimam doctrinam transmarinam atque adventiciam* (Cic. *de orat.* 3, 135), non concepì, sotto il profilo che stiamo analizzando, una struttura sistematica perfetta. Gli oggetti previsti dalla legge sono: *a*) certe cose materiali; *b*) un tipo speciale di cose immateriali; *c*) le altre cose materiali. Siccome la regola generale è formulata per il gruppo *c*), il regime previsto per questo dovrebbe, in assenza delle norme *a*) e *b*), applicarsi anche nei rispettivi casi; di conseguenza, in presenza della regola *b* così come è in realtà concepita, esso si dovrebbe applicare a tutti i casi concernenti le cose del tipo *b* (crediti), salvo che per quello espressamente previsto. La logica secondo la quale la legge è in effetti concepita è invece chiaramente la seguente: *a*) cose comuni trattate con speciale sanzione; *b*) cosa speciale in modo assoluto; *c*) tutte le altre cose comuni. Una traccia delle conseguenze di questo difetto sistematico può essere scorta in Paul. D. 9, 2, 30, 2: *si quis alienum vinum vel frumentum consumpserit non videtur damnum iniuria dare ideoque utilis danda est actio*. Premesso che la concessione dell'*actio utilis* deve considerarsi come eventuale («se del caso»), Paolo potrebbe non riferirsi alla *consumptio* di cosa fungibile altrui in se stessa (che sarebbe semplicemente sanzionata *ex capite tertio*, come si desume da Ulp.-Cels. D. 9, 2, 27, 15; Ulp. *b.t.* 27, 19; cfr. Ulp.-Sab. *b.t.* 27, 21), ma voler dire che un soggetto non è tenuto *ex lege Aquilia* se con la consumzione di cose fungibili altrui che appartengono ad un *genus limitatum* abbia reso impossibile l'esecuzione di un'obbligazione di darle a qualcuno: e l'*actio utilis* si darebbe in questi casi al creditore, purché questo non sia il soggetto stesso che le ha consumate. Però, la distruzione di cosa di specie in analoga situazione è impostata diversamente in Paul. D. 4, 3, 18, 5.

²⁶ V. CANNATA, *Responsabilità civile*, cit., 53 ss.

²⁷ Che semplicemente ciò volesse in origine significare il riferimento ai 30 giorni precedenti ho già cercato di chiarire in CANNATA, *Responsabilità civile*, cit., 46. Naturalmente, per giungere a dare al passaggio questo senso, si deve adottare la lezione *fuit* di Ulp. D. 9, 2, 29, 8 e non quella *erit* di Ulp. D. 9, 2, 27, 5. Sul punto v. *infra*, § 3.

²⁸ V. CANNATA, *Responsabilità civile*, cit., 35; CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996, 109 ss.

²⁹ A questo risultato conduce anche quanto considera il DAUBE, *On the Third Chapter of the lex*

gere e *rumpere* hanno significato in buona misura coincidente³⁰, e nella traduzione ho voluto sottolineare il settore nel quale non coincidono: perché *frangere* vuol dire «fare a pezzi» come *rumpere*, ma quest'ultimo verbo significa anche rompere come si rompe un giocattolo meccanico, senza spaccarlo ma rendendolo inidoneo a funzionare³¹, mentre *frangere* questo senso non l'ha. Nella norma del primo capo, per indicare la distruzione di uno schiavo o di una *pecus*, il legislatore aveva scelto, diremmo ovviamente, il verbo *occidere*, perché per eliminare un uomo o un animale lo si uccide³². Le cose del terzo capo erano insieme animali e cose inanimate; evitando di ripetere *occidere*, che non poteva riferirsi che ai primi, il legislatore mostra di voler scegliere verbi che possano andar bene per qualunque cosa, o almeno per l'insieme di quelle cose. La scelta dei verbi fatta dal legislatore non piacque alla giurisprudenza successiva: per ora basta rinviare a quanto abbiamo letto in Gai. 3, 217. Comunque, i verbi usati erano quelli: che essi fossero certamente scritti nel testo legislativo non risulta solo da Gai. D. 9, 2, 27, 5, ma da molti altri testi³³.

3. – Da quanto abbiamo detto nel paragrafo precedente, una cosa emerge sicura: che la *lex Aquilia* prevedeva solo fatti dannosi che producessero la perdita di una cosa; essa non prevedeva i danneggiamenti che non eliminassero la cosa. Ciò può sembrare strano, ma era certo così, perché, come vedremo, apparve strano anche alla giurisprudenza romana. In particolare, il terzo capitolo era concepito in questo senso altrettanto quanto il primo e il secondo. Anche se l'impiego del verbo *rumpere*

Aquilia (1936), in *Collected Studies*, I, cit., 9 s. Non mi riesce, invece, di condividere la visuale della BIGNARDI, *Frangere e rumpere nel lessico normativo e nella interpretatio prudentium*, in *Normazione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche F. Gallo*, I, Napoli 1997, 27 ss., che vede l'*Aquilia* come una legge principalmente diretta a punire certi comportamenti violenti, mentre a me essa pare una legge diretta ad assicurare un risarcimento al danneggiato, sicché il suo carattere penale risulta essere stato in origine soprattutto lo strumento necessario per realizzare tale scopo: rinvio in particolare a CANNATA, *Responsabilità civile*, cit., 54 ss.

³⁰ Sul tema si veda da ultimo BIGNARDI, *Frangere e rumpere*, cit., 11 ss.

³¹ Per lo meno, questo può desumersi dall'impiego metaforico di *rumpere*, che esprime l'idea di «fiaccare», già presente in Plaut. *capt.* 14; Plaut. *merc.* 151; v. anche in Alf.-Paul. D. 19, 2, 30, 2, dove si tratta, in tema di *lex Aquilia*, di mule fiaccate dal sovraccarico. Il legislatore aquiliano agli animali fiaccati non deve però aver proprio pensato: una *pecus* fiaccata non è *occisa*, quindi il caso non è contemplato nel I capo; essa è, appunto, *rupta*, e una *pecus rupta* non rientrava nella fattispecie originaria del III capo.

³² L'*occidere* della *lex Aquilia* fu inteso dalla giurisprudenza in un senso più ristretto rispetto a *mortis causam praestare* (cfr. Ulp.-Cels. D. 9, 2, 7, 6). Il tema è alquanto complesso: v. il bellissimo libro del NÖRR, *Causa mortis*, München 1986.

³³ Cfr. Ulp. D. 9, 2, 27, 6; Ulp. D. 9, 2, 27, 13; Ulp.-Cels. D. 9, 2, 27, 16; nel frammento Ulp. D. 9, 2, 27 la casistica di *urere* comincia nel § 7 e prosegue fino al § 12, dove è seguita immediatamente, nel paragrafo 13, dalla casistica di *rumpere*: ciò non stupisce perché, una volta dato a *rumpere* un senso generale (come è detto in Gai. 3, 217 e Ulp.-Cels. D. 9, 2, 27, 16), esso assorbiva facilmente anche la casistica del *frangere*: della quale restano comunque tracce, ad esempio in Ulp. D. 9, 2, 27, 29; D. 9, 2, 27, 31; D. 9, 2, 27, 33.

re poteva alludere a fatti che non producono propriamente la distruzione della cosa, ma la sua inutilizzabilità, sempre era previsto che la cosa risultasse, per il proprietario, perduta. Il fatto che questa conclusione, proposta la prima volta dall'allora giovane Jolowicz nel 1922³⁴, non sia stata mai accolta dai romanisti³⁵, ha avuto come conseguenza che essi si sono trovati di fronte ad un problema insolubile.

Come dicevamo poc'anzi, il fatto che la *lex Aquilia* non prevedesse che i danni consistenti nella eliminazione della cosa costituisca una stranezza: una stranezza, tuttavia, nel senso di una vistosa lacuna della legge stessa. Ma se, come ha sempre fatto la «dottrina dominante» (la vecchia, impropria ma usuale, espressione ha un senso meramente statistico), si ritiene che il terzo capo della legge fosse fin dall'inizio applicabile anche ai danneggiamenti che non sopprimono la cosa – e non sia questo, invece, il risultato di un'interpretazione giurisprudenziale successiva –, la stranezza che si presenta è ben più massiccia: perché non si tratterebbe più di una lacuna, bensì di un'incongruenza radicale del disposto normativo. Infatti, il terzo capo prevede, per la fattispecie delittuosa, un'unica sanzione, consistente nel sorgere, in capo al colpevole, dell'obbligazione di pagare al proprietario il valore della cosa danneggiata: ed è evidentemente assurdo che chi abbia tagliato la coda ad un cane³⁶ debba pagare al proprietario la stessa somma che gli dovrebbe dare se, quello stesso cane, egli l'avesse ammazzato³⁷.

³⁴ V. CANNATA, *Responsabilità civile*, cit., 44 e nt. 57. JOLOWICZ, *The Original Scope of the lex Aquilia and the Question of Damages*, in *LQR*, XXXVIII, 1922, 220 ss.

³⁵ Vi aderisce il VAN WARMELO, *A propos de la loi Aquilia*, in *RIDA*, III^e S., XXVII, 1980, 338 ss., corredandola con argomenti nella linea di quelli da me forniti, anche se un poco sommari e soprattutto basati sul significato etimologico del vocabolo *damnum* in se stesso (il che è a mio avviso insufficiente, il senso di perdita totale provenendo nella legge dalla costruzione di *damnum* – che è, beninteso «perdita sofferta da un soggetto»: v. *supra*, nt. 17 – col genitivo della cosa). All'insuccesso della tesi del Jolowicz ha contribuito non poco il fatto che l'articolo in cui essa era presentata fu conosciuto a suo tempo dai romanisti dell'Europa continentale attraverso la recensione critica che ne fece il LENEL, in *ZSS*, XLIII, 1922, 575 ss. Ancora oggi capita di trovarne frainteso il pensiero (non per colpa di Lenel, questo): ad esempio, il VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje L. Murga*, Madrid 1994, 836, dice che secondo Jolowicz (e van Warmelo) il terzo capo «avrebbe parlato solo dei danni a cose inanimate». Lo stesso VALDITARA, *op. cit.*, 836 s., sottopone per altro l'ipotesi del Jolowicz, o piuttosto la mia (che egli ritiene diversa da quella del Jolowicz più di quanto non lo sia), ad una critica serrata: ma non mi riesce, tra i suoi argomenti, di trovarne alcuno valido (la misteriosa allusione, che vi si fa a p. 837, alla previsione come illecito della «*ruptio* di animali da gregge e domestici» del 217 a.C. fa evidentemente riferimento a Liv. 22, 10, 5, di cui parlo qui *infra*, nt. 96; 109).

³⁶ Ulp. D. 9, 2, 29, 6.

³⁷ Il PUGSLEY, *On the lex Aquilia and culpa* (1982), in *American are Aliens and Other Essays in Roman Law*, Exeter, 1989, 58, ha ben sottolineato, in particolare contro SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 590, che una norma, secondo la quale il deterioramento della cosa comporti una pena corrispondente al suo valore integrale, non può essere giudicata semplicemente primitiva, ma del tutto assurda: essa è del resto in contrasto con la concezione che traspare dalle XII tavole (e, potrebbe aggiungersi, con gli stessi diritti che potremmo chiamare barbarici). V. anche come il PUGSLEY, *op. cit.*, 60 e nt. 22, si riferisce alle ipotesi che, sulla portata pratica della norma del terzo capo nei casi di danneggiamento, ha formulate il MACCORMACK, *Aquilian Studies*, in *SDHI*, XLI, 1975, 77.

Il problema – divenuto un ‘tópos’ romanistico – della incongruenza fra la fattispecie normativa del terzo capo e la sua sanzione, rappresenta un caratteristico falso problema, generato dall’urto fra una scorretta individuazione della fattispecie ed una corretta individuazione della sanzione.

Le soluzioni immaginate possono essere ricondotte a due modelli.

Il primo modello fa capo ad un’opinione proposta, alla fine del XIX secolo, dal Monro³⁸, e può essere riassunto come segue. L’incongruenza sarebbe effettivamente stata presente nella legge, in quanto essa prevedeva appunto la condanna del danneggiante all’intero valore della cosa, e precisamente al maggior³⁹ valore della cosa nei 30 giorni precedenti il fatto dannoso, tanto per il caso della sua distruzione, quanto per il caso del suo deterioramento; ma, in pratica, la norma venne intesa dalla giurisprudenza, o comunque applicata nella prassi, secondo il suo significato letterale solo con riguardo ai casi di distruzione; in presenza di un semplice deterioramento il convenuto veniva condannato ad una somma corrispondente alla perdita di valore che il deterioramento aveva cagionato⁴⁰, calcolata come se il deterioramento avesse avuto luogo al momento in cui, nei trenta giorni precedenti il fatto dannoso, la cosa aveva avuto il maggior valore⁴¹.

Il secondo modello, che presenta nei diversi autori diverse varianti, fa capo ad un articolo del Daube apparso nel 1936⁴². Il punto di partenza dell’autore è costituito da un dato testuale⁴³. Come si è visto sopra, quando abbiamo presentato i testi sui quali può basarsi la ricostruzione del terzo capo, le parole che nella legge Aquilia si riferivano al calcolo della *summa condemnationis* compaiono con una variante nei due luoghi in cui Ulpiano intendeva riportarle letteralmente: in D. 9, 2, 27, 5 si legge *quanti ea res erit in diebus triginta proximis*, in D. 9, 2, 29, 8, invece, *quanti in triginta diebus proximis fuit*. Quel che importa non è l’ordine delle parole – nella seconda citazione Ulpiano sceglie i soli termini funzionali al

³⁸ *Digest IX, 2, Lex Aquilia*, Cambridge 1898, 36 s.

³⁹ Il maggior valore, secondo la precisazione interpretativa di Sabino menzionata in Gai. 3, 218; cfr. Ulp. D. 9, 2, 29, 8.

⁴⁰ Questo, per l’epoca classica, è sicuro: v. Paul. D. 9, 2, 24.

⁴¹ Insomma, il MONRO, *Digest*, cit., 36, dice che la clausola del terzo capo sul calcolo del danno venne intesa così: «the amount which the incident would have cost you if it had occurred at the moment in the month at which it would have cost you most», e riconosce che se tale doveva essere il senso originario del testo, questo era stato mal redatto.

⁴² DAUBE, *On the Third*, cit., 3 ss.; v. ancora DAUBE, *On the Use*, cit., 279 ss., ma in particolare 283 ss.; 323 ss.; *Roman Law: Linguistic, Social and Philosophical Aspects*, Edinburgh 1969, 66 ss. Tutta la letteratura relativa al problema di cui stiamo parlando è attentamente esaminata dall’ANKUM, *Quanti ea res erit in diebus XXX proximis dans le troisième chapitre de la lex Aquilia: un fantasme florentin*, in *Mélanges J. Ellul*, Paris 1983, 171 ss.; v. anche HAUSMANINGER, *Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia*⁵, Wien 1996, 8; 32 ss.

⁴³ Intendo con ciò individuare il punto di partenza della costruzione del Daube, non della relativa esposizione: poiché di Ulp. D. 9, 2, 27, 5 egli comincia a parlare solo alla quinta pagina di *On the Third*, cit.

tema puntuale che sta trattando e non si cura di problemi di pura forma⁴⁴ –, bensì la circostanza che, per la collocazione del momento della valutazione del valore della cosa in un periodo di trenta giorni a partire da quello del fatto dannoso, nel frg. 27, 5 si usa il futuro (*quanti ea res erit in diebus triginta proximis*) laddove nel frg. 29, 8 si usa il perfetto (che, adeguando la costruzione a quella del passo precedente, darebbe dunque: *quanti ea res fuit in diebus triginta proximis*). Secondo il Daube il tenore originario della legge sarebbe stato quello col verbo al futuro⁴⁵. Partendo da questa scelta, l'autore ha costruito tutto un regime aquiliano dei fatti dannosi che producono un deterioramento. Il terzo capo si sarebbe riferito in origine unicamente al ferimento dello schiavo e della *pecus* altrui, cioè alle entità la cui uccisione era prevista nel primo capo⁴⁶. In tali casi, la legge avrebbe imposto al giudice di calcolare, in funzione della condanna del convenuto, *quanti ea res erit in diebus triginta proximis*, che significherebbe «la somma alla quale il danno ammonterà trenta giorni dopo il ferimento»⁴⁷. In questo modo il giudice avrebbe potuto tenere conto del danno concretamente causato con la ferita dello schiavo o animale al proprietario di questi, danno che poteva variare tra un minimo di zero a un massimo corrispondente al valore intero della cosa, a seconda che la ferita fosse guarita senza lasciare conseguenze, o conseguenze avessero invece avute, meno o più gravi, fino alla morte. Il regime che invece troviamo descritto nei testi della giurisprudenza classica, e cioè che il terzo capitolo concerne tutti i danni a cose materiali diverse dall'uccisione di uno schiavo o una *pecus*, consistano essi nella distruzione della cosa o in un suo deterioramento, sanzionati con una pena corrispondente o da rapportarsi al massimo valore della co-

⁴⁴ V. CANNATA, *Sul testo originale*, cit., 203 s.

⁴⁵ DAUBE, *On the Third*, cit., 5 s.; 13.

⁴⁶ DAUBE, *On the Third*, cit., 3; 5. Non mi risulta ben chiaro perché il DAUBE, *op. cit.*, 3; 17 s., e *On the Use*, cit., 337 ss., ritenga anche che il terzo capo rappresenti l'aggiunta ad un *corpus* già prima in vigore, che avrebbe contenuto le norme del primo capo – con diversa struttura ed un più arcaico sistema di pene – e del secondo. Egli identifica, comunque, la *lex Aquilia* con la promulgazione del testo completo e nella forma definitiva.

⁴⁷ Questo è esattamente il pensiero dell'autore. In DAUBE, *On the Third*, cit., 6, il senso di *quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto* viene reso così: «the wrongdoer has to pay whatever this case will amount to in the next thirty days»; ma che con ciò egli intenda dire che la condanna del danneggiante dovrà essere misurata sullo stato dello schiavo o animale un mese – né più né meno – dopo il fatto dannoso è chiaro dall'insieme del lavoro. Si vedano le spiegazioni che, nella stessa pagina, precedono immediatamente la riportata traduzione *ad sensum* (in particolare: «on the one hand, not only that damage which arises immediately is to be restored, but all damage appearing within thirty days. On the other hand, however, it is only this damage appearing within thirty days that the wrongdoer is liable for; no further results are imputed to him»; cfr. il più sintetico enunciato iniziale, a p. 3). V. anche a p. 13, dove si dice che «the ancient rule» era nel senso «that, if a slave is wounded, one has to wait thirty days for the estimation of damage». Si legga infine DAUBE, *On the Use*, cit., 330: «the state of things 30 days after the wounding should be taken as basis for the compensation ... the offender must pay "what this affair will amount to after the next 30 days"».

sa nei trenta giorni prima del fatto dannoso, sarebbe stato il frutto di un mutamento d'indirizzo della giurisprudenza, che andrebbe collocato nella seconda metà del I secolo a.C.⁴⁸.

Siccome abbiamo già acquisito che il terzo capo prevedeva in origine solo i fatti dannosi che avessero cagionato la perdita di una delle cose non previste nei due capi precedenti, e siccome quindi la tesi del Daube deve considerarsi solo come la brillante soluzione di un falso problema, possiamo astenerci dal criticarla⁴⁹. Il problema che ci resta è solo quello di decidere se la sanzione del terzo capo era espressa dalla legge con *erit* al futuro o con *fuit* al perfetto.

Potremmo semplicemente adottare la posizione dell'Ankum⁵⁰. In effetti, l'esame delle fonti non ammette altra conclusione se non che l'*erit* di D. 9, 2, 27, 5 provenga da un errore. Non solo Ulpiano stesso scriveva *fuit* in D. 9, 2, 29, 8, ma anche Gai. 3, 218 parafrasava evidentemente un testo nel quale leggeva *fuit*, quando scriveva: *hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit, damnatur is, qui damnum dederit*⁵¹. Lo stesso Ankum ha rafforzato⁵² questa conclusione. Egli attribuisce l'errore al copista della *Littera Florentina*, adducendo ancora il testo della *summa* dell'Anonimo (composta, a quanto pare, tra il 533 e il 543) corrispondente a D. 9, 2, 27, 5 (Bas. 60, 3, 27, 5), che pure si esprime al passato⁵³, nonché le due importanti edizioni moderne del Digesto precedenti la prima edizione basata sulla Fiorentina (Torelli)⁵⁴, e cioè quelle di Hugo a Porta

⁴⁸ DAUBE, *On the Third*, cit., 3; 10 s. (il discorso sull'evoluzione dell'interpretazione del terzo capo si inizia a p. 9).

⁴⁹ Che una norma sul danneggiamento, basata su di un periodo fisso di trenta giorni come la pensa il DAUBE, non possa poi funzionare in pratica, è ammesso indirettamente ma esplicitamente, dallo stesso autore (*On the Third*, cit., 13 s.) quando, con riguardo all'evoluzione successiva, scrive: «when the Aquilia was promulgated the appointment of the thirty days was a great improvement in the matter of assessment of damages. But gradually, even this provision must have proved insufficient. On the one hand it happens that the outcome is not sure at all after thirty days, on the other hand it may be evident before ...» (con quel che segue alla p. 14).

⁵⁰ *Quanti ea res*, cit.

⁵¹ Nella frase riportata, il manoscritto veronese ha *fuerit*, ma ciò dipende certo dallo stile della parafrasi. Non credo vadano condivisi i tentativi di ricostruzione del testo originale della legge che vi suppongono quel congiuntivo perfetto, come propose per la prima volta – tanto per il primo, quanto per il terzo capo – il PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht*, Weimar 1867, 14 s. Del resto Gaio stesso proseguiva: *liberum esse iudici ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere, quo plurimi res fuit, vel ad id, quo minoris fuit*, e i due *fuit* non vanno corretti in *fu<er>it*, come fanno spesso gli editori. La forma *fuit* è pure adottata nella ricostruzione dubitativamente proposta in CRAWFORD (ed.), *Roman Statutes*, II, cit., 725, ma devo notare che le pagine che in quest'opera sono dedicate alla *lex Aquilia* (p. 723 ss.) non vanno certo annoverate fra le migliori che si leggono in quei due pregevolissimi volumi.

⁵² ANKUM, *Quanti ea res*, cit., 180 s.

⁵³ Καὶ ἀποτιμᾶται εἰς ὅσον ἦν τὸ πρῶγμα. V. già PERNICE, *Zur Lehre*, cit., 14.

⁵⁴ L'Ankum la dice del 1551, ma in COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* II.1, München 1977, 654, l'edizione del Torelli (presso Laurentius Torrentinus) è datata Florentiae 1553.

(1538⁵⁵) e del Haloander (1529), che recano *fuit* in D. 9, 2, 27, 5, come pure è nell'edizione Russardus (1561)⁵⁶. Resta tuttavia il fatto che *erit* compare invece nei manoscritti della *Vulgata*⁵⁷: sicché nella Glossa accursiana si legge, alle parole *quanti ea res erit in diebus 30. proximis*, la precisazione: «s(cilicet) retro, ut institt. eo(dem) § caeterum»⁵⁸. Ciò potrebbe lasciar presumere che l'errore della Fiorentina fosse condiviso da altri manoscritti, e non si possa dunque parlare di un «fantasme florentin» con la sicurezza assoluta dell'Ankum.

Ma, in ogni modo, di errore si tratta: v'è, a mio parere, un argomento sicuro. Come mi è già avvenuto di poter constatare, i giuristi classici, fino ad Ulpiano, conoscevano con precisione il testo della *lex Aquilia*⁵⁹. Ora, come si ricava dai luoghi citati sopra, proprio in relazione al punto che ci interessa, e cioè alle parole *quanti ea res fuit in diebus triginta proximis* del terzo capo, tanto Gaio (Gai. 3, 218) quanto Ulpiano (D. 9, 2, 29, 8) operavano un confronto con il luogo corrispondente del primo capo, per notare che la parola *plurimi*, presente nel primo, era assente nel terzo, ma che doveva considerarsi sottintesa, e Gaio precisa che in questo senso si espresse Sabino. Ora, è impensabile che, operando un confronto fra i testi del primo e del terzo capo proprio per notare una differenza tra i rispettivi dettati, i due giuristi notassero la discrepanza quanto al *plurimi* passando del tutto sotto silenzio quella fra il *fuit* del primo e l'*erit* del terzo. Un intervento semplificatore dei compilatori giustinianei è già difficile da supporre in D. 9, 2, 29, 8, ma alcunché di simile e comunque fuori discussione per Gaio.

Possiamo dunque essere certi che il terzo capo della *lex Aquilia* disponeva la sanzione con le parole: *quanti ea res fuit*⁶⁰ *in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto*. Del resto, la lezione *erit* toglierebbe senso alla frase. Per

⁵⁵ L'ANKUM, *Quanti ea res*, cit., 181, nt. 49, s'è avvalso delle successive edizioni del 1546 e 1551.

⁵⁶ ANKUM, *Quanti ea res*, cit., 181, nt. 49.

⁵⁷ ANKUM, *Quanti ea res*, cit., 181, nt. 48.

⁵⁸ Gl. *proximis* ad D. 9, 2, 27, 5. La citazione del § *ceterum* delle Istituzioni (che sarebbe I. 4, 3, 16) non calza: l'uso del passato nella legge risulta dal § 14 (*illud palam*), o meglio dalla coppia di questo e del § 15 (*ac ne plurimi*). Quanto al testo della *Vulgata*, va notato che il passo corrispondente a D. 9, 2, 27, 5 vi risulta particolarmente scorretto: ... *pecudem occisam, si quis alteri damnum fecerit, quam usserit* ... (nell'edizione di Venezia, apud Juntas, 1621); ... *pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quidve usserit* ... (nella più accurata edizione di Lione 1627, corredata da un avvertimento a margine, secondo il quale la Fiorentina recherebbe *quod userit*, il che non è vero: la Fiorentina ha *quod usserit*, anche se ciò risulta da una correzione di *quod usiterit*, dove sono state cancellate le lettere *it* (prima che fosse fatto il taglietto alla *t*) alle quali è stata sovrapposta una seconda *s*: così almeno mi pare di leggere nella riproduzione fotostatica a cura di Corbino e Santalucia; nell'ed. MOMMSEN-KRÜGER è indicato *usserit* per F, senza comunque farsi menzione della variante *usserit* di F²).

⁵⁹ CANNATA, *Sul testo originale*, cit., 201 s.

⁶⁰ Ho già detto (*supra*, nt. 51), che a mio parere la forma verbale da adottare è *fuit* e non *fuertit*. Devo tuttavia notare, che supporre la forma originaria del verbo fosse quella del congiuntivo perfetto permetterebbe una facile correzione di Ulp. D. 9, 2, 27, 5: *quanti ea res <fu>erit in diebus triginta proximis*.

trovargliene uno, il Daube ha dovuto in sostanza togliere credito a tutto quanto risulta circa il terzo capo, pensando che il suo testo fosse diverso da quello che utilizzavano i giuristi classici, e riferendolo non ad «altre cose» rispetto a quelle che la legge aveva già menzionate, bensì alle stesse cose menzionate nel primo capo: ma non è possibile percorrere vie del genere. L'interpretazione della legge cambiò nel tempo, come vedremo, ma come metamorfosi nell'interpretazione dello stesso testo. I giuristi romani disponevano di una ricchissima gamma di strumenti per evadere dalle strettoie di un testo legislativo, ma non sarebbero mai ricorsi al falso⁶¹. Se si vuole sostenere che nel terzo capo era scritto *erit* invece di *fuit*, si deve sostenere che il diverso verbo vi si trovava nel contesto che i giuristi ci hanno tramandato, cioè come si legge in D. 9, 2, 27, 5. Ma così si troverebbe di fronte ad un testo originario ove si stabiliva che chi avesse cagionato ad un soggetto la perdita di una cosa materiale (tali sono le *res* previste nel terzo capo, perché si tratta di cose atte ad essere distrutte con *urere*, *frangere* e *rumpere*) doveva pagare al proprietario una somma equivalente al valore della cosa «nei successivi trenta giorni». Nel testo originario, se questo aveva il senso che abbiamo potuto stabilire e cioè si riferiva alla distruzione della cosa, la norma avrebbe semplicemente significato che il danneggiante non avrebbe dovuto pagare nulla, perché, di valore, la cosa distrutta non ne ha più. Se si volesse invece – sostenendo che la tesi da me difesa è sbagliata – pensare che il terzo capo prevedesse anche i deterioramenti (li avrebbe comunque previsti «anche», e non «solo»: ma lasciamo pure ciò da parte), il *quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto* non avrebbe comunque avuto senso. Per trovargliene uno, ci si dovrebbe mettere nella prospettiva corrispondente alla tesi del Daube, ma ciò non è possibile perché *quanti ea res erit in diebus triginta proximis* non significa «la somma alla quale il danno ammonterà fra trenta giorni», bensì «il valore della cosa durante i prossimi trenta giorni», e cioè «un valore della cosa corrispondente a quello che essa avrà in uno qualunque dei trenta giorni successivi a quello in cui fu danneggiata». Ciò perché solo quello ora descritto è il senso di *in diebus triginta proximis*, e perché, comunque, *res* allude inequivocabilmente, nel testo, alla cosa e non genericamente all'affare e quindi al danno che l'insieme degli eventi ha cagionato al proprietario. Avremmo

⁶¹ Ad un falso pensa evidentemente il DAUBE, *On the Third*, cit., 11, nt. 26, quando dice che il terzo capo doveva menzionare in origine *servus serva e quadrupes pecus*, ed anche quando suggerisce che le parole *ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos* di D. 9, 2, 27, 5, se inserite in funzione dell'estensione interpretativa del terzo capo, devono risalire ad epoca assai precedente quella di Ulpiano: non si vede infatti come quest'ultima ipotesi sia spiegabile, se non come allusiva ad una modifica del testo della legge. Quanto a *erit* che diventa *fuit* il DAUBE, *op. ult. cit.*, 11, non pensa invero ad un falso, perché crede che Ulpiano leggesse ancora *erit*: ma l'autore si esprime come se ritenesse che i giuristi classici semplicemente intendessero *erit* nel senso di *fuit*: sicché Sabino si sarebbe preoccupato di precisare che vi si doveva sottintendere *plurimi*, senza preoccuparsi però di dire che il tempo del verbo doveva pure essere inteso diversamente (*op. ult. cit.*, 12). Noterò di passaggio che pure ad un falso il Daube non può non pensare (dato il tenore di Ulp. D. 9, 2, 27, 5) già a p. 10, nt. 21, quando avanza l'ipotesi che la parola *iniuria* comparisse solo nel primo capo.

dunque, in quest'ultima ipotesi, una norma che sanziona il deterioramento di una cosa con l'obbligazione di pagare al proprietario il valore della cosa in un momento successivo al deterioramento, e quindi non il valore del danno cagionato, bensì il valore di quel che è rimasto al danneggiato.

La lezione *erit* conduce, in ogni caso, ad invischiarsi in un ginepraio.

Un'idea originale, che non può essere assimilata ai due modelli che abbiamo descritto, è stata di recente escogitata dal fertile ingegno di David Pugsley⁶². L'autore accetta la lezione *fuit* di D. 9, 2, 29, 8⁶³. I giuristi classici intesero la norma nel senso che, in caso di deterioramento, la misura del danno doveva corrispondere alla valutazione della parte della cosa che era stata danneggiata (*vulnus* o *ruptio*: il Pugsley pensa soprattutto al ferimento di uno schiavo e si basa in particolare su Paul. D. 9, 2, 24)⁶⁴, e precisamente al maggior valore che tale parte aveva avuto nei 30 giorni precedenti il fatto dannoso: ma, con questa interpretazione, i giuristi classici avrebbero, secondo il Pugsley, inteso costruire la sanzione del terzo capo in analogia con la sanzione del primo⁶⁵, mentre nello spirito originario della *lex Aquilia* non sarebbe esistito alcun parallelismo tra il primo e il terzo capo⁶⁶. La clausola⁶⁷ che in quest'ultimo regolava la valutazione del danno parlava di un valore riferito ad un periodo di 30 giorni, e quindi non sarebbe potuto essere né il valore di mercato dello schiavo né il valore del *vulnus*, i quali entrambi non sono riferibili ad un periodo ma ad un punto particolare entro il periodo, «on a date but not in a period»: quel che si sarebbe indicato sarebbe invece il danno del proprietario nei trenta giorni, e quindi le spese o perdite che il ferimento gli aveva cagionato, come perdita di canoni attivi di locazione dello schiavo o spesa di canoni passivi originati dalla necessità di rimpiazzarlo: soluzione di evidente valore economico, con il solo difetto – che sarebbe stato corretto dalla giurisprudenza classica – di non tener conto della gravità dell'offesa⁶⁸, cioè della permanenza del danno oltre i 30 giorni considerati.

Questa soluzione ha senz'altro un merito, come dice il Pugsley: «that does justice

⁶² PUGSLEY, *On the lex*, cit., in particolare 59 ss.

⁶³ PUGSLEY, *On the lex*, cit., 58, nt. 11.

⁶⁴ PUGSLEY, *On the lex*, cit., 59 s.

⁶⁵ O almeno con l'interpretazione che essi davano del primo capo, che in origine si sarebbe riferito ad un caso tutto particolare: v. PUGSLEY, *On the lex*, cit., 58 e nt. 10 (dove l'autore rinvia al precedente lavoro 'Si quis alteri damnum faxit', in *Acta Jurid.*, 1977, 298 ss.); 61.

⁶⁶ PUGSLEY, *On the lex*, cit., 61.

⁶⁷ Con riguardo alla frase relativa alla valutazione del danno, il PUGSLEY, *On the lex*, cit., 61 e nt. 23, ritiene che essa si presentasse esattamente (e cioè anche per il costruito, e non solo per il *fuit*) come in Ulp. D. 9, 2, 29, 8 (*quanti in XXX diebus proximis fuit*): egli sottolinea così che, come spesso nel più antico stile legislativo romano, si trattava di una proposizione senza soggetto espresso. L'autore insiste anche (p. 61) sul fatto che *in XXX diebus proximis* non significa né i 30 giorni precedenti né i 30 successivi, ma solo «the nearest thirty days», che letteralmente significherebbe «the fifteen before and the fifteen after». Quest'ultima precisazione mi riesce difficile da comprendere, perché la sua spiegazione riferisce comunque il periodo al tempo successivo al danneggiamento.

⁶⁸ PUGSLEY, *On the lex*, cit., 61 s.

to the words»⁶⁹: ma ciò in un solo senso (*damnum facere* potrebbe significare anche «fare una spesa») ⁷⁰, al quale l'autore non par neppure pensare. Essa invece non rispetta il rapporto sistematico fra l'oggetto dei tre capi (*servum servamve alienum alienamve vel pecudem alienam – pecuniam – ceterarum rerum*) ⁷¹ e si basa sull'eliminazione, del tutto arbitraria, di *ea res* (che riprende *ceterarum rerum* in funzione dello specifico enunciato) nella clausola del terzo capo relativa alla valutazione del danno. D'altra parte, in questo modo la clausola del terzo capo viene riferita esclusivamente ai deterioramenti (ed in particolare ai ferimenti), e non alla distruzione delle *ceterae res*, che certo vi doveva essere – almeno – compresa ⁷². Siamo ancora di fronte ad una soluzione intelligente per un problema insolubile: e che resterà insolubile finché si vorrà sostenere che il testo del terzo capo, presentato alla plebe dal tribuno Aquilio, era inteso comunque a regolare i casi di deterioramento. La sola via per comprenderlo è di pensare alla vicenda più ovvia, quella, per altro, che le fonti raccontano: e cioè che il terzo capo prevedeva all'origine solo la distruzione delle *ceterae res*, e che il deterioramento di ogni cosa materiale vi fu inserito per via d'interpretazione. La prima parte di questa vicenda l'abbiamo già vista; la seconda la vedremo tra poco. Indugeremo solo, per un paragrafo, in alcune considerazioni introduttive.

4. – Quanto abbiamo detto finora permette di stabilire, credo con una certa sicurezza, che il testo del terzo capo della *lex Aquilia* era in origine quello che già abbiamo proposto all'inizio, e cioè (giova ora riprenderlo):

Ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fuit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.

Come si vede, si tratta del testo proposto da Ulpiano in D. 9, 2, 27, 5 ⁷³, con due varianti. Della prima abbiamo già discusso: si tratta della restituzione di *fuit* in luo-

⁶⁹ PUGSLEY, *On the lex*, cit., 61.

⁷⁰ Così affermano almeno ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique*⁴, cit., 163 s., s.v. *damnum*, nel quale però mi sorge il dubbio che si equivochi sul passo dello Ps.Ascon, in *Verr.*, p. 175 (BAITER) – *quid item sumptus damnive fecisset* – citato in *Thesaurus ling. Lat.* V, 30, lin. 30 s. V. però Plaut. *asin.* 182 (*supra*, nt. 14).

⁷¹ V. *supra*, § 2 e nt. 25.

⁷² In questo modo la tesi del Pugsley si avvicina di molto a quella del Daube (del quale v. pure *On the Use*, cit., 285): del resto, in PUGSLEY, *On the lex*, cit., 61, nel brano «on the other hand, loss ... with chapter 1» (alla fine del secondo capoverso) è enunciata una variante del tutto prossima al pensiero del Daube: il Pugsley non la rifiuta, ma preferisce concludere nel senso che ho esposto sopra.

⁷³ Come si è visto (*supra* nt. 67) il Pugsley ritiene che la clausola relativa alla valutazione del danno apparisse senza soggetto espresso: ciò egli fa per potervi intendere un'allusione diversa a quella di *ea res*. Ma, a parte le considerazioni fatte a suo luogo, contro questa scelta milita la cura quasi pedante con la quale il testo delle *lex Aquilia* fu concepito; v. CANNATA, *Sul testo originale*, cit., 205 ss. (anche p. 203 s.).

go di *erit*. La seconda consiste nella soppressione dell'inciso (che tale è, malgrado gli editori non ne evidenzino il carattere con delle virgole) *praeter hominem et pecudem occisos*. In realtà, togliendo codeste parole, non penso di sopprimere una parte di quel che Ulpiano proponeva come il testo legislativo. Già il Pernice⁷⁴ sottolineò che esse sono in contrasto con lo stile conciso della legge ed hanno tutta l'aria di un'annotazione esplicativa inserita da Ulpiano stesso, il quale non voleva affatto presentarle come appartenenti al dettato legislativo.

Ma su questa specie di glossa di Ulpiano al testo della legge dobbiamo meditare un poco: perché essa non rappresenta un chiarimento del significato originario del testo, bensì enuncia l'interpretazione che del testo deve darsi – per Ulpiano – attualmente. Cerchiamo di comprendere esattamente il senso di tutto ciò.

Ulpiano sta dando lettura della *lex Aquilia* ad un ascoltatore del suo tempo, e per costui due cose sono cambiate rispetto all'epoca in cui la legge fu promulgata: anzitutto, il secondo capo è caduto in desuetudine. Di questo fenomeno Gaio dava anche le ragioni (Gai. 3, 216); non sappiamo se lo stesso facesse Ulpiano, ma è certo che egli, nel lb. 18 *ad edictum*, subito prima di iniziare la lettura del terzo capo, aveva almeno avvertito che *huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit* (D. 9, 2, 27, 4). Per questo, il secondo capo egli non lo considerava più interessante per il suo ascoltatore, e dunque ne prescindeva.

Inoltre, l'interpretazione giurisprudenziale aveva ampliato lo «Schutzbereich» del terzo capo, facendone anche il luogo normativo della sanzione per il deterioramento di qualunque cosa materiale altrui. Il primo passo del commento ulpiano al terzo capo è appunto il seguente:

Ulp. D. 9, 2, 27, 6: *Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, sed usserit frerit ruperit, sine dubio ex his verbis legis agendum erit. proinde si facem servo meo obieceris et eum adusseris*⁷⁵, *teneberis mihi*.

Così, il terzo capo resta pur sempre la norma generale della *lex Aquilia*: ma, rispetto ad essa, è rimasta una sola norma speciale, quella del primo capo; e la specialità di questo non dipende più soltanto, com'era invece in origine, dalla natura delle cose previste come oggetto dell'atto dannoso, ma altresì dal fatto che di tali cose vi si prevede soltanto la distruzione.

Dunque, scrivendo *ceterarum rerum – praeter hominem et pecudem occisos – si*

⁷⁴ PERNICE, *Zur Lehre*, cit., 14; v. ancora KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig 1901, 795, che cancella solo *occisos*; JOLOWICZ, *The Original Scope*, cit., 220 s., che sottolinea come sia inverosimile che la legge denominasse nel terzo capo *homo* e *pecus* le entità che nel primo aveva individuate come *servus servave* e *quadrupes pecus*; LENEL, in *ZSS*, XLIII, 1922, 575, il quale pensa ad una glossa o interpolazione, e comunque nota: «kann man einem römischen Gesetzgeber einen Satz zutrauen, der seinem Wortlaut nach besagen würde: "wenn jemand andere Sachen als getötete Sklaven oder Viestücke beschädigt?"».

⁷⁵ *Aduro* significa «bruciare esteriormente», e quindi nel testo si allude al fatto di chi, allo schiavo, abbia provocato un'ustione.

quis alteri damnum faxit, cioè inserendo il chiarimento interpretativo *praeter hominem et pecudem occisos* nell'antica regola generale, Ulpiano cambiava, di questa, il senso: le *ceterae res* non sono più le altre rispetto a schiavi e *pecudes*, perché la norma del primo capo, che ad essi si riferisce in modo speciale, non concerne che una serie limitata di casi, e cioè quelli della loro uccisione; ogni altro caso rientra nel terzo capo. «E dunque – continuiamo leggendo D. 9, 2, 27, 6, per vedere come, presso Ulpiano, alla presentazione del terzo capo della legge si agganciasse il commento –, se uno non abbia ucciso lo schiavo o la *pecus*, ma gli abbia prodotto ustione, frattura o l'abbia comunque danneggiato, senza dubbio si dovrà agire contro di lui sulla base di questo testo». La mia traduzione di *sed usserit fregerit ruperit* è ancora una volta tendenziosa, perché è diretta, questa volta, ad evidenziare il fatto che la giurisprudenza intende ormai *rumpere*, preso come *corrumpere*, come il verbo che esprime il danneggiamento in generale di una cosa, e cioè il suo deterioramento e la sua distruzione: come si leggeva in Gai. 3, 217 (*sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est*), e come spiegava Ulpiano stesso a suo luogo:

Ulp. D. 9, 2, 27, 13: *Inquit lex "ruperit". rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt "corruperit".*

Ulp. *h.l.* 16: *Et non negat – scil.: Celsus – fractum et ustum contineri corrupti appellatione, sed non esse novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subiciat verbum, quo specialia complectatur: quae sententia vera est.*

Si giustificava sulla base di quest'ultimo testo la traduzione, che ho proposto di D. 9, 2, 27, 6: «gli abbia prodotto ustione, frattura o l'abbia comunque danneggiato».

5. – Il problema che ora vorrei affrontare è appunto quello di stabilire come si sia pervenuti a questa nuova interpretazione della *lex Aquilia*, presentata da Ulpiano come ricavabile dal testo originario del terzo capo.

Tale problema, per chiarirlo bene e riferendomi per ora al suo nucleo essenziale, si presenta nei termini seguenti.

La *lex Aquilia*, come fu proposta dal tribuno Aquilio ed approvata dai *concilia plebis*, sanzionava in modo nuovo⁷⁶ il fatto illecito (delitto privato⁷⁷) del soggetto che cagionasse al proprietario la perdita di una sua cosa o, in un caso, al creditore la perdita di un credito. La giurisprudenza successiva, a partire dall'ultimo secolo della repubblica, non l'applicò più per il caso della perdita di un credito: ma questo aspetto dell'evoluzione ha un valore secondario, e si spiega semplice-

⁷⁶ Sui precedenti della *lex Aquilia* v. CANNATA, *Sul testo originale*, cit., 202 s.; *Responsabilità civile*, cit., 25 ss.

⁷⁷ V. CANNATA, *Responsabilità civile*, cit., 34 s.

mente come fenomeno di desuetudine di una norma. Piuttosto importa constatare che tale giurisprudenza applicò la *lex Aquilia* per sanzionare non solo il fatto di chi avesse distrutto una cosa al proprietario, ma anche il fatto di chi gliel'avesse deteriorata. Questa importantissima estensione della portata pratica della legge fu il frutto di un lavoro interpretativo sul terzo capo, perché questo fu considerato il luogo della relativa previsione normativa. Il problema che qui si pone è precisamente quello di stabilire quando e come tale lavoro interpretativo abbia avuto luogo.

6. – Abbiamo già visto⁷⁸ che la *lex Aquilia*, così come fu promulgata, presentava, nel suo contenuto, una vistosa lacuna: essa non sanzionava il danno consistente nel deterioramento di una cosa altrui. Vien certo da chiedersi, come mai nella *lex Aquilia* i casi di deterioramento non siano stati contemplati: tanto più se si considera il fatto che la legge stessa fu redatta con cura, tanto dal punto di vista tecnico quanto da quello economico. Sotto il primo profilo, essa introdusse in particolare la nozione di obbligazione da delitto⁷⁹ e pose le basi per l'elaborazione della responsabilità per colpa⁸⁰, il che denuncia che certo il legislatore operò con la collaborazione di un giurista di notevole livello; dal punto di vista economico, particolarmente rilevante è l'isolamento, come norma speciale, dell'uccisione di schiavi e capi di bestiame, cioè del danno consistente nella perdita di entità economicamente rilevanti ed il cui prezzo di mercato è soggetto a variazioni stagionali, isolamento operato appunto per prevedervi una speciale sanzione che di tali vicende del valore permettesse di tenere conto adeguato⁸¹.

La sola risposta, che mi riesce di trovare per questo interrogativo, è che il legislatore, che possiamo identificare con il tribuno Aquilio, abbia scelto di sanzionare solo i danneggiamenti che eliminavano la cosa, intendendo che per i deterioramenti restassero in vigore le norme precedenti: egli non avrebbe, in altri termini, pensato di emanare una legge che, come si esprimerà poi Ulpiano, regolava interamente la materia dei danneggiamenti di cose altrui abrogando l'insieme delle norme precedenti in materia, «appartenessero esse alle XII tavole o a qualunque altra legge»⁸². Il suo scopo era unicamente, come pensa il Cardascia⁸³, di riformare il sistema delle pene sostituendone a quello arcaico uno più moderno ed economicamente fondato. Anche nella prospettiva che ho adottato (e cioè che la *lex Aquilia* si

⁷⁸ *Supra*, § 3.

⁷⁹ V. CANNATA, *Responsabilità civile*, cit., 53 ss.

⁸⁰ V. CANNATA, *Responsabilità civile*, cit., 35 ss.; *Sul problema*, cit., 109 ss.

⁸¹ CARDASCIA, *La portée primitive*, cit., 62 s.

⁸² Ulp. D. 9, 2, 1: *lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse.*

⁸³ *La portée primitive*, cit., 63 s.

riferisse solo alla provocata perdita integrale della cosa), questo punto di vista sarebbe comprensibile.

Non conosciamo tutte le norme delle XII tavole in materia di danno, ma quel che sappiamo ci basta per stabilire che esse prevedevano non solo l'*os fractum* di uno schiavo (tab. 8, 3⁸⁴) con una pena fissa di 150 assi, ma tutta una serie di danneggiamenti non distruttivi, per i quali la pena era espressa con la locuzione *noxiam sarcire*⁸⁵ che, ci assicura Festo⁸⁶, vi significava secondo Servio *damnum solvito, praestato*⁸⁷. Certo le XII tavole non contenevano una previsione generale dei danneggiamenti, sanzionati con il risarcimento del danno effettivo⁸⁸: ma quanto abbiamo rilevato permette di credere che i deterioramenti di comune rilevanza vi trovavano già in qualche modo una sanzione che poteva considerarsi provvisoriamente sufficiente dall'autore della *lex Aquilia*⁸⁹, che dunque circoscrisse il suo intervento ai casi di distruzione della cosa altrui⁹⁰, magari proprio con l'intento di provvedere intanto con un modello normativo ai casi di maggiore rilevanza, rinviando a un successivo intervento il compimento del sistema.

Ma la lacuna che egli aveva lasciato nella disciplina del danneggiamento si rivelò, non v'è dubbio, assai presto intollerabile, perché le vecchie norme prevedevano

⁸⁴ Tab. 1, 14 secondo CRAWFORD (ed.), *Roman Statutes*, II, cit., 606. Gai. 3, 223; Paul. Coll. 2, 5, 5.

⁸⁵ In particolare, per le ipotesi che si riferiscono a casi di deterioramento, possono ricomprendersi: il caso del nocimento arrecato da *rivus aquae ductus* di tab. 7, 8a (vedi CRAWFORD (ed.), *Roman Statutes* II, cit., 673 ss.); *pauperies* (tab. 8, 6 = tab. 8, 2 [CRAWFORD (ed.), *Roman Statutes* II, cit., 680 s.]); incendio involontario (tab. 8, 10 = tab. 8, 6 [CRAWFORD (ed.), *Roman Statutes* II, cit., 685]); v. CANNATA, *Delitto e obbligazione*, in AA.VV., *Illecito e pena privata in età repubblicana*, Napoli, 1992, 30 s. Come il *furtum nec manifestum* dell'impubere (tab. 8, 14), le *fruges noctu quaesitae* dall'impubere (tab. 8, 9) vanno piuttosto ascritte alla casistica del furto.

⁸⁶ Fest. *verb. sign.*, s.v. *Sarcito* (LINDSAY, p. 430): "*sarcito*" in XII Ser. *Sulpicius ait significare "damnum solvito, praestato"*; Paul.-Fest. *verb. sign.*, s.v. *Sarcito* (LINDSAY, p. 431): *sarcito, damnum solvito*.

⁸⁷ Nel significato di «risarcire il danno nella misura effettivamente subita» la locuzione *damnum praestare* è presente a proposito di un caso di deterioramento in un responso serviano in materia di *actio de pauperie* (cfr. *infra*, nt. 113): Alf. D. 9, 2, 52, 3: *quidam boves vendidit ea lege, uti daret experiundos: postea dedit experiundos: emptoris servus in experiundo percussus ab altero bove cornu est: quaerebatur, num venditor emptori damnum praestare deberet. respondi, si emptor boves emptos haberet, non debere praestare: sed si non haberet emptos, tum, si culpa hominis factum esset, ut a bove feriretur, non debere praestari, si vitio bovis, debere*.

⁸⁸ Sul tema v. CANNATA, *Responsabilità civile*, cit., 27 ss. I romanisti, fin dall'epoca dei culti, hanno bensì supposto una simile norma (... *rupitias ... sarcito*), che è stata assegnata nelle ricostruzioni moderne del testo decemvirale a tab. 8, 5: nell'edizione di CRAWFORD (ed.), *Roman Statutes*, II, cit., 573 s., essa è stata opportunamente omessa.

⁸⁹ Quanto detto in Liv. 22, 10, 5 (v. *infra*, nt. 96; anche nt. 109) lascia presumere l'esistenza di una sanzione pre-aquiliana – nelle XII tavole o magari in una legge successiva – non solo della *occisio* ma anche della *ruptio* (intesa come danneggiamento diverso dalla *occisio*) di una *pecus*.

⁹⁰ L'ipotesi qui formulata mi sembra permetta di superare quanto il LENEL, in ZSS, XLIII, 1922, 577, notava contro Jolowicz (v. *supra*, nt. 23): il secondo capoverso, che comincia con «ferner: ...». Anche il JOLOWICZ, *The Original Scope*, cit., 221 s., forniva delle spiegazioni, che restano però alla superficie del problema.

vano solo una serie limitata di casi specifici e talora prevedevano pene pecuniarie fisse o sanzioni corporali invece che pecuniarie o combinavano le une con le altre⁹¹. Per supplire in pratica alle lacune, poteva farsi ricorso a palliativi diversi, magari mediante applicazioni dell'*actio furti*⁹²: ma, dopo la promulgazione di una legge organica sul *damnum* prodotto *iniuria*, doveva certo essere risentito come insopportabile il ricorso a tali succedanei per casi che con quelli ormai organicamente previsti ed adeguatamente sanzionati avevano una stretta affinità.

Fu comunque la giurisprudenza a reagire prontamente, appena ne ebbe i mezzi. Perché i mezzi necessari per questa reazione, come essa ebbe luogo, non erano di poco conto. Si tratta, infatti, di interpretare una legge ampliandone il campo di applicazione senza ricorso ad una nuova legge, solo con l'impiego di strumenti interpretativi: da giuristi, quindi, ormai convinti che con l'*interpretatio* si possa costruire diritto nuovo anche rispetto alle leggi, e capaci di farlo. Per questo si doveva attendere l'epoca dei *fundatores*, verso la metà del II secolo a.C.⁹³: ed in effetti, come vedremo, l'operazione interpretativa che ci interessa si deve a Marco Giunio Bruto.

La reazione giurisprudenziale alla deficienza della legge non si fece, dicevo, attendere molto. La *lex Aquilia* non fu certo approvata dai *concilia plebis* nel 286 a.C., come ancora si trova comunemente scritto anche in manuali importanti⁹⁴: essa è certo assai più tarda e, valutati tutti gli elementi di cui possiamo disporre⁹⁵, mi orienterei sempre più per attribuirle comunque all'epoca di Sesto Elio, e forse a Publio Aquilio, che deve essere stato tribuno della plebe attorno al 200 a.C.⁹⁶. Tra

⁹¹ V. ad es. tab. 8, 10 e 8, 9.

⁹² La smisurata dilatazione della nozione di *furtum* nell'epoca postdecemvirale è stata illustrata dall'ALBANESE nei suoi noti lavori, riassunti e citati s.v. *Furto (storia)*, in *ED*, XVIII, Varese 1969, 314 s. (ora in *Scritti giuridici*, I, Palermo 1991, 574 s.).

⁹³ V. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani?*, Napoli 1982, 288 ss.; CANNATA, *Per una storia*, I, cit., 226 ss.

⁹⁴ La revisione del problema della data della *lex Aquilia* è stato riaperto dalla BIGNARDI, *Theoph. par. 4, 3, 15; ancora sulla data della lex Aquilia*, in *Ann. Ferrara*, N.S., Sez. V, III, 1989, 3 ss.

⁹⁵ V. CANNATA, *Sul testo originale*, cit., 195 ss.; *Responsabilità civile*, cit., 31 ss.

⁹⁶ CANNATA, *Per una storia*, I, cit., 169. Su P. Aquilio v. CANNATA, *Sul testo originale*, cit., 200. Così, la mia datazione viene a corrispondere con quella proposta, con altre buone ragioni, dall'HONORÉ, *Linguistic and Social Context of the lex Aquilia*, in *Ir. Jur.*, N.S., VII, 1972, 145 ss. Questa datazione della *lex Aquilia* potrebbe trovare addirittura una prova a suo favore nel testo della *rogatio de vere sacro* del 217 a.C. (Liv. 22, 10, 1-5), di cui si parla *infra*, nt. 109, e nella quale si prevede la non perseguibilità anche sotto il profilo civilistico della violazione (ferimento) e dell'uccisione, nonché del furto di animali (suini, ovini, capridi, bovini) di fatto destinati a sacrifici, e si allude alla loro uccisione (e *ruptio*) in un modo che certamente implica che la *lex Aquilia* non esistesse ancora: basta per ciò anche solo notare che la «non illi- ceità» dei relativi fatti non fa riferimento alla nozione di *iniuria*, ma è espressa con il decemvirale *ne fraus esto* (Liv. 22, 10, 5): cfr. CANNATA, *Responsabilità civile*, cit., 35 ss. In questo modo, il *terminus post quem* della datazione della legge verrebbe fissato nell'anno 217 a.C. Questo argomento non può essere adottato con certezza solo perché non possiamo essere sicuri che Livio disponesse (come egli lasciava per altro credere, anche per il linguaggio arcaizzante che usava riferendolo) del testo autentico della *rogatio de vere sacro*, e questo non sia invece stato da lui stesso ricostruito sulla base di una tradizione approssimativa.

la legge e il lavoro costruttivo della giurisprudenza trascorse, se è così, una cinquantina d'anni: senza escludere che la costruzione finale sia stata preceduta da altri tentativi a noi ignoti⁹⁷.

7. – Il testo⁹⁸ che dobbiamo considerare in primo luogo proviene dal diciottesimo libro *ad edictum* di Ulpiano, e si presenta come segue nelle più correnti edizioni moderne:

Ulp. D. 9, 2, 27, 22: *Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia teneri quasi rupto. 23. Et si mulum plus iusto oneraverit et aliquid membri ruperit, Aquiliae locum fore.*

Il testo si legge esattamente così nella *littera Florentina*, tranne – evidentemente – che per la divisione in paragrafi e l'interpunzione: avvertendo però che un punto fermo vi compare alla fine, dopo *fore*: uno dei rari punti (o due punti) che compaiono in quel manoscritto prima della fine di un frammento.

Gli editori suggeriscono anche alcune correzioni. Nel § 22, inseriscono un *te* fra *Aquilia* e *teneri*, seguendo una proposta del Ruckerus, basata sui Basilici⁹⁹: evidentemente lo scriba fu indotto all'omissione dall'identico inizio della parola *teneri*: dovremmo quindi integrare piuttosto *Aquilia te <te>neri*. Il Digesto milanese propone anche dubitativamente di inserire *fetu* alla fine del § 22, seguendo Doroteo¹⁰⁰. Sempre riferendosi ai Basilici, gli editori correggono in *oneraveris* l'*oneraverit* del § 23. La prima integrazione (*te <te>neri*) deve senz'altro essere accettata. Quanto alla seconda, vedremo più avanti, fra poco. Quanto al terzo emendamento, esso comporterebbe di scrivere anche *ruperis* per *ruperit*: mi sembra dunque più coerente inserire invece un *quis* tra *si* e *mulum*¹⁰¹. Ma l'emendamento più serio da

⁹⁷ In questa stessa linea, sebbene in modo generico, era già orientato il JOLOWICZ, *The Original Scope*, cit., 222 s.

⁹⁸ In questo paragrafo e nel successivo cerco di sviluppare, ma soprattutto correggo, quanto prospettavo in modo un po' primitivo in CANNATA, *Responsabilità civile*, cit., 46 ss. Su D. 9, 2, 27, 22 v. ora anche BIGNARDI, *Frangere e rumpere*, cit., 40 ss.

⁹⁹ L'emendamento è tanto nell'edizione di Mommsen-Krüger quanto nel Disegno milanese, ma solo quest'ultimo cita il Ruckerus. Il passo di riferimento dei Basilici è lo scolio ('*katà póda*') di Doroteo citato nella nota seguente: non il testo corrispondente a D. 9, 2, 27, 22, cioè Bas. 60, 3, 27, 22, che rende tutto alla terza persona ὁ πλήξας ... ὑπόκειται τῷ Ἀκουιλίῳ.

¹⁰⁰ L'allusione è certamente al '*katà póda*' di Doroteo contenuto in sc. 132* a B. 60, 3, 27 (SCHELEMA, BVIII, 3135), ove (l. 4) *Brutus ait Aquilia te <te>neri quasi rupto <fetu>* è reso: ἔλεγεν ὁ Βροῦτος τῷ Ἀκουιλίῳ σε κατέχεσθαι ὅσανεὶ φθαγέντος τοῦ ἐμβρύου. Cfr. anche lo scolio anonimo sc. 163 § a Bas. 60, 3, 27 (SCHELEMA, BVIII, 3138). V. anche BIGNARDI, *Frangere e rumpere*, cit., 46 e nt. 81, 82.

¹⁰¹ Il riferimento ai Basilici, che fanno in proposito gli editori moderni, non è pertinente: ci si deve sempre riferire al '*katà póda*' di Doroteo, ma questo costruisce la frase diversamente (v. *supra*, nt. 100). Bas. 60, 3, 27, 22 (v. *supra*, nt. 99) è anche qui irrilevante.

fare riguarda non lo stato della Fiorentina, ma una scelta degli editori, o piuttosto della lettura tradizionale del passo, che consiste nel concepirlo come composto di due frasi distinte¹⁰², donde la sua divisione in due paragrafi: mentre esso consiste di un solo periodo, dato che *Brutus ait* regge tanto *te <te>neri* quanto *locum fore*.

Leggerò dunque il passo nel modo seguente:

Ulp. D. 9, 2, 27, 22-23: *Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia te <te>neri quasi rupto <fetu> et si <quis> mulum plus iusto oneraverit et aliquid membri ruperit, Aquiliae locum fore.*

Questa diversa lettura del testo in una sola frase non cambia nulla, quanto alla sostanza, rispetto a quella che lo scinde in due diversi paragrafi; ma evidenzia meglio certi caratteri della citazione di Ulpiano. In primo luogo risulta con più evidente certezza che entrambi i responsi riportati dal giurista severiano provenivano da Bruto. Ma qualcosa di più se ne trae, se si considerano proprio gli elementi della frase che hanno indotto i suoi lettori successivi a scinderla in due: e cioè il fatto che i due enunciati casistici hanno ciascuno forma diversa, e precisamente: a) (*Brutus ait:*) *si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Aquilia te <te>neri quasi rupto <fetu>*; b) (*Brutus ait:*) *si <quis> mulum plus iusto oneraverit et aliquid membri ruperit, Aquiliae locum fore.*

Dunque Ulpiano, che li riassume o no, riportava due responsi di Bruto rispettando il diverso modo in cui erano enunciati. L'uno è scritto usando la seconda persona – che in Ulpiano è certo un *tu* generico, anche se in Bruto poteva semplicemente corrispondere alla forma che il responso aveva avuta in concreto –, è motivato (*quasi rupto <fetu>*), e conclude per l'obbligazione *ex lege Aquilia* del suddetto *tu* (*Aquilia te <te>neri*); l'altro adotta come soggetto il generale (*ali*)*quis*, non è motivato, e conclude per l'esperibilità dell'azione aquiliana (*Aquiliae locum fore*). Sembrerebbe dunque dovesse essere stato assai logico che Ulpiano scrivesse tutto ciò in due frasi distinte; ma certo non sono stati i compilatori ad assumersi il compito di realizzare una – abbastanza elegante, per giunta – concentrazione espressiva del genere. La ragione per la quale Ulpiano si cimentò in tale esercizio può essere riconosciuta unicamente nel fatto che i due responsi di Bruto erano sta-

¹⁰² Già in tale senso è il '*katà póda*' di Doroteo citato alle note precedenti: ma il secondo responso vi assume di conseguenza forma un po' diversa, che in retroversione latina darebbe: *si autem et mulum meum plus iusto oneraveris et aliquid viscerum eius crepuerit, nibilo minus teneberis mihi Aquilia*. Noterò di passaggio che Doroteo non si poneva il problema di mantenere lo stesso verbo (*rumpere*) per i due casi, e traduce la prima volta, nel § 22, con φθείρω («distruggere») e la seconda volta, nel § 23, con διασπέρνυμι («fare a pezzi», «faire éclater») all'aoristo 2 passivo (διασπέρνυμι) in senso intransitivo («rompersi», «éclater»). Quanto al testo dei Basilici corrispondente a D. 9, 2, 27, 22-23, esso è concepito in modo del tutto differente: la casistica contenuta nei paragrafi da D. 9, 2, 27, 22 all'inizio del § 25 (aborto della schiava; mulo sovraccaricato, nave perforata; olivi, campi di grano e vigne spogliati prematuramente dei frutti) è tutta risistemata in un solo periodo formato da una serie di brevissime coordinate (Bas. 60, 3, 27, 22-25), omettendo ogni menzione dei giuristi (Bruto e Viviano).

ti scritti, o comunque venivano da Ulpiano riportati, non solo per il senso che ciascuno rivestiva come soluzione casistica, ma altresì, e soprattutto, in funzione di una conclusione di più vasta portata, per la quale entrambi fornivano argomento.

Consideriamo ora un secondo aspetto del testo: quello, che si è notato, e che consiste nel fatto che il primo responso è motivato e il secondo no. Vorrei avvertire in via preliminare che, come si è visto, il primo dei due responsi di Bruto contiene, in realtà, la soluzione di due diversi casi: l'uno relativo ad una schiava e l'altro relativo ad una cavalla. Si tratta tuttavia di due varianti dello stesso caso, che si distinguono soltanto per un dettaglio del fatto, irrilevante in diritto: l'accadimento considerato è lo stesso tanto per la schiava quanto per la cavalla, che hanno entrambe abortito, solo che l'una in seguito ad un *pugnis* e l'altra ad un *ictus*; entrambe, schiava e cavalla, fanno parte delle *res* considerate in modo speciale nel primo capo della legge e l'identità, ai fini dell'analisi giuridica, delle varianti che ciò ingenera nel fatto è sottolineata dal *vel* che disciplina l'enumerazione (*si mulier pugno vel equa ictu*); la parte comune del fatto, ed interamente soluzione e motivazione sono espresse dal giurista con unico enunciato riferito ai due casi (*a te percussa eiecerit, Aquilia te <te>neri quasi rupto <fetu>*). Per tutto ciò, nell'esposizione che segue, posso semplificare il discorso riferendomi al solo caso della cavalla: quanto dirò potrà essere senz'altro riferito anche a quello della schiava.

La motivazione del primo responso consiste nel sottolineare che, in quanto è avvenuto, e cioè che la cavalla *a te percussa eiecerit*, qualcosa è stato *ruptum*, e più precisamente che qualcosa deve considerarsi esserlo stato (*quasi rupto*): e quel qualcosa non è l'*equa*, ma qualcosa d'altro che certo veniva precisato: per questo l'integrazione *fetu* è dunque inevitabile¹⁰³. Che l'ente indicato come *ruptum* non sia la cavalla è necessario: *rumpere* è verbo del III capo, mentre l'*equa* è una *pecus* e quindi *res* non appartenente alle *ceterae* del III, bensì a quelle del primo. La breve motivazione di Bruto implica dunque tutto un ragionamento. Se la cavalla, perché battuta, ha abortito, il primo capo non è applicabile al caso, perché la cavalla non è stata uccisa; c'è stato un *rumpere*, non un *occidere*, quindi siamo nell'ambito del terzo capo: ma il terzo capo non lo possiamo applicare alla cavalla, e ciò per due ragioni: perché la cavalla non è oggetto della norma del terzo capo, e perché essa non è stata *rupta*, nel senso che ha il verbo del terzo capo, cioè non è stata eliminata mediante *ruptio*. Ma vediamo che cosa precisamente è stato *ruptum* in tal senso; *ruptum* in tal senso è stato il feto; quindi: chi ha percossa la cavalla ha cagionato la *ruptio* del feto, e quindi sarà tenuto *ex Lege Aquilia*, e specificamente *ex capite tertio, quasi rupto fetu*.

Il secondo responso non ha bisogno di una motivazione analoga a quella fornita

¹⁰³ Non intende dunque bene il passo BEHREND, *Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie*, in BEHREND-SELLERT (edd.), *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens*, Göttingen 1995, 244. Anch'io ragiono male in CANNATA, *Responsabilità civile*, cit., 47 ed è nel giusto, criticandomi, la BIGNARDI, *Frangere e rumpere*, cit., 41 ss.

ta per il primo: qui gioca evidentemente anche il fatto che esso gli segue, e quindi è ovvio che vi sarà adottata un'impostazione analoga, ma lo specifico problema di individuare quel che, invece del mulo, sia stato *ruptum*, non si presenta, perché il caso è già esposto dicendosi che il soggetto agente, col sovraccaricare il mulo, *aliquid membri ruperit*. Ha rotto – diciamo – una zampa. A questo proposito si manifesta una piccola differenza rispetto al caso precedente, che spiega perché quello, essendo più evidente, sia stato considerato per primo: la zampa e il feto sono entrambi parti dell'animale: anche il feto, perché non è ancora un *natum*, e quindi un nuovo, diverso animale, ma un elemento del corpo della madre, qualcosa che vive solo in quanto innestato¹⁰⁴. Tuttavia, quando esso ne venga staccato, anche se lo è per aborto e non per parto, e lo si qualifica come *ruptum*, risulta chiaro che questo *ruptum* è il feto e non la cavalla, perché la cavalla resta integra. Nel caso del mulo e della sua zampa, questa evidenza, sul piano naturale, non c'è: è chiaro che, sul piano naturale, il *membrum* è *ruptum*, ma anche il mulo lo è. Quel che intende precisare Bruto è che, sul piano giuridico, la *ruptio* del mulo non viene in considerazione (nessuna norma della legge la contempla): quel che viene in considerazione è solo la *ruptio* della zampa: è questa che è stata distrutta – resa inservibile – mediante *ruptio*.

Con questa costruzione interpretativa Bruto giunge a far rientrare i due fatti nello «Schutzbereich» della legge Aquilia, ma il procedimento, nei due casi, è diverso.

Nel primo, quello dell'aborto della cavalla, egli avrebbe potuto percorrere un'altra via. Il feto, entità vivente, è stato, in realtà, ucciso: ed era ben possibile sostenere che il feto è da considerarsi un cavallo, e così applicare il primo capo. Se Bruto non utilizzò tale impostazione, è certo perché essa non avrebbe avuto interesse, e non soltanto per la ragione che, lo vedremo subito, non ne sarebbe facilmente scaturita la possibilità di condannare l'autore a pagare qualcosa: ma anche se la soluzione avesse comunque potuto arricchire di un'unità la casistica del danno aquiliano, essa non avrebbe avuto valore euristico. Bruto preferì ricorrere ad un'impostazione che ne faceva il punto di partenza di una vasta apertura interpretativa: e questa impostazione era anche preferibile perché non implicava alcuna valutazione forzata della realtà, perché invero il feto non è un cavallo in quanto, finché è vivo, non è un essere autonomo rispetto al corpo della madre. Considerandolo una parte della cavalla, Bruto proponeva il caso emblematico del ferimento di una *pecus* sanzionabile *ex lege Aquilia*: il feto è insieme parte della *pecus* e cosa in se stessa individuabile; come cosa individuabile esso è suscettibile di essere considerato di per se stesso *ruptum*; come parte della cavalla sarà possibile, al momento di calcolare il valore del *ruptum*, valutare l'incidenza che la perdita del feto ha avuto sul valore della *pecus*. Il giudice non condannerà al valore che il feto aveva pri-

¹⁰⁴ In senso più o meno analogo è anche O.M. PÉTER, *Si rixati fuerint viri et percusserit quis mulierem praegnantem*, in *SDHI*, LVIII, 1992, 228.

ma della distruzione, nullo perché il feto non è commerciabile, ma al valore che la cavalla ha perso a causa dell'aborto: il valore del *fetus ruptum* corrisponde dunque alla diminuzione del valore venale, che l'aborto ha cagionato, della cavalla gravida.

Tale soluzione offre il modello per la seconda, più difficile da giustificare senza quel precedente, perché la zampa del mulo non è altro che una parte integrante del mulo, senza alcuna traccia naturale di una propria individualità. Il soggetto che ha sovraccaricato il mulo facendogli così rompere una zampa ha palesemente cagionato una ferita al mulo. Ma anche questa descrizione lascia comprendere che l'autore dell'illecito ha dunque prodotto una ferita al mulo, cioè una *ruptio* del mulo che si manifesta in una *ruptio* della zampa: e, se il testo della *lex Aquilia* non prevede la *ruptio* del mulo, essa prevede bensì la *ruptio* della zampa che, una volta individuata come tale quale oggetto della *ruptio*, è evidentemente una cosa diversa dal mulo, e rientra quindi fra le *ceterae res*, alle quali si riferisce il terzo capo. Si può dunque applicare la soluzione precedente, e così il giudice condannerà il convenuto nell'azione aquiliana al valore della zampa del mulo in rapporto al mulo intero, perché la zampa è pur sempre una parte del mulo. In questo caso la condanna sarà evidentemente al valore del mulo integro, perché un mulo con una zampa rotta è un mulo da abbattere. Ma ciò dipende solo dai caratteri concreti del danno: se il mulo, cadendo per il sovraccarico, avesse perso dei denti, l'impostazione di Bruto avrebbe permesso di prendere in considerazione una diversa diminuzione del valore dell'animale.

8. – Il materiale a nostra disposizione, se l'ho esplorato bene, non ci permette di dire quanto Bruto stesso, o gli altri due *fundatores* che lavoravano in contatto con lui, siano proceduti per questa strada. Quel che appare chiarissimo, a mio parere, è che le soluzioni che abbiamo lette in Ulp. 9, 2, 27, 22-23 erano soluzioni iniziali: esse mostrano evidente l'*iter* seguito dal giurista nella sua costruzione interpretativa¹⁰⁵. Si trattava di due casi di ferimento di una *pecus*, che vengono inseriti nello «Schutzbereich» del terzo capo della legge analizzandoli come *ruptio* di un membro della *pecus*, considerato di per sé ai fini della determinazione del fatto dannoso e invece come parte dell'animale ai fini della valutazione del danno. In altri termini, si tratta di due soluzioni che mostrano come si possa giungere ad una certa interpretazione della *lex Aquilia*, ma non utilizzano ancora la regola interpretativa che può indursi da tali soluzioni e altre del genere. I gradini successivi corrispondono alla definizione delle due regole seguenti, delle quali la seconda, una volta acquisita, estende la prima e la rende superflua: a) il ferimento di una delle entità previste nel primo capo della legge (schiavo o *pecus*) rientra fra i casi del terzo

¹⁰⁵ E dunque non è affatto vero, come affermava il LENEL, in ZSS, XLIII, 1922, 577, criticando Jolowicz (v. *supra*, nt. 24), che «bereits Brutus das 3. Kapitel ohne das geringste Bedenken auf die Bloße Beschädigung von Sklaven und Pferden anwendet».

capo della legge; *b*) il terzo capo (oltre che la distruzione delle cose non contemplate nel primo) prevede in generale anche il deterioramento di qualunque cosa materiale altrui.

Già per giungere alla regola più ristretta (*a*), si doveva disporre dello strumento interpretativo consistente nell'individuare nel terzo capo un appiglio testuale che permettesse di indicarvi come compreso il ferimento dello schiavo e della *pecus*. Questo strumento, una volta trovato, servì poi per tutti i casi di deterioramento, perché consistette nell'intendere il verbo *rumpere* come *corrumpere*. Ulpiano ci assicura che a ciò giunsero già i *veteres*: *rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt corruerit*¹⁰⁶. A qualcosa del genere sembra, in realtà, che pensasse già Bruto. Infatti, nel caso del mulo sovraccaricato, egli identifica il membro fratturato come *ruptum* (*aliquid membri ruperit*), quando, secondo la terminologia tradizionale delle XII tavole, esso si sarebbe dovuto dire *fractum*¹⁰⁷, perché *membrum ruptum*¹⁰⁸ vi alludeva alla mutilazione, e non certo tale è il caso del testo. Quella di impennare entrambe le soluzioni sul *rumpere* appare dunque come una scelta consapevole¹⁰⁹. Ma quel che Bruto non faceva ancora era di dire che la *pecus* stessa, nel caso della perdita del feto o della frattura alla zampa, era *rupta*¹¹⁰. Questo poteva fare solo un giurista che avesse già acquisito la costruzione della regola (*a*), che permette di agire *ex capite tertio* contro colui che abbia *corruptum* uno degli animali per la cui uccisione si agisce *ex capite primo*.

La regola è invece applicata in tutta la sua pienezza da Quinto Mucio, giurista della generazione successiva in quanto figlio dell'altro *fundator* Publio Mucio Scevola.

Pomp. D. 9, 2, 39 pr.: *Quintus Mucius scribit: equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat etacit: quaerebatur, dominus eius possetne cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in ic[i]endo ruperat. si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse.*

¹⁰⁶ V. il già citato Ulp. D. 9, 2, 27, 13.

¹⁰⁷ Paul. Coll. 2, 5, 5: *si os fregit*: tab. 8, 2.

¹⁰⁸ Tab. 8, 2; Fest. s.v. *talionis* (LINDSAY, p. 496); Gell. 20, 1, 14; Gai. 3, 223.

¹⁰⁹ Si può tener conto del fatto che, secondo Tito Livio, durante la seconda dittatura di Q. Fabio Massimo (Liv. 22, 9, 7), per iniziativa del pontefice massimo L. Cornelio Lentulo (Liv. 22, 10, 1) il popolo fu consultato *de vere sacro*, e la relativa *rogatio*, in relazione agli animali (*ex suillo oவில்lo caprino boவில்lo grege*: Liv. 22, 10, 3) concretamente destinati al sacrificio, prevedeva (Liv. 22, 10, 5): *si id moritur quod fieri oportebit, profanum esto neque scelus esto. si quis rumpet occidetve insciens, ne fraus esto. si quis clepsit, ne populo scelus esto neve cui cleptum erit*. Siccome i fatti vanno attribuiti all'anno 217 a.C. – e cioè assai vicini alla data della *lex Aquilia* – avremmo già per quell'epoca un esempio (*rumpet occidetve*) in cui *rumpere* viene usato per indicare ogni violazione dell'animale diversa dall'uccisione (cfr. DAUBE, *On the Third*, cit., 10 e nt. 22). Tuttavia, come si è visto, Bruto non parla di *ruptio* dell'animale, ma di un suo *membrum*, ed a tale proposito la differenza fra *rumpere* e *frangere* poteva avere un senso più preciso. Tutte queste considerazioni suppongono anche che si debba considerare letteralmente fedele la tradizione del testo fino a Tito Livio (v. *supra*, nt. 96).

¹¹⁰ Non mi sembra dunque da condividere questo punto dell'argomentazione del NÖRR, *Causa mortis*, cit., 130.

Siamo ¹¹¹ ancora dinnanzi al caso che in Ulp.-Brut. D. 9, 2, 27, 22 era descritto come quello dell'*equa* che *ictu a te percussa eiecerit*, e che qui è ancora descritto come quello di uno che *in cogendo* (ma poi precisato *in* ¹¹² *icendo* ¹¹³) ha fatto che un'*equa* – *quod praegnas erat* – *eiecit*; ma, dove Bruto basava l'applicazione della legge Aquilia sul *quasi rupto* <*fetu*>, Quinto Mucio scrive che l'autore *equam ruperat*. E si noterà che il punto – voglio dire il fatto che sia direttamente la cavalla a venir considerata *rupta* – non è il tema discusso nel testo, che invece riguarda il problema della colpevolezza dell'atto dannoso.

Ciò è chiaro dalle parole *si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse*: e pure Pomponio vedeva in questo modo, se nel suo commento al passo muciano tenta di costruire una sorta di regola secondaria, diretta a precisare quale sia il comportamento da tenersi da chi sorprenda un animale altrui sulla propria terra:

Pomp. D. 9, 2, 39, 1: ... POMPONIUS. *Quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam si qui[d]<s>* ¹¹⁴ *ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat.*

La regola (*a*) era dunque, per Quinto Mucio, acquisita ¹¹⁵.

¹¹¹ Sul testo: VISKY, *La responsabilité en droit romain à la fin de la république*, in RIDA, III, 1949, 448 s.; SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della colpa*, Torino 1969, 133 ss.; BEHREND, *Römischrechtliche Exegese: Das deliktische Haftungssystem der lex Aquilia*, in *Jurist. Schulung*, XI, 1985, 878 ss.; NÖRR, *Causa mortis*, cit., 130 ss.; BEHREND, *Gesetz und Sprache*, cit., 141; 245; BIGNARDI, *Frangere e rumpere*, cit., 51 ss.

¹¹² V'è chi preferisce, a questo punto del testo, cancellare *in*, seguendo l'edizione dello Haloander; la cosa non ha rilevanza. Certo da non accettare è invece la correzione di *icendo* in *eciendo* (Brunemann), conforme ai *deteriores*.

¹¹³ Il MOMMSEN, *Digesta* (ed. maior), *ad b.l.*, correggeva *icendo* in *abigendo*, ma non ne vedo una solida ragione, malgrado l'*abigere* che sta nella nota di Pomponio (vedila subito *infra*, nel testo); certo l'*icendo* della Fiorentina è errato, ma si deve semplicemente cancellare la *i*. Il verbo *ico* è appunto quello dal quale proviene il participio sostantivato *ictus*: v. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, cit., 305, s.v. *ico*.

¹¹⁴ Correggendo *quid* in *quis* non si rende solo più corretta la frase, che altrimenti mancherebbe di soggetto, ma si evita anche di dover cambiare (come proponeva il Bonfante, nel Digesto milanese) *damnum* in *damni*. Viene così rispettato anche l'uso caratteristico di *damnum* nel contesto della dommatica del *damnum iniuria datum*, secondo la quale il danno è del proprietario, e non della cosa: v. *supra*, nt. 17.

¹¹⁵ Quinto Mucio scriveva, secondo Pomponio, *visum est agere posse*, riferendosi dunque ad una soluzione enunciata – da altri o da lui stesso – prima della pubblicazione dei suoi *Libri iuris civilis*: ma non è detto, con ciò, che l'impostazione dommatica di tale precedente responso fosse la stessa che egli adottava. Il riferimento potrebbe persino essere semplicemente al responso di Bruto, che abbiamo letto poc'anzi. Per l'epoca repubblicana abbiamo pochi altri testi che prevedono casi di ferimento di

Quanto alla regola compiuta (*b*), quella che indica il terzo capo come la sede della norma generale sul deterioramento di qualunque cosa, essa rappresentava evidentemente un corollario della regola (*a*): se si ammette che uno schiavo o una *pecus* feriti sono (*cor*)*rupti* ai sensi del capo terzo, non si vede perché non debba riconoscersi allo stesso modo (*cor*)*rupta* una qualsiasi altra cosa deteriorata.

Tale regola, la troviamo enunciata come tale in D. 9, 2, 27, 5, dove Ulpiano riporta il testo del terzo capo della legge Aquilia, e per effetto delle parole *praeter hominem et pecudem occisos* che egli vi inserisce¹¹⁶ come chiarimento interpretativo. Tale interpretazione – che prescindeva ormai dalla presenza del secondo capo – comportava infatti: *a*) di intendere il primo capo come relativo non a specifiche *res* nel senso di cose (schiavi e *pecudes*), bensì a specifiche *res* nel senso di *casi* (l'uccisione di schiavi e *pecudes*); *b*) di intendere il *ceterarum rerum* del terzo capo come allusivo non alle altre *res* come cose, ma alle *ceterae res* come «l'insieme di tutti gli altri casi» in cui *quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria*, intendendosi poi anche *ruperit* come *corruperit*.

Ma se questo è il primo enunciato della regola (*b*) a noi noto, certo essa fu applicata già all'epoca repubblicana. Anche se non mi sembra che le fonti ci abbiano restituito esempi di decisioni casistiche, risalenti a quell'epoca, relative a casi di deterioramento di cose diverse da schiavi o *pecudes*¹¹⁷, la notizia contenuta nel più volte citato Ulp. D. 9, 2, 27, 13, secondo la quale il *ruperit* del testo legislativo era inteso come *corruperit* da pressoché tutti i *veteres*, ci assicura appunto che già a quei tempi il terzo capo era ritenuto la sede della sanzione per i deterioramenti in generale.

9. – Come sappiamo, il terzo capo della *lex Aquilia* enunciava la sanzione recitando *quanti ea res fuit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto*. Abbiamo anche visto che i giuristi avevano preso in precisa considerazione il fatto che, a questo proposito, il terzo capo divergeva dal primo non soltanto per la diversa estensione del periodo preso in considerazione come ambito entro il quale calcolare il valore della cosa in funzione della condanna del convenuto nell'*actio ex lege*

schiavi o *pecudes*. Il ferimento di uno schiavo è considerato in Iul. D. 9, 2, 51, 1, indirettamente in Alf. D. 9, 2, 52 pr., direttamente nei paragrafi 1 (dove l'offeso non è qualificato come schiavo, ma lo si deve così intendere) e 4 dello stesso frammento. Il paragrafo 3 (dal quale risulta, per altro, assai chiaro che il convenuto deve risarcire il danno effettivo e non il valore integrale dello schiavo ferito), benché inserito qui nel Digesto, e cioè nel titolo *de lege Aquilia*, tratta invece di un caso di applicazione dell'*actio de pauperie*. V. *supra*, nt. 87.

¹¹⁶ Lo si è visto *supra*, § 4.

¹¹⁷ Potrebbe riferirsi almeno anche al deterioramento (ma come effetto dello speronamento parrebbe doversi considerare il naufragio) Ulp. Alf. D. 9, 2, 29, 4: *si navis alteram contra se venientem obruisset, aut in gubernatorem aut in ducatorem actionem competere damni iniuriae Alfenus ait: sed si tanta vis navi facta sit, quae temperari non potuit, nullam in dominum dandam actionem: sin autem culpa nautarum id factum sit, puto Aquiliae sufficere*.

Aquilia, ma altresì perché esso non conteneva, come invece il primo, la parola *plurimi*. Gaio, in particolare, ci informa che Sabino sostenne che il *plurimi* doveva, nel terzo capo, considerarsi sottinteso (*nam legis latorem contentum fuisse, <quod prima parte eo verbo usus esset>*¹¹⁸). L'opinione di Sabino è da Gaio adottata come incontestata; ed in effetti Ulpiano, in D. 9, 2, 29, 8, enuncia lo stesso parere, senza attribuirlo a nessun giurista in particolare, come una interpretazione consolidata (*constat*). Ma il problema è forse un po' meno semplice di quanto possa apparire a prima vista.

Nel testo originale della *lex Aquilia* il *plurimi* non compariva nel terzo capo perché non vi doveva comparire. Ricordiamo che la legge non prevedeva che la distruzione totale delle cose. L'uccisione di uno schiavo o di una *pecus* era sanzionata con l'obbligazione di pagare al proprietario il maggior valore che la cosa aveva avuto nell'ultimo anno, perché il prezzo di mercato di tali cose subiva rilevanti variazioni stagionali, e quindi il danneggiato sarebbe stato adeguatamente risarcito solo ricevendo una somma pari al maggior valore dell'ultimo anno. Per questa ragione a favore dell'*erus* di schiavi e *pecudes* era stata riservata una norma speciale. Per le altre cose, la cui distruzione era sanzionata nel terzo capo, la variazione stagionale del prezzo non era dunque stata deliberatamente presa in considerazione a favore del *dominus*¹¹⁹. Se il legislatore vi adottò ancora il metodo del calcolo del valore in un certo lasso di tempo, la ragione era dunque diversa: il tempo, infatti, è questa volta di un mese – trenta giorni ne rappresentano la conversione in una durata uniforme¹²⁰ – e non può dunque riferirsi a mutazioni del valore dovute a sinergie di domanda e offerta che giochino con periodicità annuale. A me sembra¹²¹ che il lasso di trenta giorni del terzo capo debba essere inteso in un modo assai semplice: era necessario dire espressamente che il valore della cosa, che il giudice avrebbe dovuto considerare, doveva essere riferito ad un momento precedente quello della sua distruzione. Precisare che questo momento doveva cadere entro il mese precedente significava da un lato offrire all'attore, che avrebbe dovuto provare il valore della cosa come corrispondente all'ammontare della sua perdita, la possibilità di fornire agevolmente tale prova, voglio dire senza essere costretto a riferirsi magari ad un giorno preciso (come: quello della distruzione prima della distruzione, ovvero: il giorno precedente la distruzione), quando magari nessuno aveva visto la cosa tranne il convenuto; in secondo luogo, pensando al caso che la cosa distrutta lo fosse stata in seguito a deterioramento (un animale morto in seguito a ferite, un edificio crollato a seguito di un incendio che ne ha indebolito senza subito annientarle le strutture portanti), si dava un termine ragionevole che permettesse al giudice di condannare il convenuto al valore della cosa integra. La pre-

¹¹⁸ Gai. 3, 218.

¹¹⁹ Sulla diversa denominazione del proprietario nel primo (*erus*) e nel terzo capo (*dominus*) v. CANNATA, *Sul testo originale*, cit., 203, nt. 52.

¹²⁰ VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, cit., 865, nt. 336.

¹²¹ V. già CANNATA, *Responsabilità civile*, cit., 46.

cisazione di Sabino sembra potersi anche riferire al problema che potrebbe sorgere in questi casi, e così in effetti lo presenta Gaio quando, nel passo citato, scrive che, per l'assenza del *plurimi*, prima dell'intervento di Sabino, *quidam putaverunt liberum esse iudici ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere, quo plurimi res fuit, vel ad id, quo minoris fuit*.

Se si pensa alla casistica che una simile interpretazione dell'intervento di Sabino dovrebbe interessare, essa si prospetta come assai semplice, e con esiti anche talora discutibili¹²². Per esempio: se A ha bruciato un susino¹²³ di B il giorno dopo che i frutti ne erano stati separati, prima dell'intervento di Sabino si sarebbe ritenuto che il giudice avrebbe potuto condannare A tanto al valore dell'albero e a quello dei frutti, quanto al valore dell'albero spoglio, dopo fu invece chiaro che la condanna doveva riferirsi al valore dell'albero con i frutti; se A ha ucciso una gallina di B una settimana dopo che si era manifestata la psittacosi, prima la pena sarebbe potuta corrispondere tanto al valore della gallina malata quanto a quello della gallina sana, dopo solo a quello della gallina sana. Si tratta di questioni che possono avere la loro importanza, ma la visuale indotta dalla presenza del *plurimi* in se stessa appare troppo limitata per porle correttamente tutte: a meno che a quella parola non si attribuisca una portata speciale.

La casistica in materia di valutazione del danno aquiliano, di cui ci è pervenuta notizia, raramente tocca i problemi del terzo capo. In massima parte essa riguarda invece la problematica del primo capo. Qui, delle variazioni del valore commerciale del bene danneggiato dipendenti dalle variazioni stagionali della domanda – cioè del problema che sta all'origine della norma – non si parla mai: ma ciò non meraviglia, perché non si tratta di materia che dia luogo a problemi giuridici. Evidente appare però che i giuristi si sono valse del criterio del massimo valore dell'ultimo anno per costruire di caso in caso l'impostazione contabile corretta di un calcolo della *summa condemnationis*, in modo che questa corrispondesse ad un risarcimento adeguato del danno sofferto dal proprietario della cosa danneggiata. L'indicazione di questo modo di impostare il calcolo come metodo, appare chiara solo da un testo assai noto di Ulpiano, dove il giurista identifica l'oggetto e insieme lo scopo dell'operazione di valutazione nell'interesse dell'attore e nella sua quantificazione pecuniaria:

Ulp. D. 9, 2, 21: *Ait lex: "quanti is homo in eo anno plurimi fuisset". quae clausula aestimationem habet damni, quod datum est. 1. Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est: quod si mortifere fuerit vulneratus et postea post longum intervallum mortuus sit, inde annum numerabimus secundum Iulianum, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra scribit. 2. Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occidere-*

¹²² Non posso occuparmi qui *ex professo* dei problemi relativi alla valutazione del danno nell'*actio ex lege Aquilia*. Intendo farlo in un prossimo articolo (l'ultimo, spero, di questa serie), che dedicherò all'insieme delle regole processuali contenute nella legge.

¹²³ I casi che faccio sono da me costruiti, ma sono certo possibili. L'incendio di un *arbustum* compare in Ulp. D. 9, 2, 27, 7.

tur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio.

La dottrina romanistica, ed in ispecie il recente libro di Giuseppe Valditara¹²⁴ con un'indagine condotta con compiuta acribia, tende a considerare la posizione di Ulpiano come l'ultimo frutto compiuto e maturo di una lunga evoluzione lenta e graduale. Che un'evoluzione con tali caratteri vi sia stata, nessuno può certo contestarlo. Quel che non mi sembra corrispondere ai dati delle fonti è invece che solo con Ulpiano, o comunque ai suoi tempi, i giuristi abbiano assunto l'idea dell'interesse del danneggiato nel danno come criterio atto a guidare nel calcolo della pena. Non si tratta di una questione di termini, ma di sostanza: e quel che appare dalle fonti è che, comunque si siano espressi, i giuristi hanno sempre, in tutto il loro lavoro casistico, impiegato il disposto legislativo del «massimo valore dell'ultimo anno» come strumento per realizzare in pratica, applicando la sanzione della *lex Aquilia*, la soddisfazione dell'interesse dell'attore.

Prendiamo come esempio il caso di Ulp. D. 9, 2, 23, 4, dove si riporta una decisione di Labeone. B è proprietario di uno schiavo che, con la complicità di terzi liberi, lo ha largamente defraudato maneggiando i suoi conti; di conseguenza B decide di sottoporre lo schiavo a tortura per ottenere i nomi dei complici; prima che ciò possa aver luogo, lo schiavo viene ucciso da A. Labeone scrisse che nell'azione aquiliana di B contro A dovrà valutarsi (evidentemente, per aggiungere la somma così determinata a quella corrispondente al valore venale dello schiavo) non il valore delle frodi operate dallo schiavo (*non quanti noxa eius servi valeat*), bensì l'interesse di B a sottoporre lo schiavo alla tortura, cioè a che fosse chiarita la vicenda delle frodi in modo da poter individuare i complici (*quanti mea intererat fraudes per eum commissas detegi*)¹²⁵. Possiamo citare ancora D. 9, 2, 37, 1, un passo tratto dai libri di Giavoleno *ex Cassio*, nel quale¹²⁶ pure il criterio dell'*interesse* è esplicitamente impiegato¹²⁷.

¹²⁴ *Superamento della aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992; in proposito CANNATA, *In tema di aestimatio rei nell'azione aquiliana*, in *SDHI*, LVIII, 1992, 386 ss. V. anche VALDITARA, *Dammum iniuria datum*, cit., 864 ss.; *Dall'aestimatio rei all'id quod interest nell'applicazione della condemnatio aquiliana*, in VACCA (ed.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino 1995, 76 ss.

¹²⁵ Ulp. D. 9, 2, 23, 4: *sed et si servus, qui magnas fraudes in meis rationibus commiserat, fuerit occisus, de quo quaestionem habere destinaveram, ut fraudium participes eruerentur, rectissime Labeo scribit tanti aestimandum, quanti mea intererat fraudes [servi] per eum commissas detegi, non quanti noxa eius servi valeat*. Il VALDITARA, *Superamento*, cit., 153 ss., si libera del testo supponendovi un'interpolazione. In realtà il testo contiene il solo glossema *servi* (già individuato dal MOMMSEN, *Digesta* [ed. maior], *ad h.l.*) alla fine. V. CANNATA, *In tema*, cit., 393 s.; *contra* ancora VALDITARA, *Dall'aestimatio rei*, cit., 78 s.

¹²⁶ Iav. D. 9, 2, 37, 1: *si quadrupes, cuius nomine actio esset cum domino, quod pauperiem fecisset, ab alio occisa est et cum eo lege Aquilia agitur, aestimatio non ad corpus quadrupedis, sed ad causam eius (in quo de pauperie actio est) referri debet et tanti damnandus est is qui occidit iudicio legis Aquiliae, quanti actoris interest noxae potius deditioe defungi quam litis aestimatione*.

¹²⁷ E vi rimarrebbe pure, come elemento per il calcolo di quel che il Valditara chiama il «prezzo

Tanto basta, ai nostri fini attuali, per stabilire che quando Sabino – operoso dopo Labeone e prima di Giavoleno – affermò che la parola *plurimi* doveva considerarsi sottintesa anche nel dettato del terzo capo, l'impiego della nozione di *interesse* era corrente nell'interpretazione della norma del primo. Ora, la relativa costruzione era stata elaborata dai giuristi partendo dalla presenza, nel testo legislativo del primo capo, appunto della parola *plurimi*: e quindi risulta necessario dedurne che l'esigenza di considerare questa parola presente pure nel testo del terzo era funzionale alla giustificazione dell'impiego di un analogo metodo per la determinazione dell'ammontare della condanna di un convenuto *ex capite tertio*. Qui, anzi, la considerazione dell'*interesse*, e proprio nella dimensione di quello che il Valditara denomina «il criterio del prezzo formale»¹²⁸, che consisterebbe nella possibilità di aggiungere al *pretium corporis* della cosa danneggiata un sovrappiù corrispondente ad un ulteriore danno, si era presentata subito, una volta esteso lo «Schutzbereich» del terzo capo ai deterioramenti. Già i casi risolti in questo senso da Bruto esigevano che si aggiungesse al valore del feto o della zampa *rupti* un altro valore tratto *aliunde*, e quando Quinto Mucio riconobbe che la cavalla che aveva abortito era essa stessa *rupta*, il valore del danno doveva essere valutato non come *pretium corporis*, ma come quantificazione pecuniaria del danno subito dal proprietario a causa di tale *ruptio*¹²⁹. Sabino dunque, quando enunciò l'opinione ricordata in Gai. 3, 218, non doveva farlo allo scopo di proporre un modo nuovo di calcolare la pena aquiliana *ex capite tertio*: egli non faceva magari altro, se non ricordare una proposizione interpretativa già corrente, ovvero, se si vuol riconoscergli un contributo particolare in materia, voleva indicare il fondamento legale di una prassi, individuando quale dovesse ritenersi essere stata la *mens legislatoris* nella redazione testuale del terzo capo: *nam legis latorem contentum fuisse, <quod prima parte eo verbo usus esset>*.

10. – Abbiamo dunque visto come il testo del terzo capo della *lex Aquilia* abbia subito una vicenda interpretativa che gli ha modificato il senso.

formale», accettando l'interpolazione che egli vi suppone (VALDITARA, *Superamento*, cit., 79 ss.; *Dall'aestimatio rei*, cit., 80 s.) sulla base di un'esegesi inaccettabile (perché nel caso specifico il *pretium corporis* dell'animale non può venire in considerazione se non come valore negativo) e comunque di un preconcetto. V. CANNATA, *In tema*, cit., 390 s.; 393.

¹²⁸ VALDITARA, *Superamento*, cit., 1 ss., in particolare 178 ss. Naturalmente l'autore non solo separa concettualmente l'adozione di questo criterio da quella del criterio dell'*interesse*, ma la sposta nel tempo, riconoscendola solo per l'epoca a partire dalla fine del primo secolo d.C. V. ancora VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, cit., 867.

¹²⁹ Sebbene presentate in funzione di una tesi che già si è visto essere inaccettabile, sono certo pertinenti le considerazioni con le quali il DAUBE, *On the Third*, cit., 8 s., vuole sottolineare che «compensatio for wounding a slave is likely to become compensation of the *interesse*»; v. anche DAUBE, *On the Use*, cit., 329 ss., dove l'autore sostiene che il principio dell'*interesse* fu elaborato in relazione al terzo capo della legge, e quindi «invaded the first chapter also» (p. 331), per diventare infine un principio generale del risarcimento in pressoché ogni campo.

Tale testo – redatto nei termini: *ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fuit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto* – voleva precisamente dire in origine: «se alcuno abbia prodotto ad altri la perdita di un'altra cosa (altra rispetto a quelle del capo primo e secondo), per averla bruciata, fatta a pezzi, (o comunque) resa inservibile *iniuria*, sia tenuto a pagare in denaro al proprietario il valore che essa ebbe negli ultimi trenta giorni».

La giurisprudenza successiva intese diversamente le stesse parole, procedendo ad una serie di innovazioni interpretative, che nei paragrafi precedenti si è cercato di individuare, collocandole anche, per quanto ci è parso possibile, nel tempo. Le riprenderemo ora, esponendole in una successione che non segue altro criterio, se non quello della successione delle parole nel testo stesso: solo si tenga conto che una delle premesse della nuova lettura, la desuetudine del secondo capo della legge, per effetto dell'introduzione dell'*actio mandati*, dipende dalla data di quest'ultimo fenomeno, che avvenne nel corso della seconda metà del II secolo a.C.¹³⁰.

Seguendo, dunque, il testo:

a) *ceterarum rerum* fu inteso come allusivo agli altri casi rispetto a quelli previsti nel primo capo, cioè *praeter hominem et pecudem occisos* (Ulp. D. 9, 2, 27, 5). Inoltre, l'intera prima frase assunse un diverso senso: ne possiamo seguire la metamorfosi seguendo il dettato di Gai. 3, 217: una volta stabilito che nel capo terzo si tratta *de omni cetero damno*, compresi i deterioramenti, le parole *ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit* non potevano più essere intese (prescindiamo per il momento dal *ceterarum*) come allusive al fatto di «produrre la perdita di una cosa», significato che dipendeva dall'impiego dell'espressione *alicui damnum ceterarum rerum facere*: questa venne intesa come *alicui damnum in ceteris rebus dare* («cagionare ad alcuno un danno con riguardo ad una cosa»), sicché l'antico *damnum (iniuria alicui) factum* della norma generale venne correntemente designato come *damnum iniuria datum*. Voglio anche precisare, con tutto ciò, che, se la parola *res* presente nel testo legislativo (*rerum*) passa, da «cosa», ad indicare «il caso», l'idea che il danno aquiliano è «danno ad una cosa» resta presente nell'interpretazione della norma, ma viene assorbito nel segno *damnum*, che è impiegato nel senso di danno cagionato con un atto materiale (*quod usserit fregerit ruperit*);

b) *quod usserit fregerit ruperit* fu complessivamente inteso come *quod quoquo modo corruperit* (Gai. 3, 217; Ulp. D. 9, 2, 27, 13);

c) *quanti ea res fuit in diebus triginta proximis* venne letto *quanti ea res plurimi fuit in diebus triginta proximis* (Sabino in Gai. 3, 218; Ulp. D. 9, 2, 29, 8), per permettere l'impiego, rispetto ai casi del terzo capo, del sistema di determinazione del valore del danno elaborato a partire dal corrispondente enunciato del primo capo.

¹³⁰ WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, 147; BEHREND, *Die bona fides in mandatum. Die vorklassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertrags Auftrags*, in *Ars boni et aequi. Festschr. Waldstein*, Stuttgart 1993, 33 ss.

Il testo, così, assume, nella sua applicazione, il significato seguente: «negli altri casi – cioè oltre quello dell'uccisione di uno schiavo o di una *pecus* – se alcuno produca ad altri un danno per avere comunque corrotto *iniuria* una sua cosa, sia tenuto a pagare al proprietario una somma di denaro equivalente al valore del danno che così gli ha prodotto, calcolato nella misura più alta con riferimento agli ultimi trenta giorni», corrispondente ad un testo interpretativamente letto così: *in ceteris rebus*¹³¹ – *id est: praeter hominem et pecudem occisos*¹³² – *si quis alteri damnum det*¹³³, *quod quoquo modo (rem alienam) corruperit*¹³⁴ *iniuria, quanti ea res*¹³⁵ *plurimi*¹³⁶ *fuit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*

Si deve solo notare ancora che le parole *quanti ea res plurimi fuit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare* («pagare al proprietario una somma di denaro equivalente al valore del danno che così gli ha prodotto, calcolato nella misura più alta con riferimento agli ultimi trenta giorni») non enunciano senz'altro il significato pratico che vi s'intendeva connesso, perché questo (e cioè: «pagare al proprietario una somma di denaro equivalente al valore dell'interesse che questi aveva a che il danno non gli fosse prodotto») dipendeva da un'interpretazione giurisprudenziale particolarmente elaborata, che le parole non esprimono direttamente: leggerle in questa forma significava solo dare ad esse il tenore che permetteva d'interpretarle in quel modo.

¹³¹ Scelgo la forma *in ceteris rebus* nel senso di «negli altri casi», ispirandomi a Ulp. D. 9, 2, 7, 4, dove nella frase *hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio familias vulnerato procedit*, dove *in servo* e *in filio familias vulnerato* vogliono appunto significare «nel caso di uno schiavo» e «nel caso in cui sia stato ferito un *filius familias*». Cfr. anche Ulp. D. 9, 2, 5, 3 (*in occiso*); Gai. D. 9, 2, 8, 1 (*idem iuris est in persona eius, qui impetum equi* etc.). Naturalmente la scelta formale non fa allusione a quanto su *in aliqua re damnum dare* è detto *supra*, § 2, soprattutto nt. 21.

¹³² Ulp. D. 9, 2, 27, 5.

¹³³ Ad esempio Gai. 3, 217: *damnum iniuria datum hac parte vindicatur.*

¹³⁴ Ulp. D. 9, 2, 27, 13.

¹³⁵ Questa volta *ea res* viene riferito alla *corruptio* (= *ea corruptio*): in funzione della *aestimatio vulneris* e simili (cfr. Paul. D. 9, 2, 24); mentre il *rem alienam* che ho supposto come sottinteso poco prima, si riferiva alla cosa materiale *corrupta*.

¹³⁶ Sabino in Gai. 3, 218; Ulp. D. 9, 2, 29, 8.

LEGISLAZIONE, PRASSI, GIURISPRUDENZA E DOTTRINA DAL XVIII AL XX SECOLO COME PREMESSE PER L'AVVENIRE DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO *

SOMMARIO: I. LE CONDIZIONI GENERALI. – 1. *Ius commune*. – 2. L'unità della scienza giuridica. – 3. La crisi del diritto comune. – II. LE CODIFICAZIONI DI DIRITTO NATURALE. – 4. Il diritto codificato. – 5. Le codificazioni e la fine dell'unità della scienza giuridica. – III. DOTTRINA E CODIFICAZIONE IN GERMANIA. – 6. La scuola storica tedesca e il *BGB*. – IV. SEPARAZIONE E RAVVICINAMENTO. – 7. Constatazione della fine dell'unità della scienza giuridica. – 8. Limiti del particolarismo sul piano del diritto positivo. – 9. Contatti e sinergie dei modelli scientifici. – 10. La scienza del diritto comparato. – V. CONCLUSIONE. – 11. Una prospettiva.

I. – LE CONDIZIONI GENERALI

1. *Ius commune*¹

Il sistema del diritto comune, che rappresentava il frutto della scienza dei com-

* Estratto da *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne*, Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo, Napoli 1997.

¹ Nel dibattito attuale sui problemi dell'unificazione del diritto europeo è di prammatica tanto il ricorrere dell'espressione «diritto comune», quanto il riferimento (in vario modo) al modello storico del diritto comune (*ius commune*). Quanto a quest'ultimo non è certo questo il luogo per indicarne una bibliografia, per cui mi limito a rinviare all'ormai classica, ampia trattazione di CALASSO, *Medio evo del diritto* I, *Le fonti*, Milano 1954, 345 ss., ed alla recente, ricchissima presentazione di tutte le informazioni possibili che è contenuta in COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* I: *Mittelalter (1100-1500). Die gelehrten Rechte und die Gesetzgebung*, München 1973, II, 1; *Neuere Zeit (1500-1800), Das Zeitalter des Gemeinen Rechts. Erster Teilband: Wissenschaft*, München 1977, II, 2; *Neuere Zeit (1500-1800), Das Zeitalter des Gemeinen Rechts. Zweiter Teilband: Gesetzgebung und Rechtsprechung*, München 1976. Per il diritto sostanziale: COING, *Europäisches Privatrecht*, I: *älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985. Una rapidissima sintesi, invece, si trova in SCHRAGE, *Utrumque ius*, Berlin 1992 (vedi, per la nozione di diritto comune, la p. 74). Quanto al senso del richiamo della nozione di diritto comune nella discussione sui problemi attuali, vedi soprattutto PUGLIESE, *Aspetti del «diritto comune europeo»*, in *Scritti G. Gorla*, II, Milano 1994, 1078 ss. Il tema del diritto comune è strettamente legato a quello della «Wirkungsgeschichte» del diritto romano, che già fu ben individuato dalla giurisprudenza elegante (riferimenti ad opere dello Heineccius saranno fatte in seguito), ma fu per la prima volta trattato con grande estensione in un classico della letteratura storico-giuridica: SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*², I-III (1834), IV-VI (1850), VII (1851), ora reperibile in reprint (7 voll., Bad Homburg, 1961); una riproposizione moderna della stessa tematica fu iniziata (sotto la direzione di U. Nicolini) nel *Ius Roma-*

mentatori² e soprattutto del pensiero di Cino da Pistoia (circa 1270-1336) e del suo discepolo Bartolo da Sassoferrato (1314-1357), costituiva ancora il modello corrente nell'Europa del XVIII secolo. Esso era costruito su una norma fondamentale relativa alle fonti del diritto: una norma che permetteva, dunque, di determinare la regola giuridica di volta in volta concretamente applicabile. Tale norma fondamentale corrispondeva in sostanza all'idea³ che i libri della compilazione di Giustiniano ed i testi normativi del diritto canonico rappresentavano il diritto comune, sempre applicabile come diritto generale, laddove le altre fonti, fra le quali in particolare le diverse consuetudini, venivano considerate come *iura propria*, applicabili con la precedenza, ma insieme nei limiti⁴, di un diritto speciale⁵. Per quanto con-

num Medii Aevi, i cui fascicoli cominciarono ad apparire (Milano) nel 1961. Ma, sul tema del ruolo del diritto romano nella storia (passata e presente) della cultura giuridica europea si deve fare in ogni caso riferimento allo splendido libro del KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*⁴, München-Berlin 1966; ad esso si è ricollegato, in una sorta di prosecuzione del discorso nella prospettiva attuale, il MAYER-MALY, *Europa und das römische Recht*, in SCHUHMACHER (editor), *Perspektiven des europäischen Rechts*, Wien 1994, 27 ss. Vedi anche BROGGINI, *Le droit romain et son influence actuelle*, in SCHMIDLIN (ed.), *Vers un droit privé européen/Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, Basel 1994, 115 ss.; KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, in ZEuP, 1994, 244 ss. Segnalo pure, senza averlo ancora potuto leggere, HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur: Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten*, in *Nomos*, 1994, 407 ss.

² Superando così la concezione dei glossatori, espressa con particolare precisione nelle *Questiones de iuris subtilitatibus* II, 16, secondo la quale solo il diritto imperiale (e dunque il diritto giustiniano) avrebbe avuto titolo al vigore nell'Impero («*unum esse ius, cum unum sit imperium*»), e non i diritti consuetudinari (considerati come diritti dei popoli immigrati: «*hii quorum maiores casu quolibet aliunde huc delati permanserunt, sua nescio qua frivola nomine legum censentes recitant, ut totidem fare leges habeamus quam domos*»).

³ Vedine, per la Germania, l'esposizione sintetizzata in 19 regole, che si legge alla fine di HEINECCIUS, *Historia iuris civilis Romani ac Germanici*, II § 114 ss. (Halle, 1733¹; 1740²; io uso l'edizione veneziana del 1742, ove p. 551 ss.).

⁴ Un limite particolare all'impiego dei diritti locali era previsto nel § 3 della Reichskammergerichtsordnung, istitutiva del Tribunale camerale dell'Impero (1495; modificata nel 1521 e 1548), ove si disponeva che i suoi giudici avrebbero giudicato «nach des Reichs gemeinen Rechten, auch nach redlichen erben [= ehrbaren] und leidlichen [= ländischen] Ordnungen, Statuten, und Gewohnheiten der Fürstentumb, Herrschaften und Gerichte, die für sie pracht [= vor sie gebracht] werden»: il che significava che i *iura propria* potevano essere presi in considerazione dalla corte solo se adottati da una parte. Vedi HEINECCIUS, *Historia iuris civilis* cit., II § 106 (ed. cit., p. 544 ss.); WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*², Göttingen 1967, 176 s.

⁵ Secondo i commentatori, però, la specialità di un *ius proprium* emerge nel suo rapporto con il *ius commune*, ma non appare ove il *ius proprium* venga in considerazione di per se stesso. In altre parole, se una norma del *ius proprium* non può in alcun modo venire impiegata per colmare una lacuna presente in un altro *ius proprium*, essa potrà bensì essere applicata per analogia (*legis e iuris*) all'interno del *ius proprium* al quale appartiene. Si veda, ad esempio, l'aggiunta presente in varie edizioni della glossa al Codice, di seguito alla rubrica dal titolo *quae sit longa consuetudo* (C. 8, 53 = C. 8, 52, nelle edizioni moderne): «*Consuetudo rationabilis extenditur de casu expresso ad casum tacitum, in quo eadem ratio reperitur. h.d. Bald. Vel sic, Consuetudo loci probata debet servari, et non contra eam fieri, et ratio consuetudinis debet attendi. h.d. Sal.*» (le due citazioni si riferiscono a Baldo degli Ubaldi e Bartolomeo da Saliceto). Lo sforzo dei pratici francesi, diretto alla determinazione di un «droit commun coutumier» (vedi CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza eu-*

cerne il diritto privato, se si prescinde da certi settori del diritto delle persone ed in particolare del diritto di famiglia sostanzialmente⁶ da ascriversi piuttosto al diritto pubblico, il diritto canonico non aveva che un ruolo marginale da svolgere, sicché possiamo dire che il sistema del diritto comune riconosceva la funzione di *ius commune* al diritto romano.

Si deve però tenere ben conto del fatto che la realtà del sistema del diritto comune non si presentava ovunque in modo uniforme. Se nella maggior parte dei territori, ed in particolare in quelli appartenenti al Sacro Romano Impero, esso era stato riconosciuto come diritto positivo, la Francia e l'Inghilterra costituivano due eccezioni assai rilevanti e, fra loro, di carattere assai diverso. L'Inghilterra era del tutto estranea alla zona retta dal diritto comune tanto sotto il profilo della forma quanto dal punto di vista della sostanza: essa aveva un suo proprio diritto comune, il Common Law⁷, creato e gestito dalle corti di giustizia di Westminster e completato (o magari derogato) dall'Equity della corte di Cancelleria. Il diritto inglese, come ammettono ormai gli storici contemporanei – diciamo quelli posteriori rispetto alla generazione del Maitland –, è stato notevolmente influenzato dal diritto romano comune, ma non ha mai riconosciuto il vigore diretto di questo, né mai ne ha accolto i metodi⁸. Quanto alla Francia, invece, essa si limitò all'opposizione formale ad una recezione del diritto romano, ma questo, identificato come «droit écrit», veniva applicato in modo praticamente esclusivo nella generalità dei territori posti – più o meno – a sud della Loira (detti appunto «Pays de droit écrit»), i quali non conoscevano una produzione consuetudinaria del diritto di rilevanza generale, sicché l'applicazione del diritto romano poteva esservi giustificata con l'idea che l'impiego del diritto scritto rappresentava la consuetudine locale⁹. Quanto ai territori corrispondenti alla metà settentrionale del Regno, il diritto romano vi era applicato come diritto sussidiario rispetto ad un diritto consuetudinario invece assai sviluppato e differenziato a seconda dei luoghi, e il suo impiego veniva giustificato come ricorso alla «raison écrite»: una formula che permetteva di ragionare in termini di diritto comune senza ammettere politicamente il vigore di tale sistema¹⁰.

*ropea*⁴, Torino 1989, 217 ss.), era in particolare diretto a permettere l'applicazione del diritto consuetudinario anche in presenza di una lacuna della consuetudine locale, ove fosse reperibile in altra consuetudine una norma che potesse considerarsi principio del diritto consuetudinario francese in sé e quindi assente, nella consuetudine locale da applicarsi, unicamente per un'omissione in sede di redazione.

⁶ Intendo dire sotto il profilo che emerge da D. 2, 14, 38 (Pap. 2 *quaest.*): «*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*». Cfr. Pap. D. 2, 14, 42.

⁷ Sul Common Law come diritto comune vedi la lett. (POLLOCK-MAITLAND, HOLDSWORTH) menzionata in PUGLIESE, *Aspetti*, cit., 1078 nt. 3.

⁸ Sulla particolare visione del GORLA circa i rapporti fra Common Law e Civil Law nei secc. XVI-XVIII vedi PUGLIESE, *Aspetti*, cit., 1082 ss.

⁹ Vedi in sintesi, CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti*⁴, cit., 209.

¹⁰ Vedi A. DUCK, *De usu et auctoritate juris civilis Romanorum per dominia Principum Christianorum*, Londra 1689 (reprint Bologna 1971), I, 2, 6 (p. 24 ss.), di cui si può leggere la curiosa critica di

2. L'unità della scienza giuridica

L'impiego pratico del sistema del diritto comune nella generalità dell'Europa continentale non assicurava certo l'unità europea del diritto positivo, che risultava compromessa dalla presenza di un gran numero di diritti consuetudinari locali ben differenziati: consuetudine è, invero, sinonimo di particolarismo giuridico¹¹. Quel che risultava invece del tutto acquisito era l'unità della scienza giuridica. Ciò scaturiva in modo del tutto naturale dal fatto che come luogo della scienza giuridica era universalmente riconosciuto il Digesto: la scienza era costruita nello studio di questo libro ed insegnata fondandosi su di esso e sui libri che l'accompagnavano nel Corpus Iuris Civilis (*Institutiones, Codex e Authenticum*). I *iura propria* non erano considerati diritti scientifici, e per applicarli si impiegava, se del caso, la scienza romanista. Alcuni diritti particolari importanti hanno certo conosciuto una speciale elaborazione scientifica, ma questa è sempre stata, in sostanza, il risultato dell'impiego, in tali campi, dei prodotti scientifici dello studio delle fonti romane. L'esempio più importante è quello della elaborazione del *ius mercatorium*, un *ius proprium* non come diritto territoriale, ma in quanto diritto dei mercanti. Ma le stesse coutumes francesi, redatte e poi riformate tra la fine del XV e quella del XVI secolo, conobbero commentari scritti con spirito scientifico

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*, P, Napoli 1751, 148 s. Vedi anche CANNATA, *Usus modernus pandectarum e diritto europeo*, in SDHI, 1986, 437 s.

¹¹ Il contributo dello SCHMIDLIN, *Gibt es ein gemeineuropäisches System des Privatrechts?*, in SCHMIDLIN (ed.), *Vers un droit privé européen*, cit., 33 ss., ha il difetto di considerare la storia del diritto europeo unicamente sotto il profilo della sua dottrina, sicché suona poi falsa o unilaterale la risposta (formulata all'inizio del lavoro, ma che ne resta la tesi, illustrata da tutto quanto segue) che egli dà alla domanda posta nel titolo, e cioè: «Auf diese Frage hat die europäische Geschichte schon längst eine Antwort gegeben, sie lautet schlicht und einfach: ja!». La realtà giuridica dell'epoca intermedia è invece perfettamente sintetizzata nel breve schizzo tracciato dall'OPPETIT, *Droit commun et droit européen*, in *L'internationalisation du droit. Mélanges Loussouarn*, Paris 1994, 312 (al centro della pagina). Diverso discorso deve farsi per la tesi sostenuta nel libro (comunque importante) del LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma 1994, secondo il quale quella dell'unità giuridica europea sarebbe stata una realtà preirmeriana, concretatasi gradualmente – dopo la crisi iniziata nel V secolo col venir meno della produzione normativa romana in occidente – nel corso dell'alto medio evo e realizzatasi alla fine di questo (secc. X e XI), per essere poi rotta (nel senso sinteticamente precisato in LUPOI, 16) da Bologna. Ma l'autore stesso nota, già all'inizio del libro (p. 15), che la realtà dei secoli V-XI fu caratterizzata, fra l'altro, dall'assenza della figura del giurista professionale: ne consegue che i fenomeni di uniformità (nelle regole, nella prassi negoziale e processuale), che innegabilmente (il Lupoi ne dà ampia illustrazione) in quel periodo si verificarono, non possono essere assunti come indice di un'unità giuridica se non in se stessa effimera, perché non assistita dall'unità scientifica, che sola può fare di coincidenze un'unità culturale, di un residuo di eventi passati un elemento positivo dell'autocoscienza di una civiltà. Una prima discussione delle tesi del Lupoi si legge in PUGLIESE, *Aspetti*, cit., 1090 ss., ove l'autore si riservava però un giudizio definitivo, non avendo, quando scriveva, ancora conosciuto il libro, ma solo l'articolo preliminare *Common Law e Civil Law*, apparso in *Foro it.*, 1993, V, 431 ss. Del LUPOI si veda pure: *Il diritto comune europeo in Inghilterra*, in *Scritti G. Gorla*, II, cit., 1065 ss.

nutrito di cultura romanista¹². D'altronde – salvo qualche eccezione, come appunto la generalità delle opere che si riferivano esclusivamente a consuetudini locali – la scienza giuridica impiegava inoltre il latino come lingua comune, il che facilitava enormemente il dialogo scientifico transnazionale.

L'unità scientifica dell'universo giuridico europeo-continentale non venne compromessa dall'avvento della scuola del diritto naturale nel XVII secolo. L'idea stessa del diritto naturale come diritto conforme alla natura umana era animata da una prospettiva transnazionale. Il pensiero dei protagonisti della scuola conobbe certo attitudini anti-romaniste ed anche simpatie per il diritto locale a cagione del suo carattere spontaneo rispetto alle *subtilitates* del diritto scritto; ma il lavoro dei giuristi che adottarono gli atteggiamenti giusnaturalistici – in se stessi, all'origine, unicamente filosofici – fu sempre, anche se talora critico, riferito in primo luogo alle fonti romane ed anche, talora, in modo esclusivo: l'esempio più illustre in questo senso è quello, sul quale torneremo, di Jean Domat (1625-1696). Non si deve d'altra parte dimenticare che il lavoro dei giuristi della scuola del diritto naturale fu legato a quello della giurisprudenza elegante e dell'*usus modernus*.

3. La crisi del diritto comune

Ma gli atteggiamenti della corrente giusnaturalistica possiedono anche un diverso aspetto, che si inserisce come elemento decisivo nel contesto del più vasto fenomeno della crisi del sistema del diritto comune. Non sarebbe corretto considerare l'apporto del pensiero giusnaturalistico nel novero delle cause di tale crisi, la quale si è prodotta per altre ragioni, interne al sistema che ne fu toccato. L'incidenza degli atteggiamenti della scuola ha piuttosto favorito una più rapida evoluzione della crisi verso la propria soluzione, e ciò perché la sua dottrina, in particolare come dottrina del diritto della ragione (*Vernunftrecht*), indicava i mezzi per superare le difficoltà della situazione critica.

Cerchiamo dunque di sintetizzare anzitutto il senso ed i motivi della crisi del diritto comune, la quale si pone soprattutto nel corso del XVIII secolo.

La rinascita romanistica bolognese, iniziata verso la fine del secolo XI, si era concretata soprattutto in un'esperienza di studio e d'insegnamento scientifici, sicché il diritto consegnato in tal modo alla pratica ne era stato recepito come legato a testi antichi spiegati ed interpretati da maestri contemporanei, con la conseguenza affatto naturale che al verbo dei maestri venisse attribuita la stessa autorità che ai testi stessi: *quod non adgnoscat glossa nec adgnoscat forum; chi non ha Azzo non vada a Palazzo; nemo iurista nisi Bartolista*. Una convinzione che si traduceva in una

¹² Si veda ad esempio: *Costumes de la prevosté et vicomé de Paris. Avec les notes de M.C. du Molin restituées en leur entier. Ensemble les observations de M^{es} I. Tournet, Jacq. Ioly & Ch. Labbé, anciens Advocats de la Cour, & Arrests d'icelle, par eux recueillis sur chacun article. Dernière édition*, Paris 1665.

regola sulle fonti del diritto, nel senso che il giudice era legato all'interpretazione dei *doctores*. Questo principio non creò difficoltà e svolse anzi un ruolo positivo finché la letteratura giuridica autorevole fu quella della glossa e dei grandi commentatori; ma, dopo che la produzione letteraria cominciò ad assumere proporzioni imponenti ed il suo livello d'un tempo non poté più rappresentare la regola, la situazione mutò, in particolare per la tendenza degli avvocati e dei giudici – propria di un periodo nel quale la cultura media dei pratici, fattisi intanto assai numerosi, era notevolmente calata – a riferirsi alla letteratura ed ai precedenti giudiziali più recenti, che non rappresentavano sempre il meglio. Ludovico Antonio Muratori (1672-1750), nel suo libretto *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), scriveva, ad esempio: «Sicché non è più vero, che s'abbia a ricorrere solamente al codice e ai digesti, per mettere fine alle controversie forensi. Quello è divenuto un picciolo, picciolissimo paese. Un altro senza alcun paragone più vasto è quello della giurisprudenza maneggiata dalle feconde e sottili menti dei giuriconsulti degli ultimi secoli, i quali hanno anch'essi formato un altro sterminato corpo di leggi, secondoché è sembrato al loro intendimento. E chiamo leggi le loro opinioni, perché a tenore di queste opinioni si regola il foro e si danno sentenze, nella stessa guisa che si fa in vigore d'una vera legge di Giustiniano. Così decise la Ruota romana, così il senato di Torino, così dice il Menochio, il De Luca ecc. Tal piede anzi ha preso questa dottrinale giurisprudenza, che si troveran talvolta dei laureati difensori di cause, che non hanno mai letto le leggi di Giustiniano, siccome talora si trovano dei teologi, che mai hanno letto le divine scritture, fuorché nel loro breviario. Tutto lo studio d'essi è intorno ai trattatisti, consulenti e decisioni: giacché i ripetenti, cioè gli antichi interpreti delle leggi, Bartolo, Baldo, Odofredo e simili, si lasciano riposar pieni di polvere in fondo alle librerie, e talvolta invece di trovarli nelle librerie si trovano nelle botteghe di chi vende sardelle».

L'insieme delle fonti autorevoli era, comunque, diventato impossibile da dominare¹³. Le conseguenze pratiche possono misurarsi ove si pensi alla distinzione, che risale forse al XVI secolo, ma era in ogni caso corrente nel XVIII, fra *casus legis* e *casus dubii*¹⁴. Un *casus legis* è un caso per il quale la legge, cioè – per quanto ora ci riguarda – il Corpus Iuris Civilis, offra direttamente la soluzione, sicché per risolverlo non necessita *interpretatio*. Un *casus dubius* esige invece un'operazione interpretativa della legge, operazione che risulta affidata al giudice, il quale dovrà effettuarla come si esprime ancor oggi il codice civile svizzero (Art. 1³ ZGB), ispirandosi alle soluzioni acquisite dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹⁵. Ma, con una dottrina (ed una giurisprudenza) nello stato che abbiamo visto descritto dal Mura-

¹³ Vedi anche SAVIGNY, *Vom Beruf* (citato *infra*, nt. 16), 112.

¹⁴ Vedi TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna* I, Bologna 1976, 67 ss.

¹⁵ La citazione dello ZGB non è casuale: come reazione all'aspetto della crisi del diritto comune, che stiamo descrivendo, con le codificazioni moderne si eliminò interamente il potere del giudice di creare norme: la norma svizzera rappresenta appunto un'eccezione.

tori, è facile immaginare che il risultato fu in pratica che l'arbitrio dei giudici divenne la regola.

Ora, una delle proposizioni originarie della scuola giusnaturalistica era la seguente: dopo che i contenuti del diritto naturale fossero stati determinati con l'osservazione della realtà umana, si sarebbe dovuto formulare questo risultato in un insieme di enunciati regolari, composti in un contesto sistemato in modo razionale (*more geometrico*), così che risultasse facile il reperimento della regola ricercata ed emergesse chiaro il nesso reciproco fra le diverse regole, essendo in particolare reso evidente il rapporto fra regola ed eccezione. Il testo che ne sarebbe così risultato non veniva destinato esclusivamente ai giuristi – avvocati, notai e giudici –, ma a chiunque, perché ciascuno potesse conoscere i propri diritti e doveri: esso doveva dunque essere chiaro e breve, non contenere che norme – né teoria né casistica – ed essere scritto in una lingua accessibile al pubblico, cioè la lingua corrente. Il libro, una volta redatto, sarebbe dovuto essere promulgato come legge: con il che si sarebbe fatto del diritto naturale un diritto positivo, che avrebbe sostituito, col proprio vigore, il vecchio diritto positivo con tutte le sue fonti.

L'idea di ricercare il diritto naturale per mezzo dell'osservazione antropologica fu abbastanza presto abbandonata per ragioni evidenti: Jean Domat, nella prefazione alla sua grande opera *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694), aveva d'altronde sottolineato che l'osservazione necessaria al ritrovamento del diritto naturale era già stata effettuata con diligenza e competenza dai giuristi romani. Privato del riferimento originario al suo contenuto filosofico, il programma di redigere una nuova legge corrispondente al diritto di natura, destinata a prendere il posto delle vecchie fonti libresche, venne così a costituire un nuovo programma di codificazione del diritto civile, il cui contenuto sarebbe stato desunto dalla tradizione giuridica. Il programma divenne dunque quello di una codificazione del diritto comune, arricchito magari attingendo ai diritti particolari e beninteso corretto con le necessarie riforme, ma che si sarebbe inserito come fenomeno moderno nella tradizione, rendendo infine reale la certezza del diritto, eliminando l'arbitrio dei giudici ed il monopolio della conoscenza del diritto come appannaggio dei tecnici.

II. – LE CODIFICAZIONI DI DIRITTO NATURALE

4. *Il diritto codificato*

Il nuovo concetto di codice, che – lo si è visto – costituiva il frutto della metamorfosi di un postulato della scuola giusnaturalistica in strumento per la soluzione dei problemi posti dalla crisi del diritto comune, fu realizzato in tre modi diversi tra

il 1794 ed il 1811: in effetti, siccome il *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* del 1756 non corrispondeva alle nuove idee, costituendo piuttosto una «Reformation» nello stile dell'Usus modernus, i tre modelli che vengono in considerazione sono quelli dell'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (ALR) del 1794, del *Code civil* francese del 1804 e dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande* (ABGB), il codice civile austriaco del 1811¹⁶.

L'ALR prussiano fu concepito nelle prospettive del diritto naturale e composto da personaggi orientati in tal senso (Johann Casimir von Cramer, Ernst Ferdinand Klein e soprattutto Carl Gottlieb Svarez), che adottarono una sistematica proveniente da Pufendorf e Chr. Wolf, e in parte anche dal Grozio. Tutte le branche del diritto sostanziale vi erano praticamente regolate, il privato (civile, commerciale terrestre e marittimo) nelle linee della tradizione del diritto comune, ma anche il pubblico, compresi il diritto penale e l'ecclesiastico. Un monumento legislativo, frutto di quasi un secolo di lavoro (iniziato nel 1713, prima sotto la direzione di Chr. Thomasius e, dal 1738, di Samuel Cocceji), che non costituì tuttavia un modello per le codificazioni successive ed oggi spesso non è neppure considerato come un vero «codice moderno». Quest'ultimo giudizio dipende in parte dal fatto che l'ALR è una specie di codice universale, e non, come sarà per le codificazioni successive, un codice civile, prototipo e base per una serie di codici autonomi (codice di commercio, codice di procedura civile, codice penale e di procedura penale); ma vi sono pure ragioni di fondo, che attengono alle riforme di base connesse col messaggio politico del pensiero giusnaturalistico, la cui incarnazione legislativa spettò in Europa ai codici civili prima che alle carte costituzionali. L'ALR contiene ancora, infatti, dei principi propri a quello che si designerà poi come l'ancien régime: senza dare grande peso alla presenza di certe regole indiscrete, conformi allo spirito paternalistico di una monarchia illuminata («die Gängelung des Untertanen», come scriveva il Wieacker¹⁷: si veda in part. ALR II, 1 § 178-180), vi si trova una capacità giuridica ancora legata all'appartenenza ad uno «Stand» (ALR I, 1 § 6-7); la schiavitù stessa, benché esclusa per i sudditi del Re, è tuttavia presa in considerazione a certi effetti (ALR II, 5 § 196-208).

Gli autentici modelli per la codificazione moderna sono dunque il Codice Napoleonico e l'ABGB: ed è a quest'ultimo che va riconosciuta la priorità storica, malgrado il diverso risultato che si otterrebbe considerando le date di promulgazione. L'ABGB, infatti, non fu soltanto il frutto di un lavoro specifico che, cominciato nel 1709, risale assai più in là di quello del *Code civil*, la cui idea fece capolino la prima

¹⁶ Anche il Savigny, del resto, nel *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, 54 ss. prendeva in esame unicamente questi tre codici, come esempi rilevanti per misurare l'utilità e la realizzabilità di una codificazione tedesca. Si veda p. 128 ss., nel reprint della prima edizione, comparso in *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften, mit einer Einführung von H. Hattenbauer*, München 1973, 95-192 (citerò anche in seguito da questa edizione, indicando i numeri delle pagine originali).

¹⁷ *Privatrechtsgeschichte*², cit., 332.

volta nel 1791 in una risoluzione della Costituente. Si devono considerare ancora due aspetti della storia parallela di questi prodotti legislativi. Il lungo lavoro di elaborazione dell'ABGB si concretò in una serie di progetti compiuti e pubblicati: il *Codex Theresianus iuris civilis*, un lavoro di preparazione monumentale (pubblicato in otto volumi, *in folio*), perfettamente elaborato ma inutilizzabile in pratica, compiuto nel 1766; il progetto parziale di Horten, adottato come legge nel 1787 (*Josephinisches Gesetzbuch*), il progetto del von Martini, divenuto nel 1797 *Westgalizisches Gesetzbuch* (WGGB), sulla base del quale la commissione diretta da Franz von Zeiller compose il testo definitivo promulgato nel 1811. Tutto questo lavoro venne condotto nella prospettiva di una codificazione del diritto comune, sistemato, completato e talora corretto, ma con prudenza, con spirito giusnaturalistico (non si deve sottovalutare il carattere marcatamente romanistico del progetto di von Martini), segnato da certe innovazioni conformi alle istanze dell'epoca, come il ruolo attribuito ai registri immobiliari. Un lavoro compiuto pacificamente, nella continuità politica di una monarchia illuminata.

Il *Code civil* francese, che s'inseriva peraltro in una tradizione giuridica particolare, rappresentò invece il prodotto di un lavoro rapido, sollecitato dallo spirito polemico della rivoluzione francese, condotto a termine, sotto l'impulso decisivo e la direzione personale del Primo Console¹⁸, da personaggi appartenenti al ceto forense e non all'ambiente scientifico, sensibili all'ideologia ed ai problemi politici piuttosto che capaci di maneggiare la tecnica con maestria¹⁹. Per capire come sia stato possibile fare un codice in tali condizioni, si deve pensare che i veri lavori preparatori ne erano già stati compiuti assai prima che l'idea della codificazione fosse in qualche modo concretamente concepita: essi vanno infatti individuati nell'insieme dei *Traité*s di Robert Joseph Pothier (1699-1772). Assai influenzato dall'opera di Charles Dumoulin (1500-1566) e dunque assai attento al diritto consuetudinario ed ai suoi rapporti col diritto scritto, ma culturalmente radicato nei libri di Giustiniano, il Pothier era stato capace di realizzare una sintesi della tradizione del *droit coutumier* e di quella del *droit écrit*, concependo un sistema unitario del diritto francese, dove le strutture di base e la terminologia generale erano quelle del diritto romano, mentre i contenuti derivavano anche dalle *coutumes*²⁰. L'influenza diretta dell'opera del Pothier sul *Code civil* è provata con evidenza dalle riedizioni che di certi suoi trattati si fecero nel XIX secolo, indicandovi tra parentesi, in corrispondenza dei vari capoversi del testo, gli articoli che vi corrispondevano nel *Code civil*, come se il trattato del Pothier ne fosse un commentario.

La presenza del diritto consuetudinario nel *Code civil* non è tuttavia che abba-

¹⁸ Fondamentale THEEVEN, *Napoléons Anteil am Code civil*, Berlin 1990.

¹⁹ Si vedano gli schizzi biografici dei Membri del Consiglio di Stato che concorsero alla redazione definitiva del codice in THEEVEN, *Napoléon Anteil*, cit., 26 ss.

²⁰ Vedi in part. TARELLO, *Storia*, cit., 184 ss.

stanza marginale, benché i suoi redattori abbiano attinto pure, ad esempio, a *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes* (1720) del Bourjon. Quel che caratterizza il *Code civil* è piuttosto la presenza di certe innovazioni, quali il riconoscimento dell'effetto reale del contratto: una riforma – cheché ne dicano i lavori preparatori – ispirata da certe proposizioni del diritto naturale (specialmente del Grozio) ed adottata per ragioni ideologiche, precisamente per conformarsi all'affermazione, tipicamente ideologica, dell'art. 545 *c.c.fr.*, il quale dispone che «Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique ...»; e la struttura tecnica che all'innovazione fu data rivela con evidenza la debolezza delle capacità dommatiche dei compilatori (si veda l'art. 1138 *c.c.fr.*).

5. *Le codificazioni e la fine dell'unità della scienza giuridica*

L'entrata in vigore dei codici civili francese e austriaco generò una spaccatura nell'unità della cultura giuridica europea. Non si deve misurare la profondità di questa crepa con riferimento alla separazione dei diritti positivi dei due paesi tra loro ed in rapporto al resto del continente. La promulgazione dei codici civili aveva implicato l'abrogazione delle fonti romane, ma le due codificazioni come abbiamo visto, ne avevano ereditato il contenuto. L'unità culturale dell'universo giuridico del medio evo e dell'epoca moderna aveva del resto potuto coesistere – lo si è pure notato – con una grande differenziazione dei *iura propria*, rappresentati soprattutto dai diritti consuetudinari: e non si deve dimenticare che le codificazioni civili avevano abrogato, insieme col diritto romano, anche le consuetudini. La traccia che queste lasciarono nei codici è alquanto marginale. Anche in Francia, la patria del diritto consuetudinario, il *Code civil* non ne conservava – l'abbiamo già detto – che qualche reliquia; cosa d'altronde coerente con il pensiero degli autori del siècle des lumières, che non avevano dimostrato simpatia per questo tipo di fonte del diritto, perché le consuetudini si presentano assai diverse da luogo a luogo e non possono pertanto risultare tutte conformi al diritto naturale, che è uno solo: basta leggere quanto scriveva Voltaire alla voce «*coutumes*» del *Dictionnaire philosophique*. Con la codificazione civile francese non si abrogarono, per altro, solo le consuetudini esistenti, ma la consuetudine stessa venne eliminata dal catalogo delle fonti del diritto.

La nazionalizzazione²¹ della cultura giuridica ebbe altre cause. Anzitutto il fat-

²¹ Su tutto quanto segue (anche nel III e IV capitolo di questo contributo) si veda COING, *Europäisches Privatrecht*, II, 19. *Jahrhundert*, München 1989, che riguarda l'evoluzione del diritto sostanziale, ma tratta in modo particolarmente penetrante anche i problemi generali e di storia delle fonti (per la quale vedi poi, in particolare, la serie di tomi che compongono COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III, *Das 19. Jahrhundert*; cfr. *supra*, nt. 1). All'*Europäisches Privatrecht* II ho dedicato una nota: CANNATA, *Il diritto europeo e le codi-*

to stesso che i giuristi di uno Stato che deve applicare un certo codice sono perciò indotti a non preoccuparsi più di quel che pensano e dicono quelli di un altro Stato riguardo al loro. La famosa affermazione, attribuita forse a torto²² a Jean Joseph Bugnet, professore a Parigi dal 1826, corrisponde comunque agli atteggiamenti della «*école de l'exégèse*», come si usa chiamare in genere l'attività scientifica dei giuristi francesi che costruirono la dottrina del diritto codificato: «*Je ne connais pas le droit civil; je n'enseigne que le code Napoléon*». Tutto ciò non significa che i giuristi francesi del XIX secolo avessero del tutto dimenticato la lezione del diritto comune; ma essi ne utilizzarono in particolare i metodi interpretativi, per desumere dal testo del *Code civil* le loro conclusioni pratiche, pur avendo l'aria di non far altro che applicare la legge come burocrati diligenti, anche se il testo, spesso lacunoso e talora ambiguo, non le avrebbe giustificate. Non si deve dimenticare che il *Code civil* era stato pensato e redatto non da accademici, ma da *forenses*, gente di tribunale. Il testo legislativo offriva dunque proposizioni normative senza un vero supporto dottrinario; la dottrina ne seguì lo stile, e fu dunque la dottrina meno dottrinarica possibile. Lo stesso atteggiamento fu assunto, in modo anche più rigoroso, dalla giurisprudenza. Le decisioni dei tribunali furono a lungo concepite – talora lo sono ancora oggi – come semplici decisioni di un caso concreto sulla base di certi articoli del codice o di una legge speciale. In un «*jugement à phrase unique*» del genere i motivi enunciati dopo il rituale «*attendu que*» possono presentarsi come una semplice enumerazione degli articoli di legge sui quali la decisione si fonda; se anche contengono ragionamenti, questi non sono che l'indicazione delle ragioni che permettono di applicare al caso concreto le norme indicate, e sono espressi in modo sintetico, talora con riferimento a principi generali, mai a concetti, così che i veri motivi della decisione restano spesso occulti: il che permette al giudice di discostarsi dallo spirito della legge o di colmarne le lacune pur esprimendosi come se non facesse altro se non applicarla in modo automatico.

La situazione si è certo evoluta a partire dalla seconda metà del XIX secolo; ma ciò non impedisce alla cultura giuridica francese di conservare uno stile originale, ben diverso da quello che produsse l'Austria dell'ABGB, dove continuò la tradizione dottrinale del diritto comune, in seguito aperta all'influenza della dottrina tedesca delle pandette.

ficazioni moderne, in *SDHI*, 1990, 309 ss. Essa contiene, oltre a qualche osservazione più o meno costruttiva, una sintesi dei punti più importanti del discorso del Coing, con riferimento preciso alle sue pagine, sicché mi viene agevole d'ora in poi citare tale mia nota con l'intenzione, beninteso, di rinviare soprattutto ai corrispondenti luoghi dell'*Europäisches Privatrecht* II.

²² CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti*⁴, cit., 246 nt. 16.

III. – DOTTRINA E CODIFICAZIONE IN GERMANIA

6. *La scuola storica tedesca e il BGB*

La scissione più profonda nell'unità della scienza giuridica europea fu l'effetto della formazione del nuovo stile elaborato in Germania dalla scuola storica.

Facendo astrazione dalla Prussia con il suo ALR, nei diversi paesi tedeschi dell'inizio del XIX secolo si applicava il diritto comune e la dottrina era rappresentata dagli epigoni dell'*usus modernus pandectarum*. L'anno cruciale del rinnovamento fu il 1814, quando vennero pubblicati due libretti programmatici e polemici, le 65 pagine di *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, di Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), professore all'università di Heidelberg, e le 162 di *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtsmissenschaft*, di Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), professore nella Reformuniversität di Berlino²³.

Il libro capitale fu quello del Savigny. Alla proposta di una codificazione civile tedesca formulata dal Thibaut, egli opponeva diversi argomenti²⁴, ma il significato fondamentale di tutto il suo discorso può riassumersi in un'idea concreta: per fare un codice occorrono buoni giuristi e la Germania, attualmente, non ne dispone; non è dunque il momento di pensare alla codificazione, ma alla formazione dei giuristi: la prima cosa da fare è dunque di lavorare alla scienza giuridica con un metodo appropriato. La cultura giuridica tedesca del XIX secolo seguì la via indicata dal Savigny, che precisò ancora i metodi in altri scritti e li praticò ed insegnò egli stesso. Le linee possono riassumersi nelle proposizioni seguenti. Un buon giurista deve possedere un «duplice senso»²⁵: «der historische, um das eigenthümliche jedes Zeitalters und jeder Rechtsform scharf aufzufassen, und der systematische, um jeden Begriff und jedem Satz in lebendiger Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen, d.h. in dem Verhältniß, welches das allein wahre und natürliche ist». La materia che deve essere presa in considerazione è il diritto romano: ciò è necessario per un giurista tedesco, perché il diritto romano è il diritto della tradizione dei giuristi tedeschi, e lo è pure in generale, perché si tratta del solo diritto scientifico. Ma le fonti romane devono essere considerate nella loro purezza, senza lasciarsi condizionare da una letteratura che per secoli ne ha compromesso «die edlen Linien». La prima proposizione metodologica della scuola storica sarà dunque: «zurück zu den Quellen!», torniamo alle fonti!²⁶

²³ Vedi Thibaut und Savigny. *Ihre programmatischen Schriften*, cit.

²⁴ Fra gli altri, in particolare, quello dell'assenza, nella cultura giuridica tedesca, di un linguaggio tecnico adeguato alla redazione di un codice: SAVIGNY, *Vom Beruf*, cit., 52.

²⁵ SAVIGNY, *Vom Beruf*, cit., 48: «ein zweyfacher Sinn».

²⁶ Vedi già SAVIGNY, *Vom Beruf*, cit., 39 (alla fine) e s.

Queste fonti devono essere comprese nel loro valore storico, ma studiate con un metodo sistematico (vale a dire dommatico), in modo da dedurne i concetti e le regole che contengono: «Begriffsbildung» e «Regelbildung». In questo modo si arriva a cogliere il senso tecnico del diritto romano e dunque a comprendere il valore assoluto – cioè valido per ogni tempo – che esso possiede come scienza giuridica. La grande opera sistematica incompiuta del Savigny reca il titolo di *System des heutigen römischen Rechts*, un titolo che parrebbe riprendere certe analoghe formulazioni, proprie dell'*usus modernus*, circa l'uso attuale del diritto romano o – senza meno – il diritto romano attuale, ma che sotto la penna del Savigny assume un senso interamente nuovo, come del tutto nuova è l'accezione della parola «System» rispetto al suo significato nel vocabolario del diritto naturale. La sistematica del diritto naturale si riduceva ad un certo ordine nella presentazione della materia, che permetteva di ritrovar facilmente quanto si cerca e di riconoscere immediatamente il rapporto gerarchico fra le proposizioni normative. Il «System» del Savigny rappresenta invece la realizzazione dell'opera, come si è visto, dello spirito sistematico, e cioè la percezione del senso interno dell'insieme di concetti e di regole che formano il diritto positivo; così come, d'altra parte, il «diritto romano attuale» non è più semplicemente il *ius Romanum hodie usitatum* dell'*usus modernus Pandectarum*, ma un diritto che è attuale di sua propria natura e dunque risulta perennemente tale. Fu in questa linea e con questi metodi che la scienza giuridica tedesca del XIX secolo costruì il nuovo diritto delle Pandette, a questa scuola furono formati i suoi giuristi e sulla base di questi risultati fu composto il codice civile tedesco, il *Bürgerliches Gesetzbuch* del 18 agosto 1896, entrato in vigore il primo gennaio del 1900.

Si può dunque facilmente immaginare che, a partire dal momento – che non si dovette attendere molto – in cui i programmi del Savigny cominciarono ad influenzare l'insegnamento e dunque anche la formazione dei pratici – avvocati e giudici –, l'universo giuridico tedesco del XIX secolo doveva assumere uno stile dottrinario. Il diritto tedesco è un «Professorenrecht», la scienza giuridica una «Begriffsjurisprudenz»; un avvocato non può sottrarsi alla dimostrazione scientifica della tesi che sostiene ed i giudici devono motivare da buoni dommatici, inserendo nelle loro argomentazioni le vedute della dottrina che essi citavano, come fanno ancor oggi, largamente (cosa che in Francia sarebbe impensabile ed è anche vietata dalla legge processuale). La dottrina tedesca delle pandette giunse anche ad elaborare costruzioni dommatiche vieppiù astratte: toccò a Rudolph von Jhering (1818-1892) di criticarla, col suo humor inimitabile²⁷, e di contrapporre una nozione di «Interessenjurisprudenz» a quella della «Begriffsjurisprudenz»; ma ciononostante il pensiero giuridico tedesco restò sempre e resta tuttavia un pensiero accademico. Dopo l'entrata in vigore del BGB nulla è cambiato in proposito, perché il codice è

²⁷ Si veda in particolare *Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild* in JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*¹³, Leipzig 1924 (rist. Darmstadt 1980), 245 ss.

pure dottrinario e costruito per concetti, come può constatarsi, per così dire, dall'esterno: si tratta in effetti del solo codice il cui primo libro, che comprende 240 articoli, costituisca una «parte generale», basata sugli 82 articoli (§§ 104-185) relativi al «Rechtsgeschäft».

IV. – SEPARAZIONE E RAVVICINAMENTO

7. *Constatazione della fine dell'unità della scienza giuridica*

Un'unità pan-europea della metodologia e dello stile della scienza giuridica non esisteva neppure nel medio evo, perché l'Inghilterra si costruì, a partire dalla fine dell'XI secolo – e dunque quando sul continente prendeva corpo appunto, con la scuola di Bologna, l'elemento unificatore – un sistema giuridico ed un metodo giurisprudenziale del tutto originali. Il fatto stesso dell'adozione dei codici nazionali e soprattutto la formazione dei due modelli difformi del giurista francese e tedesco, segnarono la fine dell'unità giuridica anche nell'Europa continentale. Come abbiamo visto, la perdita dell'unità sul continente dipese dalla differenziazione sul piano scientifico. Esistono certo anche diversità che toccano la sostanza del diritto positivo. A parte le numerose differenze nei dettagli normativi, certe istituzioni di portata generale sono regolate in modo diverso nelle diverse legislazioni. Per non fare che qualche esempio scelto a caso: il trasferimento della proprietà è qui causale, altrove astratto, e lo stesso trasferimento causale assume talora la struttura speciale proveniente dall'adozione del principio consensualistico; il regime dell'arricchimento ingiustificato segue talora le strutture della *condictio sine causa*, talaltra quelle dell'*actio de in rem verso*; certi codici contengono una norma sulle fonti d'obbligazione che impedisce il riconoscimento dei contratti di fatto, altrove invece possibile; la norma generale sull'obbligazione da fatto illecito non è formulata in modo uniforme nei diversi codici. Ma tutte queste differenze normative non comprometterebbero il dialogo transnazionale tra i giuristi, se questi parlassero lo stesso linguaggio scientifico. La realtà di questa differenza tra strutture nazionalizzate del pensiero giuridico rappresenta una difficoltà ben più profonda di quella che dipende dalla differenza delle lingue. Voglio dire che un francese ed un tedesco, che conoscano perfettamente ciascuno la lingua dell'altro, potrebbero agevolmente discutere di filosofia o di fisica, di musica o di pittura, di cucina o di calcio, impiegando semplicemente le conoscenze acquisite a scuola o guardando la televisione, ma non sarebbero assolutamente in grado di discutere, se non in modo affatto superficiale, di diritto civile. Già nel 1834, presentando la nuova *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, il giurista francese Foelix denunciava il «pédantisme national», che condannava gli studi scientifici all'isolamento nel-

la zona d'applicazione di ciascun codice²⁸; più tardi, nel 1872, dall'altra riva del fiume, lo Jhering constatava con amarezza che «... die Wissenschaft ist zur Landesjurisprudenz degradiert, die wissenschaftlichen Grenzen fallen in der Jurisprudenz mit den politischen zusammen. Eine demütigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft»²⁹.

8. Limiti del particolarismo sul piano del diritto positivo

La situazione non era tuttavia grave quanto sarebbe potuta esserlo se il fenomeno della codificazione avesse avuto come conseguenza la creazione di codici interamente nuovi per ciascun paese europeo. Invece, dopo la promulgazione del *Code civil* e dell'ABGB, e prima di quella del BGB, tutti i paesi del continente si diedero dei codici seguendo da vicino i due modelli esistenti. Il ruolo più importante fu svolto dal codice francese, soprattutto a causa del fatto che Napoleone ne fece, con le sue campagne militari, un'esportazione sistematica, ma anche perché esso era entrato in vigore per primo ed era redatto in una lingua più largamente nota. Esso fu recepito in Belgio e nel Lussemburgo; i Paesi Bassi, la Spagna e il Portogallo codificarono sul suo modello, come pure i cantoni della Svizzera romanda ed il Ticino; esso raggiunse anche la Polonia, la Romania e la Russia. In Italia fu dapprima introdotto tal quale nel Regno d'Italia napoleonico il 30 marzo 1806, in una traduzione ufficiale che fu adottata un mese dopo nel Principato di Lucca, nel 1808 in Toscana e, con qualche modifica, nel Regno di Napoli. Dopo la restaurazione venne abrogato in tutti questi territori ad eccezione di Lucca, ma la sua influenza non ne risultò indebolita. A Napoli, allora Regno delle Due Sicilie, venne lasciato in vigore a titolo provvisorio fino al 1819, per essere tosto sostituito dalle *Leggi civili del Codice per il regno delle Due Sicilie*, che presentavano press'a poco lo stesso testo del codice precedente. Nel 1820 un codice largamente basato sul modello francese – benché attento alle tradizioni locali – fu adottato nel Ducato di Parma, Piacenza e Guastalla, legato all'Austria; il Ducato di Modena, pure legato all'Austria, adottò il modello francese con il suo Codice civile per gli Stati Estensi, promulgato nel 1851 per entrare in vigore l'anno successivo. Per il Granducato di Toscana, una commissione legislativa fu messa all'opera nel 1847 da Leopoldo II d'Asburgo-Lorena, ma i lavori non giunsero a termine prima dell'annessione della Toscana al Piemonte. Vicissitudini diverse, ma di questo genere, ebbero luogo anche nello Stato della Chiesa³⁰. Un'importanza speciale ebbe la codificazione pie-

²⁸ COING, *Europäisches Privatrecht* II, 57.

²⁹ JHERING, *Der Kampf um's Recht*¹, 1872, cit., in COING, *Europäisches Privatrecht* II, 27.

³⁰ Si veda: MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile nello Stato Pontificio*, I; *Il progetto Bartolucci del 1818*, Napoli-Roma 1987; II; *Dal progetto del 1846 ai lavori del 1859-63*, Napoli-Roma 1988.

montese, cioè quella del Regno di Sardegna, che era destinato, come esito di una serie di operazioni militari e politiche, ad annettersi tutti gli Stati italiani realizzando alla fine, nel 1861, l'unità nazionale. Alla Restaurazione, il Re di Sardegna Vittorio Emanuele I ristabilì le vecchie leggi: il codice francese fu tuttavia mantenuto in vigore nel ducato di Genova, appena annesso al Piemonte. Un nuovo *Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, denominato correntemente *Codice albertino*, fu promulgato il 20 giugno 1837 da Carlo Alberto ed entrò in vigore il primo gennaio 1838 per il Piemonte e la Liguria, il primo novembre 1848 per la Sardegna. Si trattava di un adattamento del codice civile francese. In conseguenza della graduale estensione all'Italia intera della sovranità piemontese, ancor prima della proclamazione del Regno d'Italia nel 1861, si pose il problema di una codificazione nazionale: il nuovo *Codice civile* del 1865, entrato in vigore il primo gennaio 1866, fu composto sulla base del Codice albertino, tenendo conto degli altri codici italiani³¹; ma il risultato si presenta in sostanza come un adattamento del codice francese, di cui esso rappresenta in buona parte una traduzione. Le differenze più importanti dal modello dipendevano – particolare significativo – da certe innovazioni dovute alla giurisprudenza francese.

L'ABGB non conobbe una diffusione di questa importanza. Esso non funzionò come modello che per certi cantoni della Svizzera tedesca, mentre altri cantoni, pur seguendo il modello francese, ne tennero conto in modo parallelo; una certa influenza l'ABGB esercitò anche sul codice civile ticinese del 1837, che era d'altronde, sotto questo profilo, piuttosto tributario del codice di Parma. L'ABGB fu invece applicato in tutti i territori dell'Impero austriaco e la sua introduzione nel Regno Lombardo-Veneto, quando queste province, dopo la restaurazione, tornarono agli Asburgo, rivestì un significato particolare. Una traduzione italiana ufficiale dell'ABGB, denominato così *Codice civile generale austriaco*, vi fu promulgata da Francesco I nel 1815 ed entrò in vigore il primo gennaio 1816. Questa presenza dell'ABGB, che per la Lombardia durò fino all'entrata in vigore del codice civile dell'Italia unificata nel 1866, ebbe conseguenze notevoli: dovremo prenderle in considerazione fra poco.

9. Contatti e sinergie dei modelli scientifici

Si potrebbe immaginare che la zona d'influenza del codice civile francese, quella dell'ABGB e poi la Germania della scuola storica e del BGB abbiano pure determinato, per quanto concerne la scienza e lo stile, tre zone di sviluppo dei modelli

³¹ Il decreto del re Vittorio Emanuele II del 20 novembre 1859 n. 3788 (art. 1) disponeva infatti: «Il Governo del Re presenterà al Parlamento nella prima sua riunione un progetto di legge per cui vengano unificate le disposizioni legislative che riguardano agli oggetti ed alle materie contemplate dai Codici civili in vigore rispettivamente nelle antiche e nelle nuove Provincie del Regno».

corrispondenti. In realtà non è stato così, per lo meno non esattamente. Siccome, in ogni modo, i fondamenti del quadro generale sono determinati da tale tripartizione, l'esame di questo tema non può farsi che considerando certi fenomeni di carattere episodico.

a) La grande diffusione del *Code civil* comportò naturalmente una gran diffusione della dottrina francese in Belgio e nei Paesi Bassi, nei cantoni della Svizzera romanda, in Italia, in Spagna e in Portogallo. Ma le conquiste napoleoniche avevano esportato il codice francese anche nei territori della Germania renana, dove le cose si svolsero diversamente, dando luogo ad un contatto significativo tra la dottrina francese e quella dell'*usus modernus* tedesco, un contatto che si concretò in un prodotto originale, lo *Handbuch des französischen Zivilrechts* di C.S. Zachariä von Lingenthal, i cui due volumi della prima edizione apparvero negli anni 1808-1809. Quest'opera era destinata all'uso dei giuristi tedeschi attivi sotto il vigore del *Code civil*, ma essa fu presto tradotta in francese da Aubry e Rau, due professori di Strasburgo. Il manuale ebbe un successo enorme in Francia: fu rielaborato e più volte edito dagli stessi traduttori, fino ad essere considerato come un loro prodotto originale. In Francia, lo si considera come il capolavoro della scuola dell'esegesi e lo si continua a ripubblicare, benché radicalmente rimaneggiato, ancor oggi largamente sotto la direzione di A. Ponsard e I. Fadlallah³². Ora, malgrado le profonde modificazioni del suo contenuto, questo libro ha sempre conservato il suo impianto originale ed ha dato alla dottrina francese dei contributi tipicamente tedeschi: per il suo rigore sistematico sul piano generale e per certe soluzioni provenienti dalla tradizione del diritto comune, come quella dell'azione generale di arricchimento, che il *Code civil* aveva del tutto dimenticata.

b) La Lombardia aveva conosciuto, all'inizio del XIX secolo, delle vicende particolari, che già ci è avvenuto di menzionare. I giuristi milanesi, coltivati nella tradizione del diritto comune, avevano partecipato attivamente alle discussioni durante il lungo periodo di preparazione del codice civile austriaco; nel 1806 si erano visti imporre da Napoleone il suo *Code civil*, nel 1815 avevano ricevuto l'ABGB. Per dei giuristi assai attivi ed aiutati da case editrici del pari vivaci, fu l'occasione per lavorare dapprima sul *Code civil* confrontandolo con il diritto comune, e poi di occuparsi del codice austriaco confrontandolo col *Code civil*, e infine di lavorare in modo approfondito sull'ABGB, mettendo anche a partito la cultura romanista che non avevano mai dimenticata. Quest'ultima attività fu la più intensa e la più feconda, cosicché l'insieme del lavoro di questi giuristi è chiamato «die mailändische ABGB-Jurisprudenz». Il prodotto più alto ne fu il *Commentario al codice civile universale austriaco* di Onofrio Taglioni (1782-1823), opera incompiuta, ma della qua-

³² Nel 1989 (Paris) è uscito, inaugurando l'ottava edizione di AUBRY-RAU, *Droit civil français*, e come suo tomo VI-2, il volume di DEJAN DE LA BÂTIE, *Responsabilité délictuelle*.

le apparvero otto volumi, tra il 1816 e il 1822, l'anno precedente la morte dell'autore, che aveva già pubblicato nel 1809 un libro, il quale conobbe una seconda edizione nel 1838 ed aveva per titolo: *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*³³.

c) Ernst Rabel scriveva nel 1924: «In Italien ist seit Jahrzehnten die Auseinandersetzung der aus Frankreich bezogenen Gesetze und der deutschen Wissenschaft das große Thema der Literatur»³⁴. Questo atteggiamento comparatistico della scienza giuridica italiana aveva radici profonde e sfociò in un fenomeno importante. Cominciamo da quest'ultimo. Dopo il 1865, come si è visto, il diritto privato italiano veniva applicato sulla base di un codice civile (si dovrebbe aggiungere: e un codice di commercio) alla francese, il che implicava naturalmente che la dottrina, con la giurisprudenza, si abbeverassero pure alle fonti dottrinarie e giurisprudenziali di Francia. Il che, in un primo tempo, avvenne effettivamente. Ma l'importanza che il diritto romano conservava sempre come elemento della cultura giuridica italiana impediva ai suoi giuristi di essere paghi del pensiero d'un ambiente nel quale l'autorità del diritto romano era stata praticamente sostituita da quella della civilistica contemporanea. D'altra parte, ma per le stesse ragioni, i giuristi italiani non potevano accettar di assumere l'atteggiamento di interpreti burocratici della legge, proprio ai loro colleghi transalpini. Ne venne naturalmente che la scienza giuridica italiana guardasse con occhio sempre più attento verso la Germania³⁵. Fu soprattutto l'opera di Vittorio Scialoja (1856-1933) e dei suoi allievi a produrre un'autentica svolta. A partire dall'inizio del XX secolo la scienza giuridica italiana pensava in tedesco ed il suo linguaggio era quello della scuola delle Pandette, e ciò costrinse i giuristi a rivedere del tutto la loro materia: cosa che essi fecero in modo assolutamente notevole durante i primi decenni del nostro secolo, che rappresentò l'epoca d'oro della dottrina italiana. Per una dottrina di tal genere e per la giurisprudenza che l'ascoltava, il codice civile del 1865, che parlava un linguaggio francese, divenne tosto insopportabile, cosicché si provvide a rifarlo. Il nuovo codice del 1942, che sostituiva anche il vecchio codice di commercio del 1865 unificando diritto civile e diritto commerciale, non fu in realtà un'operazione impeccabile; ma esso è assai significativo nella prospettiva che ora ci interessa. La sua redazione, in effetti, non fu dovuta ad un proposito di modificare il diritto po-

³³ Vedi BRAUNEDER (ed.), *Juristen in Österreich 1200-1980*, 11; 107 (BRAUNEDER, sulla «mailändische ABGB-Jurisprudenz» in generale); 128 ss. (CANNATA, in particolare su O. Taglioni).

³⁴ Vedi CANNATA, *Il diritto europeo*, cit., 314 s. (con i riferimenti a COING).

³⁵ Ricchi di notizie e considerazioni in proposito: SCHULZE (ed.), *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1990; MAZZACANE-SCHULZE, *Die deutsche und italienische Rechtskultur im «Zeitalter der Vergleichung»*, Berlin 1995.

sitivo – sotto quest'angolo esso non contiene innovazioni rispetto al suo predecessore del 1865 –, ma a quello di mutare il supporto scientifico del linguaggio legislativo. Ne risultò infine una sorta di compromesso tra la tradizione francese e quella tedesca con un sostrato romanistico. Il risultato, benché inelegante, non manca di presentare alquanto aspetti degni di rilievo.

d) L'atteggiamento dei giuristi italiani, che abbiamo descritto, trova radici, per così dire, di fatto in un fenomeno che si potrebbe qualificare editoriale³⁶. Esso dimostra in particolare che l'interesse per il diritto degli altri paesi, e dunque lo spirito comparatistico, non fu in Italia l'appannaggio di una cerchia ristretta di accademici, ma raggiunse il gran pubblico dei pratici ed in generale il mondo del diritto. Mi riferisco all'attività di traduzione in lingua italiana di opere giuridiche, la quale presentò ai lettori indigeni, soprattutto durante il XIX secolo e già dal suo inizio, la letteratura europea più significativa³⁷, spesso munita di note, commenti e complementi che contenevano confronti col diritto interno, talora adattata all'uso di questo. Quanto alla dottrina francese non ci si accontentò di pubblicare traduzioni di opere d'autori contemporanei, quali Toullier, Duranton, Marcadé, Demolombe, Laurent, Troplong e, naturalmente, Zachariä von Lingenthal, ma ci si interessò anche ai classici dell'epoca precedente, come Domat e Pothier, ed a certe raccolte di giurisprudenza (Merlin, Sirey, Dalloz, Devilleneuve, etc.). Si tradussero, anche, soprattutto in Lombardia, opere austriache, ed in particolare il commento all'ABGB di Franz von Zeiller. Per quanto concerne la letteratura tedesca, vennero fatti conoscere la traduzione del Mackeldei e le Pandette di Glück, le opere principali del Savigny – compreso il trattato del possesso, il *Vom Beruf* e naturalmente il *System* – così come i più importanti fra i manuali di Pandette fino a quello del Windscheid. In un simile contesto non meraviglia di constatare che la legge del 1861 sull'istruzione superiore nelle province napoletane abbia destinato al diritto comparato pubblico e privato due cattedre, fra le quattordici previste per la Facoltà giuridica³⁸.

e) La diffusione della cultura della scuola delle Pandette, il ramo romanistico ed il più autentico della scuola storica tedesca, non interessò unicamente l'Italia³⁹. Essa riguardò anche la Francia, per il tramite in particolare della rivista *Thémis*, pubblicata soltanto dal 1824 al 1829, ma che ebbe il merito di porre le basi metodologiche del diritto comparato moderno, e la cui iniziativa passò in seguito ad altri periodici. Ma, se in Francia la dottrina tedesca non poteva trovare allora un ascolto

³⁶ Vedi CANNATA, *Il diritto europeo*, cit., 315 (con i riferimenti a COING).

³⁷ NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel XIX secolo* (due volumi più uno di indici), Napoli 1988, con prefazione di F. CASAVOLA.

³⁸ CASAVOLA, *Prefazione* a NAPOLI, *La cultura giuridica*, I, p. X.

³⁹ Vedi CANNATA, *Il diritto europeo*, cit., 315 (con i riferimenti a COING).

generalizzato e di grande incidenza, la Svizzera ne fu in pratica riconquistata al diritto romano. I metodi ed i contenuti della scienza delle Pandette vi furono introdotti soprattutto da uno degli allievi più importanti del Savigny, Friedrich Keller (1799-1860), e furono in particolare seguiti da colui che sarà l'autore del codice civile svizzero: Eugen Huber (1849-1922), egli stesso un adepto della scuola storica. Lo Huber apparteneva al ramo germanistico della scuola, ma nella sua attività di redattore di leggi si comportò naturalmente da pandettista, di modo che la Svizzera possiede una codificazione civile – nella quale diritto civile e diritto commerciale sono unificati – d'impronta romanistica ben evidente, forse anche più pura di quella del BGB, perché la dommatica vi è meno greve ed il linguaggio legislativo più semplice. Il codice civile svizzero (ZGB-CCS) venne promulgato nel 1907 ed entrò in vigore il primo gennaio 1912; esso fu completato con il quinto libro, pubblicato in modo autonomo come codice delle obbligazioni (OR-CO), la cui versione definitiva fu pure preparata dallo Huber, pur se non gli fu possibile menare a termine il lavoro: l'approvazione definitiva si ebbe nel 1936 ed il Codice delle obbligazioni entrò in vigore il primo gennaio 1937.

f) Un fattore importante dell'integrazione della cultura giuridica europea è rappresentato dalle trasformazioni che subì il diritto inglese a partire dalla seconda metà del XIX secolo. Con ciò non voglio assolutamente dire che il fossato che separa la cultura giuridica del Common Law da quella del Civil Law sia stato colmato in misura più notevole di quella corrispondente alle aperture che i giuristi inglesi mostrarono a più riprese verso il diritto dei paesi romanisti a partire almeno dall'epoca di Bracton (XIII secolo)⁴⁰. Il punto di partenza dell'evoluzione che ci interessa è rappresentato dal *Judicature Act* del 1873, che abolì le vecchie corti centrali sostituendovi la Supreme Court of Judicature, composta dalla High Court of Justice e dalla Court of Appeal. L'intera giurisdizione delle corti precedenti, compresa quella di Equity, fu così attribuita alla Supreme Court. Il *Judicature Act* entrò in vigore nel 1875. Fu sostituito nel 1925 dal *supreme Court of Judicature (Consolidation) Act*, che ebbe ancora qualche modifica in seguito agli *Administration of Justice Acts* del 1928 e del 1932. All'origine la High Court of Justice comprendeva cinque Divisions, che conservavano i nomi delle antiche corti, anche se la loro competenza non era più formalmente differenziata: *Queen's Bench Division* (regnava allora la regina Vittoria), *Chancery Division*, *Common Pleas Division*, *Exchequer Division* ed infine una *Probate, Divorce and Admiralty Division*. Nel 1880 le tre *Common Law Divisions* (*Queen's Bench*, *Common Pleas*, *Exchequer*) furono riunite nella *Queen's Bench Division*. Oggi le tre Divisions della Hi-

⁴⁰ Come si sa, la presenza di un insegnamento romanistico in Inghilterra risale, per altro, già all'epoca dell'attività di Rogerio Vacario a Oxford (1139-1149). Un'influenza romanistica (e canonistica) è chiaramente presente già nel *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie qui Glanvilla vocatur*, composto, a quanto pare, tra il 1187 ed il 1189: v., nell'edizione curata di G.D.G. HALL (London-Edinburgh 1965), p. xxxvi ss.

gh Court sono denominate *Queen's Bench Division* (regnando la regina Elisabetta II), *Chancery Division* e *Family Division*. In seguito a questa riforma le forme d'azione furono pure abolite e i diversi writs sostituiti da un unico *writ of summons*, introduttivo dell'istanza. Siccome, in linea di principio, le Divisions hanno la stessa competenza, non esiste più alcuna separazione formale tra la giurisdizione di Common Law e quella di Equity. La riforma fu dunque, in se stessa, una riforma del sistema giudiziario e della procedura, che volle essere un'alternativa alle codificazioni che avevano luogo sul continente: ciò nel senso che lo scopo era di permettere alle corti, che costituivano tradizionalmente gli organismi principali della produzione del diritto positivo inglese, di modernizzarlo. Le linee di questa modernizzazione non potevano tuttavia che essere tracciate secondo i parametri della tradizione. I diversi writs, si è detto, venivano aboliti, ma, come scriveva nel 1909 il grande storico del Common Law F.W. Maitland⁴¹, «the forms of actions we have buried, but they still rule us from their graves». Il fatto è che, alla stessa epoca delle riforme giudiziarie, la giurisprudenza inglese aveva fissato definitivamente il principio dello *stare decisis*, secondo il quale una decisione giudiziaria non poteva fondarsi che su di un rule of law stabilito da precedenti: con la conseguenza che qualunque istanza potesse formulare un attore per ottenere una soluzione nuova, se non trovava più l'ostacolo consistente nell'assenza di un writ che permettesse l'azione, rischiava tuttavia di essere respinta dalla corte perché i precedenti a disposizione non erano altro che quelli che il sistema dei writs aveva permesso di stabilire. Lo stesso può dirsi a proposito della separazione fra Common Law ed Equity: oggi non esistono più corti separate per le due branche di cui consta il diritto inglese, ma l'insieme dei rimedi fondati in Equity rappresenta ancora un corpo di regole e principi dotati di un loro proprio carattere e che comportano anche certe differenze di procedura. La lentezza che tale situazione ingenerò nel cammino delle riforme ha talora suggerito il ricorso ad interventi legislativi, che tuttavia non hanno rivestito particolare importanza se non in certi casi, come per il Sale of Goods Act del 1893 ed i Property Acts della prima metà del nostro secolo. Tutto ciò non ha però evitato che il ragionamento dei giuristi inglesi, all'interno di schemi giudiziari meno rigidi e meno arcaici, si presenti oggi più limpido e meglio comprensibile per un giurista continentale, cosicché l'influenza del diritto inglese (e del suo cugino americano) sul nostro diritto continentale cominci a manifestarsi in modo ben tangibile, e che l'interesse dei nostri giuristi per il Common Law s'intensifichi sempre di più: il che è anche da ascrivere a merito della dottrina inglese, che svolge ormai un ruolo notevole nell'elaborazione del suo diritto.

⁴¹ *Equity, also the Forms of Action at Common Law* (1909), 296.

10. *La scienza del diritto comparato*

Evidentemente il solo modo di ricomporre l'unità, compromessa dal «pedantisme national», di una scienza giuridica è quello di munire tale scienza di strumenti che permettano di porre i problemi giuridici in dimensione transnazionale: ma con questo siamo semplicemente giunti a definire la scienza del diritto comparato, che si è appunto formata come reazione spontanea al particolarismo giuridico ed anche, forse, come uno sforzo di superare, se non le difficoltà generate dall'isolamento scientifico, almeno quelle prodotte dalle divergenze del vocabolario e delle strutture tecniche. In effetti, se non vedo male, il primo grande saggio di diritto comparato moderno si trova nei commentari, a partire da quello di Charles Dumoulin (Carolus Molinaeus, 1500-1566) alla coutume di Parigi, nei quali non si manca di sottolineare le coincidenze e le differenze tra le regole consuetudinarie e il *ius*, cioè il diritto scritto, al di là delle differenze terminologiche o semantiche nel tenore dei testi, in funzione di una costruzione del diritto consuetudinario integrato con la scienza – e non solo la disciplina – del «Droit», il diritto scritto, che sul piano positivo gli vale come sussidiario – e quindi gli va armonizzato –, ma scientificamente lo chiarisce o magari lo giustifica⁴². Per quanto concerne l'epoca di cui ci occupiamo ora, la tecnica del diritto comparato si è presentata dapprima, nella forma rudimentale della legislazione comparata, negli ambienti italiani del XIX secolo, sollecitata da una situazione speciale, caratterizzata dal fatto che i territori nei quali si parlava italiano erano sottomessi a diverse legislazioni, così che i codici civili che avevano un testo ufficiale in questa lingua presentavano un panorama assai variegato. La *Collezione completa dei moderni codici civili degli Stati d'Italia*, pubblicata a Torino nel 1843, per esempio comprendeva – accanto ai codici delle due Sicilie, di Parma, del Ticino, di Sardegna ed alle disposizioni di diritto civile allora in vigore a Modena e nello Stato della Chiesa, la Toscana ed il ducato di Lucca – il «Codice del cessato Regno d'Italia» e il «Codice civile generale austriaco pel Regno Lombardo-Veneto», cioè il Code Napoléon e l'ABGB. A partire da questo inizio modesto fu elaborata, a partir dalla Francia, la disciplina che noi identifichiamo

⁴² Vedi per esempio, nell'ed. delle *Coustumes de Paris* qui citata (*supra* nt. 12), i luoghi seguenti: p. 56 (ove *ad art.* 33 il Tournet spiega con D. 48, 20, 7 la «raison» di una sentenza del 1599); p. 94 s. (*ad art.* 57 il Labbé, partendo da un'opinione di Ch. Dumoulin, tratta di un problema di acquisto del tesoro con riferimento a D. 24, 3, 7, 12 [NB: nella Vulgata la l. *divortio* comincia con D. 24, 3, 7, 1] e ai paragrafi iniziali di D. 41, 1, 63); p. 158 s. n. 3 (ove, partendo dalla distinzione tra «biens meubles et immeubles» dell'art. 88, il Tournet schizza una precisazione comparatistica generale in materia di classificazione delle cose, con riferimento anche alle *res incorporales* di D. 11, 8, 1, 1); pp. 192-196 (ove, in particolare alla nt. 1, le precisazioni generali del Ioly sulle azioni, riferite al titolo V nel suo insieme; alla nt. 2, con riferimento all'art. 99, le precisazioni comparatistiche del Tournet); p. 401 ss. (*ad art.* 187, Tournet e Labbé in materia di estensione verticale della proprietà); p. 404 s. (Tournet in materia di servitù, in relazione alle norme in materia di rapporti di vicinato degli art. 188 ss.; si veda anche a p. 405 s. quanto annota il Tournet *ad art.* 189 e, a p. 407 s., le notazioni culte dello stesso *ad art.* 191); p. 699 ove, in relazione al testo dell'art. 316 («Il ne se porte heritier qui ne veut»), il Labbé richiama Papiniano (D. 30, 87), nonché D. 36, 1, 4; D. 8, 6, 10 e D. 50, 16, 65.

propriamente oggi come diritto comparato e che è diventata un vero modo della scienza giuridica, soprattutto dopo che, da qualche decennio, ha saputo acquisirsi la dimensione storica, assumendo il diritto romano e la storia giuridica medievale e moderna come mezzi per scoprire in modo preciso e compiuto le ragioni ed il senso di differenze ed analogie fra le diverse strutture istituzionali e fra le diverse soluzioni pratiche⁴³.

V. – CONCLUSIONE

11. *Una prospettiva*

Si parla spesso, oggigiorno, di unificazione del diritto europeo. A dire il vero, se ci si riferisce ai territori che fanno parte dell'Unione Europea, quanto abbiamo visto è sufficiente per indicare che il problema si presenta piuttosto come quello di una riunificazione, di un'unità da ritrovare e non da creare. Comunque, io temo che il problema sia mal posto quando lo si presenta – è spesso il caso –, come quello della costruzione di un diritto positivo europeo unificato⁴⁴.

Non so se sia vero che *historia est magistra vitae*, ma la storia ci mostra in ogni caso che l'unificazione del diritto positivo non la si fabbrica a tavolino. Le unificazioni legislative si possono realizzare, sia imponendo una legislazione unitaria⁴⁵

⁴³ Con quanto detto (e vedi anche, con i numerosi riferimenti a COING, CANNATA, *Il diritto europeo*, cit., 315), non intendo modificare le prospettive che di solito si assumono quando si tratta la storia del diritto comparato: vedi ad es. M. ROTONDI, *Diritto comparato*, in *Nss.D.I.*, V, Torino 1960, 823 ss. (i §§ 3 e 4), cui si pone come seguito GAMBARO-MONATERI-SACCO, *Comparazione giuridica*, in *Digesto⁴ delle discipline privatistiche. Sezione civile*, III, Torino 1988, 48 ss.: quel che intendo è solo che vi si dovrebbe forse enucleare in modo più preciso la genesi della scienza comparatistica attuale, in quanto essa possiede una consistenza ed assume una funzione scientifica tutte particolari, non rapportabili all'insieme del fenomeno storico della comparazione giuridica.

⁴⁴ Sul carattere degli interventi degli organismi comunitari (in relazione all'art. 100 del trattato di Roma e del corrispondente n. 21 della parte III del trattato di Maastricht del 1992) vedi PUGLIESE, *Aspetti*, cit., 1096 ss. (a p. 1098 ss. sulle iniziative, con carattere privato, dirette alla redazione a tavolino di una serie di principi generali in materia di contratti o di un codice europeo dei contratti); OP-PETIT, *Droit commun et droit européen*, cit., 313; 314; 315 ss. L'idea della redazione di un codice europeo dei contratti, ampliata in quella di un codice delle obbligazioni, appare ora però dotata di un diverso respiro, e concepita anche proprio come un'operazione funzionale alla elaborazione scientifica comune, nel libro, appena pubblicato, di HARTKAMP-HESSELINK-HONDIUS-DU PERRON-VRAKEN (editors), *Towards a European Civil Code*: vi si veda, in particolare, la *General Introduction* di EWOUW HONDIUS.

⁴⁵ Una (prudente e parziale) prospettiva in questo senso per l'Europa è illustrata da E.A. KRAMER, *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung. Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa Institut* (der Universität des Saarlandes in Saarbrücken), Nr. 139, Saarbrücken 1988.

– magari un codice unico – dove esistono diritti locali differenziati, sia imponendo a un certo territorio un diritto già in vigore in un altro, sia favorendo un processo, necessariamente lento e graduale, di avvicinamento spontaneo tra esperienze diverse: ma, in ogni caso, l'unità del diritto positivo non garantisce l'unità giuridica se non l'accompagna l'unità della scienza giuridica. La seconda tappa non sarà neppure, ancora, l'unificazione del diritto positivo, ma quella della giurisdizione. È in ogni caso l'unità della scienza che ingenera l'uniformità (cosciente e quindi durevole perché non casuale) delle regole positive e che permette l'unificazione della giurisdizione senza che questa crei problemi pratici insormontabili.

Il problema fondamentale dell'unità giuridica europea è proprio quello dell'unità della scienza giuridica europea. Fino a quando questa unità scientifica non verrà riconquistata è dunque inutile preoccuparsi dell'unità del diritto positivo e dell'unificazione della giurisdizione. Quel che, del resto, praticamente importa è solo la certezza che qualunque giudice europeo sia in grado di applicare qualunque struttura giuridica europea, che ogni avvocato sia in grado di parlare davanti a qualsiasi giudice, che un soggetto privato di qualunque provenienza possa constatare che il giurista al quale egli espone i propri problemi non è mai un giurista straniero. I mezzi per raggiungere questo risultato non appartengono ai legislatori, ma semplicemente ai giuristi stessi e quindi alle Università che li formano⁴⁶. A queste spetta in particolare di attribuire al diritto comparato ed alle materie che ne costituiscono l'essenza – il diritto romano e la storia del diritto medievale e moderno, l'analisi economico-giuridica – una funzione primaria nell'educazione degli studenti di giurisprudenza. Le Università devono anche assicurare una mobilità assoluta a studenti e professori. Il provincialismo scientifico non può essere superato se non con l'eliminazione effettiva delle province scientifiche. Tutto ciò comporta grandi sforzi e non può evitare l'effetto di diminuire il numero dei giuristi in proporzione all'aumento del loro livello qualitativo. Ma non penso proprio

⁴⁶ In questo senso si veda ora in particolare OPPETT, *Droit commun et droit européen*, cit., 317 s., che riprende (vedine le citazioni alle nt. 15-18 di tale articolo) prospettive di R. DAVID e R. SACCO. La mia idea – che cioè quello dell'unificazione giuridica sia essenzialmente un problema di costruzione (o ricostruzione) di una scienza giuridica europea, e che, sul piano istituzionale ossia degli interventi normativi, la sola vera necessità ad esso funzionale consista nell'unificazione della giurisdizione, il che praticamente significa creare una corte civile unica come giudice (in diritto) di ultima istanza (cfr. PUGLIESE, *Aspetti*, cit., 1096 nt. 41; 1101 nt. 50) – si propone come indicazione dello strumento idoneo per risolvere i problemi indicati da KAHN-FREUND, *Common Law and Civil Law - Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*, in *New Perspectives for a Common Law of Europe. Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe (Atti Firenze 1977)*, Firenze 1978, 137 ss., e per sfruttare le preziose (malgrado le giuste riserve del PUGLIESE, *Aspetti*, cit., 1096 nt. 40) osservazioni sostanziali che il SACCO espresse soprattutto nel contributo: *Il sistema del diritto privato europeo. Le premesse per un codice europeo*, in *Il diritto privato europeo. Problemi e prospettive (Atti Macerata 1989)*, Milano 1993. La più limpida ed intelligente messa a punto dell'insieme di questa problematica resta comunque, io credo, quella di A. GAMBARO, *Verso un diritto comune europeo*, estratto da *Europa di ieri e di domani (Istituto lombardo. Accademia di scienze e lettere, anno 1990)*, Milano 1991, 165 ss.

che possa considerarsi negativo un simile risultato. Tocca al potere politico di vegliare a che la carriera di giurista non dipenda dalla situazione economica di quanti la scelgono. Come già avveniva nel medio evo, quando i principi e le città sovvenzionavano gli studenti che giungevano nelle grandi Università da ogni parte d'Europa: un tipo di investimento che – possiamo ben dirlo col senno di poi – avrebbe trovato incondizionato consenso presso ogni più rigoroso analista dei costi e benefici.

CONTRATTO E CAUSA NEL DIRITTO ROMANO *

SOMMARIO: I. LO STATO DELLA QUESTIONE. – 1. La categoria generale di contratto e l'azione contrattuale generale: l'interpretazione delle fonti romane. – 2. Le nozioni della giurisprudenza classica: a) l'azione contrattuale generale. – 3. (*segue*): b) la nozione generale di contratto. – II. LA CAUSA COME ELEMENTO DELLA FATTISPECIE CONTRATTUALE. – 1. Il riferimento alla causa in Aristone. – 2. Originalità dell'impiego di "causa" nel linguaggio tecnico di Aristone. – III. CONCLUSIONI. – 1. "Causa contractus": una dottrina smarrita e ritrovata.

I. – LO STATO DELLA QUESTIONE

1. *La categoria generale di contratto e l'azione contrattuale generale: l'interpretazione delle fonti romane*

In materia contrattuale, l'impiego della nozione di *causa* ha speciale rilevanza in rapporto con l'idea della categoria generale di contratto.

Questa affermazione banale contiene già di per se stessa la notizia che il tema è certo fra quei pochi per i quali nella letteratura romanistica manca un approfondimento conveniente, o comunque paragonabile a quello che le sue tematiche hanno in genere conosciuto dopo pressoché nove secoli di letteratura, per non far conto se non di quella iniziata insieme con la scuola di Bologna. Le ragioni di ciò sono diverse per la letteratura moderna e per quella dell'epoca intermedia: voglio dire, da un lato per la letteratura storica – quella che, specie dopo l'entrata in vigore del codice civile tedesco, ha fatto del diritto romano un capitolo della storia del diritto – e dall'altro per la letteratura dell'epoca del "Nachleben", della "Wirkungsgeschichte" del diritto romano come diritto vigente.

Comincio con la letteratura moderna.

Qui ha avuto luogo una semplice sventura. Leggendo le fonti, se ne desume con chiarezza che Labeone – siamo dunque all'epoca di Augusto, e precisamente all'inizio di quella che oggi qualificiamo l'epoca classica della giurisprudenza romana –, se ne desume, dicevo, che Labeone diede la definizione del contratto come categoria generale e che lo stesso giurista impiegò nelle proprie soluzioni casistiche

* Pubblicato in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di Letizia Vacca, Torino 1997.

un'azione contrattuale generale, da lui stesso indicata come *actio in factum civilis* e dai giuristi successivi più sovente denominata *actio praescriptis verbis*, impiegata soprattutto, ma non esclusivamente, per offrire protezione alle convenzioni contrattuali atipiche. Orbene, la critica interpolazionistica, che – con radici nella giurisprudenza elegante, ma, nella sua versione moderna, iniziata verso gli anni ottanta del XIX secolo – diede un carattere particolare al primo stile della moderna scienza romanistica storica, non appena si accorse che era il caso di affrontare il problema storico dell'introduzione di un'azione contrattuale generale basata su di una nozione generale di contratto, decise che anche rispetto a questo problema le fonti romane erano da riscrivere, che quelle tramandateci erano interpolate, che l'azione contrattuale generale non era esistita in epoca classica e la definizione di Labeone, se mai era stata scritta, non aveva alcuna importanza. Questo modo di vedere della letteratura interpolazionistica ha creato immantinentemente una tenace *communis opinio*, a scalzare la quale sono valse, in particolare, gli sforzi di Raimondo Santoro, del Burdese, del Talamanca, di Filippo Gallo e di altri ragguardevoli personaggi¹: ma ciò non toglie che tutta la tematica si presenti ancora come nuova e non esaurientemente precisata.

Ma quel che più interessa, è di spiegare lo stato insoddisfacente della letteratura intermedia.

Qui ha giocato in modo inconscio una serie di scelte dei compilatori giustiniane. Con ciò non intendo dire che i commissari, che redassero il Digesto, avessero l'intenzione di abbandonare la concezione labeoniana del contratto come categoria generale, né la sua applicazione in rapporto con l'impiego dell'azione contrattuale generale, perché conservarono un notevole numero di testi che presentano la relativa casistica. Ma questa è sparsa qua e là nel Digesto, nel contesto soprattutto della trattazione di singoli contratti tipici. La definizione labeoniana di contratto è isolata nel titolo D. 50, 16 *de verborum significatione* (fr. 19), fra un testo che spiega i significati di “*munus*” e un altro che si riferisce bensì a “*contraxerunt*”, ma solo per chiarire che verbi come questo, e come “*gesserunt*”, *non pertinent ad testandi ius*. Più grave – per meglio dire: quel che storicamente è stato più rilevante – è il fatto che, in quella che i compilatori stessi paiono aver scelto come la *sedes materiae* dei contratti innominati, essi inserirono una sequenza ulpiana concepita in un modo tutto particolare e, impiegata così, affatto fuorviante. Il luogo proviene dal quarto libro di Ulpiano *ad edictum*, dove questo giurista, commentando la clausola editta-
le *de pactis*, trattava delle *conventiones* e cominciava (D. 2, 14, 5) col distinguere tre *species*: una corrispondente a quelle che *ex publica causa fiunt* e due che hanno luogo *ex causa privata*, cioè le *conventiones legitimae* e le *conventiones iuris gentium*. Nel testo è ancora contenuta la definizione delle convenzioni pubbliche², mentre, per definire le convenzioni *legitimae*, veniva utilizzato un frammento di

¹ La bibliografia è raccolta nell'ultima nota.

² D. 2, 14, 5 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Conventionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt*

Paolo³. Col successivo fr. 7 i compilatori riprendevano il testo di Ulpiano, ove si cominciava col dire che le *conventiones iuris gentium*, che sono poi quelle che qui in particolare ci interessano, talora producono azioni e talaltra unicamente eccezioni:

D. 2, 14, 7 pr. (Ulp. 4 ad ed.): *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.*

Prendendo dunque in esame anzitutto quelle che producono azioni, e cioè obbligazioni, Ulpiano diceva che tali accordi non vengono in pratica identificati col nome generico di *conventiones*, ma assumono una specifica denominazione come contratto: compravendita, locazione, società, comodato, deposito etc.:

D. 2, 14, 7, 1 (Ulp. 4 ad ed.): *Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.*

Si tratta appunto del testo sulla base del quale è stata creata la nostra terminologia di “contratti nominati”, mentre quella di “contratti innominati” proviene dal seguito, in cui il giurista diceva che, se la *conventio* non può essere identificata con un contratto tipico – il che, per un giurista romano, significava contratto munito di specifica azione prevista nell’editto pretorio – essa produce tuttavia obbligazioni – letteralmente: si tratta tuttavia di un atto ad effetto obbligatorio: “*esse obligationem*” – purché “le sussista una causa”, “*subsist tamen causa*”, come “*eleganter Aristo Celso respondit*”.

D. 2, 14, 7, 2: *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsist tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem.*

Ora, nel seguito, Ulpiano ricordava a qual proposito Aristone formulò a Celso la detta precisazione, e così si metteva a parlare di un tema particolare, perché la discussione fra i due giuristi, come pure quella, poi ancora ricordata da Ulpiano, tra Mauriciano e Giuliano, non riguardava il problema generale dei contratti innominati, ma lo speciale problema della tutelabilità delle *dationes ob rem* come contratti innominati, invece che unicamente sotto il profilo dell’arricchimento ingiustificato: vale a dire il problema della possibilità di dar loro sanzione mediante l’azione contrattuale generale e non unicamente mediante la *condictio* per la restituzione,

aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium. publica conventio est, quae fit per pacem, quotiens inter se duces belli quaedam paciscuntur.

³ D. 2, 14, 6 (Paul. 3 ad ed.): *Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur. et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur.* Frammento destinato ad una rilevanza speciale nel diritto intermedio, in ordine alla introduzione di una *condictio ex lege*, direttamente fondata su Paul. D. 12, 2, 1, con cui venne connessa anche la *condictio ex canone*: Goffredus de Trano, *Summa decretalium*, c. 1 X 1, 35 de pactis, n. 6 e 9.

causa non secuta, del *datum ob rem*. Questo discorso, inserito a questo punto nel Digesto, ha creato nei giuristi medievali la convinzione che la *datio ob rem* fosse il contratto innominato⁴ ed ha poi anche convinto gli interpolazionisti – qui è più duro capire perché – che la tutela delle convenzioni atipiche in diritto classico avvenisse solo ove queste fossero riconducibili ad una protezione mediante *condictio* e che l'azione contrattuale generale se la fossero inventata i Bizantini.

Le cose non finiscono qui. Il problema del *datum ob rem* è trattato ancora nel Digesto, in un lungo frammento di Paolo, retto dalla caratteristica schematizzazione dommatica di questo autentico epigono del pensiero classico. In esso il giurista (così almeno appare dal passo del Digesto: forse nell'originale la sequenza logica era meno pindarica) parte dallo schema della *datio ob rem* per ampliarla in quella generale dell'accordo che accompagna una qualsiasi prestazione eseguita in vista di controprestazione:

D. 19, 5, 5 pr. (Paul. 5 *quaest.*): *Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. in hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicere potest. qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur.*

Paolo trattava del tema in tutta la sua varietà, sicché riconduceva la tutela delle diverse situazioni ad azioni diverse, alternando (vedi ad esempio D. 19, 5, 5, 2) un'azione contrattuale tipica (*locatio erit, sicut superiore casu emptio*), la *civilis actio in hoc quod mea interest* (cioè l'*actio praescriptis verbis*), la *ad repetendum condictio* (alternativa espressa anche con le parole *condici ei potest vel praescriptis verbis agi*), l'*actio de dolo* o un'*actio in factum*⁵. Ma il fatto è che i compilatori di Giustiniano hanno inserito questo *tractatus* di Paolo (un lungo *tractatus* che si dipana per molti paragrafi) nel titolo D. 19, 5, *sedes materiae* insieme per le azioni *in factum* e per l'azione contrattuale generale, dando ancora l'impressione che lo schema degli accordi *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* fosse quello che sintetizzava la casistica del contratto innominato.

La conseguenza di tutto ciò fu che i glossatori e i commentatori costruirono il contratto innominato come *contractus realis*, da intendersi qui come fattispecie consistente nell'esecuzione di una prestazione accompagnata dall'accordo che prevede una controprestazione.

Naturalmente i glossatori partivano dalla nozione di contratto reale che compare in Gai. (2 *aur.*) D. 44, 7.1, 2-6 e I. 3, 14, in part. § 2-4, che è quella (ben diversa dal *re obli-*

⁴ Fra le glosse a D. 2, 24, 7 vedi in part. (al pr.) la gl. *iuris gentium* e la successiva gl. *sed cum*, nonché (al § 2) la gl. *causa*.

⁵ La chiusa del testo va integrata nel modo seguente: *si ignorans in factum<: sed ego puto omnimodo dandam in factum> civilem*. Vedi CANNATA, *Der Vertrag*, 1995, 68, n. 35.

gari della giurisprudenza classica) di contratto per perfezionare il quale non basta il consenso, ma si esige la consegna di una cosa; ma essi, in conformità col linguaggio del cit. Paul. D. 19, 5, 5 (ove l'*ob rem dati tractatus* si articola nella quadruplici casistica di *do tibi ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*), ne ricavarono una nozione più estesa, di «contratto per la conclusione del quale è necessaria l'esecuzione di una prestazione» (sc.: sia essa di dare o di fare) che impiegarono per il contratto innominato. Ma in tale impiego, la nozione di contratto reale veniva ad assumere un senso tutto speciale e nuovo, perché voleva esprimere l'idea che il contratto innominato è concluso con l'esecuzione di una delle prestazioni che realizzano lo scambio che del contratto costituisce l'oggetto. Di questo ulteriore salto i glossatori non paiono essersi resi esattamente conto: nella gl. *nomen suum habent* a D. 19, 4, 1, ad esempio, la realtà della permuta (contratto innominato) è dommaticamente ricondotta a quella di comodato e deposito.

Ciò significava non solo ridurre la nozione di contratto innominato in confini assai ristretti, ma altresì costruirla prescindendo dall'impiego della categoria generale di contratto: il che costrinse la giurisprudenza successiva a ricreare una categoria generale di contratto ed una nuova nozione di contratto innominato, cosa che essa fece riscoprendo o ricostruendo la sostanza di nozioni che nelle fonti non mancavano, ma si erano smarrite.

Per vero, la storia di questi problemi non è così semplice e lineare, neppure nell'epoca classica. Raccoglierò qui una serie di singole considerazioni, il legame fra le quali sarà – spero – facilmente colto dal lettore:

a) Labeone aveva bensì creato un'idea del contratto innominato del tutto slegata dalla necessità dell'esecuzione di una prestazione. Nel caso esposto in

D. 18, 1, 50 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur.*

egli recuperava con l'azione contrattuale generale, e quindi sotto il profilo del contratto innominato, un contratto di vendita inefficace (anzi, secondo la dommatica romana, non ancora perfezionatosi⁶) per la perdurante pendenza della condizione sospensiva alla quale era sottoposto (Ulpiano, come appare dalla fine dello stesso testo, abbando-

⁶ Per il senso di questa precisazione, si veda FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1990, in part. 124 ss. Nella prospettiva dommatica dei giuristi romani, la condizione era apposta all'atto, e non al rapporto che ne nasce. Con questo modo di vedere (che il Flume stabilisce con particolare riferimento alla *stipulatio*) concorda la precisazione dommatica contenuta in Ulp. D. 18, 1, 37 in materia di vendita. Sui rapporti tra dommatica dell'atto e dommatica del rapporto vedi anche (con riferimento al pensiero del Flume) CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SDHI*, 57, 1991, in part. 379 ss.

nerà questa via, arrivando ad ammettere l'esercizio dell'*actio venditi* sulla base di una finzione)⁷.

b) Se è ben vero che nei casi a noi noti, nei quali i giuristi classici da Labeone in poi riconoscono contratti innominati, la situazione descritta si inizia quasi sempre con una prestazione (spesso si tratta della consegna di una cosa a vario titolo), è tuttavia altrettanto vero, anzitutto, che spesso lo schema «prestazione eseguita in vista di controprestazione» non corrisponde a tali casi, a meno che, ad esempio, non si voglia – dico evidentemente per assurdo – concepire che nel comodato la consegna della cosa in prestito rappresenti la prestazione in vista della restituzione. Si può leggere in proposito:

D. 19, 5, 17, 1 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.*

Qui la consegna delle perle è certo necessaria perché il contratto (innominato) si concreti, ma essa non è la prestazione che si scambia con una controprestazione; l'affare concluso consiste nell'offerta in vendita delle perle (sollecitata o no dal compratore), aperta ad essere più o meno accettata. La consegna delle perle è considerata come determinante di un autonomo contratto in quanto di fatto genera un problema di rischio indipendente dalla successiva eventuale conclusione della vendita. Se non vi fosse stata tale consegna, l'individuazione del contratto innominato sarebbe stata inutile, perché l'attività delle parti si sarebbe identificata con i normali preliminari di una vendita futura.

Nel passo seguente, la soluzione mediante l'*actio praescriptis verbis* sembra essere di Ulpiano, e non di Labeone: Labeone doveva concedere l'*actio venditi*, considerando il contratto come sottoposto ad una condizione risolutiva (*si in triduo displicuissent*) non verificatasi, in quanto il compratore aveva scelto – con un atto non conforme agli accordi, e quindi che egli effettuava a suo rischio – di sperimentare i cavalli in una gara e, avendola vinta, non poteva poi asserire di non essere soddisfatto della merce, essendo il suo un *arbitrium boni viri* e non un *arbitrium merum*: questo ragionamento tecnico era certo, in realtà, costruito per mettere a carico del *desultor* il fatto di essersi valso di un espediente, diretto a procurarsi gratuitamente dei buoni cavalli per una gara importante:

D. 19, 5, 20 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*): *Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.*

⁷ L'orientamento di Ulpiano pare già risalire a Pomponio: D. 18, 1, 8 pr. Vedi, sull'adozione del principio dell'adempimento fittizio della condizione quando il suo inadempimento dipenda dal fatto di una parte, la letteratura in SANTORO, *Il contratto*, 1983, 113, n. 120, e in part. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano 1966, 223 ss.

Quanto alla soluzione di Ulpiano mediante *actio praescriptis verbis*, essa si basa su di un accordo tacito parallelo alla vendita (*ut experimentum gratuitum acciperes*)⁸, che è bensì accompagnato dalla consegna della cosa, ma è evidente che questa non costituisce la «prestazione eseguita in vista di controprestazione».

Nel paragrafo che segue il testo ora citato, il caso è di Mela (un contemporaneo di Labeone) e la precisazione che individua un contratto innominato di Ulpiano, che però interpreta il pensiero di Mela. Anche qui (nel caso che ci interessa, cioè quello in cui la vendita viene interpretata come sottoposta a condizione sospensiva non realizzatasi) l'*actio praescriptis verbis* viene data per un caso di consegna di cosa in vista di un esperimento, questa volta gravato da una remunerazione, che non è però la controprestazione della consegna *ad experiendum* (infatti Ulpiano non pensa ad un'*actio ex locato*, come dovrebbe essere in tal caso): questa resta fatta in vista della vendita e serve solo a rendere possibile l'esperimento stesso.

D. 19, 5, 20, 1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et, si placuissent, emeris, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces an merces tantum. et ait Mela interesse, utrum emptio iam erat contracta an futura, ut, si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur: sed non eximit de actionibus. puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari.*

c) Del resto, se lo schema necessario per ammettere la tutela di un contratto innominato fosse stato quello della «prestazione eseguita in vista di controprestazione», nella polemica che oppose, nel II secolo, prima Aristone a Celso e poi Mauriciano a Giuliano (Ulp. D. 2, 14, 7, 2), Celso e Giuliano non avrebbero potuto dubitare dell'utilizzabilità dell'*actio praescriptis verbis* per gli accordi *do ut des/facias*.

d) In generale, si deve sottolineare poi che, nell'insieme, data l'amplissima capienza della tipologia corrispondente alle azioni edittali, la casistica romana del contratto innominato non risulta posta in funzione della creazione di nuove strutture contrattuali. La categoria generale di contratto e la relativa azione generale vengono piuttosto impiegate per trovare soluzione a casi concreti che si sottraggono alla tutelabilità mediante azioni tipiche per qualche particolare degli affari gestiti dalle parti. Ora, nella realtà della pratica, avviene evidentemente di rado che (come nel caso di Ulp. Lab. D. 18, 1, 50) due soggetti, che si trovano in situazione litigiosa per un affare concluso, non abbiano ancor fatto proprio nulla per eseguirlo. Se si legge, per esempio:

D. 19, 5, 17, 3 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Si, cum unum bovem haberem et vicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et ille mihi bovem commodaremus, ut opus faceret, et apud alterum bos periret, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est.*

⁸ Noto di passaggio (in funzione del discorso che svolgerò più avanti nel § 4) che l'accordo sull'esperimento gratuito non è un accordo gratuito, in quanto anche il proprietario del cavallo – che è un *equus venalis*, cioè offerto in vendita – vi ha un interesse.

si vede chiaramente che la consegna di uno dei buoi non è affatto indicata come necessaria in se stessa per l'efficacia dell'accordo: solo che il problema pratico si pone solo dopo la consegna, ed è in tale contesto che si pone pure il problema (risolto negativamente) dell'esperibilità dell'*actio commodati*.

e) Una limitazione di principio della tutelabilità dei contratti innominati agli accordi che prevedano uno scambio quando una delle prestazioni sia stata già eseguita è enunciata in un passo, dove, in tema di permuta, nel contesto del confronto di questo contratto con quello di compravendita, si trova scritto così:

D. 19, 4, 1, 2 (Paul. 32 *ad ed.*): *Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione, mandato.*

Paolo è un giurista che non di rado presenta tentativi di sistemazione dommatica di problemi tradizionalmente affidati all'analisi casistica, che portano a schematizzazioni inaridite; ma non è veramente certo che questa volta l'operazione sia da ascrivere a lui. Per sostenere che il passaggio riportato non sia genuino non bastano però rilievi formali come quelli fatti dal Perozzi (per la letteratura, vedi SANTORO, *Il contratto* [1983], 163 s., n. 231). Certo la parte *alioquin*-fin. – senza la quale il passo indicherebbe solo una particolare costruzione del regime della permuta, sicuramente conforme ad una prassi assai antica – ha piuttosto l'aria di un glossema basato su di un'interpretazione scorretta del discorso di Ulpiano, che conosciamo da D. 2, 14, 7, 1-2, e scritto in modo piuttosto ingenuo e anche buffo (*quod in his damtaxat receptum est, quae nomen suum habent*: si sta parlando della *permutatio*, e la si è appena chiamata per nome). L'affermazione contenuta in tale frase è, in ogni modo, puntualmente contraddetta da quanto scriveva Ulpiano, in un testo che leggeremo ancora, nel quale il giurista considera l'accordo intercorso fra un informatore e il proprietario di uno schiavo in fuga, circa un compenso per informazioni sul nascondiglio di quest'ultimo:

D. 19, 5, 15 (Ulp. 42 *ad Sab.*): *... quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est ut, si indicasset adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis.*

Nella stessa linea è un altro testo di Ulpiano:

D. 12, 4, 3, 4 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Quin immo et si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur [id est conditionem defuncto quoque eo]⁹.*

⁹ La chiusa proviene con evidenza da un glossema, che tendeva ad inserire la soluzione nella tematica generale del contesto (la *datio ob rem* e la *condictio, re non secuta*), dalla quale il passo citato invece usciva proprio nel proporre un caso in cui «*nihil tibi dedi, ut manumitteres*».

In entrambi i testi di Ulpiano le azioni (cioè le obbligazioni) sono considerate originate dall'accordo (D. 19, 5, 15: *solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ... conventio ista non est nuda*; D. 12, 4, 3, 4: *nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem ... competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur*). È chiaro che le azioni non potranno essere utilmente esperite se una prestazione non venga eseguita, ma ciò dipende nel primo caso dalla struttura dell'affare, nel secondo dalla connessione sinalagmatica tra le prestazioni. Nel primo caso il patto è: *si indicasset adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur*, quindi l'obbligazione è solo del proprietario dello schiavo, condizionata dal fatto che l'altra parte fornisca l'informazione, e che questa si riveli utile; l'azione si avrà dunque solo da parte dell'informatore se, verificatasi la duplice condizione, l'altro non paghi. Nel secondo caso il patto sembra da intendersi nel senso che le parti si obblighino alle prestazioni reciproche, ma, per la struttura del sinalagma, l'una agendo contro l'altra non otterrà nulla se non abbia eseguito: A potrà pretendere la manomissione solo offrendo il denaro, B potrà pretendere il denaro solo avendo manomesso.

Il testo di Paolo ha comunque fornito lo spunto per una delle glosse medievali, nelle quali appare la costruzione del contratto innominato come contratto reale (la cit. gl. *nomen suum habent ad h.l.*).

f) Per quanto concerne la giurisprudenza classica, dall'insieme dei testi citati, che certo non esauriscono, ma rispecchiano bene l'insieme delle informazioni che possediamo, si desume che i giuristi trattarono la materia del contratto innominato con metodo squisitamente casistico, individuando, a seconda delle caratteristiche dell'affare sul quale le parti si erano accordate, la formazione del contratto al momento della pura e semplice conclusione dell'accordo, ovvero dopo che un inizio di esecuzione aveva avuto luogo, così come avevano pure costruito, in passato, i contratti consensuali tipici, dove avevano ritenuto necessaria, per l'efficacia di alcuni, la consegna di una cosa: in comodato e deposito perché vi individuavano la prestazione principale nella restituzione della cosa che del contratto rappresenta l'oggetto, e l'obbligo alla restituzione non può sorgere senza la consegna; nel pegno manuale perché il contratto è diretto alla costituzione del diritto reale di garanzia, che era a sua volta costruito come connesso con il possesso della cosa pignorata; senza che ciò impedisse loro di costruire il *pignus conventum* con tutt'altra struttura, perché qui il diritto reale che ne consegue è indipendente da una situazione possessoria del creditore pignoratizio.

Resta in ogni caso provato che, allo stato delle fonti, la tesi, che attribuisce alla giurisprudenza classica una costruzione del contratto innominato come in generale, o meglio di per sé, soggetto all'esigenza che una prestazione sia stata eseguita, non è sostenibile.

2. Le nozioni della giurisprudenza classica: a) l'azione contrattuale generale

Le incomprensioni della dottrina moderna circa il senso della categoria generale di contratto ed il suo impiego pratico nel diritto romano classico dipendono in gran parte dalla incapacità, manifestata troppo spesso dai romanisti, di comprendere in che cosa consistesse l'azione contrattuale generale come tale, intendo dire

dal punto di vista processuale¹⁰: il che è abbastanza stupefacente, perché dell'azione noi possediamo anche una descrizione precisa in uno scolio dei Basilici. Cercherò dunque di chiarire questo punto.

Sotto il profilo della sua comprensibilità da parte dei romanisti moderni, la specifica sventura dell'azione contrattuale generale romana è stata di venire usualmente denominata, nell'epoca classica, *actio praescriptis verbis*, invece che *actio in factum civilis*, come la qualificava piuttosto Labeone¹¹, che – a quanto pare – l'aveva introdotta. Le due denominazioni hanno in sostanza – come vedremo – lo stesso valore, ma quella di *actio praescriptis verbis* allude specificamente alla struttura formulare dell'azione, e siccome per la tecnica delle formule noi siamo irrimediabilmente tributari di Gaio e della sua terminologia, nell'espressione “*actio praescriptis verbis*” i romanisti sono stati indotti ad individuare un'azione munita di una clausola del genere di quelle che Gaio denomina *praescriptiones*: invece, *actio praescriptis verbis* significa precisamente, per restare tuttavia nella terminologia gaiana, «azione munita di una speciale *demonstratio*». Che le cose stessero esattamente così, lo sappiamo con certezza, perché lo scolio 1 di Stefano a B. 11, 1, 7 (Heimb. I, 559; Schelt. BI, 188) contiene, della formula dell'azione, una descrizione precisa, che possiamo tradurre così¹²: «Dunque io accordo un'azione *incerta*, vale a dire *praescriptis verbis*, la quale reca il fatto nel luogo proprio della *demonstratio*, passa poi ad un'*intentio incerta*, per concludere poi nel modo solito, cioè con l'usuale *condemnatio*».

L'ambiguità della terminologia (*praescriptio-demonstratio*) può forse spiegarsi con riferimento ad una vicenda – che può avere avuto luogo nell'epoca repubblicana – dell'evoluzione della tecnica delle formule. Il termine *praescriptio* significa propriamente – ciò è chiaro ancora in Gaio – «clausola scritta (sulla tavoletta in cui è redatto il decreto pretorio di *datio iudicii*) prima della formula», il che equivale concretamente a «clausola scritta prima della nomina del giudice». Ora, è ben probabile che la clausola dei giudizi di buona fede denominata da Gaio *demonstratio*, la quale al suo tempo apriva la formula – subito dopo la nomina del giudice – e si iniziava con un *quod* reggente l'indicativo perfetto (*quod A^s A^s N^o N^o hominem Stichum vendidit, q.d.r.a.*), rappresenti la trasformazione di un'originaria *praescriptio*, scritta dunque prima della nomina del giudice, nella forma: «*ea res agatur de eo, quod A^s A^s N^o N^o hominem Stichum vendidit*».

Quale fosse la funzione di tale *praescriptio-demonstratio* nell'azione contrattuale generale è chiarissimo nella denominazione che per quest'ultima adottava il suo inventore Labeone. Egli, come si è detto, parlava di *actio in factum civilis* riferen-

¹⁰ Si veda la compiuta messa a punto del BURDESE, *I contratti innominati*, 1994, 73 ss.

¹¹ Pap. Lab. D. 19, 5, 1, 1; anche il § 2 dello stesso testo.

¹² Non riporto il testo greco per ragioni tipografiche. Nella traduzione ho scritto in lingua latina le parole che il testo greco usa non in greco, ma solo traslitterando in caratteri greci i termini latini impiegati.

dosi evidentemente alla natura dell'azione stessa. Si trattava di un'azione *in factum*, nel senso che essa conteneva la descrizione di un accadimento, che veniva dedotto in giudizio come oggetto del processo; descrizione redatta in termini di fatto, e quindi di per se stessa non allusiva ad un rapporto giuridico previsto dal *ius civile*: il che risultava necessario perché la formula in questione era appunto destinata a far valere nel processo situazioni di per sé non previste come oggetto di azioni civili (per definizione, nel caso dei contratti innominati), ovvero veniva impiegata per evitare l'esperimento di un'azione civile, in quanto la scelta fra le alternative tipizzate nell'editto sarebbe risultata pericolosa per l'attore ove la qualificazione giuridica del rapporto dedotto si presentasse incerta prima dell'assunzione delle prove, sicché una scelta dell'azione, fatta *in iure*, si sarebbe potuta rivelare poi scorretta¹³. Ma, pur dunque se *in factum*, non si trattava di un'azione pretoria, come normalmente sarebbe stata invece un'*actio in factum*: perché nell'azione contrattuale generale la descrizione dei fatti non stava nell'*intentio*, bensì nella *demonstratio* che le è *praescripta*; l'*intentio* era *in ius concepta*, perché si trattava della canonica *intentio civilis incerta*¹⁴ delle azioni da contratto consensuale (*quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona*), che faceva allusione ad un rapporto d'obbligazione del *ius civile* (*dare facere oportet ex fide bona*), espressamente indicato come desumibile (*ob eam rem*) dai fatti descritti nella *demonstratio* che precede. In altre parole, l'*actio in factum civilis* è un'azione da contratto consensuale, con tutti i connotati di tali azioni, solo che nella *demonstratio* non vi compare, come invece nelle azioni per i contratti tipici, un accadimento descritto in termini già tecnici – tipici – allusivi ad una specifica fonte d'obbligazione, anche se a quella diversa descrizione in termini di fatto l'*intentio* allude poi come ad una fonte d'obbligazione. In un'azione tipica da contratto consensuale la *demonstratio* suona – ad esempio nel caso dell'*actio venditi* – «*quod A^s A^s N^o N^o hominem Stichum vendidit q.d.r.a.*»; nell'azione contrattuale generale avremmo invece – per esempio, nel caso discusso fra Giuliano e Mauriciano in Ulp. D. 2, 14, 7, 2 – «*quod A^s A^s N^o N^o hominem Stichum dedit ut is Pamphilum manumitteret q.d.r.a.*»; ma, entrambe queste indicazioni saranno prese, nelle rispettive azioni, come presupposto dal quale dedurre «*quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona*», cioè un rapporto d'obbligazione civile.

Con la denominazione alternativa di *actio praescriptis verbis*, la giurisprudenza successiva a Labeone faceva allusione dunque in modo specifico alla struttura del-

¹³ Vedi il cit. Pap. Lab. D. 19, 5, 1, 1.

¹⁴ Per questo nelle fonti l'*actio praescriptis verbis* viene talora indicata anche come *actio civilis incerti*: ma questa locuzione non deve essere intesa come una denominazione dell'azione, bensì come l'indicazione del *genus* al quale essa appartiene. Ciò è chiaro, ad esempio, in Ulp. D. 2, 14, 7, 2, dove «*ille* (sc.: Mauriciano) *ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis, sufficere*» deve essere inteso nel modo seguente: «egli dice essere sufficiente l'*actio civilis incerti* che già esiste per il caso proposto, cioè, precisamente, quella *praescriptis verbis*»; si tratta di un impiego analogo a quello di *actio civilis* in Ulp. D. 19, 5, 15 (*ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis*).

la formula (e non alla natura dell'azione), per precisare che i *verba* che descrivono il fatto non entrano nell'*intentio*, ma compaiono "prima di essa".

3. (segue): b) *la nozione generale di contratto*

Come azione sussidiaria rispetto alle azioni contrattuali tipiche, l'*actio in factum civilis* sanzionava dunque gli accordi contrattuali in generale. Quali fossero gli elementi necessari e sufficienti per riconoscere la figura meritevole di tale tutela, era stato precisato da Labeone con una definizione, sulla quale la dottrina romanistica ha versato da tempo – come si dice – fiumi di inchiostro, ma che ha cominciato ad essere esplorata come si deve solo da quando, una ventina d'anni fa¹⁵, Raimondo Santoro ha capito che essa andava studiata nell'insieme delle testimonianze del pensiero di Labeone o connesse con esso.

La definizione di cui parliamo è quella riportata da Ulpiano in D. 50, 16, 19: in essa Labeone, in un contesto che non è facile ricostruire, isolava in ogni modo il contratto dagli *actus* che hanno luogo *re, verbis e litteris*, atti che, ove creativi d'obbligazioni, rappresentano sempre soltanto l'impegno di una parte verso un'altra: il contratto invece, in quanto *contra-actus*, corrisponde ad un *ultra citroque obligari*. Quel che con ciò Labeone volesse esattamente dire è stato a lungo discusso, oscillando i romanisti fra due tesi: secondo una prima, e più diffusa, Labeone avrebbe definito, nel luogo citato, il contratto con riguardo ai suoi effetti, e cioè come atto obbligatorio bilaterale; secondo l'altra tesi, propria soprattutto del Santoro, la definizione labeoniana avrebbe adottato il punto di vista della conclusione del contratto, individuandolo come negozio bilaterale. In realtà, Labeone non poteva definire il contratto né nell'un modo né nell'altro: perché la casistica labeoniana che ci restituiscono i digesti applica l'azione contrattuale generale anche a situazioni contrattuali senza obbligazioni reciproche, e perché, per converso, individuare il contratto come negozio bilaterale non lo avrebbe affatto isolato rispetto agli *actus* ed in particolare alla *stipulatio*.

L'idea di Labeone era che il contratto consiste in un accordo relativo ad un affare che le parti considerano interessante per entrambe, sicché nel concluderlo esse si impegnano l'una verso l'altra a quanto sia necessario fare per realizzarlo. La definizione riguarda dunque la conclusione del contratto e non i suoi effetti, ma non riguarda le dichiarazioni, bensì l'atteggiamento delle parti. La sua idea, Labeone la chiariva ulteriormente con un riferimento al greco *synallagma*, un voca-

¹⁵ L'indagine del Santoro, sfociata nel volume (per l'esattezza, un estratto dagli APal. 37), *Il contratto nel pensiero di Labeone*, che apparve nel 1983, era già compiuta e interamente manoscritta nel 1979, quando l'autore ne presentò metodo e conclusioni al congresso SIHDA (allora SIDA) di Palermo, in una comunicazione poi apparsa negli *Studi Arena*, Palermo 1980, col titolo: *Riflessioni sul contratto nel pensiero di Labeone*.

bolo che al tempo significava appunto affare, e precisamente affare di commercio, cioè che interessa entrambe le parti¹⁶.

II. – LA CAUSA COME ELEMENTO DELLA FATTISPECIE CONTRATTUALE

1. *Il riferimento alla causa in Aristone*

L'idea di Labeone, che il contratto fosse da identificare come atto d'impegno reciproco (*ultra citroque obligatio*) per la realizzazione di un affare che interessa entrambe le parti (*synallagma*), fu ripresa con autorità e con forza speciale da Aristone. Leggendo la testimonianza principale che abbiamo in proposito (Ulp. D. 2, 14, 7, 2)¹⁷, se ne ricava una conclusione abbastanza strana: e cioè che il diffuso equivoco moderno sul senso di quella definizione – di vedervi cioè una definizione di contratto come di un atto ad effetti obbligatori reciproci – fosse già presente nella giurisprudenza non di molto successiva a Labeone, e nientemeno che presso Celso prima e Giuliano poi.

Il passo di Ulpiano, dal quale conosciamo queste cose, ci informa in primo luogo di una corrispondenza epistolare intercorsa tra Celso e Aristone, nella quale quest'ultimo rispondeva al primo chiarendogli che accordi del tipo «*dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*» sono contratti e dunque producono obbligazioni civili. La conclusione, Aristone l'enunciava dicendo «*hoc synallagma esse et hinc nasci civilem obligationem*», il che significa esattamente: «questi accordi rappresentano un *synallagma* nel senso di Labeone e ne nasce pertanto un rapporto d'obbligazione protetto con azione civile».

Nella traduzione proposta, con “rapporto d'obbligazione” ho inteso esprimere l'idea dello “Schuldverhältnis als Organismus”; vi ho anche reso esplicito che l'allusione al *synallagma* significava, per Aristone, allusione alla definizione labeoniana di contratto. Va

¹⁶ Sul senso della definizione labeoniana del contratto vedi, con indicazioni bibliografiche essenziali, CANNATA, *Der Vertrag*, 1995, 62 ss.

¹⁷ Riporto l'intera sequenza: D. 2, 14, 7 pr. (Ulp. 4 ad ed.): *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. 1: Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. 2: Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc “synallagma” esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo “synallagma” dicit, unde haec nascitur actio.*

precisato ancora che Aristone sta chiarendo che in questi casi nascono obbligazioni dall'accordo contrattuale (cioè *consensu*) e non in conseguenza della *datio* (cioè *re*).

Dalla risposta di Aristone si desume con chiarezza anche quale fosse la posizione contraddetta, cioè quella di Celso. Il tema era quello degli effetti giuridici delle *dationes ob rem* (*do ut des; do ut facias*) che si concretavano in un atto di attribuzione accompagnato da un accordo relativo ad una controprestazione. Tali situazioni erano tradizionalmente analizzate nel modo seguente: la controprestazione prevista rappresenta la *causa* dell'attribuzione patrimoniale, la quale dunque, mancando poi tale controprestazione, verrà a trovarsi priva di causa e sarà ripetibile con la *condictio*.

L'obbligazione alla restituzione nasce *re* (come nel mutuo e nel pagamento d'indebito) e non *consensu*, e trova il proprio fondamento equitativo¹⁸ nel principio che esclude l'arricchimento ingiustificato. Il problema che Celso discuteva era evidentemente di sapere se nelle stesse situazioni potesse ravvisarsi una situazione contrattuale in senso proprio, cioè di obbligazioni prodotte *consensu* e non *re*: per risolvere con ciò il problema pratico di sapere se ai casi in esame fosse applicabile, in concorso esclusivo con la *condictio*, anche l'*actio praescriptis verbis*, e quindi se il *dans* insoddisfatto potesse, invece che per la restituzione della prestazione eseguita, scegliere di agire per l'esecuzione della controprestazione mancata. Ora, se Aristone sosteneva la soluzione positiva sulla base dell'argomento che "*hoc synallagma esse*", ciò significa che Celso, nelle stesse situazioni (cioè negli accordi *do ut des* e *do ut facias*) non riconosceva i connotati del *synallagma* labeoniano¹⁹. La stessa cosa, notiamolo subito, avverrà poi fra Giuliano e Mauriciano: Giuliano voleva ricorrere ad un'azione *in factum* pretoria per applicare i principi dei contratti consensuali ad un caso di *do ut facias* in cui ciò era indispensabile, laddove Mauriciano (certamente in una nota al relativo luogo del primo giurista) opponeva ancora «*esse enim contractum, quod Aristo synallagma dicit*», per arrivare alla conclusione che non c'è bisogno di fabbricare un'apposita *actio in factum* essendovi già a disposizione l'appropriata azione civile incerta, cioè l'*actio praescriptis verbis*²⁰. Se, dunque, Celso e Giuliano non vedevano un *synallagma* negli accordi in questione (*do ut des/facias*), la ragione non poteva risiedere se non nel fatto che essi dovevano

¹⁸ Pomp. D. 12, 6, 14 e D. 50, 17, 206.

¹⁹ Quanto si legge in D. 12, 4, 16 (Cels. 3 dig.: *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim*) riguarda una diversa problematica. Non si deve mettere il passo in relazione con la discussione fra Celso e Aristone riportata in Ulp. D. 2, 14, 7, 2: quello della possibilità di identificare una *datio ob rem* con un contratto tipico è un problema del tutto diverso da quello della sua interpretabilità come contratto consensuale atipico.

²⁰ Su D. 2, 14, 7, 2 vedi più estesamente CANNATA, *Der Vertrag*, 1995, 66 ss.

avere inteso l'*ultra etroque obligari* labeoniano come allusivo ad atti ad effetto obbligatorio reciproco, mentre nelle fattispecie di *do ut des/facias* nascono obbligazioni in capo ad una sola parte.

Ora, dal testo che ci informa di tutto ciò risulta pure che l'essenza della nozione labeoniana di contratto, cioè l'elemento specifico che fa di una convenzione un contratto – vale a dire una fattispecie produttiva di obbligazioni civili e protetta con azione contrattuale civile anche al difuori dei casi in cui esista un'azione editale tipica – era esprimibile per Ulpiano, ma anche per Aristone dato che qui Ulpiano non fa che citare, con un'allusione alla *causa*. La frase è precisamente la seguente: «se la situazione non corrisponde a quella di un contratto nominato, essa produce tuttavia un rapporto d'obbligazione (e non unicamente eccezioni), ove sussista una causa»: *sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem*. Se leggiamo quanto Ulpiano aggiungeva poco dopo, riprendendo la stessa terminologia, ne cogliamo esattamente il valore:

D. 2, 14, 7, 4 (Ulp. 4 ad ed.): *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*.

Abbiamo dunque il sistema terminologico seguente: un accordo produce obbligazioni se è contratto, ed è contratto se è *synallagma* nel senso in cui questo termine era impiegato da Labeone, cioè per alludere ad una *ultra etroque obligatio*; per essere contratto, e precisamente *synallagma*, è necessario che all'accordo *subsit causa*; se *nulla subest causa* l'accordo è *nuda pactio* e non produce che eccezioni.

Ma se questo è il valore della terminologia, si tratta ancora di capirne il senso: di stabilire, cioè, che cosa volesse precisamente dire Aristone con l'espressione *subsit causa*.

I testi che possono qui venire in considerazione sono diversi: ma, come spesso accade in questi casi, quelli veramente rilevanti, tali da poter costituire un punto di partenza solido e da fornire argomentazioni conclusive, sono assai pochi. Nell' eseguire questa operazione di precisazione terminologica si deve tener conto di una circostanza: i passi fondamentali dai quali siamo partiti erano quelli della sequenza D. 2, 14, 7 pr.-2 e 7, 4, che è una sequenza ulpiana. Aristone vi è citato come il giurista al quale fa capo il modo di pensare esposto: nella prima parte del § 2 si riferisce la sua correzione con Celso e nella seconda parte, riferendosi l'analoga correzione di Mauriciano con Giuliano, per la nozione di contratto-*synallagma* il riferimento è direttamente ad Aristone (*esse enim contractum, quod Aristo synallagma dicit*). Noi sappiamo che Aristone riprendeva il pensiero di Labeone perché conosciamo la definizione labeoniana del contratto-*synallagma*, ma di Labeone non si fa più espressa parola in D. 2, 14, 7. Quel che invece appare chiarissimo dal passo, si è che Ulpiano maneggiava perfettamente, nel senso che l'aveva interamente fatta propria, la terminologia di Aristone. Questa conclusione ci permette di cercare in

Ulpiano elementi per risolvere il nostro problema: sicuri che quanto vi troveremo potrà con ogni verisimiglianza essere esteso ad Aristone, e comunque – quel che più importa – che quel che vi è scritto proviene da un giurista che aveva assimilato interamente il pensiero di Aristone e se ne era fatto, con i libri *ad edictum*, il definitivo veicolo di diffusione.

Ora, il ragionamento sul quale abbiamo visto fondarsi D. 2, 14, 7, 2 compare ancora, sostanzialmente identico, in un altro testo di Ulpiano, anch'esso contenente l'operazione di definizione dommatica di una situazione pratica, dove però Ulpiano non si riferisce ad alcun altro giurista ed usa una terminologia che, discostandosi un poco da quella di D. 2, 14, 7, 2, contribuisce a chiarirne il senso. Si tratta di

D. 19, 5, 15 (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi celentur [: quae res non facit eos fures]. solent etiam mercedem huius rei accipere et sic indicare, nec videtur illicitum esse hoc quod datur. quare qui accepit, quia ob causam accepit nec improbam causam, non timet conditionem. quod si solum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est ut, si indicasset adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis. [nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.]*

Preferisco tradurre prima il passo, in modo da chiarirne precisamente il senso: «Quelli che son venuti a sapere che qui o là si nascondono schiavi in fuga, di solito vanno ad indicare ai proprietari di costoro l'ubicazione dei nascondigli, onde evitare di essere poi accusati di furto per aver protetto i fuggitivi²¹. Usano anche ricever compenso per questo, e fornire così le indicazioni: né quel che viene dato in queste occasioni è illecito; perciò chi ha ricevuto è al riparo dalla *condictio*, in quanto ha ricevuto *ob causam* e per una *causa* che non è affatto *improba*²². E se nulla è stato pagato, ma ci si è messi d'accordo riguardo alle informazioni, nel senso cioè che se l'uno desse informazioni atte a permettere poi la cattura del fuggitivo, gli si darebbe allora una certa somma, vediamo se sia possibile agire poi per ottenerla. Ora, quest'accordo non è nudo, nel senso che si possa poi invocare il principio che il patto non genera azione, ma contiene un certo affare (*sed habet in se negotium aliquod*): dunque può nascerne un'azione civile, nel caso l'*actio praescriptis verbis*»²³.

²¹ La frase «*quae res non facit eos fures*» è certamente un innocuo glossema esplicativo. Lo si arguisce dal fatto che essa si inserisce nel contesto con un volo pindarico, sicché sono stato costretto, nella traduzione, ad esplicitarne il senso.

²² Ricordo, per chiarezza nella comprensione del discorso di Ulpiano, che la *condictio ob turpem causam* spettava a chi avesse pagato per ottenere dalla controparte un contegno cui questa era già tenuta; cfr. la casistica di Ulp. D. 12, 5, 2 pr.-1.

²³ Ometto di tradurre la chiusa (*nisi-arguatur*), che certo proviene da un glossema, questa volta altresì scorretto, in quanto non tiene conto della sussidiarietà dell'*actio de dolo*.

Il sistema terminologico e il meccanismo dommatico sono ancora quelli che conosciamo: un accordo atipico produce obbligazioni ed è sanzionato con un'azione civile, purché non sia un patto nudo. Quel che cambia in questo passo, rispetto a quanto avevamo letto in D. 2, 14, 7, 2, è che la circostanza che fa dell'accordo un contratto – un giurista medievale avrebbe detto: quel che veste il *pactum* –, invece di essere espresso con “*subsistit tamen causa*” (sc. all'accordo stesso), viene indicato come la circostanza che l'accordo “*habet in se negotium aliquod*”. L'identificazione da parte di Ulpiano della *causa* aristoniana con il *negotium aliquod* è inequivocabile²⁴.

Il circolo è così chiuso: voglio dire che abbiamo, a questo punto, un coacervo coerente di dati per la soluzione del problema: a) secondo Labeone, il contratto è *ultra citroque obligatio* vale a dire *synallagma*; b) per Aristone un accordo è *synallagma* se vi *subest causa*; c) Ulpiano, interpretando Aristone, dice che *subest causa* se l'accordo delle parti *habet in se negotium aliquod*, cioè se con quell'accordo le parti “hanno in qualche modo negoziato”. Quel che chiude il cerchio è il fatto che *negotium* è il vocabolo latino che meglio corrisponde – per l'epoca che ci interessa – al greco *synallagma*.

A questo punto abbiamo una prima conclusione parziale che riguarda il pensiero di Aristone e la sua terminologia: quel che fa di una convenzione atipica un contratto è la circostanza che con tale accordo le parti abbiano inteso impegnarsi in un qualche affare, e cioè in un'intrapresa a carattere economico che le interessa entrambe; quanto alla terminologia, un accordo è munito di *causa* se ha per oggetto un qualche affare, nel senso suddetto.

Le fonti lasciano intravedere che la concezione del contratto e della sua causa, che abbiamo or ora descritta, benché rappresenti senza dubbio il modo in cui Aristone riprendeva il pensiero di Labeone, contiene tuttavia del nuovo, nel senso che essa rappresenta una precisazione importante, se non dell'idea labeoniana in sé, almeno del suo significato pratico.

Quel che mi pare possa anzitutto desumersi da alcuni passi, che tosto presenterò brevemente, è che per Aristone era ben chiaro che il *negotium*, la cui presenza come oggetto dell'accordo vale a munirlo di *causa* e ne fa un *synallagma*, non può corrispondere ad un affare gratuito, cioè ad un affare, l'interesse alla realizzazione del quale appartenga ad una sola parte. Questa nozione l'abbiamo già potuta attribuire a Labeone, perché tanto il suo *ultra citroque obligari* quanto la sua assimilazione di questo al *synallagma* parlavano in tal senso: ma forse Labeone non aveva ancora ben precisa l'idea che un «negozio che interessa entrambe le parti» (meglio: «alla realizzazione del quale si impegnano entrambe le parti») si pone ne-

²⁴ Un impiego di *negotium* assai vicino a questo di Ulpiano è testimoniato, da Ulpiano stesso, per Labeone: D. 19, 5, 19 pr. (Ulp. ad ed.): *Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris, si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuum, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.*

cessariamente al difuori del campo della gratuità. Dico ciò sulla base della considerazione che sembrerebbe risalire a Labeone l'idea della tutela del comodato di immobili come contratto innominato, con l'*actio praescriptis verbis*.

All'inizio del suo commento all'editto relativo all'*actio commodati* scriveva Ulpiano:

D. 13, 6, 1 pr. (Ulp. 28 ad ed.): *Ait praetor: 'quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo'. 1. Huius edicti interpretatio non est difficilis. unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum Paconius²⁵ utendi fecit mentionem. inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli, sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait.*

Secondo Labeone, se fra *commodatum* e *utendum datum* esisteva un rapporto di *genus* e *species*, è evidente che, malgrado l'ordine delle parole nel testo, il *genus* è l'*utendum datum* e la *species* il *commodatum* (infatti: *utendam dari etiam soli – commodari rem mobilem, non etiam soli*); il comodato di immobile resterebbe dunque al difuori dello Schutzbereich dell'*actio commodati*. Ciò lascia presumere che Labeone proponesse una tutela del comodato di immobile con l'*actio praescriptis verbis*²⁶: Cassio intendeva evidentemente ricondurre nell'ambito dell'*actio commodati* la tutela del prestito d'immobile quando sosteneva che *proprie commodata res dicitur et quae soli est*. Il pensiero di Viviano e di Ulpiano lascia adito a dubbi. In Ulp. D. 13, 6, 1, 1 Ulpiano professa inequivocabilmente l'idea di Cassio, che *proprie commodata res dicitur et quae soli est* e riconduce in questo stesso filone l'idea di Viviano che *amplius etiam habitationem commodari posse*. Quel che si legge in un passo che proviene dallo stesso libro ulpiano:

D. 19, 5, 17 pr. (Ulp. 28 ad ed.): *Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et Vivianus ait posse: sed est tutius praescriptis verbis agere.*

parrebbe dunque da intendersi come segue: «Quanto all'abitazione gratuita, la sua tutelabilità mediante l'*actio commodati* è ammessa da Viviano²⁷, e – a quanto pare – solo da lui. Io (sc. Ulpiano) sarei d'accordo (perché, sulla scia di Cassio ammetto il comodato d'immobili): comunque è più prudente usare l'*actio praescriptis verbis*, perché non è escluso trovare un giudice che, anche se disposto ad ammettere il comodato di immobile, non concepisca il comodato dell'abitazione». Ora, quest'uso dell'*actio praescriptis ver-*

²⁵ Chi fosse questo *Paconius* non è possibile stabilire. Vedi PERNICE, *Labeo I*¹, Halle, 1872 (Teil A nel reprint Aalen 1963), 430, n. 22. L'opinione del PASTORI, *Il comodato* [sic!] *nel diritto romano*, Milano, 1954, 20 s., secondo la quale Paconio sarebbe stato il pretore che per primo accordò tutela con azione decretale ad un caso di prestito d'uso gratuito, non è dimostrata dall'autore e non pare dimostrabile.

²⁶ Per trarre questa conclusione, si deve respingere l'idea, implicita in quanto scriveva il Pernice (*Labeo I*¹ cit., 430, n. 22, sub 2), che il testo pregiuliano dell'*edictum de commodato* contenesse l'espressione *utendum dare*.

²⁷ Di questo giurista sappiamo solo che era citato da Celso, nel secondo libro dei *Digesta* (cfr. Ulp. D. 4, 8, 31, 11).

bis a tutela dell'abitazione gratuita potrebbe benissimo essere un residuo della tutela la-beoniana, mediante *actio praescriptis verbis*, del comodato di immobili. Con ciò si deve tuttavia non tener conto della meraviglia che suscita il ritrovar questa soluzione come suggerita da Ulpiano, che professava la rigorosa visuale aristoniana in materia di causa del contratto innominato.

La tesi contraria, e cioè genuinamente aristoniana, era invece professata da Pomponio:

D. 39, 5, 9 pr. (Pomp. 33 *ad Sab.*): *In aedibus alienis habitare gratis donatio videtur: id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit. potest enim et citra corporis donationem valere donatio, veluti si donationis causa cum debitor meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam.*

In ogni modo, la preoccupazione di Aristone di delimitare nel senso di una rigorosa esclusione di fattispecie gratuite – per indicare le quali si impiegano costantemente, nelle fonti, il termine e il concetto di *donatio* – il campo degli affari da sottomettere alla tutela mediante azione contrattuale emerge chiara da alcuni testi:

D. 39, 5, 18 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*): *Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert.*

con la casistica di D. 39, 5, 18, 1-2²⁸ e soprattutto, chiarissima, quella di

D. 19, 5, 16, 1 (Pomp. 22 *ad Sab.*): *Permisisti mihi ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.*

Ma della delimitazione tra contratto e donazione si era preoccupato anche La-beone²⁹:

D. 39, 5, 19, 1 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Labeo scribit extra causam donationum esse talium officiorum mercedes ut puta: si tibi adfuero, si satis pro te dederò, si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris.*

²⁸ D. 39, 5, 18, 1: *Denique refert Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur. 2. Idem Aristo ait, si donationis causa in hoc tradatur servus, ut post quinquennium manumittatur, sit autem alienus, posse dubitari an usucapiatur, quia aliquid donationis interveniret. et hoc genus quaestionis in mortis causa donationibus versari Pomponius ait et magis putat ut, si ita donetur, ut post quinquennium manumittatur, posse dici usucapionem sequi.*

²⁹ Non riguarda invece il tema, perché vi si tratta solo del regime della donazione, D. 39, 5, 18, 3 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit.*

Forse la differenza – se, come credo, si deve ammettere che una qualche differenza esistesse – fra il pensiero di Labeone e quello di Aristone dipendeva unicamente dal diverso modo in cui i due giuristi impostavano il problema della categoria generale di contratto in relazione all’impiego dell’azione contrattuale generale. In Ulp. Lab. D. 50, 16, 19, il testo che contiene la definizione labeoniana del contratto, tale definizione appare appoggiata ad un’esemplificazione composta da una serie di figure tipiche: *contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci ‘synallagma’ vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem*. Da ciò si può agevolmente arguire che Labeone costruiva il concetto di contratto per induzione, come sintesi delle note comuni alle figure contrattuali tipiche. Non possiamo sapere quali fossero queste figure, dall’insieme delle quali egli partiva per la sua costruzione concettuale, perché l’enumerazione, come la riporta Ulpiano in D. 50, 16, 19, ha carattere esemplificativo; è comunque assai probabile che Labeone vi vedesse la serie completata da comodato, deposito e pegno. Se ciò è vero, la nozione di affare (*synallagma*), secondo Labeone, doveva comprendere anche i negozi corrispondenti a tali tre contratti, di cui due – comodato e deposito – appartengono al settore della gratuità. Sicché quando poi egli passava ad applicare la sua nozione generale al problema della tutelabilità delle figure atipiche mediante l’azione contrattuale generale, ravvisato nel comodato di immobili una figura atipica, doveva considerarla *synallagma* per analogia con la figura tipica già da lui compresa nella propria definizione.

Aristone invece impostava il problema diversamente. Egli adottava bensì la nozione generale di Labeone, con l’identificazione del contratto col *synallagma*: ma considerava tale nozione unicamente come quella da impiegarsi per riconoscere le figure atipiche degne di tutela. Ciò risulta testualmente da Ulp. D. 2, 14, 7, 2: *sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem*. L’idea che *subsit causa*, la quale per Aristone esprime la nozione generale di contratto, obbligatorio sul piano del diritto civile, viene in considerazione unicamente se la situazione consensuale concretamente considerata non realizzi la fattispecie di un contratto tipico (*si in alium contractum res non transeat*). In questo modo Aristone si è liberato dall’equivoco ingenerato dall’esistenza di contratti tipici aventi come contenuto affari sostanzialmente gratuiti, e poteva pertanto chiarire con precisione una nozione di contratto escludente la gratuità.

2. Originalità dell’impiego di “causa” nel linguaggio tecnico di Aristone

Per esprimere questo concetto, Aristone introdusse una terminologia nuova, che gli permetteva di differenziare la propria concezione da quella di Labeone. In effetti Labeone, con riferimento al contratto, usava il termine *causa* in un senso diverso, perché con la ‘*causa contractus*’ egli identificava il tipo di affare concluso:

D. 17, 1, 8 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*): *Si procuratorem dederō nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? et Labeo putat mandati eam teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam.*

ove *'initium et causam'* è un'endiadi: «l'affare che si intendeva gestire all'inizio».

Questo stesso impiego di *causa* era bensì noto anche ad Aristone, come risulta da:

D. 19, 4, 2 (Paul. 5 *ad Plaut.*): *Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandam, qui ex <ea> causa daretur.*

Tuttavia Aristone si valse del vocabolo *causa* anche in altro senso, per esprimere l'idea del «negozio non gratuito sotteso ad una convenzione atipica», venendo così ad identificare il contratto innominato meritevole di tutela con «*an agreement upon sufficient consideration*», come precisamente si esprimerà il Blackstone (*Commentaries* II, 30, 9)³⁰ verso la metà del XVIII secolo.

Questo impiego che Aristone faceva del termine *causa* ha un rapporto evidente con quello delle *dationes ob causam*, ove il vocabolo allude normalmente (anche se non sempre) alla controprestazione che giustifica la *datio*. Questo uso risale almeno a Q. Mucio Scevola: da Pomp. (27 *ad Q. Muc.*) D. 12, 6, 52 risulta con sufficiente certezza che Scevola aveva stabilito una *divisio* fra *dare ob causam* e *dare ob rem* (cioè: *ob causam praeteritam, ... ob rem vero ... ut aliquid sequatur*). Non credo però sia molto utile, almeno in questa sede, chiedersi perché Aristone, per esprimere la sua idea del contratto innominato tutelabile, sia ricorso all'impiego del termine *causa*, un vocabolo caratterizzato, nel linguaggio giuridico romano e nella lingua latina in generale, da una polisemia³¹ equivalente a quella dei vocaboli che gli corrispondono nelle lingue moderne.

³⁰ Il Blackstone, naturalmente, faceva riferimento (espreso) alla dottrina medievale del contratto innominato negli schemi *do tu des/facias, facio ut des/facias*. Con l'espressione "sufficient consideration" egli riecheggiava quella di "cause suffisante", sulla quale vedi in part. (con riferimento soprattutto, ma non solo, all'epoca seguente) GORLA, *Il contratto*, I, 1954, 59; 81 ss.

³¹ Sulla semantica di *causa* vedi specialmente GEORGESCU, *Le mot causa dans le latin juridique*, in *Revista clasica* 6-7 (1934-1935), 90 ss. = *Etudes de philologie juridique et de droit romain* I, Bucarest-Paris, 1940, 129 ss. (ove a p. 196 s. l'esame di Iav. D. 44, 7, 55).

III. – CONCLUSIONI

1. “*Causa contractus*”: una dottrina smarrita e ritrovata

La citazione del Blackstone, che abbiamo fatto poc’anzi, non era casuale. La dottrina aristoniana della *causa contractus*, per una serie di vicissitudini insieme logiche ed imprevedibili come solo le conosce la storia della scienza giuridica, ha lasciato nel Common Law la sua traccia più genuina e duratura.

Nel Civil Law – divenuto, a partire dagli esiti pratici del giusnaturalismo, Code Law – il sistema dei contratti si fonda su di una serie di contratti tipici, sicché il contratto innominato vi rappresenta solo un’apertura in funzione della libertà contrattuale: la categoria generale di contratto vi funziona dunque come strumento per disciplinare tale apertura e quindi assume una funzione pratica in buona misura marginale. Dal punto di vista teorico, essa riempie di sé la teoria del negozio giuridico, dove convoglia pure l’equivoca polisemia del termine “causa”: ma sotto questo profilo nutre una costruzione che il pratico può, senza grandi guasti, ignorare. Dal punto di vista pratico, essa serve unicamente a fornire un criterio per la tutelabilità delle convenzioni atipiche, criterio il cui impiego risulta oltremodo ristretto una volta che si sia stabilito che le donazioni sono soggette a requisiti particolari di forma: principio che va a toccare in genere le promesse a titolo gratuito (§ 518 BGB; Art. 243 OR), e che il diritto italiano correda con quello della tipicità delle promesse unilaterali³². Anche il diritto romano partiva da un sistema di contratti nominati. Si consideri però che i contratti tipici sono assai più numerosi nel diritto moderno di quanto non lo fossero nel diritto romano – anche se ciò dipende in parte dal frazionamento in più tipi di singoli tipi contrattuali romani, in particolare della *locatio conductio* – e che il riconoscimento pratico di contratti atipici avviene oggi piuttosto in relazione a figure già perfettamente delineate e nominate, perché

³² Art. 1987 CCit [1942], dove però l’aggettivo “unilaterali” si riferisce alla dichiarazione e quindi la norma pare alludere alle promesse senza accettazione, e quindi porsi al difuori dei problemi del contratto (vedi la *Relazione al Re Imperatore sul libro “delle obbligazioni”*, n. 251). In realtà non è precisamente così, perché già nel vigore dei codici precedenti il 1942, vi fu chi concepì per le promesse unilaterali una presunzione di accettazione, salva rinuncia, da parte del destinatario che ne abbia avuto conoscenza. Noterò ancora: a) Da un lato, la connessione della norma dell’art. 1987 CCit [1942] con quelle citate del BGB e dell’OR risulta dal fatto che essa ha sostituito quella dell’art. 60 del progetto della Commissione Reale, che prevedeva la forma scritta per la validità di tali promesse; b) D’altra parte, le promesse dell’art. 1987 ss. CCit [1942] non sono concepite come promesse di donazione, ma piuttosto come promesse che si riferiscono ad affari; non si deve dimenticare, in proposito, che le norme del CCit [1942], di cui stiamo discorrendo (artt. 1987-1991), furono introdotte per riprendere e regolare in modo più acconcio quella dell’ultimo comma dell’art. 36 C. Comm. [1883] («Nei contratti unilaterali le promesse sono obbligatorie appena giungano a notizia della parte cui sono fatte»). Su tutto questo tema è utile la lettura della *Relazione della Commissione reale al progetto del libro “Obbligazioni e contratti”*, p. 19; sul tema, con tutto l’ampio respiro necessario, vedi A. NEGRI, *Le consentement* (1995), 303 ss.; 258 ss.; c) Per il diritto romano, abbiamo notizia di promesse al pubblico da documenti della pratica, e non v’è ragione per non ritenere che esse fossero considerate perfettamente valide: vedi *FIRA III*, n. 127 (a e b).

mutuate da altri ordinamenti, com'è il caso del leasing. Soprattutto si deve osservare che, una volta elaborata la nozione generale di contratto ed introdotta l'azione contrattuale generale, il diritto romano rinunciò ad arricchire ulteriormente la serie dei contratti nominati con le loro azioni edittali tipiche.

Non costituisce una vera eccezione la previsione edittale (negata a torto dal LENEL, *Das edictum perpetuum*³, Leipzig, 1927, 300 ss.) dell'*actio de aestimato*, in quanto l'editto relativo accordava nel caso l'*actio praescriptis verbis*, e la previsione stessa aveva unicamente lo scopo di eliminare ogni dubbio sull'azione appropriata (*ex vendito, ex locato, ex conducto, mandati*): vedi Ulp. D. 19, 3, 1.

La problematica della categoria generale di contratto e dell'azione contrattuale generale ha assunto invece un'importanza primaria in Inghilterra. Nel Common Law, quella che risulta del tutto eccezionale è l'individuazione di contratti tipici: esso non possiede un diritto dei contratti, bensì un diritto del '*contract*', che si risolve pertanto in un sistema di contratti innominati, ricondotti ad una nozione generale. La donazione non vi costituisce un particolare tipo di contratto, perché non è contratto del tutto, ed il problema è quello di selezionare il contratto rispetto agli affari che non si vogliono o non si possono considerare meritevoli di tutela, perché risultano sforniti di causa-consideration. Il Blackstone, nel contesto della citazione fatta poc'anzi, basava appunto la riconoscibilità del contratto sul principio della non azionabilità del patto nudo:

Blackstone, *Commentaries* II, 30, 9 (p. 445): ... and therefore our law has adopted the maxim of the civil law³³, that *ex nudo pacto non oritur actio*.

sicché egli scorgeva la vestitura del patto nella consideration, vale a dire nella *causa*, come aveva già fatto, sintetizzando una vecchia, complicata dottrina dei glossatori col tornare ad un enunciato di sapore aristoniano, Giason del Maino (1435-1519):

Jason de Mayno, *Comm. ad D.* 2, 14, 7, 4 n. 1: *pactum nudum dicitur cui non subest causa*.

Il problema della riconoscibilità di affari gratuiti al difuori del campo proprio della donazione intesa come attribuzione patrimoniale sfornita di *causa* perché dettata da causa di liberalità, aveva occupato i giuristi romani: abbiamo letto l'affermazione di Pomponio in D. 39, 5, 9 pr.: ... *potest enim et citra corporis donationem valere donatio, veluti si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante tempus ab eo petam*. Il senso di questa tematica si è perso nel Civil Law, che tratta in genere, per esempio, la remissione del debito come atto tipico autonomo, sciolto tanto dalla teorica delle convenzioni atipiche quanto da quella della donazione. Quel che

³³ Il rinvio del Blackstone è a C. 2, 3, 10 (a.227); 5, 14, 1 (a.206).

è accaduto nei diritti dell'Europa continentale ha radici nella costruzione, alla quale i giuristi sono stati costretti – dal fraintendimento delle fonti romane –, di una nuova categoria generale di contratto, che ha praticamente portato a concludere che il contratto, come categoria generale, una volta individuato, permette alle parti di accordarsi su qualunque contenuto economico: un'affermazione di pomposo effetto teorico e ideologico, ma di nessuna funzionalità pratica. Il diritto inglese è stato invece costretto a ripensare tutta la struttura del contratto e la funzione, in tale contesto, della causa: esso è partito dalla dottrina medievale della causa, ma l'ha dovuta rielaborare perché insufficiente, ed è giunto così a creare una concezione che riprende nel suo senso più genuino l'elaborazione di Labeone ed Aristone³⁴.

³⁴ Bibliografia (l'elenco che segue è disposto in ordine cronologico. Quando queste opere vengano menzionate nel corso della trattazione, la relativa citazione è fatta con un'abbreviazione del titolo e la data di pubblicazione): SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig 1876; PERNICE, *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in ZSS 9 (1888), 195 ss.; PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna 1903, 31 ss.; BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del contractus*, in RIL 40 (1907), 888 ss. (= *Scritti giuridici* III, Torino 1921, 107 ss.); BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in Riv. dir. comm. 6 (1908), 115 ss. (= *Scritti giuridici* III, 125 ss.); BONFANTE, *Sui contractus e sui pacta*, in Riv. dir. comm. 18, 1 (1920), 1 ss. (= *Scritti giuridici* III, 135 ss.); DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e teoria dei cosiddetti contratti innominati*, I-II, Pavia 1913-1916; MEYLAN, *Origine et nature de l'actio praescriptis verbis*, Lausanne 1919; RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in Studi Bonfante, I, Milano 1930, 123 ss.; COLLINET, *L'invention du contrat innomé: le responsum d'Ariston (D. 2, 14, 7, 2) et la question de Celsus (D. 12, 4, 16)*, in Mnemosyna Pappoulias, Athinai 1934, 93 ss.; CAPITANT, *L'évolution historique du droit des contrats jusqu'à l'époque présente. Cours de droit civil approfondi et comparé*, Paris 1936; VOGLI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1945; GORLA, *Il contratto*, I-II, Milano 1954-1955; GIFFARD, *L'actio civilis incerti et le synallagma*, in RHD⁴ 35 (1957), 337 ss.; MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris 1958; GORLA, *Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien (résumé d'un cours)*, Torino 1958; GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino 1963; BURILLO, *Contrahere y contractus*, in Temis, 1963, 117 ss.; WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965; MAYER-MALY, *Studien zum Vertrag I. Vertrag und Einigung*, in Festschr. Nipperdey, München-Berlin 1965, 509 ss.; MAYER-MALY, *Von solchen Handlungen, die in ihrer Wirkung den Kontrakten gleichkommen (Studien zum Vertrag II)*, in Festschrift Wilburg, Graz 1965, 129 ss.; MAYER-MALY, *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen (Studien zum Vertrag III)*, in RIDA³ 12 (1965), 437 ss.; SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli 1971 (e la rec. di HORAK, in Labeo 19 [1973], 207 ss.); ALBANESE, *Agere, gerere e contrahere in D. 50, 16, 19. Congetture su una definizione di Labeone*, in SDHI, 1972, 189 ss. (= ALBANESE, *Scritti giuridici*, II, Palermo 1991, 1111 ss.); MAYER-MALY, *Der Konsens als Grundlage des Vertrages*, in Festschr. Seidl, Köln 1975, 118 ss.; GROSSO, *Contractus e synallagma nei giuristi romani*, in Scritti G. Bonfante, I, Brescia 1976, 341 ss.; GROSSO, *Influenze aristoteliche sulla sistemazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana*, estr. da *La filosofia greca e il diritto romano (Quad. Acc. Lincei, 221, 1)*, Roma 1976; D'ORS, *Répliques Panormitanas II: El contractus según Labeón*, in Rev. est. hist. jur. Univ. catól. Valparaiso 1 (1976), 17 ss.; D'ORS, *Répliques Panormitanas III: Conventiones y contractus*, in AHDE 46 (1976), 25 ss.; RABELLO, *The Law of Obligations. Selected Topics. From Roman Law to the New Law of Contracts*, Jerusalem 1977; GROSSO, *La conception du contrat dans le droit romain et son influence dans les droits modernes*, in *Le droit romain et sa réception en Europe*, Varsovie 1978, 87 ss.; TALAMANCA, *Conventio et stipulatio nel sistema dei contratti romani*, *ivi*, 195 ss.; WOŁÓDKIEWICZ, *Contrahere-contractum-contractus*, *ivi*, 295 ss.; SCHMIDLIN, *Zur Gegensatz zwischen römischer und moderner Vertragsauffassung: Typengebundenheit und Gestaltungsfreiheit*, in *Maiores viginti quinque annis. Essays Inst. for Legal History Utrecht*, Assen 1979, 111 ss.; SANTORO, *Riflessioni sul contratto nel pensiero di Labeone*, estr. da *Studi Arena*, Palermo 1980; MAFFI, *Synallagma e obbligazioni in*

Aristotele: spunti critici, in *Atti del II seminario romanistico gardesano*, Milano 1980, 11 ss.; DIOSDI, *Contract in Roman Law. From the Twelve Tables to the Glossators*, Budapest 1981; ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 10 ss.; 145 ss.; MELILLO, *Forme e teorie contrattuali nell'età del principato*, in *ANRW* II, 14, Berlin-New York 1982, 449 ss.; SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983 (estr. da AP 37); BISCARDI, *Quod Graeci synallagma vocant, in Labeo* 29 (1983), 127 ss.; SOTTY, *Condictio incerti, actio ex stipulatu e actio praescriptis verbis*, in *Sodalitas* V, Napoli 1984, 2478 ss.; CORNIOLEY, *De la sponsio à la stipulation: procédure et contrat*, in *Sodalitas* VI, Napoli 1984, 2891 ss.; COING, *Europäisches Privatrecht I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985; A. NEGRI, *Le consentement de la partie qui s'oblige (profili storici in merito alla formazione del contratto)*, Pescara, s.d.; MACCORMACK, *Contractual Theory and the innominate contracts*, in *SDHI* 51 (1985), 131 ss.; BURDESE, *In margine ai contratti innominati*, in *BIDR* 88 (1985), 397 ss.; NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München 1985; BURDESE, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone* [a proposito di SANTORO, *Il contratto*], in *SDHI* 51 (1985), 458 ss.; BURDESE, *Ancora in tema di contratti innominati*, in *SDHI* 52 (1986), 442 ss.; CANNATA, rec. di NANZ, *Die Entstehung*, in *SDHI* 53 (1987), 455 ss.; BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano 1987)*, I, Milano 1988, 15 ss.; BURDESE, *Osservazioni in tema di c.d. contratti innominati*, in *Estudios J. Iglesias*, I, Madrid 1988, 127 ss.; GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale*, I, cit., Milano 1988, 41 ss.; BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari 1988; TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Digesto*⁴, VI civile, Torino 1989, 58 ss.; COING, *Europäisches Privatrecht, II: 19. Jahrhundert*, München 1989; MILAZZO (ed.), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana (Atti Copanello 1988)*, Napoli-Roma 1990 (dove in part.: TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra conventio e stipulatio fino a Labeone*, 35 ss.; STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, 149 ss.); BIROCCHI, *Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali. Il contratto uno e trino e la natura contractus*, in *Quaderni fiorentini* 19 (1990), 243 ss.; SARGENTI, *Nascita e svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano (I)*, in *Iura* 38 (1987 pubbl. 1990), 25 ss.; BELLOCCI (ed.), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea (Atti Siena 1989)*, Napoli 1991 (dove in part.: GALLO, *Eredità dei giuristi romani in materia contrattuale*; SANTORO, *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*; SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum*; TALAMANCA, *Conventio e stipulatio*); SARGENTI, *Nascita e svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano (II)*, in *Iura* 39 (1988 pubbl. 1991), 24 ss.; GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford 1991; BURDESE, *Recenti prospettive in tema di contratti*, in *Labeo* 38 (1992), 200 ss.; MAYER-MALY, *Zum Vertragsrecht in den sog. leges Barbarorum*, in P. NEVE-CHRIS COPPENS (ed.), *Vorträge gehalten auf dem 28. deutschen Rechtshistorikertag (Nijmegen 1990)*, Nijmegen 1992, 11 ss.; TALAMANCA, *Per l'interpretazione del pensiero di Celso in D. 12, 4, 16: l'obbligazione del venditore e la storia degli anonyma synallágmata*, in *BIDR* 94-95 (1991-1992); GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano, I*, Torino 1992; BURDESE, rec. di GALLO, *Synallagma e conventio I*, in *SDHI* 59 (1993), 350 ss.; BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *Seminarios complutenses de derecho romano* 5 (1993), 350 ss.; VEGH, *Ex pacto ius. Studien zum Vertrag als Rechtsquelle bei den Rhetoren*, in *ZSS* 110 (1993), 184 ss.; VEGH, *Meditatio de edicto de pactis*, in *Ars boni et aequi (Festschr. W. Waldstein)*, Stuttgart 1993, 345 ss.; TALAMANCA, *Note su Ulp. 11 ad ed. D. 4, 3, 9, 3. Contributo alla storia dei c.d. contratti innominati*, in *Scritti Fazzalari*, I, Milano 1993, 195 ss.; CANNATA, *Labeone e il contratto* [rec. di GALLO, *Synallagma e conventio*, I], in *Panorami* 5 (1993), 109 ss.; MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*², Napoli 1994; BURDESE, *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones (Homenaje J.L. Murga Gener)*, Madrid 1994, 63 ss.; BURDESE, rec. di MELILLO, *Contrahere*², in *Labeo* 41 (1995), 101 ss.; CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto*⁴, XII civile, Torino 1995, 444 ss.; CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligerungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio iuris Romani. Etudes H. Ankum*, I, Amsterdam 1995, 59 ss.; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, II, Torino 1995.

LO SPLENDIDO AUTUNNO DELLE DUE SCUOLE *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1.1. Aristone, Celso e Giuliano. – 2. Diritto e scienza giuridica. – 3. La dommatica. – 3.1. Strutture dommatiche e nominalismo dei dogmi, sistematica e ordine della materia. – 3.2. Un esempio di analisi dommatica di Celso. – 4. L'economicità del diritto. – 5. Conclusione.

1. Premessa

Le due scuole, alle quali si riferisce il titolo di questo contributo, sono – naturalmente – quelle che si dicono normalmente proculiana e sabiniana. Forse, sarebbe meglio indicarle come quelle dei proculiani e dei cassiani¹.

Secondo Pomponio, le due scuole, o piuttosto collettivamente i membri di ciascuna, ebbero una specifica denominazione a partire dall'epoca di Proculo e Cassio: precisamente, da allora i membri ne furono rispettivamente indicati come proculiani e cassiani:

D. 1, 2, 2, 52 (Pomp. *l.s. enchir.*): ... *appellatique sunt partim Cassiani, partim Proculieiani*², *quae origo a Capitone et Labeone coeperat.*

La stessa denominazione (*Cassiani* e *Proculeiani*) si trova in Ulp. 11, 28. Le altre menzioni delle fonti, quanto ai proculiani continuano – sebbene rare – univoche³. Di *Cassiani*, invece, si parla ancora solo in Paul. D. 39, 6, 35, 3 e Paul. D. 47, 2, 18, mentre del resto la scuola è in genere menzionata come quella dei *Sabiniani*, con al-

* Pubblicato in *Pacte, convention, contrat* – Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998.

¹ E chiamarle come fa Pomponio (D. 1, 2, 2, 47) *sectae*; la denominazione di *scholae* è propria invece di Gaio. Senza prender qui posizione sul problema in generale, noterò che evidentemente Pomponio non pensava alle due scuole come organizzazioni per l'insegnamento. Il termine «*secta*» in se stesso, nella lingua latina, allude alla sequela, come ragione di una certa linea di condotta del seguace, o di una linea di condotta comune dei seguaci, ove questi siano più al seguito di un unico modulo (vedi ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴ [4^e tirage augmenté par J. ANDRÉ], Paris 1985, 608). Pomponio parla di seguaci di un giurista, preso in considerazione in quanto tale, cioè come Gründer e Bewahrer nella giurisprudenza: cfr. Pomp. D. 1, 2, 2, 35: *a quibus et qualibus haec iura orta et tradita sunt.*

² La Fiorentina ha *Proculeiani*, ma altri manoscritti recano invece *Proculiani*.

³ Salvo per il fatto, del tutto marginale, che, se *Proculeiani* si legge ancora in Ulp. Vat. 266, in I. 2, 1, 25 si legge *Proculiani*.

lusione a Sabino invece che a Cassio⁴. Di solito s'intende che il riferimento sia a Massurio Sabino, ma io credo più probabile che si tratti di Celio Sabino, per le ragioni che ora dirò.

Le denominazioni delle due scuole vennero adottate, secondo Pomponio⁵, contemporaneamente, in seguito all'emergere delle *dissensiones*, ma non subito, bensì – come si è visto – al tempo in cui i due corifei erano Cassio e Proculo: lo si desume dal fatto che Pomponio (D. 1, 2, 2, 52) dice espressamente che le due denominazioni di proculiani e cassiani furono quelle originarie. Ciò lascia intendere che la denominazione di sabiniani per i seguaci di Capitone deve essere stata più recente di quella di cassiani. Questa idea potrebbe sembrare una stranezza⁶, ma essa è invece necessaria, perché la duplice denominazione per la *secta* proveniente da Capitone si spiega unicamente pensando che, dopo la condanna e l'esilio di Cassio in Sardegna nel 65⁷, quando la scuola non avrebbe potuto continuare ad autodefinirsi «dei cassiani» senza rischiare di attirarsi l'odio del pericoloso Nerone, i suoi membri preferirono assumere la diversa designazione. Con ciò essi possono aver riesumato il nome non compromesso del precedente loro leader Massurio Sabino; ma è più facile pensare che la denominazione di sabiniani vada messa piuttosto in rapporto con Celio Sabino, che Pomponio (D. 1, 2, 2, 53) dice essere succeduto a Cassio. Il fatto che, nello stesso luogo, Pomponio asserisca che Celio Sabino *plurimum temporibus Vespasiani potuit*, non esclude che questi abbia iniziato la sua leadership prima del tempo di questo imperatore.

Va detto però che, lasciando da parte i testi provenienti dall'*enchiridium* di Pomponio, le due scuole vengono menzionate nelle fonti esclusivamente in relazione a problemi di diritto sostanziale, per registrare o sottolineare concretamente quelle che Pomponio indicava come le loro *dissensiones*⁸: ora, in questi luoghi, le due scuole non vengono se non raramente individuate con denominazioni complessive (tale è praticamente solo il caso dei testi che abbiamo finora citati), bensì con citazioni contrapposte di esponenti importanti dell'una e dell'altra. Solo Gaio – che era più o meno contemporaneo di Pomponio – usa ancora delle indicazioni collettive, indicando, nelle *institutiones*, i sabiniani come «i suoi maestri» (*nostri praeceptores*) e i proculiani come «gli autori dell'altra scuola» (*diversae scholae auctores*)⁹.

⁴ Ulp. Vat. 266; Ulp. D. 24, 1, 11, 3; Marcian. D. 41, 1, 11; C. 6, 29, 3, 1 a. 530; I. 2, 1, 25.

⁵ Si rilegga il cit. Pomp. D. 1, 2, 2, 52, in relazione con Pomp. D. 1, 2, 2, 47 (... *hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt* ...).

⁶ Gli autori, che si sono posti il problema della priorità cronologica di una delle due denominazioni, pensano invero l'inverso: ad esempio KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*², München u. Leipzig 1912, 169 con le note 60-62.

⁷ Pomp. D. 1, 2, 2, 52; vedi NÖRR, *Zur Biographie des Juristen C. Cassius Longinus*, in *Sodalitas (Scritti Guarino)* VI, Napoli 1984, 2972 s.

⁸ Pomp. D. 1, 2, 2, 48.

⁹ Vedi *infra*, n. 21.

Ora, all'interno di questo stesso periodo, la scienza giuridica raggiunse i suoi apici negli anni durante i quali furono attivi quelli che si sogliono denominare i giuristi adrianei, con riferimento esterno al principato di Adriano (117-138), il primo degli imperatori ellenisti e filosofi.

Guardando più specificamente alle vicende della storia della giurisprudenza, il periodo di quella speciale elevatezza della scienza deve essere considerato con maggiore respiro. L'inizio deve piuttosto esser collocato subito dopo la morte di Domiziano, il 18 settembre del 96¹⁰, quando venne eletto imperatore quel rampollo di giuristi che fu *M. Cocceius Nerva*, in età di ormai 66 anni. Nerva morì presto, il 27 gennaio del 98, dopo essersi associato al trono l'anno precedente (27 ottobre) lo spagnolo, da lui adottato, *M. Ulpius Traianus*¹¹, che regnò poi da solo, fino alla morte avvenuta a Selinunte sul mar Nero l'8 agosto 117.

L'avvento al trono di Nerva rappresentò una vera svolta nella storia del principato, dopo la tragica sequenza dei suoi predecessori. Il senso politico di quel passaggio è descritto con particolare partecipazione ed efficacia da Tacito in vari luoghi delle sue opere, e già nel passo, che qui riporto, tratto dal proemio alla biografia di Agricola, ch'egli scrisse quando, verso l'inizio del regno di Traiano¹², era poco più che quarantenne:

Tac., Agr. 2, 3: ... *et sicut vetus aetas vidit quid ultimum in libertate esset, ita nos quid in servitute, adempto per inquisitiones etiam loquendi audiendique commercio. 4: Memoriam quoque ipsam cum voce perdissemus, si tam in nostra potestate esset oblivisci quam tacere. 3,1: Nunc vero redit animus; sed quamquam primo statim beatissimi saeculi ortu Nerva Caesar res olim dissociabilis miscuerit, principatum ac libertatem, augeatque cotidie felicitatem temporum Nerva Traianus, nec spem modo ac votum securitas publica, sed ipsius voti fiduciam ac robur adsumperit, ...*¹³.

¹⁰ Suet. Dom. 17.

¹¹ Dopo l'adozione (Cass. Dio. 68, 3, 4; Plin. Paneg. 6, 4 s.; 8, 6) *M. Ulpius Nerva Traianus*. Traiano era nato (18 settembre 53), come poi Adriano (24 gennaio 66), ad Italica, presso Siviglia.

¹² Il tempo della composizione risulta da Tac., Agr. 3, 1, che è riportato. Dallo stesso passo si vuole talora desumere che l'opera sia stata scritta dopo l'adozione di Traiano da parte di Nerva e prima della morte di Nerva, sulla base delle considerazioni seguenti: Nerva non è indicato come *divus* (quindi era vivo), mentre a Traiano è già attribuito il nome di *Nerva*, quindi era già stato adottato. Ma il primo argomento è formalistico: Traiano è indicato da Tacito come colui, sotto il potere del quale i benefici del governo di Nerva sono sviluppati e fatti certi e definitivi, quindi come il suo successore e non semplicemente il collega. Se Tacito non qualifica Nerva come *divus*, ciò dipende dunque unicamente dal fatto che egli lo coglie nella sua attività da vivo (*primo statim beatissimi saeculi ortu ... res olim dissociabilis miscuerit, principatum ac libertatem*): ciò non gli avrebbe impedito di parlarne come del *divus Nerva*, ma la scelta di chiamarlo *Nerva Caesar* appare dettata da una ragione di gusto: la frase ne risulta infatti più viva ed efficace.

¹³ Ho riportato solo la parte del discorso di Tacito che ora ci interessa. Essa è inserita in un contesto la cui linea riassumo, soprattutto in quanto essa spiega perché le affermazioni relative a Nerva e Traiano siano introdotte con «tuttavia, benché» (*sed quamquam*): 1, 1: Abbiamo trascorso tempi nei quali ricordare esempi di valore era un rischio. 1, 2: Vi si sono puniti gli scrittori e bruciati i libri. Abbiamo sopportato e desiderato di dimenticare. 3, 1: Ora i tempi sono cambiati; tuttavia l'inerzia che ci

Si deve leggere anche Tac., Hist. 1, 1, dove i tempi del *principatum divi Nervae et imperium Traiani* sono detti – considerandoli l'autore come oggetto di trattazione storiografica, in confronto con quelli cui l'opera era dedicata, e cioè gli anni 69-96 – *uberiorem securioremque materiam*, in ragione della «rara felicità dei tempi», che le corrisponde, «nei quali si può pensar quel che si vuole e dire quel che si pensa» (*rara temporum felicitate ubi sentire quae velis et quae sentias dicere licet*).

Come successore di Traiano fu tosto eletto un suo lontano parente, che ne aveva anche sposato, nel 100, la pronipote Vibia Sabina: Adriano (*P. Aelius Hadrianus*¹⁴, come imperatore *Caesar Traianus*¹⁵ *Hadrianus Augustus*)¹⁶. Alla fine del suo lungo regno, nell'anno 138, prima di morire a Baia il 10 di luglio, Adriano adottò l'Antonino¹⁷, che gli successe lo stesso giorno col nome di *Caesar T. Aelius Hadrianus Antoninus Pius*, e che morì 23 anni dopo, il 7 marzo 161, nella villa presso *Lanuvium* dov'era nato.

La serie di questi imperatori saggi e operosi – che, sotto questo profilo, rappresentano il periodo più felice dell'Impero romano – continuò ancora per qualche tempo con Marco Aurelio (*M. Annius Verus*, come imperatore *Caesar M. Aurelius Antoninus Augustus*¹⁸), che salì al trono alla morte di Antonino Pio insieme al fratello adottivo Lucio Vero (*Caesar L. Aurelius Verus Augustus*)¹⁹, regnando con lui fino alla morte di questi all'inizio dell'anno 169, sicché i due vennero denominati *divi Fratres*; dal 169 alla morte, avvenuta a Vindobona il 17 marzo 180, Marco Aurelio regnò solo.

Entro questo periodo di quasi un secolo (96-180) si colloca l'insieme dei giuri-

era allora stata imposta ci si è attaccata come una malattia, col desiderio che abbiamo di dimenticare il passato. È però opportuno, sebbene ci voglia un certo sforzo, proporre un esempio di virtù (sc.: Agricola) di quei tempi duri.

¹⁴ Figlio del senatore *P. Aelius Hadrianus*. Vedi HANSLIK, in *Der kleine Pauly* II, 907 ss. (s. v. *Hadrianus* num. 1).

¹⁵ Il nome di *Traianus* fu aggiunto in funzione di una sua adozione da parte di Traiano, che in realtà pare fosse stata solo finta da Plotina e P. Acilio Attiano (che nell'85 circa era stato, insieme a Traiano, cotutore di Adriano: SHA Hadr. 1, 4, che lo nomina *Caelius A.*) Vedi Cass. Dio. 69, 1, 1 s.

¹⁶ Adriano era *legatus Augusti pro praetore* in Siria dall'estate 117 e designato console (la seconda volta) per il 118 quando Traiano morì. Egli ne ebbe la notizia l'11 agosto 117, e fu subito proclamato imperatore dalle armate siriane. Vedi HANSLIK, in *Der kleine Pauly* II, 908.

¹⁷ *T. Aurelius Fulvius Boionius Arrius Antoninus*, fu adottato il 25 febbraio come figlio, con l'obbligo di adottare con diritto di successione *M. Annius Verus* (poi Marco Aurelio) e *L. Ceionius Commodus* (poi Lucio Vero): HANSLIK, in *Der kleine Pauly* II, 910; *Der kleine Pauly* I, 407 (s. v. *Antoninus* num. 1).

¹⁸ HANSLIK, in *Der kleine Pauly* III, 1009 ss. (s. v. *Marcus* num. 2).

¹⁹ *L. Ceionius Commodus* poi *L. Aelius Aurelius Commodus*. Il cambiamento di nome del personaggio già prima di diventare imperatore dipende dal fatto che egli era figlio di *L. Ceionius Commodus* (*Der kleine Pauly* I, 1097, s. v. *Ceionius* num. 4), adottato nel 136 dall'imperatore Adriano e destinato a succedergli (*L. Aelius Caesar*), ma morto il primo di gennaio del 138. HANSLIK, in *Der kleine Pauly* V, 1221 s. (s. v. *Verus*).

sti che denominiamo per sintesi adrianei²⁰, e che operarono all'epoca cui Pomponio allude alla fine del suo profilo storico della scienza giuridica nell'*enchiridium*:

D. 1, 2, 2, 53 (Pomp. *l.s. enchir.*): ... *Caelio Sabino Priscus Iavolenus: Pegaso Celsus: patri Celso Celsus filius et Priscus Neratius, qui utrique consules fuerunt, Celsus quidem et iterum: Iavoleno Prisco Aburnius Valens et Tuscianus, item Salvius Iulianus.*

Il testo (leggendo il quale va sempre sottinteso il *successit* che è scritto all'inizio del paragrafo) enumera i corifei delle due scuole, nell'ultimo periodo in cui esse sono individuabili come tali: e ciò non solo perché Pomponio, al tempo in cui scriveva, non potesse prevederne un futuro, ma in quanto, per le due scuole, un futuro in effetti non vi fu.

Già per l'epoca di cui stiamo parlando, del resto, leggendo le fonti si riceve l'impressione chiara di un rarefarsi, rispetto al passato, di quella che fu una marcata contrapposizione fra le scuole. Non si tratta, certo, di una constatazione sicura: ma proprio di un'impressione che riguarda l'atmosfera generale di un'epoca della storia della giurisprudenza.

Quando si considerano le *dissensiones* fra le due scuole, vien fatto di pensare ad una serie di punti controversi, che opponevano le due scuole come tali; voglio dire: essendo ciascuna tesi il frutto di un'elaborazione fatta all'interno di ciascuna scuola, e che poi gareggia in concorrenza con l'analogo e contrario frutto elaborato all'interno dell'altra. È ben vero che talora vengono pur citati, per l'una o l'altra, singoli giuristi, ma solo nel senso che si vuol certificare con nomi rappresentativi della *secta* l'appartenenza dell'idea al patrimonio di questa. Questo modo di vedere le cose è proprio di Gaio e di Pomponio: di Gaio, con il suo insistere sulla contrapposizione *nostri praeceptores – diversae scholae auctores*, ovvero *Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores – Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores*²¹; di Pomponio, che esaurisce il suo accenno al tema dicendo che, dopo Capitone e Labeone, Sabino e Nerva «*adhuc eas dissensiones auxerunt*» (Pomp.

²⁰ Si veda la bella raccolta di scritti (corredata di notizie prosopografiche e bibliografiche) di CAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980.

²¹ Gai. 1, 196 (*Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores – diversae scholae auctores*); Gai. 2, 15 (*Nerva vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores*); Gai. 2, 37 (*diversae scholae auctores – nostri praeceptores*); Gai. 2, 79 (*idque maxime placuit Sabino et Cassio – alii vero ... idque maxime diversae scholae auctoribus visum est*); Gai. 2, 123 (*nostri praeceptores – diversae scholae auctores*); Gai. 2, 195 (*Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores – Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores*); Gai. 2, 200 (*nostri praeceptores – diversae scholae auctores*); Gai. 2, 220 (*secundum nostrorum praeceptorum opinionem*)-221 (*Sed diversae scholae auctores putant*); Gai. 2, 244 (*Sabinus et Cassius – sed diversae scholae auctores*); Gai. 3, 87, Gai. 3, 98, Gai. 3, 103, Gai. 3, 141, Gai. 3, 167a (*nostri praeceptores – diversae scholae auctores*); Gai. 3, 168 (*nostris praeceptoribus placet – diversae scholae auctoribus visum est*); Gai. 3, 178 (*non constat: nam diversae scholae auctoribus placuit*); Gai. 4, 78 (*nostri praeceptores – diversae scholae auctores*); Gai. 4, 79 (*diversae scholae auctores – Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores*).

D. 1, 2, 2, 48). L'epoca cruciale delle controversie di scuola è dunque fissata ai tempi di Massurio Sabino e Cassio da un lato, Nerva e Proculo dall'altro: anche se certo con un'apertura verso il futuro, rappresentata in Gaio dal «*ceterique*», detto per i *nostri praeceptores* e replicato per i *diversae scholae auctores*, in Pomponio col fatto che egli prosegue nel delineare il succedersi dei maestri delle due *sectae* senza tornar sul tema delle divergenze, suscitando l'ambigua impressione che poi non valesse più la pena di parlarne perché non c'erano state novità o perché la sua importanza era scemata. Questo modo di vedere le due scuole come schierate l'una contro l'altra – non in generale, come sappiamo, ma almeno per certe puntuali battaglie²² – non era forse proprio dell'autocoscienza dei giuristi del primo secolo, ma lo era certo della visione che i giuristi del secondo secolo avevano dei loro predecessori del primo. I giuristi dell'epoca adrianea, comunque, non percepiscono più affatto così il loro proprio modo di lavorare, e questo non verrà inteso così neppure dopo. Non più *dissensiones* di scuola, ma opinioni di giuristi contrapposte a quelle di altri giuristi, dove ciascuno rappresenta solo se stesso, confrontandosi – o confrontato – con altri giuristi, che pure vengono in considerazione come individualità. Celso, in un passo dei suoi *digesta*, parla di Nerva e Proculo in un modo che avrebbe benissimo potuto usare per Sabino e Cassio:

D. 16, 3, 32 (Cels. 11 dig.): *Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, [-] fraude non caret [-]*²³.

Nel testo seguente è un giurista più tardo che scrive: e vede quella che fu forse, in passato, una controversia di scuole come un dissenso fra Proculo e Giuliano, che nacquero circa ad un secolo di distanza l'uno dall'altro: perché evidentemente Paolo faceva riferimento agli autori che riteneva più rappresentativi o che gli era più fa-

²² Le fonti non registrano solo *dissensiones* fra le due scuole, ma anche convergenze; si vedano ad esempio: Paul. D. 24, 3, 44 pr. (Nerva, Capitone); Proc. D. 8, 2, 13, 1 (Proculo, Capitone); Gai. D. 2, 1, 11, 2, Ulp. D. 7, 1, 12, 2 (Cassio, Pegaso); Ulp. D. 12, 5, 4 pr. (Sabino, Pegaso); Paul. D. 18, 1, 57 pr. (Nerva, Sabino, Cassio); Pomp. D. 19, 1, 6, 4, Ulp. D. 19, 1, 11, 3, Ulp. D. 28, 5, 17 pr., Ulp. D. 43, 14, 1, 7; Paul. D. 50, 16, 14 (Labeone, Sabino); Iavol. D. 24, 1, 64 (Proculo, Celio Sabino); Ulp. D. 33, 7, 12, 16 (Pegaso, Cassio); Ulp. D. 36, 2, 12, 1 (Labeone, Sabino, Celso, Cassio, Giuliano); Pomp. D. 35, 1, 14, Paul. D. 45, 1, 8 (Sabino, Proculo); Gai. D. 2, 1, 11 pr. (Sabino, Cassio, Proculo). Vi sono pure testi nei quali la *dissensio* non è fra le due scuole, ma fra parti almeno una delle quali composta da giuristi di entrambe le scuole: Ulp. D. 7, 5, 3 (Nerva *contra* Cassio e Proculo); Paul. Plaut. D. 35, 2, 49 pr. ([Atilicino], Nerva, Sabino *contra* Cassio). Le *dissensiones* sono comunque tutte puntuali: assai significativo è Paul. D. 25, 2, 1, dove invece il punto controverso riguarda il fondamento etico-sociale di una norma, e quindi il carattere etico o positivo dell'ordine giuridico: ebbene, qui gli atteggiamenti non contrappongono le due scuole, ma singoli giuristi all'interno di esse (Nerva e Cassio *contra* Sabino, Proculo e Giuliano).

²³ Ho ommesso, riportando il testo, i due glossemi (si tratta piuttosto di due parti di un unico glossema) di cui è stato farcito. Vedi CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996, 28 e n. 116 (p. 46).

cile citare in relazione al tema trattato, ma senza comunque vederli inquadrati in *sectae*²⁴:

D. 41, 7, 2 (Paul. 54 ed.) pr.: *Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus acquirere. 1: Sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit; Iulianus desinere quidem omittentis esse, nec fieri autem alterius, nisi possessa fuerit, et recte.*

Di solito si fa risalire la fine della contrapposizione rigida fra le due scuole all'atteggiamento di Giavoleno, manifestato nella sua opera di commento ai *Posteriores* di Labeone. Forse si potrebbero trovare anche dei precedenti: ma sarebbe inutile cercarli, perché una contrapposizione rigida non vi fu mai. Quel che presso i giuristi adrianei risulta ormai assente è il senso della presenza attuale di due *sectae*: e ciò lo si dovette certo soprattutto al fatto che essa si esauriva nella realtà. La scuola proculiana non continua dopo Nerazio e Celso, e se la sabiniana continua ancora per un poco, ciò è unicamente dovuto al fatto che Giuliano, l'ultimo dei suoi corifei, visse a lungo ed ebbe un più giovane stretto collaboratore nella persona di Africano. Questa stessa è la visuale che sottintendeva Pomponio nell'*enchiridion*. Che Gaio usi ancora, all'epoca di Antonino Pio, un linguaggio che fa pensare alla presenza delle *dissensiones* scolastiche nell'ambiente della scienza giuridica, è semplicemente un aspetto della sua visione un poco stereotipata, dell'ambiente in cui operava, in vecchie categorie. Del resto, egli stesso, quando nelle Istituzioni ricorda delle *dissensiones*, se cita precisamente autori, non fa altri nomi se non quelli di Sabino, Cassio, Nerva e Proculo.

Nell'epoca dei giuristi adrianei si concentra dunque l'apice della storia della giurisprudenza romana. Con ciò non voglio dire – sarebbe di una tale superficialità! – che i giuristi che vi operarono siano stati i più grandi di quella storia. Il lavoro che svolsero i *fundatores* – lo percepiamo forse con maggiore evidenza per Bruto – nel II secolo a.C., con quello di Quinto Mucio, poi di Servio nel primo, ripreso e ulteriormente arricchito dalla grande intelligenza di Labeone al tempo dell'instaurazione, necessaria ma tragica²⁵, del principato, se rappresentano tappe precedenti della stessa vicenda intellettuale, non corrispondono certo a suoi momenti meno ricchi, né meno determinanti per l'avvenire della scienza. Ma quel che caratterizza in modo specifico il pensiero ed il discorso dei giuristi che ora consideriamo, almeno quello dei maggiori, potremmo descriverlo come una eccezionale signoria degli strumenti della scienza giuridica, che si manifesta soprattutto nel-

²⁴ La forma che il testo presenta non permette di escludere che i compilatori del Digesto abbiano soppresso la menzione di altri giuristi: ma neppure lo lascia supporre.

²⁵ Questo giudizio è di Tacito, che accanto alla sua posizione critica verso il nuovo regime, e che può sintetizzarsi nella sua constatazione della perdurante inconciliabilità, fino a prima di Nerva, del potere imperiale con la libertà (cfr. il cit. Tac., Agr. 3, 1), ammette pur sempre che lo smisurato impero di Roma non poteva essere retto che da un potere accentrato: Tac., Hist. 1, 1: *omnem potentiam ad unum conferri pacis interfuit*; Tac., Hist. 1, 16: *immensum imperii corpus stare ac librari* (= reggersi e stare in equilibrio) *sine rectore non posse*.

la padronanza della visione dommatica dei meccanismi giuridici e nella perfetta inserzione della dommatica nella considerazione casistica. La giurisprudenza è stata anche capace di superare in senso compiutamente positivo il proprio rapporto con la dialettica: i giuristi avevano, già dall'inizio della loro acculturazione ellenistica, saputo attingere alle *artes* greche senza compromettere i loro metodi²⁶: ma l'apporto della scienza greca dell'argomentazione era pur sempre rimasto il recupero, ai fini della scienza giuridica, di una scienza ausiliaria; con i giuristi adrianei si è raggiunta invece una precisa consapevolezza dell'autonomia della logica giuridica. Come scriveva Giuliano (D. 9, 2, 51, 2, fornendo anche un bell'esempio concreto): *multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest.*

1.1. Aristone, Celso e Giuliano

Io credo – ma non è certo un'idea originale – che quel momento della giurisprudenza romana si sia concretato soprattutto in tre personalità, di diverso carattere, che possiamo collocare nel tempo con una certa precisione. Ed è pure significativo il fatto che il primo, Aristone, non risulti affatto essere appartenuto all'una delle due scuole, mentre ciascuno degli altri due – Celso e Giuliano – fu l'ultimo leader della propria.

a) Aristone (*Titius Aristo*)²⁷, dei tre personaggi, è quello per il quale abbiamo più scarse testimonianze, ma io credo la sua vita possa essere collocata nel tempo in modo abbastanza preciso. Da un testo di Pomponio si apprende che Aristone, in un suo scritto che evidentemente Pomponio consultava, riferiva un'opinione ascoltata dalla viva voce di Cassio²⁸. Si tratta di un indizio troppo debole per dedurre, come generalmente si fa, che Aristone sia stato allievo di Cassio; ma certo egli lo frequentò, come risulta ancor meglio da Ulp. D. 17, 2, 29, 2, dove Aristone non viene indicato solo come testimone di un enunciato puntuale di Cassio, ma del fatto che un certo modo di esprimersi era, a questi, *solitum*²⁹: il che pare implicare una certa continuità nella presenza del più giovane Aristone alle discussioni che avevano luogo presso il leader eponimo dei cassiani. Con altri giuristi successivi, tutti importanti, Aristone ebbe contatti epistolari: con Nerazio³⁰ – insieme al qua-

²⁶ CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* I, Torino 1997, 213-291 (una sorta di conclusione sintetica alla p. 291).

²⁷ Il *nomen gentilicium* «*Titius*» risulta da Plin., ep. 1, 22, 1; 5, 3. Non lo si deve intendere, anche se spesso invece lo si fa, come *Titus*, facendone un *praenomen*: KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Wien-Köln 1967, 141 n. 184.

²⁸ Pomp. D. 4, 8, 40: ... *nam et Cassium audisse se dicentem Aristo ait* ...

²⁹ *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ... et hanc societatem leoniam solitum appellare.*

³⁰ Ulp. D. 19, 2, 19, 2 (*et est epistula Neratii ad Aristonem*); Paul. D. 20, 3, 3 (*Neratio Prisco scripsit*).

le lo troviamo pure nel *consilium* di un pretore³¹ –, con Celso³² e Giuliano³³. Un contributo preciso alla sua biografia ci proviene da alcune lettere di Plinio, nella prima delle quali, scritta ad un amico³⁴ e databile all'estate 97, esterna la sua preoccupazione per una grave malattia del giurista, delineandone una sorta di ritratto spirituale e culturale, che ce lo mostra come personaggio di grande notorietà e nel pieno della sua maturità:

Plin., ep. 1, 22, 1: *Dum iam in urbe haereo et quidem attonitus. perturbat me longa et pertinax valetudo Titi Aristonis, quem singulariter et miror et diligo. nihil est enim illo gravius, sanctius, doctius, ut mihi non unus homo, sed litterae ipsae omnesque bonae artes in uno homine summum periculum adire videantur.* 2: *Quam peritus ille et privati iuris et publici! quantum rerum, quantum exemplorum, quantum antiquitatis tenet! nihil est, quod discere velis, quod ille docere non possit. mihi certe, quotiens aliquid abditum quaero, ille thesaurus est.* 3: *Iam quanta sermonibus eius fides, quanta auctoritas, quam pressa et decora cunctatio! quid est, quod non statim sciat? et tamen plerumque haesitat, dubitat diversitate rationum, quas acri magnoque iudicio ab origine causisque primis repetit, discernit, expendit.* 4: *Ad hoc quam parcus in victu, quam modicus in cultu! soleo ipsum cubiculum eius ipsumque lectum ut imaginem quandam praeae frugalitatis adspicere.* 5: *Ornat haec magnitudo animi, quae nihil ad ostentationem, omnia ad conscientiam refert recteque facti non ex populi sermone mercedem, sed ex facto petit.* 6: *In summa non facile quemquam ex istis, qui sapientiae studium habitu corporis praeferunt, huic viro comparabilis. non quidem gymnasia sectatur aut porticus nec disputationibus longis aliorum otium suumque delectat, sed in toga negotiisque versatur, multos advocazione, plures consilio iuvat.* 7: *Nemini tamen istorum castitate, pietate, iustitia, fortitudine etiam primo loco cesserit. Mirareris, si interesses, qua patientia hanc ipsam valetudinem toleret, ut dolori resistat, ut sitim differat, ut incredibilem febrium ardorem immotus operisque transmittat.* 8: *Nuper me paucosque mecum, quos maxime diligit, advocavit rogavitque, ut medicos consuleremus de summa valetudinis, ut, si esset insuperabilis, sponte exiret e vita, si tantum difficilis et longa, resisteret maneretque.* 9: *Dandum enim precibus uxoris, dandum filiae lacrimis, dandum etiam nobis amicis, ne spes nostras, si modo non essent inanes, voluntaria morte desereret. id ego arduum in primis et praecipua laude dignum puto.* 10: *Nam impetu quodam et instinctu procurrere ad mortem commune cum multis, deliberare vero et causas eius expendere, utque suaserit ratio, vitae mortisque consilium vel suscipere vel ponere ingentis est animi.* 11: *Et medici quidem secunda nobis pollicentur; superest, ut promissis deus adnuat tandemque me hac sollicitudine exolvat ...;*

³¹ Pap. D. 37, 12, 5. Dal passo non si deve desumere che Aristone fu membro del *consilium* di Traiano (come ancora fa AMARELLI, *Consilia principum*, Napoli 1983, 87): ha ragione il KUNKEL, *Herkunft* cit., 141 n. 185; 144 n. 198.

³² Ulp. D. 2, 14, 7, 2 secondo KUNKEL, *Herkunft* cit., 320 n. 668; Pomp. D. 40, 7, 29, 1.

³³ Iul. D. 37, 5, 6: *quaestio* di Aristone con risposta di Giuliano.

³⁴ *Plinius Catilio suo* s. Il personaggio (vedi HANSLIK, in *Der kleine Pauly* I, 1086, s. v. *Catilius* num. 3) è noto solo dall'epistolario di Plinio (vedi anche Plin., ep. 3, 12), e non va confuso con *L. Catilius Severus*, cons. II ord. nel 120 (HANSLIK, *loc. cit.*, 1085 s., s. v. *Catilius* num. 2).

Aristone superò la malattia, di cui qui si parla. Il carteggio di Plinio contiene due lettere a lui indirizzate in seguito. Se la prima (Plin., ep. 5, 3), dal contenuto assolutamente insignificante, non è precisamente databile, la seconda (Plin., ep. 8, 14) concerne il dibattito che ebbe luogo in Senato sul caso dei liberti del console Afranio Destro, trovato morto in circostanze oscure nella sua casa³⁵ il 24 giugno del 105³⁶. Ora, aggiungendo ai dati raccolti una qualche ragionevole congettura, potremmo tentar di stabilire, di Aristone, il profilo biografico seguente: con date che devono ovviamente considerarsi approssimative. Si deve necessariamente ammettere che Aristone frequentò Cassio prima che questi fosse relegato da Nerone in Sardegna nel 65, ed altresì che nel 97, la data almeno approssimativamente certa di Plin., ep. 1, 22, egli era già un giurista ed un uomo di cultura di fama acquisita. Poniamo dunque – è la congettura che mi è parsa la più sensata dopo una serie di tentativi – che nel 97 Aristone avesse 55 anni. Nel 65, allora, alla presumibile fine della sua frequentazione di Cassio, egli avrebbe avuto 23 anni; sarebbe dunque nato nel 42, ed avrebbe avuto 63 anni nel 105, quando Plinio scrisse l'ultima lettera che gli indirizzò (Plin., ep. 8, 14) e che lo mostra ancora attivo. Possiamo ancora dire che Aristone aveva 64 o 65 anni all'epoca della pretura di Celso (106 o 107), per avere infine, se visse sufficientemente a lungo, 87 anni all'epoca del secondo consolato (129) di Celso e 96 alla morte dell'imperatore Adriano (138). Dalla mancanza in Plinio di qualunque allusione in proposito, è lecito dedurre che Aristone non fece carriera politica. Può pure affermarsi, io credo con certezza, che egli non vada considerato come adepto di una delle due scuole. Se è ben vero che la sua frequentazione di Cassio è provata, è anche vero che dagli atteggiamenti del suo pensiero non si lascia desumere alcuna particolare propensione per le posizioni proprie alla tradizione dell'una o dell'altra *secta*. Al che si aggiunge un argomento *e silentio*, ma in questo caso particolarmente corposo: Pomponio non menziona Aristone nell'*enchiridium*. Come si sa, Pomponio impostava, per l'epoca che ci interessa, la sua presentazione dei giuristi sulla possibilità di enumerarli tra i proculiani o i cassiani-sabiniani, e solo l'indipendenza, sotto questo profilo, del personaggio può spiegare il fatto che l'autore del manuale non vi menzionasse un giurista dell'altezza di Aristone, tanto più se si pensa che Pomponio ne conosceva l'opera forse meglio di chiunque altro. La lettura dell'insieme dei passi che ci restituiscono il pensiero di Aristone

³⁵ *In domo sua exanimis inventus est*, secondo i *Fasti* di Ostia.

³⁶ Questa seconda lettera è più interessante, perché Plinio chiede ad Aristone un parere circa una (sensatissima ed intelligente: la lettera pare scritta e pubblicata per menarsene – giustamente invero – vanto) richiesta da lui fatta e accolta durante il dibattito menzionato. In funzione di ciò egli si rivolge all'amico come «grande esperto del diritto privato e pubblico, del quale fa parte il diritto senatorio» (Plin., 8, 14, 1: *Cum sis peritissimus et privati iuris et publici, cuius pars senatorium est*), come a persona che sempre ebbe cura di occuparsi di problemi tanto di diritto pubblico quanto di privato, in relazione a casi antichi o recenti, rari ovvero frequenti che fossero (Plin., ep. 8, 14, 10: ... *scientia tua, cui semper fuit curae sic iura publica ut privata, sic antiqua ut recentia, sic rara ut adsidua tractare*). Nella lettera vi è pure una bella ed originale descrizione del cambiamento politico avvenuto in Roma dopo la morte di Domiziano (Plin., ep. 8, 14, 2-10; cfr. Plin., Pan. 54, 3-6).

ne mostra in effetti chiaramente che Pomponio rappresentava, per gli altri giuristi successivi, il tramite normale della sua conoscenza: tanto che il Lenel³⁷, arrivò a supporre – ed ai fini che ora consideriamo non importa se a ragione o a torto – che a Pomponio sia dovuta una riedizione o un'epitome dei *digesta* di Aristone.

b) Celso (*P. Iuventius Celsus*)³⁸, è spesso designato nelle fonti come *Celsus filius*, perché il suo omonimo³⁹ padre fu pure giurista⁴⁰, e leader della scuola proculiana dopo Pegaso e prima della comune leadership del proprio figlio e di Nerazio⁴¹. Celso figlio⁴²

³⁷ LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I, Lipsiae 1889, 61 n. 1.

³⁸ Di solito si dà (ad esempio: KUNKEL, *Herkunft* cit., 146) come nome completo di Celso tutta la serie seguente: *P. Iuventius Celsus Titus Aufidius Hoenius Severianus*. Essa è tratta da Ulp. D. 5, 3, 20, 6, dove compare l'inizio del testo completo del senatoconsulto del 129 che i romanisti denominano (per la presenza di Celso fra i proponenti) senatoconsulto giuvenziano. I consoli proponenti vi sono indicati così: *Quintus Iulius Balbus et Publius Iuventius Celsus Titus Aufidius Oenus Severianus consules*. Ma è assai probabile che con ciò siano menzionati non due, ma quattro consoli: i due ordinari (*Q. Iulius Balbus* e *P. Iuventius Celsus*) e i due *suffecti* (*Titus Aufidius* ed *Oenus* [forse: *Hoenius*] *Severianus*); l'*et* dovrebbe in questo caso venir cancellato. Cfr. VOLTERRA, *NssDI* 16 (1969), 1073 (s. v. *senatus consulta*, § 11 num. 141); GUARINO, *Le ragioni del giurista*, Napoli 1983, 190.

³⁹ Che *Celsus* padre avesse nome *Iuventius* risulta semplicemente dal fatto che il figlio si chiamava certamente così, e *Iuventius* è il *nomen gentilicium* (GUNDEL, in *Der kleine Pauly* III, 29), *Celsus* il *cognomen* (HANSLIK, in *Der kleine Pauly* I, 1101); ma egli aveva anche probabilmente come prenome *Publius*, perché, come affermò lo HEINECCIUS, *Opuscula varia*, Halae 1735, 506 n. q., il fatto che i due Celsi vengano individuati come padre e figlio lascia presumere che il primo avesse lo stesso prenome *Publius*, che conosciamo per il secondo.

⁴⁰ Dei quattro testi, oltre quello di Pomponio, che lo menzionano, due appartengono al figlio, che lo indica come suo padre (Cels. D. 31, 20; Cels. D. 31, 29 pr.), uno a Nerazio (D. 17, 1, 39), che lo dice *Celsus pater*, e uno a Ulpiano (D. 12, 4, 3, 7) che lo cita per la mediazione del figlio (*et refert patrem suum Celsum existimasse*).

⁴¹ Per la biografia di Celso padre abbiamo, oltre a Pomp. D. 1, 2, 2, 53, una sola notizia: da Cels. D. 31, 29 pr. risulta che egli sedette nel *consilium* del console (Publio) Ducenio Vero, che fu *consul suffectus* dal primo maggio al 31 agosto del 95: vedi HANSLIK, in *Der kleine Pauly* II, 173, s. v. *Ducenius* num. 3.

⁴² Nella Storia romana di Cassio Dione, che scriveva all'epoca dei Severi, si riferisce (Cass. Dio, 67, 13) che «un certo Giuvenzio Celso» (*Iououéntiós tis Kélsos*) partecipò alla congiura contro Domiziano nell'anno 94, sfuggendo alle nefaste conseguenze con un fortunato quanto discutibile stratagemma (nel corso della crisi [93-96; Tac., Agr. 44, 6] che seguì il bando che Domiziano deliberò nel 93 contro i filosofi; Vedi HANSLIK, in: *Der kleine Pauly* II, 124 riga 41 ss.). In genere si ritiene che il protagonista di questa avventura fosse il giovanissimo Celso figlio. Il KUNKEL, *Herkunft* cit., 137 con la n. 171, pensa piuttosto al padre: nel 96, egli dice, Celso figlio, che sarà pretore nel 106 o 107, doveva essere troppo giovane per un'intrapresa politica; del resto, aggiunge, Cassio Dione non poteva parlare di lui come di «un certo Celso». Ora, Celso sarà pretore una decina d'anni dopo, e quindi poteva certo aver già l'età per un ruolo politico elementare come la partecipazione ad una congiura; ma se, d'altra parte, è certo impossibile che Cassio Dione indicasse un personaggio come Celso dicendolo *Iuventius Celsus quidam*, altrettanto inverosimile è che egli ne menzionasse in quel modo il padre. Anche prescindendo dal fatto che Celso padre aveva una sua notorietà, nessuno storico parlerebbe di «un certo Einstein» alludendo al padre dell'omonimo Albert. L'impressione che si ha leggendo Cass. Dio, 67, 13 è che l'autore, raccontando l'episodio e nominandone il protagonista, abbia aggiunto al nome assai noto quel «*tis*» – «un certo» – proprio per chiarire che non si trattava di alcuno degli omonimi famosi.

fu pretore⁴³ nel 106 o 107⁴⁴; *legatus Augusti pro praetore* in Tracia tra il 107 e il 113; ricoprì, come dice Pomponio, due consolati, dei quali il secondo (ordinario) nel 129⁴⁵; fu ancora, dopo questo consolato, proconsole d'Asia⁴⁶. Fu membro del *consilium* dell'imperatore Adriano⁴⁷.

Collocare esattamente nel tempo la vita di Celso è difficile. Se si vuole attribuirgli una trentina d'anni al tempo della pretura (106 o 107), ne dovremmo collocare la nascita attorno al 75; siccome non abbiamo notizie di una sua attività oltre il regno di Adriano, dovremmo pensare che egli sia morto più o meno con l'imperatore, tra il 135 e il 140, concedendogli così una sessantina d'anni di vita. Siccome il padre era ancora attivo nel 95, egli deve avere assunto la *leadership* della scuola proculiana dopo tale data.

c) Giuliano ebbe, secondo Pomp. D. 1, 2, 2, 53, la *leadership* della scuola sabina dopo Giavoleno, ed insieme⁴⁸ ad Aburnio Valente e Tusciano, due giuristi che non possono essere considerati se non personaggi minori⁴⁹. La ricostruzione della biografia di Giuliano è resa problematica da una sorta di eccesso di notizie contraddittorie, dal quale non si può uscire se non seguendo le riflessioni che ha condotto con caparbia tenacia Antonio Guarino⁵⁰. I suoi risultati sono basati sul rifiuto di riferire al giurista i documenti epigrafici che si riferiscono ad un *Lucius Octavius Cornelius Salvius Iulianus Aemilianus*⁵¹, e di prestare invece fede, oltre ad

⁴³ Per la carriera del personaggio si veda, con lett., KUNKEL, *Herkunft*, cit., 146 s.

⁴⁴ L'incertezza sulla data della pretura (106 o 107) dipende dall'analoga incertezza nella datazione della lettera di Plinio (Plin., ep. 6, 5), che presenta Celso, pretore in carica, impegnato in un vivace battibecco in Senato col pretorio (era stato pretore nel 105: *Der kleine Pauly* III, 641 s., s. v. *Licinii* num. 10) Licinio Nepote.

⁴⁵ Vedi sopra, n. 38.

⁴⁶ Vedi lett. in NÖRR, *Pomponius oder «Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, Berlin-New York 1976, 514 n. 75.

⁴⁷ SHA [Spartianus] Hadr. 18, 1.

⁴⁸ Così almeno parrebbe esprimersi Pomponio dicendo che a Giavoleno Prisco succedettero *Aburnius Valens et Tuscianus, item Salvius Iulianus*. «Item» deve significare «nonché».

⁴⁹ Su Aburnio Valente (*L. Fulvius Valens*) vedi LENEL, *Pal.* II, 1201 ss.; KUNKEL, *Herkunft* cit. 151 s.; NÖRR, *Pomponius* cit., 513 con la n. 74. Su SHA [I. Capitolinus], Anton. Pius, 12, 1 vedi la lett. in MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, Milano 1988, 67 *sub* 6; adde GUARINO, *Le ragioni* cit., 126. Di Tusciano non abbiamo alcuna notizia: KUNKEL, *Herkunft* cit. 153 s.; NÖRR, *Pomponius* cit., 514 n. 78.

⁵⁰ GUARINO, *Salvius Iulianus, profilo biobibliografico* (1945), in: GUARINO, *Le ragioni*, 125 ss.; *Alla ricerca di Salvio Giuliano* (1959), in GUARINO, *Le ragioni*, 221 ss.; *La pista dell'avunculus* (1972), in: GUARINO, *Le ragioni*, 233 ss. Anche se ci si può discostare da qualche conclusione dell'autore, deve considerarsi che questi suoi contributi rappresentano un decisivo progresso rispetto alla letteratura precedente, che egli vi discute in un modo del tutto esauriente. Se ne vedano le indicazioni in GUARINO, *Le ragioni*, 424 ss. (nota* a *Salvius Iulianus, profilo*; la letteratura successiva è presa in considerazione nei due ulteriori lavori).

⁵¹ Cioè l'epigrafe di Souk-el-Abiod (Papput) CIL VIII 24094 (DESSAU, 8973) e la *dedicatio* di *Thurburbo maius*, ripubblicata da MERLIN, *Le jurisconsulte Salvius Iulianus proconsul d'Afrique*, in *Mém.*

altre notizie certe che ci provengono soprattutto da testi del Digesto, a SHA [Spartianus] Did. 1, 1-2, dove si dice che il giurista fu bisnonno (*proavus*) dell'imperatore Didio Giuliano, che, dopo un brevissimo regno di poco più di due mesi, morì il primo giugno 193⁵², essendo nato nel 137 o nel 133⁵³. Con queste premesse, le linee biografiche di Giuliano risultano, a mio parere⁵⁴, le seguenti.

Salvius Iulianus aveva probabilmente come *praenomen* quello di *Publius*⁵⁵; nacque intorno all'80, non molto dopo, ma forse – piuttosto – prima⁵⁶. Vari indizi lo legano all'Africa, dove egli visse almeno un certo tempo, perché ebbe un figlio ad Adrumeto⁵⁷, ma ciò non è sufficiente per dire che ne sia stato originario⁵⁸. Fu allievo di Giavoleno⁵⁹; pretore ai tempi dell'imperatore Adriano⁶⁰; due volte console⁶¹, la prima volta, presumibilmente, come *suffectus* ai tempi di Adriano⁶² e la seconda come console ordinario forse nel 148⁶³, ai tempi dunque dell'imperatore

Acad. Inscr. 43, 2 (1951), 93 ss. Così pure il Guarino esclude che al giurista vada riferito CIL X 7457, che menziona un *P. Salvius Iulianus*, console del 175.

⁵² Cass. Dio. 73, 17. Vedi HANSLIK, in *Der kleine Pauly* II, 9 (riga 14 ss., s. v. *Didius* num. 5).

⁵³ Rispettivamente: secondo SHA Did. 9, 3 egli morì dopo (2 mesi e 5 giorni di regno e) 56 anni e quattro mesi di vita; secondo Cass. Dio. 73, 17, 5 dopo (66 giorni di regno) 60 anni quattro mesi e quattro giorni di vita. Egli sarebbe dunque nato – rispettivamente – il 2 febbraio 137 o il 30 gennaio 133. Vedi HANSLIK, in *Der kleine Pauly* II, 8, riga 39 s.

⁵⁴ Questa precisazione è necessaria in quanto mi discosto su qualche punto dalle deduzioni e conclusioni del Guarino, ma non posso, in questa sede, fornire analiticamente le ragioni.

⁵⁵ Se fu lui il console del 148, come si vedrà fra breve.

⁵⁶ Si deduce soprattutto da SHA Did. 1, 1-2.

⁵⁷ SHA Did. 1, 2; si consideri anche la sua presenza in Egitto, di cui egli stesso parla in Iul. D. 46, 3, 36.

⁵⁸ Come spesso si afferma. Ad esempio: SEILER, in *Der kleine Pauly* II, 1218 (s. v. *Iulianus* num. 11); anche GUARINO, *Le ragioni* cit., 143; 222, ma l'autore apre la porta al dubbio a p. 235.

⁵⁹ Iul. D. 40, 2, 5.

⁶⁰ La pretura risulta con certezza da Iul. D. 40, 2, 5. Dalle fonti (vedi l'elenco in GUARINO, *Le ragioni* cit., 266; in part. Vict., de Caes. 19, 1; Eutrop., brev. 9, 17; *Tanta*, 18) risulta inoltre che Giuliano *edictum composuit* o *ordinavit* al tempo dell'imperatore Adriano. Il senso della notizia non è chiaro quanto di solito si ritiene (vedi GUARINO, *Le ragioni*, 265 ss.): ma resta comunque il fatto che la tradizione rispecchiata dalle fonti si riallaccia ad un'operazione che Giuliano fece al tempo di Adriano relativamente all'editto pretorio, e tale operazione implica che egli fosse pretore. Vedi la letteratura in GUARINO, *Le ragioni*, 133 s. e le considerazioni in GUARINO, *Le ragioni*, 139 s.; 241.

⁶¹ SHA Did. 1, 1.

⁶² Cfr. GUARINO, *Le ragioni*, cit., 143.

⁶³ Per l'anno 148 è sicuramente testimoniata una coppia consolare eponima *P. Salvius Iulianus* e *C. Bellicius Torquatus*. Ne abbiamo tre testimonianze epigrafiche: CIL VI 365 (= DESSAU, 2104), iscrizione nota non direttamente, ma da una trascrizione apografica quattrocentesca, che reca nella data *C. Bellicio Torq... / P. Sal... / cos*; i *Fasti Ostienses* (CALZA, in *Not. Scavi* 6, 15 [1939], 361 ss.; GUARINO, *Le ragioni*, 223, sub *d*), che recano la coppia consolare <...>*ius Iulianus* e *C. Bellicius Torquatus*; CIL XVI 95, un diploma militare (DEGRASSI, *I fasti consolari* [1952] 42; GUARINO, *Le ragioni*, 221 ss.), che nella *scriptura exterior* indica la coppia consolare *L. Salvio Iuliano C. Bellicio Torquato cos.*, nella *scriptura interior* semplicemente *Iuliano et Torquato cos.* (ma la *scriptura exterior* risulta di mano diversa da quella della *interior* e deve dunque considerarsi dovuta ad un qualche archivistica che precisò

Antonino Pio; ebbe anche la *praefectura urbis*⁶⁴; fu membro del *consilium* di Adriano⁶⁵, di Antonino Pio⁶⁶ e certo anche di quello dei *divi Fratres* (161-169), che comunque lo consideravano come *amicus*⁶⁷; alla morte di Lucio Vero nel 169 avrebbe avuto circa 90 anni: è quindi pensabile che egli sia morto prima di tale data, ma comunque dopo aver superato ampiamente gli 80 anni.

2. Diritto e scienza giuridica

Questa lunga premessa, puramente storica, è forse eccessiva per i limitati scopi che si propone questo mio contributo: nel quale vorrei soltanto, invero, suggerire un'idea di quel che mi pare sia stato il respiro della giurisprudenza nell'ultima stagione delle due scuole. Respiro che fu come il polmone di tutta la storia successiva della scienza giuridica: e ciò, io credo, perché l'aria pura già creata dai giuristi precedenti divenne un vento possente, atto a gonfiar per secoli le vele in quanto nutrito dal genio unico di quei tre personaggi, che poté esprimersi in quanto una serie di sovrani generosi seppe aprire un'eccezionale fase di libertà nella vicenda di una comunità politica organizzata in strutture pubbliche rette ormai da un potere personale praticamente assoluto. La libertà della cultura è infatti essenziale allo sviluppo della scienza giuridica⁶⁸, come lo è la presenza di spiriti che sappiano muoversi in libertà⁶⁹.

Ma riprendiamo il filo del nostro discorso.

Per un giurista del tempo di cui ci stiamo occupando, la scienza giuridica non era certo un lusso⁷⁰ e neppure semplicemente uno strumento assai utile: essi la consideravano invece come un'entità del tutto coesistente all'esistenza del diritto oggettivo stesso. Così si esprimeva con chiarezza, nel suo *enchiridium*, Sesto Pomponio, contemporaneo più giovane dei tre, scrivendo durante gli ultimi anni del principato di Adriano⁷¹:

di sua iniziativa la menzione senza prenome che ritrovava nel testo: e quindi essa non fa fede alcuna: GUARINO, *Le ragioni*, 226 s.). Si aggiunge una testimonianza papirologica (P. Mich. 3, 153: un certificato di nascita del Cairo), dove l'indicazione della coppia consolare è indicata quattro volte nella forma: *C. Bellicio Calpurnio Torquato P. Salvio Iuliano cos.* Che il P. Salvio Giuliano di questi documenti sia il giurista è assai probabile, ma non sicuro.

⁶⁴ SHA Did. 1, 1.

⁶⁵ SHA Hadr. 18, 1, già citato per Celso alla n. 47 (il testo menziona anche Nerazio).

⁶⁶ SHA Anton. Pius, 12, 1 (vedi sopra, n. 49).

⁶⁷ Ulp. D. 37, 14, 17.

⁶⁸ Vedi ad esempio il momento cui mi riferivo in *Per una storia* cit., 18.

⁶⁹ Cfr. ancora *Per una storia* cit., 305 (sub *b*) ss.

⁷⁰ Vedi ancora *Per una storia* cit., 17 con la n. 4.

⁷¹ Sulla datazione dell'*enchiridium* vedi NÖRR, *Pomponius* cit., 512 ss. La sola altra conclusione sicura circa la biografia di Pomponio consiste nella certezza (la si desume da Ulp. Vat. 75, 4-5; Vat. 82-

D. 1, 2, 2, 13 (Pomp. *l.s. enchir.*) ... *constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

3. La dommatica

All'epoca di cui ci stiamo occupando, la dommatica dei giuristi romani si presenta, come ogni dommatica, quale individuazione delle strutture razionali implicate nella fenomenologia del diritto. L'analisi dommatica conduce infine alla costruzione di soluzioni ed anche alla individuazione di regole; ma va detto che una dommatica veramente coerente – e dunque scientifica – perviene a soluzioni e regole non creando, ma deducendo o inducendo. Come vedremo negli esempi che seguiranno, certe regole oggi impiegate come «creazioni dommatiche» erano invece dai giuristi romani giustificate dall'analisi della situazione esaminata, cioè desunte dalla sua struttura come in essa implicite.

3.1. Strutture dommatiche e nominalismo dei dogmi, sistematica e ordine della materia

D'altra parte, quei giuristi evitavano di creare denominazioni particolari per i singoli dogmi che venivano determinando, sicché i loro ragionamenti non erano poi espressi con un linguaggio basato su di un vocabolario che non solo rende esoterico il linguaggio stesso, ma soprattutto rischia di esonerare il giurista dalla puntuale verifica della funzionalità di ogni dogma in ogni suo impiego concreto. Essi descrivevano sempre tutto con le parole di volta in volta più appropriate, sicché ogni operazione si presenta presso di loro chiara in se stessa, senza bisogno di riferimenti a schemi precostituiti⁷². La dommatica moderna, frutto di una elaborazione che trova già le sue prime radici nell'opera dei glossatori e dei commentatori, ma ricevette il suo stile soprattutto per opera dei maestri della giurisprudenza elegante e del diritto naturale e venne definitivamente condizionata dall'opera dei pandettisti, si presenta come un apparato di categorie enumerabili come un insieme di *nomina*. Oggi, in sostanza, un repertorio della dommatica può essere edito sotto forma di vocabolario

83; Vat. 87-88) che i *digesta* di Giuliano, certo pubblicati al tempo di Antonino Pio (GUARINO, *Le ragioni*, 200 ss. [181 ss.]; 230 s.), si collocano cronologicamente tra i *libri ad Sabinum* e i *libri ex Plautio* di Pomponio.

⁷² I giuristi romani crearono, ad esempio, la struttura corrispondente a quello che la dottrina tedesca denomina oggi il dogma della «Drittschadensliquidation», che applicarono in una serie di casi, senza mai sentire il bisogno di dargli un qualunque nome. Per l'epoca di cui stiamo parlando, abbiamo un esempio chiaro e completo in un testo di Nerazio (2 membr. D. 2, 11, 14; la soluzione è ripresa in Ulp. D. 45, 1, 81, 1). Vedi in proposito CANNATA, *Le disavventure del capitano J.F. Vos*, in *Labeo* 41 (1995), 401 ss. (si tratta di una recensione del bel libro di I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln-Weimar-Wien 1993). Un precedente d'epoca repubblicana: Ulp. Serv. Tub. D. 19, 1, 13, 30 (CANNATA, *Le disavventure*, cit., 425).

giuridico, nel quale ogni «Stichwort» indichi una situazione o una struttura univocamente definibile ed un corrispondente meccanismo (regola o comunque soluzione) altrettanto determinato, anche se talora con varianti. Per un giurista romano, invece, la dommatica rappresenta l'insieme degli elementi concettuali adatti alla soluzione di un caso più o meno tipizzato, ed essa esige, ove replicata in casi analoghi, la costante verifica della sua adattabilità al fatto. I dogmi romani non hanno nome. Se alcuni si trascinano normalmente appresso l'uso di un vocabolo, questo vocabolo è solo un termine del linguaggio comune, appropriato alla situazione che costituisce – con la medesima normalità – l'elemento di fatto cui il dogma deve essere applicato.

Anche strutture semplici e, si direbbe, di universale applicazione come quelle di «condizione» e «termine», posseggono bensì nel linguaggio dei giuristi romani denominazioni usuali – nel caso quelle di «*condicio*» e «*dies*» – ma queste sono denominazioni di comodo, vocaboli allusivi sinteticamente al solo fatto e quindi sostanzialmente strumenti per abbreviare una descrizione di questo. Se solo ci si debba ragionare sopra, quei termini possono non più del tutto essere usati, in quanto un'allusione diretta all'essenza degli elementi di fatto in gioco appare il solo modo appropriato per giustificare la soluzione che questi determinano. Si può leggere ad esempio il testo seguente, ove Gaio, l'autore del passo nel quale è enunciata una regola casistica, parla bensì di *dies*, di *pure legari*, di *ex die liber esse iussus* – termini tipizzati come descrittivi di situazioni previste in disposizioni negoziali –, ma nell'enunciato (sempre una regola casistica) di Giuliano, che Gaio stesso adotta poi come punto di riferimento, ogni gioco verbale è assente, e le conseguenze del termine (*dies*) dipendenti dalla certezza del suo verificarsi (in contrapposto alla condizione) sono direttamente riferite a tale certezza in se stessa:

D. 30, 68, 3 (Gai. 18 *ad ed. provinc.*): *Quod si idem pure legatus sit et ex die liber esse iussus erit, omnimodo inutile legatum est, quia diem venturam certum est. ita Iulianus quoque sensit, unde ait: si servus Titio legatus sit et idem post mortem Titii liber esse iussus fuerit, inutile legatum est, quia moriturum Titium certum est.*

In questo i giuristi si staccarono del tutto da quanto potevano avere imparato nella loro assimilazione del patrimonio del pensiero greco, nei libri del quale il ricorso a termini o espressioni che rappresentano complesse strutture razionali tipizzate è frequente ed anzi normale.

D'altra parte, i giuristi percepirono assai bene il legame fra la dommatica e la sistematica, e nei loro ragionamenti dommatici l'impiego dello strumento sistematico è frequentissimo: ma questo non si lascia individuare da chi, come un giurista moderno o ancora come un pensatore greco, è abituato a collegare con la sistematica l'idea di uno schema espositivo della materia, anche se magari inteso solo come una rete che permetta una concezione ordinata di essa. Lo strumento sistematico dei giuristi romani consiste nella individuazione di fenomeni che si presentano a diverso proposito con la stessa o analoga funzionalità, come strutture, dunque, tecnicamente ovvero economicamente apparentate. L'ordine della materia non è

mai, per un giurista romano, uno strumento sistematico. Anche nella sola opera giuridica romana, che noi conosciamo come ordinata sistematicamente – le Istituzioni di Gaio –, la sistematica non è concepita in funzione euristico-scientifica, ma come strumento didattico con funzione mnemonica.

Nell'epoca alla quale sono specificamente riferite queste mie annotazioni, abbiamo una prova evidente di quanto or ora asserito. Celso e Giuliano furono autori di *digesta*⁷³: anzi, per entrambi l'opera così denominata rappresenta non solo il lavoro principale, ma la sintesi del lavoro scientifico, didattico e pratico, che ciascuno dei due giuristi compose nel pieno della sua maturità; una sintesi anche voluminosa, poiché si trattò di 39 libri per i *digesta* di Celso⁷⁴ e 90 per quelli di Giuliano⁷⁵. In queste due opere venne raccolto il prodotto di un pensare di eccezionale intensità dommatica e sistematica: nessuno ha dubbi in proposito. Eppure già il titolo dato a quei lavori non fa riferimento alcuno ad un'influenza di tale aspetto del contenuto sulla forma di quanto veniva pubblicato. Il vocabolo *digesta*, di per se stesso, fa unicamente allusione ad un'entità distribuita in parti. Il verbo *digerere* (da *dis* e *gerere*) significa fondamentalmente «recare in luoghi diversi», e quindi «dividere, distribuire»⁷⁶. Cicerone impiegava bensì *digerere* per indicare l'organizzazione della materia (in particolare: il diritto civile) secondo una classificazione dialettica⁷⁷; ma nell'intitolazione dei loro libri Celso e Giuliano non si riferivano a Cicerone: essi riprendevano, piuttosto, il titolo dei *digesta* di Alfenio Varo, che consistevano in una collezione di responsi ordinata per materia secondo il modello dei libri *iuris civilis* di Quinto Mucio, nei quali l'ordine⁷⁸ non era sistematico nel senso inteso da Cicerone, e forse riprendeva semplicemente quello, pratico, delle antiche collezioni di formulari negoziali (testamento, *stipulatio*, *mancipatio*, *in iure cessio*), risalente al *ius civile Flavianum*. L'allusione

⁷³ Dei *digesta* compose pure Aristone, almeno a credere quanto scritto in Paul. D. 24, 3, 44 pr. (*ut est relatam apud Sextum Pomponium digestorum ab Aristone libro quinto*), interpretato come vuole LENEL, *Pal. I*, 61 n. 1. Ma troppo poco sappiamo della loro struttura per poterne fare deduzioni.

⁷⁴ Vedi LENEL, *Pal. I*, 127 ss.

⁷⁵ Vedi LENEL, *Pal. I*, 318 ss.

⁷⁶ ERNOUT-MEILLET, 274 (s. v. *gero*), dove però non è precisa la spiegazione del senso di *digesta*, né – per altro verso – quella del significato, che *digerere* ha assunto, di «digerire (quel che si mangia)». Quest'ultimo proviene dall'impiego del verbo riferito al primo atto della masticazione: l'attività dei denti incisivi, i quali separano (isolandolo dall'ambiente per acquisirlo alla bocca) il cibo, che sarà poi ridotto dai molari: *continuatorum qui digerunt cibum lati et acuti, qui conficiunt duplices*; così Plin., n. h. 11, 61, 160, che significa: negli animali che hanno denti continui – come l'uomo e il cavallo – quelli che separano il cibo sono larghi e taglienti, quelli che lo riducono doppi. L'attività dei molari è espressa da Plinio col verbo *conficere*, che altrove egli impiega pure per indicar quella della macina, di ridurre il cereale in farina: Plin., n. h. 7, 56, 191: *frumenta ... molere et conficere* («lavorare i cereali con la macina e ridurli in farina»). ERNOUT-MEILLET intende *digerere* in questo senso come, secondo Cels. (= A. Cornelius Celsus) 1, praef. 4, 12 (Daremberg), testo che, per altro, l'autore non menziona.

⁷⁷ Cic., de or. 1, 41, 186; Cic., de or. 1, 42, 190; vedi CANNATA, *Per una storia* cit., 290.

⁷⁸ Vedi CANNATA, *Per una storia* cit., 256 s.; (274 n. 251 per Alfenio).

al *digerere* nel titolo dell'opera di Alfeno si riferiva dunque solo a quella certa distribuzione per materia del contenuto. Per i *digesta* di Celso e Giuliano, il senso è analogo: e ci se ne rende perfettamente conto osservando l'ordine della materia concretamente adottato. Essi constano di due parti: una prima (di 27 libri in Celso e di 58 libri in Giuliano), che contiene la trattazione generale della materia, è ordinata secondo l'editto del pretore urbano; la seconda (che occupa i restanti libri) consiste in una sequenza di commentari a leggi e senatoconsulti, preceduta, a quanto pare in entrambe le opere, da una prefazione con considerazioni sul carattere dei testi normativi in generale e sulla loro interpretazione, alla quale poi seguono i commenti ai singoli testi, posti in un ordine che non sembra corrispondere ad alcun criterio preciso: se presso entrambi gli autori questa parte pare iniziarsi considerando testi delle dodici tavole, l'ordine non è poi neppure quello cronologico.

3.2. Un esempio di analisi dommatica di Celso

Per illustrare concretamente quanto andiamo dicendo, la cosa migliore è forse seguire da vicino un'operazione dommatica effettuata da uno dei giuristi della triade che abbiamo scelto come modello. Incontreremo un testo famoso, ma non sempre, forse, esattamente inteso.

Il diritto romano prevedeva⁷⁹ – come si sa – il divieto di donazione fra coniugi⁸⁰, sanzionato con la nullità dell'atto attributivo del diritto⁸¹. Il divieto, con la conseguente nullità dell'attribuzione, valeva naturalmente anche se questa fosse fatta per interposta persona⁸². A proposito del caso in cui il marito (M) avesse realizzato una donazione alla moglie (U) delegando un proprio debitore (D) a pagare a lei, Africano riferiva la seguente soluzione di Giuliano⁸³:

D. 46, 3, 38, 1 (Afr. 7 *quaest.*): ... *sicuti*⁸⁴ *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.*

⁷⁹ Si tratta di una delle rare regole civilistiche (postdecemvirali) alle quali i Romani attribuivano un'origine consuetudinaria: Ulp. D. 24, 1, 1; anche Ulp. (Carac.) *eod.* 3 pr.. L'origine del divieto, così come l'epoca della sua introduzione, sono per altro incerte. Vedi KASER, *Das römische Privatrecht* I², München 1971, 331.

⁸⁰ Tranne che per i regali d'uso: Pomp. D. 24, 1, 31, 8.

⁸¹ Ulp. D. 24, 1, 3, 10-11.

⁸² Ulp. D. 24, 1, 3, 9.

⁸³ Che Africano riportasse qui il pensiero di Giuliano, risulta con certezza dall'*existimavit* che si legge all'inizio, che non riporto, del passo.

⁸⁴ La decisione è riportata come analoga a quella di un caso precedentemente esposto, di cui qui possiamo tralasciare di occuparci.

La costruzione di Giuliano, è certamente impeccabile. M, per donare a U, delega il proprio debitore D a pagare a U invece che a se stesso. Il pagamento eseguito da D a U non trasferisce la proprietà perché realizzerebbe per persona interposta (D) una donazione di M ad U; quindi D non è liberato, perché il pagamento è liberatorio solo in quanto procuri all'*accipiens* la proprietà dei mezzi impiegati per eseguirlo. Siccome però D, in seguito alla *traditio* delle monete a U, ne perde ugualmente la proprietà in quanto – in seguito alla confusione delle monete con altre monete che U ne abbia fatto, ovvero alla consunzione di esse che U abbia provocato spendendole – ne ha perso la *rei vindicatio*, ed il relativo valore è di fatto entrato nel patrimonio di U, D avrà contro U la *condictio*, per la restituzione di quanto ha dato *sine causa*⁸⁵. Siccome D, debitore di M, non è liberato di fronte a costui, M potrà sempre agire contro D per ottenere il pagamento del suo credito; ma, siccome D si è privato del proprio denaro eseguendo un ordine di M, ove questi in effetti agisca, D potrà opporgli l'eccezione di dolo; tuttavia anche M merita una tutela, nel senso che egli deve disporre di un rimedio per recuperare il proprio denaro presso U, che ne ha profittato; la concessione dell'*exceptio doli* a D contro M viene per questo condizionata dal rifiuto di D a trasferire a M la *condictio* che egli ha contro U. Questa *condictio* è infatti la sola azione che possa permettere di recuperare il danaro da U⁸⁶: essa deve spettare, in ultima analisi, a chi, fra M e D, ci rimetta la somma pervenuta – in qualunque modo – a U.

Ora, Ulpiano riporta una diversa soluzione dovuta a Celso, per lo stesso caso: essa è più semplice in pratica, e sensibilmente più economica⁸⁷, ma il giurista vi giungeva spostando tutto il ragionamento ad un livello dommatico superiore:

D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*): *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, ut 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.*

Come si vede, la soluzione di Celso è nel senso che, nel caso esaminato, il pagamento effettuato da D a U non è se non l'apparenza, o più precisamente una strut-

⁸⁵ Il fondamento della *condictio* è precisamente in un arricchimento ingiustificato di U dipendente da un atto di D, atto che (si faccia attenzione) consiste in una *traditio sine causa* (con successiva confusione o consunzione), e non in una *solutio indebiti*.

⁸⁶ M non dispone contro U di una propria *condictio* fondata nell'arricchimento di U con suo proprio depauperamento, perché non è intervenuto alcun *negotium* tra M e U.

⁸⁷ Nel senso del principio dell'economicità degli strumenti giuridici, come lo considereremo *infra*, nel § 4.

tura pratica esteriore, che vela la realtà di due pagamenti, eseguiti rispettivamente da D a M e da M a U. Per chiarire tutto ciò, Celso semplifica il caso, prescindendo dall'esistenza del divieto di donazione fra coniugi. Ciò gli permette di ricondurre la situazione ad una struttura già nota, che si realizza in pratica con grande frequenza: *quod per alium accipias, te accipere*, e cioè, precisamente, che ciò che proviene da qualcuno a te per interposta persona, sei sempre tu a riceverlo da quel qualcuno, e non l'interposta persona. A conferma dell'acquisita rilevanza di questa struttura egli adduce un esempio casistico, la cui soluzione nel senso voluto è universalmente ammessa (*constat*): il caso del *falsus procurator* di un tuo creditore, il quale (come *delegatario*) abbia ricevuto il pagamento da un tuo debitore, che tu abbia a ciò delegato.

L'isolamento del caso in esame (donazione alla moglie effettuata mediante delegazione di un debitore del marito) rispetto alla norma che lo regola (divieto della donazione fra coniugi), non deve evidentemente essere intesa come l'individuazione di una situazione diversa ma analoga; essa serve invece a Celso per mettere a nudo il punto, che rende difficile la soluzione del caso di partenza: con ciò, infatti, egli può mettere in chiaro come la soluzione di tale caso sia divenuta difficile in quanto per quella via si viene costretti a porla in termini di equità. Ad una soluzione in termini di equità si deve ricorrere unicamente se la soluzione dommatica non risulti soddisfacente sotto il profilo della giustizia; ma se la giustizia del caso può essere assicurata parimenti per via dommatica, questa sarà la strada da percorrere, perché essa risulterà non soltanto più lineare e quindi più semplice, ma anche più economica; inoltre essa diviene direttamente applicabile ad altri casi laddove la soluzione equitativa nasce con connotati di pronunciata specialità.

Riferiamo tutto ciò al nostro caso.

Osservandolo com'è, con applicatavi la regola del divieto di donazione fra coniugi, esso viene naturalmente posto nel modo seguente: il pagamento effettuato da D a U realizza una donazione vietata di M a U; tale pagamento non può dunque essere traslativo di proprietà; quindi il debitore *solvens* non può risultarne liberato. Se si ammette che tale è il risultato applicando gli schemi dommatici del *ius civile*, si deve anche riconoscere che il *ius civile* conduce ad una soluzione ingiusta, perché D, pagando a U, si è privato della somma seguendo istruzioni del suo creditore M; dunque si dovrà correggere la soluzione, come faceva Giuliano, ricorrendo ai mezzi del *ius honorarium*.

Prescindendo invece dalla norma sul divieto di donazione fra coniugi, appaiono con evidenza diversa i presupposti della situazione: se D (debitore di M) paga a U per delega di M, U diviene proprietaria del denaro e D è liberato nei confronti di M. Qui è facile vedere che D è liberato perché pagando a U esegue un pagamento a favore di M, e che U diviene proprietaria di una somma che le perviene da M.

Se la norma sul divieto di donazione tra M e U si applica al caso dopo fatta questa constatazione, risulta evidente che il suo divieto tocca solo l'attribuzione M-U e

non anche il pagamento D-M. E che un pagamento D-M esista è certo, perché è stato il creditore M ad indicare a D il versamento a U come modo per eseguire la prestazione a lui stesso dovuta⁸⁸.

Come si è visto, nella sua argomentazione Celso impiega anche un argomento sistematico: quando riporta il caso in esame ad uno schema «né nuovo né stupefacente», che sintetizza con le parole «*quod per alium accipias, te accipere*», fornendone subito un altro esempio. Questo gli permette di portare chiarezza al suo nuovo problema prendendola in un punto già chiaro del sistema.

Troviamo lo stesso tipo di argomentazione sistematica nel testo seguente:

D. 13, 6, 13, 2 (Pomp. 11 ad Seb.): *Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem 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 id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur.*

Qui l'operazione dommatico-sistematica risulta a noi estremamente chiara. Con le parole «*plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur*» Celso individua i casi nei quali un'obbligazione da fatto lecito, dunque col regime dell'obbligazione contrattuale, si forma al difuori dell'affare che le parti intendevano concludere (*extra id quod ageretur*) ed indipendentemente dalle dichiarazioni che le parti abbiano fatte (*tacita*); l'esempio addotto è quello del pagamento d'indebito, nel quale appunto l'affare che le parti intendevano gestire era un pagamento, e quindi un atto diretto alla liberazione del *solvens*, atto che nella fattispecie risulta poi invece obbligatorio per l'*accipiens*; ed ancora, si tratta di un atto in occasione del quale le parti hanno espresso – con parole o con fatti concludenti – la volontà di destinare un pagamento all'estinzione di un certo debito, dichiarazioni tutte che non influenzano per nulla il nascere dell'obbligazione alla restituzione. Con ciò Celso individua la categoria dommatica che oggi viene denominata «contratto di fatto», ma senza preoccuparsi di darle un qualsiasi nome. Essa avrà bensì più tardi la denominazione di *quasi contractus*: ma le radici di tale denominazione – e solo radici, consistenti ancora in una certa descrizione del modo di prodursi de-

⁸⁸ La comprensione del ragionamento di Celso ha sofferto, nella letteratura romanistica, per il fatto di essere stato interpretato alla luce dell'idea della cosiddetta «*juristische Sekunde*»: il ricorso a questa sorta di dogma ausiliario appesantisce la linea del pensiero di Celso con una finzione, e induce a trasporlo sul piano dei diritti reali, mentre quel che Celso considera sono gli atti in se stessi. Si vedano le due opposte (ma non forse interamente) posizioni del WIEACKER, *Die juristische Sekunde. Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz*, in: *Existenz u. Ordnung (Festschr. E. Wolf)*, Frankfurt-a.-M. 1962, 421 ss., e del KUPISCH, di cui vedi da ultimo *Celsus bei Ulpian D. 24, 1, 3, 12*, in *Studi Sanfilippo II*, Milano 1982, 287 ss.

gli effetti obbligatori – si trovano solo nella giurisprudenza della fine del III secolo⁸⁹, il nome, poi, solo presso la giurisprudenza bizantina⁹⁰.

Si potrebbe continuare ad addurre esempi per illustrare la maestria dommatica di Celso, ma preferisco piuttosto sottolineare un aspetto tutto particolare del suo pensiero⁹¹. Già si è rilevato, nella breve esegesi di D. 24, 1, 3, 12, che presso Celso l'impiego della dommatica è strettamente funzionale al contenuto di giustizia della soluzione pratica. Ora, la considerazione di questa prospettiva⁹² dovrebbe andare assai più in là, perché Celso non fu solo un campione della Begriffsjurisprudenz, ma è pure – forse – il primo consapevole fondatore della Interessenjurisprudenz. Il fatto che egli considerasse il diritto *ars boni et aequi* (Ulp. Cels. D. 1, 1, 1 pr.) – con il che egli contapponeva anche od affiancava, e forse consapevolmente, un ideale politico romano di *bonum et aequum* all'ideale filosofico greco del *kalòs kai agathòs* – comportava che il ragionar sul diritto non potesse essere disgiunto dalla considerazione concreta degli interessi in gioco. Altrimenti, la scienza funziona solo come pretesto per commettere degli errori; e queste ultime sono praticamente parole sue: «*in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur*»⁹³.

⁸⁹ Precisamente negli pseudogaiani *libri aureorum*: D. 44, 7, 5 pr.-3.

⁹⁰ I. 3, 13, 2; I. 3, 27; Theoph. 3, 13, 2; 3, 27, dove specialmente il *quasi contracton* (scritto in caratteri latini) del § 3. Un altro esempio di considerazione celsina di tipo sistematico, che tengo a ricordare perché essa si differenzia assai da quelle or ora esaminate, si legge nel testo seguente, dove la soluzione di un problema d'interpretazione del testamento è trasferita sul piano processuale, perché la soluzione sostanziale è in se stessa semplicissima (si tratta solo di stabilire in fatto se il testatore, con la replica del legato nei codicilli, volesse disporre un secondo legato o non facesse che riscrivere il primo), ma l'esito del relativo giudizio potrà essere decisamente condizionato dalle regole sull'onere della prova: si tratta dunque di un caso in cui si verifica una speciale interferenza fra regole sostanziali e regole processuali. D. 22, 3, 12 (Cels. 17 dig.): *Quigenta testamento tibi legata sunt: idem scriptum est in codicillis postea scriptis: refert, duplicare legatum voluerit an repetere et oblitus se in testamento legasse id fecerit: ab utro ergo probatio eius rei exigenda est? prima fronte aequius videtur, ut petitor probet quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur: nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. et hic igitur cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id adprobare iudici debet.*

⁹¹ Che è stato assai bene illustrato dal CERAMI, nel suo volume su *La concezione celsina del ius I*, Palermo 1985 (estr. da AP 38), il quale parte, naturalmente, dalla definizione riportata da Ulpiano in D. 1, 1, 1 pr. (*ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*). Il tema che io tocco è illustrato soprattutto nella prima parte del libro; io mi limito qui a richiamare le pagine 96 ss.

⁹² Per la quale si vedano comunque (come esempi caratteristici di enunciati da Interessenjurisprudenz), Ulp. D. 9, 2, 13, 2 (... *et ait Celsus legem domino damna salva esse voluisse* ...; enunciato interpretativo della *lex Aquilia*, per il caso di uccisione di uno schiavo ereditario durante la giacenza dell'eredità); Ulp. Cels. D. 9, 4, 2, 1 (in materia di azione nossale: ... *Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: ... utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset*).

⁹³ Paul. Cels. D. 45, 1, 91, 3: si tratta di un commento di Celso al proprio enunciato regolare, secondo il quale il *promissor* può purgare la mora con un'offerta tardiva.

4. L'economicità del diritto

Un discorso di Interessenjurisprudenz implica necessariamente una considerazione privilegiata degli aspetti economici, tanto quelli funzionali agli interessi protetti dalle norme, quanto quelli inerenti nelle situazioni di fatto alle quali le soluzioni concrete si riferiscono. Una tale prospettiva fu certo, in generale, sempre presente alla giurisprudenza romana come lo è ad ogni giurisprudenza degna di questo nome, tanto più se essa si esprime soprattutto con riferimento alla casistica: come fecero sempre i giuristi romani, rispondenti per professione, ed anche per scelta di metodo abituati – quando professavano come maestri o come *iuris conditores* in generale – a ricondurre allo schema della soluzione casistica, magari tipizzata, ogni loro enunciato per quanto generale e astratto.

Ma il rapporto fra visione economica e visione giuridica possiede un altro, specifico aspetto, che è quello del carattere economico delle strutture giuridiche in se stesse: perché l'efficienza dell'ordinamento risente oltremodo del fatto che le sue strutture – si tratti di meccanismi istituzionali, di norme o di soluzioni pratiche – vengano concepite in modo da comportare il minor dispendio possibile di mezzi strutturali stessi in funzione degli scopi – e dell'ampiezza di questi – che esse sono orientate a raggiungere.

Questo principio metodico, che possiamo chiamare dell'economicità degli strumenti giuridici, esso pure sempre presente alla giurisprudenza romana e già emerso in modo assai evidente prima delle dodici tavole, nel lavoro di creazione della *stipulatio*⁹⁴, dovuto alla giurisprudenza pontificale, risultò spesso ancora attivo in modo determinante in molte realizzazioni successive. Quella che ora ci interessa di considerare è la creazione della categoria generale di contratto e dell'azione contrattuale generale, dovuta al genio di Labeone. All'epoca di cui ora ci stiamo occupando, il tema fu oggetto di un intervento di Aristone, contro una posizione che era di Celso e Giuliano. Il contrasto riveste un'importanza assai grande nella storia del diritto privato, che ho già cercato di spiegare altrove e qui non mi resta che riassumere⁹⁵. Labeone aveva costruito la categoria generale di contratto, da impiegarsi al difuori dell'elenco dei contratti protetti con azione tipica, in funzione dell'impiego di un'azione contrattuale generale (*actio in factum civilis*, poi detta anche *praescriptis verbis*), sussidiaria rispetto a tali azioni tipiche; tale nozione labeoniana era basata sull'idea che il contratto consiste in un *ultra citroque obligari*, con il che Labeone intendeva l'accordo su di un affare alla realizzazione del quale entrambe

⁹⁴ Vedi CANNATA, *Per una storia* cit., 71 ss.

⁹⁵ Su tutta questa tematica devo rinviare ai miei recenti tentativi di ricostruzione della vicenda: «Der Vertrag als zivilrechtlicher Obliegenungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit», in *Collatio iuris Romani (études Ankum)*, Amsterdam 1995, 59 ss.; «Contratto e causa nel diritto romano», in VACCA (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino 1997, 35 ss.; «Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno», in *Digesto*⁴, XII civ., Torino 1995, 444 ss. (i paragrafi 11 e 12).

le parti si impegnano, e spiegava tutto ciò con riferimento al senso del vocabolo greco *synállagma*. Celso e Giuliano, al loro tempo, intendevano la nozione labeoniana come relativa ad un accordo produttivo di obbligazioni per entrambe le parti, sicché da tale nozione di contratto restavano esclusi gli accordi del tipo *do ut des* e *do ut facias*, nei quali, al momento dell'accordo, una parte esegue la propria prestazione, in vista dell'altrui da eseguirsi in seguito. Per Celso e Giuliano, la protezione degli accordi *do ut des* e *do ut facias* restava così inquadrata nel regime della *condictio* esperibile a sanzione di un arricchimento ingiustificato, e, ove questa non soccorresse nel caso concreto, si sarebbe dovuta realizzare mediante concessione pretoria di una – casisticamente appropriata – azione *in factum*. In questa vicenda, Aristone rimbeccò direttamente Celso, e la sua soluzione fu poi utilizzata da Mauriciano⁹⁶ per la critica a Giuliano.

D. 2, 14, 7, 2 (Ulp. 4 ad ed.): *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc «synállagma» esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo «synállagma» dicit, unde haec nascitur actio.*

Il carattere economico della soluzione di Aristone non ha bisogno di commento, e del resto esso era espressamente sottolineato da Mauriciano col dire che l'*actio praescriptis verbis* «sufficit», che significa⁹⁷: «l'azione civile (*civilis incerti id est praescriptis verbis*) basta, e non c'è bisogno di crearne un'altra, pretoria, appositamente». Ma quel che ancora interessa sottolineare è che l'obiezione, di cui stiamo parlando, Aristone l'espresse in tutto un contesto di chiarificazione della categoria generale labeoniana di contratto, che lo portò ad evidenziare che essa doveva basarsi sulla nozione di *causa*, costruendo così dommaticamente il contratto come un accordo che si distingue dal nudo patto perché l'affare concluso sta al di fuori del campo della gratuità, in quanto la prestazione dell'una parte deve trovar la sua giustificazione economica (*causa*) in un apporto dell'altra: ma tutto ciò va individuato nei caratteri dell'affare (*negotium*)⁹⁸ oggetto dell'accordo, e non nella struttura che tecnicamente assumono gli effetti obbligatori dell'atto.

Questa nozione di contratto, offuscata dapprima in una complessa vicenda che va dal diritto giustiniano al XV secolo, sarà infine riconosciuta da Giason del Mai-

⁹⁶ A quanto pare dal testo che ora riporteremo, Aristone criticò Celso – che dobbiamo supporre allora abbastanza giovane – in una lettera a lui indirizzata; Mauriciano invece – che operò ai tempi di Antonino Pio – doveva annotare i *digesta* di Giuliano.

⁹⁷ Sul senso del «sufficere» di un rimedio giudiziario vedi CANNATA, *Der Vertrag* cit., 69 n. 36.

⁹⁸ L'identificazione della *causa* di Aristone nel *negotium* (traduzione latina del *synállagma* di Labeone-Aristone, che allude all'affare) è di Ulpiano (D. 19, 5, 15): vedi CANNATA, *Contratto e causa* cit., 50 s.

no (*pactum nudum dicitur cui non subest causa*)⁹⁹ e fu ripresa nel Common Law, con consapevolezza della sua origine romana¹⁰⁰, dove la *causa* – sulla scia forse della terminologia francese di «cause suffisante» – assunse la denominazione di (*sufficient* o *valuable*) *consideration*, e definita (per esempio in un *case* della seconda metà del XIX secolo)¹⁰¹ così: «A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered¹⁰², or undertaken by the other». E non importa se la *consideration* sia *executory* (cioè la sua realizzazione sia prevista per il futuro) o *executed*, e cioè essa consista in una «*causa data*», eseguita contemporaneamente all'accordo o già stata eseguita prima di esso. È dunque proprio la nozione di Aristone che domina *the law of contract* nel Common Law, dove sono praticamente assenti le convenzioni tipiche, e dunque la categoria generale di contratto svolge un ruolo essenziale che nel Civil Law si è offuscato – insieme alla nozione generale di contratto stessa – per una tendenza antieconomica a moltiplicare le figure di contratto nominato.

Va ancora attribuita ad Aristone, con ogni probabilità, la soluzione di accentuata economicità che risulta da

D. 6, 1, 9 (Ulp. 16 *ad ed.*) *Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.*

Il testo non parla affatto di Aristone: alla regola, che Ulpiano propone, in materia di legittimazione passiva alla *rei vindicatio*, attribuendola a qualunque detentore che sia in condizione di *restituere*, il giurista severiano oppone solo una, ai suoi tempi già vecchia tesi di Pegaso, che individuava come passivamente legittimato unicamente il possessore in senso proprio (possessore originario). Forse la menzione di Aristone è stata soppressa dai compilatori del Digesto. Comunque sia, noi

⁹⁹ JASON DE MAYNO, *Comm. ad D. 2, 14, 7, 4.*

¹⁰⁰ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* II, London 1089, Ch. 30, IX (p.445): «and therefor our law has adopted the maxim of the civil law, that *ex nudo pacto non oritur actio*». L'opera del Blackstone fu concepita verso la metà del XVIII secolo.

¹⁰¹ *Currie v. Misa* (1875), L. R. 10 Exch. 153 (p. 162).

¹⁰² Come nel caso che opponeva Giuliano e Mauriciano in Ulp. D. 2, 14, 7, 2, dove la *consideration* consiste in un sacrificio dell'*accipiens*, che si impegna a manomettere un proprio schiavo, dunque con un suo sacrificio economico, che interessa la controparte ma economicamente non le profitta.

sappiamo bene che Aristone adottava la regola della legittimazione passiva del detentore in grado di *restituere*, e doveva farlo per tutte le azioni reali, perché in un notissimo passo, che pure risale ad Ulpiano, egli accordava un'*actio negatoria servitutis* contro il detentore e – quel che più importa – proprio in un caso nel quale il possessore non sarebbe stato in grado di restituire:

D. 8, 5, 8, 5 (Ulp. 17 *ad ed.*): *Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse ... dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore probiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ...*

Il casaro è un *conductor*: egli ha preso in affitto il caseificio dal proprietario, la città di Minturno. Il comportamento possessorio che viola la proprietà del fondo vicino consiste nell'immissione del fumo proveniente dal caseificio, non giustificato dall'esistenza di una servitù (industriale) che la permetta. Ora, il comportamento che viola la proprietà del vicino va considerato come un comportamento possessorio del soggetto che sarebbe titolare del diritto di servitù che nella specie non esiste; il casaro, dunque, rispetto a tale comportamento è un semplice detentore. Ma, se l'azione negatoria fosse esperita, dal proprietario vicino che soffre dell'immissione, contro il proprietario del caseificio, questi non sarebbe in grado di *restituere*, perché la *restitutio* in questo caso consisterebbe anzitutto nel cessare di fabbricar formaggio, e la città proprietaria del caseificio non ha modo di imporre tale cessazione al casaro, col quale ha concluso un contratto d'affitto che le impone proprio di permettergli, anzi di rendergli possibile di fare formaggio in quel caseificio. L'unico mezzo per permettere che l'azione del vicino abbia i due esiti economici propri dell'azione reale (*restitutio* o condanna pecuniaria misurata sul valore della servitù esercitata ma non costituita), e non sia invece ridotta alla sola alternativa della *condemnatio*, è quella di accordare l'azione negatoria al proprietario leso contro colui che esercita come detentore l'attività lesiva.

5. Conclusione

Devo interrompere qui, e fra l'altro senza aver parlato quasi per nulla di Giuliano¹⁰³ – ma è lo spazio che me lo impone – questo discorso sui caratteri della giurisprudenza romana alla fine del tempo delle due scuole. Discorso che, come si ve-

¹⁰³ Agli atteggiamenti del quale è ora sempre più attento OKKO BEHREND. Si veda ad esempio, nel contesto dell'articolo «Die *bona fides* im mandatum. Die vorklassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertrages Auftrag», in: *Ars boni et aequi (Festschrift Waldstein)*, Stuttgart 1993, 33 ss., in particolare p. 39, con riferimento a Paul. D. 17, 1, 26 pr.: *Iulianus quoque scripsit mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare.*

de, non ha il carattere di una ricerca puntuale: esso vuol solo dare una prima forma alla meditazione su di una tematica che mi sembra importante per comprendere il modo in cui la scienza giuridica si è atteggiata nel suo evolversi in Europa. Una prospettiva che oggi è possibile adottare grazie ad una serie di contributi, fra i quali resta per me di grande importanza un libro dello studioso al quale è dedicata la presente raccolta. Penso, naturalmente, a *Die römischen Rechtsregeln* (1970), nel quale una vicenda tecnica è stata rivissuta come autentica esperienza intellettuale. Non potevo offrire a Bruno se non qualcosa che somigliasse ai nostri colloqui, e non solo a quelli del tempo in cui egli concepì quel libro: perché essi hanno, già prima ed ancor dopo, sempre punteggiato un'amicizia, nata a Heidelberg nel 1963 e divenuta una dimensione della mia stessa vita.

DIRITTO GIURISPRUDENZIALE E DIRITTO CODIFICATO *

1. – Antonio Guarino, parlando un giorno con me della sua tesi negativa sulla codificazione giuliana dell'editto perpetuo – che io, *rara avis* come lui diceva, avevo accolto – mi confessò che alcuni ultimi suoi atteggiamenti magari un po' troppo forzati erano dovuti al fatto che egli «doveva difendersi». Lo capivo benissimo, ed è per questo che non amo le polemiche. È spesso meglio lasciar perdere. Non per mostrare presuntuoso disinteresse verso i propri critici: siccome ognuno giudica male se stesso e le proprie idee, può sempre avvenire che il critico valga più di te, anche se ti sembra, nel caso, il contrario. Ma perché, se non si hanno nuovi argomenti da addurre – la critica stessa può certo, per altro, averne suggeriti – ovvero se non si vuole ammettere che il critico aveva ragione, affatto inutile è ripetere quel che si era detto prima, col rischio ulteriore di inaridirlo usandolo a sproposito. Un'esposizione scientifica è il momento finale di una meditazione magari faticosa, magari entusiasmante, ma sempre serena; uno scritto polemico è l'arma di un duello. Si tratta di qualcosa, come quando (lo si legge o si sente raccontare) i nostri nonni – che dovevano avere un corpo perfetto e usare calzoni fatti su misura che non cadevano anche se occasionalmente privati di quel funzionale sostegno – usavano la cinghia dei pantaloni per fustigare i nostri padri, allora solo loro giovani figli.

Leggendo uno scritto che s'inizia in questo modo, il lettore pensa che l'autore stia per fare il contrario di quel che predica. Ma non è proprio così: questa volta non posso astenermi dal fare alcune precisazioni sulla critica che lo stesso Guarino ha pubblicato in *Labeo* 44 (1998)¹, e che riguarda la mia ricostruzione di una specifica presa di posizione contro l'ipotesi di una codificazione del diritto civile, presa di posizione che io attribuisco a Labeone nei confronti di Augusto. La sua critica, il Guarino l'espose già oralmente al congresso SIHDA di Messina nel 1997: io ero presente, ma la *maladresse* di un presidente di sessione mi impedì di replicare in quella sede².

* Pubblicato in *Labeo*, vol. XXXV, 1999.

¹ Si tratta del paragrafo 2. *Labeone «superman»*, nel contesto dello scritto *Il dito sulla piaga*, inserito fra i *Punti di vista*, p. 242 ss.

² Il Guarino si riferiva allora – e si riferisce ancora nel suo scritto cui dedico queste righe – alla versione del mio pensiero pubblicata in PARICIO (ed.), *Poder político y derecho en la Roma clásica* (Madrid 1996) 69 ss. col titolo *Potere centrale e giurisprudenza nella formazione del diritto privato romano*; non si trattava della versione originaria, che corrisponde invece al contributo (diverso solo per la forma) *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat, Alcune osservazioni su di un passo del Digesto* (Paul. D. 50, 17, 1), apparso in *Nomen Latinum. Mélanges André Schneider* (Neuchâtel-Genève

In realtà – dicevo – non sto precisamente per fare il contrario di quel che suggerivo all’inizio. Queste righe sono dettate da una preoccupazione diversa, e cioè che un qualche lettore intenzionato a risparmiare le proprie fatiche si contenti di far capo a quel che scrive il Guarino, per desumerne quel che penso io stesso: perché i punti chiave della sua critica sono assai convincenti, ma riguardano proposizioni che egli mi attribuisce, forse perché io mi sono espresso senza la sufficiente chiarezza, o forse perché la sua lettura è stata troppo rapida. Non importa, in fondo, dove stia il difetto. Ma, in particolare, io non ho mai sostenuto che il non realizzato progetto cesariano di codificazione, di cui abbiamo notizia da Suet., *Iul.* 44, 2 e Isid., *Etym.* 5, 1, 5, sia stato ripreso da Augusto; quel che io ho creduto di desumere dalle fonti è solo che i giuristi dovevano temere che Augusto potesse farlo, e che la reazione di Labeone, che si materializzò nella redazione dei *pithana*, abbia avuto luogo in questa prospettiva. Ancora, io non ho mai sostenuto che *regula* sia un diminutivo di *res*: il Guarino si esprime come se questa fosse una mia personale convinzione, perché infatti ha cura di dimostrare – il compito è invero facilissimo – che la cosa non è vera. Ma io ho solo notato che questa idea appare chiaramente implicata dal tenore della definizione di *regula* che Paolo (16 *ad Plautium*) propone all’inizio di D. 50, 17, 1, e trovo in ciò un argomento per far risalire a Labeone tale enunciato definitorio, ipotesi confortata dal fatto che Paolo, nello stesso passo, riporta una presa di posizione – adesiva, ma con un’importante precisazione – di Sabino (Massurio, a quanto pare) sulla definizione stessa.

Vi sono, nello scritto del Guarino, anche affermazioni francamente arbitrarie. Tale è certo il suo giudicare «evanescente futuribile» la notizia di Svetonio circa il progetto cesariano, e il negare qualunque valore alla sua conferma da parte di Isidoro, dicendo che questi riprendeva semplicemente la notizia da Svetonio; la prova che Isidoro la traesse da altra fonte, costituita dal fatto che egli attribuisce la prima idea a Pompeo, è cancellata dal Guarino con cinque parole: Isidoro «fantastica, secondo il suo uso». Come ancora è arbitrario dire che se la definizione di *regula*, che Paolo riporta in D. 50, 17, 1, egli l’avesse letta all’inizio dei *pithana* di Labeone – come io ipotizzo – l’avrebbe anche commentata nell’epitome dei *pithana*, e questo frammento paolino, e non quello dei *libri ad Plautium*, i compilatori avrebbero riportato nel Digesto.

Ma il problema, comunque, è un altro.

2. – Come si sa, tra la seconda metà del primo secolo avanti Cristo e l’inizio del primo dell’era volgare, la tendenza – che aveva caratterizzato fin dal suo inizio la crisi della repubblica – a concentrare il potere politico nelle mani di magistrati du-

1997) 125 ss.; al tempo del congresso era già in stampa la versione definitiva, comparsa poco dopo in CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea I. Dalle origini all’opera di Labeone* (Torino 1997) 316-330, dove è presente l’analisi dei *pithana*, che sta alla base di tutta la mia idea e che in quelle versioni precedenti non avevo potuto inserire, per contingenti ragioni di spazio.

revolmente in carica, si concretò decisamente nell'idea di *omnem potentiam ad unum conferri*³. Il problema del rapporto fra un potere centralizzato e il ruolo dei giuristi nella formazione del *ius privatum* – uso il termine nell'accezione che il Guarino, come tutti sanno, le attribuisce – venne necessariamente allora, come nodo, al pettine: perché il principe dell'impero che così si formava poteva escogitare modi – rudi o delicati che fossero – per controllare tutti gli organismi dell'entità statale, ma non l'opera dei giuristi, che organi giuridicamente non erano, e d'altra parte godevano di un'autorità riconosciuta e forte quanto nessun organismo istituzionalizzato poteva vantare. Che l'esistenza di questo problema abbia generato una battaglia – anche se piuttosto sorda che combattuta in campo aperto – fra i detentori del potere e i giuristi, è ovvio; che il progetto di codificazione di Cesare e l'introduzione del *ius respondendi* da parte di Augusto abbiano costituito i due momenti emergenti di tale battaglia – come sua soluzione rude e sua soluzione delicata – e quindi debbano essere visti come storicamente connessi, è già stato visto da molti, e io credo con particolare chiarezza dal Puchta⁴ e dal Kunkel⁵. Quel che il Guarino sembra rifiutar di ammettere, è proprio questa connessione, che a mio parere invece, una volta individuata, permette di comprendere che quel contrasto tra potere e giurisprudenza non va considerato solo come contingente episodio di una complessa vicenda di transizione politica. Le circostanze di quella transizione hanno invece – così io vedo le cose – costituito l'ambiente favorevole alla emersione – in una forma limite – di un conflitto perenne nella storia della scienza giuridica, o meglio nella storia del diritto con riguardo alle epoche in cui esistette una scienza giuridica. Si tratta del conflitto fra l'idea di una costruzione legislativa e quella di una costruzione scientifica della regola giuridica: in altre e più generali parole, fra una sua determinazione in forma apodittica, come premessa generale ed astratta situata in assoluto all'inizio del procedimento interpretativo, come struttura che si lascia facilmente convertire in un imperativo, e la cui presenza esclude ogni altra formazione regolare di principi, e invece, dall'altra parte, la regola determinata nella soluzione giusta delle situazioni pratiche, raggiunta nell'analisi del caso e nella costruzione della dommatica idonea a formularne la soluzione, nonché degli strumenti per far della soluzione un modello replicabile in altri casi, ma la cui estensione va verificata daccapo ogni volta. Alla base di queste due visuali sta una nozione diversa della certezza del diritto, perché la prima la definisce come costanza immutabile della regola, la seconda l'identifica nella sua discutibilità, che assicura una più flessibile aderenza all'originalità che il caso da decidere presenti e una pronta adattabilità al che di nuovo che esso riveli. La certezza della regola normativa, legata così alla sua propria uniformità, risulta essere certezza funzionale all'esercizio del potere sanzionatorio, la certezza della regola scientifica – la regola

³ L'espressione è di Tac., *Hist.* 1, 1, 2.

⁴ PUCHTA, *Cursus der Institutionen* I⁸ [Krüger] (Leipzig 1875) 323.

⁵ KUNKEL, *Das Wesen des ius respondendi*, in *ZSS.* 66 (1948) 448 ss.

giurisprudenziale (che può ben denominarsi, con lo Schmidlin in particolare, regola casistica) – risulta finalizzata alla più sicura realizzazione di quel che Celso enuncerà come l'ideale del *bonum et aequum*.

Quel che a me è parso di poter individuare è che, una volta ammesso il collegamento politico del progetto pompeiano-cesariano di codificazione del diritto civile con l'introduzione augustea del *ius respondendi ex auctoritate principis*, tra tali due episodi si viene a determinare un periodo storico in cui il contrasto fra i giuristi e il potere centrale si è manifestato in modo particolarmente evidente; e in questo periodo, l'episodio parallelo dalla parte dei giuristi è rappresentato dalla pubblicazione – forse anche, in certo modo, periodica, come pensava il Bremer – dei *pithana* di Labeone. E siccome la conclusione di tutta questa vicenda è nell'introduzione del *ius respondendi*, ciò significa che Augusto, che avesse o no pensato a riprendere il disegno di Cesare, scelse per realizzare i medesimi scopi del suo predecessore una soluzione che riconosceva al diritto giurisprudenziale il ruolo che esso aveva nella tradizione, limitandosi a cercar di ricondurre l'insieme dei giuristi – o almeno dei migliori – su strade che essi potessero percorrere senza contrastare il suo indirizzo, anzi, di fatto, collaborando con lui. Comunque, la continuità del diritto giurisprudenziale restava salva: in questo senso Labeone vinse la sua battaglia, come scrivevo in una frase dalla quale il Guarino risulta particolarmente scandalizzato.

Che tutta la mia ricostruzione della vicenda sia discutibile, è chiaro. Chiunque scriva di scienza sa di proporre argomenti e conclusioni all'intelligenza ed alla cultura altrui, e non ha bisogno di riempire il proprio discorso con troppi condizionali o troppi incisi di modestia prammatica, salvo magari poi assumer toni perentori quando le tesi che aveva presentato sommessamente vengono contraddette. Solo, vorrei che Antonio Guarino riconoscesse che io non ho proposto un Labeone superman: ho solo illustrato un episodio che potrebbe provare una volta di più che la giurisprudenza romana, finché fu gestita da giuristi capaci e consci del loro ruolo, mostrò una forza tale da aver pure ragione dell'opposizione dei potenti.

IUS ALTIUS TOLLENDI*

1. – Il Codice Civile svizzero contiene una norma definitoria delle servitù prediali (art. 730 al. 1), dalla quale emerge con estrema chiarezza la distinzione fra servitù positive e servitù negative. Il dettato semplice di tale norma rende la portata dommatica basilare di tale distinzione più immediata ed evidente di quanto essa non risulti da quello un po' pedantesco analitico del corrispondente § 1018 del BGB tedesco¹.

Secondo la citata definizione del CCS, per effetto dell'esistenza di un diritto di servitù i poteri, che il proprietario del fondo servente ha – come proprietario appunto – sul proprio fondo, risultano in ogni caso limitati, ma tale limite può manifestarsi in due modi diversi. Nel caso delle servitù che chiamiamo positive, il proprietario del fondo servente deve consentire al proprietario del fondo dominante atti che costituirebbero, ai sensi dell'art. 641 al. 2 CCS, usurpazioni del suo fondo, se questo non fosse servente; nel caso delle servitù negative, invece, il *pati* del proprietario del fondo servente si manifesta unicamente come un limite alle sue facoltà di proprietario. Se mutiamo l'angolo visuale e ci poniamo ad osservare la situazione del proprietario del fondo dominante, ne risulta che questi, se titolare di una servitù positiva, gode di poteri diretti sul fondo servente, e cioè della facoltà di effettuare atti materiali d'uso, i quali possono consistere in vere e proprie attività o nel semplice fatto di tenervi cose sue che vi si trovino collocate²; se invece il proprietario del fondo dominante sia titolare di una servitù ne-

* Pubblicato in *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Bâle-Genève-Munich 2000.

¹ Assolutamente inespliciti in questo senso sono, invece, l'art. 637 del *code civil* francese (anche se completato con l'art. 689), nonché l'art. 1027 del *codice civile* italiano del 1942 (che dipende dall'art. 531 del *codice civile* del 1865, il quale traduceva l'art. 637 del *code civil*, come l'art. 618 traduceva il 689 del *code civil*). La distinzione fra servitù positive e negative è invece espressamente definita nell'art. 533 del *código civil* spagnolo e risulta chiara anche nell'ABGB austriaco (§ 472) e nel nuovo WB dei Paesi Bassi (art. 5:71 al. 1 all'inizio).

² Con questa precisazione voglio alludere ad ipotesi come quella considerata in Alf. D. 8, 5, 17 pr., dove si propone il caso in cui il muro che si trova fra due fondi (e che si deve intendere sia un muro comune) abbia acquistato una bombatura che lo fa trasbordare per mezzo piede o più nel fondo vicino. Nel testo di Alfeno non si parla che dell'azione negatoria di cui dispone il proprietario del fondo invaso (*agi oportet ius non esse illum parietem ita prolectum in suum esse invito se*), nel caso dunque non esista una servitù che permette l'intrusione. Ma la servitù relativa è certo possibile secondo il principio casisticamente enunciato da Aristone in Ulp. D. 8, 5, 8, 5, secondo il quale ad ogni azione negatoria di servitù deve poter corrispondere la possibilità di costituire la servitù corrispondente (*agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium*

gativa, egli non potrà far nulla nel fondo servente; la sua pretesa si concreterà in un diritto di proibire al proprietario del fondo servente di farvi lui qualcosa, e si estrinsecherà al massimo nell'esercizio di un'azione negativa.

In questo breve studio vorrei illustrare come i giuristi romani dell'epoca, che siamo soliti qualificare come classica, abbiano trattato quella distinzione, e precisamente quali conseguenze ne abbiano tratto sul piano dommatico e pratico. Si tratta di un punto della storia del pensiero giurisprudenziale romano che non è chiaro nella letteratura romanistica moderna, perché nelle fonti esso è legato ad un istituto particolare, che non mi pare sia mai stato compreso, o almeno descritto, nella sua precisa portata.

E mi è particolarmente grato dedicare le presenti pagine ad Henri Robert Schupbach, collega e soprattutto amico da ormai lunga data, grande conoscitore ed acuto docente della materia dei diritti reali, sensibile alle dimensioni storiche della scienza giuridica, che sa vivere con l'intelligenza e la cultura che notoriamente lo distinguono.

2. – Nelle enumerazioni di tipi di servitù³ che recano le fonti romane, troviamo più volte menzionato un diritto di sopraelevare i propri edifici (*ius altius tollendi*) e talora anche un diritto – variamente descritto – di fare ostacolo a che la luce solare pervenga al fondo vicino. Come è noto, i giuristi romani denominavano in generale *iura praediorum (urbanorum et rusticorum)* le «servitù prediali (rustiche e urbane)»⁴. Ora, in Gai. 2, 14, un passo delle istituzioni gaiane che il manoscritto ve-

agi poterit ius esse fumum immittere). Ora, la servitù del caso di Alfeno, che permettesse di tenere la bombatura, sarebbe una servitù positiva.

³ Questi elenchi sono sempre esemplificativi. Malgrado l'idea contraria che spesso – in modo più o meno chiaro – viene professata dalla dottrina romanistica attuale, la giurisprudenza romana non considerò mai quello delle servitù prediali come un sistema chiuso da un «Typenzwang». Certo i giuristi determinarono, a partire da epoca abbastanza antica, una serie di servitù tipiche, ma di fronte a situazioni nuove i giuristi non ragionavano mai intorno alla possibilità di costruirle come servitù prediali valutando la loro riconducibilità ad un tipo già esistente, bensì esaminando la loro corrispondenza con la nozione generale di servitù (come in Pap. D. 8, 3, 4) o, ad esempio, la consistenza economica dell'utilità fornita dal fondo servente al fondo dominante (Ulp. Pomp. D. 8, 5, 8, 6-7). Tutto ciò era già stato dimostrato da R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg 1856, 134 ss. Per la letteratura seguente (segnalo in particolare BURDESE, *Sulla tipicità delle servitù prediali in diritto romano*, in AG 243 [1998], 3 ss.) vedi il recentissimo libro della CURSI, *Modus servitutis*, Napoli 1999, 8 ss., il cui merito principale – anche se, per vero, non il solo – è quello di una compiuta e meditata informazione bibliografica.

⁴ Vedi ad esempio Gai. 2, 14: anche se chiamavano pure *servitutes* le servitù prediali (ad esempio Ner. D. 8, 3, 2 pr.; Ulp. D. 8, 3, 3; Marcian. D. 8, 1, 1) e non era loro estranea la terminologia adottata del CCS, che denomina servitù l'insieme dei diritti reali frazionari (Marcian. D. 8, 1, 1 cit.: con la suddivisione in *servitutes personarum* e *servitutes rerum*). Quest'ultima terminologia, io credo, venne creata in funzione della ammissibilità di diritti reali frazionari consistenti in un diritto di uso specifico di un fondo, a favore di un soggetto (le «autres servitudes» dell'art. 781 CCS) e non di un fondo (dominante): vedi in particolare Pap. D. 8, 3, 4 cit.; Pap. D. 33, 3, 6; Ulp. D. 34, 1, 14, 3.

ronese ci ha restituito in pessimo stato, si legge comunque chiaramente la menzione delle due servitù negative *non extollendi* e *ne luminibus vicini officiat*, preceduta da quella dei due *iura* contrari: *altius tollendi* e *luminibus vicini aed<ium officiat*>. Il *ius altius tollendi aedes* seguito, questa volta, dal *non tollendi* compare ancora – il passo si legge compiutamente nel manoscritto – in Gai. 2, 31. Analogamente certo avveniva nel contesto dell'esposizione sistematica (diairetica) delle *actiones* in Gai. 4, 3, dove l'enumerazione dei diritti reali – dopo '*veluti*', che significa «per esempio» – è fatta per gruppi con coordinamento per asindeto, e il *vel* o *-ve* congiunge, all'interno di ciascun gruppo, i tipi apparentati, così: «uso o usufrutto, servitù di passaggio o acquedotto» (servitù rustiche, positive) e quindi non può concludersi, menzionando poi servitù urbane e negative, con «o il diritto di sopraelevare o di prospetto». Prima del *vel altius tollendi* doveva esserci una menzione non preceduta da *vel*, ed è estremamente logico che essa fosse quella della servitù *altius non tollendi*. Lo scriba del manoscritto veronese deve solo averla omessa per errore:

Gai. 4, 3: *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquid nobis competere, veluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi, <altius non tollendi> vel altius tollendi prospiciendive.*

Per quanto più ci interessa, comunque, il *ius altius tollendi* è espressamente presente nel testo, come esso lo è ancora in un testo di Nerazio – giurista di un mezzo secolo anteriore a Gaio –, nel quale solo va notato che i compilatori del Digesto o i loro scribi hanno equivocato riferendo l'enumerazione alle servitù rustiche invece che a quelle urbane: all'inizio del testo troviamo menzionati, senza che poi seguano le rispettive servitù contrapposte, il diritto di *altius tollere* e quello di togliere la luce del sole alla villa del vicino⁵. L'inizio, che solo qui ci interessa, del testo si presenta, nel Digesto, così:

⁵ Appare evidente che, componendo il frammento D. 8, 3, 2 pr., i compilatori giustiniani vi hanno fatto un pasticcio. Essi costruiscono il titolo 8, 3 del Digesto come *sedes materiae* della trattazione delle servitù rustiche ('*De servitutibus praediorum rusticorum*') aprendolo con un passo delle Istituzioni di Ulpiano (D. 8, 3, 1), che evidentemente nell'opera originale si trovava pure all'inizio della trattazione delle servitù (cfr. LENEL, *Pal. II*, 929 [Ulp. fr. 1921]) e che i compilatori stessi usarono anche all'inizio del titolo '*De servitutibus*' delle *Institutiones* (I. 2, 3 pr. e § 2). Ma il secondo frammento del titolo D. 8, 3, che è il nostro frammento di Nerazio, tratto dai *libri regularum* (che pure dovevano contenere una trattazione istituzionale) di quel giurista, è composto di due enunciati, certo così accostati dai compilatori, che devono averli isolati da un contesto più ampio. Ora, il secondo degli enunciati tratti da Nerazio (D. 8, 3, 2, 1-2) riguarda alcuni dettagli del regime delle servitù rustiche di acquedotto e di *aquae haustus*, ma quello iniziale (D. 8, 3, 2 pr.) riguarda servitù urbane, e la *sedes materiae* delle servitù urbane nel Digesto è il titolo 8, 2 ('*De servitutibus praediorum urbanorum*'). L'inserzione, qui, dell'enunciato contenuto nel *principium* di D. 8, 3, 2 (il brano che ci interessa) è stato dunque un errore dei compilatori, ed esso certo non si iniziava con le parole che ora lo aprono: '*Rusticorum praediorum servitutes ...*': queste sono certo di mano dei compilatori giustiniani, che ve le aggiunsero di sana pianta, ovvero possono attribuirsi al revisore finale del titolo D. 8, 3, che le scrisse per sostituirvi un *incipit* allusivo alle servitù urbane, correggendo senza più controllare il contenuto del dettato. Noi non possiamo, infatti, stabilire che cosa Nerazio avesse scritto in effetti a questo punto: magari nulla

D. 8, 3, 2 pr. (Ner, 4 reg.): *Rusticorum praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini ...*

3. – La configurazione di questi *iura*, che rappresentano precisamente il reciproco delle due principali servitù negative, appare a prima vista un'autentica stranezza, e come tale i romanisti l'hanno troppo sovente trattata, cercando di spiegarla in modi che non la rendono più ragionevole⁶. La stranezza, certo, è notevole: non si capisce che senso possa avere la costituzione, a favore di un proprietario, del diritto di sopraelevare i propri edifici o di modificarli in modo da impedire o comunque ostacolare l'illuminazione solare del fondo vicino. Sono, queste, facoltà che gli spettano come proprietario: come tale può egli eseguire tali lavori, e contro chi tenti di impedirglielo egli dovrebbe avere i comuni rimedi contro i terzi usurpatori. Eppure, leggendo ancora un passo dei *Fragmenta Vaticana* (una cretostomazia di testi classici, composta in Occidente nel IV secolo), apprendiamo senz'ombra di dubbio che il diritto di sopraelevare lo si rivendicava, con una formula simile a quella impiegata per la rivendica di una servitù positiva:

Vat. 53 (Paulus, libro primo manualium): *Si altius tollendo aget is qui in infinitum tollendi ius non habet, si non expresserit modum, plus petendo causa cadit, quasi intendit ius sibi esse in infinitum tollere.*

Ma questo passo ci fa capire già molte cose, sicché preferisco darne una traduzione precisa: «Se eserciti l'azione per la sopraelevazione colui che non ha il diritto illimitato di sopraelevare, qualora non abbia menzionato la misura, perde il processo in ragione della *plus petitio* [cioè: per aver preteso più di quanto gli spettasse], come se avesse invocato il diritto di sopraelevare senza limiti».

Il caso considerato da Paolo non ha bisogno di spiegazioni, ma il modo in cui il dettato è costruito ci dà un'informazione basilare. Prendiamo in considerazione, per semplicità, solo l'azione esercitata pretendendo il diritto di sopraelevare senza limiti (*in infinitum*). Dal testo risulta chiaro che in questo caso la formula che il pretore accorderà all'attore (che chiamiamo con il tradizionale nome edittale di *Aulus Agerius*) enuncerà la pretesa, sottoposta a cognizione, dell'attore stesso con le parole seguenti (nelle quali denomino *aedes Servianae* l'edificio in questione): *Si paret Aulo Agerio ius esse aedes Servianas altius tollendi*⁷. Potrebbe aggiungersi *in infinitum*, ma dal testo stesso si ca-

di rilevante ai nostri fini – perché nulla ci assicura che la frase in questione fosse quella che nelle *regulae* di Nerazio apriva la trattazione delle servitù urbane – o magari invece '*Urbanorum praediorum iura sunt ...*'. Quel che è certo è che la dizione attuale '*Rusticorum praediorum servitutes ...*' è di mano compilatoria, e ricalca l'inizio del precedente passo di Ulpiano.

⁶ Vedi da ultimo l'esame del problema e della relativa letteratura in CURSI, *Modus servitutis* cit., 257-292.

⁷ Nelle fonti si trova, per casi del genere, tanto la costruzione col gerundio (*ius esse – o non esse – altius tollendi*) quanto quella con l'infinito (*ius esse – o non esse – altius tollere*).

pisce che una simile aggiunta è del tutto superflua; ma un'altra aggiunta appare invece necessaria. Infatti, il soggetto che eserciti questa azione si pretende evidentemente anche proprietario dell'edificio serviano, ma non rivendica la proprietà, perché questa altrettanto evidentemente non gli è contestata dal convenuto; quel che egli rivendica è solo la facoltà di sopraelevare i suoi edifici, e lo fa evidentemente contro un soggetto che glielo impedisce; quel che l'attore contesta è dunque il fatto che il convenuto (che chiameremo *Numerius Negidius*) abbia il diritto di proibirgli la sopraelevazione. Questo atteggiamento – ne siamo perfettamente informati, come vedremo – dava luogo nelle formule processuali alla precisazione che l'esercizio dell'attività doveva essere considerato consentito all'attore «malgrado la volontà contraria del convenuto». Abbiamo dunque un'*intentio* che, in forma compiuta, si presenta così:

*Si paret Aulo Agerio ius esse aedes Servianas altius tollendi invito Numerio Negidio*⁸.

Questa struttura dell'*intentio* della formula processuale parrebbe investire il giudice della cognizione di due diritti⁹, quello invocato dall'attore, e quello eventualmente invocato dal convenuto per resistergli. L'attore pretende di poter sopraelevare l'edificio serviano, e quindi ne invoca semplicemente la proprietà, ma questa non è contestata dal convenuto, per cui non costituirà oggetto di onere probatorio. Il convenuto sostiene invece di avere il diritto di proibire all'attore di sopraelevare, e pertanto su di lui grava l'onere di provare questo *ius prohibendi*, vale a dire l'esistenza di una *servitus altius non tollendi* che glielo attribuisca.

Costruiamo un semplice caso pratico per poter osservare come le cose funzionano.

AA (Aulus Agerius) ha intrapreso la sopraelevazione dell'edificio serviano, nel fondo S; NN (Numerius Negidius), proprietario del vicino fondo D si oppone all'opera, sostenendo che il fondo S è gravato a favore del proprio fondo D di una servitù *altius non tollendi*. AA agisce contro NN sostenendo di poter sopraelevare malgrado la volontà contraria di NN. È chiaro che in questo giudizio la proprietà di AA sul fondo S non avrà rilevanza alcuna: NN, se risulti munito del diritto di servitù, potrà proibire la costruzione, chiunque sia che la esegua sul fondo S; se invece non riesca a provare la sua titolarità della *servitus altius non tollendi* sul fondo S, non potrà impedire i lavori, chiunque sia a volerli fare.

Dobbiamo dunque concludere che questa azione, che ci ha presentato il testo di Paolo (Vat. 53) come una rivendica del *ius altius tollendi*, funziona in realtà come un'azione negatoria della *servitus altius non tollendi*, ma un'azione negatoria concepita in un modo particolare.

⁸ Sul senso della clausola '*invito ...*' vedi più avanti, con la menzione di Ulp. D. 8, 2, 5.

⁹ Ritorneremo ad esaminare il meccanismo processuale corrispondente a formule di questo tipo, che risulta bene, in generale, soprattutto da Ulp. D. 7, 6, 5 pr., un testo al quale è interamente dedicato il libro di BIGNARDI, *De suo iure agere oportet*, Milano 1992; vedi anche PUGLIESE, '*Brevi riflessioni su una regula iuris*', in *Mélanges Wubbe*, Fribourg Suisse 1993, 389 ss.

4. – Per capirne di più, è necessario dare uno sguardo generale al sistema romano delle azioni reali, per osservare come l'azione di Paul. Vat. 53 vi si inserisca.

A questo proposito, si deve anzitutto notare che nelle formule delle azioni reali, l'*intentio* – cioè la clausola che enuncia il diritto invocato dall'attore, e che quindi caratterizza ciascuna azione – può assumere due forme diverse: una forma affermativa o una forma negativa.

La forma affermativa più semplice è quella dell'*intentio* che si legge nella formula della *rei vindicatio*, azione di rivendicazione di una cosa, vale a dire della sua proprietà, dove l'affermazione dell'attore viene esposta come una pretesa *erga omnes* pura e semplice:

Si paret fundum Cornelianum Auli Agerii esse ex iure Quiritium ...

Le altre azioni possono pure avere forma affermativa, allusiva alla pretesa titolarità di un diritto, come ad esempio:

Si paret Aulo Agerio ius esse utendi fruendi fundo Corneliano ...

ovvero forma negativa, come contestazione di un diritto preteso dal convenuto, per esempio:

Si paret Numerio Negidio ius non esse utendi fruendi fundo Corneliano ...

Questa precisazione formale – va subito avvertito – va presa come tale. Come vedremo, non si devono automaticamente desumere dalla forma univoche conclusioni di sostanza.

Dal punto di vista della sostanza, le azioni reali si distinguono in azioni confessorie e negatorie¹⁰. Con l'espressione *actio confessoria* si allude alle *vindicationes*, cioè le azioni di rivendica di un diritto reale; per *actio negatoria* s'intende invece l'azione con la quale il proprietario agisce contro il terzo che compia atti di usurpazione della sua proprietà per ottenere la cessazione dell'intrusione ed eventualmente il risarcimento del danno. Ora, in termini generali, si può ben dire che nelle azioni confessorie la forma dell'*intentio* formulare è affermativa, mentre essa è negativa nella formula delle azioni negatorie.

Quanto alle confessorie, ad esempio, la rivendica d'usufrutto avrà un'*intentio* del tipo di quella or ora riportata (*si paret Aulo Agerio ius esse utendi fruendi fundo Corneliano*), e quella delle *vindicationes* di servitù positive sarà concepita allo stesso modo, con '*si paret Aulo Agerio ius esse*' seguito dalla descrizione degli atti che la servitù in questione permette al titolare e dall'indicazione specifica del fondo servente: dunque, prendendo come esempio l'*intentio* della *vindicatio* di una

¹⁰ Il testo più esplicito in materia è Ulp. D. 8, 5, 2 pr.

servitù di passaggio (*actus*): *si paret Aulo Agerio ius esse eundi ageendi per fundum Cornelianum*.

Nelle azioni negatorie, l'*intentio* seguiva lo schema seguente: «Se risulta che il convenuto non ha il diritto (reale) di [esercitare una certa attività] sulla cosa in questione, contro la volontà dell'attore», e quindi, ad esempio, *si paret Numerio Negidio ius non esse utendi fruendi fundo Cornelianum invito Aulo Agerio* per l'azione negatoria d'usufrutto, *si paret Numerio Negidio ius non esse eundi ageendi per fundum Cornelianum invito Aulo Agerio*, per l'azione negatoria di una servitù di passaggio, e così via su questo modello per ogni servitù positiva: secondo lo schema generale proposto da Aristone in Ulp. Arist. D. 8, 5, 8, 5, *si paret Numerio Negidio ius non esse ita facere*, dove si ricorda una formula proposta da Alfeno Varo, che suonava *si paret Numerio Negidio ius non esse in suo lapidem cedere, ut in fundum Cornelianum fragmenta cadant invito Aulo Agerio*, e si propone la formula (per il caso esaminato da Aristone) *si paret Numerio Negidio ius non esse in fundum Cornelianum fumum immittere invito Aulo Agerio*. Queste azioni negatorie corrispondono dunque a quelle che la giurisprudenza e la dottrina svizzere chiamano «actions en suppression ou en omission de trouble» e che trovano fondamento nell'alea finale dell'art. 641 CCS. I giuristi romani vedevano dunque gli atti di usurpazione della proprietà come attività possessorie di una servitù positiva da parte del terzo non proprietario della cosa in questione, e non titolare del diritto reale che permettesse tali intrusioni. Essi precisarono anche (lo leggiamo in particolare in due testi che già abbiamo citati), che in un'azione negatoria l'attore invoca, in forza della clausola *invito Aulo Agerio*, il proprio *ius prohibendi*, il quale è contenuto nel suo diritto di proprietà, e che dunque solo la proprietà costituisce l'oggetto del suo onere probatorio; una volta che l'attore si sia provato proprietario della cosa interessata dall'usurpazione, il convenuto potrà efficacemente difendersi provando di avere il diritto reale che gli permette l'intrusione¹¹. Quanto al senso della clausola *invito Aulo Agerio*, i giuristi precisavano ancora che essa non va riferita all'esistenza o meno di una manifestazione di volontà contraria di Aulo Agerio, ma all'esistenza di un diritto reale in capo ad Aulo Agerio che gli permetta di proibire a Numerio Negidio di fare quel che fa; Aulo Agerio sarà dunque sempre *invitus*, finché non abbia concesso a Numerio Negidio il diritto di fare quel che gli potrebbe vietare: precisamente, finché non abbia costituito a favore di Numerio Negidio il diritto reale – la servitù – corrispondente¹².

5. – Nel quadro del sistema romano delle azioni reali, che abbiamo osservato nel paragrafo precedente, mancavano – il lettore se ne sarà senza dubbio accorto – le

¹¹ Ulp. D. 7, 6, 5 pr.

¹² Ulp. Pomp. D. 8, 2, 5. Il testo era già interpretato nel senso qui proposto dal CUIACIUS, *Recitationes solemnes* in tit. II de servit. Dig. ad 1. V, in *Opera, continuatio partis tertiae*, Prati 1839, 652; l'autore (1522-1590) si riferiva in particolare alla rivendica delle servitù negative, che esamineremo nel paragrafo seguente.

azioni per le servitù negative. Ciò dipendeva dal fatto che queste azioni assumono una forma particolare.

Le azioni di rivendicazione di una servitù negativa assumono forma negativa: esse sono dunque azioni confessorie, la cui formula contiene un'*intentio* '*si paret Numerio Negidio ius non esse ... invito Aulo Agerio*'. Il dato è testimoniato in modo preciso dalle fonti. Abbiamo già un testo di Alfeno Varo¹³, che si riferiva ad una servitù particolare, ma certamente una servitù negativa:

D. 8, 5, 17, 1 (Alf., 2 dig.): *Cum in domo Gaii Sei locus quidam aedibus Anni ita serviret, ut in eo loco positum habere ius Seio non esset, et Seius in eo silvam sevisset, in qua labra et [t]enes cacumellas positas haberet, Annio consilium omnes iuris periti dederunt, ut cum eo ageret ius ei non esse in eo loco ea posita habere invito se.*

Per chiarezza, preferisco tradurre: «Su di uno spazio della casa di Gaio Seio era costituita una servitù a favore dell'edificio di Annio, secondo la quale Seio non aveva diritto di tener posta in quel luogo cosa alcuna; Seio piantò nel suddetto luogo un boschetto, nel quale teneva posti grandi vasi e aggraziati caldari: tutti i giurisperiti che Annio consultò gli diedero consiglio di agire in giudizio contro Seio adducendo <che egli non aveva diritto di tener poste in quel luogo quelle cose¹⁴ contro la sua volontà>».

Per la rivendica della *servitus altius non tollendi*, abbiamo due diverse formule: la prima, per il caso in cui l'azione venga esperita prima che la costruzione venga fatta (*prius quam aedificatum esset*), con l'*intentio* '*si paret Numerio Negidio ius non esse aedes Servianas altius tollere invito Aulo Agerio*'¹⁵; la seconda, per il caso in cui la costruzione sia già stata eseguita, con l'*intentio* '*si paret Numerio Negidio ius non esse (ita)*'¹⁶ *aedificatum habere invito Aulo Agerio*'¹⁷.

Questa struttura delle formule di rivendica di una servitù negativa obbedisce alla consistenza dommatica di tali servitù. Qui non sarebbe, infatti, corretto impostare il giudizio su di un'*intentio* formulare positiva del tipo *si paret Aulo Agerio ius esse* di fare qualcosa nel fondo servente, perché la servitù rivendicata non attribuisce alcun potere al suo titolare di fare alcunché in tale fondo. Come dicevamo all'inizio (nel § 1), il titolare di una servitù negativa non gode di poteri materiali sul

¹³ Alfeno Varo, che abbiamo già incontrato, era un giurista dell'epoca repubblicana. Fu *consul suffectus* nel 39 a.C. Apparteneva alla scuola di Servio Sulpicio Rufo (nato nel 106 o 105 a.C. e morto nel 43 a.C.).

¹⁴ Con «quelle cose» il testo si riferisce solo ai vasi e ai caldari, non al boschetto, che è *satum* e non *positum*.

¹⁵ Questa formula risulta bene, in tutti i suoi elementi, dall'insieme di D. 39, 1, 15, un testo nel quale Africano riportava un'opinione del suo maestro Giuliano (siamo nel II secondo d.C.).

¹⁶ Nella formula concreta, invece di questo *ita* si leggeva una descrizione dei lavori effettuati *in fundo Corneliano* (la precisa menzione del fondo servente era evidentemente necessaria).

¹⁷ Ulp. D. 8, 5, 6 pr.

fondo servente, ma unicamente di un *ius prohibendi* nei confronti del proprietario di questo. Ora, un'azione diretta a far valere un *ius prohibendi* non può che contenere un'intentio di forma negativa, anche se si tratti di un'azione confessoria. Il fatto che si tratta di un'azione confessoria, e precisamente di una *vindicatio servitutis*, comporta però conseguenze processuali diverse da quelle della formula di un'azione negatoria. L'attore, infatti, non potrà, per fondare la sua pretesa, limitarsi a provare la proprietà: del resto, il fondo dominante, di cui l'attore deve essere proprietario, non viene del tutto menzionato nella formula. L'attore, che deve provare il fondamento del *ius prohibendi*, avrà l'onere di provare il suo diritto di servitù sul fondo nel quale il convenuto ha effettuato le attività contestate.

6. – Ci resta, per portare a termine il nostro discorso, stabilire infine come fosse concepita l'azione negatoria di una servitù negativa. Ma con ciò perveniamo anche alla soluzione del problema al quale tutto questo articolo è dedicato, perché l'azione negatoria di una servitù negativa, non potendo essere concepita che in modo contrario a quella della rispettiva *vindicatio*, aveva forma positiva, e consisteva precisamente in una rivendica del *ius* che la servitù avrebbe soppresso al proprietario del fondo che ne fosse gravato. Nel caso, dunque, della *servitus altius non tollendi*, l'azione negatoria del proprietario del fondo, che l'avversario pretenda servente, consisteva nella rivendica del diritto di sopraelevare i propri edifici malgrado la volontà contraria dell'avversario. Si tratta dunque dell'azione che abbiamo visto menzionata da Paolo in Vat. 53.

Essa aveva appunto una formula con l'intentio '*si paret Aulo Agerio ius esse aedes Servianas altius tollendi invito Numerio Negidio*', come l'avevamo ipotizzata nel § 3. La formula ci risulta espressamente dal testo di Africano al quale già ci siamo in nota riferiti (Afr. D. 39, 1, 15), che ve la sintetizzava scrivendo '*cum quis agere vellet ius sibi esse invito adversario altius tollere*'. Ma ora siamo in grado anche di capire esattamente come si ponessero gli oneri probatori in tale giudizio.

Siccome l'esperimento di questa azione ha lo scopo di ottenere l'accertamento del fatto che il convenuto non ha diritto di proibire la costruzione che l'attore intenda fare, faccia o abbia fatto nel proprio fondo, quel che il giudice dovrà stabilire è che il convenuto non è titolare di una servitù *altius non tollendi* a carico del fondo in questione. Ora, come è noto, i giuristi romani evitavano di addossare ad un soggetto oneri probatori negativi¹⁸. Perciò, se la pretesa dell'attore in questa rivendica dell'*ius altius tollendi invito Numerio Negidio* si fondi semplicemente sull'assunto che la servitù pretesa da Numerio Negidio proibendogli di sopraelevare non è mai esistita, egli non potrà essere assoggettato all'onere di provare una simile circostanza. In pratica, un problema di questo genere non dovrebbe neppure porsi: se Numerio Negidio – che poniamo dunque essere sprovisto della servitù per-

¹⁸ Nella materia che stiamo trattando, ciò risulta assai bene dal più volte citato Ulp. D. 7, 6, 5 pr.

ché questa non fu mai costituita – si limitasse a intimare al convenuto di non eseguire i lavori, qualunque giurista consiglierebbe ad Aulo Agerio di non dargli ascolto, eseguire tranquillamente i suoi lavori, ed attendere che sia Numerio Negidio ad esercitare contro di lui la *vindicatio servitutis*, nella quale si troverebbe gravato da un onere probatorio impossibile da soddisfare; se invece Numerio Negidio impedisse con atti materiali le opere che Aulo Agerio vuole intraprendere, i rimedi possessori che questi ha a disposizione sarebbero sufficienti; comunque, se l'azione fosse stata ugualmente intentata da Aulo Agerio – che possiamo pensare essere stato mal consigliato in proposito da qualche causidico di dubbia competenza – egli non sarebbe soggetto ad alcun onere probatorio: siccome l'unica ragione che può impedire i lavori di Aulo Agerio è un diritto di Numerio Negidio sul fondo (diritto che viene dedotto in giudizio mediante la clausola *invito Numerio Negidio* contenuta nella formula), la prova di questo diritto spetterà a Numerio Negidio stesso. Aulo Agerio non dovrà che asserirne l'inesistenza.

Nei casi normali, dunque, il proprietario che intende sopraelevare le costruzioni del proprio fondo esperirà la rivendica del *ius altius tollendi* per sostenere che la servitù *altius non tollendi* vantata dall'avversario è estinta: e ciò per una delle due ragioni seguenti: che essa è stata estinta mediante l'apposito, relativo negozio, ovvero che essa si è estinta per prescrizione. L'attore dell'azione negatoria della *servitus altius non tollendi*, cioè – come abbiamo stabilito – della *vindicatio* del *ius altius tollendi*, è dunque assoggettato all'onere di provare l'estinzione della servitù vantata dal convenuto. Noterò solo ancora, di passaggio, che una controversia del genere è del tutto comprensibile, se si tien conto del fatto che la servitù può essere stata costituita fra soggetti del tutto diversi da quelli attualmente in contesa e pure essere stata estinta prima che i fondi in questione pervenissero a loro.

Ma, quel che particolarmente ci interessa ancora chiarire, è che cosa precisamente Aulo Agerio debba provare per stabilire l'estinzione della *servitus altius non tollendi* che gravava sul suo fondo.

L'estinzione consensuale di una servitù negativa si realizzava costituendo, a favore del proprietario del fondo servente, il diritto (precisamente: la specifica facoltà) che la servitù gli aveva tolto. Per il caso della *servitus altius non tollendi*, dunque, l'estinzione si effettuava mediante *in iure cessio*, l'atto ad effetto reale caratteristico del regime dei diritti reali frazionari; ma questa *in iure cessio* non la si faceva come atto di estinzione della *servitus altius non tollendi*, bensì come atto di costituzione del *ius altius tollendi invito adversario* a favore del proprietario del fondo servente; si trattava dunque di una reintegrazione del suo diritto di proprietà, menomato dalla presenza della servitù. Ciò risulta bene dal testo seguente, nel quale il proprietario del fondo dominante ha fatto – vi si dice – a favore del proprietario del fondo servente una cessione così descritta: *tibi cessero*¹⁹ *ius esse invito me altius tollere aedificia tua*:

¹⁹ Nel Digesto si legge *concessero*, ma si tratta certo di una correzione dei compilatori, che trasformavano così in cessione puramente consensuale l'*in iure cessio* formale classica, ormai non più in uso.

D. 8, 2, 21 (Pomp. 33 ad Sab.): *Si domus tua aedificiis meis utramque servitutem deberet, ne altius tolleretur et ut stillicidium aedificiorum meorum recipere deberet, et tibi [con]cessero ius esse invito me altius tollere aedificia tua, quod ad stillicidium meum attinet, sic statui debebit, ut, si altius sublati aedificiis tuis stillicidia mea cadere in ea non possint, ea ratione altius tibi aedificare non liceat: si non impediuntur stillicidia mea, liceat tibi altius tollere.*

Anche questa volta preferisco tradurre il testo, invece di darne una lunga spiegazione: «Se la tua casa sia gravata a favore del mio edificio di entrambe le servitù di non sopraelevare e di ricevere lo stillicidio del mio edificio, e io abbia costituito a tuo favore il diritto di sopraelevare i tuoi edifici contro la mia volontà, quel che riguarda il mio stillicidio dovrà regolarsi nel modo seguente: se, una volta sopraelevati i tuoi edifici, i miei stillicidi non potessero più cadervi, per questa ragione non ti sarà lecito sopraelevare; se non vengano ostacolati i miei stillicidi, ti sarà lecito sopraelevare».

Quanto alla prescrizione estintiva, anche qui per quel che riguarda le servitù negative ci troviamo di fronte ad un regime particolare. Le servitù positive si prescrivevano per il «non uso», protratto – fino alla fine dell’epoca classica – per due anni. Quel che ingenerava la prescrizione era dunque il contegno del proprietario del fondo dominante. Un simile meccanismo non può evidentemente essere utilizzato per le servitù negative, perché queste non consentono atti d’uso del fondo servente al proprietario del fondo dominante. Il comportamento che ingenera la prescrizione di una servitù negativa non può appartenere che al proprietario del fondo servente, che violi la servitù e mantenga per un biennio nel fondo servente la situazione contraria al diritto da cui è gravato. Ma i giuristi romani non si esprimevano così, come io ora ho fatto. Essi non parlano di prescrizione, che si realizza, per i due casi, in due modi diversi. Il loro linguaggio era nel senso che, nel caso delle servitù positive, il proprietario del fondo dominante le perde *non utendo*, mentre nel caso delle servitù negative il proprietario del fondo servente *libertatem usucapit*²⁰. Ciò significa precisamente che il soggetto gravato da una servitù negativa, mantenendo per un biennio la situazione da lui instaurata in violazione della servitù, usucapisce il diritto che per effetto della servitù stessa gli faceva difetto. Il soggetto gravato dalla *servitus altius non tollendi*, dunque, ove sopraelevi i suoi edifici e li mantenga sopraelevati per due anni, usucapirà il *ius altius tollendi*. Tutto ciò risulta bene da un testo, nel quale Paolo chiariva che questa costruzione non era in contrasto col disposto della *lex Scribonia*, che aveva abrogato l’usucapione delle servitù²¹:

D. 41, 3, 4, 28 (Paul. 54 ad ed.): *Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam,*

²⁰ Vedi in particolare Gai. D. 8, 2, 6.

²¹ Di questa legge scribonia non sappiamo che quanto si desume da questo testo. La si suppone legge dell’epoca repubblicana, posteriore all’orazione *pro Caecina* di Cicerone, e quindi da datarsi intorno al 50 a.C. Vedi ROTONDI, *Leges publicae populi Romani* (1912; reprint Hindsheim 1966), 414.

quae libertatem praestat sublata servitute. itaque si, cum tibi servitutem deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per [statutum tempus] <biennium>²² altius aedificatum habuero, sublata erit servitus.

Cioè: «Si deve ammettere che la libertà dalle servitù si può usucapire, poiché la legge scribonia ha abolito l'usucapione costitutiva di una servitù e non anche quella che procura la libertà estinguendo la servitù. Così se per esempio, essendo gravato a tuo favore da una servitù che non mi permette di sopraelevare, io abbia sopraelevato e mantenuto le nuove costruzioni per un biennio, la servitù sarà estinta».

7. – Possiamo infine trarre le conclusioni dall'analisi, rapida, ma non proprio sommaria, che abbiamo condotto.

Le fonti permettono anzitutto di stabilire che il regime giuridico particolare che abbiamo potuto individuare, anche se ci viene delineato in modo soddisfacente solo per la *servitus altius non tollendi*, era proprio di tutte le servitù negative²³. Esso si basava sulla struttura particolare di queste servitù le quali, al contrario delle servitù positive, non attribuiscono al loro titolare poteri materiali sul fondo servente, non permettendogli, dunque, atti d'uso di questo. La costituzione di una servitù negativa ha come unico effetto quello di sottrarre al proprietario del fondo servente, a vantaggio del fondo dominante, un determinato potere d'uso del proprio fondo: e questo potere d'uso viene individuato come uno specifico *ius* del proprietario del fondo servente dai giuristi romani, che su questa base costruiscono il regime proprio delle servitù negative.

Le servitù positive sono identificate con un particolare diritto (*ius*) d'uso del fondo servente che spetta al proprietario del fondo dominante. Il proprietario del fondo dominante le rivendica invocando questo *ius*, le perde rinunciando a questo *ius* o non esercitandolo per un certo tempo (*non utendo*). Il proprietario di un fondo, contro il terzo che eserciti in fatto e senza averne il diritto una servitù positiva, reagirà invocando il suo *ius prohibendi*, che gli proviene dalla proprietà, mediante un'azione negativa.

Le servitù negative, invece, sono viste in funzione di un particolare diritto d'uso del fondo servente che viene sottratto al proprietario del fondo servente stesso. Il proprietario del fondo dominante le rivendica invocando il suo *ius prohibendi*, che gli proviene dalla servitù, mediante un'azione negativa. Egli le perde costituendo a favore del proprietario del fondo servente il *ius* che la servitù gli aveva tolto, e non

²² I compilatori del Digesto hanno sostituito con l'allusione alla nuova «durata legale» (*constitutum tempus*) il biennio, che certo qui compariva nel testo originale di Paolo. Nella traduzione che segue non ho tenuto conto dell'interpolazione.

²³ Ricordo le allusioni ad altre servitù analogamente negative in Alf. D. 8, 5, 17, 1; Ner. D. 8, 3, 2; Gai. 2, 14; 4, 3.

le perde *non utendo*: è il proprietario del fondo servente che può produrne indirettamente l'estinzione per trascorso del tempo usucapendo il *ius* che la costituzione della servitù gli aveva sottratto. Il proprietario di un fondo, contro il terzo che si pretenda titolare di una servitù negativa, reagirà invocando il particolare *ius* che l'avversario gli contesta, mediante un'azione positiva.

Per la servitù *altius non tollendi*, come abbiamo visto, le fonti forniscono informazioni più compiute: e ciò forse non è un caso, ma dipende dal fatto che i giuristi l'hanno considerata una sorta di modello parametrico. Comunque, in relazione ad essa, il diritto – con linguaggio moderno diremmo più propriamente la facoltà – che la servitù sopprime al proprietario del fondo servente è identificato nel suo *ius altius tollendi*. Tale *ius* non è mai chiamato *servitus*, se non – per quanto vedo – all'inizio di Ner. D. 8, 3, 2 pr., dove è estremamente difficile che la locuzione in cui ciò avviene sia di mano di Nerazio²⁴, ma è regolarmente menzionato fra i *iura prediorum* insieme alle servitù. La particolare terminologia che i Romani usavano in materia di diritti reali frazionari permetteva di far ciò in modo naturale; del resto, anche noi potremmo esprimere lo stesso concetto che il loro atteggiamento terminologico sottintende, dicendo che il *ius altius tollendi* non è certo una servitù, ma è pur sempre un diritto reale che viene in considerazione in materia di servitù. Il *ius altius tollendi* non solo non è una *servitus*, perché in se stesso non contiene un *patis* del proprietario di un fondo per l'utilità di un altro fondo; esso non è neppure un diritto dotato di una propria autonomia. Si tratta di una particolare facoltà del proprietario di un fondo, che acquista rilevanza speciale unicamente in rapporto con la *servitus altius non tollendi*. È la dommatica di questa servitù che esige l'isolamento di tale facoltà nel complesso di quelle del proprietario di un fondo, perché la *servitus altius non tollendi* è una servitù negativa, e l'individuazione specifica dell'oggetto negato vi diventa strumento essenziale per la costruzione coerente della sua struttura e del suo regime.

In altri termini: i diritti reali si definiscono con la determinazione dei poteri del titolare sulla cosa che ne è l'oggetto; nelle servitù negative il titolare non ha, sul fondo che ne costituisce l'oggetto, potere alcuno. I suoi poteri si dirigono solo contro il proprietario del fondo servente, e si concretano nell'esercizio di un'azione contro di lui: così dicendo, sembrerebbe si parlasse di un rapporto obbligatorio, ma la servitù negativa non appartiene al diritto delle obbligazioni: essa ha natura reale, gode del carattere assoluto e dell'opponibilità *erga omnes* dei diritti reali e, pertanto, è protetta con azioni reali. Solo che essa condivide con le obbligazioni il fatto di non essere precisamente individuabile se non concentrando l'osservazione sul soggetto passivo del rapporto, perché la situazione del soggetto attivo è troppo poco espressiva. In una servitù negativa, come in un rapporto obbligatorio, i poteri del soggetto attivo si manifestano nella loro interezza solo nella sua titolarità del-

²⁴ Vedi sopra, la n. 5.

l'azione. Certo, la simiglianza di una servitù negativa con un rapporto obbligatorio si limita a questa necessaria angolazione della prospettiva d'osservazione; ma l'individuazione del *ius altius tollendi* è servita ai giuristi romani anche per chiarire che la *servitus altius non tollendi* con un rapporto obbligatorio non ha nulla a che fare.

SATURNINUS*

Quello di *Saturninus* è un *cognomen*, assai diffuso nel mezzo secolo dei principati fra Antonino Pio e Commodo – cioè tra il 138 e 192 – epoca per la quale il Kunkel ha potuto enumerare con certezza dieci senatori che lo recavano¹. Ora, nel Digesto, per indicare un certo giurista, tale *cognomen* lo incontriamo o solo, ovvero accompagnato ora dal *nomen Venuleius* (*Venuleius Saturninus*), ora dal *praenomen Quintus* (*Quintus Saturninus*). Il problema, che si è posto, è di stabilire se si tratti sempre dello stesso personaggio (*Quintus Claudius Venuleius Saturninus*)², ovvero se i giuristi così menzionati fossero stati invece due³, o tre⁴.

Lo stato delle fonti è il seguente⁵:

Quanto ai personaggi:

a) Un pretore di nome Claudio Saturnino, del tempo dei *divi fratres*, è menzionato in Ulp. D. 17, 1, 6, 7: *hic a Claudio Saturnino praetore maiores fructus inferre iussus erat et advocacionibus ei idem Saturninus interdixerat. videbatur autem mihi ... sed rectissime divi fratres rescripserunt ...*

b) Alcune costituzioni imperiali recano destinatari denominati nel modo seguente:

– [*epistula* di Adriano «a Claudio Saturnino»] Ulp. Vat. fragm. 223: ... *epistula Divi Hadriani, quam scripsit Claudio Saturnino legato Belgicae ...*;

* Pubblicato in *IVRIS VINCULA – Studi in onore di Mario Talamanca*, Napoli 2001.

¹ W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Wien-Köln 1967, 182 nt. 324.

² Così O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig 1885, 729 s.; O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889, 1207 nt. 1, e gli altri autori citati da KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., 181 nt. 322.

³ Questa soluzione, alla fin fine, adotta in particolare il Kunkel, che elenca solo Venuleio Saturnino (n. 45, 181 ss.) e Claudio Saturnino (n. 46, 184 ss.); ma egli stesso indica la sua scelta come discutibile: vedi in part. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., 183 (all'inizio, le sei righe a partire da «Demnach ...»). L'insieme di quanto scrive il Kunkel a proposito di questi personaggi mostra chiaramente che la sua soluzione finale non rappresenta che una preferenza diversa da quella scelta dal Krüger (vedi la nota seguente) nella stessa valutazione degli elementi disponibili.

⁴ Così in part. P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*², Leipzig 1912, 198 ss., che pone Venuleio Saturnino ai tempi di Adriano e Antonino Pio, dice che egli viene confuso con Claudio Saturnino (*ibid.*, 198 s.) e tratta a parte Q. Saturnino (*ibid.*, 200), pur non escludendone l'identificazione con Venuleio.

⁵ I passi raccolti dal LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 1207 ss., li cito con L. e il relativo numero.

- [rescritto di Antonino Pio «a Claudio Saturnino»] Marcian. D. 20, 3, 1, 2: ... *divus Pius Claudio Saturnino rescripsit* ...;
- [rescritto di Antonino Pio «a Claudio Saturnino e Faustino»] Marcian. D. 50, 7, 5 pr.: ... *divus Pius Claudio Saturnino et Faustino rescripsit*;
- [rescritto di Caracalla «a Saturnino»] C. 5, 75, 1 a. 213 (*Antoninus A. Saturnino*);
- [rescritto di Alessandro Severo «al veterano Venuleio»] C. 7, 35, 1, a. 224 (*Imperator Alexander A. Venuleio veterano*).

c) Citazioni di giuristi, ed altre menzioni che possono in qualche modo considerarsi rilevanti, contenute nei testi ricollegabili ai personaggi di cui ci stiamo occupando⁶:

- c₁) nei frammenti attribuiti a *Venuleius*:
 - veteres*: D. 43, 19, 4 pr. L. 9 (*interd.*);
 - Quintus Mucius*: D. 21, 2, 75 L. 73 (*stip.*);
 - Servius*: D. 43, 24, 4 L. 13 (*interd.*);
 - Trebatius*: D. 43, 23, 2 L. 11 (*interd.*); D. 43, 24, 22, 3 L. 17 (*interd.*); D. 43, 29, 4, 1 L. 21 (*interd.*);
 - Ofilius*: D. 43, 23, 2 L. 11 (*interd.*);
 - Labeo*: D. 43, 23, 2 L. 11 (*interd.*); D. 43, 24, 22, 3 L. 17 (*interd.*); D. 43, 26, 22, 1 L. 19 (*interd.*); D. 44, 3, 15, 2 L. 24 (*interd.*); D. 42, 8, 25, 1, L. 26 (*interd.*); D. 42, 8, 25, 6 L. 27 (*interd.*); D. 45, 1, 137, 7 L. 53 (*stip.*); D. 46, 8, 8, 2 L. 72 (*stip.*);
 - Mela*: D. 42, 8, 25, 7 L. 28 (*interd.*);
 - Sabinus*: D. 45, 1, 137, 5 L. 53 (*stip.*); D. 45, 1, 138 pr. L. 60 (*stip.*); D. 46, 8, 8 pr. L. 72 (*stip.*); D. 21, 2, 75 L. 73 (*stip.*);
 - Proculus*: D. 42, 8, 25, 5 L. 27 (*interd.*); D. 45, 2, 12 pr. L. 57 (*stip.*);
 - Proculus et ceteri diversae scholae auctores*: D. 45, 1, 138 pr. L. 60 (*stip.*);
 - Nerva filius*: D. 46, 4, 21 L. 67 (*stip.*);
 - Cassius*: D. 21, 1, 65, 1 L. 2 (*actionum*); D. 45, 3, 25 L. 69 (*stip.*);
 - Caelius*: D. 21, 1, 65, 2 L. 2 (*actionum*);
 - Iulianus*: D. 45, 3, 21 L. 54 (*stip.*); D. 14, 6, 18 L. 56 (*stip.*); D. 45, 2, 12, 1 L. 57 (*stip.*).
- c₂) nei frammenti attribuiti a *Venuleius Saturninus*:
 - Cassius*: D. 42, 8, 11 L. 29 (*interd.*);
 - senatuscons. Tauro et Lepido cons.* (a. 11) D. 29, 5, 13 L. 32 (*publ. iud.*);
 - sanatuscons. Cotta et Messalla cons.* (a. 20) D. 48, 2, 12, 3 L. 35 (*publ. iud.*);
 - sententia Lentul[i] <o> dicta Sulla et Trione cons.* (a. 31) D. 48, 2, 12 pr. L. 35 (*publ. iud.*);

⁶ La collezione dei testi è completa in LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 1207 ss., perché l'autore considera – come già notato – che tutto risalga ad un unico Q. Claudio Venuleio Saturnino. Solo egli non inserisce qui Ulp. D. 4, 3, 7, 7, che considera solo in *Palingenesia*, cit., II, 467 (nel contesto di Ulp. fr. 385).

senatuscons. quod Neratio Prisco et Annio Vero cons. factum est (a. 83? 87? 97?)
D. 48, 8, 6 L. 45 (*off. proc.*);

epistula divi Hadriani ad Glabrimonem consulem scripta (a. 124) D. 48, 2, 12, 1 L. 35 (*publ. iud.*); *divus Hadrianus prohibuit* D. 48, 19, 15 L. 46 (*off. proc.*).

c₃) nel frammento attribuito a *Saturninus* e nelle citazioni di Saturnino:

divus Hadrianus constituit D. 40, 14, 2 pr. L. 42 (*off. proc.*);

divi fratres rescripserunt Ulp. D. 47, 18, 1 pr. L. 51 (*off. proc.* Vedi *infra* sub g₁).

c₄) nella citazione di *Quintus Saturninus* contenuta in Ulp. D. 12, 2, 13, 5 L. 77: *Marcellus*.

Quanto alle opere:

d) L'*Index Florentinus* (21) cita unicamente Βενυλείου (= *Venuleii*, naturalmente al genitivo), attribuendogli le seguenti opere: 1) 19 libri *stipulationon* (= *stipulationum*); 2) 10 libri *actionon* (= *actionum*); 3) 7 libri *de officio proconsulis*; 4) 1 libro *de poenis paganorum*; 5) 3 libri *publicon* (= *publicorum*, cioè *de iudiciis publicis*); 6) 6 libri *de interdictis*.

e) Nel Digesto, due frammenti che si susseguono immediatamente l'uno all'altro sono diversamente attribuiti: D. 48, 19, 15 L. 46 (*Venuleius Saturninus 1 de off. proc.*); D. 48, 19, 16 L. 52 (*Claudius Saturninus lib. sing. de poenis paganorum*).

f) Nelle *inscriptiones* del Digesto:

f₁) *Venuleius Saturninus*: nella maggior parte di quelle dei libri *de officio proconsulis* (I: D. 48, 3, 9 L. 44; D. 48, 8, 6 L. 45; D. 48, 19, 15 L. 46; II: D. 1, 16, 11 L. 47; D. 49, 3, 2 L. 48; D. 48, 3, 10 L. 50, però con *idem*) e *de iudiciis publicis* (II: D. 29, 5, 13 L. 32; D. 48, 13, 9⁷ L. 33; D. 47, 15, 5⁸ L. 34; D. 48, 2, 12 L. 35; D. 48, 3, 5 L. 36; D. 48, 4, 6 L. 38; III: D. 48, 11, 4⁹ L. 39; D. 48, 11, 6¹⁰ L. 40; D. 48, 13, 10¹¹ L. 41 però con *idem*); ancora in D. 42, 8, 8 L. 25 (6 *interdictorum*); D. 42, 8, 11 L. 29 (6 *interdictorum*).

f₂) *Saturninus*: D. 40, 14, 2 L. 43 (1 *de officio proconsulis*).

f₃) *Venuleius*: D. 22, 5, 22 L. 49 (2 *de offici proconsulis*); D. 22, 5, 23 L. 30 (però con *idem*: 1 *de iudiciis publicis*); D. 22, 5, 20 L. 31 (2 *de iudiciis publicis*); D. 47, 10, 39 L. 37 (2 *publicorum iudiciorum*); inoltre, in tutti i frammenti provenienti dai libri *actionum* (D. 43, 26, 21 L. 1; D. 21, 1, 65 L. 2; D. 40, 12, 44 L. 3; D. 46, 5, 11 L. 4; D. 33, 2, 43 L. 5; D. 34, 4, 32 L. 6); in quasi tutti i frammenti provenienti dai libri *de interdictis* (o *interdictorum*: D. 41, 2, 51 L. 8; D. 43, 19, 4 L. 9; D. 43, 21, 4 L. 10; D. 43, 23, 2 L. 11; D. 43, 24, 2 L. 12; D. 43, 24, 4 L. 13; D. 43, 24, 8 L. 14; D.

⁷ Venuleius Saturninus, *libro secundo iudiciorum publicorum*.

⁸ Venuleius Saturninus, *libro secundo publicorum iudiciorum*.

⁹ Venuleius Saturninus, *libro tertio publicorum iudiciorum*.

¹⁰ Venuleius Saturninus, *libro tertio iudiciorum publicorum*.

¹¹ *Idem*, *ex libro tertio iudiciorum publicorum*.

43, 24, 10 L. 15; D. 43, 24, 12 L. 16; D. 43, 24, 22 L. 17; D. 43, 26, 7 L. 18; D. 43, 26, 22 L. 19 con *idem*; D. 43, 29, 2 L. 20; D. 43, 29, 4 L. 21; D. 43, 30, 5 L. 22; D. 41, 2, 53 L. 23 con *idem*; D. 44, 3, 15 L. 24; D. 42, 8, 25 L. 26, 27, 28; D. 41, 1, 66 L. 27); in tutti i frammenti provenienti dai *libri de stipulationibus* (D. 45, 1, 137 L. 53; D. 45, 3, 21 L. 54; D. 46, 6, 9 L. 55; D. 14, 6, 18 L. 56; D. 45, 2, 12 L. 57; D. 45, 2, 13 L. 58 con *idem*; D. 46, 2, 31 L. 59; D. 45, 1, 138 L. 60 con *idem*; D. 26, 7, 51 L. 61; D. 45, 1, 139 L. 62 con *idem*; D. 46, 7, 17 L. 63; D. 10, 2, 7 L. 64; D. 50, 16, 224 L. 65; D. 46, 7, 19 L. 66 con *idem*; D. 46, 4, 21 L. 67; D. 7, 9, 4 L. 68; D. 45, 3, 25 L. 69; D. 50, 17, 99 L. 70; D. 35, 2, 6 L. 71; D. 46, 8, 8 L. 72; D. 21, 2, 75 L. 73; D. 21, 2, 76 L. 74 con *idem*; D. 47, 8, 6 L. 75); inoltre, con *idem*, D. 46, 7, 18, che l'*inscriptio* attribuisce al *libro septimo disputationum*, che potrebbe essere corretto in *stipulationum*¹².

f₄) *Claudius Saturninus*: nell'unico frammento proveniente dal *liber de poenis paganorum*¹³: D. 48, 19, 16 L. 52.

g) Nelle citazioni da parte di altri giuristi:

g₁) Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47, 14, 1, 4 L. 43 cita con le parole '*ut Saturninus quidem scribit*'¹⁴; Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47, 18, 1 pr. L. 51 dice che '*Saturninus etiam probat*' (ed estende) un rescritto dei *divi fratres* in tema di pene in caso di evasione¹⁵.

g₂) Ulp. 62 *ad ed.* D. 1, 9, 1, 1 L. 76, informando che si dicono *consulares* anche le mogli dei *consulares*, disapprova (negando l'esistenza del relativo uso) quel che «aggiunge Saturnino», che l'appellativo si attribuisca anche alle madri: *adicit Saturninus etiam matres*.

g₃) Mod. 4 *de poenis* D. 48, 3, 14, 7 L. 78 riferisce un'opinione di Saturnino (*Saturninus probat*) in materia di responsabilità del *custos* (pubblico).

g₄) Ulp. 20 *ad Sab.* D. 34, 2, 19, 7 L. 7: ... *Quintus Saturninus libro decimo ad edictum scribit* ... Il Lenel¹⁶, propone dubitativamente di riferire la citazione di Ulpiano al decimo dei *libri actionum* di Venuleio, e quindi di non considerare il passo come argomento per l'esistenza di suoi *libri ad edictum*¹⁷.

¹² Ma il LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 1209 con la nt. 4, nota che l'argomento non calza con quello del libro 7 *stipulationum* di Venuleio, e preferisce attribuirlo al settimo libro delle *disputationes* di Ulpiano (vedi *Palingenesia*, cit., II, 415 con la nt. 3; Ulp. fr. 138). Contro Lenel, KRÜGER, *Geschichte der Quellen*, cit., 199 nt. 62.

¹³ Il titolo significa: «delle pene dei civili»: *pagani* venivano infatti, in relazione al diritto penale, denominati coloro che non sono militari.

¹⁴ Il Lenel (L. 43) riferisce la citazione al libro 4 *de officio proconsulis*.

¹⁵ Il Lenel (L. 51) riferisce la citazione ad un libro incerto del *de officio proconsulis*.

¹⁶ LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 1209, nt. 5.

¹⁷ In effetti, parrebbe strano che dei *libri ad edictum* fossero noti per una sola citazione; ma l'argomento invece usato dal Lenel è assai debole. Siccome nel passo Ulpiano riferisce che Venuleio considerava che nella denominazione «oro» (*auri appellatione*) vadano compresi anche gli anelli d'oro (*anuli aurei*), egli commenta dicendo che è difficile pensare qual mai occasione un giurista avrebbe po-

*g*₅) in D. 12, 2, 13, 5 L. 77 (Ulp. 22 *ad ed.*) Ulpiano riferisce un'opinione di Marcello, e dice che *Quintus Saturninus* vi consentiva. Siccome Ulpiano riferisce anche l'argomento addotto da Q. Saturnino, e sembrerebbe che tale argomento sia addotto per confermare l'opinione di Marcello, può dedursene che Q. Saturnino scrivesse dopo Marcello¹⁸.

*g*₆) in D. 4, 3, 7, 7 (Ulp. 11 *ad ed.*) Ulpiano cita un *Quintus* come autore di una nota a Labeone, e precisamente – con evidenza – ai *libri ad edictum* di questi; il Krüger¹⁹ propone di ravvisare *Q. Saturninus* nel giurista citato.

L'esame del materiale, che ho presentato in una forma che vuole essere anche analitica, è già stato fatto evidentemente dal Krüger, anche se nelle sue note²⁰ egli indica solo qualche picco emergente. Premettendo subito che perverrò più o meno alle sue stesse conclusioni, per giungere a qualche risultato plausibile procederei come segue:

i) Si può partire da quella che in genere si considera una cosa ovvia, ma che a me pare piuttosto un'evidenza, ammessa la quale altre conseguenze vengono necessariamente implicate. Una cospicua serie di frammenti sono nel Digesto attribuiti ad un giurista di nome Venuleio (testi *f*₃) e questo giurista vi risulta autore delle seguenti opere (*libri*): *de officio proconsulis*, *de iudiciis publicis* (o *publicorum iudiciorum*), *actionum*, *de interdictis* (o *interdictorum*), *de stipulationibus*. Ora, questo *Venuleius* risulta necessariamente essere lo stesso personaggio che nel Digesto è indicato come *Venuleius Saturninus* (testi *f*₁), perché questi è l'autore di libri *de officio proconsulis*, *de iudiciis publicis* e *interdictorum*. Ne consegue che questo *Venuleius Saturninus* è anche l'autore indicato con *Saturninus* come l'autore di D. 40, 14, 2, proveniente dai libri *de officio proconsulis*.

Fin qui siamo di fronte all'evidenza di cui dicevo.

Ma essa ha un corollario: che allo stesso Venuleio Saturnino devono riferirsi le due citazioni di *Saturninus* che Ulpiano faceva nei propri libri *de officio proconsulis* (D. 47, 14, 1, 4; D. 47, 18, 1 pr.; testi *g*₁).

Se ora passiamo ad osservare le citazioni che Venuleio Saturnino faceva nelle sue opere, vengono in considerazione i testi *c*₁, *c*₂ e *c*₃ (che sono repliche di alcuni di quelli raccolti rispettivamente sotto *f*₃, *f*₁ e *f*₂). Dall'esame di tali testi si desume che Venuleio Saturnino – il quale si dimostra un conoscitore di letteratura giuridica, legislazione²¹ e prassi di repubblica e principato – cita con con-

tuto avere di trattare nei *libri ad edictum* della nozione di *aurum*. In realtà il passo si riferisce ad un problema di interpretazione (negoziale o di altro testo), problema che può porsi nei contesti più svariati. Forse il Lenel pensava solo ai problemi interpretativi dell'editto pretorio, e rimaneva influenzato dal fatto che la parola *aurum* non ricorre nei testi edittali che conosciamo.

¹⁸ Così KRÜGER, *Geschichte der Quellen*, cit., 200 con la nt. 72.

¹⁹ KRÜGER, *Geschichte der Quellen*, cit., 200 con la nt. 73.

²⁰ Mi riferisco sempre a KRÜGER, *Geschichte der Quellen*, cit., 198-200.

²¹ Non ho richiamato nella mia precedente analisi tutte le leggi citate: vedi ad esempio D. 48, 2, 12 2 e 4; D. 48, 11, 6; D. 48, 13, 10.

tinuità i giuristi fino a Giuliano, e gli interventi imperiali fino ad Adriano (con un'epistola databile al 124: D. 48, 2, 13, 1) e ai *divi fratres*, se sua è, come pare, la citazione in Ulp. D. 47, 18, 1 pr.; che Venuleio Saturnino sia giunto almeno all'epoca di Antonino Pio è comunque stabilito dal fatto che egli cita Adriano come *divus*, e quindi dopo la sua morte. La continuità, specie per quel che riguarda le citazioni della giurisprudenza, permette di affermare che l'epoca dei *divi fratres* deve essere considerata, per l'attività di Venuleio Saturnino, come insuperabile²².

Da

Ven. 4 *stipul.* D. 45, 1, 138 pr.: *Eum, qui certarum nundinarum diebus dari stipuletur, primo die petere posse Sabinus ait: Proculus autem et ceteri diversae scholae auctores, quamdiu vel exiguum tempus ex nundinarum spatio superesset, peti posse existimant. Sed ego cum Proculo sentio.*

si vuole talora desumere che Venuleio Saturnino era sabiniano; ma il testo non prova nulla. I proculiani vi sono bensì indicati come *diversae scholae auctores*, ma l'espressione «Proculo e tutti gli autori dell'altra scuola» va intesa in contrapposizione a *Sabinus ait*, sicché ne risulta il senso di «Sabino afferma – invece i proculiani ritengono», che sembra proprio scritta da un autore che non apparteneva né all'una scuola né all'altra. In questo senso già si erano espressi il Krüger²³, ed anche il Liebs²⁴, il quale però conclude per la «sabinianità» (Sabinianertum) di Saturnino, ma traendo argomento dal numero delle sue prese di posizione favorevoli e contrarie a singole tesi delle due scuole: argomento che sappiamo essere assai debole, e comunque non può valere contro la tesi che vuole il giurista essere estraneo alle scuole stesse.

ii) Che Claudio Saturnino sia un personaggio distinto da Venuleio Saturnino non può essere stabilito sulla base di prove certe; ma gli indizi sono tali che una conclusione in questo senso si impone come attendibile fino a prova contraria; sicché aveva ragione il Krüger a dire che l'identificazione di Claudio con Venuleio rappresenterebbe una confusione²⁵. Anzitutto la differenza fra i due nomi sta questa volta nel *nomen gentilicium*: mentre *Claudius* è un *nomen* estremamente diffuso all'epoca che ci riguarda, *Venuleius* è invece relativamente raro, e concentrato in Etruria, nelle zone di Orvieto (*Volsinii*) e soprattutto Pisa. Pensare alla frequenza,

²² Sull'irrelevanza di Scrip. hist. Aug. *Alex.* 68, 1 vedi H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*², Halle 1908, 45; KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., 183 nt. 325.

²³ KRÜGER, *Geschichte der Quellen*, cit., 200 nt. 70.

²⁴ D. LIEBS, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, in «ANRW», II.15, Berlin-New York 1976, 203 con la nt. 30.

²⁵ KRÜGER, *Geschichte der Quellen*, cit., 198.

nel secondo secolo, di personaggi con più di un *nomen gentilicium*²⁶ non spiega ancora perché Saturnino avrebbe dovuto pubblicare la più gran parte delle proprie opere come *Venuleius* e invece il *de poenis paganorum* come *Claudius*²⁷, e nessuna come *Claudius Venuleius*, né essere mai così menzionato. E che le opere siano state pubblicate con nomi diversi è certo, perché altrimenti i compilatori di Giustiano non avrebbero accostato la coppia di rubriche che corrisponde all'inserzione del passo tolto dal *de poenis paganorum*, il quale – per nostra fortuna – ne segue uno del *de officio proconsulis*. Ho già notato questo significativo accostamento sopra, sub *e*; e già lo notava il Krüger²⁸, solo però per definire l'atteggiamento dei compilatori giustiniani: cosa, per altro, che possiede una sua propria rilevanza, in quanto dimostra che l'assorbimento del *de poenis paganorum* fra le opere di Venuleio operato nell'*Index Florentinum* 21, 4 (vedi sopra sub *d*) non risale a Triboniano e i suoi collaboratori.

Se poi quel lungo passo tratto dal *de poenis paganorum* di Claudio passiamo a considerarlo da vicino, ci accorgiamo subito che la sua lettura trasferisce in una dimensione stilistica assai diversa da quella delle opere di Venuleio²⁹.

Venuleio scrive come siamo abituati a veder scrivere un giurista romano. Evidentemente ciascuno ha la sua propria scrittura, anche assai originale, ma esiste pur sempre un tipo di discorso che a tutti è comune, e lo è anche a Venuleio: il procedere dei problemi, o magari (come nella letteratura isagogica) per nozioni precisate o illustrate con l'occhio della pratica, sempre pronti a riferire del pensiero di altri giuristi o di rescritti imperiali, ed in ogni modo scrivendo come dialogando, anche se il testo è un asciutto prontuario di regole. Così comunque Venuleio. Invece, la paginetta – certo, è una sola – che abbiamo di Claudio procede per puri schemi:

Cl. Saturn. *lib. sing. de poen. pagan.* D. 48, 19, 16: *Aut facta puniuntur, ut furta caedesque, aut dicta, ut convicia et infidae advocaciones, aut scripta, ut falsa et famosi libelli, aut consilia, ut coniurationes et latronum conscientia quosque alios suadendo iuvisse sceleris est instar. 1. Sed haec quattuor genera consideranda sunt septem modis: causa perso-*

²⁶ Su ciò, e tutto questo problema dell'identificazione di Venuleio con Claudio Saturnino, vedi KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., 182 ss.; l'autore perviene infine (*ibid.*, 183) a propendere per una differenziazione dei personaggi – come farò io – fino a prova contraria.

²⁷ Vedi le considerazioni orientate in senso analogo del KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., 182 s.

²⁸ KRÜGER, *Geschichte der Quellen*, cit., 190 nt. 57 (dalla pagina precedente). Cerca di svalutare la portata dell'accostamento il KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., 181 s.

²⁹ Non voglio con ciò inserire il mio discorso nella prospettiva del W. KALB, *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig 1890, 93 ss. Con argomenti esclusivamente glottologici, egli sostenne che il *de poenis paganorum* non può attribuirsi a Venuleio in quanto non può essere stato scritto prima dell'epoca di Settimio Severo, per cui il suo autore «ist frühestens ein Zeitgenosse Papinians». Ma l'inconsistenza dei suoi argomenti è stata ben presto messa in luce in modo irrefutabile da E. TH. SCHULZE, *Zum Sprachgebrauche der römischen Juristen*, in *ZSS*, XII, 1892, 121 s.

na loco tempore qualitate quantitate eventu. 2. Causa: ut in verberibus, quae impunita sunt a magistro allata vel parente, quoniam emendationis, non iniuriae gratia videntur adhiberi: puniuntur, cum quis per iram ab extraneo pulsatus est. 3. Persona dupliciter spectatur, eius qui fecit et eius qui passus est. aliter enim puniuntur ex isdem facinoribus servi quam liberi, et aliter, qui quid in dominum parentemve ausus est quam qui in extraneum, in magistratum vel in privatum. in eius rei consideratione aetatis quoque ratio habeatur. 4. Locus facit, ut idem vel furtum vel sacrilegium sit et capite luendum vel minore supplicio. 5. Tempus discernit emansorem a fugitivo et effractorem vel furem diurnum a nocturno. 6. Qualitate, cum factum vel atrocius vel levius est. ut furta manifesta a nec manifestis discerni solent, rixae a grassaturis, expilationes a furtis, petulantia a violentia. qua de re maximus apud Graecos orator Demosthenes sic ait: ...

ed a questo punto inserisce una lunga citazione dell'orazione *contra Midiam*, per proseguire ancora nel § 7 e 8 il proprio schema diairetico:

7. Quantitas discernit furem ab abigeo. nam qui unum suem subripuerit, ut fur coercetur, qui gregem, ut abigeus. 8. Eventus spectetur, ut a clementissimo quoquo facta: quamquam lex non minus eum, qui occidendi hominis causa cum telo fuerit, quam eum qui occiderit puniat. et ideo apud Graecos exilio voluntario fortuiti casus luebantur, ut apud praecipuum poetarum scriptum est:

per venire ad un'altra citazione letteraria greca, questa volta dall'Iliade (23, 85 ss.) e concludere (in quanto ci rimane) con considerazioni di politica criminale illustrate da esempi normativi presi qua e là, e tono sempre sentenzioso:

9. Evenit, ut eadem scelera in quibusdam provinciis gravius plectantur, ut in Africa messium incensores, in Mysia vitium, ubi metalla sunt adulteratores monetae. 10. Nonnumquam evenit, ut aliquorum maleficiorum supplicia exacerbentur, quotiens nimium multis personis grassantibus exemplo opus sit.

Non vedo proprio come, dopo questa lettura comparata, si possa dubitare che per l'identificazione di Venuleio e Claudio Saturnino ci vorrebbero prove positive di assoluta certezza. Fino a tale prova contraria essi devono essere considerati due personaggi distinti.

Una volta ammesso che Claudio Saturnino era un personaggio diverso da Venuleio, si pone il problema di collocarlo nel tempo: e certo il passo ora letto, l'unico che abbiamo di lui, non ci fornisce elemento alcuno³⁰.

Un ausilio lo si potrebbe avere dai testi riportati sub *a* e *b*, che ci parlano di un Claudio Saturnino pretore del tempo dei *divi fratres* (Ulp. D. 17, 1, 6, 7), un Claudio Saturnino *legatus Belgicae* destinatario di un'*epistula* di Adriano, un altro, anzi due destinatari di rescritti di Antonino Pio (Marcian. D. 20, 3, 1, 2; Marcian. D. 50, 7, 5 pr.), e di un Saturnino, non meglio identificato, destinatario di un rescritto di

³⁰ KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., 184.

Caracalla del 213 (C. 5, 75, 1)³¹; si può aggiungere il *Ti. Claudius Saturninus legatus pro praetore* per la Mesia nel 144 di CIL, III, 7474³². Ma, in realtà, tutto ciò non dice nulla: è chiaro che, da un lato, queste testimonianze non possono riferirsi alla stessa persona³³ e il pretore del tempo dei *divi fratres* può essere solo il destinatario del rescritto di Caracalla; egli non può essere né il *legatus Belgicae* adrianeo né il *legatus Augusti* del 144; questi ultimi due possono essere la stessa persona, la quale potrebbe essere anche la destinataria dei rescritti di Antonio Pio, ma potrebbe anche trattarsi di cinque persone diverse, ed il Claudio Saturnino che ci interessa potrebbe essere una di queste, oppure nessuna, ed identificarsi con un altro dei numerosi Claudi Saturnini che risultano da altre epigrafi³⁴.

In conclusione, se Claudio Saturnino autore del *de poenis paganorum* non era Venuleio Saturnino – questo, come si diceva, va ammesso allo stato delle fonti – la sua datazione risulta affatto indeterminata.

iii) Per Quinto Saturnino il problema si pone diversamente, anzitutto perché il suo appellativo è fatto da un *praenomen* e un *cognomen*, e quindi, mancando il nome di famiglia, esso potrebbe benissimo identificarsi, sotto questo profilo della sola denominazione, tanto con Venuleio quanto con Claudio. Però, l'identificazione con Venuleio, come lo abbiamo sopra inquadrato, è assai difficile: da Ulp. D. 12, 2, 13, 5 risulta che Quinto conosceva un'opera scritta di Marcello, probabilmente i *digesta*. Marcello pubblicò i suoi *digesta* al tempo dei *divi fratres*, ed in quest'epoca va in generale collocata la sua opera³⁵. Questo rende già difficile pensare che Ve-

³¹ Il veterano Venuleio di C. 7, 35, 1 (a. 224) non può aver rapporto con alcuno dei nostri personaggi.

³² H. DESSAU, *Inscriptiones Latinae Selectae*, I, n. 2475; KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., 184 con la nt. 332.

³³ Così KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., 184, con qualche imprecisione: egli non considera Marcian. D. 20, 3, 1, 2, né C. 5, 75, 1 (ciò perché egli cerca solo per Claudio una collocazione all'epoca tra Adriano e i *divi fratres*), ed attribuisce a Marco Aurelio il rescritto di D. 50, 7, 5 pr.

³⁴ KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., 185 con la nt. 333.

³⁵ L'attività di Marcello si colloca al tempo di Antonino Pio e di Marco Aurelio: egli fu nel *consilium* di entrambi (Scrip. hist. Aug. [Capitolinus] *Ant. Pius* 12, 1; Marcell. 29 *dig.* D. 28, 4, 3 che si riferisce all'anno 166), ma i suoi *libri digestorum* vennero redatti al tempo di Marco Aurelio: Antonino Pio vi è citato come morto nel terzo libro (Marcell. D. 4, 1, 7 pr.), e Marco Aurelio è invece sempre menzionato come vivo nei libri 9, 15 e 29. Per l'esattezza, siccome tanto Antonino Pio quanto Marco Aurelio sono di solito indicati come *Antoninus*, la citazione assolutamente sicura, nel senso che l'imperatore menzionato sia Marco Aurelio, è quella di Marcell. 29 *dig.* D. 28, 4, 3, dove risulta anche menzionata la copia consolare, che è dell'anno 166. Tuttavia, certo l'*imperator Antoninus* menzionato come vivente in Marcell. 9 *dig.* D. 37, 8, 3 (... *sicut etiam imperator Antoninus in persona nepotis ex filia rescripsit*) è Marco Aurelio, data la citazione del *divus Antoninus* in Marcell. 3 *dig.* D. 4, 1, 7 pr.; così è pure per Marcell. 15 *dig.* D. 35, 1, 48 (... *et ita etiam [Aurelius] imperator Antoninus ad appellationem ex Germania iudicavit*), dove per altro un glossatore, che doveva conoscere il provvedimento imperiale, precisò trattarsi dell'Aurelio Antonino, e cioè di Marco. Come defunto invece Marco Aurelio è citato in Ulp. D. 17, 2, 23, 1 (... *nam et Marcellus libro sexto digestorum scribit ... et ita divum Marcum pronuntiasse ...*), ma qui è Ulpiano che, riprendendo la citazione di Marcello, non poteva esprimersi se non così.

nuleio abbia potuto prenderla in considerazione in una propria opera scritta successiva. Oltre a questo, che già non è certo, non possiamo dire altro con certezza. Tuttavia, considerando insieme le scarsissime notizie che possediamo, l'impressione che se ne trae non combina con quella che ci siamo costruita, con ben maggior copia di elementi, per Venuleio, né con l'impressione che il solo testo disponibile ci ha dato di Claudio.

Siccome si tratta di mungere una mucca allo stremo delle sue capacità lattogee, dobbiamo procedere con ottimismo, e quindi mettere a partito ogni elemento che presenti anche solo una speranza di adeguatezza; si tratta soprattutto, in concreto, di riconoscere che a Quinto Saturnino si riferisca anche la citazione di *Quintus* in Ulp. D. 4, 3, 7, 7. La proposta in questo senso del Krüger³⁶ si giustifica di per sé in quanto non si vedrebbe a quale altro giurista riferire tale citazione. Una volta accettata, essa si colora di un significato positivo, perché indicherebbe che Ulpiano riteneva sufficiente, per indicare quel giurista, l'impiego del solo *praenomen* assai comune. La cosa poteva anche dipendere da altri elementi a noi non noti del contesto, ma comunque appare certo che Ulpiano non temeva che i suoi lettori pensassero a Cervidio Scevola o ad altri, se parlava del *Quintus* che aveva annotato i *libri ad edictum* di Labeone.

Tutte e tre le citazioni che abbiamo di Q. Saturnino ci provengono da Ulpiano, ed hanno a che fare con problemi edittali. Due provengono dai commentari di Ulpiano *ad edictum* (Ulp. D. 12, 2, 13, 5; Ulp. D. 4, 3, 7, 7), e quella che invece proviene dai *libri ad Sabinum* (Ulp. D. 34, 2, 19, 7) cita Q. Saturnino come autore lui stesso di *libri ad edictum*. Questa è già un'indicazione significativa; ma, per rendercene esattamente conto, vale la pena di esaminare nel complesso le citazioni di Saturnino che possediamo (testi g).

Abbiamo sei citazioni (compresa quella di *Quintus* in D. 4, 3, 7, 7, che abbiamo deciso sia opportuno accettare) fatte da Ulpiano e una da Modestino:

I SERIE: le tre che abbiamo or ora considerato e che hanno la caratteristica di citare sempre Quinto e di essere connesse con la materia edittale:

g₆) Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 3, 7, 7: *Quintus* viene citato come autore di una nota ai *libri ad edictum* di Labeone (*Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ai Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.*).

g₅) Ulp. 22 *ad ed.* D. 12, 2, 13, 5 L. 77: *Quintus Saturninus* viene citato per un'opinione conforme ad altra di Marcello, che si deve ritenere (Marcell. L. 26) contenuta nei *digesta* di questi (*Marcellus etiam scribit, si quis iuraverit ob decem pignori dedisse fundum, non alias eum pigneraticia agere posse, quam si decem solverit: sed et illud adici fortassis eum etiam in decem ex iureiurando suo posse conveniri, quod magis probat, cui Quintus Saturninus consentit argumentoque utitur eius, qui*

³⁶ KRÜGER, *Geschichte der Quellen*, cit., 220.

iuravit eam, quae uxor sua fuerit, rem sibi in dotem dedisse: nam et hic uxori ait utilem de [dote] <re uxoria> actionem dandam. quae non esse extra aequitatem posita non negaverim.)

g₄) Ulp. 20 *ad Sab.* D. 34, 2, 19, 7 L. 7: cita *Quintus Saturninus* come autore di libri *ad edictum*, riferendosi al decimo. (*An autem auri appellatione anuli aurei continentur, quaeritur: et Quintus Saturninus libro decimo ad edictum scribit contineri.*)

II SERIE: i due testi (g₁) che provengono dai libri *de officio proconsulis* di Ulpiano, e che citano *Saturninus*, in quanto (possiamo tranquillamente supporlo, insieme con Lenel) a sua volta autore di libri *de officio proconsulis*,

g₁) Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47, 14, 1, 4 L. 43 (*Qui pecora, de quorum proprietate faciebat controversiam, abegit, ut Saturninus quidem scribit, ad examinationem civilem remittendus est. sed hoc ita demum probandum est, si non color abigeatus quaesitus est, sed vere putavit sua iustis rationibus ductus.*)

g₁) Ulp. 8 *de off. proc.* D. 47, 18, 1 pr. L. 51 (*De his, qui carcere effracto evaserunt, sumendum supplicium divi fratres Aemilio Tironi rescripserunt. Saturninus etiam probat in eos, qui de carcere eruperunt sive effractis foribus sive conspiratione cum ceteris, qui in eadem custodia erant, capite puniendos: quod si per neglegentiam custodum evaserunt, levius puniendos.*)

III SERIE: un solo testo (g₂), che proviene bensì dai libri *ad edictum* di Ulpiano, ma cita questa volta *Saturninus* e non *Claudius Saturninus* come (g₄) e (g₅), e per un'opinione che non ha necessaria connessione con problemi edittali.

g₂) Ulp. 62 *ad ed.* D. 1, 9, 1, 1, L. 76 (*Consulares autem feminas dicimus consularium uxores: adicit Saturninus etiam matres, quod nec usquam relatum est nec unquam receptum.*)

IV SERIE: il passo Mod. D. 48, 3, 14, 7 (g₃; L. 78), che proviene dal quarto libro *de poenis* di Modestino, il quale cita *Saturninus* in relazione alla responsabilità del *custos* (ufficiale addetto alla custodia) che abbia perso la disponibilità di uno schiavo fuggitivo da restituire al proprietario (*Quod si fugitivum domino reddendum prodiderit, si facultates habeat, domino pretium reddere iuberi Saturninus probat.*)

Quest'ultimo sguardo alle fonti, dato adottando una prospettiva diversa dalle precedenti, ci fornisce un'altra evidenza: Ulpiano (testi della I serie) cita un *Quintus Saturninus*, insistendo sul *Quintus* fino a riferirvisi con questo solo *praenomen*, quando parla del Saturnino che scrisse in materia edittale: egli lo indica come autore di almeno 10 libri *ad edictum* (Ulp. 20 *ad Sab.* D. 34, 2, 19, 7), dai quali deve ritenersi desunta anche la citazione che si trova in Ulp. 22 *ad ed.* D. 12, 2, 13, 5, e come annotatore dei libri *ad edictum* (Ulp. 20 *ad Sab.* D. 34, 2, 19, 7), dai quali deve ritenersi desunta anche la citazione che si trova in Ulp. 22 *ad ed.* D. 12, 2, 13, 5, e come annotatore dei libri *ad edictum* di Labeone (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 3, 7, 7). Quando Ulpiano cita Venuleio Saturnino, l'autore dei libri *de officio proconsulis*, lo menziona invece semplicemente come *Saturninus* (testi della II serie): e così faceva anche quando citava Venuleio nei propri libri *ad edictum* (in questo senso si deve intendere il testo della III serie Ulp. D. 1, 9, 1, 1).

Questa evidenza proviene da troppo pochi testi per avere la forza di quella che

precedentemente abbiamo colto *sub i*. Ma essa è ancora sufficiente, a mio parere, per permettere di concludere, fino a prova contraria, che Quinto Saturnino era un personaggio diverso tanto da Venuleio quanto da Claudio. Egli si occupò certo di problemi edittali. Io credo sia difficile negare che abbia scritto anche *ad edictum* in almeno 10 libri. Se l'opera rimase poi, come pare, poco nota, può darsi che essa non costituisse un commentario completo; può anche darsi che fosse una raccolta di osservazioni singole, e che essa comprendesse magari pure quelle *notae* a La-beone che vengono altrove citate. Tutto ciò resta incerto. Ma sull'esistenza del personaggio non avrei gran dubbi.

Quanto all'ultimo dei testi considerati sopra (IV SERIE: Mod. D. 48, 3, 14, 7 L. 78; g₃), esso resta un poco anodino. La citazione di *Saturninus*, che contiene, non sembra possa riferirsi a Quinto; si sarebbe tentati, dato il titolo dell'opera in cui la citazione è contenuta, che essa si riferisca al *de poenis paganorum* di Claudio; nulla esclude però che Modestino vi citasse invece una delle opere pubblicistiche di Venuleio. Per questa soluzione mi fa propendere tanto la citazione fatta col solo *cognomen* (*Saturninus*), come pare esser stato l'uso di Ulpiano per Venuleio (e Modestino era allievo di Ulpiano), quanto l'idea – è forse un'impressione troppo soggettiva, suscitata dalla lettura di quella paginetta del *de poenis paganorum* – l'idea, dicevo, che mi son fatta della scarsa citabilità dell'opera di Claudio. Questa – non si deve, invero, dimenticarlo – constava di un solo libro (quelli dell'analoga opera di Modestino, che scriveva in genere cose brevi, erano quattro): ed il carattere del frustolo che ci rimane ha buone probabilità di rappresentare un saggio dello stile di tutto il lavoro³⁷.

³⁷ Si tenga presente che, se non ho calcolato male, l'intero passo del *de poenis paganorum* che abbiamo da D. 48, 19, 16 può rappresentare più o meno 1/25 di un *liber*, prendendo a modello il primo libro delle Istituzioni di Gaio.

PROFILI ROMANISTICI *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ulp. D. 16, 3, 1, 11. – 3. Ner. D. 2, 11, 14. – 4. Ulp. Serv. Tub. D. 19, 1, 13, 30. – 5. Ner. D. 19, 1, 31, 2. – 6. Iul. D. 21, 2, 39 pr. – 7. Paul. 34 *ad ed.*, D. 19, 2, 24, 1.

1. Premessa

Il discorso, che intendo svolgere, ha un carattere puramente introduttivo. Presenterò una serie di casi, nei quali i giuristi romani hanno riconosciuto che la conclusione di un contratto fra due soggetti A e B producesse in qualche modo effetti nella sfera giuridica di un terzo C.

Naturalmente, non mi interesserò, perché non interessa la tematica che dobbiamo discutere, della produzione di effetti in capo ad un terzo, ove ciò dipenda dal fatto che uno dei contraenti agisca come rappresentante di costui, cioè – per riprendere lo schema enunciato – se A concluda il contratto con B come rappresentante di C. Alludo, evidentemente, alla rappresentanza che si qualifica «diretta».

Ma vediamo subito il primo dei testi che voglio proporvi, perché esso accosta proprio le due situazioni di cui sto parlando.

2. Ulp. D. 16, 3, 1, 11

Si tratta di un passo dei *libri ad edictum* di Ulpiano, ma l'autore vi riporta il pensiero di Pomponio:

D. 16, 3, 1, 11 (Ulp. 30 ad ed.): *Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. et putat tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi: si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus.*

Pomponio si poneva il problema di stabilire di quali azioni disponesse un soggetto C (l'*ego* del testo), che avesse incaricato A (che nel testo è *tu*) di deporre una

* Pubblicato in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, IV Congresso Internazionale ARISTEC – Roma, 13-16 settembre 1999, a cura di Letizia Vacca, Torino 2001.

cosa presso B (cioè *Titius*). Possiamo formulare il caso nel modo seguente, che permetterà di individuare l'intera problematica che il testo implica: C, dunque, ha incaricato A di deporre una cosa presso B, A ha seguito il mandato, concludendo con B un contratto di deposito; in seguito B non restituisce la cosa per un fatto di cui deve rispondere (ricordo che il depositario, in diritto romano, non era tenuto che per il dolo: pensiamo quindi, ad esempio, che la cosa depositata fosse della cacciagione, e il Tizio B non avesse resistito alla tentazione di mangiarsela).

Pomponio distingue due ipotesi.

La prima è quella in cui A, concludendo il deposito con B, abbia agito in nome di C, cioè come suo rappresentante. Qui non sorgono problemi: C ha l'*actio mandati* contro A e l'*actio depositi* contro B: va solo notato che, in questo caso, l'*actio mandati* non servirà a C, perché A ha eseguito il proprio mandato; non è neppure pensabile che A debba in qualche modo esser tenuto responsabile per la scelta della persona del depositario, perché questa era indicata dal mandante.

Nella seconda ipotesi, invece, A ha concluso in nome proprio, e cioè senza rappresentanza, il contratto col depositario B. In questo caso C ha ancora l'*actio mandati* contro A, mentre l'*actio depositi* contro B apparterrà invece ad A. Ma questa volta, l'*actio mandati* sarà utile a C, perché A non ha ancora interamente eseguito il suo mandato: come si sa, infatti, il mandatario è tenuto a trasferire al mandante i diritti acquistati nell'esecuzione del mandato, e nell'esecuzione del mandato A ha acquistato l'*actio depositi* contro B. C può dunque, sperando l'*actio mandati* contro A, pretendere che costui gli trasferisca quell'*actio depositi* contro B, di cui egli è titolare.

Questa soluzione è apparentemente semplice e lineare, ma essa implica un problema assai complesso, sicché il testo è stato uno dei due sui quali, nella famosa sentenza pronunciata il 20 gennaio 1855, l'Oberappellationsgericht der vier freien Städte di Lubecca basò la costruzione dommatica che oggi va sotto il nome di dogma della *Drittschadensliquidation*.

Ma, prima di ragionare sul caso per scorgere il problema che vi è implicato, cerchiamo di completarlo su di un punto, per chiarire il quale sarebbe utile la lettura, che qui tralascio, del secondo dei testi addotti dalla corte di Lubecca¹, nonché di un altro passo che vedremo in seguito². Il nostro mandatario A, per completare l'esecuzione del suo mandato, l'*actio depositi* contro B avrebbe potuto esperirla lui stesso, trasferendo poi a C quanto ne avesse ricavato. Questa soluzione, nel senso che in caso di inadempimento da parte di B della sua obbligazione contrattuale di restituire, A possa liberarsi dando a C quanto ottenga agendo contro B ovvero di-

¹ Si tratta di Ulp. D. 17, 1, 8, 10 nella parte: *Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeris, tuque emisti, teneberis mihi ut restituas ... et si cautum est de evictione vel potes desiderare, ut tibi caveatur, puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes quam consecutus sis.*

² Ulp. D. 19, 1, 13, 30.

rettamente cedendo a C l'azione contro B, corrisponde all'idea che il mandatario A, sulla base del mandato, non è tenuto a risarcire al mandante C il danno che questi soffra per causa del depositario B, ma solo a trasferirgli la sostanza della situazione di creditore di B: per cui il rischio dell'insolvenza di B deve gravare sul mandante (C) e non sul mandatario (A).

Ora – veniamo infine al punto che ci interessa – tutto ciò significa che l'*actio depositi* contro B è comunque, in se stessa, un'azione nell'interesse di C. Il che vuol dire non solo che in tale azione B sarà condannato ad una somma calcolata sull'interesse di C, chiunque ne sia l'attore; ma vuole anche dire che, nel caso sia il mandatario A ad esperirla, egli esperirà bensì un'azione che gli spetta come parte (deponente) nel contratto concluso con B, ma esperendola egli agirà facendo valere l'interesse di C. Infatti, se A esperisse contro B l'azione deducendovi il suo proprio interesse, questa non condurrebbe a nulla, anzi sarebbe irricevibile per difetto, nell'attore, dell'interesse ad agire.

Dobbiamo dunque concludere – per quel che in particolare riguarda il nostro tema – che con la conclusione del deposito tra A e B quando A agiva in nome proprio, l'*actio depositi* scaturente dalla conclusione di tale contratto nasce come azione nell'interesse di C. Essa appartiene ad A ma non gli potrà mai profittare: se A l'esercita, egli l'esercita per conseguire qualcosa che dovrà trasferire a C; se no egli dovrà trasferirla direttamente a C.

3. *Ner. D. 2, 11, 14*

Il fenomeno, che abbiamo visto operare nella soluzione proposta da Pomponio nel testo precedente, della nascita, come effetto di un contratto fra A e B di un'azione che spetta ad A ma è nell'interesse di C, in un caso in cui A contragga nell'interesse di C senza averne la rappresentanza, si trova spiegato in modo esplicito in un altro testo, che Nerazio scrisse in materia di *vadimonium* e i compilatori del digesto rapportarono al corrispondente istituto processuale giustiniano, la *cautio iudicio sisti*. Possiamo leggere il testo così com'è perché in questa sede sarebbe inutile complicare le cose ricostruendo il dettato originale, dato che le strutture in gioco resterebbero esattamente le stesse: tolgo solo due precisazioni, per altro superflue, dovute certo a mano diversa da quella dell'autore del passo, in quanto risultano offensive per la grammatica e quindi ne turbano inutilmente la traduzione.

D. 2, 11, 14 (Ner. 2 membr.): *Si procurator ita stipulates est, ut sistat dumtaxat [eum quem stipularetur], non etiam poenam si status non esset [stipularetur]: propemodum nullius momenti est ea stipulatio, quia procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest sisti. sed cum alienum negotium in stipulando egerit, potest defendi non procuratoris, sed eius cuius negotium gesserit utilitatem in ea re spectandam esse: ut quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debeat. eadem et fortius adhuc dici possunt, si procurator ita stipulatus esset 'quanti ea res erit': ut*

hanc conceptionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatam interpretemur.

Il caso esaminato è il seguente: C è titolare di un'azione contro B, ma la chiamata in giudizio è effettuata da A, che è *procurator* di C: non parrebbe trattarsi di un *procurator ad litem*, ma la cosa ha poca importanza; quel che è certo è che, in ogni caso, A non opera come rappresentante di C. Ora, la chiamata in giudizio viene effettuata come convocazione a data e in luogo determinati, e si concreta nella promessa fatta da B ad A di conformarsi alla convocazione. Questa promessa (che rappresenta appunto il *vadimonium* o la *cautio iudicio sisti*) veniva normalmente concepita come stipulazione penale: «Mi prometti 500 HS se non sarai presente il giorno tale all'ora tale nel tal luogo?», o, più spesso, come la ipotizza il testo di Nerazio: «Mi prometti che sarai presente il tal giorno nel tal luogo? Per il caso in cui tu non sia presente, mi prometti 500 HS?». Così fatta – in qualunque delle due forme – la *stipulatio* non avrebbe dato luogo a problemi: non comparendo, B sarebbe risultato comunque obbligato a pagare una somma di denaro; ora, l'interesse ad agire per ottenere una somma di denaro l'avrebbe avuto anche il *procurator* A, cui spettava l'azione qualora fosse lui lo *stipulator*. Questo è fuori di dubbio: una *stipulatio* «mi prometti di darmi 500 HS», fosse pure soggetta a qualunque condizione, era sempre una *stipulatio* del tipo fondamentale '*spondes mihi certam pecuniam dare*', per la quale problemi d'interesse non si ponevano. È caratteristico infatti del regime romano della *stipulatio* l'intima relazione, dommaticamente percepita dai giuristi fin dalla più antica storia di quest'istituto, fra l'interesse dello *stipulator* alla prestazione richiesta ed il suo interesse ad agire in caso di inadempimento: intima relazione che ha fatto sì che le *stipulationes* prive di tale interesse del creditore fossero senz'altro considerate nulle; esse non potevano produrre azione perché la mancanza d'interesse alla prestazione pretesa avrebbe fatto mancare anche l'interesse ad agire e mancando l'azione, non poteva considerarsi esistente l'obbligazione che questa avrebbe dovuto sanzionare. Ed era espressamente consigliato dai giuristi che, se la prestazione cui lo *stipulator* mirava non avesse avuto interesse per lui, lo strumento appropriato per conseguire la sostanza del risultato voluto era di farsi promettere una somma di denaro a titolo di pena, per il caso in cui il *promissor* non avesse fatto quanto voluto. Tutto ciò è detto in modo particolarmente chiaro in un testo di Ulpiano (Ulp. D. 45, 1, 38, 17), dove si legge, fra l'altro³, *plane si*

³ Il testo si riferisce alle stipulazioni a favore di un terzo, che vengono considerate valide solo se lo *stipulator* abbia interesse alla prestazione al terzo: D. 45, 1, 38 (Ulp. 49 *ad Sab.*), 17 (cfr. I. 3, 19, 19): *Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum es, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis ... 20: Si stipuler alii, cum mea interesset, videamus, an stipulatio committetur. et ait Marcellus stipulationem valere in specie huiusmodi. is, qui pupilli tutelam administrare coeperat, cessit administratione contutori suo et*

velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis» (= ... quando viene stipulata una pena, non si ha riguardo all'interesse, ma al suo ammontare ed alla condizione cui la *stipulatio* è sottoposta). Ma nel caso proposto da Nerazio le cose sono andate diversamente. Traduco da D. 2, 11, 14: «Se il *procurator* si è fatto promettere semplicemente 'che l'altro sia presente', e non anche una pena per il caso della mancata presenza, una simile *stipulatio* rischia di essere considerata nulla, perché al *procurator*, per quel che concerne la sua propria utilità, non interessa nulla che l'altro si presenti». Ma questo «rischio di nullità» è superato da Nerazio con un ragionamento di carattere economico, che – ancora – è sufficiente riprendere con la traduzione: «Ma, siccome stipulando (il *procurator* A) gestiva un negozio altrui, si può sostenere che in tale circostanza ci si debba riferire non all'utilità del *procurator* bensì a quella di colui il cui affare egli ha gestito: così che, in forza di quella *stipulatio*, nel caso in cui il convenuto non sia comparso, al *procurator* sia dovuta una somma corrispondente all'interesse che il *dominus litis* aveva alla comparizione. Lo stesso, ed anzi a maggior ragione, può dirsi se il *procurator* abbia stipulato dicendo '*quanti ea res erit*' (= quanto sarà il valore dell'affare): di modo che questo tipo di formulazione verbale si interpreti riferendola non all'utilità dello stipulante stesso, ma a quella del *dominus*».

Io credo che questa spiegazione di Nerazio sia interamente esauriente e non abbia bisogno di essere ulteriormente illustrata. Piuttosto, essa offre l'occasione per mettere in luce il vizio di una delle critiche che nella dottrina tedesca si trova fatta al dogma della *Drittschadensliquidation*, quando si dice che coloro che l'ammettono farebbero un salto gratuito ed ingiustificato da una prima ad una seconda conclusione. Nel senso seguente: che nel caso di un contratto fra A e B potrebbe, in certi casi, giungersi ad ammettere che l'azione contro B sia esperita da C o da A facendo valere l'interesse ad agire di C, ma è assolutamente gratuito dire che con ciò B deva, in tale azione essere condannato a risarcire il danno subito da C. Il ragionamento di Nerazio, invece, mette bene in luce che tutta la soluzione si basa sull'idea che in questi casi B è obbligato a risarcire il danno subito da C a causa del suo inadempimento. L'esperimento dell'azione contro B è dunque giustificato in ogni caso dal danno subito da C, e l'azione sarà esperibile solo come azione diretta al risarcimento di tale danno di C.

stipulatus est rem pupilli salvam fore. ait Marcellus posse defendi stipulationem valere: interest enim stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo, si [aliter res cesserit] <si male alter res gesserit>. 21: Si quis insulam faciendam promiserit aut conduxerit, deinde ab aliquo insulam stipulatori fieri stipulatus sit: aut si quis, cum promisisset Titio fundum Maevium daturum aut, si is non dedisset, poenam se daturum, stipulatus a Maevio fuerit fundum Titio datu iri: item si quis id locaverit faciendum quod ipse conduxerit: constat habere eum utilem ex locato actionem. 22: Si quis ergo stipulatus fuerit, cum sua interesset ei dari, in ea erit causa, ut valeat stipulatio. 23: Unde et si procuratori meo dari stipulatus sum, stipulatio vires habebit: et si creditorum meo, quia interest mea, ne vel poena committatur vel praedia distrabantur, quae pignori data erant.

4. *Ulp. Serv. Tub. D. 19, 1, 13, 30*

Nella linea dei testi precedenti ce n'è anche un altro, nel quale la soluzione che ci interessa appartiene a Tuberone, giurista attivo a partire da circa la metà del I secolo a.C. Il testo è particolarmente interessante perché qui tutto si verifica al di fuori di rapporti di mandato o gestione d'affari:

D. 19, 1, 13, 30 (Ulp. 32 ad ed.): *Si venditor habitationem exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat ad certum tempus, magis esse Servius putabat ex vendito esse actionem: denique Tuberone ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat.*

Quel che ora direttamente ci interessa, di questo testo, è l'ultima frase (*denique Tuberone ait ...*). Quanto è scritto prima costituisce tuttavia un'indispensabile premessa, che è meglio anzi completare.

Il diritto romano non adottava ancora la protezione diretta del conduttore nei confronti del terzo. Se il proprietario alienasse un immobile che aveva dato in locazione, l'acquirente nuovo proprietario avrebbe potuto espellere il conduttore, perché questi non avrebbe potuto opporre a lui i suoi diritti contrattuali: il conduttore avrebbe invece potuto, naturalmente, agire per il risarcimento dei danni contro il suo locatore, inadempiente rispetto all'obbligazione di tenere la cosa a sua disposizione per il tempo previsto nel contratto. Per questo, un principio corrente di giurisprudenza cautelare raccomandava – così si esprimeva Gaio – che (traduco da D. 19, 2, 25, 1)⁴ «chi abbia locato ad alcuno un fondo da sfruttare o un'abitazione, se per qualche ragione poi venda il fondo o l'edificio, deve fare in modo che presso il compratore sia permesso al colono lo sfruttamento ed all'inquilino l'abitazione, altrimenti questi, se ne venga impedito, agirà contro di lui con l'azione *ex conducto*». Questa cautela poteva essere realizzata in diverse maniere. Nel caso del nostro testo – un caso previsto in termini di una certa generalità – la soluzione adottata è la più semplice: A è proprietario di un immobile (urbano o rustico), nel quale si trova B, suo conduttore (colono o inquilino); A vende l'immobile a C, e nel contratto di vendita provvede all'inserzione di una clausola, la quale prevede che al conduttore sarà permesso, per un certo tempo, di continuare ad esercitare la sua attività di inquilino o colono. Come si comprende, il senso di questa clausola è che il compratore sarà tenuto, per il tempo previsto, a permettere la continuazione del contratto di locazione già in atto: quindi, il compratore non si assume il ruolo di locatore subentrando nel contratto precedente, bensì egli si impegna a rispettare la prosecuzione di quel contratto fra le parti originarie. Dopo il trasferimento di proprietà A diventerà

⁴ D. 19, 2, 25, 1 (Gai. 10 ad ed. prov.): *Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet ut apud emptorem eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.*

locatore di cosa altrui; tra B e C non si crea alcun rapporto. Nella prima parte del testo è ancora precisato soltanto che, come aveva detto Servio Sulpicio Rufo, se il compratore C impedisse a B di continuare a usare il fondo o a goderne come inquilino o colono, A potrà agire contro C con l'*actio ex vendito*. È chiaro: perché l'obbligazione di C di rispettare il contratto fra A e B gli proviene da una clausola del contratto di compra-vendita (A-C) del fondo in questione; possiamo aggiungere, a scanso di ogni equivoco, che A risulta personalmente interessato alla clausola stessa ed all'esercizio dell'*actio ex vendito* fondata nella sua violazione, perché se C turbasse il conduttore B, questo fatto ingenererebbe responsabilità di A verso B.

Tutto ciò dunque premesso, passiamo ad esaminare il caso che, nell'ultima parte del passo, Ulpiano desumeva dalle opere di Tuberone, e che si riferisce ad un'ipotesi nella quale il fondo venduto da A a C fosse un fondo agricolo e quindi la locazione fra A e B concretasse un affitto. Diceva dunque Tuberone (traduco): «se questo colono (B) ha danneggiato il fondo, il compratore (C), agendo *ex empto* contro il venditore (A) potrà costringerlo ad esercitare contro il colono (B) l'azione *ex locato* affinché egli (A) trasferisca poi quanto ne abbia conseguito al compratore (C)». Una piccola precisazione è forse opportuna. Come si vede, Tuberone pone solo il problema dell'azione contrattuale, mentre è ovvio che esiste anche un'altra possibilità perché C, per i danni cagionati al proprio fondo, avrebbe comunque a propria disposizione i rimedi extracontrattuali basati sulla legge aquiliana. Ma una trattazione autonoma del problema dell'azione contrattuale ha la sua ragion d'essere, non solo in quanto riveste pur sempre un proprio valore dommatico, ma anche perché l'azione *ex lege Aquilia* non potrebbe, neppure nelle sue forme pretorie, essere utile – o esserlo senza problemi – in tutti i casi di danno cagionato dal colono al fondo che abbia in affitto: si pensi in particolare ai danni dipendenti dalla mancata o *intempestiva cultura*⁵.

Ora il rimedio contrattuale per i danni cagionati dal colono al fondo è quello dell'*actio ex locato*: ma questa spetta al locatore e, nel nostro caso, i danni al fondo non sono sofferti dal locatore, perché questi non è più, al momento in cui i danni vengono prodotti, proprietario del fondo; siccome poi egli, di tali danni, non deve in alcun modo rispondere, gli manca comunque un interesse all'esercizio di tale azione per ottenere il relativo risarcimento. Va notato che l'*actio ex locato* al nostro A può ben essere altrimenti utile, e quindi interessargli, in particolare nel caso in cui venga esperita per il pagamento dei canoni, che tuttavia gli spettano: siamo dunque di fronte ad un'ipotesi nella quale la stessa azione, a seconda dello scopo per il quale venga esperita, può corrispondere o no all'interesse del suo titolare. Un altro particolare della situazione deve essere tenuto presente: come già mi è avvenuto di notare, il venditore A non ha responsabilità alcuna per i danni che il colono produca al fondo. La clausola contrattuale che riservava ad A la continuazione della locazione con B anche dopo il passaggio della proprietà del fondo a C non

⁵ Paul. D. 19, 2, 24, 2; Gai. D. 19, 2, 25, 3.

creava se non un'obbligazione di C verso A a permettere tale continuazione, e cioè a non espellere C, ma non gravava certo A di responsabilità per il contegno di B: il contratto di compravendita, dunque, non parrebbe fornire a C alcun fondamento per un'azione contro A in relazione ai danni causati da B; in altri termini, C non ha titolo, nel nostro caso, per agire *ex empto* contro A lamentando i danni che B ha cagionato al suo fondo.

Dunque, la soluzione di Tuberone deve essere chiarita in più punti: si deve anzitutto trovare un fondamento per l'esperimento dell'*actio empti* da parte di C contro A; si deve poi giustificare l'esperimento dell'*actio locati* da parte di A contro B per ottenere il risarcimento dei danni prodotti da B al fondo, che ormai appartiene a C: si deve anche magari comprendere perché Tuberone, sebbene certo non lo escluda, non parli però espressamente della possibilità che A deve avere di liberarsi, ove convenuto con l'*actio empti*, cedendo a C la sua azione contro B. Il punto essenziale, che regge tutta la costruzione, è lo stesso che abbiamo incontrato nei casi già esaminati prima, anche se qui si presenta con contorni diversi: esso consiste nell'idea che l'azione per il risarcimento dei danni, in quanto esista, è un'azione nell'interesse di chi subisca i danni: e che tale essa è, dovunque si collochi; che essa è sempre esperibile dal proprio titolare, ma se il titolare non vi ha un interesse proprio, essa sarà da lui esperita con riferimento all'interesse del danneggiato. Pertanto, nel nostro caso, siccome il danneggiante è B, egli sarà passivamente legittimato a tale azione; siccome il danneggiato è C e l'azione appartiene ad A, A potrà esperirla facendovi valere l'interesse di C, con la conseguenza che B vi sarà condannato ad un risarcimento misurato sull'interesse di C, e che A, ricevuto del danaro a tale titolo, sarà tenuto a trasferirlo a C. Su di ciò possiamo limitarci a questa indicazione sintetica, perché un approfondimento ci porterebbe solo a dire cose già dette per i casi precedenti.

Nuovo è invece il primo punto: come si giustifica l'esercizio dell'*actio empti* da parte di C contro A: perché, in forza della speciale clausola del contratto di compravendita fra A e C relativa alla locazione A-B, siccome la clausola era introdotta a favore di A, la protezione giuridica relativa si concreta naturalmente solo in quel che aveva indicato Servio, e cioè nell'esercizio dell'*actio venditi* da parte di A contro C se non rispetti gli impegni assunti con quella clausola. Quel che Tuberone vi vedeva in più dipendeva dal fatto che egli si poneva il problema seguente, e nei seguenti termini: l'*actio ex locato* che appartiene ad A contro B, se utilizzata per il risarcimento dei danni che B ha prodotto al fondo, è diventata – dopo la vendita e l'alienazione del fondo – azione nell'interesse di C, e solo come tale può essere esperita; ma, siccome C non può esperirla, perché non l'ha quell'azione, bisogna che essa sia esperita da A; ma non si può semplicemente attendere che A l'esperisca, perché A non ha interesse a farlo e può dunque non farlo mai; si deve dunque individuare un'obbligazione di A a tale esperimento. Ora, una simile obbligazione ha come fonte possibile solo il rapporto contrattuale fra A e C, e precisamente quella clausola del contratto di compravendita, che essi hanno concluso: con tale clausola, A non si è certo assunto l'obbligazione di indennizzare C dei danni che B cagionasse al fondo, ma, secondo il principio di buona fede che regge la disciplina

del contratto di compravendita, A sarà pur sempre obbligato a tenere B indenne dagli svantaggi che la situazione creatasi per sua volontà e nel suo interesse procuri a C, se ciò non costa nulla ad A. L'obbligazione di A, di cui C pretende l'adempimento sperando l'*actio empti*, è appunto questa: egli deve unicamente permettere a C di ottenere i vantaggi di un'azione, che esiste solo nel suo interesse, il cui esercizio dipende da A e non crea ad A svantaggi né spese⁶.

Certo, di fronte alla pretesa in tal senso di C, A potrà liberarsi semplicemente cedendogli l'azione. Ciò risulta chiaro dal modo in cui la soluzione è enunciata da Tuberone, quando dice che A potrà essere costretto ad esercitare l'azione per poi trasferire a C quanto ne ricavi: la cessione non è che una via più breve per arrivare allo stesso risultato. Se il testo del digesto non enuncia l'alternativa è solo, io penso, per brevità: il farlo sarebbe stato, in questo caso, troppo macchinoso, essendo la cosa già evidente. Sarebbe stato macchinoso: perché non si poteva dire semplicemente che A poteva trasferire a C la sua azione contro B. Quest'azione, infatti – l'*actio ex locato* – serve pure ad A, perché il *locator* di B resta sempre A, anche dopo il trasferimento del fondo; quindi A deve conservare l'azione. Egli, nel caso dei danni cagionati da B al fondo, per liberarsi rispetto a C, dovrebbe trasferirgli solo l'*actio ex locato* in quanto da esercitarsi per il risarcimento dei danni in questione. Il mezzo tecnico esisteva, nella procedura formulare. Siccome la cessione dell'azione si effettuava nominando il cessionario *procurator ad litem in rem suam*, A avrebbe potuto benissimo nominarlo *procurator* per un'*actio ex locato* con formula precisata da una *praescriptio*, che prevedesse che '*ea res agatur*' per i danni in questione prodotti al fondo da B. Forse, tutte queste cose erano magari dette nel testo; possono essere stati i compilatori a sopprimere una descrizione troppo legata alle tecniche della procedura formulare; o forse Ulpiano stesso, riportando il pensiero di Tuberone, ne riprese solo l'essenziale senza star ad esplicitare anche quanto vi era chiaramente implicito. Per quel che ci riguarda, si trattava pur sempre di un chiarimento necessario per la comprensione compiuta dei problemi in gioco.

5. Ner. D. 19, 1, 31, 2

Possiamo passare ora ad un caso di diverso genere, e leggiamo il testo, nel quale Nerazio poneva il problema – fattosi poi tradizionale – della vendita della stessa cosa a due soggetti diversi⁷.

D. 19, 1, 31, 2 (Ner. 3 membr.). *Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret [traditaque est]: sive ab eodem emimus si-*

⁶ Il processo formulare non comportava spese processuali. Se comunque A avesse sostenuto spese d'altro genere (spese d'avvocato, perdita di tempo, etc.) si deve tener conto che A, esercitando l'azione nell'interesse di C avrebbe operato come suo *negotiorum gestor*.

⁷ Lo stesso tema è trattato, sotto diverso angolo, in Ulp. Iul. D. 6, 2, 8, 4.

ve ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior [ius eius] <iuste> adprehendit [, hoc est, cui primum tradita est]. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

Giustifico brevemente le correzioni che ho apportato al passo. La seconda, che sostituisce 'iuste' a 'ius eius' è dell'*editio minor*, ma risale al Fabro, e l'acetto così com'è. La correzione è opportuna, e suppone il pasticcio di un amanuense; anche la spiegazione che segue – '*hoc est, cui primum tradita est*' può, a rigore, essere un glossema, perché con *iuste adprehendit* si indica evidentemente in generale la presa di possesso che il compratore, dopo comprata la cosa, ne faccia correttamente sulla base del contratto, sicché, se la *traditio* rappresenta il caso comune della *iusta adprehensio*, essa non ne esaurisce la tipologia, almeno se si considerino come realizzati senza tradizione i trasferimenti consensuali del possesso effettuati senza consegna materiale, come ad esempio si legge in D. 41, 1, 9, 5 – testo che proviene dalle *res cottidianae* – per la cosiddetta *traditio brevi manu*. Il punto non riveste, comunque, grande importanza; ma dovremo tornarvi brevemente in seguito. Sicuramente un glossema, invece, è a mio avviso la breve proposizione '*traditaque est*', perché essa è fuori luogo. Infatti, nel passo, della *traditio* si parla in seguito, prendendo in considerazione le conseguenze del fatto che essa sia stata effettuata all'uno o all'altro soggetto; l'*editio minor*⁸ vi aggiunge un *utrique*(*traditaque <utrique>est*), ma certo questa non è una buona soluzione, perché la circostanza che la *traditio* sia stata fatta ad entrambi i compratori non è un dato del caso.

E veniamo dunque ai problemi. Il passo ha l'andamento di un concentrato di regole classiche. Si parte da un fatto: due soggetti hanno comprato una stessa cosa *a non domino*; e poi si precisa che le ipotesi, in realtà sono due, ma che possono essere trattate insieme perché la differenza non cambia le cose. Le due ipotesi sono queste: nella prima una stessa cosa determinata nella specie, poniamo un certo cane di nome Argo, come quello di Ulisse, è stato venduto da E a M e da F a N; né E né F erano proprietari del cane – né legittimati a venderlo – ma i due contratti sono stati effettuati entrambi in buona fede; nella seconda ipotesi lo stesso soggetto G ha venduto il cane Argo prima a M e poi a N; G non era proprietario del cane, ma le due vendite sono state effettuate in buona fede. Il problema è di stabilire chi fra i due compratori debba essere preferito, e cioè tutelato. La risposta è semplice: sarà tutelato quello che per primo è divenuto possessore *ex empto* del cane Argo. Nella frase finale del testo, si propone un'ipotesi diversa, la cui soluzione però reca implicita la presa in considerazione, e la soluzione, di una quarta ipotesi. La terza situazione è la seguente: il cane Argo appartiene a P e questi lo ha venduto a M, ma lo stesso cane è stato venduto anche a N dal *non dominus* F: qui la soluzione è nel senso che M, l'acquirente dal vero proprietario, sarà comunque preferito. L'ulteriore ipotesi implicita è che P, proprietario del cane Argo, lo abbia venduto prima a M e poi a N: e la soluzione è che anche in questo caso sarà protetto, fra M e

⁸ Attribuendo la correzione specificamente al Mommsen.

N, quello che *prior iuste adprehendit* il cane. Questa soluzione si desume dal fatto che quella diversamente impostata, e cioè che uno dei due acquirenti sia protetto in ogni caso, viene da Nerazio indicata come applicabile alla sola ipotesi in cui uno fra i compratori abbia acquistato *a domino* e l'altro *a non domino*.

Vediamo ora tutto ciò sotto il profilo che ci interessa. E notiamo anzitutto che il particolare interesse del passo risiede nella circostanza che esso presenta tutta questa casistica come relativa ad ipotesi nelle quali le vendite sono state effettuate in buona fede da entrambe le parti: anche i venditori erano in buona fede: e ciò deve supporre pure nell'ipotesi che abbiamo indicato come implicita, quella in cui lo stesso venditore, proprietario, abbia venduto la cosa successivamente a due persone diverse: si era dimenticato della prima vendita, ovvero la prima era stata effettuata non da lui ma da altra persona cui egli aveva attribuito il potere di vendere, e che ha venduto senza ch'egli lo sapesse. Depurata così dell'incidenza della mala fede dell'una o dell'altra parte, la casistica presentata da Nerazio permette di valutare l'incidenza dell'un atto sull'altro come tali, la forza dei loro effetti in sé.

Profittando di ciò, credo che quel che può dirsi risulti più chiaro se ragioniamo sull'ipotesi di risulta, e dunque pensare appunto che P, proprietario del cane Argo, lo abbia venduto a M e, prima di eseguire la vendita facendo la tradizione del cane, lo abbia venduto di nuovo in buona fede a N. Osserviamo le cose a questo punto, cioè prima che qualunque *traditio* sia stata fatta. Siccome la regola enunciata nel testo (per vero, questa volta, la regola applicabile l'abbiamo desunta *a contrario*) ci dice che la priorità di M o N sarà decisa dalla prima *traditio*, è chiaro che per ora non v'è un compratore prioritario. La vendita P-M e la vendita P-N sono due vendite valide e si trovano sullo stesso piano: la priorità cronologica dell'una non la rende privilegiata rispetto all'altra. L'osservatore – voglio dire, noi che discutiamo – sarebbe portato a dire che la seconda vendita (P-N) è lesiva degli interessi di M come compratore nella prima vendita (P-M): ma non credo che questo modo di vedere le cose sia corretto; corretto è solo dire che la vendita P-N è lesiva degli interessi di M esattamente come la vendita P-M è lesiva degli interessi di N: dunque nessuna delle due vendite è, in questo momento, lesiva dell'interesse del compratore dell'altra; ciascuna è solo potenzialmente lesiva di tali interessi: potenzialità che si tradurrà però in atto soltanto al momento della tradizione.

Per il caso che abbiamo isolato, e cioè se le due vendite a M e N sono state fatte dal proprietario del cane Argo, questo meccanismo che abbiamo descritto risulta particolarmente evidente, tanto che la regola che connette la tutela preferenziale alla priorità della *traditio* appare superflua. Infatti, se P, proprietario del cane, lo ha venduto prima a M e poi a N, concludendo la vendita egli ha fornito tanto all'uno quanto all'altro una *iusta causa traditionis*; se P, dopo di ciò, fa la *traditio* a N, questi diviene proprietario del cane, e quindi sarà preferito a chiunque in quanto proprietario. Poniamo che P avesse effettuato la *traditio* a N trattenendosi la cosa a titolo di comodato, facendo cioè quel che si usa chiamare un costituito possessorio, e che poi esegua una seconda *traditio*, con la consegna della cosa, questa volta, a M. M non diventerà proprietario, perché la *traditio* è un modo di acquisto a titolo derivativo: egli

acquisterà solo la protezione del possessore di buona fede, basata *sull'actio Publiciana*, che gli permetterà di essere preferito a qualunque terzo, ma non al proprietario. Se N, dunque, rivendicherà il cane da M che lo possiede, questi non avrà nulla da opporgli. La regola sulla protezione di chi abbia ricevuto la prima tradizione sarà invece necessaria nelle altre ipotesi, delle vendite eseguite dal non proprietario. E ha venduto a M e F ha venduto a N; poniamo che poi E faccia la *traditio* a M, e poi F faccia la *traditio* a N; a questo punto N è possessore. Vediamo che cosa avverrebbe se non ci fosse la regola, secondo la quale M deve essere preferito perché ha ricevuto la *traditio* per primo. Se M rivendica il cane da N con l'*actio Publiciana*, egli vince, perché N non ha eccezione da opporgli: né l'*exceptio iusti dominii* perché non è proprietario, né l'*exceptio doli* perché non c'è dolo da parte di M, né l'*exceptio rei venditae et traditae* perché vendita e *traditio* non gli sono state fatte da M ma da F. Ma se poniamo che N abbia perso il possesso del cane e questo sia pervenuto a M, se N esercitasse contro M l'*actio Publiciana* sarebbe lui a vincere, perché M non avrebbe parimenti eccezioni da opporgli. La regola enunciata da Nerazio fornisce appunto a M l'eccezione che gli manca, ed è in forza di questa che egli potrà trattenersi la cosa. Potremmo continuare con la casistica, e passare a quella della doppia vendita di una *res Mancipi*, invece che di una *res nec Mancipi* come abbiamo fatto finora: e forse il testo comprendeva anche queste ipotesi. Un indizio lo abbiamo nel fatto che, nel passo, della *traditio* si parla solo nel contesto di quello che – come abbiamo rilevato – è forse un glossema; Nerazio diceva che preferito sarà colui che per primo *iuste adprehendit*, espressione che sembra comprendere ogni atto corrispondente alla corretta esecuzione dell'obbligazione di fornire la cosa al compratore: e, se pensiamo a quest'ordine di ipotesi, vedremo ancora la cosa essere semplice nel caso di doppia vendita effettuata dal proprietario, ed essere invece un po' più complicata nel caso delle vendite *a non domino*, ma sempre con le stesse conclusioni.

Comunque, per quel che ci interessa, l'esercizio che abbiamo fatto finora mi sembra abbia dimostrato chiaramente che in queste fattispecie alla conclusione si giunge senza attribuire ad alcun contratto effetti nella sfera giuridica di un terzo: gli effetti – negativi questa volta – nella sfera giuridica del terzo dipendono dalla *traditio*, e precisamente dalla *traditio* (o dalla *mancipatio* nel caso della doppia vendita effettuata *a domino*) che è stata fatta per prima e perché è stata fatta per prima.

6. *Iul. D. 21, 2, 39 pr.*

Nel caso che ora presenterò, gli effetti nei confronti di terzi sono attribuiti al contratto in questione sul terreno del *ius honorarium*. Il testo proviene dal giurista Giuliano: esso presenta due piccole mende, che non esigono una particolare giustificazione: la prima dipende da un errore abbastanza evidente di un copista⁹, la

⁹ Per vero, quanto alla prima menda, l'*editio minor* (sesta edizione *stereotypa*) propone di soppri-

seconda proviene palesemente da un glossema, che doveva essere più lungo della sola parola 'evictionem' che ora compare – male inserita¹⁰ – nel testo, ma esso voleva solo esplicitare quanto nel dettato è previsto avvenire, in modo sintetico ma già del tutto chiaro:

D. 21, 2, 39 pr. (Iul. 57 dig.). *Minor viginti quinque annis fundum vendidit Titio, eum Titius Seio: minor se in ea venditione circumscriptum dicit et impetrat cognitionem non tantum adversus Titium, sed etiam adversus Seium: Seius postulabat apud praetorem utilitem sibi de evictione [stipulationem] <actionem> in Titium dari: ego dandam putabam. respondi: iustam rem Seius postulat: nam si ei fundus praetoria cognitione ablati fuerit, aequum erit per eundem praetorem et [evictionem] restitui.*

Possiamo lasciare ai personaggi i nomi che essi recano nel testo, indicando solo il primo come «il minore»; s'intende: minore di 25 anni. Questo minore, dunque, ha venduto un proprio fondo a Tizio, e poi Tizio lo ha venduto a Seio; dal contesto risulta chiaro che entrambe le vendite sono state interamente eseguite, realizzando anche i due rispettivi trasferimenti della proprietà. Dopo che tutto ciò è accaduto, il minore, sostenendo di esser stato *circumscriptus*, cioè raggirato, nella vendita da lui conclusa con Tizio, chiede la *restitutio in integrum*. Ricorderò che, per ottenere la concessione del rimedio pretorio il minore, già a quest'epoca con ogni probabilità, avrebbe dovuto solo dimostrare che dalla vendita del fondo a Tizio egli aveva subito un pregiudizio – diciamo, perché il prezzo era troppo basso – attribuibile alla propria inesperienza; e che la *restitutio in integrum* consisteva in un decreto col quale il pretore ordinava alla controparte la remissione in pristino: nel nostro caso il fondo sarebbe dunque dovuto tornare in proprietà del minore come se non fosse stato venduto e alienato, salva l'eventuale restituzione, da parte del minore, del prezzo incassato. La *restitutio* era accordata dopo un'attenta *causae cognitio* pretoria, che si svolgeva sul contraddittorio delle parti. La procedura s'iniziava dunque con una chiamata in giudizio, che il minore doveva fare della controparte contro la quale intendeva chiedere il rimedio. Nel nostro caso il minore ha chiamato in giudizio non soltanto Tizio, al quale aveva venduto il fondo, ma anche Seio, che lo aveva poi comprato da Tizio ed era dunque il proprietario attuale. Tutto ciò non suscita problemi, perché era previsto che il minore potesse chiedere la *restitutio* anche contro il terzo che possedesse la situazione giuridica da restituire¹¹. A quanto pare leggendo il testo, nel corso della *causae cognitio* Seio non si oppone alla richiesta del minore di essere *restitutus* anche nei

mere come interpolazione 'de evictione stipulationem', ma io credo che l'errore stia solo nel fatto che un copista scrisse (per assonanza concettuale) *stipulationem* invece di *actionem*.

¹⁰ L'*editio minor* (sempre sesta edizione *stereotypa*) segna 'evictionem' come interpolato.

¹¹ Ulp. Pomp. Lab. D. 4, 4, 13, 1: nel testo sono indicate alcune condizioni per ottenere il rimedio contro il terzo: non si tratta comunque di condizioni assolute: il pretore, nel concedere la *restitutio*, aveva ampia discrezionalità, sicché quanto si dice nel testo deve essere inteso come l'indicazione di un orientamento di massima e dei criteri per ben gestirlo.

suoi confronti: solo egli fa presente, contro Tizio e non contro il minore, una conseguenza ingiusta alla quale egli verrebbe esposto. Infatti: il pretore evidentemente ordinerà la *restitutio* sulla base della richiesta del minore, che riotterrà il suo fondo restituendo il prezzo ricevuto, prezzo che, essendo stato stabilito in un contratto nel quale il minore risulta aver subito pregiudizio, deve essere alquanto basso, certo inferiore a quello pagato da Seio, che otterrà il prezzo restituito dal minore. Tutto ciò si risolve in un danno sensibile per Seio: in sostanza, sostiene appunto Seio, egli si trova nella stessa situazione nella quale si troverebbe se, rispetto alla sua compravendita effettuata con Tizio, egli avesse subito l'evizione; per l'evizione egli potrebbe agire *ex empto* contro Tizio¹² ottenendo una somma pari al suo interesse, cioè al danno sofferto a causa dell'evizione; questa somma dovrebbe essere almeno uguale al prezzo da lui pagato a Tizio, ma risulterebbe praticamente anche maggiore, dovendo pure comprendere la stima del danno da lui sofferto. Allo stato attuale Seio ottiene invece solo una somma inferiore al prezzo pagato: e senza rimedio, in quanto l'*actio empti* per ottenere il valore dell'evizione subita egli non può esperirla contro Tizio, perché in realtà egli perde il fondo per una ragione che non concreta evizione. Quel che Seio chiede è dunque un'azione contro Tizio, che nel testo si qualifica come *actio utilis*, ma che comunque deve consistere in un'azione pretoria che gli permetta di pretendere da Tizio, tutto sommato (cioè tenendo conto anche di quel ch'egli riceveva dal minore), lo stesso ammontare che egli avrebbe percepito agendo contro di lui in caso di evizione, cioè nel caso in cui il minore fosse stato proprietario del fondo e avesse vinto rivendicandoglielo. Giuliano dice che Seio ha ragione: e precisamente dice che, se la cognizione pretoria gli ha fatto perdere il fondo, è giusto che la stessa cognizione pretoria intervenga a restituirglielo, cioè – in questo caso – ad indennizzarlo adeguatamente della perdita.

Nella situazione che stiamo esaminando, il contratto che produce effetti rispetto al terzo è la compravendita intervenuta fra il minore e Tizio, ed esso produce tali effetti in quanto viziato dalla *circumscriptio*. Il meccanismo qui è particolare: la *circumscriptio*, che vizia il contratto, fa sì che questo possa essere oggetto di *restitutio in integrum*, ma la *restitutio in integrum*, in casi come questo, è concessa a favore del minore rispetto alla situazione che il contratto ha creato, e non con riguardo alle parti del contratto come tali. Abbiamo, di questo fenomeno, una precisa spiegazione di Ulpiano:

D. 4, 4, 13, 1 (Ulp. 11 ad ed.): *Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei eius possessori, licet cum eo non sit contractum. ut puta rem a minore emisti et alii vendidisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat vel re sua careat, et hoc vel cognitione praetoria, vel rescissa alienatione dato in rem iudicio.*

¹² L'*actio ex empto* per far valere l'evizione anche in assenza di una *stipulatio duplae* era certamente ammessa da Giuliano: Ulp. Iul. D. 19, 1, 11, 15.

«Talora – spiegava Ulpiano – la *restitutio* viene concessa al minore anche *in rem*», espressione con la quale il giurista vuole precisamente dire «senza riferimento alla persona della controparte, ma alla situazione in se stessa»; egli spiega infatti: «e cioè contro il possessore *rei eius*», che pure non vuol dire «della sua cosa», ma «della situazione giuridica nella quale il minore va restituito», e precisa: «anche se non esista alcun contratto fra il minore e tale possessore». E prosegue con un esempio, che è quello del caso che ci interessa: «Per esempio: hai comprato una cosa dal minore e l'hai venduta ad un altro: il minore può talora chiedere di essere *restitutus* contro il possessore, affinché non perda la sua cosa o non ne sia specificamente privato, e ciò per mezzo della *cognitio* pretoria ovvero dando un'*actio in rem* con la rescissione della vendita». L'alternativa finale allude alle due soluzioni nelle quali poteva sboccare la procedura della *restitutio in integrum*: la controparte poteva eseguire spontaneamente l'ordine di remissione in pristino, ovvero non obbedire, nel qual caso il pretore avrebbe permesso al minore di rivendicare la cosa, munendo la formula della rivendica della *fictio* opportuna, cioè di una clausola con cui si ordinava al giudice di giudicare prescindendo dai fatti che avevano attribuito al convenuto la proprietà della cosa.

Nel caso, come risolto da Giuliano in D. 21, 3, 39 pr., vi è uno specifico effetto ulteriore, che consiste nella speciale azione accordata a Seio contro Tizio, che gli permette di far valere nei suoi confronti come evizione la perdita del fondo sofferta a causa della *restitutio*. Come abbiamo visto, secondo Giuliano questa azione scaturisce dalla *restitutio*, e come questa va dunque annoverata fra gli effetti della vendita intervenuta fra il minore e Tizio, in quanto viziata dalla *circumscriptio*.

7. *Paul. 34 ad ed., D. 19, 2, 24, 1*

Un piccolo caso marginale. La comprensione del testo esige alcune brevi premesse. Nella locazione romana si usavano costituire dei diritti convenzionali di pegno su cose del conduttore. Precisamente, nell'affitto di fondi rustici erano oggetto di pegno a favore del locatore per garantire il debito dei canoni gli *invecta importata* (o *invecta et illata*), cioè gli strumenti di lavoro portati con sé dal colono nel fondo¹³; l'oppignorazione di queste cose doveva avvenire per contratto espressamente concluso; oggetto di pegno erano pure i frutti nati nel fondo: ma l'oppignorazione di questi non esigeva una convenzione espressa¹⁴. Nella locazione di fondi urbani, gli *invecta et illata* dal conduttore (cioè il suo mobilio) risultavano oppignorati al locatore senza bisogno di convenzione espressa, a garanzia non solo del pagamento delle *pensiones*, ma anche per i danni eventualmente recati all'immobile locato¹⁵.

¹³ Lab. D. 20, 6, 14.

¹⁴ Pomp. D. 20, 2, 7 pr.

¹⁵ Marcian. Pomp. D. 20, 2, 2; Ner. D. 20, 2, 4, pr.

Il caso del nostro testo riguarda l'affitto di un fondo rustico, con subaffitto effettuato dal colono ad un colono ulteriore.

D. 19, 2, 24, 1 (Paul. 34 ad ed.): *Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur. sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.*

Nella prima frase si dice che, nel caso di subaffitto, le cose del colono ulteriore non sono oppignorate al proprietario (che è il primo locatore): il che significa evidentemente che se il primo colono aveva oppignorato gli *invecta importata*, questa convenzione non estende i suoi effetti a comprendere le cose del colono ulteriore, quando questo le rechi. Quella che può interessarci è, in ogni modo, la seconda frase, che dice: «Ma i frutti restano oppignorati, come lo sarebbero se fosse stato il primo colono a percepirli». La soluzione ha una sua logica economica evidente: i frutti non sono come gli *invecta*, che ogni colono si porta con sé; i frutti sono sempre quelli che sono e il subaffitto non li moltiplica per due: se i frutti percepiti dal subaffittuario non restassero pignorati a favore del proprietario, questi perderebbe tale garanzia. Ma, se la sostanza della soluzione è, per così dire, obbligata, il mezzo tecnico col quale viene realizzata è tuttavia particolare, ed è quello – semplice ed economico – di attribuire ad un contratto un effetto a favore di un terzo. Ricordiamo che il pegno dei frutti rappresentava un effetto naturale del contratto di affitto; nel nostro caso abbiamo dunque che il contratto tra il primo colono e il secondo, e cioè il subaffitto, produce un diritto di pegno a favore del proprietario del fondo, regolato in modo del tutto analogo all'analogo diritto che era nato dal contratto di affitto tra il proprietario e il primo colono: la proposizione '*quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset*' (= come lo sarebbero se fosse stato il primo colono a percepirli) rappresenta infatti un rinvio, per desumerne la disciplina di questo punto del secondo contratto, a quella stabilita per il corrispondente punto nel primo.

QUALCHE CONSIDERAZIONE SULL'AMBIENTE DELLA GIURISPRUDENZA ROMANA AL TEMPO DELLE DUE SCUOLE *

1. Premessa

Nel breve profilo storico della giurisprudenza romana, che si legge nell'*Enchiridion* di Pomponio (D. 1, 2, 2), e che è concepito in sostanza come un elenco – ordinato cronologicamente – di personaggi, e precisamente dei *plurimi et maximi vi-ri* che *iuris civilis scientiam professi sunt*, l'ultimo periodo presentato – quello cui l'autore stesso apparteneva – può ben essere indicato come «l'epoca delle due scuole». Lo si desume dalla semplice lettura. Nel § 47 Pomponio attribuiva a Capitone e Labeone un primato, il quale già di per sé si differenzia dai vari altri primati¹ che egli aveva attribuito a questo o quello fra i giuristi di cui aveva in precedenza discorso nella parte dedicata, a partire dal § 35, a quella storia. Ora, il primato attribuito ai due giuristi dell'epoca augustea consiste appunto nel fatto che *hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt* (Pomp. D. 1, 2, 2, 47). Solo si deve notare che, se si traduce il «sectas» di questo enunciato semplicemente con «scuole», ci si accorge subito dell'insufficienza di tale operazione, perché come capiscuola Pomponio aveva già trattato nel modo più chiaro Quinto Mucio Scevola e Servio Sulpicio Rufo quando, rispettivamente nei paragrafi 42 e 44, aveva affermato che *Mucii auditores fuerunt complures*, e che *ab hoc*, cioè da Servio, *plurimi profecerunt*, enumerando in entrambi i casi il relativo gruppo di discepoli. Qui non siamo di fronte ad una delle – talora forse troppo – deprecate incongruenze dell'*enchiridion*: perché, a proposito della discendenza culturale di Capitone e Labeone, il suo autore impiega il termine *sectae*, con il che egli non allude solo all'attività di docenti dei due, ma a qualcosa di più complesso.

Le *sectae* non sono solo scuole come quelle di Scevola e Servio, cioè i due gruppi dei loro *auditores*, di coloro che si sono direttamente formati al loro seguito; perché le due *sectae* di Capitone e Labeone persisteranno a lungo dopo la morte dei maestri, per tutto il secolo e mezzo o anche più dell'ulteriore vicenda della scienza giuridica che Pomponio poteva conoscere; ed esse furono caratterizzate da una se-

* Pubblicato in *Cunabula Iuris, Studi storico giuridici per Gerardo Brogini*, Milano 2002.

¹ Il «repertorio di primati» rappresenta in effetti una delle caratteristiche dell'idea storiografica che regge l'*enchiridion*. Lo nota in particolare il LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia*, Torino 1979, 24.

rie di divergenze d'opinione, da *dissensiones*, iniziate al tempo dei primi maestri, ma perpetuate quando la guida delle due scuole passò ad altri ed anzi sotto i nuovi maestri esse ebbero, almeno al tempo dei capiscuola della seconda generazione, un sensibile incremento: *et ita Ateio Capitone Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva, qui adhuc eas dissensiones auxerunt* (Pomp. D. 1, 2, 2, 48).

Il primato di Capitone e Labeone consisteva dunque nel fatto di essere stati i primi a dare inizio, beninteso col loro insegnamento, a due scuole (denominiamole pure così) *diversae*, che si contrapponevano; certo non per una differente metodologia didattica o pedagogica, ma per aver rappresentato due distinti centri di pensiero, e come tali aver perpetuato una *diversitas* oltre la vita dei due capostipiti: «fino ad oggi», poteva dire Pomponio, quando cioè le due *sectae*, denominate ormai complessivamente come quelle dei *Sabiniani* e dei *Proculeiani* (Pomp.)², avevano ancora o avevano fino a poco tempo prima avuto i loro *leaders*, nelle persone di Celso figlio e Nerazio da una parte, di Giuliano dall'altra. Mi esprimo così perché il solo dei tre certamente ancor vivo quando Pomponio scriveva l'*enchiridion* è Salvio Giuliano. Infatti, l'*enchiridion* fu scritto tra il 129 e il 138³, tra il secondo consolato di Celso, cui si allude in Pomp. D. 1, 2, 2, 53, e la morte dell'imperatore Adriano, menzionato come vivente in D. 1, 2, 2, 49; ora, Giuliano fu ancora membro del *consilium* di Antonino Pio⁴ e di quello dei *divi Fratres*, che lo qualificavano espressamente come *amicus*⁵; a Nerazio, ove ci si voglia limitare alla certezza, si può conce-

² Sulla denominazione di *Cassiani* o *Sabiniani* per i seguaci della scuola di Capitone vedi CANNATA, *Lo splendido autunno delle due scuole*, in *Pacte convention contrat* (Mélanges Schmidlin), Bâle/Francfort-sur-le-Main/Genève 1998, 433 s.

³ Sulla datazione dell'*enchiridion* vedi NÖRR, *Pomponius oder «Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen»*, in ANRW II.15 (Berlin-New York 1976), 513 s.

⁴ SHA [Capitolinus] Anton. Pius, 12, 1, che va con ogni probabilità letto: *Multa de iure sanxit ususque est iuris peritis Vindio Vero, Salvio <Iuliano et Fulvio> Valente, Volusio Naeciano, Ulpio Marcello ...* Vedi (con lett.) GUARINO, *Salvio Giuliano. Profilo biobibliografico*, Catania 1946, 4 (= *Le ragioni del giurista*, Napoli 1983, 126); AMARELLI, *Consilia principum*, Napoli 1983, 131 con la n. 131-132; MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1988, 67 sub 6.

⁵ Ulp. D. 37, 14, 17. Il testo prova senza dubbio il rapporto di Giuliano con la coppia imperiale del 161-169. Non mi sembra neppure possibile dedurre che all'epoca del rescritto il giurista fosse morto (così in particolare GUARINO, *Le ragioni* [cit. alla n. 4], 136 s.; 143 s., e ancora – ma con qualche riserva – GUARINO, *Le ragioni*, 231 e n. 87; anche 128 s.), argomentando dal fatto che nel testo gli imperatori si esprimono dicendo che l'opinione di cui si tratta «*fuisse*» – al passato – di Giuliano. Di un morto non si dice «*Salvi Iuliani amici nostri clarissimi viri*»; e d'altra parte nel rescritto le opinioni degli autori sono tutte menzionate al passato, nel senso che «gli autori le hanno enunciate», e ciò tanto per i morti, come Proculo (*et Proculum, sane non levem iuris auctorem, in hac opinione fuisse*), quanto per Volusio Meciano (*sed et Volusius Maecianus amicus noster ... adfirmavit*), che invece all'epoca del rescritto era certo vivo. Non mi sfugge che *adfirmare* ha senso puntuale e non continuato come può esser quello di «*in aliqua opinione esse*» o «*alicuius banc sententiam esse*», per cui *adfirmavit* parrebbe più facile a dirsi di un vivo che non *in hac opinione fuisse* o *alicuius banc sententiam fuisse*. Ma le tre locuzioni paiono, nel testo considerato, usate tutte per significare la stessa cosa, cioè che gli autori menzionati si sono, una volta, pronunciati in quel tal senso.

der vita solo fino al 133⁶; per Celso pure non abbiamo notizie oltre il regno di Adriano, essendoci unicamente noto che fu membro del *consilium* di questo imperatore⁷ e, dopo il consolato del 129, fu ancora proconsole d'Asia⁸.

Se poi consideriamo, alla luce dell'insieme di quanto possiamo saperne, tutta la storia della giurisprudenza, dopo il periodo dei primordi e cioè dei pontefici e dei primi giuristi laici fino agli Elii e i Catoni, viene naturale individuarvi tre epoche. Quella in cui, nella visione stessa di Pomponio, la scienza giuridica si fa moderna, e che s'inizia con l'opera dei tre che ne furono appunto i *fundatores*, per sfociare, dopo l'attività di Quinto Mucio e Servio con le loro scuole e grazie in particolare all'impulso nuovamente ricevuto da Labeone, nell'epoca «delle due scuole»; epoca che, senza che Pomponio ce lo racconti più, vediamo compiersi intorno al tempo dei *divi fratres* e di Marco Aurelio – il personaggio di transizione è forse Cervidio Scevola⁹ – per lasciar spazio al periodo dei grandi epigoni Papiniano, Paolo, Ulpiano e Modestino, approssimativamente contemporanei con gli imperatori della dinastia dei Severi.

Fu nell'epoca delle due scuole – a quanto pare – che i giuristi romani maturarono una compiuta presa di coscienza del proprio ruolo, del carattere del loro metodo, della natura stessa del diritto e della sua scienza, in modi carichi di un significato che merita di essere continuamente tenuto presente. Anche per la semplicità – ma si tratta della semplicità del «classico»¹⁰ – delle loro proposizioni, per la loro immediata evidenza, per la loro profondità conoscitiva congiunta con una palese rilevanza pratica.

Le pagine che seguono contengono una specie di resoconto di osservazioni fatte nella lettura delle fonti relative al tempo delle due scuole. Mi è grato offrirle a Gerardo Broggin, di cui sempre sono stato amico e che mi fu anche maestro, nel periodo indimenticabile che trascorsi a Heidelberg presso di lui nel 1963: non molto dopo la metà del secolo che oggi si chiude. Ma il trascorrer degli anni, che conta mai, alfine?

⁶ In Ulp. D. 44, 2, 11 pr. è menzionata una sua opinione posteriore all'adozione del senatoconsulto Tertulliano. Questo senatoconsulto deve attribuirsi all'anno 133, a partire da luglio, quando fu «*consul suffectus*» Q. Flavius Tertullus. Vedi MEINHART, *Die Datierung des SC Tertullianum, mit einem Beitrag zur Gaiusforschung*, in ZSS 83 (1966), 100 ss.: secondo I. 3, 3, 2 (*divi Hadriani temporibus factum*) p. 121 ss.; contro Zonaras, 12, 1 (che colloca il senatoconsulto al tempo di Antonino Pio) p. 111 ss.; sul silenzio di Gaio p. 125 ss.; per l'anno 133: p. 110 con la n. 36 e p. 141 num. 3 sub b.

⁷ Ci risulta, per tutti e tre i giuristi, da SHA [Spartianus] Hadr. 18, 1: *Cum iudicaret, in consilio habuit non amicos suos aut comites solum sed iuris consultos et praecipue Iuventium Celsum, Salvium Iulianum, Neratium Priscum aliosque, quos tamen senatus omnis probasset.*

⁸ Lett. in NÖRR, *Pomponius* (cit. alla n. 3), 514 n. 75.

⁹ Vedi LIEBS, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, in ANRW II.15 (Berlin-New York 1976), 204 ss.

¹⁰ A questa nozione di «classico», che qui impiego, riferisco le splendide pagine dello SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München u. Leipzig 1934, 45-47 (all'inizio). In generale vedi WIEACKER, *Vom römischen Recht*², Stuttgart 1961, 161 ss.

2. Il giurista e la sua scienza

Il Digesto giustiniano si apre con il titolo *de iustitia et iure*, al cui inizio i compilatori hanno posto il testo col quale evidentemente cominciavano le Istituzioni di Ulpiano: una breve introduzione al discorso sul diritto, prima di intraprenderne l'esame con la famosa *divisio*, che del testo occuperà il § 2, «*huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum ...*». Prima di queste parole si legge, dunque:

D. 1, 1, 1 (Ulp. 1 inst.): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. 1: Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*

Qui abbiamo due stili e due mentalità a confronto: la breve definizione di *ius* risalente a Celso, che Ulpiano riporta dicendola elegante, ed il discorso che dall'insieme di tale definizione e dalla pretesa etimologia di *ius* da *iustitia* trae (*cuius merito*) Ulpiano stesso, fornendo un suo ritratto del giurista. La comparazione che possiamo fare è del tutto pertinente, perché i due autori parlano della stessa cosa. Celso definisce, riferendosi a «*ius*», non il diritto, ma la giurisprudenza, come è chiaro dal fatto ch'egli dice trattarsi di un'*ars*, e Ulpiano parla dei giuristi (*nos*), considerandoli per la loro attività professionale, cioè ancora la giurisprudenza.

Ma lo stile è tutto diverso, e non solo per la forma: Ulpiano, in realtà, non ha nulla da aggiungere alla definizione di Celso, se non orpelli, ed orpelli che ne travisano il senso¹¹. Celso diceva che il *ius* – alludendo con ciò, lo si è visto, alla scienza giuridica strumento per la soluzione dei problemi concreti – è la tecnica del *bonum et aequum*, una coppia di valori che egli individua come fondamento di un assetto ideale del consorzio umano. Già mi è avvenuto di suggerire¹² che la formula del «*bonum et aequum*» poteva rappresentare per Celso la variante romana del parametro greco «*kalòs kai agathós*», accostando alla bontà la giustizia – o meglio l'equità come giustizia concreta¹³ – in luogo della bellezza. Ulpiano desume da ciò

¹¹ Per valutare in un senso più positivo quel che in questo testo dice Ulpiano, ci si dovrebbe forse porre nella prospettiva che ne suggeriva la citazione al PUCHTA, *Cursus der Institutionen* I⁸ [Krüger], Leipzig 1875, 273.

¹² CANNATA, *Lo splendido autunno* (cit. alla n. 2), 457.

¹³ È Ulpiano, invero, che perviene ad identificare il *bonum et aequum* con la *iustitia*, ragionando così: il termine *ius* (*nomen iuris*) proviene (*descendit*) da *iustitia*, infatti *ius* = *ars boni et aequi*. Egli interpreta correttamente Celso, perché il suo ragionamento significa: il *ius* (scienza giuridica) è animato dalla giustizia (astratta), sicché esso – essendone la tecnica – è giustizia concreta. Il giro gli serve per introdurre l'idea del giurista-*sacerdos*, perché il sacerdozio si concepisce più facilmente di un'entità iperurania, che non di un'operazione concreta, la quale assume invece il ruolo di oggetto della predicazione etica del *sacerdos* (*iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur*).

solo una alquanto barocca lode del giurista, sacerdote della giustizia, non tanto laborioso operaio del bene sociale quanto piuttosto conoscitore del bene e del male, distributore di punizioni e di premi, come un grande saggio potente ed ascoltato. Celso parlava seriamente, Ulpiano sembra far solo della propaganda, lui che, per altro, come giurista era sempre tanto sobrio e concreto. Il fatto ch'egli qualifichi ancora, alla fine, i giuristi come – nel loro operare – *veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*, ci dice che la sua apologia era magari dettata da un desiderio di polemizzare contro una tracotante megalomania dei filosofi¹⁴ e forse proprio per contrapporsi ai discorsi che parte dei suoi futuri lettori potevano intendere nelle scuole di retorica (è assai probabile invero che i libri giuridici di *institutiones* fossero anche destinati agli allievi di quelle scuole). Saremmo ancora, con ciò, nella linea che ho immaginato propria a Celso, di una contrapposizione, cioè, fra la tradizione culturale greca e quella romana, ma in un modo cui certo non si confarebbe più quell'*eleganter* che Celso aveva senza dubbio meritato.

Presso un altro giurista dell'età dei Severi troviamo un'apologia della figura e del ruolo del giurista, ma questa volta nascosta con gran garbo in un semplice discorso tecnico, nel contesto dell'enumerazione delle fonti del *ius civile* che faceva Papiniano:

D. 1, 1, 7 pr. (Pap. 2 def.): *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.*

Papiniano vi annovera tout court l'*auctoritas prudentium*¹⁵ nel luogo che seguendo Gai. 1, 7 dovrebbe contenere l'allusione ai *responsa* dei giuristi *quibus permissum est iura condere*, cioè prodotti in giudizio in quanto rilasciati *ex auctoritate principis*¹⁶. Perché Papiniano si esprimesse precisamente così, è difficile stabilirlo. Può certo darsi che ciò derivasse naturalmente dal fatto che al suo tempo il sistema del *ius respondendi* non funzionava più¹⁷. Quel che pare certo è che egli intendeva porre fra i formanti del *ius civile* l'opera della giurisprudenza nel suo insieme, rivendicandole un'autorità assolutamente autonoma. Egli non vede l'*auctoritas prudentium* nell'ottica ristretta del carattere vincolante del pensiero dei giuristi per i giudici, anche se al suo tempo la già certo diffusa prassi della *recitatio* doveva aver-

¹⁴ Vedi in proposito le considerazioni del NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, 59 n. 14; 60; 87; 137.

¹⁵ Il luogo non è certo interpolato: un simile intervento non potrebbe consistere che nella soppressione di una limitazione a favore dell'*auctoritas principis*, che i compilatori non avrebbero certo cancellata. Forse, invece, la menzione isolata dei *decreta principum*, che non si giustifica che come allusione sintetica a tutte le costituzioni imperiali, può essere frutto di un'abbreviazione formale.

¹⁶ Per i problemi relativi al *ius respondendi* ed alla sua storia devo rinviare alla mia relazione presentata al congresso di Copanello 1998, in corso di pubblicazione nei relativi atti.

¹⁷ Vedi ora soprattutto WIEACKER, *Respondere ex auctoritate principis*, in *Satura Feenstra*, Fribourg Suisse 1985, 71 ss., in particolare 89 ss.

ne ampliato considerevolmente il campo. Il suo punto di vista è diverso, e risale al pensiero dell'epoca delle due scuole. L'affermazione che il *ius civile* «*ex auctoritate prudentium venit*» riecheggia la visuale di Pomponio, per il quale i giuristi sono coloro a quibus iura (le istituzioni giuridiche) orta et tradita sunt (cfr. Pomp. D. 1, 2, 2, 35), ed ancora coloro senza i quali il diritto non potrebbe esistere, perché *constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci* (Pomp. D. 1, 2, 2, 13).

A Pomponio era anche chiaro che il lavoro scientifico dei giuristi comporta la *disputatio* e le *dissensiones*, ma sapeva bene che queste non sono sintomi dell'incertezza del diritto¹⁸, bensì rappresentano strumenti per la costruzione della sua certezza¹⁹, in quanto strumenti per la sua costante verifica, mezzi del suo continuo adeguamento alla varietà del reale ed alle novità emergenti²⁰.

Che i giuristi dominassero la problematica del *ius controversum* pare fosse cosa acquisita per Aulo Gellio, che sappiamo amico di Sesto Cecilio Africano²¹. Un giorno, verso la metà del II secolo, Gellio andò a chiedere a Sulpicio Apollinare che gli chiarisse il senso esatto dell'ordine di «*pronuntiare intra kalendas*», contenuto nel provvedimento consolare che lo nominava giudice *extra ordinem*; e, siccome quel dotto letterato gli chiese perché mai si rivolgesse a lui e non ad un giurista (Gell. 12, 13, 2: *Cur hoc me potius rogas quam ex istis aliquem peritis studiosisque iuris, quos adhibere in consilium iudicaturi soletis?*), egli rispose che si trattava di un problema di lingua – *verborum Latinorum sententia, usus, ratio* – e non di un problema giuridico, precisando:

Gell. 12, 13, 3: ... «*Si aut de veterere*» inquam «*iure et recepto aut controverso et ambiguo aut novo et constituendo descendum esset, issem plane sciscitatum ad istos, quos dicitis; ...*»

¹⁸ Al quale invece Pomponio allude espressamente come ad un fatto negativo, caratteristico dei periodi di immaturità giurisprudenziale o di crisi politica. Pomp. D. 1, 2, 2, 1: *et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit*; Pomp. D. 1, 2, 2, 3: *Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae exoleverunt iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem ...*

¹⁹ Per la *disputatio (fori)* vedi Pomp. D. 1, 2, 2, 5; per le *dissensiones* Pomp. D. 1, 2, 2, 48 cit.

²⁰ Vedi in proposito CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* I, Torino 1997, 329 s.

²¹ Almeno, se dobbiamo identificare con questo giurista il personaggio che Gellio menziona all'inizio del ventesimo libro delle *Noctes Atticae*, un passo (Gell. 20, 1) al quale ha dedicato un bellissimo studio (*Cultura e scienza giuridica nel II sec. d.C. Il senso del passato*) il CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, 3 ss. (criticato dal TALAMANCA, in *BIDR* 80, p. 278 ss., che si riferisce alla prima edizione dello studio in *ANRW* II.15, 131 ss.). L'identificazione è data per acquisita dal CASAVOLA, 86, che asserisce «questo paragrafo del dossier di Africano» – del quale dossier egli ha con eleganza raccontato le tappe: CASAVOLA, 82-86 – doversi considerare definitivamente chiuso con la formulazione del KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Wien-Köln 1967, 172 (già presente nella prima edizione, del 1952): ma questi, e già il KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*¹, Leipzig 1888, 177 n. 25 in fine (= KRÜGER, *Geschichte*², München und Leipzig 1912, 195 n. 26 in fine), usavano la forma della verisimiglianza o dell'evidenza (Africano «*ist wohl identisch mit*» il Sesto Cecilio di Gell. 20, 1), piuttosto che non quella della verità dimostrata.

dove le due nozioni di *ius controversum* e *ius ambiguum* si differenziano solo per il fatto che il primo risulta tale proprio perché viene discusso da qualcuno, mentre l'*ambiguitas* è un carattere intrinseco al dato (ad esempio un testo di legge o di un atto privato), che per questo suo carattere genera esso stesso la discussione. Comunque, in entrambi i casi, per Gellio – e così anche evidentemente per Sulpicio Apollinare – si trattava di un affare di giuristi.

Non si deve rinunziare a notare che queste cose le vedeva assai diversamente Quintiliano, il quale compose la sua *Institutio oratoria* verso la fine del primo secolo, al tempo dell'imperatore Domiziano (81-96), dopo avere esercitato assai e con gran successo l'avvocatura in Roma²². Il testo che ora ci interessa è il seguente²³:

Quint. 12, 3, 6: ... *Namque omne ius, quod certum est, aut scripto aut moribus constat, dubium aequitatis regula examinandum est. 7: Quae scripta sunt aut posita in more civitatis nullam habent difficultatem; cognitionis sunt enim, non inventionis; at quae conscriptorum responsis explicantur aut in verborum interpretatione sunt posita aut in recti praeiudicium discriminis. Vim cuiusque vocis intellegere aut commune prudentium est, aut proprium oratoris; aequitas optimo cuique notissima.*

Per Quintiliano, che – qui almeno – pone il problema in modo alquanto semplicistico, il *ius certum* corrisponde agli apparati delle norme generali considerate in se stesse, cioè i testi delle leggi e le regole della consuetudine, che rappresentano

²² Il che tuttavia non pare avesse fatto di lui non dico un giurista, ma almeno una persona capace di pensare al diritto romano in modo aderente alle sue strutture effettive. Vedremo qui stesso, per esempio, che nel suo trattato egli, parlando del *ius certum*, faceva riferimento ad un sistema di fonti del diritto incentrato sulle nozioni di *ius scriptum* (= legge) e consuetudine (*ius non scriptum*), che non corrisponde affatto alla realtà dell'ordinamento romano del periodo in cui egli scriveva, basandosi evidentemente su schemi che trovava preconstituiti nella tradizione scolastica greca della retorica. Lo schema *ius scriptum-ius non scriptum*, nella forma *ex scripto-ex non scripto* presentata come traduzione della corrispondente locuzione greca, riemergerà nelle Istituzioni giustinianee, ad indicare col primo lemma le leggi e tutti i formanti che in qualche modo hanno valore di legge (compresi i *reponsa prudentium*: I. 1, 2, 3) e col secondo la consuetudine (*diuturni mores consensu utentium comprobati*: I. 1, 2, 9). Da Ulp. D. 1, 1, 6, 1 apprendiamo che la *divisio* «*ius nostrum constat aut ex scripto aut ex non scripto*», nella forma «*ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto*» accompagnata dallo stesso riferimento greco, era impiegata anche nelle Istituzioni di Ulpiano, ma quivi ne ignoriamo il contesto. Il contesto lo abbiamo nelle Istituzioni di Gaio, dove all'inizio (che certo va integrato secondo Gai. D. 1, 1, 9 e I. 1, 2, 1) non compare tale *divisio*, ma essa è riecheggiata dall'enunciato «*Omnes populi qui legibus et moribus reguntur*» concepita in modo da potersi riferire a tutti gli ordinamenti delle comunità politiche civilizzate: sicché essa non corrisponde poi alla classificazione delle fonti che Gaio fa per il diritto romano, dove la consuetudine (o *mores*) è assente. Non è questo certo il luogo per discutere del problema (che ritengo non ancora sufficientemente chiarito) della consuetudine nel diritto romano (D. 1, 3, 32-40, nonché altri testi come Ulp. D. 24, 1, 1; D. 24, 1, 3 pr.; *Lex Antonia de Termessibus* col. II, 18). Si veda LOMBARDI, *Sul titolo «quae sit longa consuetudo»* (8, 52 [53]) nel *Codice giustiniano*, in *SDHI* 18 (1952), 21 ss.; SCHMIEDEL, *Consuetudo im klassischen und nachklassischen Recht*, Köln-Graz 1966; BOVE, *La consuetudine in diritto romano I*, Napoli 1971; NÖRR, *Divisio und partitio*, Berlin 1972; GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto (edizione completata)*, Torino 1993; CANNATA, *Per una storia* (cit. alla n. 20), 103 ss.

²³ Sulle posizioni di Quintiliano vedi anche NÖRR, *Rechtskritik* (cit. alla n. 14), 35 s.

puri dati da conoscere e solo da conoscere²⁴. *Ius dubium* è quello dei giuristi: *quae consultorum responsis explicantur*. Il suo contenuto dipende dall'interpretazione delle parole – magari della legge – o può venir determinato da un giudizio d'equità. Ora, questo discorso di Quintiliano ha una dimensione corollaria: perché esso tende anche a stabilire che i giuristi – e cioè la giurisprudenza – servono a poco o nulla²⁵, perché la precisa comprensione delle parole (*vim cuiusque vocis intellegere*) è bensì «*commune prudentium*», che può significare tanto «il lavoro ordinario dei giuristi», quanto – come io credo intendesse Quintiliano – «un'operazione alla portata di qualunque persona avvertita», ma è in ogni modo «*proprium oratoris*», di competenza specifica del retore; quanto al giudizio d'equità, esso dipende dal senso del giusto, che appartiene «*optimo cuique*», a qualunque persona onesta, e quindi ancora una volta con certezza al retore, che è per Quintiliano – secondo una tesi dominante della sua pedagogia della retorica – necessariamente *vir bonus*²⁶. Se poi si osserva il passo di Quintiliano sotto un altro profilo, si può osservare che egli riduce il lavoro dei giuristi (*quae consultorum responsis explicantur*) a due attività, e cioè l'interpretazione dei testi (*in verborum interpretatione*) e la determinazione del giusto e dell'ingiusto (*in recti pravique discrimine*). Ma la seconda di queste prestazioni, che potrebbe bensì essere intesa come attuazione dell'*ars boni et aequi*, è del tutto svalutata da Quintiliano, che non vi vede *ars* alcuna, identificandola invece con la coscienza morale comune. Resta dunque la prima, la quale, se anche il giurista vi è superato dal retore, è pur sempre una specie di *ars*, ma infine la sola *ars* propria della giurisprudenza. Qui c'è – parrebbe evidente – un'eco di quanto aveva affermato una volta Cicerone, nell'orazione *pro Murena*, quando spiegava la giurisprudenza esser scienza meschinella (*tenuis scientia*), e proprio perché unicamente impegnata *in singulis litteris atque interpunctionibus verborum*²⁷. Solo che là Cicerone – il grande modello di Quintiliano – non parlava seriamente: lo faceva, condizionato come avvocato in un dibattito giudiziario, per dimostrare che delle nobili prerogative della professione militare di Lucio Murena *in isto vestro artificio Sulpici nihil est*²⁸; in realtà, il suo rapporto con la scienza giuridica era, non dico mi-

²⁴ Le cose, in realtà, non erano così semplici per lo stesso Quintiliano, che già (Quint. 7, 6-10) aveva indugiato a trattare i problemi del *ius dubium* generato dal testo della legge stessa (o anche dal testo scritto di atti privati).

²⁵ Si veda anche Quint., 1 proem., 10 (anche ss.), dove come modello pratico dell'uomo *vere civilis et publicarum privatarumque rerum administrationi accommodatus, qui regere consilii urbes, fundare legibus, emendare iudiciis possit* si propone ovviamente l'oratore, ma – quel che più è notevole – prendendo in considerazione come concorrente (sconfitto) unicamente il filosofo: del giurista non si fa parola.

²⁶ Quintiliano parte (Quint. 12, 1, 1) dalla definizione catoniana dell'*orator* come *vir bonus dicendi peritus*. Vedi Quint. 1 proem., 9-10; 16-18; Quint. 12, 1, dove in particolare, oltre al citato paragrafo 1, i paragrafi 3; 8; 11; Quint. 12, 2, dove in particolare i paragrafi 4-6; 15-20.

²⁷ Cic., p. Mur. 11, 25: *Primum dignitas in tam tenui scientia non potest esse; res enim sunt parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae*.

²⁸ Cic., p. Mur. 11, 24.

gliore, ma certo più complesso²⁹ (e il suo rapporto personale con Servio Sulpicio ben altro)³⁰.

3. L'autonomia dell'argomentare giuridico

Quando, nel corso del II ed ancora del I secolo a.C., la giurisprudenza romana acquisì al proprio metodo gli strumenti del pensiero greco – *banc politissimam doctrinam transmarinam atque adventiciam*³¹ – lo fece in modo assai accorto. Il rischio era, per i giuristi, di lasciarsi dominare dal fascino indotto da quel sapere, per l'incommensurabile apporto tecnico che esso forniva e per la sua stessa intrinseca, enorme dimensione culturale; di abbandonare, dunque, i propri metodi tradizionali, trasformando la giurisprudenza romana in una giurisprudenza ellenistica. Ma ciò – con buona pace dello Schulz, che denomina proprio così la giurisprudenza del tempo tra la fine della seconda guerra punica e l'avvento del principato³² – non avvenne: e non avvenne per una specifica presa di coscienza dei giuristi, perché a quell'operazione di cedimento essi furono precisamente sollecitati dagli ambienti retorici forensi, impersonati da un uomo culturalmente influente come Cicerone. Quinto Mucio il pontefice aveva indicato, nei suoi *libri iuris civilis*, come la dialettica poteva e doveva porsi all'interno di parametri già acquisiti al metodo giuridico³³; Servio Sulpicio, che secondo Cicerone stesso rappresentava l'ideale del giurista dialettico, si presenta invece alla storia, con la sua scuola, come il più raffinato elaboratore della metodologia casistica; Labeone, l'erede più colto e più geniale delle due tradizioni muciana e serviana, praticò, insegnò ed anche difese una scienza giuridica che, nell'essere assolutamente moderna, rappresentava pur sempre una tappa della sua propria tradizione e non una deviante novità. Così, la prudenza critica nei confronti dell'impiego del patrimonio dialettico e analitico greco rimase un elemento acquisito alla metodologia giurisprudenziale del tempo delle due scuole, dando anche luogo talora ad affermazioni esplicite in questo senso.

La più nota è certo quella che si legge nel famoso passaggio di Giavoleno³⁴, che

²⁹ CANNATA, *Per una storia* (cit. alla n. 20), 288 ss.; anche 257 s.

³⁰ Si legga Cic., Brut. 40, 150-157; CANNATA, *Per una storia* (cit. alla n. 20), 270 ss.

³¹ Cic., de or. 3, 33, 135.

³² SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 44 s.

³³ Devo dire che sono sempre più convinto di quel che avanzavo solo come una vaga possibilità in *Per una storia* (cit. alla n. 20), 264 ss., e cioè che quando Pomponio scriveva che Quinto Mucio *ius civile primus constituit generatim*, voleva dire soltanto che Scevola fu il primo autore di una trattazione complessiva del *ius civile*, e non di un'esposizione del *ius civile* sistemata in schemi dialettici (il che non è comunque vero: cfr. *Per una storia*, 252 ss.).

³⁴ Sul testo esiste una copiosa letteratura, per la quale devo qui limitarmi a rinviare al resoconto di MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, 3 ss.; 162 ss. Adde (cfr. MARTINI, 427) CATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani: metodo, mezzi e fini*, Napoli 1966.

purtroppo, isolata com'è nel titolo *de diversis regulis iuris antiqui* del Digesto, non ci è possibile collegare con un qualunque contesto:

D. 50, 17, 202 (Iav. 11 epist.): *Omnis definitio in iure civili periculosa est: [p]er arum³⁵ est enim, ut non subverti posset.*

Come si sa, la definizione costituisce elemento essenziale della dialettica: sicché dirla *periculosa* in materia di diritto civile significa giusto porre un limite importante all'impiego della dialettica traendolo da un carattere del diritto civile stesso. Possiamo forse andare anche un poco più in là. Una *definitio* «*subvertitur*» essenzialmente nel caso previsto da Arist., top. 1, 5 [102 a] 13 s. (Brunschwig), quando cioè si dimostri difettosa l'identità tra definizione e definito (*ou tautòn estin*): perché, come annoterà la problematica gl. *obligatio* ad I. 3, 13 pr., «*bona definitio convertitur cum suo definito*».

Ora, l'affermazione di Giavoleno, riguardando la «*definitio ... in iure civili*», si doveva riferire alle definizioni delle nozioni giuridiche: voglio dire, a definizioni come quella labeoniana di contratto (Ulp. Lab. D. 50, 16, 19) o quella celsina di azione (Cels. D. 44, 7, 51), non a quelle relative ad entità materiali, come la *penus* (Q. Mucio e Servio in Gell. 4, 1, 17; Ulp. D. 33, 9, 3, 6), o comunque ad oggetti che la deduzione giuridica concerne, non implica nelle proprie strutture, come quella labeoniana di «*ostentum*» (Ulp. D. 50, 16, 38). E la riserva di Giavoleno non era neppure un'esortazione a rinunciar di definire. Egli sembra dire piuttosto: «Badate bene che, in un discorso di diritto civile, se ad un certo punto fissate un concetto con una definizione, nei successivi impieghi di questo concetto potete accorgervi che esso manifesta contenuti o valenze che la definizione data non comprendeva. In altre parole, la forma definitoria (*genus e differentia*) è un modo troppo sintetico per dar conto dell'essenza essenziale³⁶ di un meccanismo giuridico; essa si presenta in ogni caso unilaterale, dettata dal punto di vista determinato dallo scopo che l'ha sollecitata; se lo scopo subisce una variante, la definizione data rischia di compromettere la percettibilità del potenziale del concetto in gioco».

Certo, questa mia interpretazione del dettato di Giavoleno non può essere considerata sicura: essa suppone, fra l'altro, che l'*epistula* che la conteneva fosse indirizzata ad un altro giurista e vi si dibatesse una *quaestio*. Ciò è certo possibile, ma potrebbe anche supporre che la lettera fosse indirizzata magari ad un avvocato, ed allora prenderebbe corpo soprattutto la diversa ipotesi del Martini, che nota singolari coincidenze di linguaggio e di atteggiamento con quanto della definizione

³⁵ La correzione, che sembra necessaria, è dello Haloander. Sul punto vedi MARTINI, *Le definizioni* (cit. alla n. 34), 3 n. 7.

³⁶ Così traduce il «*tò tí ên eínai*» che secondo Arist., top. 1, 5 [101 b] 38 (Brunschwig) corrisponde al contenuto della definizione (*bóros*).

(*finitio*) scriveva Quintiliano³⁷, per concluderne³⁸ che Giavoleno scrivesse con i testi del retore sott'occhio e formulasse consigli ad un avvocato su come ben condurre una difesa. Questa tesi, però, ha due difetti. Anzitutto, i testi di Quintiliano sono orientati diversamente da quello di Giavoleno, perché scorgono il *periculum* non nella definizione in se stessa, bensì nel fatto che essa non sia *inespugnabilis* (Quint. 7, 3, 18), perché – magari solo *uno verbo* – sbagliata (Quint. 7, 3, 17); in secondo luogo, Giavoleno non parla della definizione logica in se stessa, ma della definizione giuridica. Per sostenere la sua tesi, infatti, il Martini deve insieme sostenere che le parole *in iure civili* siano, in D. 50, 17, 202, frutto di interpolazione³⁹: il che mi sembra, malgrado le ragioni che egli tenta di addurre, francamente arbitrario⁴⁰.

Comunque, un'altra affermazione circa l'autonomia dell'argomentare giuridico la troviamo – e, questa volta, chiara ed esplicita come più non si potrebbe – in D. 9, 2, 51. Il testo è del maggiore fra i discepoli di Giavoleno⁴¹, Salvio Giuliano.

³⁷ Quint. 7, 3, 15: ... *Agenti vero quae tanta est huius paecisae comprehensionis necessitas? ...*; 7, 3, 17: *Nam est etiam periculosum, cum, si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse videamur, ...*; 7, 3, 18: ... *Non negaverim tamen haec quoque ut expediet causae esse facienda, et si quando firme comprehendi poterit brevi complexu verborum finitio, esse id tum elegans, tum etiam fortissimum, si modo erit illa inexpugnabilis.* MARTINI, *Le definizioni* (cit. alla n. 34), 44 s.

³⁸ MARTINI, *Le definizioni* (cit. alla n. 34), 182 ss.; 385.

³⁹ MARTINI, *Le definizioni* (cit. alla n. 34), 167 s.

⁴⁰ Vi è un altro modo d'intendere il testo di Giavoleno, che a mio parere non merita credito alcuno, e va menzionato solo perché risale alla Glossa (gl. *omnis definitio* ad D. 50, 17, 202, Vulg. 203) e fu ripreso in modo impegnato da Gotofredo (vedi le citazioni in MARTINI, *Le definizioni* cit., 164 s. nella n. 74; 167 s.); lo stesso MARTINI, 166 ss., gli attribuisce una certa importanza, perché lo pensa corrispondente al senso che al passo davano i compilatori di Giustiniano (il MARTINI, 163, parla dunque, per D. 50, 17, 202, di *duplex interpretatio*: ma la *duplex interpretatio*, per esser tale, deve riferirsi allo stesso tenore testuale, mentre si è visto che secondo il Martini i compilatori avrebbero interpolato il dettato di Giavoleno). Quest'altro modo d'intendere D. 50, 17, 202 consiste nell'attribuire all'espressione *definitio in iure civili* il senso di *regula iuris*; ora, anche se questa interpretazione delle singole parole è in se stessa certo possibile, io credo i sostenitori di questa tesi siano le sole persone al mondo che si sentano di attribuire ad un giurista – di qualunque epoca e di qualunque attitudine teorica – l'idea che «ogni regola è pericolosa in diritto civile» (la gl. *omnis definitio* cit. va letta per intero, e non nella sola parte che riporta il MARTINI, 82; vedi, del resto, MARTINI, 163 n. 73), anche se ciò dovrebbe rappresentare un riconoscimento dell'opinabilità della regola civile rispetto alla regola naturale (è l'idea che il MARTINI, 167 s., con un appoggio in Gotofredo, attribuisce ai giustinianei: ma essa non può aver nulla a che fare col testo in parola; lo scolio di Doroteo a B. 2, 3, 202 Heimb. 1, 81, citato dal Martini, si riferisce bensì al testo di Giavoleno tradotto come allusione alla regola invece che alla definizione, ma nel contempo degradandone la pericolosità in debolezza, e lo scolio attribuisce la debolezza della regola generale alla possibile presenza di regole speciali, ovvero – cfr. MARTINI, 166 e anche la gl. *omnis definitio* – di eccezioni). A meno che, naturalmente, non si intenda dire che una regola con carattere assai generale è *periculosa* perché il procedimento di generalizzazione è insidioso e può facilmente metter capo in un prodotto scorretto: come si esprimeva in sostanza il Fabro (vedi i testi in MARTINI, 163 s. n. 74), il cui discorso faceva perno in realtà su Paul. Sab. D. 50, 17, 1, solo che egli trascinava poi Iav. D. 50, 17, 202 nella stessa problematica. Ma il fr. 202 parla evidentemente d'altra cosa.

⁴¹ Iul. D. 40, 2, 5.

Di fronte al caso di uno schiavo ferito a morte da un soggetto ed ucciso da un altro ⁴², Giuliano rispose che «se alcuno abbia inflitto ad uno schiavo una ferita mortale e poi, dopo un certo lasso di tempo, un altro lo abbia colpito ancora in modo da farlo morire più presto di quanto non sarebbe morto in seguito alla prima ferita, si deve decidere che entrambi sono tenuti in base alla legge aquilia» ⁴³; dopo essersi richiamato all'autorità dei *veteres*, «i quali, per il caso in cui uno stesso schiavo fosse stato ferito da più persone in un modo che non lasciava stabilire da chi provenisse il colpo mortale, giudicarono che tutti fossero tenuti in base alla legge aquilia» ⁴⁴, ed aver precisato che nel caso da lui esaminato – siccome tra il primo ferimento e il secondo lo schiavo era stato istituito erede (*medio ... tempore heres institutus est*: eod. pr.) – «il calcolo del valore dello schiavo morto non sarebbe stato lo stesso rispetto a ciascuna delle persone in questione» ⁴⁵, sente il bisogno di giustificare la presenza della duplice sanzione (che appare discutibile non tanto perché differenziata nei due casi quanto perché potrebbe essere vista sotto il profilo di un ingiustificato vantaggio per il proprietario dello schiavo) e lo fa richiamando appunto la funzione punitiva della pena aquiliana, in analogia con quella dell'*actio furti*:

D. 9, 2, 51, 2 (Iul. 86 dig.) ... *Quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur. multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest: unum interim posuisse contentus ero. cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes te-*

⁴² Iul. D. 9, 2, 51 pr.: *ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit: quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit.*

⁴³ ... *si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri* (Iul. D. 9, 2, 51 pr.).

⁴⁴ ... *qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt* (Iul. D. 9, 2, 51, 1).

⁴⁵ ... *aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet* (Iul. D. 9, 2, 51, 2). Giuliano precisa che il primo feritore pagherà il maggior valore dello schiavo nell'anno precedente, corrispondente al periodo di 365 giorni a partire (a ritroso) dal giorno della ferita; mentre il secondo risponderà per il valore più alto al quale si sarebbe potuto vendere lo schiavo nell'anno precedente il giorno della sua morte, nel che verrà pure in conto il valore dell'eredità (*nam qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanto in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus, posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit, in quo pretium quoque hereditatis erit. eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minorem aestimationem praestabit, nec mirum, cum, uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse hominem intellegatur*). Si noti che per Giuliano entrambi i soggetti rispondono *de occiso*, e non il primo per la ferita e il secondo per la morte, come invece secondo Alfeno nel caso dello schiavo ferito a morte e poi morto a causa di un cattivo intervento del medico (si desume *a contrario* da Alf. D. 9, 2, 52 pr.).

neri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse.

Non mi pare necessario commentare questo brano. Soltanto, è forse utile sottolineare quanto Giuliano spiegava nella parte finale, quando – dopo essere passato dalla determinazione della sanzione nel caso concreto alla precisazione sul carattere punitivo dell'azione penale – conclude il proprio discorso al massimo livello della generalizzazione, quello – appunto – dell'originalità del pensare giuridico. Lo farò traducendo semplicemente le ultime righe: «Si può invero provare con innumerevoli esempi che nel diritto civile, in funzione dell'utilità comune, molte conclusioni vengono accolte, che non parrebbero logiche in una normale discussione: mi accontenterò di un esempio. Se più persone abbiano sollevato, per rubarla, una trave altrui che uno solo di loro non sarebbe stato in grado di portare, si ritiene che tutti siano tenuti con l'*actio furti*, anche se un'argomentazione sottile potrebbe condurre alla conclusione che nessuno di essi sia tenuto, poiché in realtà nessuno di essi ha sollevato la trave».

4. *Sul carattere positivo del diritto*

L'atteggiamento che abbiamo visto assumere da Giuliano in D. 9, 2, 51, 2 può sollecitare anche un diverso genere di considerazioni. La tematica che così vengo a toccare implicherebbe un esame delle fonti ben più esteso ed approfondito di quel che mi è possibile fare in questa sede: dove mi limiterò ad alcune considerazioni che ritengo di poter ugualmente illustrare in modo sufficientemente sensato.

Prendo le mosse da una prospettiva indicata da Okko Behrends nel contesto di una sua recente ricerca sulla storia del mandato⁴⁶. Quel che qui ci interessa è l'operazione che l'autore attribuisce a Giuliano, ed in particolare la concezione che egli vi scorge al fondo. Precisamente, di questa «Tat Julians», egli dice⁴⁷: «Sie bedeutete nichts Geringeres als die Rezeption des gesamten institutionellen Oberbaus der klassischen Jurisprudenz, insbesondere auch des vom numerus clausus beherrschten Vertragsrechts einschließlich der Konsensualverträge⁴⁸, in die sabinianische Rechtsschule, allerdings unter Wahrung der Möglichkeit, den jeweiligen Vertragsinstituten eine pflichtenhaltige, von der *bonae fidei interpretatio* beherrschte Grundlage zu geben, von der aus sie korrigiert werden konnten». Nel

⁴⁶ BEHRENDTS, *Die bona fides im mandatum. Die vorklassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertrags Auftrag*, in *Ars boni et aequi (Festschr. Waldstein)*, Stuttgart 1993, 33 ss.

⁴⁷ BEHRENDTS, *Die bona fides* (cit. alla n. 46), 39. Per un riassunto dell'intera vicenda ricostruita dal Behrends, rinvio alla mia recensione in *ZSS* 113 (1996), 611 s.

⁴⁸ Questo riferimento particolare al diritto dei contratti è dettato al Behrends dal tema specifico (il mandato) del suo studio.

contesto del discorso del Behrends⁴⁹, l'operazione di Giuliano corrispondeva ad una presa di posizione di fronte ad una scelta: come rimedio per la rigidità formalistica⁵⁰ del *ius civile* poteva privilegiarsi la *bonae fidei interpretatio* ovvero il *ius honorarium*: rispettivamente secondo una visuale che, risalendo a Q. Mucio, era passata soprattutto nella scuola sabiniana, ed invece una concezione di Servio, che concepiva il *ius* come l'ordinamento primario, corrispondente ad un sistema rigido, che trovava il suo correttivo unicamente nell'operare casistico del *ius honorarium*. Ora, Giuliano avrebbe dunque recepito la visione di Servio, riconoscendo il *ius civile* come una sovrastruttura istituzionale – e questo aspetto della sua concezione avrebbe permesso a Gaio di concepire le sue *Institutiones*⁵¹ – ma assicurandole il correttivo interno della *bonae fidei interpretatio*.

Come dicevo, prescindendo qui dalla considerazione dell'intera concezione del Behrends (ed in particolare del ruolo da lui attribuito a Scevola e Servio), per concentrarmi su quel che riguarda Salvio Giuliano. E direi anzitutto che mi riesce difficile attribuire a quel giurista una propensione particolare a privilegiare la *bonae fidei interpretatio*⁵² piuttosto che il *ius honorarium* – o viceversa – come strumento per l'adeguamento casistico del *ius civile* alle esigenze dell'equità. Se le fonti possono fornirci esempi di atteggiamenti giuliane nel senso voluto dal Behrends⁵³, esse ne contengono anche, e chiarissimi, di segno opposto, come quello che risulta da Ulp. Iul. Mauric. Arist. D. 2, 14, 7, 2 e Paul. Iul. D. 19, 5, 5, 2⁵⁴ e l'altro che emerge dal confronto tra Afr. D. 46, 3, 38, 1 e Ulp. Cels. D. 24, 1, 3, 12⁵⁵.

⁴⁹ BEHREND, *Die bona fides* (cit. alla n. 46), 38 s.

⁵⁰ Così vede le cose il BEHREND, che parla (p. 38) di «Mittel der Milderung des Formalismus»; io non credo che, dall'epoca dei *fundatores* in poi, possa identificarsi col formalismo l'insufficienza del *ius civile* che i giuristi superarono con l'insieme dei nuovi mezzi che la maturazione della scienza giuridica metteva a disposizione. Il formalismo era solo quello del sistema delle *legis actiones*, e questo venne superato con l'introduzione del processo formulare (e non solo dei suoi rimedi pretori).

⁵¹ BEHREND, *Die bona fides* (cit. alla n. 46), 39.

⁵² Né limiterei all'idea della *bonae fidei interpretatio* il correttivo del *ius civile* tratto dal suo stesso interno. Forse il Behrends è indotto a concentrare nella *bona fides* l'idea del correttivo autonomo del *ius civile* dal fatto che egli si sta occupando in prima linea di problemi contrattuali.

⁵³ BEHREND, *Die bona fides*, 39, cita Paul. Iul. D. 17, 1, 26 pr. (cfr. Gai. 3, 160). A sostegno, egli cita anche la soluzione riferita in D. 18, 1, 6, 1, con l'annotazione di Pomponio, autore del passo, «*nec mirari debemus*»: ma nulla dice che la soluzione in parola risalga a Giuliano: anzi, data la connessione del testo con il suo pr., si direbbe semmai che Pomponio stia ancora attingendo da Celso.

⁵⁴ Sui quali CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obliegenungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio iuris romani (Etudes Ankum)*, Amsterdam 1995, 68 s. Vedi anche D. 7, 1, 13, 3 (Ulp. 18 ad Sab.): *Sed si inter duos fructuarios sit controversia, Iulianus libro trigensimo octavo digestorum scribit aequissimum esse quasi communi dividendo iudicium dari vel stipulatione inter se eos cavere, qualiter fruuntur: cur enim, inquit Iulianus, ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos potest iurisdictione sua componere? quam sententiam Celsus quoque libro vicensimo digestorum probat, et ego puto veram.*

⁵⁵ Sui quali CANNATA, *Lo splendido autunno* (cit. alla n. 2), 462 ss. Si veda ancora, ad esempio, Ulp. Proc. Iul. D. 9, 2, 11, 5.

Quel che a me pare piuttosto suggerito dalla lettura dei testi di Giuliano, è l'emergere di una sua propensione a considerare il carattere positivo del diritto, nel senso che in molti casi – ho parlato di propensione e non di atteggiamento costante – egli preferisce adottare soluzioni ragionando unicamente sulle strutture quando ci si attenderebbe qualche considerazione di equità⁵⁶ o attenzione agli interessi in gioco⁵⁷. Ciò lo porta ad adottare in modo rigoroso soluzioni alquanto dure⁵⁸, o a motivare solo con riferimento a strutture soluzioni che potrebbero essere intese come dettate da una funzionalità socio-economica⁵⁹: per quest'ultimo aspetto si può vedere, a confronto, l'argomentare di Celso e di Giuliano in Ulp. Cels. Iul. Marcell. D. 9, 4, 2 pr.-1; ma Celso era proprio l'uomo della Interessenjurisprudenz⁶⁰.

Beninteso: la più marcata preferenza di Giuliano a limitarsi a considerazioni di diritto positivo, e quella di Celso a tener presenti quelle di equità e a tener conto degli interessi in gioco non possono essere riportate ad atteggiamenti di scuola: e non solo per la ragione fondamentale che le controversie fra sabiniani e proculiani sono tutte puntuali, in genere puramente tecniche, e comunque non toccano mai problemi né di valore né di metodo. Con riguardo al nostro tema, abbiamo la prova specifica in un passo dove, con riguardo alla giustificazione di un istituto, l'argomento socio-economico e quello positivisticò suscitarono bensì una *dissensio*, ma le due parti contendenti annoveravano ciascuna personaggi dei due ambienti, Nerva con Cassio contro Sabino, Proculo e Giuliano.

D. 25, 2, 1 (Paul. 7 ad Sab.): *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino et Proculo, furt[o]<um> quidem eam facere, sicut filia patri faciat, sed furto non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus recitissime est:*

E ancora – non è inopportuno sottolinearlo, anche se può sembrare ovvio – la propensione di Celso alla ricerca di una soluzione equa e socialmente giustificata non rappresenta certo una sua sfiducia nella dommatica, perché anzi è proprio la

⁵⁶ A meno che il problema non possa ricondursi all'impiego di un opportuno mezzo pretorio. Si veda ad esempio – oltre al già cit. Ulp. Proc. Iul. D. 9, 2, 11, 5 – Iul. D. 9, 2, 47.

⁵⁷ Come dicevo, non mancano le eccezioni: vedi ad esempio Ulp. Iul. D. 9, 2, 23, 1.

⁵⁸ Oltre a Iul. D. 9, 2, 51, di cui si è parlato nel paragrafo precedente, si possono considerare ancora Ulp. Iul. D. 9, 2, 11, 2; Ulp. Iul. D. 9, 2, 11, 7; Ulp. Iul. D. 9, 2, 23, 3.

⁵⁹ Ulp. Iul. D. 9, 4, 38, 1; Iul. D. 9, 4, 41.

⁶⁰ Vedi CANNATA, *Lo splendido autunno* (cit. alla n. 2), 457. Si veda pure Iul. Cels. D. 28, 2, 13 pr., dove Giuliano segue non solo la soluzione, ma l'*iter* di Interessenjurisprudenz percorso da Celso per raggiungerla. Sul testo CERAMI, *La concezione celsina del ius I*, Palermo 1985 (estr. da AP 38), 40 ss. Si veda anche Ulp. Iul. Cels. D. 7, 1, 13, 3 (sopra. n. 54), dove l'*iter* è inverso: la soluzione e la motivazione equitativa (in realtà, piuttosto socio-economica) è di Giuliano, e Celso lo segue.

dommatica lo strumento di cui egli si valeva per costruire le sue soluzioni⁶¹. Solo che, se – così almeno mi pare – abbiamo visto Giuliano discorrere di Begriffsjurisprudenz con la serenità di chi è convinto che con la conoscenza del diritto positivo e il dominio della logica giuridica i problemi non possono restare insoluti, Celso non è sereno affatto, perché ci sono giuristi, ed anche autorevoli, che ragionano male:

D. 45, 1, 91, 3 (Paul. 17 ad Plaut.): *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. 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 fuerit, extinguatur superior mora. et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur: nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?*

Nel testo⁶² vediamo proprio, ancora una volta⁶³, Celso e Giuliano a confronto: e qui senza contrasto nella soluzione adottata, perché Paolo ci informa che Giuliano aveva aderito alla soluzione di Celso: *quam [sententiam Celsi] et Iulianus sequitur*. Solo che Celso la presentava come direttamente deducibile dalla considerazione del *bonum et aequum*: il che per lui, come sappiamo, significava precisamente «come corretta costruzione giurisprudenziale»⁶⁴, sicché la conclusione contraria ne risulta erronea (*erratur*), e di un errore particolarmente funesto (*perniciose*), proprio perché frutto di un uso distorto della scienza (*sub auctoritate iuris scientiae erratur*), distorto – evidentemente – proprio perché fa di una *quaestio de bono et aequo* un semplice problema di strutture positive. Giuliano, nel riprendere la soluzione di Celso, le dava però una diversa motivazione – che Paolo riporta⁶⁵ – per-

⁶¹ Ricordo ancora l'esempio lampante offerto da Ulp. Cels. D. 24, 1, 3, 12, cit. sopra presso la n. 55. Anche in un testo come Pomp. Nerv. Cels. D. 21, 2, 29 pr. la critica di Celso alla soluzione di Nerva non si basa solo sulla considerazione (già di per sé non puramente equitativa) «*nec bonae fidei conveniret*», ma anche su quella dommatica (assai complessa, più di quanto non veda CERAMI, *La concezione celsina* cit., 155 n. 288) «*ego ex alia causa rem haberem*». Quello che stupisce, a proposito del testo, è come la letteratura abbia difficoltà ad individuare l'argomento di Nerva per la soluzione opposta (vedi STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, estr. da SDHI 63 [1997], 36 s.): Nerva partiva dal fatto che non c'era stata evizione, espresso con le parole *quasi habere mihi rem liceret*.

⁶² Sul quale vedi soprattutto CERAMI, *La concezione celsina* (cit. alla n. 60) – nel contesto (p. 80 ss.) dei paragrafi 12 e 13 – p. 96 ss.; anche 17 n. 34; 228.

⁶³ Mi riferisco al cit. Ulp. Cels. Iul. Marcell. D. 9, 4, 2, 1.

⁶⁴ *L'ars boni et aequi* del cit. Ulp. Cels. D. 1, 1, 1 pr.

⁶⁵ Sembra, infatti, doversi ritenere che provengano da Giuliano le parole che chiudono il passo, alle quali Paolo perviene nella forma «*haec sententia ..., quam quidem et Iulianus sequitur: nam ...*».

ché i motivi addotti da Celso non gli bastavano. E la soluzione di Giuliano si appoggia su di un dato positivo, il richiamo alla regola che attribuisce un privilegio al convenuto fra due parti contendenti che si trovino *in pari causa (turpitudinis)*. La frase giuliana «*dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?*» va intesa infatti nel senso seguente: «in un processo (*dum quaeritur de damno* = nel dibattito nel corso di un'azione reipersecutoria), se le parti si trovano in pari situazione quanto al lecito e all'illecito, il convenuto va preferito all'attore»: ed è questo, secondo Giuliano, il caso, perché qui il debitore convenuto ha fatto male a ritardare il pagamento, ma bene ad effettuare l'offerta tardiva, il creditore attore ha subito un torto col ritardo del pagamento dovutogli, ma ha agito male rifiutando l'offerta corretta.

5. L'insegnamento del diritto

L'insegnamento del diritto, nell'epoca repubblicana, era fondamentalmente basato su di un rapporto-personale fra il maestro e i suoi allievi, ed era legato alla pratica, nel senso che gli allievi venivano istruiti soprattutto nella discussione dei responsi dati dal giurista a coloro che lo consultavano, in quanto essi sedevano accanto a lui quand'egli riceveva i consultanti, e poi restavano ancora con lui, a dibattere sui responsi dati. Un insegnamento di questo genere può immaginarsi già per il primo maestro, Tiberio Coruncanio⁶⁶. Comunque Cicerone ci informa che così procedeva Q. Mucio Scevola *pontifex*⁶⁷:

Cic., Brut. 89, 306: *Ego autem iuris civilis studio multum operae dabam Quinto Scaevolae P. f., qui quamquam nemini <se> ad docendum dabat, tamen consulentibus respondendo studiosos audiendi docebat.*

⁶⁶ CANNATA, *Per una storia* (cit. alla n. 20), 147.

⁶⁷ Il dubbio – che talora si solleva – che il giurista menzionato nel testo sia invece Q. Mucio Scevola l'augure (il che implicherebbe di correggere *P. f.* in *Q. f.*) va risolto nel senso proposto, e cioè mantenendo l'allusione al Q. Mucio, figlio di Publio il *fundator*: superando dunque le incertezze che esprimevo in *Per una storia*, 251 n. 180; 242 s. con la n. 149. Il problema si pone nel modo seguente: la notizia fornita da Cic. Brut. 89, 306 si riferisce all'anno 89 a.C., perché egli dice subito dopo che l'anno successivo fu quello del consolato di Silla e Q. Pompeo Rufo (*Atque huic anno proximus Sulla consule et Pompeio fuit*), e cioè l'88 a.C. Siccome Cicerone stesso, in Cic., de am. 1, 1, dice di essere stato al seguito di Q. Mucio *augur (Quinti filius)* fino alla morte di questi, e di essere passato solo allora al seguito di Q. Mucio *pontifex (Publii filius)*, e siccome la morte dell'augure si data all'87 a.C., in Cic., Brut. 89, 306 andrebbe corretto *P. f.* in *Q. f.*, riferendo dunque la notizia all'augure e non al pontefice. Il fatto è che del giurista menzionato in Brut. 89, 306 Cicerone dice chiaramente che *nemini <se> ad docendum dabat*, il che significa evidentemente che questo giurista non era disponibile a fare ciò che Cicerone dice, in de am. 1, 1 (nella parte che riporto subito dopo, nel testo), di aver fatto presso l'augure. Si deve dunque solo ritenere che la cronologia del proprio studio del diritto, che Cicerone dà in de am. 1, 1, sia approssimativa: egli deve avere cominciato a frequentare il pontefice un poco prima della morte dell'augure.

Il modo in cui Cicerone si esprime, lascia intendere che altri giuristi che il Q. Mucio di cui egli parla davano anche vere e proprie lezioni. Con ciò Cicerone alludeva all'insegnamento elementare. In effetti Pomponio, già per l'epoca repubblicana, contrappone con chiarezza due modi – e gradi – dell'insegnamento giuridico, e cioè l'*instituere* e l'*instruere* (Pomp. D. 1, 2, 2, 43), il primo essendo evidentemente preliminare al secondo, il quale ultimo è indicato – dal punto di vista del discente – anche col verbo *audire* (Pomp. D. 1, 2, 2, 47), per cui gli *auditores* risultano essere i discepoli avanzati. Per l'*instituere* si potrebbe astrattamente pensare a qualcosa come dei corsi scolastici: ma non era così in realtà. Cicerone ci descrive bene in che cosa quell'insegnamento elementare consistesse:

Cic., de am. 1, 1: ... *ego autem a patre ita eram deductus ad Scaevolam*⁶⁸, *sumpta virili toga, ut, quoad possem et liceret, a senis latere numquam discederem. Itaque multa ab eo prudenter disputata, multa etiam breviter et commode dicta memoriae mandabam fierique studebam eius prudentia doctior.*

Qui Cicerone – che in Brut. 89, 306 aveva fatto riferimento alla propria *instructio* come *auditor* presso Q. Mucio il pontefice (che *consulentibus respondendo studiosos audiendi docebat*) – parla degli inizi della sua frequentazione di Q. Mucio l'augure, e quindi del periodo in cui venne *institutus*. La cosa non si svolgeva, come invece l'*instructio*, coinvolgendo l'allievo nell'attività professionale, ma in una sorta di durevole colloquio nel corso della giornata: un colloquio, o piuttosto un monologo menato dal maestro, che spiegava nozioni o informava su casi e problemi, mentre l'allievo attentamente assimilava quanto più gli riuscisse. Possiamo pensare anche che i discenti potessero essere più d'uno insieme, che tutti fossero seduti nello studio del maestro od in qualunque locale della sua casa, che passeggiassero nel giardino od anche per le vie di Roma, che magari il maestro li conducesse qualche volta persino ad assistere ad attività giudiziarie⁶⁹. Ma i discenti non potevano essere più di due o tre, e non si usavano libri: qualcuno il maestro poteva anche mostrarlo, quando magari il gruppo sostava nella sua biblioteca; ma testi per l'*instituere* non ne esistevano.

Nella letteratura romanistica, specie la più recente, è assai diffusa l'idea che le cose siano interamente cambiate nell'epoca del principato, e proprio per la presenza delle due scuole⁷⁰: salvo poi il disaccordo sulla data della fondazione di que-

⁶⁸ La toga virile si prendeva a 16 anni, e quindi siamo nel 90 a.C.; lo Scaevola di cui si parla è inequivocabilmente (ci risulta dal contesto – inizio e fine di de am. 1, 1 – che qui ho ommesso) Q. Mucio l'augure. Cfr. CANNATA, *Per una storia* (cit. alla n. 20), 243.

⁶⁹ Quest'ultima circostanza può desumersi da Cic., Brut. 88, 303, se l'ho inteso bene in *Per una storia* (cit. alla n. 20), 243.

⁷⁰ Così espressamente KODREBSKI, *Der Rechtsunterricht am Ausgang der Republik und zu Beginn des Prinzipats*, in ANRW II.15, Berlin-New York 1976, 190 (la frase che chiude il cap. II e quella d'inizio del III).

ste⁷¹. L'idea stessa della «fondazione delle due scuole» è legata a quella che esse fossero istituzioni d'insegnamento organizzato in modo scolastico. Per chiarire che cosa intendano gli autori che hanno nutrito e nutrono questa convinzione, si può leggere l'esposizione che ne ha recentemente fatta il Kodrebski⁷², in una sintesi certo arricchita da idee personali dell'autore, ma null'affatto eversiva rispetto ad una visione che, se non dominante, certo è assai diffusa. Caratteristico della presentazione di questo autore è piuttosto il fatto che la sua onestà scientifica gli impone – cosa estremamente lodevole, ma che non cessa con ciò d'esser curiosa – di affermare in generale all'inizio e poi ripetutamente ad ogni passo, che quel ch'egli va dicendo non ha base nelle fonti⁷³.

Presso le due scuole dunque, secondo il Kodrebski⁷⁴, l'insegnamento comprendeva tanto lezioni sistematiche quanto corsi basati sul metodo casistico⁷⁵. Non conosciamo la durata degli studi, ma sappiamo che Labeone adottava un proprio sistema semestrale⁷⁶. Ognuno dei pochi docenti doveva avere una classe composta di

⁷¹ Ad esempio, lo SCHULZ, *Geschichte* (cit. alla n. 32), 141 s., mentre conserva la risalenza della scuola proculiana a Labeone, attribuisce a Cassio la fondazione della scuola sabiniana e dice che ciò è attestato da Plin., ep. 7, 24, 8. Nel luogo, che appartiene ad una lettera da attribuirsi più o meno all'anno 107, si parla bensì – discorrendo dell'eredità che Quadrato (sul quale vedi anche Plin., ep. 6, 11) riceveva dalla nonna Ummidia Quadratilla – di una *domus C. Cassii, huius qui Cassianae scholae princeps et parens fuit*. Ma qui Plinio il giovane non fa della storia della giurisprudenza, e usa la parola *parens* (padre) solo per sottolineare che la denominazione di cassiana data alla scuola allude allo stesso C. Cassio di cui egli sta parlando. *Parens* non è neppure un vocabolo che, nel suo impiego figurato, alluda necessariamente al fondatore (per il quale il termine appropriato è *conditor*, come di Romolo e Remo dice Liv., 10, 23, 12: *simulacra infantium conditorum urbis sub uberibus lupae posuerunt*): lo si dice del personaggio che, rispetto a qualcosa come un'idea o un fenomeno culturale, ha segnato l'inizio del periodo più significativo (come Cic., fin. 2, 1, 1: *Socrates, qui parens philosophiae iure dici potest*). Il LIEBS, *Rechtsschulen* (cit. alla n. 9), 212 (nel contesto di una ricostruzione assai articolata della vicenda: p. 206 ss.), traduce «Stifter der Schule» nel testo di Plinio: tradurre così è possibile, ma non necessario. Nella stessa prospettiva dello Schulz si pone il KODREBSKI, *Der Rechtsunterricht* (cit. alla n. 70), 190 ss., che però conclude attribuendo la fondazione della scuola sabiniana a Sabino (p. 192) e della scuola proculiana a Proculo (p. 194), seguendo per altro in ciò l'HONORÉ, *Proculus*, in *TR* 30 (1962/63), 472 ss.

⁷² KODREBSKI, *Der Rechtsunterricht* (cit. alla n. 70), 194 ss.

⁷³ In effetti, dopo aver detto chiaramente che non solo l'origine e il carattere, ma anche l'organizzazione e l'attività delle scuole dei proculiani e sabiniani ci sono poco note e che le fonti ci danno scarse informazioni in proposito (KODREBSKI, 190), dopo avere anche ribadito che i modi del loro insegnamento restano oscuri (*bleiben unklar*: KODREBSKI, 195), egli ripete spesso, prima di affermare qualcosa, che nulla sappiamo in proposito.

⁷⁴ KODREBSKI, *Der Rechtsunterricht*, 195 s.

⁷⁵ Questo, il KODREBSKI, *Der Rechtsunterricht*, 195, lo trae dalle «numerose» opere che furono redatte in rapporto con l'insegnamento, come quella di Gaio. Per l'insieme di queste opere egli rinvia a SCHULZ, *History*, 159 ss., che corrisponde a *Geschichte* (cit. alla n. 32), 191 ss. (ma si potrebbe forse citare da 186).

⁷⁶ L'affermazione si basa ovviamente (KODREBSKI, *Der Rechtsunterricht*, 195 n. 131) su Pomp. D. 1, 2, 47, dove si dice che Labeone *totum annum ita diviserat, ut Romae sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet et conscribendis libris operam daret*. Anche se è certo possibile, ed anzi

dieci o venti studenti. Non sappiamo se gli studenti pagassero delle rette e i professori fossero retribuiti, ma certo così fu per Sabino⁷⁷ ed è verosimile lo sia stato anche per Gaio e Pomponio. Le scuole erano istituzioni private (corporazioni) protette dallo Stato (in der Obhut des Staates standen). Già prima di dir tutto ciò, l'autore aveva avvertito che i professori delle scuole, essendo in genere persone di alto rango e gravate da cariche pubbliche, incarichi amministrativi e politici, dovevano essere spesso assenti: essi erano quindi spalleggiati da aiutanti o sostituti di bassa estrazione sociale (come Gaio), che attendevano al lavoro propriamente didattico⁷⁸, o anche da giovani colleghi: Cassio veniva sostituito dai suoi allievi Aristone e Urseio Feroce ed anche da Celio Sabino prima che questi gli succedesse alla guida della scuola, Giavoleno Prisco da Aburnio Valente e Tusciano, Giuliano da Pomponio e Gaio⁷⁹. Analogamente deve essere accaduto, nella scuola proculiana, per Nerva, Pegaso, Celso padre e figlio, Nerazio, assai impegnati o spesso assenti da Roma⁸⁰.

In realtà, Pomponio – la sola fonte che presenti sotto un profilo storico la relativa vicenda – non parla affatto di una fondazione delle scuole proculiana e cassiana-sabiniana⁸¹, per dire invece che esse traevano origine, come correnti di pensiero, dalla distinta sequela delle due personalità – forti e contrapposte – di Capitone e Labeone (D. 1, 2, 2, 47), e che le diverse denominazioni da esse assunte al tempo di Cassio e Proculo non erano che appellativi attribuiti ad una realtà già esistente dai tempi dei due capostipiti⁸², realtà che Pomponio stesso aveva descritto dicen-

probabile, che la parola *studiosi* alluda nel testo agli allievi (gli *auditores*, beninteso), esso non sembra proprio descrivere un modo di organizzare, da parte di Labeone, un lavoro scolastico: *cum studiosis esse* significa frequentare gente che coltiva il diritto o essere da essi frequentato, in un rapporto personale e non accademico.

⁷⁷ Per il KODREBSKI, *Der Rechtsunterricht*, 195 n. 132, la fonte è naturalmente Pomp. D. 1, 2, 2, 50 in fine, dove si dice di Sabino «*huic nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est*». Ma il testo evidentemente non parla di stipendi professionali alimentati da rette degli studenti, bensì di aiuti economici spontanei e personali che gli *auditores* fornivano al maestro. Nel discorso di Pomponio, la ragione delle erogazioni è collocata nell'indigenza di Sabino, e non nella remunerabilità del suo lavoro didattico: e così giustamente nota il NÖRR, *Zur Biographie des Juristen C. Cassius Longinus*, in *Sodalitas (scritti Guarino)* VI, Napoli 1984, 2975, che il ricchissimo Cassio deve avervi dato un contributo importante.

⁷⁸ KODREBSKI, *Der Rechtsunterricht*, 192 s.

⁷⁹ KODREBSKI, *Der Rechtsunterricht*, 193. Per le ultime affermazioni su Pomponio e Gaio, il KODREBSKI, 193 n. 115-116, si rifà a HONORÉ, *Gaius. A Biography*, Oxford 1962, *passim* e 55 ss.; LIEBS, *Gaius und Pomponius*, in *Gaio nel suo tempo*, Napoli 1966, 61 ss.

⁸⁰ KODREBSKI, *Der Rechtsunterricht*, 194.

⁸¹ Dico «cassiana-sabiniana» e non «sabiniana-cassiana» perché, come ho cercato di spiegare in *Lo splendido autunno* (cit. alla n. 2), quella di «cassiana» era certo la denominazione originaria della scuola, e quella di «sabiniana» fa con ogni verisimiglianza riferimento a Celio Sabino e non a Massurio.

⁸² La cosa è chiara in Pomp. D. 1, 2, 2, 52 (... *appellatique sunt partim Cassiani, partim Proculiani, quae origo a Capitone et Labeone coeperat*), anche se è evidente che tra *Proculiani* e *quae* deve essere caduto qualcosa: il verbo passivo *appellatique sunt* (col suo predicativo *partim Cassiani, partim Proculiani*) manca del soggetto; la proposizione relativa, col soggetto «*quae origo*», manca di un termine al quale riferirla. Si deve pensare ad un'integrazione di questo genere: *appellatique sunt partim*

do unicamente che essi «*veluti diversas sectas fecerunt*». L'idea che la cassiana-sabiniana e la proculiana fossero organizzazioni scolastiche è stata soprattutto ingenerata dalla lettura delle istituzioni di Gaio, che denomina con costanza, quando riferisce *dissensiones*, i giuristi della prima come «i suoi maestri» e quelli della seconda come «gli autori dell'altra scuola (*schola*)⁸³. Ma, se con ciò Gaio alludeva certo alla sua formazione in quegli ambienti, il che implica senza dubbio alcuno che in tali ambienti si insegnasse il diritto, il suo discorso non contiene alcuna allusione all'organizzazione di tale insegnamento. Egli parla bensì di *scholae*, e non di *sectae* come invece Pomponio: i due termini sono in buona misura equivalenti, ma solo il primo è segno pure per il lavoro didattico. Di ciò si deve tener conto, come pure si devono considerare altri aspetti del discorso gaiano. Il primo è che egli non menziona un singolo personaggio come suo maestro particolare, ma si presenta come allievo della scuola nel suo complesso; il secondo – che col primo è in singolare rapporto – che come suoi *praeceptores* indica tutti i giuristi della scuola sabiniana, quelli del passato come quelli del presente. Solo in questa prospettiva egli poteva dire, ad esempio, «*Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri*⁸⁴ *praeceptores*» (Gai. 2, 195), quando Sabino e Cassio egli non aveva neppure potuto conoscere. Ciò corrisponde, del resto, al fatto che Pomponio nell'*Enchiridium*, a partire dall'epoca augustea, cessa di indicare – come invece faceva con riguardo ai giuristi repubblicani – il tale come maestro o come allievo del talaltro⁸⁵. Dopo Capitone e Labeone, Pomponio enumera invece ormai solo la sequenza dei capiscuola, indicando, una volta, alcuni personaggi come appartenenti all'uno degli ambienti⁸⁶; di maestri e allievi non si occupa più⁸⁷. Possiamo anzi dire in generale che nelle fon-

Cassiani, partim Proculeiani, <auctores sectarum> quae orig[lo]<in> a Capitone et Labeone coepena<n>; ovvero, dando ad *origo* il senso, che pure il vocabolo può avere (ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴, 4^e tirage augmenté par J. ANDRE, Paris 1985, 468 s. v. *orior*; cfr. Suet., Vit. 1.), di «stirpe»: *appellatique sunt partim Cassiani, partim Proculeiani <sectarum auctores>: quae origo a Capitone et Labeone coeperat*. Ma propongo queste letture solo per chiarire il problema.

⁸³ Precisamente: i) *nostri praeceptores – diversae scholae auctores*: Gai. 2, 123; Gai. 2, 200; Gai. 3, 87; Gai. 3, 98; Gai. 3, 103; Gai. 3, 141; Gai. 3, 167a; Gai. 4, 78; *diversae scholae auctores – nostri praeceptores*: Gai. 2, 37; *nostris praeceptoribus placet – diversae scholae auctoribus visum est*: Gai. 3, 168; *secundum nostrorum praeceptorum opinionem – Sed diversae scholae auctores putant*: Gai. 2, 220 + 221; ii) *Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores – diversae scholae auctores*: Gai. 1, 196; *idque maxime placuit Sabino et Cassio – alii vero ... idque maxime diversae scholae auctoribus visum est*: Gai. 2, 79; *Sabinus et Cassius – sed diversae scholae auctores*: Gai. 2, 244; *diversae scholae auctores – Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores*: Gai. 4, 79; iii) *Nerva vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores*: Gai. 2, 15; *non constat: nam diversae scholae auctoribus placuit*: Gai. 3, 178; iv) *Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores – Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores*: Gai. 2, 195.

⁸⁴ Il *nostri*, qui come nei testi analoghi, è usato da Gaio come *pluralis modestiae*.

⁸⁵ Pomp. D. 1, 2, 2, 40-47.

⁸⁶ Pomp. D. 1, 2, 2, 52: ... *Nervae successit Proculus. fuit eodem tempore et Nerva filius: fuit et alius Longinus ...*

⁸⁷ Solo di Massurio Sabino Pomponio ricorda (D. 1, 2, 2, 50 cit.) gli *auditores*, ma senza menzionarne i nomi, ed unicamente per dire che il maestro fu da loro sostenuto economicamente.

ti, per quest'epoca, l'indicazione di un certo maestro per un certo giurista risulta eccezionale: fuori di Pomponio abbiamo solo – se vedo bene – D. 40, 2, 5, nel quale Giuliano ricorda Giavoleno come il proprio maestro (*Iavolenum praeceptorem meum*). Ci sarebbe ancora Paul. D. 4, 8, 19, 2 che indica Sabino come *magister* di Cassio, ma il valore del testo, ai nostri fini attuali, è assai limitato⁸⁸.

Tutto ciò può suggerire che l'atmosfera sia cambiata dai tempi dei Mucii Scevola e di Servio a quelli di Labeone, Sabino, Cassio e Giuliano, nel senso che, ad esempio, i nuovi allievi si affidavano ad un gruppo di maestri invece che ad un solo: non si deve, in proposito, sottovalutare il fatto che Pomponio c'informa che Labeone fu bensì *institutus* da Trebazio, ma fu *auditor* di vari giuristi, tutti quelli che gli riuscì di frequentare⁸⁹, mentre di Capitone egli dice che fu allievo del solo Ofilio⁹⁰. Ma i modi dell'insegnamento – la sequela personale del maestro da parte dell'*auditor*, l'apprendimento connesso con l'assistenza all'attività di consulente del maestro e con la discussione dei *responsa* da lui dati – nulla ci dice che siano cambiati in modo sostanziale, rispetto al modello repubblicano.

Se consideriamo con vera attenzione le fonti che ci parlano concretamente dell'attività delle scuole – ce ne sono, anche se poche – possiamo vedere, io credo, le cose con una certa chiarezza.

Le informazioni più importanti le abbiamo da un testo assai noto di Aulo Gellio, che spesso viene usato dagli autori – giuristi e non giuristi – con grande disinvoltura:

Gell. 13, 13, 1: *Cum ex angulis secretisque librorum ac magistrorum in medium iam hominum et in lucem fori prodissem, quaesitum esse memini in plerisque Romae stationibus ius publice docentium aut respondentium, an quaestor populi Romani ad praetorem in ius vocari posset. 2: Id autem non ex otiosa quaestione agitabatur, sed usus forte natae rei ita erat, ut vocandus esset in ius quaestor. 3: Non pauci igitur existimabant ius vocationis in eum praetori non esse, quoniam magistratus populi Romani procul dubio esset et neque vocari neque, si venire nollet, capi atque prendi salva ipsius magistratus maiestate posset. 4: Sed ego, qui tum adsiduus in libris M. Varronis fui, cum hoc quaeri dubitarique animadvertissem, protuli unum et vicesimum rerum umanarum, in quo ita scriptum fuit: «Qui potestatem neque vocationis populi viritim habent neque prensionis, eos magistratus a privato in ius quoque vocari est potestas. M. Laevinus aedilis curulis a privato ad praetorem in ius est eductus; nunc stipati servis publicis non modo prendi non possunt, sed etiam*

⁸⁸ Infatti Paolo, che scriveva circa un secolo e mezzo dopo i due giuristi di cui parla, dicendo «*Cassius sententiam magistri sui bene excusat et ait Sabinum non de ea sensisse sententia, quae arbitrium finiat, sed de praeparatione causae*», non voleva dir nulla di preciso quanto al rapporto fra i due personaggi: egli leggeva le due opinioni nei libri, magari solo nei libri di Cassio e, dicendo che Cassio «difendeva il suo maestro», alludeva solo al fatto che i due appartenevano alla stessa scuola e che Cassio era più giovane dell'altro.

⁸⁹ Pomponio (D. 1, 2, 2, 47) scrive «*omnes hos audivit*». Sul senso dell'espressione: *Per una storia* (cit. alla n. 20), 311.

⁹⁰ Con le parole «*qui Ofilium secutus est*» (Pomp. D. 1, 2, 2, 47) si allude senza dubbio al fatto che, di Ofilio, Capitone fu *auditor*.

ultra submovent populum». 5: Hoc Varro in ea libri parte de aedilibus, supra autem in eodem libro quaestores neque vocationem habere neque pensionem dicit. 6: Utraque igitur libri parte recitata in Varronis omnes sententiam concesserunt, quaestorque in ius ad praetorem vocatus est.

Il contenuto specifico dell'episodio non ha, ai nostri fini, alcuna importanza, se non perché esso dimostra che lo scenario descritto da Gellio è reale: in questa pagina delle *Noctes Atticae* egli vuol menar vanto per aver lui – giovine fresco di studi – risolto una discussione fra specialisti, ed una discussione di concreta importanza, con un contributo che solo la sua erudizione era stata in grado di fornire. Ma è lo scenario, appunto, che ci fornisce informazioni.

Si parla di persone «che in pubblico insegnano il diritto e danno responsi»⁹¹: queste lo fanno in vari luoghi della città di Roma. Con ciò vediamo bene i giuristi, circondati dai loro *auditores*, che istruiscono mentre elaborano responsi, nella discussione. Non si può pensare a più giuristi insieme con frotte di allievi. Un giurista per ognuna di quelle che Gellio chiama *stationes*. Una *statio* non è altro che un luogo dove alcuno sosta: occasionalmente o per abitudine, magari per voluta consuetudine; ma non è una sede⁹². Quel che Gellio dice di speciale, è che avveniva – non è detto che sempre avvenisse, ma certo con frequenza – che i giuristi, a quel tempo, davano responsi ed istruivano i propri *auditores* in luoghi pubblici: è a questo che fa pensare la descrizione di Gellio, e non ad un giurista che riceva i consultanti seduto con i discepoli nell'atrio della sua casa⁹³: perché Gellio stesso non è un discepolo, e pure assiste alle discussioni: anzi interviene a fare il saputello ed è preso sul serio. Non solo in tutto ciò non c'è nulla del modo e dello stile di una scuola: è Gellio stesso del resto a dirci, all'inizio del raccontino, che questo suo contatto col mondo dell'insegnamento giuridico egli lo ebbe dopo che fu uscito all'aria aperta dal chiuso – con *magistri* e libri – delle aule scolastiche.

Gli autori hanno tentato in vario modo di scolarizzare l'ambiente che Gellio descrive. Anche il Liebs e il Bretonne l'hanno fatto, asserendo che le *stationes* erano dette anche *auditoria*⁹⁴, sicché acquistano aspetto di enunciati accademici le due opinioni manifestate dai giuristi severiani Marciano e Trifonino, che essi stessi ri-

⁹¹ Nell'espressione «*ius publice docentium aut respondentium*» il *publice* si riferisce all'insieme dell'attività, e ne indica il modo: la si intenda dunque come l'abbiamo tradotta, e non vedendovi un'allusione al *publice respondere* in senso tecnico.

⁹² Il vocabolo *statio* funziona come sede nel linguaggio relativo alle forze militari o ai funzionari imperiali, proprio perché qui le sedi sono soggette a mutamento; ma di per sé il vocabolo significa un luogo di sosta, o la sosta stessa. Cfr. ERNOUT-MEILLET, (cit. alla n. 82), 652 s. s. v. **-stano*).

⁹³ Nell'epoca repubblicana, il giurista era consultato anche per la strada (Cic., de or. 3, 33, 133), ma che il luogo normale della consultazione fosse la casa risulta chiaro dallo stesso testo citato e da quanto dice Pomp. D. 1, 2, 2, 37 di Gaio Scipione Nasica; si consideri pure l'episodio che Val. Max. 9, 3, 2 racconta di C. Marcio Figulo.

⁹⁴ LIEBS, *Rechtsschulen* (cit. alla n. 9), 236 s.; BRETONNE, *Storia del diritto romano* (quarta edizione nei Manuali Laterza), Roma-Bari 1995, 268.

portano come dette in *auditorio*⁹⁵. In realtà, l'*auditorium* di cui si parla in quei due testi non ha nulla a che fare con l'accademia⁹⁶: il termine è ben testimoniato nelle fonti giuridiche come allusivo ad un'aula d'udienza, dove si svolgono processi *extra ordinem* davanti all'imperatore stesso o ai funzionari imperiali che esercitano la giurisdizione⁹⁷. Il Bretonne ancora suggerisce⁹⁸ come «utile termine di confronto»

Suet., Tib. 11, 3: ... *cum circa scholas et auditoria professorum assiduus esset, moto inter antisophistas graviore iurgio, non defuit qui eum intervenientem et quasi studiosiorem partis alterius convicio incesseret.*

Ma riscontro non v'è, perché il dibattito descritto non ha nulla a che fare con un dibattito giuridico. Si parla della permanenza di Tiberio, già con la *tribunicia potestas* ma ancor vivo Augusto, a Rodi: l'allusione è a riunioni di carattere letterario. Vedervi una qualunque analogia con discussioni di giurisprudenza significherebbe mettersi nella dimensione proposta dal Magdelain⁹⁹, che – nel contesto di un discorso sul *ius respondendi* – voleva intendere l'espressione *publice respondere*¹⁰⁰ come l'esercizio in pubblico del *respondere* giuridico e fa tutt'uno dell'attività dei giuristi e degli esercizi retorici¹⁰¹, quando, a partire da un'epoca che non sa o non vuol precisare, «les juristes donnèrent à leur activité des salles de spectacle»¹⁰². Ma non ci si può metter su questa strada: perché ciò significa dimenticare che la retorica è un'arte il cui esercizio si concreta in una – per quanto magari nobilissima – esibizione; la giurisprudenza è sempre soltanto sforzo di comprensione, per cui neppure il discente, quando vi si esercita, mai si esibisce.

Quanto alle *stationes* di Gellio, era più vicino al vero il Marrou, definendole «bureaux de consultation qui sont en même temps des écoles publiques de droit»¹⁰³: definizione difficilmente criticabile come tale, ma che a qualunque letto-

⁹⁵ D. 23, 3, 78, 4 (Tryph. 11 disp.): ... *Iulianus de parte tantum dotali loquitur, et ego dixi in auditorio illam solam dotalem esse*; D. 40, 15, 1, 4 (Marcian. l.s. de delatoribus): ... *et Marcellus libro quinto de officio consulis scripsit posse: ego quoque in auditorio publico idem secutus sum*. BRETONNE, *Storia* (cit. alla n. 94), 268 n. 64.

⁹⁶ Come invece in Suet., Tib. 11, 3, che leggeremo subito.

⁹⁷ Cfr. KUNKEL, *Herkunft* (cit. alla n. 21), 342 s. n. 727. Vedi in part. Ulp. D. 4, 4, 18, 1-2; Ulp. D. 36, 1, 23 pr.; D. 42, 1, 54, 1; Ulp. D. 49, 9, 1; Paul. Pap. D. 12, 1, 40; anche Paul. D. 1, 22, 5 (Paul. 1, 1; cfr. C. 1, 51, 14 pr. a. 529).

⁹⁸ BRETONNE, *Storia* (cit. alla n. 94), 268 n. 64.

⁹⁹ MAGDELAIN, *Jus imperium auctoritas. Etudes de droit romain*, Roma 1990, 145 ss. Si tratta dello studio «*Jus respondendi*», già in *RHD* 28 (1950).

¹⁰⁰ Per sostenere che il suo senso autentico (cioè «*respondere ex auctoritate principis*») è invece una fantasia bizantina: cfr. MAGDELAIN, *Jus* (cit. alla n. 99), 151 s.

¹⁰¹ MAGDELAIN, *Jus* (cit. alla n. 99), 147 s.

¹⁰² MAGDELAIN, *Jus* (cit. alla n. 99), 148.

¹⁰³ MARROU, *Histoire de l'éducation dans l'antiquité II: Le monde romain*⁶, Paris 1981, 95.

re sprovveduto suggerirebbe un'immagine falsa, quanto forse quella che ne aveva il suo autore.

Lo stesso Marrou¹⁰⁴, ed anche Liebs¹⁰⁵, hanno voluto collocare le *stationes*, privilegiando i pressi del tempio di Apollo sul Palatino. Fra i testi che si citano in proposito¹⁰⁶, particolare importanza rivestono i due che menzionerò subito.

Da due scolî alla prima satira di Giovenale¹⁰⁷ si ricava la notizia seguente:

Sch. 2 ad Iuv. 1, 128: *Aut quia iuxta Apollinis templum iuris periti sedebant et tractabant aut quia ibi bibliothecam iuris civilis et liberalium studiorum in templo Apollinis Palatini dedicavit Augustus. ...*

Sch. 8 ad Iuv. 1, 128¹⁰⁸: *... iuris civilis et liberalium disciplinarum bibliothecam in templo Apollinis Palatini Augustus dedicavit. ... ibi ... iuris studiosi conveniebant ...*¹⁰⁹.

La notizia che i due scolî forniscono contiene anzitutto un dato materiale: nel tempio di Apollo sul Palatino esisteva una biblioteca¹¹⁰, fondata da Augusto, dove si trovavano – insieme ad altre opere *lato sensu* letterarie – libri di diritto civile; essi informano poi che nelle vicinanze di tale tempio dei *iuris periti sedebant et tractabant* e dei *iuris studiosi conveniebant*. Con il termine *iuris periti*¹¹¹ ci si riferisce qui inequivocabilmente ai giuristi. Costoro «*sedebant et tractabant*», cioè «vi si installavano a svolgere la loro attività», espressione sintetica che sembrerebbe proprio corrispondere al *publice docere aut respondere* di Gell. 13, 13, 1. *Iuris studiosi* allude qui in genere, evidentemente, a coloro che «si dedicano al diritto» o «che studiano il diritto»¹¹², il che ci porta a considerarvi inclusi i giuristi e i loro allievi,

¹⁰⁴ MARROU, *Histoire II*⁶ (cit. alla n. 103), 95.

¹⁰⁵ LIEBS, *Rechtsschulen* (cit. alla n. 9), 236 ss.; 238, seguito da BRETONE, *Storia* (cit. alla n. 94), 268.

¹⁰⁶ Iuv. 1, 127 s. con i relativi scolî.

¹⁰⁷ I versi ai quali si riferiscono gli scolî sono i seguenti (Iuv., 1, 127 s.): *ipse dies pulchro distinguitur ordine rerum: / sportula, deinde forum iurisque peritus Apollo*. Il primo scolio spiega: *Totos dies sic consumunt divites, dum aut sportulam, aut ad templum Apollinis ad tractandum vadunt*.

¹⁰⁸ In questo testo, nella parte che ho omessa, lo scoliaste dice di desumere le informazioni da Probo (vedi la n. seg.).

¹⁰⁹ Nel secondo e nel terzo scolio vi è pure un riferimento ad Hor., Sat. 1, 9, 78, in funzione della spiegazione dell'allusione al *iuris peritus Apollo* di Iuv. 1, 128. Lo sch. 2 prosegue: *Nam hic est Apollo, cuius et Horatius meminit: «Sic me servavit Apollo» ...* Lo sch. 3 s'inizia: *Hic est Apollo (inquit Probus) cuius et Horatius meminit: «Sic me servavit Apollo» ...* e finisce; *... quod tam dubia iuris peritorum responsa sint (ut etiam inquit Probus) quam Apollinis*.

¹¹⁰ Probabilmente ha ragione il LIEBS, *Rechtsschulen* (cit. alla n. 9), 236 ss.; 238, quando dimostra che Giovenale, con *iuris peritus Apollo*, non si riferiva allo stesso luogo identificato dallo scoliaste, ma al foro di Augusto ed alla statua, che vi si trovava, del dio, menzionata anche da Plin., n.h. 7, 53, 183 (LIEBS, *Rechtsschulen*, 238 con la n. 219). Cfr. BRETONE, *Storia* (cit. alla n. 94), 268 n. 65.

¹¹¹ Sul quale si veda ancora *infra*.

¹¹² Anche della locuzione *iuris studiosus* parleremo ancora. Dico però subito che è certo che *studiosus* significhi anche «studioso». Si veda ad esempio Ulp.-Cass. D. 32, 52, 4, nel punto dove si discute se un legato di «*chartas*» possa comprendere i libri (... *ut puta si quis forte chartas sic reliquerit*

e più precisamente i loro *auditores*. Costoro «*conveniebant*», vale a dire «vi si incontravano, vi si radunavano».

Il senso complessivo, che si trae dai due passi, ripropone ancora una volta un ritratto della stessa pratica che avevamo desunta da Gellio. I giuristi si presentano all'aperto, disposti alla consultazione, accompagnati dagli allievi, che assisteranno alla consultazione e poi ne discuteranno col maestro. Anche ascoltatori occasionali possono esser presenti e persino – come il giovane Gellio – partecipare alla discussione; ma gli allievi veri e propri son quelli che vengono regolarmente: il maestro darà loro di volta in volta appuntamento, nello stesso luogo o altrove in città. Il tempio di Apollo è un buon luogo, perché v'è pure la biblioteca, semmai risultasse opportuno – per un responso o una *quaestio* – veder che cosa già s'era scritto in proposito. Però non tutti i giuristi, o non sempre, si fermano in quel luogo: Roma è grande, e permette bene di non crear folla di giuristi e allievi a fornir diritto come al mercato. Avviene però che in uno stesso posto se ne fermi più d'uno: ed allora accade pure che un maestro solleciti, su di un caso o un problema, un altro. Dal caso, sul quale si è dato o deve darsi un *responsum*, nasce magari una *quaestio*. La *quaestio* è un problema giuridico posto come generale, non più legato alle circostanze del caso concreto: come nell'episodio narrato da Gellio, dove il tema era «*an quaestor populi Romani ad praetorem in ius vocari posset*»; talora la *quaestio* si stacca del tutto dal caso concreto, nel senso che la discussione tra allievi e maestro o tra maestri ha portato a considerarne una variante. Sempronio è venuto a raccontare al giurista di aver promesso due volte la stessa cosa e che il creditore pretende ora ch'egli paghi due volte; il giurista si fa chiarir bene le circostanze in cui ha avuto luogo la prima *stipulatio*, e poi lo rassicura, dandogli ch'egli si libererà con una sola prestazione¹¹³; il consultante gli chiede anche di rilasciargli il responso per iscritto, e fornisce la necessaria tavoletta; il giurista detta il responso ad un *auditor*, legge quanto quello ha scritto e chiude la tavoletta apponendo il proprio sigillo; il consultante se ne va soddisfatto; ma, quando è partito, l'*auditor* che aveva scritto chiede al maestro: «poniamo che la prima volta il nostro consultante avesse promesso perché minacciato, e poi abbia promesso una seconda volta la stessa cosa liberamente»¹¹⁴. Ecco una *quaestio*: il problema è

«*chartas meas universas*», *qui nihil aliud quam libros habebat, studiosus studioso* ...), anche se *studiosus studioso* può essere un simpatico glossema. Ovviamente vengono in considerazione anche i testi giustinianei *Deo auct.* 11 (*rudis animus studiosi*); *Tanta*, 9 (*per alios viros magnificos et studiosissimos*); *Omnem pr.* (*sed cum vos professores legitimae scientiae constitutos etiam hoc oportuerat scire, quid et in quibus temporibus tradi necessarium studiosis credimus, ut ex hoc optimi atque eruditissimi efficiantur*); *Omnem*, 1 (*a voce magistra studiosi accipiebant ... et hos tres libros cum acutissimi Papiniani lectione tradendos posuimus, quorum volumina in tertio anno studiosi recitabant*); *Omnem*, 5 (*solitum est anni quarti studiosos Graeco et consueto quodam vocabulo «lytas» appellari*); I. 1, 1, 2 (*si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus*); I. 2, 20, 3 (*studiosis adolescentibus*).

¹¹³ Pomp. D. 45, 1, 18.

¹¹⁴ La risposta è in Pomp. D. 45, 1, 25.

ancora casistico, ma il caso è creato per l'approfondimento di un problema dommatico.

Le fonti non permettono di immaginar se non così l'insegnamento delle scuole proculiana e cassiana-sabiniana. Certo, questo che esse ci lasciano ricostruire è unicamente l'*instruere*: il lavoro approfondito dei maestri con gli allievi avanzati, gli *auditores* già prima *instituti*.

Il fatto è che riguardo all'*instituire* non possediamo informazioni precise per l'epoca che ci interessa; il complesso dei dati che mi paiono utilizzabili crea comunque l'impressione che al tempo delle due scuole i giuristi non impartissero più l'insegnamento elementare, e dunque coloro che intendevano divenire *auditores* di un giurista si dovessero procurare in qualche modo la necessaria informazione di base prima d'inziarne la frequentazione. Ciò si faceva di solito, si deve pensare¹¹⁵, andando a lezione da un *magister iuris*: una figura che nell'epoca repubblicana non esisteva, e comincia ad essere testimoniata alquanto più tardi del tempo delle due scuole, da materiale non precisamente databile.

Il materiale è solo epigrafico. Esso ha dato modo al Kunkel di inserire, nell'elenco dei «giuristi di epoca pre-diocleziana noti unicamente da documenti»¹¹⁶, tre personaggi:

i) In CIL X 8387 (= VI 1602), un'iscrizione proveniente da Frusino nell'Irpinia, è menzionato un *P. Carbetanius Rufus*, qualificato come *eq(ues) R(omanus)* e *magister iuris*¹¹⁷.

ii) CIL III 8822, epigrafe in pessimo stato proveniente da Salona in Dalmazia, riguarda un *Aur(elius) Fortun(atus)*, qualificato *m. iuris v.*; la *m.* potrebbe essere abbreviazione di *magister*, ma la *v.* rimane enigmatica¹¹⁸.

iii) Da Cartagine proviene l'iscrizione di Dessau, 7748 (= CIL VIII 12418), dove compare un *magister iuris* di nome *M. Picarius M. Memoris fil. Turranianus*¹¹⁹.

È evidente che tali personaggi non erano affatto giuristi e, per altro, solo il primo era cavaliere: gli altri sembrano essere stati semplici plebei.

Va detto, invece, che non è affatto attendibile quanto sostiene il Kunkel¹²⁰, che Sabino abbia iniziato la sua carriera di giurista come *magister iuris*. Egli fu bensì fino a circa cinquant'anni, come riferisce Pomp. D. 1, 2, 2, 50, un semplice plebeo;

¹¹⁵ Vedi già il breve *obiter dictum* nel diverso contesto di CANNATA, *Il passaggio dall'antichità al medioevo nella storia giuridica dell'occidente*, in *SDHI* 30 (1964), 338 con la n. 77.

¹¹⁶ Tale elenco si trova in KUNKEL, *Herkunft* (cit. alla n. 21), 263 ss., ed è inserito nell'opera come appendice al capitolo (secondo della seconda parte) che enumera i singoli giuristi dell'epoca imperiale.

¹¹⁷ KUNKEL, *Herkunft*, 264 num. 11.

¹¹⁸ KUNKEL, *Herkunft*, 265 num. 15.

¹¹⁹ KUNKEL, *Herkunft*, 265 num. 19.

¹²⁰ KUNKEL, *Herkunft*, 342 n. 725.

ma l'ulteriore informazione che si trae dallo stesso testo e che il Kunkel adduce in proposito, comunque interpretata, dice che egli fu sostenuto dai suoi *auditores*, quindi allievi da *instruere* non da *instituere*. Quanto a D. 4, 8, 19, 2, dove Paolo dice Sabino esser stato «*magister suus*» di Cassio, egli non vuole certo indicare la funzione di Sabino, ma definire genericamente il rapporto maestro-allievo fra i due giuristi¹²¹. Quanto all'ulteriore argomento del Kunkel, che Sabino scrisse un manuale istituzionale, il discorso in proposito sarebbe troppo lungo per inserirlo in questo lavoretto¹²². L'argomento varrebbe piuttosto per Gaio: ma comunque, il fatto che un giurista abbia scritto un libro di Istituzioni non basta certo a provare che egli sia stato un *magister iuris*.

Chi fossero e che cosa precisamente facessero questi *magistri iuris*, non è chiarissimo: ma un elemento ulteriore lo si può trarre, a mio parere, da due altri testi, che non parlano di *magistri iuris*, ma di «coloro che insegnano il diritto». Si tratta di un testo di Ulpiano (Vat. 150) e di uno di Modestino (D. 27, 1, 6, 12), che provengono dalla trattazione, che questi giuristi facevano del diritto di essere esonera-

¹²¹ E per di più in un senso assai leggero, come si è visto sopra alla n. 88.

¹²² Ricordo che lo Scherillo soleva dire che i *tres libri iuris civilis* di Sabino erano «il libro di *Institutiones* della scuola sabiniana»; vedi anche SCHULZ, *Geschichte* (cit. alla n. 32), 186 s. In modo più prudente, ma analogo, si esprime il BRETONE, *Storia* (cit. alla n. 94), 259, ispirandosi al MANTHE (luoghi ivi cit.). Che quell'opera fosse legata all'insegnamento di Massurio Sabino, è del resto ritenuto da numerosi autori. Data la sua brevità – tre soli libri – v'è chi ha pensato che si trattasse di appunti per le lezioni, pubblicati postumi da qualcuno appartenente all'ambito della scuola. Un dato che si considera in proposito, è che in seguito giuristi importanti pubblicarono voluminosi libri ad Sabinum (36 Pomponio, 16 Paolo, 51 Ulpiano): ma da quanto sappiamo di questi pare chiaro doversi desumere che il contenuto dei libri ad Sabinum si riferiva ad una problematica più complessa di quella che ci si può attendere da un trattato istituzionale. Questa osservazione è stata privata della sua base, sostenendosi che tali libri ad Sabinum avrebbero utilizzato materiali provenienti dall'insieme delle opere di Sabino, e non solo dai *tres libri*, pur conservandone l'ordine della materia. Un'idea estrema è stata sostenuta, seguendo l'ultima linea indicata, dall'Amirante, secondo il quale i *tres libri iuris civilis*, come tali, non sarebbero mai esistiti (devo ancora affidarmi ad un ricordo: questa tesi, in modo compiuto, fu sostenuta dall'Amirante nel 1993, in una comunicazione al congresso SIHDA di Oxford, ma l'autore morì poco dopo, ed il testo non venne poi più pubblicato; del suo pensiero resta una traccia, ma non così compiuta, in AMIRANTE, *Per una storia giuridica di Roma*, Napoli 1992, 464 s.). La realtà è, per noi, che di quest'opera di Sabino non conosciamo altro che i pochi frammenti che ne fornisce Aulo Gellio, citando il libro di provenienza (Gell. 4, 1, 21-23; Gell. 11, 18, 20-21 e 23-24; Gell. 4, 2, 15; Gell. 5, 13, 5; può utilizzarsi anche Paul. D. 33, 9, 4, 2; LENEL, *Pal.* II, 187 s.): il che significa che non ne sappiamo quasi nulla. Contro l'idea che i *tres libri* fossero un'opera istituzionale c'è comunque un argomento assai consistente, anche se può considerarsi un po' troppo sottile. Se i *tres libri* di Sabino fossero stati un'opera istituzionale, le *Institutiones* di Gaio, che si proclama membro della scuola sabiniana, si sarebbero dovute presentare o come un rifacimento dei *tres libri*, o come un'opera destinata a sostituirli. Ora, questo ruolo – data l'identità del titolo – pare essere piuttosto spettato ai 10 *libri iuris civilis* di Cassio, che carattere isagogico certo non avevano. Dal testo delle Istituzioni gaiane non traspare nulla che faccia supporre un legame dell'opera con i *tres libri* di Sabino; questi è citato con frequenza, ma le citazioni non menzionano mai una sua opera specifica, né mai hanno un carattere che lasci immaginare che Gaio si confronti con Sabino all'interno di uno stesso genere letterario: Gai. 1, 196; Gai. 2, 195; Gai. 4, 79; Gai. 2, 244; Gai. 2, 79; Gai. 3, 133; Gai. 3, 161; Gai. 4, 114; Gai. 2, 218 (citazione testuale); Gai. 3, 183; Gai. 3, 218; Gai. 2, 178; Gai. 3, 156; Gai. 2, 154. Si tenga presente, naturalmente, ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova 2001.

ti dall'esercizio della tutela (*excusatio tutelae*), trattazione che si presentava come un elenco di persone individuate per il loro ufficio¹²³, la professione¹²⁴ o situazioni particolari¹²⁵. Il passo di Modestino che ci interessa, scritto in greco, dice che i *nómon didáskaloi* «che insegnano in provincia non avranno l'esonero, coloro che insegnano a Roma vengono esonerati». *Nómon didáskaloi* significa letteralmente «docenti di leggi», ma Modestino parla senza dubbio delle stesse persone e dello stesso problema cui allude Ulpiano in

Vat. 150 (Ulp., *lib. de excusat.*): *Neque geometrae neque hi qui ius civile docent a tutelis excusantur.*

Naturalmente qui a noi non interessa di spiegare perché, a proposito degli insegnanti di diritto, Ulpiano e Modestino presentino o paiano presentare due discipline diverse¹²⁶. Piuttosto si deve sottolineare che i due passi non alludono certamente – come invece si dice, anzi si sottintende, di solito¹²⁷ – ai giuristi. Quella di «docenti di diritto» non è, nel linguaggio romano, espressione che si usi mai per individuare i *iuris consulti*, o *prudentes*, o – come vedremo fra breve – i *iuris periti*, e ciò semplicemente perché i giuristi, nel mondo romano, non erano, anche se e quando insegnassero, professionisti dell'insegnamento, ma della giurisprudenza. Ulpiano – l'autore di D. 1, 1, 1, 1 – non avrebbe, del resto, mai accostato geometri e giuristi come fa in Vat. 150 per *geometrae* e *hi qui ius civile docent*, anche se, ai fini dell'*excusatio* di cui stava parlando, i loro casi erano trattati allo stesso modo. Infine, se nei passi ora considerati si trattasse dei giuristi, apparirebbe abbastanza strano che né Ulpiano né Modestino facciano parola della regola (o prassi) in materia di *excusatio tutelae* ricordata in Pap. D. 27, 1, 30 pr. e Ulp. D. 4, 4, 11, 2 relativa ai giuristi assunti dal *princeps* nel proprio *consilium*.

Pare dunque necessario pensare che i docenti di diritto di cui parlano Modestino e Ulpiano fossero quegli stessi personaggi che già abbiamo visto indicati come *magistri iuris*; dai due testi ora letti sembra potersi desumere che essi erano abbastanza numerosi – il parallelo coi geometri induce a vedere un'analogia sotto questo aspetto –, che erano a Roma ed in provincia, il che corrisponde poi anche alla provenienza del, seppure scarso, materiale epigrafico che abbiamo considerato sopra: il parallelo con i geometri lascia anche desumere che essi non appartenessero normalmente a classe sociale elevata.

L'ipotesi più semplice è che costoro, come attività principale, insegnassero elementi di diritto nelle scuole di retorica, e che, come supponevamo sopra, fossero

¹²³ Ad esempio i magistrati in carica: Ulp. Vat. 146.

¹²⁴ Ad esempio: filosofi, medici, retori, grammatici: Ulp. Vat. 149.

¹²⁵ Ad esempio i liberti: Ulp. Vat. 152.

¹²⁶ Vedi sul problema VIARENGO, *L'excusatio tutelae nell'età del principato*, Genova 1996, 99 s.

¹²⁷ Lo fa senza discuterne, da ultimo, la VIARENGO, *L'excusatio tutelae* (cit. alla n. 126), 99 ss.

inoltre disponibili – almeno quelli che dimoravano a Roma – per l'*institutio* dei giovani che intendevano poi mettersi al seguito di un giurista, come suoi *auditores*. Potremmo anche pensare che alla loro attività, nelle due versioni indicate, fossero destinati i libri di *Institutiones*, a partire da quelle di Gaio. Ma devo ammettere che tutto ciò resta una congettura.

6. I personaggi del mondo del diritto

Anche se, come si è visto, la presenza del *magister iuris* non è documentata già per l'epoca delle due scuole, essa può considerarsi probabile, nel qual caso il personaggio verrebbe ad aggiungersi, negli ambienti giuridici romani di quel tempo, a quella di altri personaggi di cui le fonti ci parlano: tutte figure note, menzionate anche nelle epigrafi, ma che non è sempre facile definire con precisione: *iuris peritus*, *iuris studiosus*, *iuris prudens*, *nomikós*¹²⁸. Cercherò, nello spazio che mi resta, di reperire qualche chiarimento.

Naturalmente, l'ambiente della giurisprudenza romana era dominato dalla figura del *iuris consultus*, espressione con la quale si allude ad un giurista nel senso più compiuto del termine, attivo nella professione in quanto normalmente consultato in materia di diritto civile e come tale dotato di una sicura autorevolezza. Ne abbiamo una definizione, assai nota, che compare, come formulata da Antonio, nel ciceroniano *de oratore*:

Cic., *de or.* 1, 48, 212: *sin autem quaereretur quisnam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset, et eo genere Sextum Aelium, M' Manilium, P. Mucium nominarem.*

La locuzione *iuris consultus* non è frequentissima nelle fonti giuridiche¹²⁹.

¹²⁸ Vedi i testi in KUNKEL, *Herkunft* (cit. alla n. 21), 264 ss. L'Amelotti (AMELOTTI-COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, Milano 1995, 10) considera *iuris periti*, *iuris studiosi* e *nomikoí* come redattori non giuristi, ma muniti di piuttosto elementari conoscenze giuridiche, di documenti giuridici. Sul termine *iuris peritus* e il suo rapporto con quello di *iurisconsultus* si può sempre vedere il vecchio lavoro del MASSEI, *Iurisperitus*, in *AG* 133 (1946), 48 (già prima MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, in *Scritti Ferrini Milano*, Milano 1946, 403 ss., in part. 428 n. 2): al di là della specifica tesi sostenuta (le due denominazioni sarebbero state fungibili in epoca classica, mentre nel basso impero, spariti i *iurisconsulti*, sarebbero stati denominati *iurisperiti* i loro successori, modesti consulenti e docenti, ma comunque distinti dai semplici pratici, in particolare gli avvocati), il lavoro contiene un ricco esame delle fonti.

¹²⁹ Tralascio alcuni testi di epoca tarda, nei quali con *iuris consulti* (o *consultores*) si allude: a) ai giuristi autorevoli del passato: C. Th. 1, 2, 10 a. 396 (... *et e diverso definitione iuris consultorum omnium consono responsione firmatur* ...); Brev. int. C. Th. 1, 4, 1 (che è la legge delle citazioni C. Th. 1, 4, 3), dove fra i giuristi autorevoli del passato sono annoverati anche gli autori di C. Greg. e C. Herm. (... *sed ex his omnibus iuris consultoribus, ex Gregoriano, Hermogeniano, Gaio, Papiniano et Paulo,*

Compare, nel senso or ora descritto, in quel che Paolo riporta del pensiero di Labeone in tema di *iuris ignorantia*¹³⁰ ed in un modo più scolorito in un altro passo di Paolo¹³¹. Pomponio, nell'*enchiridium*, la usa solo citando Cicerone, che avrebbe qualificato P. Licinio Crasso Muciano come «il più eloquente dei giuriconsulti» (*hunc Cicero ait iurisconsultorum disertissimum*)¹³². Quanto alle altre persone, alle quali viene attribuita tale qualifica, si tratta sempre di giuristi insigni: nel Digesto sono Nerva (Paul. D. 20, 2, 9 pr.) e Papiniano (Paul. D. 12, 1, 40); nel Codice teodosiano Cervidio Scevola (C. Th. 4, 4, 3, 3 a.396?); nel Codice giustiniano¹³³ Ulpiano (C. 8, 37, 4 a.222) e Modestino (C. 3, 42, 5 a.239); così pure nelle fonti letterarie: Gell. 11, 18, 16 (*in libro Aristonis iurisconsulti*); SHA [Spartianus] Did. 1, 1: (*Salvius Iulianus, bis consul, praefectus urbi et iuris consultus*). Le testimonianze epigrafiche non concordano con questo panorama: esse sono, se non mi sbaglio, solo due, e si riferiscono, a quanto pare, a due personaggi che ci sono altrimenti ignoti¹³⁴. Noterò anche che il verbo *consulere* si usa solo per un giurista¹³⁵, nel senso

quae necessaria causis praesentium temporum videbantur, elegimus); Brev. int. Nov. Val. XII (Hanel p. 294; Mommsen-Meyer p. 150 l. 164 s.: *diversi iurisconsultores de aliquibus rebus perpetuam fecerant actionem*); può aggiungersi la costituzione giustiniana C. 3, 28, 34 pr. a. 531 (... *et hoc nonnulli iuris consulti in medio proponentes inhumane reliquerunt*); b) i giuristi contemporanei nel senso più ampio: Coll. 7, 1 pr. (Il testo è di mano dell'ignoto autore della *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*: ... *scitote, iuris consulti, quia Moyses prius hoc statuit, sicut lectio manifestat* ...).

¹³⁰ Paul. D. 22, 6, 9, 3 (*Sed iuris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est*).

¹³¹ Paul. D. 38, 10, 10 pr. (*Iuris consultus cognatorum gradus et adfinium nosse debet, quia legibus hereditates et tutelae ad proximum quemque agnatum redire consueverunt*: ...).

¹³² Pomp. D. 1, 2, 2, 40. Ma la citazione di Pomponio – che certo la fece a memoria – è sbagliata (vedi CANNATA, *Per una storia* [cit. alla n. 20], 235 e 237 sub *f* con la n. 115). Nei passi relativi, Cicerone (che in realtà parla di Q. Mucio pont.) scrive *iuris peritorum eloquentissimus*. Si deve tuttavia notare che egli si esprime così per poter contrapporre, a Q. Mucio, L. Licinio Crasso come *eloquentium iuris peritissimus*, con il che *iuris peritus* diviene semplice qualifica allusiva alle capacità.

¹³³ Papiniano è detto *vir consultissimus* in C. 7, 32, 3 a. 250.

¹³⁴ La prima (CIL VI 10229 = FIRA III num. 48, p. 132 ss.), perfettamente databile all'anno 108 (l. 124), consiste in un legato (l. 27 ss.) contenuto nel testamento del senatore P. Dasumio Tusco e disposto a favore di una serie di persone, delle quali la prima è un ... [*culus iurisconsultus*, che non può essere il noto giurista Proculo (vedi *infra* n. 139)]; la seconda è l'epigrafe ostiense CIL VI 1634 = CIL XIV 175, se la si voglia integrare (ma l'operazione è tutt'altro che sicura) leggendovi *Cn. Tussanius P[... iuris] consul[tus]*, per individuarvi magari un giureconsulto di nome *Cn. Tussanius Proculus*, che potrebbe così identificarsi con il Proculo legatario di P. Dasumio. Vedi KUNKEL, *Herkunft* (cit. alla n. 21), 153 n. 225; 264 num. 10. Le epigrafi di questo genere diventerebbero tre se si volesse considerare anche l'iscrizione africana (Ghighthis) CIL VIII 11045, dove è menzionato un *Iunius Urbanus*, che potrebbe esservi qualificato *iuris consultus* ammettendosi di correggere così il *ius consultum* che vi si legge: KUNKEL, 265 num. 20.

¹³⁵ Beninteso, ove si parli di responsi in materia di diritto, perché la terminologia compare con riguardo ad altri campi, come l'astrologia o la divinazione in generale: Ulp. D. 47, 10, 15, 13: *Si quis astrologus vel qui aliquam illicitam divinationem pollicetur consultus aliquem furem dixisset, qui non erat, inturiarum cum eo agi non potest, sed constitutiones eos tenent*. Paul. 5, 21, 4: *Non tantum divinatione quis, sed ipsa scientia eiusque libris melius fecerit abstinere. quod si servi de salute dominorum con-*

della (espressa o sottintesa) combinazione caratteristica «*consultus ... respondit*»¹³⁶, ovvero (ma qui la combinazione «*consultus ... rescripsit*» è più raramente espressa) per l'imperatore¹³⁷.

Possiamo comunque dire con certezza che la figura del *iuris consultus* rappresenta l'apice della carriera scientifica e pratica di un uomo di diritto. Un equivoco – credo proprio si tratti solo di un equivoco – è stato generato dal tenore di I. 1, 2, 8 dove, parlandosi dei responsi e del *ius respondendi* dei giuristi *quibus a Caesare ius respondendi datum est*, si dice che essi *iuris consulti appellabantur*. Così non è infrequente trovar scritto che, dopo l'introduzione del *ius respondendi*, solo i giuristi che l'avessero ottenuto venivano indicati con tale appellativo¹³⁸. A me la cosa sembra improbabile: l'appellativo esisteva già da molto tempo – lo abbiamo visto interamente acquisito presso Cicerone – ed è difficile che con l'introduzione del *ius respondendi* esso si sia ristretto ad una piccola cerchia di personaggi. Ciò avrebbe significato farlo perdere a persone cui l'uso già lo attribuiva, e non vedo come ciò potesse avvenire se non con un intervento del potere centrale: ma il *ius respondendi* non fu mai regolato con interventi autoritativi d'alcun genere, salvi, naturalmente, gli atti imperiali che lo accordavano al singolo giurista. Che si sia potuto, col tempo, introdurre un uso in quel senso, è astrattamente possibile, ma la cosa è contraddetta dal testamento epigrafico di Dasumio dell'anno 108, dove il nome del personaggio qualificato *iurisconsultus* alla linea 27 sembra quello di un Proculo, ma non è certo – questione di date¹³⁹ – il Proculo che conosciamo, e quindi il personaggio non resta identificabile con alcun giurista noto: ora, è assai improbabile che il *ius respondendi* sia stato attribuito a giuristi di cui si è poi persa del tutto memoria¹⁴⁰.

Meno forte di *iuris consultus* è la locuzione *iuris prudens*, che nei testi giuri-

suluerint, summo supplicio, id est cruce, adficiuntur: consulti autem si responsa dederint, aut in metallum damnantur aut in insulam relegantur.

¹³⁶ Come ad esempio in Ulp. D. 14, 1, 1, 5 (... *et hoc consultus Iulianus in ignorante exercitore respondit*) o in Afr. D. 44, 7, 23 ([*Africanus*] *consultus respondit: ...*); Cels. D. 50, 17, 191 (*Neratius consultus ... respondit*).

¹³⁷ Come ad esempio in Ulp. D. 25, 4, 1 pr. (*temporibus divorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnantem mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano praetori urbano rescripserunt in haec verba: ...*), Paul. D. 49, 14, 48 (*consulti imperatores a procuratoribus rescripserant*) e Call. D. 50, 2, 11 (... *principes nostri consulti ... rescripserunt*).

¹³⁸ Grande influenza in questo senso ebbero le prese di posizione del KRÜGER, *Geschichte*² (cit. alla n. 21), 125 e del KUNKEL, *Herkunft* (cit. alla n. 21), 282 (e poi, ad esempio, 284 n. 604; 320), il quale ultimo si rifaceva a sua volta a MAGDELAIN, *Jus* (cit. alla n. 99), 121. A quest'idea si opponeva invece SCHULZ, *Geschichte* (cit. alla n. 32), 134.

¹³⁹ Il testamento risulta redatto (l. 122-124) nel anno 108 (vedi sopra n. 134). Anche se per Proculo non abbiamo date precise (solo che Pomp. D. 1, 2, 2, 52 lo indica come contemporaneo di Nerva figlio), egli non può esser vissuto molto oltre il 70. Vedi KUNKEL, *Herkunft* (cit. alla n. 21), 126; 153 n. 225.

¹⁴⁰ Come sarebbe pure per le altre epigrafi che possono venire in considerazione: vedi sopra, n. 134.

sprudenziali allude al giurista contrapposto al laico¹⁴¹. Così, il suo impiego appare diverso da quello del solo «*prudens*» sostantivato ed usato al plurale (*prudentes*), che invece indica l'insieme dei giuristi come tali ed allude specificamente ai *iuris consulti*¹⁴². Quanto a *vir prudens* esso equivale pure a «giurista» nel suo impiego al plurale¹⁴³, mentre al singolare indica solo la persona avveduta ed informata¹⁴⁴. Nell'epigrafe che la reca – la sola che io conosca – *iuris prudens* indica bensì una persona in qualche modo esperta di diritto, ma nel caso non pare certo trattarsi di un giurista in senso proprio: *iuris prudens scr(iba) aed(iliu)m curulium*¹⁴⁵.

Nella letteratura romanistica si dà in genere per acquisito che il termine insieme più generale e più specifico – se così posso esprimermi – per indicare «il giurista», fosse quello di *iuris peritus*: così verrebbe indicato chi possedeva una preparazione giuridica compiuta, sia egli o no dotato dell'autorità di un *iuris consultus*. Tale è, in effetti, l'impressione che si ricava dalla lettura del Digesto e del Codice, ed anche dalle fonti letterarie¹⁴⁶. Dal materiale epigrafico io traggio tuttavia l'impressione che *iuris periti* venissero in pratica qualificati anche operatori giuridici non giuristi, come avvocati e certi funzionari pubblici¹⁴⁷, compresi gli esperti nella redazione degli

¹⁴¹ Paul. D. 37, 1, 10 (... *scientiam enim non hanc accipi, quae iuris prudentibus sit, sed eam, quam quis aut per se habeat aut consulendo prudentiores adsequi potest*); Ulp. Pomp. D. 38, 15, 2, 5 (*Scientiam eam observandam Pomponius ait, non quae cadit in iuris prudentes, sed quam quis aut per se aut per alios adsequi potuit, scilicet consulendo prudentiores, ut diligentiore[m] patrem familias consulere dignum sit*).

¹⁴² Gai. 1, 2; Gai. 1, 7 (*responsa prudentium*); Gai. 2, 195 (*In eo solo dissentiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores ...*); Ulp. Vat. 132; Coll. 16, 3, 3 = Paul. 4, 8, 3; Pap. D. 1, 1, 7 pr. (*Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*); D. 1, 2 R (ricordo che, nella forma *de origine iuris et omnium magistratuum et successione prudentium*, la Fiorentina reca la rubrica del tit. D. 1, 2 solo nell'*index titulorum*, perché all'inizio del relativo titolo è scritto, invece che *prudentium*, «*eorum*»: per evidente errore); Pomp. D. 1, 2, 2, 5; Pomp. D. 1, 2, 2, 12; Pap. D. 2, 15, 5; Ulp. D. 21, 1, 31, 25; Iul. D. 28, 6, 31 pr.-1; Pap. D. 40, 7, 36.

¹⁴³ Ulp. D. 50, 1, 6, 2: *Viris prudentibus placuit duobus locis posse aliquem habere domicilium ...*

¹⁴⁴ Ad esempio: Ulp. D. 50, 5, 2, 7a: ... *ceterum quae consilio prudentis viri vel patrimonio sufficientis in homines obiri possunt ...*

¹⁴⁵ CIL VI 1853: KUNKEL, *Herkunft*, 264, num. 9.

¹⁴⁶ Nel senso stretto di «giurista» vedi (come nel citato Sch. 2 ad Iuv. 1, 128; anche Sch. ad Iuv. 4, 77: *Pegasus ... iuris peritus fuerat*) ad esempio: Alf. D. 8, 5, 17, 1; Pomp. D. 1, 2, 2, 13; *divi fratres* in Ulp. D. 37, 14, 17 pr. (*ipso Maeciano et aliis amicis nostris iuris peritis adhibitis*). Per l'epoca successiva: Pap. D. 27, 1, 30 pr.; C. 9, 23, 1 a. 212; C. Th. 6, 21, 1 a. 425 (alquanto modificata in C. 12, 15, 1; vedi anche C. Th. 14, 9, 3, 1 a. 425 cfr. C. 11, 19, 1, 4); Nov. Th. 1, 1 (vedi MASSEI [cit. alla n. 128], *Le citazioni*, 441; *Iurisconsultus*, 55 s.); C. 2, 7, 11, 2 a. 460 (MASSEI, *Iurisconsultus*, 68); C. 6, 61, 5, 1 a. 473; C. 7, 7, 2 pr. a. 530; *Deo auct.* (= C. 1, 17, 1 a. 530), 12, cfr. *Tanta* (C. 1, 17, 2 a. 533), 21; C. 6, 22, 10, 3 a. 531. Ancora: SHA [Capitolinus] Marc., 11, 10 (*Usus autem est Scaevola praecipue iuris perito*). Per tutta questa tematica va ora tenuto presente LIEBS, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (260-640 n. Ch.)*, Berlin 1987; anche LIEBS, *Römische Provinzialjurisprudenz*, in ANRW II.15 (Berlin-New York 1976), 288 ss.

¹⁴⁷ Vedi i personaggi citati da KUNKEL, *Herkunft*, 263 ss., che li considera tutti giuristi; in realtà: a)

atti giuridici privati, come i *testamentarii*¹⁴⁸. Si tenga presente anche che, se si crede a SHA Alex. 16¹⁴⁹, l'imperatore Alessandro Severo non avrebbe sancito alcuna costituzione (*neque ullam constitutionem sacravit*) senza l'assistenza di un *consilium* di 70 membri fra i quali XX *iuris periti*. Se *iuris peritus* dovesse significare qui «giurista» in senso proprio, Alessandro avrebbe dovuto incontrare serie difficoltà a riunire il proprio consiglio: disporre di venti giuristi da convocare abbastanza spesso – anche intendendo che con *constitutio* il biografo alluda solo agli *edicta* – tutti insieme alla stessa ora e nello stesso luogo, non doveva essere cosa agevole.

Qualche problema pone la qualifica di *iuris studiosus*. Abbiamo già incontrato

solo in due casi *iuris peritus* appare come titolo che indica una professione: num. 13: *Q. Cassius Longinus, iuris perit(us) v(ir) b(onus)* (CIL V 1026, Aquileia); num. 7: *Praetex<tatus> iuris pe<ritus> nobilis<simus ex> Africa* (CIL VI 33867, Roma); *b*) in altri casi il titolo è accompagnato dall'indicazione di una funzione o professione, altra da quella di giurista: num. 6: *M. Staberius Felix Primpil[?]ianus, iuris peritus de primis iustissimus, advocatus de singularibus fidelissimus* (CIL VI 9487 = DESSAU, 7743, Roma; vedi anche MASSEI, *Iurisperitus* [cit. alla n. 128], 62); num. 22: *L. Gargilius Praetorianus, iuris peritus iunc(?) advoc(atus) reip(ublicae), omnib(us) honorib(us) fu(n)ctus* (CIL VIII 10899, Cuicul [Africa]); *c*) in un caso *iuris peritus* appartiene ad una locuzione che sembra indicare la professione di avvocato: num. 21: *Q. Vetidius Iuvenalis* (forse tra II e III sec.) *omnibus honoribus functus, pater III equitum Romanor(um), in foro iuris peritus, agricola bonus* (DESSAU, 7732c, *Thubursicu Numidarum* [Algeria]); *d*) in altri casi ancora, l'idea del *iuris peritus* assume una forma che appare in sostanza indicativa di una qualità, più che di una professione: num. 4: *T. Aelius T. f. Largus, eq(ues) R(omanus), procurator Aug(usti) bybliothecaru(m), iuris publici <et> privati p(e)r<itissimus>* (CIL XIV 2916, Praeneste, forse di età severiana); num. 24: *Marinus, eq(ues) R(omanus) iuris peritissimus* (CIL VIII 8489, Sitifis, Mauretania Sitif. [Africa]); *e*) un po' speciale è la forma del num. 25: *Q. Numidicus Amator, ad-servit leges, defendit iura peritus* (Révue archéol. 1926 num. 29 [Africa]; non prima del III sec.).

¹⁴⁸ Scaev. D. 31, 88, 17: «*Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iuris perito ...*». L'epigrafe funeraria di un *testamentarius* (CIL X 4919 = DESSAU, 7750), che reca «*testamenta scripsit annos XXV sine iuris consulto*», lascia intendere che l'autore considerava il *testamentarius* defunto stesso come un *iuris peritus*. Sui due testi, brevemente, AMELOTTI-COSTAMAGNA, *Alle origini* (cit. alla n. 128), 8 con le n. 7 e 8 (ove si ricorda pure CIL X 3969 = DESSAU, 7763); anche CANNATA, *Aperçu historique du notariat européen*, in *Schweiz. Zeitschr. für Beurkundungs- u. Grundbuchsrecht* 87 (1986), 197. Il *testamentarius*, come persona che redige il testamento secondo le indicazioni del testatore (non sotto la sua dettatura), è menzionato (AMELOTTI-COSTAMAGNA, *Alle origini*, 73 n. 22 e 23 dalla p. 10) in Ulp. Proc. Cels. Marcell. D. 28, 5, 9, 3 e 6; Ulp. D. 26, 9, 1 pr.; Ulp. D. 36, 1, 3, 5; meno chiaro è Call. D. 48, 10, 15, 6 (data la casistica dei paragrafi precedenti, qui *testamentarius* sembra indicare qualunque persona che abbia scritto il testamento, anche sotto dettatura); analogo dubbio può suscitare Paul. D. 48, 10, 22, 10. Vedi anche CIL II 1734 = DESSAU, 7749. Che il *...ntidius<m C>ampanum testa<mentarium*, menzionato come redattore del già ricordato testamento di Dasumio (FIRA III, num. 48, l. 123, p. 141) possa essere identificato con il giurista Campano, è arguta ipotesi del KUNKEL, *Herkunft*, 147 ss.: ma essa si giustifica – e così fa l'autore – solo considerando il caso come eccezionale.

¹⁴⁹ SHA Alex. 16: *leges de iure populi et fisci moderatas et infinitas sanxit ... neque ullam constitutionem sacravit sine XX iuris peritis et doctissimis ac sapientibus viris isdemque disertissimis non minus L, ut non minus in consilio essent sententiae quam senatus consultum conficerent. Et id quidem ita, ut iretur per sententias singulorum ac scriberetur quid quisque dixisset, dato tamen spatio ad disquirendum priusquam dicerent*. Il MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* II³, Leipzig 1887, 991 n. 3 (per la parte *Et id quidem ita ...* vedi MOMMSEN, *ivi* con la n. 7) annota che *constitutionem sacravit* si riferirebbe soprattutto ai rescritti, ma vedi in contrario KRÜGER, *Geschichte*² cit., 116 n. 103, che credo abbia ragione ritenendo che il testo sia anche da riferire alla preparazione delle costituzioni normative (*edicta*).

l'espressione in Sch. 3 ad Iuv. 1, 128, dove pare chiaro essa indichi «coloro che si dedicano al diritto, che studiano il diritto». Lo stesso senso assume *studiosus* in Pomp. D. 1, 2, 2, 47 (... *Labeo ... plurimum studiis operam dedit: et totum annum ita diviserat, ut Romae sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet et conscribendis libris operam daret*), dove il vocabolo può alludere a «gli altri studiosi di diritto»¹⁵⁰ o anche solo «gli *auditores*» di Labeone stesso, analogamente a come, in Ulp. D. 47, 2, 52, 20 (... *quod et Herennio Modestino studioso meo de Dalmatia consulenti rescripsi ...*), Ulpiano parla evidentemente di Modestino come di un «suo allievo», nel senso che egli si formò in passato studiando con lui, come suo *auditor*. Discutibile è invece il senso che l'espressione assume nelle numerose testimonianze epigrafiche¹⁵¹. In

D. 48, 19, 9, 4 (Ulp. 10 de off. procons.): *Nonnumquam non advocacionibus cui interdicitur, sed foro. plus est autem foro quam advocacionibus interdiceret, si quidem huic omnino forensibus negotiis accommodare se non permittatur, solet autem ita vel iuris studiosis interdici vel advocatis vel tabellionibus [sive pragmaticis]¹⁵². 5: Sole[n]t et ita interdici, ne instrumenta omnino forment neve libellos concipiant vel testationes consignent. 6: Solet et sic, ne eo loci sedeant, quo in publico instrumenta deponuntur, archivio forte vel grammatophylacio. 7: Solet et sic, ut testamenta ne ordinent vel scribant vel signent.*

iuris studiosi indica evidentemente una professione, e sembra si parli di redattori di atti privati¹⁵³. Si tratta comunque degli stessi professionisti che l'imperatore Antonino Pio dice essere ammessi a chiedere in giudizio i propri compensi in

Paul. D. 50, 13, 4: *Divus Antoninus Pius rescripsit iuris studiosos, qui salaria petebant, haec exigere posse.*

Da

D. 1, 22, 1 (Paul. l.s. de off. adsess.): *Omne officium adsectoris, quo iuris studiosi partibus suis funguntur, in his fere causis constat: in cognitionibus postulationibus libellis edictis decretis epistulis.*

risulta che dei *iuris studiosi* ricoprivano normalmente la carica di *adsector*, personaggio che svolgeva funzioni ausiliarie nell'attività giurisdizionale del preside di una provincia e faceva parte del seguito (*comitiva*) di questi; ma l'*adsector* era an-

¹⁵⁰ Come ho preferito tradurre in *Per una storia* (cit. alla n. 20), 305.

¹⁵¹ KUNKEL, *Herkunft*, 264 ss., num. 8 (CIL VI 33868 = DESSAU, 7742); 12 (CIL X 569); 14 (CIL III 29369); 16 (CIL XII 5900); 17 (CIL XII 3339); 18 (AHDE 16, 761); 23: *<i>uris stud<i>osus con<st>antis(imus)*: CIL VIII 18348).

¹⁵² Glossa secondo MOMMSEN ad h. l.

¹⁵³ Su questi temi non ho potuto vedere ANKUM, *Les tabellions romains, ancêtres directs des notaires modernes*, in *Ars notariatus* 42 (1989).

che consigliere del magistrato, e lo era anche dei pretori a Roma¹⁵⁴. Quel che dice Ulpiano, che le funzioni dell'*assessor* riguardano in particolare *cognitionibus postulationibus libellis edictis decretis epistulis* sembrerebbe però alludere solo all'attività di cancelleria (*cognitionibus postulationibus libellis*) ed alle ricerche di norme e precedenti per il giudicante (*edictis decretis epistulis*), attività che suppongono una certa informazione giuridica, ma non eccelsa.

Quanto a *nomikós*¹⁵⁵, siccome nei testi citati dal Kunkel¹⁵⁶ si notano in particolare le combinazioni «*iuris prudens, nomikós*»¹⁵⁷; «*rhétor kai nomikós*»¹⁵⁸, si è indotti a considerare il vocabolo come l'equivalente di *iuris peritus* nel senso più ampio che abbiamo potuto stabilire sopra.

Considerato nel complesso, l'impiego di questi termini corrisponde al modo di inquadrare il problema della qualificazione di coloro che hanno esperienza della scienza e della pratica del diritto in una società nella quale non esistono, in proposito, titoli scolastici o accademici ufficialmente riconosciuti. Come qualifiche di base dobbiamo considerare quelle di *iuris peritus* e di *iuris studiosus*. A me pare che il loro impiego più preciso, e che deve corrispondere a quello originario, sia nel senso che *iuris studiosus* è la persona impegnata nello studio del diritto allo scopo di giungere a padroneggiarlo, e diventare alla fine un *iuris peritus*: dunque *iuris studiosus* è lo studente di diritto e *iuris peritus* il giurista, cioè colui che, avendo completato i suoi studi, è in grado di praticare la giurisprudenza in modo credibile. Usando i termini in questo senso stretto, risulta dalle fonti che tutti i *iuris consulti* sono anche *iuris periti* e i loro *auditores* (allievi avanzati, che si fanno *instruere*), sono *iuris studiosi*.

¹⁵⁴ Un *liber assessorius* di Sabino è citato da Ulpiano (D. 47, 10, 5, 8). Il BREMER, *Iurisprudentiae anteadrianae quae supersunt* II, 1, Lipsiae 1898 (reprint Roma 1964), 367 pone come alternativa il titolo di *liber assessorium*, il LENEL, *Pal. II*, 189 propende dubitativamente per *de officio adsectorum liber singularis*. Esso doveva contenere, come pure lascia intendere il passo che lo ricorda, dei resoconti dell'esperienza fatta e dell'attività svolta dal giurista sedendo come consigliere dei magistrati cittadini, in particolare dei pretori. Cfr. BREMER, 367 con lett. Ulpiano cita anche, in D. 2, 14, 12, da un *libro primo adsectoriorum* di Puteolano (KRÜGER, *Geschichte*² cit. alla n. 21, 172, lo pone fra i giuristi del tempo fra Tiberio e Traiano, ma ammettendo che non vi sono elementi per datarlo; con i giuristi del tempo dei Severi lo annovera invece KUNKEL, *Herkunft* [cit. alla n. 21], 243 s.; 332 n. 700): l'opera appare evidentemente simile al *liber assessorius* di Sabino, ma dell'autore non può dirsi nulla.

¹⁵⁵ Il vocabolo greco, di per sé, si trova tanto come aggettivo, quanto come sostantivo. Come aggettivo significa «legale» (che per un Greco significava conforme alle leggi scritte o alle leggi non scritte, cioè alla consuetudine): Plat., *leg. I* [625a]; Arist., *Nic. 8, 15* [1162b] 1 ss.; 21 ss. Come sostantivo (il che qui particolarmente ci interessa) è impiegato per indicare un conoscitore, un esperto (del diritto) e serve dunque anche per rendere in greco le corrispondenti nozioni delle altre culture, come i «dottori della legge» di cui si parla nel Nuovo Testamento (Mat. 22, 35, vulg. *legis doctor*; Luc. 7, 30; 10, 25; 11, 45-46; 14, 3, vulg. *legis peritus*; Tit. 3, 13, vulg. *Zenam legisperitum*) e dunque anche i giuristi (*iuris periti*) nel senso romano del termine.

¹⁵⁶ KUNKEL, *Herkunft*, 267 ss.

¹⁵⁷ KUNKEL, *Herkunft*, 267 num. 26.

¹⁵⁸ KUNKEL, *Herkunft*, 276 num. 32.

Ma la semantica dei due termini sembra aver subito modifiche notevoli, già durante l'epoca del principato, almeno alla fine o subito dopo la fine del tempo delle due scuole. Io vedrei le cose nel modo seguente. Un punto di partenza pare dover essere stato chiaro fin dall'inizio: che, se tutti i giureconsulti sono *iuris periti*, non è certo vero l'inverso. Possono esserci *iuris periti* che non hanno esercitato affatto la giurisprudenza¹⁵⁹, cioè la professione di giurista che consiste ancora e sempre nel *cavere, agere e respondere* non soltanto in modo assolutamente imparziale, ma senza limiti di specializzazione e senza retribuzione. Ci sono persone che offrono le loro conoscenze giuridiche per fornire prestazioni a pagamento, in particolare come avvocati o consulenti nella redazione di atti privati, fra i quali ultimi in particolare i testamenti. Ora, non v'è ragione per la quale un *iuris peritus* che svolge una di queste professioni cessi di essere chiamato *iuris peritus*. Solo, a quanto pare almeno dalle epigrafi, se egli svolge la professione di avvocato, lo si designa insieme «avvocato e giurista», per dire che egli può svolgere almeno il lavoro ordinario senza ricorrere all'ulteriore consulenza di un giurista in senso proprio; se invece è un redattore di atti, egli assume una denominazione speciale soprattutto se si dedica alla complessa stesura dei testamenti (*testamentarius*), ma è comunque chiamato *iuris peritus* se può essere considerato, nel campo che ha scelto, un esperto. Questi *iuris periti* non sono giuristi in senso proprio, e perché operano retribuiti, e perché si presentano come specializzati in un singolo settore: ma sono in pratica giuristi consulenti; essi, infatti, non scrivono di norma l'atto essi stessi, perché ciò spetta ai tecnici della scrittura (*tabularii*). Ma certo vi erano casi nei quali il *tabularius* stesso era un *iuris peritus*.

Dall'insieme delle fonti viste sopra, si può ancora desumere che certi pratici, e soprattutto redattori di atti, avevano avuto una preparazione giuridica non compiuta, nel senso che avevano studiato il diritto, ma senza diventare *iuris periti*: costoro erano dunque stati solo *iuris studiosi*, e tale qualifica conservavano, ad indicare il loro tipo di esperienza, normalmente sufficiente per la normale attività.

Questa è anche la situazione che pare rispecchiata dal passo delle *Noctes Atticae* (Gell. 12, 13, 2) che abbiamo letto: *Cur hoc me potius rogas quam ex istis aliquem peritis studiosisque iuris, quos adhibere in consilium iudicaturi soletis?*

¹⁵⁹ Tali dovevano, ad esempio, ritenersi gli ex pretori che richiesero il *ius respondendi* ad Adriano, come racconta Pomponio (D. 1, 2, 2, 49).

QUOD VETERES CONSTITUERUNT Sul significato originario della ‘Perpetuatio obligationis’*

1. – Come è noto, le fonti lasciano chiaramente desumere che i *veteres* impiegano la nozione di *perpetuatio obligationis* per render possibile la condanna del convenuto in un’azione con *intentio* ‘s. p. NN^m AA^o ex sponsione servum Stichum dare oportere’ (*actio ex stipulatu certi*), ovvero ‘s. p. NN^m AA^o ex testamento LTⁱ servum Stichum dare oportere’ (*actio ex testamento certi*), o ‘s. p. NN^m servum Stichum dare oportere’ (*condictio certae rei*), nel caso in cui la prestazione fosse divenuta impossibile e l’impossibilità andasse imputata al convenuto stesso o dovesse esser posta a suo rischio in quanto intervenuta durante la mora. Si parla, in proposito, dell’esistenza di una *regula* della *perpetuatio obligationis*, e dalla lettura dell’insieme dei testi relativi se ne desume approssimativamente il tenore¹: ‘*si per debitorem steterit quo minus res detur, perpetuatur obligatio*’.

Tutto ciò è, nel complesso, accettabile: purché si tengano presenti alcune precisazioni, ed anzitutto che il *deverbativum* ‘*perpetuatio obligationis*’ è di conio dei romanisti²: nelle fonti ricorre solo il costrutto verbale *perpetuare*³ (ovvero *perpetuari*⁴) *obligationem*⁵. Che i *veteres* impiegassero l’espressione *perpetuari* o *perpetuare obligationem* appare del tutto probabile, specie dal tenore di

D. 45, 1, 91, 3 (Paul. 17 ad Plautium): *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intelligendum sit ...*

* Pubblicato in *Iurisprudentia universalis*, Festschrift für Theo Mayer-Maly, 2002.

¹ L’enunciato che segue è quello che, per «la regola» (così ancora la denominavo) dei *veteres*, proponevo io stesso nel volume *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996, 115; ma esso non si discosta sensibilmente da quanto comunemente si pensa in proposito.

² KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *Studi Biondi I*, Milano 1965, 123; FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn/München/Wien/Zürich 1990, 103.

³ Paul. D. 46, 1, 58, 1; Paul. Pomp. D. 45, 1, 91, 4 (in un luogo di questo testo la Fiorentina ha *perpetuari*, ma per errore: *Pomponio perpetuar[i]<e> placet*).

⁴ Paul. Cels. Iul. D. 45, 1, 91, 3; Paul. Pomp. D. 41, 1, 91, 4 (*itaque perpetuatur obligatio*).

⁵ Con alcune varianti, ma tutte chiaramente senza riferimento al tenore della *constitutio* dei *veteres*: Paul. Pomp. D. 45, 1, 91, 4 cit. (*primo quaeramus, quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant*); Paul. Pomp. D. 45, 1, 91, 5 (*producere obligationem*); Paul. D. 46, 1, 58, 1 cit. (*durat obligatio*); Paul. D. 45, 1, 49 pr. (*quatenus maneret filius ex stipulatu obligatus*). Su Paul. D. 22, 1, 24, 2 (*perpetuam facit stipulationem*) vedi più avanti.

dove Paolo si pone espressamente il problema del senso dell'enunciato tradizionale, e sarebbe assai strano che in questa occasione se ne discostasse proprio nell'impiego dell'espressione caratteristica; è ben più facile che egli se ne discostasse invece scrivendo *perpetuam facit stipulationem* in

D. 22, 1, 24, 2 (Paul. 37 ad ed.): ... *item cum procurator interpellaverit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem.*

Nel passo riportato in D. 22, 1, 24 pr.-2 Paolo si occupava di problemi di mora⁶, e la *constitutio* dei *veteres* poteva rappresentarvi solo un punto di partenza; se Paolo ve l'aveva enunciata, doveva averlo perciò fatto prima di tutto quel ch'egli vi dice, ed anche di quel che dice in D. 45, 1, 49 pr.-3, che con questo fr. 24 sembra fosse connesso nel suo libro 37 *ad edictum*⁷. Ma la struttura dei due frammenti non permette, invero, di argomentare in modo sicuro, perché essi possono essere stati costruiti dai compilatori scegliendo qua e là frasi che ritenevano particolarmente interessanti dentro una più ricca casistica, che il giurista vi faceva con più ordine. In effetti, il materiale appare, così come si presenta nel Digesto, un po' raffazzonato. In particolare, nell'insieme dei due frammenti, i luoghi che interessano la *perpetuatio* sono frammisti ad altri che non l'interessano punto o non l'interessano necessariamente. Il primo è quello già riportato, che per altro – lo si sarà notato leggendolo – appare lacunoso, anche se è ben possibile che Paolo lo abbia scritto proprio così: vi manca infatti l'allusione alla morte dello schiavo promesso, necessaria a giustificare l'allusione alla *perpetuatio*⁸; menzione che invece compare puntualmente negli altri due luoghi che interessano il nostro tema, e che appartengono al passo parallelo:

D. 45, 1, 49 (Paul. 37 ad ed.): *Cum filius familias Stichum dari sponderit et, cum per eum staret quo minus daret, decessit Stichus, datur in patrem de peculio actio, quatenus maneret filius ex stipulatu obligatus: at si pater in mora fuit, non tenebitur filius, sed utilis actio in patrem danda est: quae omnia et in fideiussoris persona dicuntur. ... 3: Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit et servus decesserit, non videtur per eum stetisse.*

Sulla base della constatazione che tutti i testi nei quali compare l'espressione *perpetuare (perpetuari) obligationem* in relazione alla *constitutio* dei *veteres* ci provengono da Paolo, si è sostenuto che essa non appartenesse all'enunciato dei giuristi repubblicani, ma rappresentasse una traduzione che Paolo faceva del loro pensiero nel proprio linguaggio⁹.

⁶ Nel contesto, secondo il LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I, Leipzig 1889, 1043 s., della trattazione relativa all'*actio rei uxoriae* (LENEL, *Edictum perpetuum*, 3^a ed., Leipzig 1927, § 113, 303 ss.).

⁷ Nel luogo cit. di LENEL, *Pal. I*, vedi i fr. Paul. 547-549.

⁸ Diversamente FLUME, *Rechtsakt* cit., 33 n. 25.

⁹ GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*, in *SZ* 34 (1913) 260

La cosa è astrattamente possibile. Il Flume, senza prendere precisamente posizione in questo senso, appare interessato dal ‘*perpetuam facit stipulationem*’ che compare in Paul. D. 22, 1, 24, 2 e che riporterebbe l’enunciato dei *veteres* ad una forma consona con la dommatica dell’atto, secondo lui più naturalmente familiare ai giuristi romani che non quella del rapporto¹⁰. Però, in questo modo, la *constitutio* dei *veteres* verrebbe ad essere riferita solo al regime della *stipulatio* e non anche a quello del legato obbligatorio; se supponiamo che a questo essa sia stata estesa in un secondo tempo, siccome non è pensabile che ciò sia avvenuto molto più tardi, dovremmo pensare che la forma comprensiva di entrambe le ipotesi, cioè quella riferita all’*obligatio*, rappresentasse comunque una variante anch’essa risalente ai *veteres*.

Quanto al *perpetuare*, che pure il Gradenwitz attribuisce alla versione paolina della *constitutio*, va detto che esso è un verbo poco frequente nei testi della giurisprudenza romana. A proposito del problema di cui ci stiamo occupando, esso compare bensì solo nei testi di Paolo che ho già citato nelle note 3 e 4, però anzitutto va detto che non solo in D. 45, 1, 91, 3 l’espressione *perpetuare obligationem*, come già notavo, è presentata come caratteristica dell’antico enunciato, ma ancora che tutto il paragrafo seguente, dove si continua l’analisi di ‘*haec constitutio*’ il discorso è costruito insistendo sul *perpetuare* in un modo che non lascia dubbi sul fatto che Paolo alludesse al termine caratteristico dell’enunciato originario, e con una citazione di Pomponio fatta in modo da lasciar pensare che anch’egli si esprimesse negli stessi termini:

D. 45, 1, 91, 4 (Paul 17 ad Plautium): *Nunc videamus in quibus personis haec constitutio locum habeat. quae inspectio duplex est, ut primo quaeramus, quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. utique autem principalis debitor perpetuat obligationem: accessiones an perpetuent, dubium est. Pomponius perpetuare placet: quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat? cuius sententia vera est: itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum. accessionibus quoque suis [-]*¹¹ *perpetuant obligationem, quia in totam causam sponderunt*¹².

Va anche osservato che fra i pochi – come si diceva – testi giurisprudenziali nei quali il verbo *perpetuare* si trova impiegato, questi, che si riferiscono al *perpetuare*

(259 ss.); lo segue il FLUME, *Rechtsakt* cit., 103, adducendo altri argomenti: in proposito vedi CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SD 57* (1991), 360.

¹⁰ Su tutto questo problema, centrale nel cit. *Rechtsakt* del FLUME, vedi anche il mio *Atto giuridico* cit. (*SD 57*, 335 ss.), che del libro del FLUME è una recensione. Non è invece attendibile l’altra argomentazione, che il Flume desume da SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 455, secondo il quale il termine *obligatio* non sarebbe ancora stato acquisito (*not yet current*) al linguaggio giuridico romano alla fine della repubblica: ma, in mancanza di sufficienti testi giuridici, l’autore fa le sue statistiche sui testi letterari.

¹¹ Qui si legge ‘*id est fideiussoribus*’, glossa secondo LENEL, *Pal. I*, 1177 n. 1.

¹² Vedi anche il paragrafo successivo (D. 45, 1, 91, 5), dove, per Paolo stesso e Pomponio, il *perpetuare obligationem* è parafrasato con *producere obligationem*, come già verso l’inizio del paragrafo 4.

obligationem, sono i soli nei quali il suo impiego è palesemente tecnico. Paolo stesso lo usa ancora due volte, una per dire che, se sia stata fatta la *litis contestatio* di un'azione soggetta a prescrizione (*actio temporalis*), il tempo della prescrizione trascorrerà senza più estinguerla, e ciò egli esprime scrivendo che *actiones temporales perpetuantur*¹³; una seconda, in un testo dei *Vaticana fragmenta* che ha presentato qualche difficoltà interpretativa¹⁴, dove il responso di Paolo alla fine ha la forma *'Paulus respondit mulieris nomine postulatam videri <et per quemcumque po>sse actionem rei uxoriae perpetu<a>ri'*¹⁵, e vuol dire semplicemente che l'*actio rei uxoriae* che spettava alla moglie divorziata defunta, in forza della *postulatio* effettuata in vita di lei a suo nome da un terzo, anche se non altrimenti legittimato ad agire, ha permesso che l'azione si trasmettesse ai suoi eredi. Vi sono poi due testi di Ulpiano, nel primo dei quali *perpetuari* è impiegato in modo affine a quello che abbiamo visto in Paul. D. 27, 7, 8¹⁶; nel secondo¹⁷ si usa tre volte il verbo *perpetuari* per dir di una pena (pubblica) temporanea che si muta in perpetua, ad esempio: *'plane si decennio damnatus fuit et initio statim fugit, videndum est, utrum duplicari ei tempora debeant, an vero perpetuari, vel transferri in opus metalli'*.

Più problematico risulta stabilire quale fosse l'espressione che vada attribuita alla presunta forma della *constitutio* dei *veteres* per indicare l'imputabilità al debi-

¹³ Paul. D. 27, 7, 8, 1 in fine: ... *nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte et temporales perpetuantur*.

¹⁴ Frg. Vat. 112 (Paul. 8 resp.), sul quale da ultimo, oltre a KASER/HACKL, *Römisches Zivilprozeßrecht*, 2^a ed., München 1999, 202 n. 5, JAKOBS, *Culpa und interpellatio bei der mora debitoris nach klassischem Recht*, in TR 42 (1974) 51. Mi sembra comunque chiaro quanto segue. Il caso riguarda l'esperimento, davanti ad un magistrato municipale (*duumvir*) di un'*actio rei uxoriae* per la restituzione dei beni dotali (e peculiari) di una donna (*Seia*, ma il nome è solo nelle integrazioni: i nomi delle parti appaiono comunque tutti fittizi), divorziata da *Flavius Vetus iunior*. All'inizio del testo il compilatore dei Vat. ha omesso la parte che riportava la dichiarazione (*bis verbis*) con la quale *L. Titius*, senza avere alcuna qualifica che lo legittimasse ad agire (<*neque tutor Seiae neque curator neque procurator neque cognitor aut <actor ei>us <fuisset neque omnino actionem> haberet*) aveva esercitato a nome della moglie (*Seia*) divorziata l'azione contro il marito *Flavius Vetus*, giungendo evidentemente a concludere la *litis contestatio*. In seguito la moglie muore, e l'erede di lei *Anicius Vitalis* chiama in giudizio il marito *Flavius Vetus*, che compare e si dichiara (presumibilmente, perché la sua dichiarazione non si legge) pronto a proseguire nel giudizio (secondo Mommsen) ovvero obietta che l'attore non ha diritto ad esercitare l'azione (secondo Huschke). A questo punto il processo è sospeso. Prima della prosecuzione – si deve pensare in successivi contatti fra gli avvocati delle parti ovvero a seguito della dichiarazione del convenuto, rispettivamente seguendo l'integrazione del MOMMSEN o quella dello HUSCHKE – viene posto a Paolo il quesito «se l'azione sia stata trasmessa agli eredi della donna (<*Seia mortua an a>d heredes eius actio transierit*)» dato il difetto di qualità per agire di *L. Tizio*. Donde il responso positivo di Paolo.

¹⁵ L'integrazione della lacuna di questa frase si giova dello scolio: *'Posse per quemcumque actionem <rei uxoriae> perpetuari'*.

¹⁶ D. 12, 2, 9, 3 (Ulp. 22 ad ed.): *Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, ut iurem eum dare oportere, egoque iuravero, tempore non liberatur, quia post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio*.

¹⁷ D. 48, 19, 8, 7 (Ulp. 9 de off. proc.).

tore dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Una locuzione del tipo '*si per debitorem steterit quo minus res detur*' appare preferibile, oltre che per la sua perfetta idoneità a comprendere tanto la casistica della *culpa debitoris* quanto quella della mora¹⁸, per l'insistenza con la quale le fonti l'adottano o comunque vi fanno allusione¹⁹, anche se, per vero, ciò avviene pure in testi che con la *perpetuatio obligationis* non hanno a che fare²⁰. Tuttavia, non si deve affatto escludere la variante allusiva alla *culpa* del debitore, perché in suo favore militano più indizi, e nient'affatto inconsistenti, primo fra i quali la sua presenza nel solo testo dove la *constitutio* è presentata come riportata in una forma corrispondente all'enunciato dei *veteres*: e già ho insistito sull'infondatezza di ogni atteggiamento critico nei confronti di questa testimonianza di Paolo, almeno nella misura in cui si voglia sostenere che il giurista severiano consapevolmente e volutamente ritraducesse un enunciato antico nel proprio linguaggio. Va ammesso, io credo, in sostanza, che Paolo intendesse propriamente citare, quando scriveva:

D. 45, 1, 91, 3 (Paul. 7 ad Plautium): *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intelligendum sit; ...*

È vero – già vi ho accennato – che questa formulazione appare meno adatta di '*si per debitorem steterit*' a riferirsi anche all'ipotesi della mora, ma dal seguito dello stesso passo risulta evidente che per Paolo non era così, perché l'inizio della sua trattazione, che segue immediatamente le parole ora riportate, si riferisce subito ad entrambi gli ambiti di applicazione della *constitutio*, proprio precisando che per quello della colpa non sorgono problemi, mentre per quello della mora una precisazione deve essere acquisita; ma quel che si tratta di precisare è solo che la mora non produce necessariamente l'effetto del *perpetuare*, in quanto può essere purgata con un'offerta tardiva:

... 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 fuerit, extinguatur superior mora. et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo ...

Del resto, che la mora del debitore sia riconducibile alla sua colpa, nel senso che la mora nell'adempiere debba considerarsi un comportamento colpevole, emerge da altri testi come in

¹⁸ Vedi in particolare Pomp. D. 45, 1, 23.

¹⁹ Si possono vedere ancora: Pomp. D. 12, 1, 5; Iul. D. 13, 5, 23; Afr. D. 17, 1, 37; Paul. D. 23, 3, 56 pr.; Paul. D. 44, 7, 45; Paul. D. 45, 1, 49 pr. e 3; Sab. in Pap. D. 45, 1, 115, 2; Ven. D. 46, 2, 31 pr.; Pomp. D. 46, 3, 92 pr.; Paul. D. 47, 2, 13 (che significa: lo *stipulator* non ha l'*actio furti* se la cosa sia stata rubata presso il debitore in mora).

²⁰ Ad esempio: Afr. Serv. D. 44, 7, 23; Scaev. D. 45, 1, 135, 2; Ven. D. 45, 1, 137, 2.

D. 46, 1, 58, 1 (Paul. 22 quaest.): *Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio, veluti si moram fecit in Stichum solvendo, et is decessit.*

dove la mora è addotta come esempio di *factum debitoris*, e 'factum' è termine caratteristico per l'individuazione del concreto comportamento colpevole. Ma, a favore della formulazione originaria in termini di colpa della parte della *constitutio* dei *veteres* che riguarda l'imputabilità dell'inadempimento, esiste un argomento particolarmente sostanzioso.

Mi è avvenuto già di sottolineare come la costruzione della *perpetuatio obligationis* debba considerarsi, in termini di Dogmengeschichte, segnata da un rapporto di dipendenza con l'elaborazione dommatica della responsabilità aquiliana²¹. Da una certa impostazione delle fonti, sembra risultare evidente che il primo caso emblematico sul quale i giuristi impostarono il problema della responsabilità contrattuale sia stato quello del *promissor* obbligatosi a *dare servum Stichum*, il quale si trovasse poi nell'impossibilità di adempiere per avere egli stesso cagionato la morte del proprio schiavo: e che la soluzione sia stata elaborata nel senso di rendere utilizzabili, nel contesto dell'azione *reipersecutoria* nascente dalla *stipulatio*, schemi decisionali analoghi a quelli che già erano stati elaborati per l'azione penale *ex lege Aquilia* in relazione al caso di chi avesse ucciso lo schiavo altrui. Se le cose si svolsero effettivamente così, diviene logico che l'allusione alla premessa di fatto sia stata dapprima espressa, nella *constitutio*, in termini di colpa, '*quotiens culpa intervenit debitoris*' secondo il modello di Paolo, e che la diversa formulazione '*si per debitorem steterit quo minus ... detur*' sia stata preferita in un secondo tempo, quando si pensò di estendere la soluzione al caso della mora: magari non tanto perché, come abbiamo visto, la mora non potesse essere considerata come un contegno colpevole, ma perché la mora stessa non genera, come invece il *factum* colpevole, la responsabilità; essa non perpetua, cioè, l'obbligazione, ma pone unicamente l'impossibilità eventuale a rischio del debitore. '*Si per eum steterit quo minus Stichus detur*', in altre parole, permette di indicare come imputabile al debitore l'impossibilità di *dare servum Stichum* tanto se la sua colpa consista nell'aver eliminato Stico, quanto se essa consista nel non aver dato Stico quando darlo era possibile.

Tutta questa vicenda, che portò alla compiuta elaborazione della *constitutio* dei *veteres*, è databile con sufficiente approssimazione, tra la promulgazione della *lex Aquilia*, all'epoca degli *Aelii*, forse più precisamente ad un anno vicino al 200 a.C.²², e il responso di Publio Mucio sulla dote di Licinia²³, di poco posteriore al-

²¹ Rinvio in particolare a quanto ho scritto in *Sul problema* cit., 114 ss. (nel contesto del § 12, 109 ss.).

²² Sulla datazione della *lex Aquilia* vedi da ultimo CANNATA, *Il terzo capo della lex Aquilia*, in *BIDR* 98/99 (1995/1996) 132.

²³ *Iav. Serv. P. Muc. D. 24, 3, 66 pr.* Vedi CANNATA, *Sul problema* cit., 137 con la n. 237.

la morte di Caio Gracco nel 122 a.C., il testo più antico dal quale ci risulta che l'impiego della nozione di colpa contrattuale era ormai acquisita anche al difuori del suo legame con i problemi della *stipulatio* e del legato obbligatorio, e quindi anche al difuori del campo di applicazione della *constitutio* dalla quale tale impiego aveva preso inizio.

Ora, l'insieme delle considerazioni svolte in questo paragrafo suggerisce la conclusione che la *constitutio* dei *veteres* non abbia, in realtà, mai avuto una formulazione stereotipa. Essa, del resto, come vedremo meglio più avanti, non consisteva in una *regola*, ma in una definizione dommatica, e la sua formulazione può non solo essere stata diversa a seconda dei casi ai quali veniva applicata, ma, se essa fu mai enunciata in modo autonomo, il giurista che vi si cimentava può aver piuttosto curato di spiegarne il senso che non di fissarne una precisa formulazione.

2. – È certo, tuttavia, che i giuristi classici trattarono la *constitutio* dei *veteres* come una regola: ma ciò dipende dal fatto che essi si preoccuparono solo, a quanto risulta dalle fonti, di chiarirne la portata pratica. Questo è palesato assai chiaramente dal discorso di Paolo nel luogo più volte citato. In D. 45, 1, 91, 3, subito dopo avere informato *de eo, quod veteres constituerunt*, egli pone il problema di stabilire *quemadmodum intellegendum sit*, ma con ciò egli non intende affatto chiedersi che cosa i *veteres* avessero inteso esprimere con la loro *constitutio*, perché precisa solo aspetti della sua portata pratica: e prosegue dicendo anzitutto che se il *promissor* abbia reso egli stesso impossibile la prestazione (*si effecerit promissor, quo minus solvere possit*), problemi non se ne pongono (*expeditum intellectum habet constitutio*)²⁴, ma se invece egli fosse solo stato in mora (*si vero moratus sit tantum*), un dubbio c'è (*haesitatur*) e si deve seguire, come già aveva fatto Giuliano, l'opinione di Celso, secondo il quale la mora doveva considerarsi riparata da un'offerta tardiva (*qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo*); ancora prosegue poi nei successivi paragrafi 4 e 5, spiegando *in quibus personis haec constitutio locum habeat*, per concludere con la spiegazione più importante, e cioè a quali conseguenze pratiche conduca l'applicazione della *constitutio*:

D. 45, 1, 91, 6 (Paul. 17 ad Plautium): *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]*²⁵, quod et Iuliano placet.

²⁴ Cfr. Paul. D. 45, 1, 91 pr.

²⁵ Interpolato secondo LENEL, *Pal. I*, 1177 n. 2.

Questa tendenza, a ridurre quella della *perpetuatio* ad una semplice regola pratica, fu una tendenza assai diffusa presso la giurisprudenza classica: e il fenomeno si comprende agevolmente. Finché i giuristi parlavano tra di loro, potevano ben supporre che '*expeditum intellectum habet constitutio*': ma i loro libri avevano anche altri destinatari, e comunque raccoglievano anche cose che i giuristi avevano detto o scritto per altri destinatari, persino comuni privati, ma soprattutto avvocati, gente tutta comunque per la quale apprendere che, se l'impossibilità è imputabile al debitore, *perpetuatur obligatio* avrebbe rappresentato, se non un oscuro enigma, certo qualcosa di non perspicuamente definito. Ad essi si doveva almeno dire che: '*effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit*', o, come ben esplicitava Pomponio:

D. 45, 1, 23 (Pomp. 9 ad Sab.): *Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum.*

Questo tipo di semplificazioni, che corrispondono anche – come già dicevo, e ne vedremo il senso preciso nel paragrafo seguente – ad una sempre maggiore conversione della *constitutio* dei *veteres* in una regola operativa, allontanandosi così dal suo autentico carattere di definizione dommatica, trovano il loro apice in due testi, uno ancora di Paolo, non forse a caso inserito nelle *Sententiae* dal compilatore epiclassico di queste, ed un altro di Ulpiano:

Paul. sent. 5, 7, 4: *Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret*²⁶: ...

D. 45, 1, 82, 1 (Ulp. 78 ad ed.): *Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nibilo minus, proinde ac si homo viveret.*

Come si vede, da questi ultimi testi appare chiaro che la trasformazione della *constitutio* dei *veteres* in regola è giunta alfine a concretarne l'operatività in una finzione. La letteratura romanistica si è lasciata ovviamente coinvolgere in questo modo di vedere. Che quella della *perpetuatio* fosse *ab origine* una regola è automaticamente ammesso da tutti non escluso me stesso, dalla prima volta che mi avvenne di scrivere su questo tema²⁷; quanto al suo operare con una finzione, il von Lübtow²⁸ giunse a sostenere che questa si concretava in una *fictio* formulare, opinione senza seguito già per la critica che con poche, precise parole ne fece il Ka-

²⁶ Tralascio qui il resto della frase, perché potrebbe perfino provenire da un glossema.

²⁷ CANNATA, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la culpa debitoris nelle obbligazioni da stipulatio in dando*, in *SD* 32 (1966) 88 ss. = *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico* (corso Cagliari 1967/68), Milano 1969, 91 ss.

²⁸ VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Conductio nach röm. und gelt. Recht*, Berlin 1952, 81.

ser nella prima edizione del suo manuale²⁹, ma che la regola della *perpetuatio* comprendesse una finzione fu sostenuto poi dal Kaser stesso nel suo studio generale sul tema³⁰. Contro l'idea della finzione, e proprio con riferimento ai due testi di Paolo e Ulpiano, da ultimo citati si è pronunciato il Jacobs, ed il suo pensiero è stato ripreso dal Flume³¹: ma la posizione dei due autori, se rivela la loro acuta sensibilità dommatica, non basta per togliere la presenza di una finzione in Paul. sent. 5, 7, 4 e Ulp. D. 45, 1, 82, 1³²: essi notano infatti che in quei passi non si fa affatto finta che la cosa esista ancora, soltanto si avverte che il *promissor*, benché lo schiavo in realtà sia morto, è tenuto come se egli fosse vivo, il che significa solo che in un'azione esperita contro un debitore inadempiente perché la prestazione è divenuta impossibile per sua colpa o durante la sua mora, devono applicarsi per analogia le regole che si applicherebbero se l'azione fosse stata esperita quando la prestazione era ancora possibile. Ciò è verissimo: ma il fatto è che questa, per i giuristi romani era una finzione. La *fictio* formulare, che per i giuristi romani rappresentava certo una finzione per eccellenza, è proprio, sempre, espressa in questi termini: essa presenta un fatto o una situazione irreali come protasi di un periodo ipotetico dell'irrealità (*si heres esset, si anno possedisset*), ordinando al giudice di giudicare come se essa fosse vera, per far sì ch'egli consideri la situazione sottopostagli come analoga a quella ipotizzata³³.

In ogni modo, per vie diverse e più o meno corrette si giunge sempre, alla fine, ad una conclusione. Certo può darsi che qualcosa mi sia sfuggito: ma non mi è mai capitato né leggendo, né parlando con romanisti ed anche con civilisti, di trovare qualcuno che non pensasse che la regola della *perpetuatio obligationis* significhi che colpa e mora del debitore hanno l'effetto di far considerare il debitore, ormai nell'impossibilità di adempiere, ancora tenuto all'esecuzione della prestazione primaria, e che quindi i *veteres* non costruissero la responsabilità come sostituzione dell'obbligazione alla prestazione primaria – il dovere di eseguire la prestazione dovuta in forza del contratto – con l'obbligazione alla prestazione secondaria – risarcire

²⁹ KASER, *Römisches Privatrecht* I, 1^a ed., München 1955, 428 n. 1; cfr. *Römisches Privatrecht* I, 2^a ed., München 1971, 514 n. 2; anche MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsmöglichkeit im römischen Recht*, in *SZ* 86 (1969) 72 s.; ma anche il MEDICUS, naturalmente, vede nella *perpetuatio* una finzione (quella, precisamente, della *perpetuatio rei*): vedi in particolare p. 73 n. 19, dove egli prende specificamente posizione contro di me.

³⁰ KASER, *Perpetuari obligationem*, in *SD* 46 (1980) 128 s.

³¹ FLUME, *Rechtsakt* cit., 103 s.; a p. 104 n. 28 l'autore riporta il luogo più significativo del discorso del JACOBS (*Unmöglichkeit und Nichterfüllung* [1969], 180 n. 39).

³² Già in questo senso, ma in modo ancora insufficiente, analizzavo l'insieme del pensiero del FLUME (*Rechtsakt* cit., 103-106) nel mio *Atto* cit., 361 s.

³³ Le finzioni del processo formulare romano non erano, in altre parole, concepite come quelle del Common Law, dove fatti non veri sono acquisiti come veri (come il "lost deed") agli atti del giudizio, o soggetti inesistenti vi compaiono come reali (William Styles) e persino come parti in causa (John Doe, Richard Roe).

il danno cagionato con l'inadempimento –; all'obbligazione secondaria essi non avrebbero pensato del tutto.

Ora, questo mio breve contributo, che mi è grato offrire all'amico Theo Mayer-Maly³⁴, ha infine questo solo scopo: di mostrare che la conclusione enunciata è del tutto assurda³⁵, e che essa non corrisponde per nulla a quello che era il pensiero dei *veteres*, che tenterò di ricostruire.

3. – Dall'insieme di quanto abbiamo visto nei due paragrafi che precedono, risulta giustificato pensare che la *constitutio* dei *veteres* sia stata pensata in relazione al caso della *stipulatio* e della *culpa debitoris*, quando cioè l'impossibilità di una prestazione promessa di trasferire la proprietà (*dare*) di una cosa determinata nella specie (*servum Stichum*) dipendesse da un fatto colpevole del debitore e per questo il perimento gli si considerasse imputabile. Perciò anche noi nel nostro sforzo di comprendere esattamente il senso della *constitutio*, ragioneremo sullo stesso caso: voglio però precisare che se partissimo invece dal caso della mora, le cose non cambierebbero, solo il ragionamento si farebbe inutilmente un po' più complicato; ma ciò proprio perché, così facendo, si cercherebbe di trovare il senso di una proposizione partendo da una sua estensione. Osserviamo subito ancora un'altra cosa: che nell'enunciato paolino della *constitutio* in D. 45, 1, 91, 3, il pensiero dei *veteres* è presentato come la notizia di una constatazione. Nessun altro testo contraddice questa impressione: i *veteres* non si espressero come formulando una regola, non dissero che, se il debitore genera con un suo fatto l'impossibilità della prestazione, la sua obbligazione deve considerarsi perpetuata. Essi dissero (*constituerunt* stabilirono) semplicemente che, in seguito a tale comportamento del debitore, l'obbligazione risulta perpetuata: *quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*.

Se ne desumono due corollari.

Il primo – già l'avevo anticipato – che la *constitutio* dei *veteres* consisteva in una pura proposizione dommatica: essi non facevano che determinare quale fosse la conseguenza che giuridicamente si produce sul rapporto obbligatorio per effetto di quel determinato *factum debitoris*.

Il secondo corollario definisce la natura del rapporto tra il *factum debitoris* e la conseguenza: la perpetuazione dell'*obligatio* è un effetto del *factum debitoris*, il che

³⁴ Un'amicizia che dura ormai da quasi mezzo secolo, e che s'iniziò a Milano, credo nel 1955, in occasione di una lezione di esegesi (in pratica, com'era sempre, una discussione esegetica) che Giovanni Pugliese dedicò, per la presenza del giovane ospite, ai testi relativi al principio *emptio tollit locatum*, e che – siccome allora Theo non dominava la lingua italiana con la naturalezza che raggiunse poi ben presto – ebbe luogo in latino. Mi è grato anche ricordare che il primo lavoro monografico che ho letto e meditato, relativo alla materia qui trattata, è stato MAYER-MALY, *Perpetuatio obligationis: D. 45, 1, 91*, in *Iura* 7 (1956) 6 ss.

³⁵ Lo avevo già affermato, ma senza fornire ragioni esaurienti, nel contesto della mia recensione di REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klass. röm. Recht*, Köln/Weimar/Wien 1993 (con riguardo a p. 177 s.), pubblicata col titolo *Le disavventure del capitano P.J. Vos*. Vedi *Labeo* 41 (1955) 410 s.

può essere espresso anche dicendo che è il debitore stesso a perpetuare l'obbligazione; il *promissor*, uccidendo lo schiavo Stico, perpetua la sua obbligazione di darlo. Ciò corrisponde perfettamente, per altro, al modo in cui Paolo si poneva il primo dei problemi che poi affrontava nel paragrafo 4 di

D. 45, 1, 91, 4: ... *primo quaeramus, quae personae efficiant perpetuam obligationem ... principalis debitor perpetuat obligationem: accessiones an perpetuent, dubium est: Pomponio perpetuare placet ...*

A questo punto, come si comprende, siamo giunti al fulcro del problema, perché si tratta di stabilire infine che cosa significhi esattamente *perpetuare obligationem*. La soluzione di questo problema è, in realtà, più semplice di quanto possa apparire a prima vista, in quanto è possibile stabilire subito che cosa *perpetuare obligationem* non significa: e quel che la locuzione non può significare, è proprio quel che in generale si ritiene che essa significhi. La proposizione dei *veteres* vuole spiegare quale sia, nei casi considerati, l'effetto che sull'obbligazione produce l'impossibilità della prestazione. Ora, i *veteres* non potevano dire che l'effetto dell'impossibilità della prestazione è che la prestazione è ancora dovuta: un'affermazione di questo genere sarebbe possibile nel contesto di una regola pratica, ma non nel contesto di una proposizione dommatica. Nessun giurista, non dico degno di questo nome, ma semplicemente non affetto da analfabetismo dommatico, può venirci a raccontare che la realtà giuridica di una situazione di fatto consiste nella realtà della situazione di fatto opposta. Che il debitore, ucciso lo schiavo Stico, non possa più dare lo schiavo Stico rappresenta una premessa insuperabile senza una finzione: ma la finzione non ha cittadinanza in una definizione dommatica.

Osserviamo invece, come ai *veteres* si presentasse il problema, che essi erano chiamati a risolvere. Il loro problema era quello di permettere la condanna del debitore che avesse eliminato con un proprio fatto colpevole lo schiavo Stico promesso. In relazione a ciò, essi si trovavano di fronte ad un fatto e a due principi giuridici: il fatto era quello dell'impossibilità della prestazione (morte dello schiavo dovuto); i due principi erano quello secondo il quale l'impossibilità sopravvenuta della prestazione libera il debitore e quello secondo il quale il debitore non può liberarsi dalla sua obbligazione con un fatto esclusivamente proprio, cioè imputabile unicamente a lui stesso. Ora, il fatto rappresentava un dato insormontabile: se lo schiavo Stico è morto, è morto e non c'è più, e la prestazione dovuta dal *promissor* risulta dunque impossibile; ma i due principi giuridici, in relazione alla fattispecie in gioco, vengono a contraddirsi, il che rende necessaria una specifica valutazione degli esiti della loro combinazione. E la risposta è chiara: siccome il debitore non può liberarsi dell'obbligazione con un fatto proprio, il fatto ch'egli abbia ucciso lo schiavo non può liberarlo³⁶, quindi non estingue l'obbligazione; tale fatto ha bensì cagionato

³⁶ Si rilegga attentamente la citazione di Pomponio, diretta a spiegare perché il garante perpetui

l'impossibilità della prestazione, ma, sommando tutto ciò si ottiene semplicemente che il *promissor* non può più adempiere, però rimane obbligato. Questo, precisamente, significa che l'obbligazione è perpetuata: che il debitore, uccidendo Stico, ha perpetuato la propria obbligazione, significa che egli risulta gravato da un'obbligazione di cui non è possibile l'adempimento; egli, in altre parole, si è tolto la possibilità di adempiere. L'obbligazione perpetuata, dunque, è bensì ancora l'obbligazione originaria, perché è essa stessa che ancora dura, non essendo stata toccata dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione; ma essa non ha più il suo oggetto originario, perché la prestazione originaria è inesequibile. Si tratta, precisamente, di un'obbligazione che non ha più oggetto: come tale essa non ha possibilità di rilevanza se non nell'azione del creditore; quest'azione è esperibile, ed esperibile utilmente; siccome l'obbligazione continua a sussistere, il creditore conserva ancora la sua azione; esperendola, egli otterrà la condanna del debitore inadempiente, non perché egli potrebbe adempiere e non adempie, ma semplicemente perché egli è obbligato e non ha adempiuto, e continua a non adempiere. Il debitore sarà dunque condannato perché obbligato non adempie, e sarà necessariamente condannato perché adempiere gli è impossibile. Questo non è affatto un guazzabuglio, perché significa solo che il debitore è responsabile: egli si trova obbligato senza possibilità di adempiere, e quindi sarà condannato precisamente per questo: perché non può adempiere. La *constitutio* dei *veteres* stabilisce dunque: il debitore, che ha cagionato per sua colpa la propria impossibilità di adempiere, è chiamato a rispondere del fatto di non poter più adempiere. Egli non è tenuto all'esecuzione di una prestazione secondaria in luogo della primaria, è semplicemente tenuto dall'azione del creditore.

Come si vede, i *veteres*, con l'idea della *perpetuatio*, hanno precisamente definito la situazione che noi chiamiamo responsabilità, ed in modo assai più limpido che non ricorrendo all'idea della prestazione secondaria. Il rapporto di responsabilità è ancora il rapporto obbligatorio originario, solo che non contiene più il debito, ma la soggezione all'azione. La prestazione secondaria, in effetti, è una specie di fantasma: il dovere di pagare il risarcimento del danno scaturisce dalla sentenza, e non appartiene alla storia dell'obbligazione contrattuale: esso rappresenta un esito della vicenda obbligatoria successivo all'estinzione dell'obbligazione, che in questo caso è intervenuta con l'esercizio dell'azione, cioè la conclusione della *litis contestatio*, perché altrimenti non sarebbe potuta avvenire³⁷.

l'obbligazione col generarne l'impossibilità, in Paul. D. 45, 1, 91, 4: ... *accessiones an perpetuent, dubium est: Pomponio perpetuare placet: quare enim facto suo [fideiussor] <sponsor> suam obligationem tollat? cuius sententia vera est. ...*

³⁷ Questa critica che faccio in generale alle nozioni di prestazione primaria e secondaria non si estende, ovviamente, a quelle – parallele ma diverse – di *Primäranspruch* e *Schadensersatzanspruch*, che invece descrivono esattamente – applicate al nostro caso – la pretesa del creditore finché la prestazione è possibile e rispettivamente la sua pretesa quando l'obbligazione è perpetuata, cioè rispettivamente la pretesa del creditore nel rapporto di debito e in quello di responsabilità. Di questo impiego che faccio, in un senso un poco diverso, della terminologia che risale al Brinz, ho fornito una spiegazione, spero sufficiente, in *Sul problema* cit., 7 n. 23.

4. – L'obbligazione perpetuata, cioè il rapporto obbligatorio di responsabilità, dunque, non può essere estinta con l'adempimento: essa permane solo come possibile fondamento dell'azione, che il creditore esperisca lamentando l'inadempimento della prestazione originaria; l'effetto concreto dell'obbligazione perpetuata nel processo sarà semplicemente di impedire al convenuto di opporre al creditore attore l'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Tutto ciò avviene però, come si è visto, non perché il convenuto sia ancora debitore, cioè sia sempre tenuto ad eseguire la prestazione originaria, ma perché egli è responsabile dell'impossibilità sopravvenuta di tale prestazione. Tutto ciò, e unicamente ciò, scaturiva direttamente dalla *Constitutio* dei *veteres*, con la quale essi avevano chiarito che il debitore, se l'impossibilità della prestazione dipende da lui, dando luogo a questa impossibilità non si è liberato dall'obbligazione, ma solo si è tolto la possibilità di adempierla.

Quel che è difficile stabilire, è se i *veteres* si fossero già posti gli ulteriori problemi, connessi con la loro definizione dommatica dell'obbligazione perpetuata: mi riferisco ora all'insieme dei problemi cui si accenna *per indicem* in Paul. Iul. D. 45, 1, 91, 6, che già abbiamo letto sopra, e dal quale si desume che i giuristi classici almeno dal II secolo d.C., ammettevano – nella loro generalità, a quanto pare, sebbene Paolo dica *creditur* e non *placet* – l'*accepti latio* dell'obbligazione perpetuata, e parimenti ammettevano che di questa potesse fornirsi un garante – il testo parla di *fideiussor* –, quanto alla novazione, egli l'ammette pure, seguendo l'opinione di Giuliano, ma avvertendo nel contempo che tale soluzione è incerta (*dubitationis est*), obbiettando alcuni che *neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus*.

L'insieme di questi problemi è, ad un tempo, praticamente rilevante e dommaticamente difficile. È chiaro che sussiste un interesse pubblico a che l'obbligazione perpetuata possa essere oggetto di operazioni che la modifichino o l'estinguano. Una situazione di responsabilità deve anzitutto poter essere oggetto di transazione; in funzione di ciò, od anche in modo autonomo, benché non possa essere estinta con l'adempimento – anzi proprio per questo – essa deve poter essere oggetto di remissione da parte del creditore, deve potersi garantire e novare. D'altra parte, trattandosi di una situazione di responsabilità senza debito, la normale maneggevolezza dell'obbligazione le fa difetto.

Un indizio del fatto che già al tempo dei *veteres* il problema si sia posto, ci risulta dal modo in cui Aquilio Gallo concepì la *stipulatio Aquiliana*, strumento transattivo caratteristico, se per il testo di questa dobbiamo far fede a Flor. D. 46, 4, 18³⁸. Fra gli oggetti da novare, infatti, dopo le obbligazioni (*quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve*) e prima delle situazioni possessorie che violano la proprietà della controparte (*quodve tu meum habes tenes possides*), sono inserite le soggezioni a pretese giudiziarie di qualunque

³⁸ Ripreso con poche e innocue varianti in I. 3, 29, 2.

genere, considerate come tali: *quarumque rerum mihi tecum actio quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve*. E non c'è dubbio che in questa dizione risultino comprese anche le obbligazioni perpetuate. Fiorentino, nel luogo al quale abbiamo fatto riferimento, ci assicura che il testo della *stipulatio Aquiliana* da lui fornito era ancora quello del più rappresentativo degli *auditores Mucii*: '*eius rei stipulatio, quam acceptio sequatur, a Gallo Aquilio talis exposita est*'. Ma se con ciò dobbiamo ammettere che già nella prima metà del primo secolo a.C. la novazione di un'obbligazione perpetuata non faceva difficoltà nel contesto di una transazione con carattere generale, da quel che dice Paolo risulta che la novazione autonoma di un'obbligazione perpetuata suscitava problemi almeno ancora ai tempi di Giuliano. Rileggiamo la breve notizia che egli ci fornisce in proposito³⁹:

D. 45, 1, 91, 6 (Paul. 17 ad Plautium): ... *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.*

La ragione che vi faceva ostacolo è chiara: la stipulazione novatoria deve menzionare il debito novato⁴⁰: ora, la novazione di un'obbligazione perpetuata di *dare servum Stichum* concepita in termini di questo genere: '*servum Stichum quem mihi debes, kalendis proximis mihi dari spondes?*' non avrebbe avuto alcun effetto, perché Stico è morto, e quindi sarebbe stato come novare l'obbligazione di dare del denaro non dovuto⁴¹. Ma è evidente che non erano questi i termini, nei quali una simile novazione dovesse farsi. Io ritengo che le parole '*si hoc actum inter partes sit*', che, come già avevo annotato sopra dove il testo era riportato la prima volta, il Lenel considerava un'interpolazione, provengano dal fatto che i compilatori hanno soppresso la discussione, che Paolo forse riprendeva da Giuliano, circa il modo nel quale questa novazione andava fatta, e questo modo – di cui non oso proporre una ricostruzione – doveva esser conforme alla natura dell'obbligazione perpetuata. Questa soluzione s'impone, perché non sembra verosimile che Giuliano e Paolo semplicemente ammettessero la novazione, contro coloro che la negavano per una ragione indiscutibilmente corretta, senza dire che costoro avevano torto non nella loro critica, ma perché ragionavano su di una forma negoziale inappropriata. Se così stavano le cose, è anche facile pensare che i compilatori abbiano soppresso tutta questa discussione, considerandola una *subtilitas* dell'antica giurisprudenza.

³⁹ Il testo è ben noto: vedi la letteratura in KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, Köln/Wien 1976, 267 n. 22, cui adde FLUME, *Rechtsakt* cit., 105. Qui non posso che delineare le conclusioni che ritengo si debbano adottare.

⁴⁰ Esempi all'inizio di Ulp. D. 45, 1, 75, 6.

⁴¹ Questo appare il senso della motivazione (*quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus*) che alcuni giuristi adducevano, secondo il testo di Paolo, contro la possibilità di novare un'obbligazione perpetuata.

Nello stesso testo, Paolo dice che l'*accepti latio* si ritiene possibile (*sed et acceptum ei posse ferri creditur*). Qui forse si può pensare che venisse ammesso semplicemente che il creditore rispondesse affermativamente alla domanda '*Stichum quem ego tibi promisi acceptum habes?*'. Nell'*accepti latio* l'effetto estintivo proviene dalla natura di confessione stragiudiziale della dichiarazione del creditore, e questa dichiarazione contiene già di per se stessa una finzione⁴²; nel nostro caso, posto che la forma fosse quella che ho supposto, quanto ai fatti il debitore ha solo affermato di aver promesso lo schiavo, e con ciò ha detto la verità; il creditore ammette di averlo ricevuto, ma non precisa quando. Se si deve ammettere che egli l'ha ricevuto non avendolo ricevuto, non cambiano molto le cose ammettendo che egli l'abbia anche ricevuto quando era possibile che lo ricevesse. La disarmonia permane, perché così l'estinzione dell'obbligazione perpetuata non viene ad essere un effetto diretto dell'*accepti latio*, ma un effetto dell'estinzione dell'obbligazione nel suo stato primitivo, con la conseguenza che essa non si sarebbe potuta perpetuare. Ma queste possono veramente essere considerate sottigliezze.

Paolo dice ancora – la proposizione oggettiva dipende sempre da *creditur* – che si ritiene che per un'obbligazione perpetuata possa assumersi un garante (*creditur, et fideiussorem accipi eius obligationis nomine*). Il testo parla, invero, di *fideiussor*: e certamente non siamo di fronte ad un'interpolazione, perché la garanzia di un'obbligazione perpetuata non è pensabile che mediante fideiussione: è questa, fra le stipulazioni di garanzia, la sola adatta a realizzare la garanzia di una situazione di responsabilità⁴³.

⁴² Sul carattere particolare dell'*accepti latio* come negozio vedi CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* I, Torino 1997, 161 ss.

⁴³ Ulp. D. 46, 1, 4 pr.; Ulp. D. 46, 1, 8, 5; Paul. D. 46, 1, 56, 3; Gai. D. 46, 1, 70, 5.

LA COSIDDETTA 'CONSULTATIO VETERIS CUIUSDAM IURISCONSULTI' *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'aspetto del testo. – 2.1. Cons. 4-5-6. – 2.2. Cons. 7a. – 2.3. Cons. 1-2-3. – 2.4. Gli altri pareri. – 2.5. Cons. 8, 1. – 2.6. L'elenco di testi in Cons. 9. – 3. Sulla natura della *Consultatio*. – 4. La datazione. – 5. Considerazioni finali.

1. Introduzione

Come ¹ tutti sanno, il testo che noi indichiamo ormai come *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* ci è noto unicamente dall'edizione che ne fece il Cuiacio, preponendola alla raccolta dei suoi propri pareri, nel primo volume della terza edi-

* Pubblicato in *Il diritto fra scoperta e creazione – Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di storia del diritto – Napoli, 18-20 ottobre 2001, a cura di Maria Gigliola di Renzo Villata, Jovene, Napoli 2001.

¹ Il testo, che ora oso presentare per la pubblicazione negli atti, è quello stesso che preparai per il convegno della Società italiana di storia del diritto a Napoli nell'ottobre 2001, e che in quell'occasione, piuttosto che non leggerlo, riesposi abbreviandolo un poco; anche le note sono nello stato in cui le redassi a quel tempo. Avrei voluto, per la pubblicazione, rivedere il tutto, ma una serie di circostanze mi hanno impedito di farlo.

Elenco subito qui i lavori che considero rappresentare la bibliografia essenziale sul tema trattato: HEIMBACH, *Was haben die Quellen des Römischen Rechts durch die kiritischen Bestrebungen der neueren Juristen gewonnen? X. Die Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, in *Leipziger Repertorium* 3 (1843), pp. 154-158 (che non mi è stato possibile consultare); RUDORFF, *Über die Entstehung der Consultatio*, in *ZfgRw* 13 (1846), 50 ss.; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* I, Leipzig 1885; HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, Lipsiae 1886, pp. 835-838 (si tratta della prefazione all'edizione citata *infra*, n. 6); CONRAT (COHN), *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im frühen Mittelalter* I, Leipzig 1891 (Reprint Aalen 1963); JÖRS, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, in *RE* IV, 1, 1143 ss.; KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des röm. Rechts*², München und Leipzig 1912, 346 ss.; CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio. Kritisches Referat über eine unvollendet hinterlassene Arbeit von MAX CONRAT (COHN), erstattet von H.U. KANTOROWICZ*, in *ZSS* 34 (1913), 46 ss.; VOLTERRA, *Il manoscritto della Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti e il suo scopritore A. Loisel*, in *Acta congressus iuridici internationalis* II, Roma 1935, 401 ss.; SCHULZ, *Geschichte der röm. Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 408 ss.; SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, in *Labeo* 8 (1962), 16 ss.; WIEACKER, *Allgemeine Zustände und Rechtszustände gegen Ende des weströmischen Reichs*, in *IRMAE* I, 2^a, Milano 1963, 50 ss. (§ 44).

L'articolo del VOLTERRA è ripubblicato in VOLTERRA, *Scritti giuridici* IV, Napoli 1993, 273 ss., dove compaiono anche i numeri delle pagine dell'edizione originale (che userò nelle mie citazioni) e quelli delle pagine dell'estratto. Non ho potuto consultare TARDIF, *Histoire des sources du droit français. Origines romaines* (1890), 75-77.

zione delle sue opere, apparsa a Parigi nel 1577, e poi ancora, emendata, nel secondo volume della sua edizione del Codice Teodosiano, Parigi 1586². Il Cuiacio disponeva del relativo manoscritto, che gli fu dato dal suo allievo Antoine Loisel, il ben noto autore delle *Institutes coutumières* (1607). Di questo manoscritto, Edoardo Volterra³ ha ricostruito e raccontato le vicende, e le probabili vicende dopo che esso era tornato al Loisel⁴, che ancora lo possedeva dopo la morte del Cuiacio, avvenuta nel 1590. Il Volterra ha indagato a fondo, anche nella speranza, quel manoscritto, di ritrovarlo, e le sue ricerche si sono fermate davanti alla porta della biblioteca dei Marchesi Rosambo, chiusa per gli studiosi almeno all'epoca in cui il Volterra pubblicò – era il 1935 – il suo resoconto. Il fatto è che il manoscritto può considerarsi, allo stato attuale, perduto⁵, e quindi tutte le edizioni che noi ne abbiamo si rifanno unicamente a quella del Cuiacio⁶.

Quanto alla conoscenza del tenore del testo, questa perdita può non considerarsi molto grave, ma essa ci priva della possibilità di qualunque considerazione pa-

² In due precedenti riprese, il Cuiacio aveva già pubblicato non il testo della *Consultatio*, ma rispettivamente, nel 1564 (nel libro VII delle *Observationes et emendationes*, nel III vol. della seconda edizione delle sue opere, Lugduni) i passi delle *Pauli sententiae* ancora ignoti ed alcune costituzioni che la *Consultatio* conteneva, e nel 1566 (nella *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, Lugduni) questi stessi testi e quasi tutte le costituzioni. Per queste notizie vedi la prefazione all'edizione del KRÜGER (cit. *infra*, n. 6) e VOLTERRA, *Il manoscritto della Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 401 ss.

³ VOLTERRA, *Il manoscritto della Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 401 ss.; vedi anche RUDORFF, 50 ss.

⁴ Così ricostruisce gli eventi il VOLTERRA, *Il manoscritto della Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 413 sub I), ma un punto rimane oscuro: dalle stesse fonti il RUDORFF, *Über die Entstehung der Consultatio* cit., 51 ss., desunse che il manoscritto rimase sempre presso il Loisel, che ne fornì al Cuiacio solo una copia; la soluzione del Rudorff è poi stata seguita (tranne che dal Volterra, che però non la discute) da tutti; vedi ad esempio: KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* cit., 973; HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt* cit., 835 all'inizio; CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., 47. I dati testuali sono rappresentati da quanto il Cuiacio scrisse nel 1564 in *Observ. et emend.* VII, 26, presentando i passi delle *sententiae* (vedi sopra, n. 2): «Antonius Loisellus Bellovacus vir iuris scientissimus et mihi summus amicus superiore anno antiquissimi cuiusdam Iurisconsulti Consultationem ... ad me misit ...» (VOLTERRA, *Il manoscritto della Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 402), nonché quel che, dopo la morte del Cuiacio, il Loisel scrisse in una lettera (VOLTERRA, *Il manoscritto della Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 412): «... ma Consultation, c'est à dire celle que j'ay donnée à feu M. Cujas mon Maistre, et laquelle il a faite imprimer au commencement des siennes, dont j'ay l'original authentique par-devers moy ...».

⁵ SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 16.

⁶ VOLTERRA, *Il manoscritto della Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 401. L'edizione più importante è del KRÜGER, in *Collectio librorum iuris anteiustiniani* III, Berolini 1890, pp. 201-220, sulla quale si basa quella del BAVIERA, in *FIRA* II, 593 ss., purtroppo compromessa da numerosi errori di stampa e munita di un apparato insufficiente. Altre edizioni: SCHULTING, *Iurisprudentia vetus anteiustiniana* (editio nova), Lipsiae 1737, 813 ss.; PUGGÉ, *Corpus juris anteiustiniani* I, 1831, 333 ss. (non l'ho vista e cito secondo GIRARD, *Textes* [vedi più avanti], 621); HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, Lipsiae 1886, 835 ss., ripresa e rielaborata dal KÜBLER in SECKEL-KÜBLER, *Iurisprudentiae Anteiustinianae reliquias* II, 2, Lipsiae 1927, 485 ss.; GIRARD, *Textes de droit romain*, Paris 1923, 621 ss.

leografica⁷: in particolare non sappiamo se il manoscritto risalisse al tempo in cui il testo fu composto ovvero se esso fosse quello di una copia più tarda. Il Cuiacio stesso non c'illumina affatto in proposito: tuttavia, in particolare da quanto egli scriveva nell'epistola dedicatoria⁸ al suo allievo Jacques de Guesle, premessa all'edizione del 1577, qualche notizia la possiamo ricavare⁹. Soprattutto, è evidente che il manoscritto non recava alcun titolo¹⁰; quello che noi usiamo fu premesso dal Cuiacio all'edizione del 1577, ma già la prima volta che egli fece allusione al testo lo indicò come *antiquissimi cuiusdam Iurisconsulti Consultationem*¹¹, dove l'uso del termine *consultatio* gli fu probabilmente suggerito dall'inciso '*quod minime fuerat necessarium consultationem nostram tuis utilitatibus sciscitari*' che si legge in Cons. 7^a, 1¹². Che mancasse anche il nome dell'autore, il Cuiacio lo diceva espressamente nell'epistola dedicatoria, scrivendo «*et quae mediae etatis Iurisconsultum quendam, cuius nomen compertum non est, videmus exposuisse in ea Consultatione ...*». Ora, questi due dati, dell'assenza di titolo e d'indicazione dell'autore, assumono un significato rilevante in quanto tale mancanza non risulta provenire dal fatto che il manoscritto apparisse mutilo. Non solo il Cuiacio, si deve ritenere, non avrebbe mancato di menzionare una simile circostanza, ma, per quanto ci risulta, tutto il manoscritto doveva presentarsi in ottimo stato. Scriveva il Volterra: «Il fatto che Cuiacio, nella sua edizione non indichi alcuna variante possibile o proposta di altra lettura, né segnali le parole di difficile decifrazione, come alla medesima epoca fa invece il suo allievo Pithou nel pubblicare la *Collatio*, porta a presumere con una certa probabilità che il manoscritto della *Consultatio* dovesse essere non solo assai corretto, ma anche scritto in scrittura chiara ed intellegibile senza sigle ed abbreviazioni»¹³.

⁷ Dei problemi del manoscritto si occupano in particolare: RUDORFF, 51 ss.; CONRAT (COHN), *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts* cit., 90; CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., 47; VOLTERRA, *Il manoscritto della Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 405 ss.

⁸ In *Opera* I, Paris 1577, 270.

⁹ Su questa epistola vedi VOLTERRA, *Il manoscritto della Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 403 ss., dove l'autore fa il bilancio delle notizie che si traggono anche da quel che il Cuiacio scriveva nelle *Observationes et emendationes* VII (1564), quando per la prima volta dava notizia dell'antico manoscritto (vedi VOLTERRA, *Il manoscritto della Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 402). Con i testi pubblicati poi dal Cuiacio nel 1566 non figurano notizie particolari.

¹⁰ Cfr. KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 346 n. 57.

¹¹ *Observationes et emendationes* VII, 26 (vedi sopra. n. 2).

¹² Il RUDORFF, 57 critica l'intitolazione («keine Anfrage, sonder ein Responsum») e cita il diverso uso di '*consultatio*' in Cons. 1, 2: *quemadmodum tua consultatione significas*.

¹³ VOLTERRA, *Il manoscritto della Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 406. L'autore aggiunge alla fine, con la sua saggia prudenza: «Ma, naturalmente, trattasi di una mera congettura». In CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., 47, dopo notato che «ein volles Jahrtausend zwischen Original und Überlieferung läge», si afferma che «auch Cujaz zweifellos den Text vielfach verhandert habe». In effetti, se le varianti fra le diverse edizioni del Cuiacio sono in genere marginali, esse pur sussistono, e talora acquistano una certa consistenza, come in particolare nel rescritto riportato in Cons. 2, 6 (cfr. C. 3, 38, 3), dove il tratto '*quando etiam maioribus in perperam factis divisioni*

Tengo a ripetere, tuttavia, che tutte queste considerazioni valgono per il manoscritto di cui disponeva il Cuiacio, e non ci è possibile in alcun modo stabilire quale fosse il rapporto fra questo manoscritto e l'originale. Per originale intendo il testo dei pareri che compongono l'oggetto che noi designiamo come *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* quale esso fu redatto dal suo autore, o vergato da uno scrivano per lui. Il senso di questa mia precisazione risulterà chiaro più avanti.

A questo punto, devo passare a descrivere il testo di cui dobbiamo occuparci.

Può sembrare strano, che un discorso su di un testo che tutti conoscono, almeno per sommi capi, che è pubblicato nelle raccolte di fonti che gli storici del diritto hanno quotidianamente fra le mani, e che per giunta è un testo alquanto breve – venti paginette nei *FIRA* – cominci con una descrizione dell'oggetto, che per giunta sarà un po' lunghetta e laboriosa. Il fatto è che, se si leggono i vari manuali di storia del diritto romano, si nota facilmente che le descrizioni della *Consultatio* non vi sono tutte omogenee e, se si passa poi alle trattazioni più approfondite, le divergenze si fanno ancor più profonde: non solo riguardo alla natura ed alla funzione assegnata al testo, ma anche nella semplice presentazione del suo contenuto. Indugèrò quindi, anzitutto, in un resoconto dei dati che risultano dalla semplice lettura, che ho effettuato con molta attenzione: ma una breve premessa è necessaria.

Nel riferirmi alla *Consultatio*, quando non ho usato questa forma abbreviata della sua denominazione convenzionale, ho detto genericamente – lo si sarà notato – «il testo»: ho evitato, in particolare, di parlar dell'«opera». Ciò, perché non è affatto sicuro che di un'opera si tratti, se per opera s'intende un'entità concepita come prodotto complessivamente unitario destinato nel suo insieme alla fruizione da parte di terzi. In termini più banali: non può affatto assumersi, come dato ovvio, che il testo, che il Cuiacio pubblicò nel 1577 col titolo di *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, fosse, nelle intenzioni del suo autore, destinato alla pubblicazione, né che esso sia stato effettivamente pubblicato prima che vi provvedesse il Cuiacio. Su questo problema dovremo ritornare: per ora si tenga presente che la descrizione che ne farò non va intesa come, già per premessa, riferita ad un'opera, nel senso or ora precisato.

2. L'aspetto del testo

La *consultatio*, dunque, consta di 10 parti, che possiamo chiamare capi, o capitoli, e che nelle edizioni moderne sono numerati da I a IX, in quanto quello che si trova dopo il settimo viene indicato come ¹⁴ VII^a. L'ultimo capo (Cons. 9) è una semplice raccolta di costituzioni imperiali. Tutti gli altri sono dei pareri.

bus soleat subveniri? (Cuiacio 1577) compariva in Cuiacio 1566 nella forma: '*quamvis maioribus in perperam factis divisionibus non soleat subveniri?*' (vedi KRÜGER, nell'apparato alla sua edizione ad l. [p. 205 ad lin. 17]).

¹⁴ La scissione in due del capo VII, così come la determinazione dei paragrafi all'interno dei singoli capi di tutta la *Consultatio*, fu fatta dallo Huschke: vedi HUSCHKE, *Iurispr. anteust.* cit., 835.

Caratteri comuni a tutti i pareri sono i due seguenti. Essi consistono in un discorso dell'autore, sempre indirizzato ad un operatore del diritto, ed il discorso è confortato dall'allegazione di testi tratti dalle fonti. Le fonti utilizzate sono le sentenze di Paolo, il Codice Gregoriano, il Codice Ermogeniano e il Codice Teodosiano.

Dicevo che i pareri non sono mai indirizzati alla parte, o alle parti interessate, ma sempre ad un operatore giuridico. Di solito si dice che essi sono tutti indirizzati all'avvocato, o al *causidicus*, che si occupa degli affari delle parti interessate, ma questo non è vero, o per lo meno non è certo. Il problema si pone per i tre pareri centrali, Cons. 4, Cons. 5 e Cons. 6. È opportuno che ce lo poniamo in modo compiuto.

2.1. Cons. 4-5-6

Quel che gli autori che hanno studiato la *Consultatio* non hanno mancato di constatare, è che questi tre pareri si differenziano nettamente da tutti gli altri per il fatto di contenere una trattazione astratta. Gli altri pareri si riferiscono sempre ad una situazione concreta particolare, che l'autore espone per consigliare il suo consultante sul modo di trattarla; invece, in Cons. 4-5-6 è assente qualunque allusione ad un caso concreto. Cons. 4 si riduce all'enunciato della regola secondo la quale gli accordi transattivi sono ammissibili solo *de rebus dubiis* e tale enunciato parrebbe (a stare a quanto aggiunto nel § 5) formulato in particolare per stabilire che una cosa giudicata non può essere oggetto di transazione. Cons. 5 contiene una serie di indicazioni procedurali in materia di *condictio ex causa furtiva* e i testi addotti riguardano unicamente il punto della *pluris petitio*. Cons. 6 tratta del modo corretto in cui si deve impostare un processo per la petizione di un'eredità, e considera diritti e oneri processuali di entrambe le parti. Ma, a questa stretta somiglianza relativa al carattere del contenuto, corrisponde anche un dato formale: non solo i tre testi s'iniziano con una formula analoga, ma il loro *incipit* è caratterizzato dalla presenza di un riferimento religioso. I tre *incipit* sono precisamente:

Cons. 4,1: *In nomine Dei quid tractari aut observari debeat ...*

Cons. 5,1: *In Dei nomine quid tractari debeat ...*

Cons. 6,1: *Iuvante Deo quid tractari debeat ...*

Ora – supponendo che tutto il contenuto della *Consultatio* provenga da uno stesso autore – e, come vedremo, questa ipotesi è la sola ragionevole –, la movenza religiosa presente all'inizio di questi tre testi non può essere attribuita alla *pietas* del *iuris consultus*, che intendesse iniziare in grazia del Signore ogni suo lavoro, perché in questo caso non si spiegherebbe la sua assenza negli altri pareri. Essa deve spiegarsi col carattere dei pareri stessi o in funzione della persona del loro destinatario.

Il Krüger definendo in generale il carattere dei pareri contenuti nella *Consulta-*

tio, scriveva¹⁵ che essi si differenziano dai *Responsa* degli antichi giuristi, a prescindere dal loro valore, per il fatto che qui il giurista si pone sempre dal punto di vista dell'avvocato e non disdegna di abbagliare con fiumi di parole e argomentazioni pretestuose: ma, se ciò è vero per gli altri pareri – e avremo modo di constatarlo –, per Cons. 4-5-6 non lo è affatto. Qui la trattazione è imparziale, del tutto sobria e puramente tecnica. Invece di fiumi di parole, vi sono piuttosto fiumi di testi¹⁶. Negli altri pareri, i testi adottati sono, per ciascuno, da 1 a 6, con una media di 3, 5 per parere.

Precisamente: In Cons. 1: 5+1 citato nel contesto del parere (§ 12); in Cons. 2: 2; in Cons. 3: 6; in Cons. 7: 3; in Cons. 7^a: 1; in Cons. 8: 3.

Invece, nei tre pareri obbiettivi, i testi adottati vanno da 4 a 18, con una media di 10 per parere.

Precisamente: in Cons. 4: 8; in Cons. 5: 4; in Cons. 6: 18.

E si tenga presente che nel parere col minor numero di testi (Cons. 5) questi occupano comunque i due terzi della sua estensione.

Sotto il secondo profilo, cioè quello della persona del destinatario, si potrebbe pensare che l'*incipit* colorato di religiosità fosse determinato dal fatto che il parere era diretto ad un ecclesiastico. A favore di questa ipotesi milita anche la circostanza che un '*divinitatis auxilio*' ricorre pure nel corpo del terzo di questi pareri, in Cons. 6, 3 alla fine.

Si può aggiungere ancora una diversa considerazione. Il Wieacker¹⁷ ha inserito la *Consultatio* nel quadro del nuovo ambiente, creatosi a partire da Costantino, nel quale la preparazione dei giuristi, fra i quali i più eminenti operavano nelle cancellerie imperiali, aveva luogo nelle scuole di retorica¹⁸; egli ha anche, pur se nel modo più sintetico possibile, formulato l'ipotesi che il *iuris consultus* della *Consultatio* fosse un docente di retorica forense¹⁹. Seguendo quest'idea, che mi pare verosimile, viene naturale pensare che, nella redazione dei tre pareri con carattere di *tracta-*

¹⁵ KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 346, prima della n. 58.

¹⁶ Il Kantorowicz, in CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., 49 n. 2 della p. prec., ha notato che in Cons. 4-5-6 l'autore non inserisce i passi a sostegno nel corso della sua esposizione, ma li aggiunge alla fine. Si tratta, in effetti, di un modo di procedere caratteristico di questi tre pareri (anche se in Cons. 4 ciò avviene in due riprese): esso è funzionale al carattere espositivo (pacato) e non contenzioso (battagliero) di questi testi.

¹⁷ WIEACKER, *Allgemeine Zustände und Rechtszustände* cit., 50.

¹⁸ Vedi WIEACKER, *Allgemeine Zustände und Rechtszustände* cit., 38; vedi anche (con specifico riferimento ai Consultatio-Zwischentexte) WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, 431 (anche p. 270 n. 259a).

¹⁹ WIEACKER, *Allgemeine Zustände und Rechtszustände* cit., 59 presso la n. 194.

tus di cui ci stiamo ora occupando, egli si valesse del linguaggio che gli era usuale nell'attività didattica. Un indizio in questo senso può trovarsi nella stretta affinità tra due frasi, d'andamento tipicamente didattico, che ricorrono in Cons. 5 e Cons. 6 (nel trascriverle lascio in carattere tondo le parti letteralmente identiche):

Cons. 5, 2: *Primore in loco debet personam suam, quae sit ad repetendum idonea, evidenter ostendere: et dum claruerit eum ad repetendum personam habere legitimam, in genere actionis quid aut quantum, aut quas species, in modum et mensuram vel summam et quantitatem debet specialiter designare et indubitanter exprimere.*

Cons. 6, 2: *Et dum agere forsitan temptaverit, primore in loco debet evidenter ostendere se personam habere legitimam: et hoc dum ostenderit, ut iuris legumque dictat auctoritas, genus actionis edere debet, in quo manu sua subscribat. ...*

Al linguaggio della didattica devono attribuirsi anche i due punti – solo due, se non ho visto male – di questi pareri, nei quali l'autore usa il *tu*: perché quel *tu* non si riferisce ad una parte determinata, ma ad una qualunque delle due parti. Nel primo dei due passi questo è certo, perché *agere aut obicere* indica l'attività dell'attore o del convenuto:

Cons. 4, 2: *Quid agere aut obicere adversario debeas, lectionibus subter adnexis poteris evidentius informari, quia tantum de dubiis rebus pacisci possumus.*

Ma nello stesso senso, di un discorso che riguarda l'una o l'altra parte, va pure inteso il secondo:

Cons. 6, 3: *... Quae universa qualiter et quibus modis adstruere, defensore vel adversario divinitatis auxilio resistere debeas, inferius continentur adscripta. 4: Et ne forte dicat adversa pars ...*

D'altra parte, in un passo in cui si tratta unicamente dell'attività dell'attore, non viene adottato il punto di vista della parte, ma quello del giudicante:

Cons. 5, 3: *Quae universa, secundum leges subter adnexas hi qui iudicaturi sunt peti-torem implere compellunt: qui si aut neglegere, aut satisfacere legibus fortasse nequiverit, causam perdat secundum leges subter adnexas.*

Da tutti questi elementi non possono trarsi certo conclusioni sicure, però può formularsi una congettura che si adatta al loro insieme, e che mi sentirei pertanto di proporre come conclusione da accettarsi fino a prova contraria. Secondo me, i pareri di Cons. 4-5-6 dovevano essere diretti ad un giudice. Che un giudice avesse bisogno di pareri, per il tempo della *Consultatio* non è affatto inverosimile, come avremo modo di vedere più avanti. Del resto, che nell'ambiente dove operava l'autore esistessero dei giudici abbastanza ignoranti è provato da Cons. 8, un parere del quale dovremo occuparci ancora sotto altro profilo, nel quale il cliente

dell'avvocato consultante era un giudice, formalmente²⁰ accusato di aver giudicato *in propria causa* perché aveva processato e condannato dei *servi* colti in flagrante a rubare, con effrazione, beni della sua propria moglie. Ora, il *iuris consultus*, nel suo parere, dimostra, allegando due testi, che il giudice era comunque tenuto a celebrare quel giudizio²¹, dopo aver anche dimostrato, sulla base di un solo testo, che nel caso specifico egli non aveva affatto giudicato in causa propria²²; e si aggiunga che dal testo risulta chiaro che, sollecitando il parere, l'avvocato aveva chiesto solo conforto per una sua linea di difesa basata sul primo argomento (cioè che il giudice era tenuto a rendere quel giudizio), mentre al problema dell'estraneità della causa agli interessi personali del giudice egli non aveva neppure pensato. Siccome è chiaro che l'avvocato consultante doveva ben aver discusso a fondo la cosa col proprio cliente, se ne deve dedurre che i due, avvocato e giudice messi insieme, non erano arrivati a trovare adeguato conforto testuale per la difesa progettata, né ad immaginare un'abbastanza ovvia linea difensiva sulla base dell'altro argomento.

Ma, tornando alla triade Cons. 4-5-6, l'ipotesi che ho formulato, e cioè che essi fossero stati sollecitati non da un avvocato, ma da un giudice come richiesta di consigli sull'esercizio stesso della sua funzione, può essere completata tenendo conto di quanto già avevamo notato, che vi sono indizi nel senso che i pareri fossero destinati ad un ecclesiastico. Mettendo insieme le due cose, potremmo arrivare all'idea che i tre pareri fossero stati richiesti da un vescovo, che si trovava a giudicare fra parti laiche e in materia civile nel rito della *episcopalis audientia*. Che un vescovo diligente chiedesse, in tal caso, istruzioni ad un esperto sul modo di condurre correttamente i processi, mi sembra rappresentare una possibilità ben concreta, da prendersi nella dovuta considerazione.

2.2. Cons. 7a

Fatta eccezione per i tre che ora abbiamo esaminato, tutti gli altri pareri della *Consultatio* risultano con certezza diretti ad un avvocato o ad un causidico. Ma ve n'è uno che presenta una particolarità, che non mi risulta sia stata finora notata. Mentre gli altri si riferiscono sempre ad una situazione litigiosa in atto, sia o non sia pendente il relativo processo, il parere contenuto in Cons. 7^a è puramente cautelare²³. La cosa non è evidente a prima lettura, perché il testo non è affatto perspicuo, anche se leggendo il suo inizio ci si attenderebbe di trovarsi poi di fronte al problema più semplice del mondo:

²⁰ Cons. 8, 8.

²¹ Cons. 8, 4-7.

²² Cons. 8, 1 in fine (da *huic lex*) e § 2. La conclusione generale è sintetizzata in Cons. 8, 8.

²³ Non condivido affatto l'interpretazione che di questo testo dà lo SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 53 ss.

Cons. 7^a, 1: *Deinde vero (quod minime fuerat necessarium consultationem nostram tuis utilitatibus sciscitari) ...*

Dopo queste parole, nel § 1 del testo sono esposti dei fatti, la cui ricostruzione non è semplice, anche perché il dettato appare corrotto in due punti. Conviene esaminarlo con attenzione:

... si avus maternus nepoti aliqua contulisse noscatur, utrum in iure eius manere debeat, an matri in possessione sua consorti persuasionibus lubricis imputari, pro eo fortasse, quod usufructuaria mater sit de proprietate filii constituta; ac si filiae proprium vel cuilibet extraneo aliquid reliquisset, domino de facultate sua testari non licuit; cumque, etiam si pater filii superesset, nec ad ipsum, ab avo materno quod nepoti collatum fuerat, pertineret: hoc etiam codicis Theodosiani declarat auctoritas.

Credo la cosa migliore sia proporre una traduzione del passo, che giustificherò poi con qualche annotazione esegetica: «... nel caso risulti che il nonno materno abbia trasferito alcunché al nipote, (mi si chiede) se ciò debba rimanere nel suo patrimonio, ovvero, per ragioni che non stanno in piedi, debba essere attribuito alla madre come compartecipe nel giovarsene, magari per il fatto che la madre sia stata fatta usufruttuaria dei beni del figlio; (rispondo che) anche se avesse con disposizione espressa lasciato qualcosa (dei beni già prima attribuiti al nipote) alla figlia o a qualsivoglia estraneo, il (nonno) testatore non avrebbe avuto il potere di disporre col testamento; in ogni caso, anche se il padre del figlio fosse sopravvissuto, neanche a lui sarebbe spettato quel che dal nonno materno era stato conferito al nipote: ciò mostra chiaramente anche l'autorità del Codice Teodosiano».

Nel testo, come l'ho riportato, ho effettuato alcune piccole modifiche. Con il Krüger, ritengo da correggersi il 'proprium' che sta dopo *filiae*, ma, mentre egli – dubitativamente – proponeva di leggere *filiae propriae*²⁴, io credo debba mutarsi *proprium* nell'avverbio *proprie*, intendendo che l'autore volesse dire «con una disposizione (testamentaria) espressa». Non mi sembra invece opportuno inserire *nisi* prima di *domino*, come ha proposto il Mommsen²⁵. Ho modificato in alcuni punti la punteggiatura usuale: '*constituta; ac si filiae*' invece di '*constituta, ac, si filiae*'; invece di '*non licuit, cumque etiam si*' ho preferito marcare meglio lo stacco fra le due frasi con un punto e virgola, ed inserire una virgola dopo *cumque*, perché qui *cumque* non sta per *et cum*, ma è l'avverbio '*cumque*', che isolato significa «in tutte le circostanze possibili, in ogni caso».

Le parole '*matri in possessione sua consorti ... imputari*' non sono certo ben scel-

²⁴ La correzione è proposta dal KRÜGER nella sua edizione della *Consultatio* (p. 215 ad lin. 30): ma egli poi, con *filiae propriae*, precisa di pensare alla sorella del nipote (*id est sorori nepotis*) e quindi ad un atto di disposizione effettuato dalla madre (la figlia del nonno): io credo invece che qui il *iuris consultus* alluda ad una disposizione del nonno a favore della propria figlia, cioè della madre del nipote.

²⁵ Vedi nell'edizione del KRÜGER, p. 215 ad lin. 31.

te, ma esse non possono voler dire se non «venire assegnate alla madre nel fatto che essa ne abbia un proprio possesso come compartecipe (col figlio)». *Consors* vorrebbe dire coerede indiviso, ma qui la tesi che il *iuris consultus* critica è solo quella che la madre possa essere considerata usufruttuaria dei beni donati a suo figlio dal nonno, e le parole che consideriamo vogliono proprio alludere a tale situazione.

Il termine *domino* non può che riferirsi al nonno, e non è usato nel senso di proprietario (la disposizione, di cui nel luogo si tratta, egli non può adottarla proprio perché non è più proprietario dei beni donati), ma in modo generico come «l'autore del testamento, il disponente». Il '*de facultate sua*' che segue non significa certamente «riguardo ai suoi beni»: ciò non avrebbe senso per la ragione ora detta, che a lui *non licuit testari* proprio perché non aveva più la proprietà dei beni in questione; del resto, per indicare «i beni» *facultas* si usa solo al plurale (*facultates*): '*de facultate sua testari non licuit*' significa dunque: «con riguardo ai suoi poteri, non gli era possibile disporre per testamento (dei beni in questione)».

La chiave per capire tutto questo arruffato discorso, sta nel § 2 del testo:

Cons. 7^a, 2: *Quod tamen superfluum penes electas magnificasque personas fieri iudicamus: sed necesse est, ut ignorantia rusticitatis vel tergiversationis iniquitas directis semper oblationibus comprimatur.*

«Il che noi riteniamo esser superfluo se si ha a che fare con persone eccellenti e generose: ma è necessario che l'ignoranza grossolana²⁶ o l'iniquità calcolata siano sempre soffocate da doni diretti». Ora la sola «donazione diretta» alla quale questa frase può alludere è quell'attribuzione di beni del nonno al nipote, alla quale si alludeva nel § 1 con le parole '*si avus maternus nepoti aliqua contulisse*': ed ora apprendiamo non solo che si trattava di donazione fatta dal nonno in vita, e non di una sua disposizione testamentaria, ma anche che tale donazione non è ancora stata fatta, perché il *iuris consultus*, nel § 2, dice che essa è opportuna, e quindi consiglia di farla. Ne consegue che neppure tutto il resto dei fatti esposti nel § 1 ha ancora avuto luogo, né «le obiezioni che non stanno in piedi» (*persuasionibus lubricis*) sono ancora state fatte o fatte in concreto. Quindi il nonno è ancora vivente: anzi, è proprio questo nonno la persona interessata al parere, richiesto poi al *iuris consultus* dalla persona (certo un causidico) alla quale egli si era rivolto per prendere una decisione. Il nonno, evidentemente, voleva lasciare parte dei suoi beni al nipote (che fra l'altro, come risulta dalla seconda parte del § 1, era orfano del padre), ma non si fidava delle persone che gli stavano in giro, compresa la madre del nipotino, cioè la sua propria

²⁶ Secondo il CONRAT, *Die Entstehung des westgotischen Gaius*, Amsterdam 1905, p. 133 s. n. 334, la soluzione attribuita dal *iuris consultus* a *ignorantia rusticitatis* – e basata su *persuasionibus lubricis* – potrebbe piuttosto corrispondere a una diversa impostazione del problema basata su istituti germanici (Munt; der Beisitz der Witwe mit dem Kinde, der ihr die Nutzniessung gewährt), che le parti, viventi in territorio burgundo (vedi *infra*, n. 71), proponevano e il consulente condannava, sulla base delle fonti romane.

figlia, evidentemente troppo influenzabile da un parentado infido e venale. Egli voleva fare un testamento normale, non tendenzioso, e inattaccabile, lasciando eredi la propria figlie e il nipote e lasciando anche alla madre – una vedova di cui pure doveva pensare – l'usufrutto dei beni del figlio, ma voleva anche essere sicuro che al nipote pervenisse, senza problemi né gravami, un certo cespite. L'idea, del nonno stesso, o del causidico, era quella di effettuare immediatamente, a questo fine, una donazione al nipote: ma si temeva – ed il causidico non aveva saputo sciogliere questo dubbio – che poi, morto lui, anche i beni donati venissero fagocitati dalla madre a beneficio degli zii materni. Il parere del *iuris consultus* è diretto a sciogliere questi dubbi e confermare che quella della donazione immediata è una via sicura ed opportuna.

Il parere di Cons. 7^a, dunque, benché anch'esso diretto ad un causidico, è un parere cautelare. Ciò spiega anche il suo carattere un po' sbrigativo. L'autore non ha bisogno di istruire il suo consultante in previsione di un dibattimento processuale o un'arringa; per rassicurarlo sul punto di diritto gli basta una costituzione del Teodosiano e l'assicurazione che anche i giuristi dicono la stessa cosa²⁷:

Cons. 7^a, 5: *Hoc et consultorum iura declarant, quae necessarium tractatui nostro non duximus adhiberi.*

Anche un punto assai oscuro del testo trova spiegazione in questa prospettiva. Come abbiamo visto, il § 2 del testo si inizia come le parole '*Quod tamen superfluum penes electas magnificasque personas iudicamus*' e, così come la frase è inserita nel contesto, non si capisce proprio a che cosa quel *quod* voglia alludere. Ma in quella frase è proprio la risposta del *iuris consultus* al quesito propostogli e, leggendola, il consultante capiva benissimo: perché il *quod* è la «donazione diretta». Il parere era stato chiesto proprio per sapere se la donazione diretta al nipote sarebbe stata utile o inutile; e la risposta è: non avevi bisogno di chiedere il mio parere (come si diceva all'inizio del § 1) per sapere che essa è perfettamente superflua; ma in realtà, essa sarebbe superflua se aveste a che fare con persone dabbene, ma con quei tuoi rustici arraffoni superflua non è affatto.

2.3. Cons. 1-2-3

Passando a considerare gli altri pareri, ci soffermeremo prima sui tre iniziali, che, per indicazione espressa dell'autore, rappresentano un insieme, nel senso che

²⁷ L'*hoc* con il quale si inizia questa frase deve essere riferito alle ultime parole del § 4 (*et circa nepotem munus aviaticum perpetua liberalitate mansurum*), che riassume la portata della costituzione del C.Th. allegata nel § 3. Il senso della prima parte della frase del § 4 (*Luce clarius-consequantur*) non è chiarissimo. Essa si comprende, a mio parere, dando ad *usum* il senso di *usum fructum* e pensando che il testamento del nonno dovesse essere concepito così: la figlia e il nipote sarebbero stati istituiti eredi per parti determinate come quote; inoltre, alla madre sarebbe stato attribuito l'usufrutto dei beni del figlio. Il *iuris consultus* chiarisce, con le parole '*nec matri-consequatur*', che il valore dell'usufrutto dei beni del figlio non sarebbe, in tal caso, computato come elemento della quota attribuita alla madre.

essi sono stati rilasciati insieme ad uno stesso causidico consultante. L'indicazione espressa di cui parlo si ricava dall'inizio dei testi. Cons. 1 comincia con le parole 'Consuluisti me, utrum etc.', Cons. 2 con le parole 'Secundo loco me consulendum sub hac voce duxisti, ut diceres etc.'²⁸, e Cons. 3 con 'Tertio loco vel capite interrogandum me specialius censuisti, utrum etc.'. Si deve però notare che, mentre i primi due pareri riguardano lo stesso caso e si riferiscono alle stesse parti, ciò non risulta per il terzo. La cosa si fa chiara considerando il contenuto dei tre testi.

I fatti considerati in Cons. 1 possono sintetizzarsi così: tra un fratello e una sorella è stata fatta consensualmente la divisione di cose comuni, ma in realtà la divisione è stata conclusa tra il marito della sorella e il fratello; la sorella ha sottoscritto l'atto per volontà e sotto minacce del marito, senza saper nulla del suo contenuto. Il parere stabilisce che la convenzione della sorella col fratello è nulla per difetto della volontà negoziale della sorella.

In Cons. 2²⁹ viene posto il problema di sapere se la divisione convenzionale, di cui già si è parlato nel parere precedente, possa essere valida come convenzione fatta, col fratello, dal marito della sorella in veste di rappresentante della stessa, e si aggiunge (sul piano dei fatti, a quanto già detto in Cons. 1 circa il difetto di volontà della sorella) che la divisione è stata fatta in modo fraudolento. Il giureconsulto chiarisce che il marito non aveva potere di rappresentare la moglie perché privo di mandato; ma, anche se avesse avuto mandato, la divisione fraudolenta e non equa (in parti non uguali, senza compensazioni per le disuguaglianze) sarebbe lo stesso nulla; né vale come argomento che la moglie abbia fatto acquiescenza alla divisione una volta fatta, perché la divisione fraudolenta è per legge nulla, e il giudice chiamato a conoscere la rifarà, impiegando opportuni consulenti, per ricondurla ad equità.

In Cons. 3 i protagonisti del fatto sono ancora un marito e una moglie: il marito ha svolto, come *procurator*, il ruolo di attore³⁰ in una causa – che poi ha perso – relativa ad interessi della moglie, valendosi di un mandato di lei; il mandato non era stato '*gestis legaliter allegatum*' – ritualmente allegato, si direbbe, agli atti della procedura –, e il marito, nel processo, non aveva prestato l'opportuna cauzione richiesta al *procurator*. Quel che precisamente risulta essere stato chiesto dal causidico

²⁸ A questi indici, il Conrat (CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., 48) aggiunge acutamente le parole '*ex legum constitutione respondi*', con le quali da Cons. 2, 2 si rinvia al rescritto citato in Cons. 1, 9.

²⁹ Non mi pare abbia colto il senso preciso di questo parere lo SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 34-37.

³⁰ Così anche, senza dubbi, SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 37. Non bisogna lasciarsi indurre dalle parole '*iudicium ... quod adversus maritum in causa mulieris ... datum est*' (Cons. 3, 1) a pensare che il marito, come *procurator* della moglie, svolgesse il ruolo di convenuto; nella frase riportata, *iudicium* deve evidentemente intendersi nel senso di sentenza (come poi alla fine della frase – *contra eum iudicium prolatum* – e nel § 2 in fine – *in causa proferre iudicium* –), perché tutto il resto della trattazione, compreso il tenore dei testi citati, è nel senso che il marito fosse nel ruolo di attore: vedi in part. Cons. 3, 7; 8; 9; 10; 11. Solo nella costituzione riportata in Cons. 3, 12 (C.Th. 2, 12, 2) si fa anche cenno alla *satisfatio iudicatum solvi* del *procurator* del convenuto.

consultante, è se il giudizio (la sentenza) sia impugnabile (Cons. 3, 1: *utrum contra iudicium iri possit*). Secondo il *iuris consultus*, il giudizio non solo è impugnabile, ma del tutto inesistente, perché il *procurator*, non avendo regolare mandato e non avendo prestato la necessaria cauzione, non aveva veste per stare in giudizio, sicché il processo si è svolto in mancanza di una parte; egli sottolinea anche che c'è stata pure colpa grave dei giudici in tutto ciò.

Come si vede, nulla prova che la moglie e il marito di Cons. 3 fossero gli stessi coniugi del caso al quale si riferivano Cons. 1 e 2; il caso di Cons. 3, comunque, non sembra proprio poter essere inserito nel precedente come un suo episodio particolare.

Quel che caratterizza i tre pareri di questa serie è la cura con la quale l'autore presenta all'avvocato che lo consulta il materiale che gli fornisce. Non mi riferisco solo al tono, che possiamo definire caloroso, di sentita partecipazione, col quale egli espone al suo interlocutore gli argomenti, e persino, talora, introduce i testi allegati: questo era il suo tono abituale, ed anima tutti i pareri diretti ad avvocati o causidici, cioè a persone dietro le quali stanno delle parti, come se il giureconsulto volesse comunicare loro non solo la sapienza, ma anche una certa concezione dello stile professionale. In Cons. 1-3 c'è qualcosa di più: l'intento del *iuris consultus* si rivela esser quello di istruire e guidare il consultante nell'efficiente costruzione della sua difesa. Egli giunge persino a consigliargli di quando in quando frasi da usare nel discorso difensivo, quando una stoccata retorica può inserirvisi utilmente. Così, dopo aver affermato in Cons. 1, 3 che '*manifeste constitutum est ne quispiam pacisci cogatur invitus*', esprime, riferendosi alla costituzione del Teodosiano che alleggerà più avanti, nel § 12 alla fine del parere, l'aderenza della volontà della legge al caso in gioco:

Cons. 1, 4³¹: *Dein textus memoratarum legum sic continet: 'quas libero arbitrio et voluntate confecit': quis erit tam destitutus sapientia et vacuus intellectu, ut dicat illam pacitionem fortem et firmam esse debere, quam mulier metu coacta mariti subscripsit imperio, ac sic liberam voluntatem et proprium arbitrium non intellegitur habuisse?*

E ancora, dopo aver chiarito in Cons. 3, 2 che, il sostituto processuale della moglie non avendo titolo per stare in giudizio, i giudici non avrebbero dovuto procedere (*nec illi potuerunt in causa proferre iudicium, ubi fuit procuratoris ludificatoria inanis et nulla persona*), aggiunge:

Cons. 3, 3: *Quid potest esse miserius? quid abiectius? quid legibus sic contrarium, ut ingrediatur audientiam sedentibus iudicibus ille, qui nullam in se habeat firmitatem et citra legum sollemnia vanas actiones intendat?*

E subito appresso – dopo una precisazione nella quale l'autore sembra fare una certa fatica a riprendere l'allure del discorso tecnico nell'invitare alla lettura di un

³¹ Cfr. *infra*, 1, 12.

testo precisando che quel che vi si dice si riferisce solo al caso in cui il mandato non sia regolare (è stato fatto solo oralmente, ovvero per iscritto ma non è stato prodotto per essere messo agli atti), perché solo allora è necessaria la prestazione della *cautio* (cioè l'intervento di un *satisfactor*)³² – esorta e proclama con un dire, dove il carattere di suggerimento retorico per l'arringa è particolarmente evidente perché si salta inopinatamente al plurale: è ai giudici che il *causidicus* consultante dovrà ripetere la frase:

Cons. 3, 5: *Ergo testimonium legum, sicut iam dictum est, sequentium diligenter attendite: sic agnosceitis iudicium stare non posse, ubi ad agendum sollemnis persona, id est sollemniter ordinata, ingressa non fuerit.*

2.4. Gli altri pareri

I tre ultimi pareri della *Consultatio* – Cons. 7, Cons. 7^a e Cons. 8 – stanno ciascuno per conto proprio. Per vero, quest'affermazione è evidente se si guarda al loro contenuto. Essi si riferiscono a diversi casi concreti, ciascuno dei quali non ha rapporto né con quello degli altri due, né con il caso di Cons. 1-2, né con quello di Cons. 3. I casi di Cons. 7^a e 8 li conosciamo già: si tratta, rispettivamente, del parere cautelare sulla donazione del nonno al nipote³³ e di quello del giudice accusato di aver giudicato *in causa propria*³⁴. Il parere di Cons. 7 prende le mosse dal testo scritto, che il causidico consultante ha sottoposto al *iuriscolsultus*, di una transazione, realizzata (così si desume) dalle parti mediante compromesso e conseguente lodo di un collegio arbitrale composto da due membri; la transazione aveva per oggetto una precedente sentenza emessa in un regolare giudizio³⁵. Il parere che segue è complesso, e contiene tanto valutazioni giuridiche circa quanto è avvenuto, quanto indicazioni sul possibile da farsi. Possiamo riassumerlo nei termini seguenti, che – tengo a sottolineare – non sono una traduzione del testo: «La transazione è nulla, perché non è possibile transigere su di una *res iudicata*, se non *donationis causa* (cioè se la parte a favore della quale il giudicato è stato pronunciato voglia rimettere all'altra tutto o parte del debito che ne proviene). Il compromesso in arbitri ed il successivo giudizio arbitrale sono irregolari, perché il numero degli arbitri era di due, e quindi inferiore a quello dei giudici del precedente giudizio, e non si trattava neppure di vescovi, ma di semplici preti, e quindi (così sembra potersi interpretare quanto dice l'autore) la procedura adottata non poteva considerarsi una *episcopalis audientia*. In conclusione (così interpreterei le conclusioni fi-

³² Cons. 3, 4. *Respice leges subter adiectas: tunc intelleges, quod qui mandato utitur satisfactorem dare debet. Sed in illo mandato hoc futurum est, ubi aut verbo mandatur, aut gestis epistula mandati non legitur allegata.*

³³ Vedi sopra, nel nostro § 2.2.

³⁴ Se ne è parlato alla fine del § 2.1.

³⁵ Del contenuto del parere di Cons. 7 si riparla, in modo più preciso, *infra*, nel nostro § 5.

nali dei § 7-9), le parti possono, rispettando il precedente giudicato, affidarsi ad un nuovo collegio arbitrale regolarmente composto, con il compito di sciogliere interamente il vincolo tra le parti derivante dalla precedente sentenza per sostituirvi una nuova soluzione che tenga conto di quanto la vecchia decisione aveva lasciato irrisolto; se si vuole, poi, seguire ancora la via balorda impostata dalle parti, il collegio arbitrale di due membri si riunisca di nuovo, senta le parti e i loro difensori e, o decida di desistere dal giudizio, ovvero provveda in modo definitivo, purché ciò sia possibile col pieno accordo delle parti su ogni punto: se rimangono contestazioni, si nomini un collegio arbitrale regolare nel senso anzidetto, o si faccia ricorso al principe».

Sull'assoluta autonomia di ciascuno dei tre pareri di Cons. 7, 7^a e 8 non possono dunque, io credo, sussistere dubbi. La sola possibilità di un collegamento, ma unicamente nel senso che uno dei pareri sia stato rilasciato allo stesso consultante di un altro e contestualmente con quello, sussiste per Cons. 7^a rispetto a Cons. 7, in ragione del fatto che Cons. 7^a si inizia con 'Deinde vero': ma, se ciò può provare che nella lettera con la quale Cons. 7^a fu inviato al suo destinatario esisteva qualcosa, diciamo pure un altro parere, prima del discorso cautelare sulla donazione del nonno al nipotino, nulla ci assicura che ciò fosse costituito dal parere di Cons. 7. Gli indici del rapporto che abbiamo reperito nella lettura di Cons. 1-2-3 erano di ben altra intensità³⁶. Siccome noi non possiamo sapere da quale operazione provenga

³⁶ Il Conrat (CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., 48) ha torto nel porre il *Deinde vero* che apre Cons. 7^a sullo stesso piano degli indici che pongono in reciproca relazione Cons. 1-2-3. Egli lo fa seguendo l'idea (p. 47) che i pareri di Cons. 1, 2, 3, 7, 7^a, 8 costituiscano un'unica prima serie, e quelli di Cons. 4, 5, 6 la seconda. Io credo avessero ragione i più antichi commentatori (invece espressamente criticati in CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., 48 n. 1a: HEIMBACH, *Was haben die Quellen des Römischen Rechts* cit., 154 s.; HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteustinianae quae supersunt* cit., 838 – da cui desumo anche il pensiero di Heimbach –; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* cit., 973 s.), i quali individuavano nella *Consultatio* tre serie di pareri (1-3; 4-6; 7-8). Invero, il Conrat (CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., 48 n. 1a) considerava come un dato, non una tesi da dimostrare, l'idea che i pareri 1-3 e 7-8 costituissero un'unica serie e scriveva semplicemente che a favore della loro «Unzusammgehörigkeit» (cioè del fatto «che essi non vadano insieme») non si possono addurre argomenti, limitandosi ad affermare che metodo, lingua e tipo di fonti citate (Methode, Sprache, Quellenkreis) vi sarebbero interamente gli stessi. Ma, come vedremo poi – in particolare nella seconda parte del nostro § 3 – metodo e lingua dei pareri, 7, 7^a e 8 si differenziano sensibilmente da quelli dei pareri 1, 2 e 3; quanto all'ambito delle fonti citate, esso è lo stesso per tutta la *Consultatio*. Premesso tutto ciò, le sue osservazioni, e quelle che vi aggiungeva il KANTOROWICZ (CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., 48 s. n. 2) pervengono solo a mettere in rilievo i caratteri che differenziano nettamente i pareri 4, 5 e 6 da tutti gli altri, una prospettiva, questa, che è senza dubbio corretta. Aggiungerò solo, in generale per tutto questo discorso sui caratteri dei vari pareri, che io non credo si debba dare rilevanza alcuna né al variare del *modus citandi* («verschiedene Zitierweise»: specie per le sentenze di Paolo, per le quali in CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., 53, si dice «die Zitierweise im einzelnen sei so vielgestaltig als möglich»), né all'assenza di citazioni di una certa fonte o all'insistenza su di una cert'altra in uno od altro parere o serie di pareri. In effetti, l'autore della *Consultatio* cita le *Sententiae*, e specialmente il titolo *de pactis*, in modo oscillante per tutta l'opera (ed anche all'interno dello stesso parere – come del resto vede il Conrat stesso –: Cons. 7, 4: *Paul. sent. I lib. de pact.*; Cons. 7, 6: *Item ex corpore Pauli de pact. et conventis*), compresi i pareri della seconda serie (Cons. 4, 3: *Paulus sentent. lib. I tit. de pact. et conventionibus vel transac-*

la composizione di cui consta il testo che noi chiamiamo *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, nulla ci dice che, ad esempio, i vari testi componenti siano stati scelti nel tenore che avevano, senza preoccupazione di modificarli se la loro forma conteneva collegamenti che la selezione privava del loro significato occasionale.

Solo va ancora stabilito che un indice per il collegamento con un ipotetico testo precedente, analogo al *deinde vero* di Cons. 7^a, 1, non va ammesso per Cons. 8, 1, l'*adde* col quale questo comincia va senza dubbio corretto. Ma è opportuno che ci poniamo espressamente il problema, per una certa conseguenza ulteriore che la sua soluzione comporta.

2.5. Cons. 8, 1

L'*incipit* di Cons. 8 si legge, nello stato in cui il testo ci è pervenuto, come segue:

Cons. 8, 1: *Adde dum sollicitudinis tuae cura tractavit, ut de effractoribus et manifesto crimine comprehensis quam iudex debuit ferre sententiam, tractatus nostri pagina declaret: aut si maritus, quem iudiciariae potestatis cingit auctoritas, de servis, qui res uxorias manifesto crimine abstulisse convicti sunt, peremptoriam debuerit ferre sententiam, quasi id obici possit, in propria causa quis iudicet stulte: huic lex divorum principum quae infra legitur opponenda ...*

Lo Huschke correggeva *adde dum in quod demum*, ed il suo intervento mette in luce, per lo meno, che l'*adde* all'inizio non ha, nella frase, alcuna funzione: esso manca affatto di un oggetto. Ma possiamo aggiungere altre considerazioni: l'*ut* prima di *effractoribus* non si spiega e, così com'è punteggiata la frase, anche il *declaret* manca di oggetto. Per questo *declaret*, però, un oggetto lo si può individuare, purché si cancelli la virgola prima di *tractatus*. Abbiamo così un primo risultato: '*quam iudex debuit ferre sententiam tractatus nostri pagina declaret*'. Quanto all'inizio, cioè all'*adde*, non resta che pensare alla corruzione del testo: però, se di erroneo scioglimento di abbreviazioni o simili si tratta, è difficile pensare che la corruzione si estenda alle due prime lettere *ad*, e dunque conserviamole, nella forma – almeno – della preposizione '*ad*'. Poniamoci ora un altro problema: il complemento d'argomento '*de effractoribus et manifesto crimine comprehensis*' può essere connesso con

tionibus; Cons. 4, 6: *lib. I tit. de transact.*); anche il C. Herm., spesso il *iuris consultus* lo cita erroneamente indicandovi un *liber*, senza – si direbbe – farvi caso (si veda ad esempio, in Cons. 4, la sequenza: § 9: *Ex corpore Hermogeniani tit. de pact. et transact.*; § 10: *Item eodem corp. et lib.*; § 11: *Item eod. corp. et tit.*; ed ancora, alla fine di Cons. 9, dove due rescritti dell'Ermogeniano sono erroneamente attribuiti al Gregoriano dall'indicazione contenuta nel § 17, e per essi si legge: § 18: *Ex eodem libro et tit.*; § 19: *Item eodem corpore et titulo*). Quanto all'altro fenomeno, non vale la pena di notare che nei pareri 4-6 si citano solo Paolo e il C. Greg., senza allora notare anche, per esempio, che in Cons. 1 si citano solo C. Greg. e C.Th., in Cons. 2 solo il C. Greg., in Cons. 3 solo le sentenze di Paolo e il C.Th.: le citazioni dipendono dal problema posto, dalle conoscenze dell'autore, dalle scelte che, di volta in volta egli riteneva opportune, e non è il caso di desumere alcuna conclusione generale da dati condizionati in modi del genere.

quam iudex debuit ferre sententiam, come parrebbe più naturale, ma anche con il *tractavit*. A favore di quest'ultima soluzione esiste un argomento: abbiamo già notato che l'*ut* prima del *de* non si spiega, ma esso può risultare da una cattiva lettura dell'abbreviazione composta da *u* e *l* con il trattino di abbreviazione sovrapposto, che dà all'insieme dell'abbreviazione una forma del tutto simile a *ut*: l'abbreviazione di cui parlo è, per quanto ne so, medievale³⁷, ma noi non sappiamo nulla dell'epoca del manoscritto della *Consultatio* che il Cuiacio leggeva, e quindi la mia ipotesi resta comunque possibile. Ora, l'abbreviazione di cui parlo è abbreviazione di *videlicet*, e se così vi leggiamo, dando a *videlicet* il senso di «beninteso», abbiamo un altro frammento di frase abbastanza coerente: *'sollicitudinis tuae cura tractavit, videlicet de effractoribus et manifesto crimine comprehensis'*. A questo punto, dobbiamo ricostruire l'inizio, ma viene naturale ricostruirlo ipoteticamente nel senso che segue (riporto, nella lettura che propongo, tutta la frase esaminata finora, mettendo la punteggiatura opportuna):

Ad id quod dudum sollicitudinis tuae cura tractavit, videlicet de effractoribus et manifesto crimine comprehensis, quam iudex debuit ferre sententiam tractatus nostri pagina declaret: ...

La mia soluzione relativa all'inizio non ha una precisa giustificazione paleografica (neppure quella dello Huschke ne aveva una, del resto): io suppongo che l'errore che vi scorgo possa dipendere da uno scorretto scioglimento di abbreviazioni, del tipo 'ad id q ddum' da parte di qualcuno che non capiva che cosa esattamente significassero; può anche pensarsi che nel manoscritto originale si leggesse solo 'ad qddum', ma riterrei difficile che l'autore della *Consultatio*, se incominciava come ho supposto, non abbia scritto l'*id*.

Se, pervenuti a questo risultato sul tenore della parte iniziale di Cons. 8, 1, leggiamo interamente il passo, ci troviamo di fronte ad una nuova difficoltà – la quale, beninteso, non dipende dalla mia ricostruzione, ma è presente comunque si legga il testo – rappresentata dall'*aut* che sta prima di *si maritus*, perché non si capisce quale sia l'alternativa alla quale esso dovrebbe fare allusione. Ma credo che la mia interpretazione della prima frase giovi a chiarire il punto. Tento di pervenirvi con una traduzione dell'intero passo: «A proposito di quel che già ha elaborato la tua sollecita cura, parlo degli scassinatori colti pure in evidente flagranza, chiarisca la mia trattazione quale sia la decisione che il giudice doveva prendere; però se fu il marito, investito dell'autorità di giudice, a dover dare sentenza definitiva³⁸ riguar-

³⁷ La si trova, molto chiaramente riprodotta, in A. CAPPELLI, *Dizionario di abbreviature latine ed italiane*, Milano 1967 (rist.), 392 col. 2.

³⁸ Non credo che, come intende lo SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 55, *peremptoria sententia* vada inteso come condanna a morte: qui l'alternativa è fra una sentenza definitiva, cioè che decida il caso, e una sentenza di rinvio ad altro giudice, rimettendo dunque a questi la decisione.

do ai servi, che si è provato aver asportato con manifesto reato le cose della moglie, se possa contestarsi, che egli si sia comportato come uno che dissennatamente³⁹ giudica *in causa propria*, a ciò si deve opporre la legge dei divi principi, che segue etc.». Il tenore di questa frase – la mia traduzione risente volutamente della contorta costruzione sintattica del modello – lascia pensare che il giureconsulto avesse ricevuto, dall'avvocato che lo consultava, una richiesta nella quale si delineava già la linea che l'avvocato intendeva dare alla propria difesa: egli intendeva sostenere che il marito-giudice era, in quanto giudice, tenuto a dare quella sentenza definitiva, e non poteva scegliere l'alternativa di decidere solo rinviando la causa ad altro giudice, e perciò non poteva imputargli il fatto di aver giudicato *in causa propria*; pertanto egli chiedeva al giureconsulto di consigliarlo circa gli argomenti da impiegare. Il giureconsulto gli risponde che farà quanto richiesto (cioè gli mostrerà bene quale decisione il marito giudice doveva prendere, e cioè che, come gli diceva lo stesso consultante, doveva pronunciare egli stesso sentenza di condanna), ma che, siccome il problema era quello del giudizio *in causa propria*, gli dimostrava in più, e subito sulla base di un testo, che il suo cliente non aveva per nulla giudicato *in causa propria*.

Questa soluzione è coerente con l'insieme di quanto poi esposto in Cons. 8, 1, con i testi allegati e il modo in cui sono allegati, e con la conclusione finale enunciata in

Cons. 8, 8: *Intellegat nunc improbus accusator cinctum iudicem et uxoria velut externa debuisse negotia definire: et non licuisse, ut alienum reatum metueret, cui de manifestis reis non licuit tardare sententiam.*

Ma, per giungere a questa soluzione, mi sono dovuto valere di considerazioni paleografiche, le quali implicano, come presupposto, che il testo della *Consultatio* di cui disponeva il Cuiacio non fosse l'originale, ma avesse conosciuto una vicenda di trascrizioni da parte di copisti non controllati dall'autore. Intendiamoci: non ho affatto l'idea di aver fornito una prova in questo senso: solo penso di aver dimostrato che per una simile possibilità sussistono indizi concreti.

2.6. L'elenco di testi in Cons. 9

Come sappiamo, Cons. 9 non contiene un parere, ma una semplice sequenza di testi. Incominciamo – è d'obbligo, anche se può dirci poco – con un po' di analisi esteriore.

I testi sono in totale 19, e si tratta unicamente di costituzioni imperiali. Vi sono due sole leggi, tratte dal Teodosiano (Cons. 9, 12-13); per il resto si tratta di 17 re-

³⁹ L'avverbio *stulte* è complemento di *iudicet*, e non di *obici*, come invece intende lo SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 55.

scritti, dei quali 8 (o 7?) sono tratti dal Codice Gregoriano (Cons. 9,8-11 e Cons. 9, 14-17; il dubbio è per Cons. 9, 9) e 9 (o 10?) dal Codice Ermogeniano (Cons. 9, 1-7 e Cons. 9, 18-19; resta il dubbio per Cons. 9, 9⁴⁰)⁴¹. Di tutti questi testi, solo uno, se non ho visto male, ne replica un altro già citato nei pareri (Cons. 9, 11 = Cons. 1, 8).

Questo materiale è ordinato secondo la provenienza, ma in modo alquanto irregolare.

All'inizio di Cons. 9, 1 è scritto '*Ex corpore Hermogeniani*' e i rescritti che seguono fino a Cons. 9, 7 sono poi riportati senza alcuna indicazione sulla loro provenienza. Si tratta di rescritti che effettivamente devono provenire dal C. Herm., anche se da una sua tarda edizione⁴², perché si tratta sempre, compresa la prima, di costituzioni di Valentiniano I e Valente del 365, tranne quella di Cons. 9, 6, che è del 364. Gli imperatori sono indicati come *Valens et Valentinianus* nella prima costituzione, come *Idem* in quelle dei §§ 2-5, come *Valens et Valentinianus* in quella del § 6 e come *Valentinianus et Valens* in quella del § 7: in effetti la cost. del § 7 è data *Mediolani* e quella del § 6 *Sirmio*, ma anche quella del § 1 e del § 5 sono date *Mediolani*. La data delle costituzioni non ne influenza l'ordine: né qui né in seguito, dove la cosa risulta ancor più chiara perché l'anno varia in maggior misura.

All'inizio di Cons. 9, 8 (rescritto del 215) è scritto '*Ex corpore Gregoriani*'; seguono, senza alcuna indicazione sulla loro provenienza, tre rescritti; gli ultimi due provengono senza dubbio dal C. Greg. (§ 10 a. 241; § 11 a. 222), mentre – già l'ho annotato – quella del § 9, se la *subscriptio* è corretta, si deve datare al 293, e quindi attribuire non al C. Greg. ma al C. Herm.

All'inizio di Cons. 9, 12 è scritto '*Ex corpore Theodosiani*': si tratta in effetti di un editto del 414, seguito da un altro editto del 316, introdotto con '*Item eodem corpore*'.

All'inizio di Cons. 9, 14 è scritto ancora '*Ex corpore Gregoriani*', il primo testo è un rescritto del 259; i tre seguenti sono introdotti con (§ 15 a. 240) *Item ex corpore Gregoriani tit. de transact.* (§ 16 a. 225), *Item eodem corpore*; (§ 17) *Item ex corpore Gregoriani*: questo rescritto non ha né *inscriptio* né *subscriptio*, solo è notato alla fine *lib. I tit. X*. I due rescritti che seguono sono bensì ancora introdotti con (§ 18 a.

⁴⁰ Se la data (PP. III non. Octob. ipsis AA. cons.) è esatta, il rescritto dovrebbe essere del 293 e provenire dal C. Herm. (così CENDERELLI, *Ricerche sul Codex Hermogenianus*, Milano 1965, 146 con la n. 9) e non dal C. Greg. come risulta dalla sua collocazione in Cons. 9, 9. Per giustificare l'appartenenza al C. Greg. mantenendo la stessa coppia consolare bisognerebbe datare il rescritto al 287 o al 290: ma la datazione *ipsis AA. cons.* era propria della prassi del 293; nel 287 si datava *Diocletiano III et Maximiano AA., cons.*, nel 290 *ipsis III et III AA., cons.*

⁴¹ In questo conteggio ho tenuto presente, come dato, che i due rescritti di Diocleziano e Massimiano riportati nei §§ 18 e 19; essendo del 294, devono attribuirsi al C. Herm. e non al C. Greg., come risulterebbe dalla loro collocazione nella Cons. Vedi CENDERELLI, *Ricerche cit.*, p. 147 n. 10-11, ma già aveva notato la cosa il Cuiacino nel 1566: vedi nell'edizione del KRÜGER, 220 (l'apparato ad § 18, 19).

⁴² Vedi CENDERELLI, *Ricerche cit.*, 6 ss.; 163 n. 50.

294) *Ex eodem libro et titulo* e (§ 19 a. 294) *Item eodem corpore et titulo*, ma la loro data impone di attribuirli al C. Herm.⁴³

Se invece passiamo a considerare la sostanza dei passi raccolti in cons. 9, qualche indicazione è reperibile⁴⁴.

Delle 19 costituzioni riportate, 13 si riferiscono alla materia dei patti, con diretto aggancio alle tematiche trattate in Cons. 1, Cons. 4 e Cons. 7. Precisamente:

a) 6 trattano espressamente del *pactum post rem iudicatam*: quelle dei §§ 1; 8; 11 (= Cons. 1, 8); 14; 15; 16.

b) 5 stabiliscono la nullità dei patti (§ 2), o delle transazioni (§ 9) estorti con dolo, od ottenuti con minacce (§ 3), ovvero perché *contra bonos mores* (§ 10) o in contrasto con dettami del diritto (§ 19).

c) 2 stabiliscono il carattere vincolante dei patti conformi alle leggi (§ 13) e della transazione *de dubia lite facta* (§ 18).

A ciò si aggiunga che altri 3 testi (§§ 4; 5; 6) trattano di patti, senza che si possa però trovare alcun aggancio fra le situazioni che essi riguardano e i temi dei pareri contenuti nella Cons.

Dei tre testi residui, uno riguarda certi effetti del compromesso (§ 17), uno genericamente la protezione che il diritto accorda alle donne e ai minori (§ 12) e uno un problema di applicazione del senatoconsulto Claudiano (senza citarlo; § 7).

Ai nostri fini, un interesse per Cons. 9 può giustificarsi solo supponendo che questa appendice di testi sia stata redatta dall'autore stesso della *Consultatio*. D'altra parte, non si potrebbe immaginare un'origine diversa. Certo, quest'ultimo capitolo ha il carattere di un Nachtrag⁴⁵, ma un'aggiunta del genere non può ragionevolmente supporre fatta da un editore dell'opera, che fosse il primo editore o un successivo: dei testi che essa contiene, quelli che riguardano i temi dei pareri, l'editore li avrebbe inseriti nei luoghi opportuni, e quelli che non li riguardano, non avrebbe avuto motivo di aggiungerli.

Se invece pensiamo, dunque, che Cons. 9 sia stato composto dall'autore dei pareri, vediamo il nostro *iuris consultus* operoso in questo modo. Egli scorre le sue fonti più difficili da consultare, cioè i codici – le sentenze di Paolo le conosce bene, e non ha bisogno di mettersi ogni volta ad esplorarle – e trascrive via via dei testi che potrebbe aggiungere ai pareri già redatti per intero, nonché dei testi che possono servirgli per altri pareri che prevede di dare. Se ha trascritto anche Cons. 9, 11, che

⁴³ Anche questo l'ho già annotato. Il CENDERELLI, *Ricerche* cit., 147 n. 10-11, suppone che fra Cons. 9, 17 e Cons. 9, 18 sia caduta l'indicazione *ex corpore Hermogeniani*.

⁴⁴ È curioso notare che il KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* cit., 974, scriveva che in Cons. 9 venivano aggiunti passi a quelli addotti in Cons. 7; 10, HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteustinianae quae supersunt* cit., 855 n. 8, precisava: soprattutto (*maxime*) a quelli di Cons. 7; CONRAT-KANTOROWICZ, 50 n. 9, precisava ulteriormente: non solo a Cons. 7, ed inoltre Cons. 9, 11 completa Cons. 1, 8.

⁴⁵ KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 346; già, HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteustinianae quae supersunt* cit., 838: «... *tamquam auctarium auctoritatum accedit*».

già aveva utilizzato in Cons. 1, 8, ciò dipende dal fatto che quando aveva redatto il parere aveva citato in modo troppo poco ortodosso: forse aveva citato a memoria, ricordandosi abbastanza bene *iscriptio* e *subscriptio*⁴⁶, ma del testo solo il senso e qualche parola. Quel che sta cercando sono soprattutto testi in quella benedetta materia dei patti, per i quali quel che dicono le *Sententiae* è troppo poco, e non è facile, volendo lasciar da parte le opere più complesse dei giuristi, trovar testi chiari in buon numero. Egli prende prima l'Ermogeniano, dove trova buona messe di rescritti di Valentiniano I, ed intanto vi trova anche un rescritto che lo interessa in tema di senatoconsulto Claudiano (forse nel C. Herm. era insieme a quegli altri passi di Valentiniano: noi non sappiamo se le tarde aggiunte a questo codice erano distribuite tutte nei vari titoli, o magari, in parte almeno, raccolte in approssimativo ordine cronologico alla fine); poi passa al Gregoriano, e vi trova altra messe; poi apre il Teodosiano, e prima di cercare altro viene attratto dalla breve costituzione di Onorio e Teodosio (C.Th. 2, 16, 3), che consiste in una bellissima frase sullo zelo del potere a favore di donne e minori, che può sempre servire; così l'annota, e prosegue la sua ricerca relativa ai patti, trovando ancora un testo. Ma nel Teodosiano, sui patti si trova proprio poco. È meglio tornare al Gregoriano, dove trova altra messe, ed anche un testo sul compromesso abbastanza interessante: è meglio trascrivere anche questo. Un'ultima occhiata ancora all'Ermogeniano (dal quale provengono, lo sappiamo, Cons. 9, 18-19): trova due altri testi e, per ora, può dichiararsi soddisfatto.

Se questa mia fantasia abbia qualche rapporto con una realtà storica, proprio non saprei dire. Io l'ho presentata unicamente per dimostrare che un'ipotesi del genere è più verosimile di quella di considerare Cons. 9 come l'aggiunta operata da un editore: perché, lo si consideri come si vuole, Cons. 9 non riveste alcun carattere di pubblicabilità. E dunque, se esso deve considerarsi opera dell'autore stesso dei pareri, la sua presenza dimostra che tutto l'insieme – pareri e Nachtrag – non era, almeno in questo stato, destinato alla pubblicazione. Forse, come già avevo ventilato, la prima edizione che esso ebbe fu proprio quella che nel 1577 ne fece il Cuiacio: è molto probabile che prima di questa data esso sia stato magari trascritto da qualcuno per l'uso di qualcun altro, ma mai propriamente edito. Si comprende che, propendendo io per questa soluzione, viene meno del tutto il problema di stabilire se l'opera, come ci è giunta, sia completa o meno: perché essa cessa del tutto di essere un'opera, nel senso letterario del termine.

Naturalmente, tutta questa mia argomentazione perde valore, se si ammette una terza alternativa: e cioè che autore di Cons. 9 sia stato un fruitore della *Consultatio*⁴⁷, poniamo – ad esempio – l'autore dello scolio che si trova fra Cons. 5 e

⁴⁶ Vi sono due piccole differenze formali. Nell'*iscriptio* manca, in Cons. 1, 8, il *praenomen* (*Aurelio*) del destinatario (che compare in Cons. 9, 11, dove manca l'abbreviazione A. di *Augustus*); nella *subscriptio*, in Cons. 1, 8 il giorno è indicato come *II id. Sept.*, in Cons. 9, 11 come *pridie id. Sept.* che è poi lo stesso.

⁴⁷ L'ipotesi è dello SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsult* cit., 41, il quale considera

Cons. 6: perché in questo caso sarebbe anche possibile che Cons. 9 sia stato aggiunto all'opera già pubblicata. Tuttavia, se si prende in considerazione una simile ipotesi e si vuole considerarla con una qualche coerenza, la presenza in Cons. 9 dei tre testi d'argomento assolutamente estraneo alle tematiche dei pareri diventa ardua da spiegare⁴⁸, se non supponendo che essi fossero connessi con altri pareri che il manoscritto del Loisel non conteneva: il che porterebbe a concludere che quel che tale manoscritto conteneva fosse il frammento di un testo di più vaste dimensioni. Questa ipotesi, anche se non molto verosimile, è tuttavia possibile: ma impossibile resterebbe il prenderla in considerazione, perché essa ci imporrebbe di rinunciare a parlare della *Consultatio*, in quanto con questo crescere indefinito delle sue dimensioni in una zona per noi inaccessibile, diminuirebbe nella stessa indefinita proporzione la nostra possibilità di prenderne conoscenza.

3. Sulla natura della *Consultatio*

A questo punto – avevo avvertito che la cosa si sarebbe protratta per qualche tempo – abbiamo sott'occhio una descrizione della *Consultatio*.

Possiamo dunque porci il problema – potremmo dire così – della sua definizione. Ed a questo proposito è opportuno che ci liberiamo anzitutto dall'idea che essa rispecchi delle esercitazioni di retorica giuridica. Quest'idea è stata proposta come tesi soprattutto dallo Schulz⁴⁹, che la coltiva poi però solo con riguardo a quella che egli individua come la prima delle tre parti che comporrebbero l'insieme, e

le costituzioni riportate in Cons. 9 «als Lesefrüchte eines späteren Benutzers der Sammlung». Già lo HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt* cit., 855 n. 8, aveva considerato le due ipotesi: cioè che la farragine di testi citabili (*farrago specierum legendarum*), aggiunta al lavoro compiuto (*finito tractatu ... addita*) «soprattutto per completare il materiale relativo ai patti di Cons. 7», fosse opera dell'autore stesso oppure di un altro, propendendo per quest'ultima soluzione in quanto il modo di citazione è diverso (*alia allegandi ratione utitur*); ragione però dichiarata inconsistente da CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., 50 con la n. 8, secondo cui la sola differenza starebbe in Cons. 9, 17 (dove, citando il C. Greg., si dà anche il numero del titolo: Lib. I tit. X).

⁴⁸ E certo non è lecito semplicemente liberarsene, come faceva il Conrat con Cons. 9, 7, dicendo che la sua presenza proverrebbe da un errore di trascrizione: CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., 50.

⁴⁹ SCHULZ, *Geschichte der röm. Rechtswissenschaft* cit., 408 s.; vi aderisce il KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (Österreichische Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse. Sitzungsberichte. 277. Band, 5. Abhandlung), Wien 1972, 65 n. 124; nello stesso senso si pronunzia il BRETONE, *Storia del diritto romano* (ed. nei Manuali Laterza), Bari 1995, 366. L'adesione più stupefacente, se non all'identificazione dei testi della *Consultatio* con esercitazioni di retorica forense, comunque però all'idea del loro carattere scolastico, è quella dello SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 69, che vi perviene dopo aver analizzato tutti i pareri e la loro casistica (tranne quello di Cons. 7, che è trattato solo parzialmente, insieme a Cons. 4, a p. 40 s., ma al quale poi, nelle conclusioni, l'autore fa comunque riferimento come se ne avesse trattato in modo compiuto: SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 57; 60 n. 241).

cioè Cons. 1-3 + 7-8⁵⁰. Ma, per sostenerla, lo Schulz ha sottoposto il testo della *Consultatio* ad un'operazione cubista, isolando espressioni, o comunque frammenti di frasi – mai una frase intera – nelle quali si ravviserebbe l'atteggiamento di un maestro di retorica forense, ed attribuendo a questa composizione di dettagli un senso totalizzante. L'autore della *Consultatio* forse era in realtà un maestro di retorica fornense, ma ciò per ora non interessa: il fatto è che quelle espressioni, così isolata, perdono tutto il loro significato reale. Per fare un esempio – ammetto di sceglierlo perché è paradossale – l'inizio di Cons. 7^a, che già conosciamo:

Cons. 7a, 1: *Deinde vero (quod minime fuerat necessarium consultationem nostram tuis utilitatibus sciscitari) si avus maternus ...*

Ridotto a '*minime fuerat necessarium consultationem nostram tuis utilitatibus sciscitari*', diventa il rimbrotto del maestro all'allievo che fa domande sciocche «Ei-mal wird den Anfragenden getadelt, daß er eine unnötige Frage 'an uns' gestellt hat»⁵¹. La tesi dello Schulz, d'altronde, è stata già criticata efficacemente dal Wieacker⁵², anche se questo autore si lascia trascinare dalla polemica a qualche eccesso, come ad esempio quando, nel sottolineare che i fatti dei casi considerati nella *Consultatio* sono presentati con dettagli che non possono avere il minimo valore didattico, cita la circostanza che del *maritus*, in Cons. 8, 1, si dice *quem iudicariae potestatis cingit auctoritas*, quando questa qualità di giudice del *maritus* non è, nel parere di cui si tratta, un particolare irrilevante, ma la ragione di tutto il problema trattato, il quale – si ricorderà – stava nell'accusa fattagli di aver giudicato *in causa propria* condannando gli *effractores* dei beni di sua moglie. Io credo, comunque, che la tesi secondo la quale la *Consultatio*, anche se in parte, presenti degli esercizi di retorica forense, si critichi da sola. Lo Schulz parla in proposito di «eine wirkliche oder fingierte Schuldisputation». Ora, se la disputa scolastica era reale, non si vede la ragione per la quale ne sarebbe stato redatto un processo verbale, e per giunta un verbale ad un tempo così accurato e così infedele, perché esso si presenta in realtà come un monologo e non come una disputa; se era fittizia, essa dovrebbe essere lo schema per una disputa futura o l'esempio di una disputa da tenersi come modello: e, nel primo caso dovrebbe avere la forma di indice tematico e non di argomentazione compiuta, nel secondo dovrebbe avere forma dialogica. In somma, quelli della *Consultatio* sono dei pareri: questo è un dato che risulta inequivocabilmente alla lettura⁵³. Si può dire, se si vuole, che qualcuno li raccolse in fun-

⁵⁰ La seconda parte (Stück) sarebbe costituita dai tre «theoretische Traktate» di Cons. 4-6, e la terza dal «bloßer Nachtrag» (Sammlung von Stellen aus C.H., C. Greg. und C.Th.) di Cons. 9; come si vede, lo Schulz segue l'idea di CONRAT-KANTOROWICZ, 47 s. (vedi sopra. n. 36).

⁵¹ SCHULZ, *Geschichte der röm. Rechtswissenschaft* cit., 409.

⁵² WIEACKER, *Allgemeine Zustände und Rechtszustände* cit., 50 s.

⁵³ Ciò ha chiaramente affermato per primo il RUDORFF, 57 s.

zione di esercitazioni retoriche, ma ciò non ne cambia la natura. Molti di noi, che hanno insegnato anche il diritto positivo, hanno fatto esercitazioni di retorica forense sulla base di sentenze tratte da una rivista di giurisprudenza: ma con ciò non hanno cambiato natura ai testi che utilizzavano.

Ora, il problema dell'uso che della *Consultatio* è stato fatto dopo la sua composizione, non è parte del problema della sua definizione: e, se vogliamo occuparcene, esso ci porta sempre più lontano dalla tematica della natura di quel testo. Perché la *Consultatio* è pressoché sempre stata usata unicamente per i passi di *ius* o *leges* che essa riporta⁵⁴. Mi si permetta di percorrere, per un momento, la storia innestando la marcia indietro. Oggi, gli storici del diritto si occupano della *Consultatio* soprattutto per leggervi qualche passo che non si conosce altrimenti; ma già il Cuiacius, che ce la restituì pubblicando il manoscritto di cui disponeva, con l'edizione del 1577 non ne fece propriamente un uso: questo lo aveva già fatto nel 1564 e nel 1566 pubblicando non l'opera ma buona parte dei testi che essa conteneva, con un atteggiamento che egli descriveva a proposito di alcuni passi delle *Pauli sententiae*⁵⁵: «Porro inter Pauli sententias, quorum auctoritate utitur, quaedam sunt nondum editae, quas ut mihi Loisellus non invidit, non debeo etiam ipse ceteris invidere, proponam igitur eas hoc capite, et apponam singulis interpretationem». Ancor prima, se era effettivamente dalla *Consultatio* – non ancora così denominata – che il vescovo canonista Yves de Chartres (c. 1040-1116) traeva i due rescritti che ora citiamo Cons. 1, 7-8 e il passo delle *sententiae* paoline di Cons. 4, 3 per menzionarli nel suo *Decretum*, 16, 201⁵⁶, egli usava la *Consultatio* sempre allo stesso scopo.

Che i tre passi, così come riportati da S. Ivone, provengano dalla *Consultatio*, è estremamente probabile.

Il passo del *Decretum* è il seguente (D. IVONIS CARNOTENSIS *Decreti pars. XVI, cap. 201*, in MIGNE, *PL CLXI*, col. 943):

Cap. 201. – De pactis. *Pacta quae ab invititis contra leges constitutionesque fiunt, nullam vim habere indubitati est juris. Item, pactum quod mala fide est factum, irritum esse debet. Privata conventio juri publico nihil derogat.*

Qui di seguito riporto i corrispondenti in Cons. con i dati e le considerazioni a ciascuno pertinenti.

Cons. 1, 7: (Item alia ex corpore [Greg.] et libro [lib. II] supra dicto: Imp. Antoninus A. Iuliae Basiliae.) *Pacta, quae ab invititis contra leges constitutionesque fiunt, nullam*

⁵⁴ CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., 47 (l'inizio).

⁵⁵ CUIACIUS, *Observationes et emendationes* VII, 26; VOLTERRA, *Il manoscritto della Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 402.

⁵⁶ SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* II, 311 n. f; RUDORFF, 54; CONRAT (COHN), *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts* cit., 90; KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 347 n. 66.

vim habere indubitati iuris est et cet. (PP. V. kal. Aug. Antonino A. VI⁵⁷ et Albino cons.)

Lo stesso rescritto è presente nel Codice giustiniano, col tenore seguente: C. 2, 3, 6 (Idem A. Basiliae) *Pacta quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est.* (PP. V kal. Aug. Antonino A. IIII et Balbino cons.). Come si vede, il testo di Cons., esattamente come quello di Ivone e rispetto a quello del C., ha in più 'ab invitis' ed in meno 'vel contra bonos mores'. Le varianti del C. sono confermate da B. 11, 1, 67 (Heimb. I, 646: Sch. A II, 643). La corrispondenza del testo di Ivone con quello della *Consultatio* acquista un valore particolarmente rilevante, in quanto vi sono, a mio parere, valide ragioni per ritenere che l'autore di Cons. 1 abbia scientemente modificato il testo nel senso in cui lo riportava.

Si consideri anzitutto il testo in se stesso. Nel tenore di Cons., esso significherebbe, letteralmente: «È diritto incontroverso che non abbiano alcun valore i patti che vengono effettuati in contrasto con leggi e costituzioni da persone che non volevano concluderli». Ora, questa frase dice evidentemente una sciocchezza⁵⁸, perché, se ha senso dire – come si legge nel Codice giustiniano – che sono nulli i patti che hanno luogo in contrasto con leggi e costituzioni, e magari anche quelli in contrasto con i *boni mores*, non ha senso alcuno dire che questi patti in contrasto con norme positive sono nulli se conclusi *ab invitis*. Con ciò dobbiamo ammettere come dimostrato che il testo originale del rescritto non contenesse le parole *ab invitis*; ma il fatto è che è pure reperibile una ragione, per la quale il *iuris consultus* autore del parere di Cons. 1 potrebbe essere stato indotto ad aggiungervele. Infatti, fra le fonti che egli citava, mancava un testo che mettesse in evidenza in modo chiaro ed autonomo che la transazione di cui si occupava era nulla per il fatto che la donna non la voleva concludere, in quanto l'aveva conclusa *invita*: egli aveva espressamente affermato in Cons. 1, 3 'manifeste constitutum est, ne quispiam pacisci cogatur invitus', e sembrerebbe essersi voluto fabbricare un testo in cui comparissero precisamente parole analoghe, non contento dell'altro rescritto di Settimio Severo in Cons. 1, 6, che si riferiva genericamente a *quae per vim et metum gesta sunt*, né di quello di Diocleziano e Massimiano in Cons. 1, 9, che dice bensì *ea invita*, ma si riferisce specificamente ad un patto di remissione. Egli sembra, così, aver riportato il testo in una forma, per così dire, interpretata: ha soppresso *contra bonos*

⁵⁷ Questo VI per III – o IV – è certo un errore, che risale forse al Cuiacio (1586), come pure è errato Albino per Balbino (su tutto ciò vedi l'apparato nell'edizione del KRÜGER). Non ne terrò qui, ovviamente, conto.

⁵⁸ Cfr. SCHULZ, *Geschichte der röm. Rechtswissenschaft* cit., *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*, in ZSS 43 (1922), 207 con la n. 3; l'autore considerava *ab invitis* una glossa. Lo SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 31, preferisce cancellare *contra leges constitutionesque*, ma le ragioni che adduce sono troppo deboli e l'ipotesi, data la presenza del confronto testuale con C. 2, 3, 6, troppo macchinosa.

mores, mettendo invece *ab invitis*, nel supposto che i *pacta ab invitis* siano *contra bonos mores*. In questo stesso spirito può avere, ad ogni buon conto, aggiunto l'*et cet.* alla fine (anche se, naturalmente, è ben possibile che questo *et cet.* fosse già presente nel C. Greg.). Del resto, è in funzione della stessa preoccupazione, di trovar testi riferibili direttamente ai patti conclusi *ab invitis*, che il *iuris consultus* si sforzava di trarre un argomento *e contrario* da C.Th. 2, 9, 3 in Cons. 1, 12⁵⁹.

Cons. 1, 8 (Imp. Alexander A. Dionysio.) Ad locum: *Pactum, quod mala fide factum est, irritum esse et cetera.* (PP. II id. Sept. Alexandro Aug. cons.)

Lo stesso rescritto compare in C. 2, 3, 8 nella forma: (Imp. Alexander A. Dionysio) *Cum, posteaquam adversarius matris tuae victus esset, matrem tuam circumvennerit, ut ei caveret nullam se controversiam de servis moturam, id pactum mala fide factum irritum est, et cum ex ea conventionem cum matre tua agi coeperit, iudex eam*

⁵⁹ Può risultare alquanto curioso il fatto che l'autore della *Consultatio* abbia operato un falso in un testo, destinato ad essere recitato in giudizio. Tuttavia, il testo ce ne presenta almeno un altro, e questa volta ancor meno spiegabile, perché riguarda uno dei passi riportati non in un parere, ma nell'elenco finale. Se ne è già occupato, in una diversa prospettiva, il VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali* (1971), in *Scritti giuridici VI*, Napoli 1994, 212 ss. Si tratta di Cons. 9, 13: Item eodem corpore [Theod.]: Imp. Constantinus A. ad Maximum praefect. urb. (Inter cetera et ad locum): *Pactiones ea valere volumus, si cum legibus consentiant et reliqua.* Dat. VI non. Febr. Romae Sabino et Rufino cons. L'autore (Costantino), il destinatario (il *praefectus urbi* Massimo) e la data (*dat. VI non. Febr. Romae Sabino et Rufino cons.*), dove però il VI non. Febr. è certo erroneo, perché si tratta di un giorno che non esiste) hanno indotto gli autori ad identificare la costituzione con C.Th. 8, 12, 1, che i codici datano al 3 febbraio (*III non. Febr.*; un codice del Brev., il Gothanus del X sec., al 2 febbraio: *III non. Febr.*) dell'anno del consolato di Sabino e Rufino, che è il 316. Questa data non è però da tutti accettata, perché il destinatario, che dovrebbe essere *Valerius Maximus Basilius*, fu *praefectus urbi* dall'1.9.319 al 13.9.323, e la coppia consolare del 323 (*Severo et Rufino cons.*), quasi omonima a quella indicata nei testi citati, rende possibile una datazione in tale anno (vedi l'apparato nell'edizione del C.Th. di MOMMSEN, 408, n. alle linee 17/18; HUSCHKE (SECKEL-KÜBLER), *Iurispr. Anteiust. rel.* II, 2 (KÜBLER), 286; SIMON, *Konstantinisches Kaiserrecht*, Frankfurt/M. 1977, 84 ss.). La cost. C.Th. 8, 12, 1 è fra le meglio documentate che possediamo. Un testo assai ampio si legge in Vat. 249; il testo di C.Th. 8, 12, 1, assai più breve, risulta da cod. Parisinus 9643; lo stesso testo è ripreso in Brev. C.Th. 8, 5, 1, dove è munito di un'int. assai accurata, più lunga del testo della cost. come ve lo si legge; una versione abbreviata della cost. si legge pure in C. 8, 53, 25. Si aggiunga, che una breve frase di C.Th. 8, 12, 1 (alla fine del pr.) è presente pure, isolata, in C.Th. 3, 30, 2, che conosciamo da Brev. C.Th. 3, 19, 2 (con int.), ed è ripresa – pure isolata, con un'interpolazione – in C. 5, 37, 21 (omessa in C. 8, 53, 25). A C.Th. 8, 12, 1 attinse pure Ed. Theod. 51-53. Ora, la legge di cui si tratta, è uno dei testi più importanti della riforma costantiniana del diritto delle donazioni: si veda ARCHI, *La donazione*, Milano 1960, 229 ss.; KASER, *Das Röm. Privatrecht II*, München 1975, 280 ss.; SIMON, *Konstantinisches Kaiserrecht*, Frankfurt/M. 1977, 84 ss. Siccome essa non parla che di donazione, l'autore della Cons., riportandone meno di dieci parole (che, per di più, formano una frase che nel testo della costituzione non compare, e può solo considerarsi vagamente echeggiare la forma di qualcosa che si dice in Vat. 249, 3 cfr. C.Th. 8, 12, 1 pr., o in Vat. 249, 10), avrebbe, applicandole alle *pactiones* invece che alle donazioni, operato semplicemente un falso: ed un falso abbastanza stupido, perché non si vede che necessità egli avesse di informare qualcuno sul fatto che l'imperatore Costantino voleva che valessero i soli patti in armonia con le leggi: testi in questo senso ne aveva già utilizzati (Cons. 1, 7, di cui si è detto poco sopra, nel testo; Cons. 4, 7 = Cons. 7, 4; Cons. 4, 8 simile a Cons. 7, 5; Cons. 4, 10).

liberabit. (PP. prid. id.⁶⁰. Sept. Alexandro A. cons.). Ma esso era noto all'autore stesso della *Consultatio* – in un testo che dobbiamo ritenere quello in cui essa compariva nel C. Greg. – perché egli lo riportava ancora in Cons. 9, 11: (Imp. Alexander Aurelio Dionysio) *Cum posteaquam adversarius matris tuae victus esset, matrem tuam circumvenerit, ut pacisceretur nullam se controversiam de servis moturam, id pactum mala fide factum irritum est: et cum ex ea conventionione cum matre tua agi coeperit, iudex eam liberabit, quia de re iudicata pacisci nemo potest.* (PP. pridie id. Sept. Alexandro A. cons.). Le parole riportate in Cons. 1, 8, non erano dunque esattamente presenti nel testo della costituzione, e l'autore di Cons. lo sapeva, ma in Cons. 1, 8 egli, mettendo l'indicazione 'ad locum', si riteneva legittimato a costruire interpretando il rescritto una massima generale; Ivone riprende la massima di Cons. 1, 8, introducendola con *item* e completandone la forma – che vi restava grammaticalmente incompleta – sostituendo *debet* all'*et cetera*.

Cons. 4, 3: (Pauli sentent. Lib. I tit. de pact. et conventionibus vel transactionibus) : *Functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio iuri publico nihil derogat.*

Questa *sententia* paolina ci è nota solo da questo luogo della Cons. In questo caso è Ivone che ha estratto una massima da un testo più lungo, ma estrapolando parole che si leggono esattamente identiche nel passo, e che pure vi rappresentano una regola generale, addotta per motivare un'affermazione ancora regolare, ma di portata speciale.

Possiamo, da tutto ciò, trarre la seguente conclusione: che, per supporre che Yves de Chartres desumesse queste tre frasi altrove che dal testo della *Consultatio*, si dovrebbe supporre comunque che la sua fonte dipendeva dalla *Consultatio* stessa. La certezza di questa conclusione, estesa a tutti e tre i testi, deriva solo dal fatto che nel *Decretum* di Ivone essi sono citati insieme: considerandoli isolatamente, essa resta altissima per il primo, molto forte per il secondo, e buona per il terzo. Ma dalla concorrenza dei tre, per altro verso, la conclusione risulta in qualche modo rafforzata.

Invece, non può affatto desumersi, dalla presenza dei tre testi nel *Decretum*, che l'autore di questo li abbia letti nella *Consultatio*. L'ipotesi del Conrat⁶¹, secondo la quale essi proverrebbero da un qualche manoscritto del *Breviarium* – ve ne sono numerosi – che recava aggiunte tratte dalle opere utilizzate nella compilazione, è in se stessa verosimile, anche se le considerazioni sulla struttura del testo del *Decretum*, sulle quali l'autore l'appoggia, non sono decisive. Per quello che abbiamo detto sopra analizzando il carattere dei tre testi, si dovrebbe però desumerne che lo scoliaste del Breviario, che vi aggiunse i testi che ci interessano, li avesse presi dalla *Consultatio*.

⁶⁰ La variante *II id.* e *prid. id.* è irrilevante, alludendosi allo stesso giorno.

⁶¹ CONRAT (COHN), *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts* cit., 90 con la n. 6.

Per questa via giungiamo così a quello che è ragionevole considerare l'indizio più antico dell'uso della *Consultatio*, e che è contenuto nel testo stesso quale fu edito dal Cuiacio nel 1577: si tratta di una frase, che tutti riconoscono come uno scolio, e che suona: *Hic require, qualiter actionis editio pulsato fiat*. Questa frase, che significa: «Cerca qui in che modo si faccia l'*editio actionis* nei confronti del convenuto», viene collocata nelle edizioni della *Consultatio* come parentetica alla fine di Cons. 5, precisamente dopo il rescritto del 295 tratto dal C. Herm. che in Cons. 5, 7 chiude il parere-tractatus sulla *condictio ex causa furtiva*. Naturalmente, non sappiamo come essa fosse effettivamente collocata in origine. Quanto al suo contenuto, lo scolio può riferirsi bensì al rescritto immediatamente precedente, ma anche a tutto il testo di Cons. 5, o anche al successivo Cons. 6 – il parere-tractatus sulla *petitio hereditatis* – ed in questo caso, prima che ai testi citati, già, e direi soprattutto, a quanto vi scriveva l'autore. Dobbiamo dunque ritenere assai probabile che lo scolio fosse scritto a margine, e che volesse riferirsi all'insieme dei luoghi che ho ora indicato. Se questo era il caso, il primo indice di un impiego della *Consultatio* lo mostra come più esteso degli usi successivi: esso si riferisce solo a dei pareri non casistici, ma mostra di considerarli come interessanti nel loro insieme, dando valore anche al lavoro del giureconsulto stesso e non solo alla sua conoscenza dei testi autorevoli.

Comunque, a me pare potersi dire con certezza che lo scopo della *Consultatio* non doveva essere quello per il quale essa risulta essere stata utilizzata in seguito. La *Consultatio* non era una collezione di testi, ma un insieme di pareri⁶²: i testi sono allegati ai pareri, e non rappresentano affatto il filo conduttore, né dell'insieme, né dei singoli capi che la compongono; lo stesso capo finale, l'elenco di testi di Cons. 9, non ha il carattere di una collezione, mancando di qualunque criterio sistematico anche esteriore: non c'è ordine complessivo determinato dal contenuto, né dalla provenienza⁶³, e neppure, per i gruppi di testi appartenenti a ciascun codice, viene rispettato un ordine cronologico. Ma la *Consultatio* non era neppure una raccolta di pareri, se per raccolta intendiamo un'entità destinata alla pubblicazione, cioè un'opera, come abbiamo già detto. E non vale opporre a questa mia affermazione, che nulla ci assicura che quel che abbiamo non sia il piccolo frammen-

⁶² Che tutti i capitoli di cui è composta la *Consultatio*, tranne l'ultimo (Cons. 9), siano dei pareri, e dei pareri effettivamente rilasciati – non alla parte, ma al suo avvocato – in relazione a situazioni reali (*wirkliche Gutachten auf vorgängige mündliche oder schriftliche Konsultation*), espressamente precisando e dimostrando altresì che non poteva trattarsi «um Schuldispute oder um eine Sammlung akademischer Rechtsfälle», è stato vigorosamente sostenuto dal Conrat (CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., 49 s.; vedi anche CONRAT, *Zur Kultur des Römischen Rechts im Westen des Römischen Reichs im vierten und fünften Jahrhundert nach Christi*, in *Mél. Fitting* I, Montpellier 1907, 302 s.); ma, nel contesto stesso dell'opera postuma ch'egli pubblicava, il Kantorowicz (CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., 49 n. 3) lo contraddiceva con riguardo a Cons. 4-5-6, dicendo di considerarli non dei pareri, ma dissertazioni teoriche a carattere elementare.

⁶³ L'ordine per provenienza dei testi di Cons. 9 è, come si è visto, C. Herm.; C. Greg.; C.Th.; C. Greg.; [C. Herm.].

to di qualcosa di assai più esteso. Anche una raccolta di pareri deve avere un qualche ordine, abbiamo visto che già nel piccolo testo che abbiamo non è reperibile alcun criterio ordinatore. Quanto al contenuto, esso è variabile; è vero che talora si trova scritto che tutti i pareri trattano temi di diritto ereditario, come in particolare faceva il Wieacker⁶⁴; ma abbiamo già potuto constatare che ciò non è vero: tra i 9 pareri, a temi riconducibili a problemi di successione non ve ne sono che 4 (I; II; VI; VI^a); gli altri 5 riguardano altre tematiche, e di questi soltanto 2 (IV; VII) temi che, pur essendo beninteso posti senza allusione alcuna a problemi successorî, potrebbero astrattamente venire in considerazione anche nel contesto di quelli; per gli altri tre (III; V; VIII), comunque, l'estraneità è assoluta. Cosicché, se si dovesse ritenere che quel che abbiamo della *Consultatio* sia la parte di un tutto, non si saprebbe poi come collocare nel tutto questa parte.

D'altronde, non mi sembra si possa neppure elucubrare sui caratteri interni di quel che del testo ci è pervenuto, per dedurne una sua composizione stratificata, e magari la provenienza da autori diversi. Tuttavia, a questo proposito una breve analisi un poco più approfondita s'impone, perché anche sulla struttura interna del testo, in relazione al carattere ed allo stile dei capitoli che lo compongono, si dicono spesso cose divergenti e non sempre giustificate. Penso di dover risparmiare al lettore un'enumerazione delle diverse idee degli autori in proposito, anche perché le differenze sono in genere assai sottili e risulterebbe più lungo che utile criticarle tutte: e preferisco poi astenermi, in questa sede, dal dover talora far constatare come certe conclusioni non siano che il frutto di cattive interpretazioni, non confortate da un'attenta lettura della *Consultatio*, di soluzioni altrui.

Lasciamo, nel discorso che ora facciamo, da parte l'ultimo capitolo, che sappiamo essere, come scriveva il Krüger seguito dallo Schulz, un Nachtrag. Quanto ai precedenti 9 capitoli, la *Consultatio* presenta una struttura esteriore di un tipo che non appartiene alle forme letterarie, se non magari quelle poetiche; ma, come avrebbe chiarito Monsieur Jourdain con l'assistenza del suo maître de philosophie, la *Consultatio* «c'est de la prose!». I primi 9 capitoli della *Consultatio*, dunque, presentano la struttura di una *Liederform*: A-B-A. I primi tre pareri sono casistici; ad essi segue il gruppo dei tre pareri-tractatus, cui seguono altri tre pareri casistici (Cons. 7-7^a-8). Per esprimere esattamente la forma del testo, preferisco però indicare lo schema come A¹-B-A², perché il primo e il terzo gruppo, accanto all'analogia del loro carattere casistico, presentano diversità evidenti. Nei pareri del gruppo A¹, come abbiamo già notato, il consulente appare non soltanto enunciare le sue opinioni sul caso propostogli, ma enunciarle in un modo che possa nel contempo costituire una guida per la costruzione del concreto discorso difensivo che il consultante è previsto dover fare. In tutto ciò l'autore cura anche la chiarezza del suo dire, egli è esplicito e insistente sui punti importanti e forn-

⁶⁴ WIEACKER, *Allgemeine Zustände und Rechtszustände* cit., 50: «Die sog. Consultatio ... enthält Belehrungen für die Prozeßführung eines Sachwalters in erbrechtlichen Rechtshändeln».

sce espressioni efficaci da usare. I pareri del gruppo A² sono concepiti e scritti diversamente: l'autore sembra sentirsi più libero, enuncia i suoi argomenti ed adduce i testi in modo più sbrigativo, non dà istruzioni per l'arringa, e, soprattutto, scrive in modo diverso, adottando naturalmente il linguaggio retorico – un linguaggio assai simile a quello delle costituzioni imperiali del IV e V secolo – con tutte le ampollosità e la talora scarsa chiarezza del dettato di questi testi. I tre *tractatus* che compongono la parte B sono, come già notavo, scritti in modo sobrio, con pochi termini tecnici – o ritenuti tali: alludo al linguaggio del V secolo, non certo a quello di Paolo o Ulpiano – sui quali si insiste: ad esempio il *personam habere legitimam* che già abbiamo notato, o il *pulsatus* per convenuto e il corrispondente *pulsare* come verbo dell'attore (Cons. 6, 2); i testi sono scelti privilegiando chiare massime normative, magari ovvie, come la *sententia* paolina di Cons. 6, 5a (*Qui petit hereditatem, ipse probare debet ad se magis quam ad eum qui possidet sive ex testamento sive ab intestato pertinere*), ed anche piccoli inquadramenti dommatici, come lo schemino, tratto dalle *Pauli sententiae*, relativo a *quibus modis causa petitor cadit* in Cons. 5, 4.

Ora, da diversità di questo genere, la letteratura è spesso indotta a supporre per ciascuna parte – magari essendo le parti determinate in modo diverso da come ho fatto io – un autore diverso, ipotizzando di conseguenza intrusioni o aggiunte successive in un'opera originaria o in un nucleo originario. Questo tipo d'impostazione, devo dire, non mi riesce accettabile già di per se stesso: per tutto quanto ho detto finora, magari in modo un po' sparso perché il mio discorso seguiva diverse manifestazioni di Arianna, a me non riesce di vedere quel che chiamiamo *Consultatio* se non come una serie di fogli, provenienti dall'archivio di un *iuris consultus* che conservava copia dei pareri rilasciati, ai quali aveva aggiunto altri fogli con annotati dei testi che potevano servirgli per pareri futuri o per rielaborare i pareri già dati quando venisse consultato su casi simili. Tutto ciò può essere finito in mano di qualcun altro – lo scolio presente tra la fine di Cons. 5 e Cons. 6 sembrerebbe provarlo – e fu magari anche ricopiato da o per qualcuno che trovava utile averne copia: ma, che il manoscritto posseduto dal Loisel rappresentasse un'opera, o parte di un'opera propriamente edita, non mi riesce comprensibile; per cui un discorso di stratificazioni, di intrusioni e aggiunte posteriori, lo trovo come un discorso costruito su di una base non dimostrata. Quanto poi, specificamente, al problema dei tre gruppi di testi che io stesso vedo chiaramente differenziati, l'idea che essi provengano da autori diversi contrasta con una sensazione precisa che la lettura del testo fornisce: e cioè che il frasare dell'autore, ed anche il suo modo di presentare gli argomenti e di addurre i testi, anche nelle tre vesti diverse riveli sempre un ritmo omogeneo. Si tratta, l'ho detto, di una sensazione, che non tento di dimostrare perché la dimostrazione ne verrebbe più opinabile della sensazione stessa: però più concreto mi sembra l'argomento, che le differenze di stile fra i gruppi di testi A¹, B e A² si spiegano meglio pensando, invece che ad una diversità dell'autore, alla diversità dei destinatari. Che i testi del primo gruppo, cioè Cons. 1-3, avessero un unico destinatario risulta – lo abbiamo già constatato –

in modo sicuro dall'*incipit* dei testi stessi. E questo destinatario era senza dubbio diverso da quello dei testi del gruppo B, se almeno è vero – ma le ragioni erano assai concrete – che Cons. 4-5-6 rappresentano pareri rilasciati ad un giudice. Se teniamo conto del secondo dei parametri che indicano il destinatario dei testi B, quello che ci ha permesso di supporre che esso fosse un vescovo, vediamo anche emergere con forza la possibilità che il destinatario dei testi B fosse un'unica persona, anche se, invece di ciò che risulta certo per i testi A¹, qui nulla dice che si trattasse di pareri rimessi insieme, in un'unica occasione. I testi A² sono ancora diretti ad un avvocato, o a diversi avvocati, ma non al destinatario di A¹: il *iurisconsultus* parla, nei testi A², in un modo che lascia intendere, nel proprio lettore, una capacità di comprensione più sicura, un'esperienza professionale più sperimentata. Insomma, secondo questi risultati, in A¹ il *iurisconsultus* parla ad un giovane causidico, che si attende dal consulente non solo informazioni ma anche istruzioni su come eseguire il proprio lavoro e dare efficacia alle proprie arringhe, e che ha bisogno che gli si parli chiaramente, con un discorso in cui le movenze ampollose – che nella prosa del *iuris consultus* sono comunque sempre presenti – e i fronzoli retorici siano stemperati in un discorso lineare; in B il *iuris consultus* parla ad un vescovo che deve giudicare cause civili: il diritto non è del suo mestiere, egli ha bisogno nozioni chiare sul da farsi, ma anche qualche precisazione istituzionale, per seguire i discorsi che gli avvocati faranno davanti a lui: al *iuris consultus*, che fa pure il professore, viene spesso da parlargli come se lo facesse ad uno dei suoi studenti, ma non assume mai un tono che contrasti col rispetto dovuto all'interlocutore; in A² il *iuris consultus* parla ad un interlocutore, o ad interlocutori che hanno preparazione analoga alla sua e compiuta esperienza professionale, solo sono più ignoranti di lui o ignoranti *tout court*: sicché li tratta anche – sempre con correttezza gentile – abbastanza male; ma le cose basta dirle, e poi, per presentarle a chi di dovere, si arrangeranno da soli.

4. La datazione

Il problema da porre a questo punto è quello della datazione della *Consultatio*, considerandola quell'insieme unitario di pareri non editi, nel senso che abbiamo definito poc'anzi. In proposito, esistono solo tre elementi sicuri: dei quali i due primi in modo assoluto, mentre il terzo è sicuro come un assioma, e cioè per la sua sola evidenza.

Il primo elemento assolutamente sicuro si trae dall'uso, che l'autore vi fa, del Codice Teodosiano. Qui non si pone affatto un problema di aggiunte successive delle costituzioni tratte da questo codice, perché i testi che ne provengono risultano perfettamente inseriti nel contesto, al punto che in Cons. 1, 12 la citazione di C.Th. 2, 9, 3 è inserita nel bel mezzo dell'esposizione argomentativa, e non, come avviene per la generalità delle altre fonti citate, presentata in forma di scheda. Possiamo dunque dire con assoluta certezza che il *terminus post quem* per la composi-

zione della Cons. va posto in relazione con le date del 15 febbraio 438⁶⁵ e del 25 dicembre 438⁶⁶.

Il secondo elemento sicuro ha un valore, di per se stesso, limitato: si deve assolutamente escludere che i pareri contenuti nella *Consultatio* siano stati dati dopo la promulgazione del Breviario di Alarico II (506) in un luogo nel quale il Breviario stesso aveva vigore⁶⁷: ciò si desume dal fatto che il *iuris consultus* consiglia nei suoi pareri come testi comunque rilevanti ed in particolare come testi da addurre in giudizio, e lo fa con costante regolarità e notevole abbondanza, rescritti tratti dai Codici Gregoriano ed Ermogeniano e *sententiae* paoline che il Breviario non contiene, laddove il *commonitorium* di questo proibiva l'uso in giudizio di testi estranei alla compilazione, prevedendo per il giudice che ne avesse tenuto conto le sanzioni più gravi⁶⁸. Il valore relativo di questo elemento dipende dai limiti che lo toccano per il luogo ed il tempo. Si sa, infatti, che la *lex Romana Visigothorum* fu promulgata quando Alarico II era già in guerra con i Franchi, l'anno precedente la battaglia di Vouillé, nella quale il re stesso perse la vita ed in seguito alla quale i Visigoti dovettero spostarsi in Ispagna⁶⁹; ciò non eliminò il vigore del Breviario in Gallia, ma certo può avere attenuato il rigore nel rispetto della norma sull'esclusività delle sue fonti; è un fatto che in seguito tentativi di arricchire il campo delle fonti applicabili vi furono, come testimoniano le cosiddette *Appendices legis Romanae Visigothorum* ed anche le singole aggiunte isolate, che ricorrono in certi manoscritti⁷⁰. Ciò comporta tuttavia che un'origine della *Consultatio* nella Gallia meridionale debba essere esclusa per certo periodo, a partire dal 506, che ne sposterebbe la data oltre i limiti che dopo l'intervento del Rudorff si ritengono da tutti insuperabili, e cioè oltre il periodo iniziale del VI secolo.

L'evidenza riguarda il luogo di composizione dell'opera, nel senso ampio che questa deve avere avuto luogo *in partibus Occidentis*. Scritta in latino, con un pa-

⁶⁵ Nov. Theod. 1 (Brev. Nov. Theod. 1) dat. XV kal. Mart. Constantinopoli Theod. A. XVI cons. et qui fuerit nuntiatus. È la costituzione di promulgazione.

⁶⁶ *Gesta Senatus ed editio* (VIII k. Ian. Favio Theodosio A. [XVI] et Anicio Achillio Glabrione Fausto v. c. cons.).

⁶⁷ Lo ha ben sottolineato il RUDORFF, p. 61 s.; sul punto anche SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., p. 20 s. Per la stessa ragione già lo HEIMBACH, *Was haben die Quellen des Römischen Rechts* cit., 157 (come apprendo da CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., p. 55 n. 22 e p. 51 n. 11), datava la *Consultatio* a prima del 506 sul presupposto – indimostrato – che essa avesse origine nel Regno visigoto; precise sono invece in proposito le ultime parole del Conrat in CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., p. 56: «... daß sie [die Consultatio] nicht auf westgothischem Boden abgefaßt ist».

⁶⁸ *Quod si factum fortasse constiterit, aut ad periculum capitis tui aut ad dispendium tuarum pertinere noveris facultatum.*

⁶⁹ A questi eventi faceva riferimento il KANTOROWICZ in CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., p. 56 n. 25.

⁷⁰ Se ne è accennato sopra, nel § 3 presso la nota 61, citando CONRAT (COHN), *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts* cit., p. 90 e n. 6.

norama di fonti utilizzate analogo a quello della *lex Romana Burgundionum*, l'ipotesi di una sua origine orientale non fa parte delle verosimiglianze ragionevoli.

Ora, il primo problema che dobbiamo così porci, è di sapere se il *terminus post quem* per la composizione della *Consultatio* non debba magari venir posposto al 506, dimostrando che l'autore si sarebbe pure servito della *lex Romana Visigothorum*. Per quanto abbiamo detto poc' anzi, una simile ipotesi è possibile pensando che i pareri contenuti nella *consultatio* siano stati redatti fuori dell'area di applicazione del *Breviarium*, e quindi – è praticamente impossibile pensare ad altro luogo – in Borgogna⁷¹ o in Italia. Ma, prima d'iniziare, a questo proposito, un discorso che sarà, anche se necessario, un poco noioso, devo dire che esso sarà anche affatto inconcludente, perché, sul piano delle considerazioni certe, vale a dire puramente tecniche, non esistono prove dell'uso del *Breviarium* da parte dell'autore della *Consultatio*, ma non esistono neppure prove contrarie.

Invero, la sola argomentazione rilevante a favore dell'idea che il *iuris consultus* si sia valso del Breviario alariciano è stata elaborata dal Mommsen⁷². Egli ha in primo luogo notato che tutte le costituzioni del C.Th. addotte nella Cons. sono presenti anche nel Brev., e che in tali costituzioni, come riportate nella Cons., sono presenti alcuni errori che compaiono in certi codici del Brev. (precisamente nei cod. PMLS⁷³), in particolare l'*inscriptio* 'Honorius et Arcadius' invece di 'Arcadius et Honorius' di C.Th. 8, 18, 7 (Cons. 7^a, 3) e il '*discussioni*' invece di '*disceptationi*' in C.Th. 9, 1, 18 (Cons. 8, 5). Il Krüger⁷⁴, che pure, come vedremo, non accettava le considerazioni del Mommsen, aggiunse a suo favore il fatto che il Cuiacio, nell'edizione della *Consultatio* pubblicata nel 1586 in appendice alla sua edizione parigina del Codice Teodosiano, in relazione a Cons. 8, 7 ed alla costituzione ivi citata (C.Th. 1, 2, 7), scriveva la rubrica di tit. C.Th. 1, 2 invece che '*de diversis rescriptis*' nella forma '*de diversis rescriptis id est auctoritatibus*': ora, questa forma il Cuiacio non l'impiegava nel luogo corrispondente del C.Th. nella stessa edizione (1586), né nella precedente del 1566 (Lugduni), né essa compare nelle altre edizioni più antiche, e quindi doveva pervenire da quel che il Cuiacio leggeva nel manoscritto della *Consultatio*; ebbene, la forma *de diversis rescriptis id est auctoritatibus* è propria appunto della famiglia di manoscritti PMLS del Breviario.

⁷¹ Ad un'origine nei territori burgundi, dopo la caduta dell'Impero ma entro il sec. V, ha pensato lo HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt* cit., pp. 836-838. A questa idea dello Huscke aveva anche (senza citarlo espressamente) aderito il CONRAT, *Die Entstehung des Westgotischen Gaius*, Amsterdam 1905, p. 134 n. 334 (in fine) dalla p. prec.; in CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., (dove vedi p. 56 n. 25), la trattazione del problema del luogo d'origine della *Consultatio* manca.

⁷² MOMMSEN, *Theodosiani libri I*, Berolini 1954, p. CIV. All'idea del Mommsen, che l'autore della *Consultatio* trasse dal Brev. le costituzioni del Teodosiano, aderì decisamente CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., p. 51 s.; 55.

⁷³ Per la descrizione di questi codici vedi MOMMSEN, *Theodosiani libri I* cit., p. LXXV-LXXVIII.

⁷⁴ KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., p. 347 n. 63. Vedi già in *Geschichte*¹ (1888), p. 306 n. 62.

Ciò parrebbe dunque confermare la tesi del Mommsen, che l'aveva riassunta affermando che il *iuris peritus* autore della *Consultatio* aveva usato un esemplare del Teodosiano «tale fere, qualia sunt ordinis nostri deterioris antiquissima»⁷⁵. Il Krüger osserva però che, con tutto ciò, non si prova che l'autore di Cons. usasse il Brev., ma solo che usava un esemplare del C.Th. appartenente alla stessa famiglia di manoscritti, alla quale doveva appartenere quello usato dai compilatori del Brev.⁷⁶

Ma, se ora passiamo a valutare le prove che si adducono per la tesi contraria, ci accorgiamo facilmente che il loro complesso è sufficiente certo per dimostrare che l'autore della *Consultatio* usava anche fonti non contenute nel Brev., ma non per provare che egli la *lex Romana Visigothorum* non la conoscesse e non usasse del tutto. Procediamo con ordine.

Anzitutto, la constatazione del Mommsen, che tutte le costituzioni del C.Th. usate in Cons. sono presenti anche in Brev.⁷⁷, resta inattaccabile. Il Krüger ha bensì sostenuto⁷⁸ che in Cons. 7, 3 si faccia allusione, insieme a C.Th. 1, 4, 3 (la legge delle citazioni), anche a C.Th. 1, 4, 2 (la cost. dell'a 321, con la quale Costantino, confermata in generale l'autorità delle opere di Paolo, sottolineava in particolare che le citazioni dalle *Sententiae* avevano valore *in iudiciis*), la quale è assente dal Brev. Ma, se si rilegge attentamente Cons. 7, 3 e magari la si costruisce in modo da esplicitarne meglio il senso (così: ... *secundum sententiam Pauli iuridici, cuius sententias sacratissimorum principum scita ac divalis constitutio declaravit semper validas*), ci si rende ben conto che col dire «le cui *sententiae* i provvedimenti dei principi ed una [ovvero: la] costituzione imperiale dichiarò dover sempre valere», di costituzioni imperiali se ne cita in realtà una sola. Con *principum scita* sembra farsi allusione ad una prassi costante nei rescritti e nei *decreta*, magari si può pensare anche a C.Th. 1, 4, 2, ma non come testo citato direttamente ed in modo espresso, ma come momento della prassi di cui si è detto. Lo stesso costruito anacolutico, col

⁷⁵ MOMMSEN, *Theodosiani libri I* cit., p. CIV. «I manoscritti più antichi fra i *deteriores* della nostra classificazione» (per la quale vedi MOMMSEN, *op. cit.*, p. CXXV) sono appunto, in particolare, i citati PMLS. Per capire esattamente quanto espongo, si tenga presente che l'enunciato della tesi del Mommsen in questo luogo è costruito come segue: egli afferma dapprima che errano quanti ritengono che l'autore di Cons. usò il Teodosiano integro – e quindi egli avrebbe citato il Teodosiano dal Brev. – per poi concludere che egli avrebbe usato uno dei manoscritti del Breviario appartenente agli *antiquissima* dell'*ordo deterius*.

⁷⁶ Lo SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., p. 17 ss. (p. 18) accetta questa obiezione del Krüger, ed aggiunge anche (p. 17 s. con le n. 7^a-9) alcuni argomenti che impedirebbero o renderebbero difficile di considerare come provenienti dal Brev. alcune costituzioni del C.Th. presenti nella Cons. Si tratta di Cons. 1, 12 (C.Th. 2, 9, 3; Brev. C.Th. 2, 9, 1); Cons. 7, 3 (*secundum-declaravit*, col possibile riferimento a C.Th. 1, 4, 2: su questo punto vedi qui, subito dopo, nel mio testo); Cons. 9, 13 (C.Th. 8, 12, 1; Brev. C.Th. 8, 5, 1; Vat. 249, 3); Cons. 8, 7 (C.Th. 1, 2, 7; Brev. C.Th. 1, 2, 5): ma nessuna delle sue considerazioni è veramente decisiva.

⁷⁷ Il KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., p. 346 con la n. 61, quando cita questa affermazione per criticarla, l'attribuisce a VESME (ad C.Th. 2, 9 rubr.).

⁷⁸ KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., p. 346.

verbo *declaravit* al singolare⁷⁹, concentra il senso del verbo sulla *divalis constitutio*, e questa è certo la legge delle citazioni: perché è nella legge delle citazioni e solo in questa che le *sententiae* sono dichiarate *semper valituras*: C.Th. 1, 4, 3 in fine reca infatti: *Pauli quoque sententias semper valere praecipimus*⁸⁰.

Del tutto diverso è il discorso a proposito delle fonti diverse dal Teodosiano, usate dall'autore della *Consultatio*. Quanto alle *Pauli sententiae*⁸¹, come è noto, la Cons. è una delle fonti principali che ci hanno permesso di arricchire quello che il Brev. aveva tramandato. Di tutto il materiale proveniente dai codici Gregoriano ed Ermogeniano⁸², che la Cons. contiene, nulla è presente in Brev.⁸³

Ma, anche con tutto ciò, siamo al punto di prima: perché abbiamo la prova che il *iuris consultus* conosceva ed usava fonti non contenute nel Breviario, ma non che non conoscesse il Breviario. Un indizio in questo senso, per vero, mi sembra sia presente; ma esso è talmente tenue che non oso proporlo come argomento: solo non voglio passarlo sotto silenzio.

In Cons. 7, 9, l'autore, a proposito di un giudizio arbitrale effettuato, sulla base di un accordo scritto fra le parti (Cons. 7, 1: *pactionis textus ... chartula ipsa*) da un collegio di due arbitri *religiosi*, diceva che esso era da considerarsi senza valore, come nel caso sarebbe stato per qualunque giudizio arbitrale, perché quei due religiosi non erano vescovi (*quos non summi pontificatus honor attollit*): perché si trattava,

⁷⁹ Così viziato appare il testo in Cons. 7, 3: ma può essere caduto un verbo (come 'habuerunt') dopo *valituras*.

⁸⁰ Contro il KRÜGER vedi anche CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., p. 51 (in fine) s. Non è per nulla accettabile l'idea del RUDORFF, p. 62 ss., secondo il quale *sacratissimum principum scita* alluderebbe alla legge delle citazioni e *divalis constitutio* alla costituzione di Costantino in C.Th. 1, 4, 2 (vedi *infra*, n. 88). Benché diretto a dimostrare che in Cons. 7, 3 si alluda solo alla legge delle citazioni, non è certo calzante il tentativo esegetico (contro il quale già RUDORFF, 63 s.; JÖRS, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., p. 1145; anche, implicitamente, KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., p. 347 n. 65) dello HUSCHKE, *Alter und Verfasser der Collatio*, in *ZfgRW* 13 (1846), p. 20 s. n. 19; HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt* cit., p. 853 con la n. 3: lo Huschke vorrebbe far dire al testo che i *principum scita* considerano (egli corregge il *declarat* [sec. Cuiacio 1577] o *declaravit* [sec. Cuiacio 1586] in *deklarant*) le sentenze di Paolo *semper valituras* (*perinde ac divalis constitutio* (sic! al nominativo). La tesi dello Huschke è invece approvata in CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., p. 52 n. 14, dove invece si rifiuta, credo giustamente, la congettura del MOMMSEN, nell'edizione del C.Th. (p. 34), ad C.Th. 1, 4, 3, lin. 12/13 (corr. *scito* per *scita* e del. *ac*).

⁸¹ In proposito si vedano anche le considerazioni dello SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., p. 21 ss. (*sub 2 con a, b e c*). Dalla presenza, nella Cons., di testi non recepiti nel Brev. lo SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 25, desume pure che la Cons. propone su certi punti un diritto diverso da quello del Brev. Si tratta in particolare di Cons. 3, 6-9 (= Paul. 1, 3, 3; 1, 3, 5; 1, 3, 7-8, citati per evidente errore di stampa come PS. 3, 3, 3; 5, 7, 8, in SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 24) e Cons. 6, 5a (Paul. 1, 13b, 6).

⁸² Quanto al C. Herm., l'autore di Cons. utilizzava una tarda edizione, posteriore in ogni caso al 365, e cioè ai rescritti (o *epistulae*) di Valentiniano e Valente contenute in Cons. 9, 1-7 (Cons. 9, 6 è del 364). Vedi CENDERELLI, *Ricerche* cit., p. 163 n. 50; anche p. 6 ss.

⁸³ KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., p. 346.

dunque, di semplici *presbyteri*. Con ciò l'autore contrapponeva evidentemente, ad un giudizio affidato a semplici preti, il diverso valore della *episcopalis audientia*. Per documentare la realtà di questa contrapposizione, l'autore non cita alcun testo, ma, se avesse voluto citarne, avrebbe potuto valersi della Nov. Val. 35 (a. 452). In tale costituzione si ammette espressamente la possibilità, per i laici, di ricorrere al giudizio episcopale, purché entrambe le parti siano d'accordo, perché solo il loro accordo ha l'effetto di attribuire al vescovo la giurisdizione in materia profana, che egli di per sé non ha (Nov. Val. 35, pr.): ... *quoniam constat episcopos forum legibus non habere nec de aliis causis secundum Arcadii et Honorii divalia constituta, quae Theodosianum corpus ostendit*⁸⁴, *praeter religionem posse cognoscere*. Ora, quello che ho riportato or ora è il presumibile testo originale della costituzione di Valentiniano III, perché esso nel Breviario alariciano (Brev. Nov. Val. 12) suona: ... *quoniam constat episcopos et presbyteros* ... Il carattere spurio di '*et presbyteros*' non può essere dimostrato sulla base dei manoscritti⁸⁵, ma la pur se breve dimostrazione che si legge nell'edizione Mommsen-Meyer⁸⁶ è del tutto convincente. Se, dunque, '*et presbyteros*' non compariva nella novella originale, ma compariva nel Breviario, ciò dovrebbe significare che al tempo in cui questo fu compilato v'era una tendenza ad attribuire ai semplici preti la competenza a celebrare processi in materia civile anche senza delega episcopale. Comunque, si direbbe che, se l'autore della *Consultatio* avesse conosciuto la *lex Romana Visigothorum*, non avrebbe potuto dar per scontato – come invece faceva – che un processo celebrato, per consenso delle parti, davanti ad un collegio di semplici preti non rivestiva alcun carattere particolare.

Ma, tutte queste considerazioni che faccio, stanno diventando sempre più, e sempre più insopportabilmente grette. La lettura della *Consultatio* ci fa conoscere un autore che sappiamo operoso in Occidente, e che ci parla come un giurista che opera nell'Impero Romano. Non è il suddito di un Regno barbarico. Questo punto è stato in particolare dibattuto dallo Huschke, nella sua prefazione all'edizione della *Consultatio*⁸⁷. Premetto che la stessa tesi che ho or ora proposto era già stata sostenuta dal Rudorff⁸⁸, che in particolare – per quel che ora ci interessa – adduceva

⁸⁴ C.Th. 16, 11, 1 (a. 399; Brev. C.Th. 16, 5, 1); C.Th. 1, 27, 2 (a. 408; cfr. C. 1, 4, 8); vedi anche C. 1, 4, 7 (a. 398).

⁸⁵ Perché tutti, a quanto pare, lo contengono. Non tutti i manoscritti che recano la novella in questione sono manoscritti del Breviario: essa è pure presente nel cod. vat. 7277 (MOMMSEN-MEYER, p. XIII), che contiene una silloge di novelle composta probabilmente all'epoca di Maioriano, ma è stato scritto in Francia nel X secolo. L'interpolazione non è operata in tutti i luoghi possibili del lungo testo, ma solo tre volte (lin. 7, 18, 22).

⁸⁶ MOMMSEN-MEYER, *Leges novellae ad Theodosianum pertinentes*, Berolini 1954, p. 142, nell'apparato alla lin. 18.

⁸⁷ HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt* cit., p. 835 ss.

⁸⁸ RUDORFF, p. 61 ss. L'autore procedeva, nella sua precisazione, assai oltre, basandosi su Cons. 7, 3: ... *secundum sententiam Pauli iuridici, cuius sententias sacratissimorum principum scita semper validas ac divalis constitutio declaravit*. Egli intende (p. 63) che qui con *divalis constitutio* si alluda alla cost. dell'imperatore (defunto) Costantino (C.Th. 1, 4, 2) e con *sacratissimorum principum scita* alla legge

che al *princeps* si fa nella *Consultatio* allusione in un modo che non può essere inteso se non come indice del fatto che l'autore scriveva nell'Impero⁸⁹. In proposito il Rudorff adduce espressamente solo Cons. 6, 4⁹⁰ (*Et ne forte dicat adversa pars aliqua sibi principali rescripto aut praeceptione fuisse concessa, ad huiusmodi versutiam potest pulsatus modis omnibus replicare, principem ea semper velle concedere, quae legibus rationique conveniunt: quia causa, quae nullam de legibus sortitur*⁹¹ *firmitatem, in praeiudicium alterius a principe non potest sumere firmitatem, sicut idem inferius declaratur.*); si potrebbe aggiungere Cons. 1, 11 dove, quando il *iuris consultus* dice 'si leges servantur et principum statuta', si sente chiaramente che sta parlando non solo dei testi in vigore, ma degli atti normativi dei suoi sovrani; ancor più chiaramente Cons. 7, 2, quando afferma che 'de rebus enim iudicatis, soli principi et contra iudices licuit iudicare', dove il passato *licuit* non significa che era così per il passato, ma che era così con specifico riferimento alla controversia rispetto alla quale viene emesso il parere. Ora, lo Huschke⁹² opponeva a queste considerazioni il fatto che il *princeps* è menzionato pure nella *lex Romana Burgundionum*, citandone in particolare i tit. IV, VII e XXXIII. Ma da questi passi non si trae alcuna prova nel senso voluto dallo Huschke: anzi, l'argomento contrario che ora enuncerò vi trova efficace sostegno.

L'argomento contrario è il seguente. Nelle leggi romane dei Re barbari sono riportate norme romane, nel loro testo o in un riassunto che ne rispecchiava volutamente il tenore originale; l'idea che regge queste leggi è che, nei territori del Regno o rispetto alle persone alle quali tali leggi sono destinate, quei testi romani devono considerarsi vigenti; per questo è al loro tenore letterale che si fa riferimento, e questo in tali leggi si riporta, integro o massimato, e – nel caso delle *interpretationes* – si spiega o chiarisce. Nella l. Rom. Burg. si fanno 9 allusioni, per noi rilevanti⁹³, al

delle citazioni (C.Th. 1, 4, 3) indicata dunque come cost. di imperatori viventi; di conseguenza (p. 65 s.) la *Consultatio* deve essere datata tra l'anno di pubblicazione del C.Th. e l'anno della morte di Teodosio II (450), il primo che morì fra i due autori della legge delle citazioni. Questa tesi del Rudorff fu accettata dal FITTING (*ZfRg* 11 [1873], p. 244 n. 42 secondo CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., p. 55 n. 22); il JÖRS, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., p. 1145 non la segue, ma la difende dalle critiche del MOMMSEN (che, in *Domitii Ulpiani quae vocantur Fragmenta sive excerpta ex Ulpiani libro singulari Regularum* BÖCKING *quartum emendavit*, Lipsiae 1855, p. 118 n. = MOMMSEN, *Juristische Schriften* II, Berlin 1905, p. 54 n., obbiettava «neque enim video cur sexti saeculi auctor imperatores dudum defunctos non appellarit sacratissimos principes») e dello HUSCHKE (ma non rispetto a quel che riferisco qui sopra, nel testo, bensì con riguardo alla sua interpretazione di Cons. 7, 3 con *ac divalis constitutio* nel senso di *perinde ac divalis constitutio* di cui si è già detto sopra, alla n. 80).

⁸⁹ RUDORFF, p. 62.

⁹⁰ Riporto l'intero paragrafo; il Rudorff solo fino a *conveniunt*.

⁹¹ Nel senso (transitivo) di «ottiene in sorte».

⁹² HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt* cit., p. 436.

⁹³ Non considero ai nostri fini particolarmente significative: l. Rom. Burg. 3, 1 (*secundum legem Theodosiani a Constantino principe latam*); 3, 2 (*De libertis principis. Liberti Romani natione, a principe manumissi hac ratione de bonis suis testentur, ut fisco debita medietas reservetur; in cuius hereditate nepotes ex filia succedere non iuventur, secundum Gregoriani leges a Gordiano principe ad Trophimum libertum et Calpurnium militem latas*).

princeps: 2, 2; 2, 5 = 4, 2; 7, 6; 30, 1; 30, 5; 33, 2; 33, 3; 33, 5. In tutti questi casi è riportato il contenuto di un qualche testo romano, benché esso non sia sempre espressamente citato (la citazione espressa ha luogo, nella l. Rom. Burg., abbastanza spesso, ma non con costanza). Sono comunque reperibili le fonti per l. Rom. Burg. 2, 2 (massimazione di Nov. Val. III⁹⁴, espressamente citata); l. Rom. Burg. 30, 1 (massimazione da C.Th. 8, 7, 21); l. Rom. Burg. 33, 5 (versione più estesa, letterale per quanto ci risulta, di quel che altronde ci è pervenuto di C.Th. 2, 9, 19)⁹⁵; quanto a l. Rom. Burg. 7, 6 esso è espressamente concepito come definizione, costruita mediante elencazione della tipologia desunta dalle leggi⁹⁶. Ora, con riguardo a questi passi della l. Rom. Burg., sarebbe certo impeccabile quanto scriveva lo Huschke, e cioè che sotto queste allusioni al *princeps* «rex aliquis lateat, imperatoris Romani tum vicem obtines»⁹⁷; anzi, questa proposizione non c'è neppure bisogno di dimostrarla, perché risulta dai testi stessi: il re Gundobado legifera con testi romani che, anche se li taglia o riassume, riporta intatti nel loro tenore, dimostrando così che è diritto romano quello di cui egli impone l'applicazione, e lasciando all'interprete della sua legge il problema di adattarne il contenuto alla situazione politica del suo Regno; ma, quando qualcosa egli aggiunge di suo conio, non lo aggiunge mascherandolo con una finzione di romanità, bensì esce chiaramente in prima persona (la forma legislativa scelta esige la terza, ma ci siamo ugualmente intesi). Leggiamo il testo 2, 5 (= 4, 2), nella forma più estesa di

l. Rom. Burg. 2, 5: *De ingenuo vero homicida intra ecclesiam posito de interempti precio principis est expectanda sententia; et quia de precii occisorum nihil evidenter lex Romana constituit, dominus noster statuit observandum: ut si ingenuus ab ingenuo fuerit interemptus, et homicida ad ecclesiam confugerit, is ipse, qui homicidium admisit, cum medietate bonorum suorum occisi heredibus serviturus addicatur; reliqua medietas facultatis eius homicidae heredibus derelinquatur.*

Ancor più significativo è il luogo seguente, dove nel § 1 si parla del principe nel riportare una norma generale, ma nel § 2 si prosegue menzionando il *rex* nel de-

⁹⁴ Per la definizione '*Si vero homicidium casu vel vitandae mortis causa forte dicatur admissum*' vedi il § 2 della novella cit. (*si homicidium vel casu vel vitandae mortis necessitate constiterit admissum*). L'*interpretatio* visigota (ad Brev. nov. Val. 3) è assai diversa (*Lex ista praecipit, ut si quis ad principem convolaverit adserens se casu homicidium perpetrasse – nam non voluntarie a se homicidium fuisse commissum –*).

⁹⁵ Quanto a l. Rom. Burg. 30, 5, il BAVIERA (*FIRA II*, p. 738 n. 3) la riporta a C.Th. 8, 7, 16, ma non ne sarei tanto sicuro. Così pure è ben probabile che l. Rom. Burg. 33, 3 provenga dalle Sentenze di Paolo, ma non vedo corrispondenza con il luogo che ne cita il Baviera. Invece, non si deve ritenere che provenga dalle *Pauli sent.* l. Rom. Burg. 33, 2, perché il *non praesumant*, che il passo contiene, denuncia la sua provenienza da una legge.

⁹⁶ L. Rom. Burg. 7, 6: *Crimina vero maiestatis haec sunt, quae legibus designantur, id est: salus principis, traditio regionis aut adeptio tyrannidis.*

⁹⁷ HUSCHKE, *Iurisprudentiae antejustinianae quae supersunt* cit., p. 836.

scrivere una fattispecie futura, della quale è elemento un atto amministrativo del potere supremo:

l. Rom. Burg. 30, 1. *Ne quis omnino exequi praeceptionem praesumat, nisi per principes apparitorum officii probatoria ordinatus. 2: Et ab his, quos conveniunt, si ad praeceptionem domni regis de causis singulis, seu divisis, seu in unum consortes, qui pulsati fuerint teneantur, non amplius ab executoribus, quam solidus in sportula requiratur*⁹⁸.

Questa impostazione è ancor più semplicemente acquisita nell'*Edictum Theodorici*, dove di *princeps* si parla una sola volta (ed. Th. 24), in un contesto dedicato all'acquisizione al fisco delle successioni vacanti, che si dice aver luogo *secundum legum veterum constituta*, cioè secondo le leggi romane, e, dopo precisato che il fisco, quanto alle sue pretese in merito, starà in giudizio senza privilegi (*remota titularum vel officii praesumptione*), chiarisce: '*Nobis enim, sicut et principes voluerunt, ius cum privatis volumus esse commune*', dove i *pricipes* sono gli Imperatori romani, e *nos* è il Re stesso.

Per la *lex Romana Wisigothorum* la situazione è ancora più semplice. Il Re Alarico II vi compare solo come autore della legge che la promulga inviandola ai suoi giudici, e cioè nel cosiddetto *commonitorium*, dove egli informa appunto di aver apprestato una raccolta *legum Romanarum et antiqui iuris*, disponendo che essa sia usata nei processi come l'unica fonte in vigore (*ut iuxta eius seriem universa causarum sopiatur intentio*), vietando specificamente la considerazione in giudizio di altri testi (*nec aliud cuicumque aut de legibus aut de iure liceat in disceptatione proponere*), che dunque non potranno né essere adottati dalle parti o i loro difensori né presi in considerazione dai giudicanti (*nulla alia lex neque iuris formula proferri vel recipi praesumatur*). Il *Breviarium* è poi soltanto una raccolta di testi, ed essi parlano solo degli Imperatori e mai del Re⁹⁹: L'interpretazione opportuna è lasciata a chi dovrà, quei testi, applicarli.

Dunque, nelle leggi romane dei barbari, dietro il *princeps* possiamo scorgere, come voleva lo Huscke, un Re barbaro; anzi, neanche proprio sempre dietro, perché questo Re fa anche capolino, quando lo deve fare. Comunque, tutto questo discorso non può applicarsi affatto al testo della *Consultatio*: il suo autore non è un legislatore, ma un parerista; egli deve consigliare persone più o meno sprovvedute, spesso alquanto sprovvedute, sul concreto da farsi, ed è impensabile che egli artatamente ambientasse il da farsi in un mondo irreali, diverso da quello nel quale lui, i suoi consultanti e le parti, clienti di costoro, dovevano concretamente muoversi.

In tutta la *Consultatio* non c'è una sola parola che faccia allusione ad una situa-

⁹⁸ Non interessa la nostra tematica, se questo § 2 sia in qualche modo connesso con la costituzione di Zenone C. 12, 21, 8.

⁹⁹ Un problema si pone per il carattere delle *interpretationes*, dove talora parlano in prima persona plurale i compilatori stessi o forse il Re; ma questo è un problema che ora non ci riguarda: vedi CANNATA, *I rinvii al ius nella interpretatio al Codice Teodosiano*, in *SDHI* 28 (1962), p. 292 ss.

zione politica diversa da quella dell'Impero. Certo, è pensabile che la caduta dell'Impero d'Occidente non sia stata subito percepita, o non si sia voluta percepire nella sua autentica dimensione politica; ma una simile situazione di incoscienza attonita non può essere durata molto a lungo, specie con riguardo al concreto lavoro di un giusrespondente, che deve consigliare avvocati e parti sul concreto da farsi; è vero anche che i Re barbari hanno ereditato e in parte conservato le strutture istituzionali dell'Impero romano; ma ciò non toglie che cambiamenti concreti ci siano stati, e un consulente giuridico non avrebbe potuto astenersi dal consigliare anche in relazione a questi.

Io non credo neppure che abbia fondamento l'idea che i pareri della *Consultatio* siano stati dati in Francia. Questa tesi¹⁰⁰, diffusa al punto da potersi considerare unanime¹⁰¹, si basa unicamente sul fatto che di Francia proviene il manoscritto, e che già doveva esservi nel secolo XI se lo conosceva Yves de Chartres; ma tutti noi sappiamo che le vie, che i manoscritti hanno sempre percorso, sono le più impensate: perché i manoscritti hanno esistenza solidale con quella degli uomini, e non sono come le lapidi, solidali con gl'immobili. La tesi dell'origine francese può andare bene per una qualche copia successiva del testo della *Consultatio*, ma non per i suoi fogli originali: del resto, in Francia, il tempo per uno che scriveva da sudito dell'Impero sarebbe stato ancor più ristretto, perché ben presto costui si sarebbe scontrato col vigore del Codice Euriciano, che dopo le ricerche del D'Ors si data al 476, e che era legge territoriale¹⁰².

Inquadrato in questa prospettiva, il problema dei rapporti tra l'autore della *Consultatio* ed il Breviario di Alarico si comprende meglio, e se ne percepisce la

¹⁰⁰ Alcuni autori, però, giungono – lavorando di pura fantasia – a precisarla ulteriormente con l'indicazione di un luogo. Così, in particolare, lo HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt* cit., p. 838, che suppone anche che gli autori della *Consultatio* siano stati tre, uno per ciascuna delle tre serie di testi (Cons. 1-3; 4-6; 7-8), li colloca ad Arles, come soci di una sorta di Law firm didattico-pratica: *Itaque auctores opusculi caput regni, hoc est Arelate, tenuisse ibique quasi collegio quodam sociatos iuris scholam habuisse et oracula consulentibus dedisse suspicari licet*. Questa opinione è stata ripresa dall'ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano (rist.)*, Napoli 1960, p. 372, il quale la semplificava e attenuava asserendo che la *Consultatio* «è il parere fornito verso la fine del V secolo da un giurista, residente ad Arles o in altra città provenzale». Alla serie si aggiunge, con un pizzico di involontario humor, lo SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., p. 61, il quale non esclude ((traduco) «che anche la *Consultatio* abbia origine nella Gallia del sud (Südgalien), forse addirittura in Autun, il suo antico centro scolastico (als ihrem alten Unterrichtszentrum)», che dalla Gallia del sud era, come si sa, alquanto lontano, trovandosi invece nella *Gallia Lugdunensis*, ed alquanto a nord di *Lugdunum*.

¹⁰¹ Essa è condivisa anche da autori che si sono occupati della *Consultatio* solo occasionalmente, come MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, Leipzig 1891 (repr. 1935), p. 202.

¹⁰² Si veda per tutto ciò D'ORS, *El Código de Eurico (Estudios visigóticos II)*, Roma-Madrid 1960, p. 1 ss.

Dopo che, al congresso di Napoli del 2001, ebbi presentato la presente relazione, l'amico e collega Ennio Cortese mi informò che Ivone, al tempo in cui componeva il suo *Decretum*, viveva a Roma ed in circostanze favorevoli all'accesso di manoscritti antichi. L'importanza di questa informazione per il discorso qui svolto è evidente.

dimensione reale, rendendosi conto del fatto che la posizione stessa di quel problema proviene, in ultima analisi, da una visione astratta, veramente accademica delle cose. Perché il consulente, che ha scritto i pareri della *Consultatio*, ignora del tutto l'esistenza stessa del *Breviarium*: non solo egli non lo cita mai, ma neppure l'ha sul suo tavolo. Egli cita e riporta le fonti dalle loro raccolte originali: il suo uso delle *Sententiae* paoline e dei codici diocleziani è talmente lontano da quello che ne avrebbe fatto un giurista col *Breviarium* sott'occhio, che non si può pensare che egli poi utilizzasse la raccolta visigotica per il Teodosiano¹⁰³; se le – non molte, del resto – costituzioni che egli ne cita sono tutte presenti nel *Breviarium*, ciò evidentemente dipende solo dal fatto che la cretomanzia alaricana del Teodosiano è assai ricca, e tutto quello che servì al nostro *iuris consultus* risultò compreso nella selezione che poi ne operarono quei compilatori¹⁰⁴.

Se si segue quest'ordine di considerazioni, tenendo conto del limite cronologico che pone, come si è visto, la data di promulgazione del Codice Teodosiano, l'ambiente appropriato per inserire l'autore della *Consultatio* e la sua attività sembrerebbe quello delineato nella costituzione di Valentiniano III, data a Roma il 31 gennaio del 451, dove l'imperatore descriveva lo stato miserando in cui versava l'Italia¹⁰⁵ per le conseguenze ancora durevoli dopo quarant'anni¹⁰⁶, dell'invasione visigotica condotta da Alarico I negli anni 408-410:

Nov Val. 32 (dat. Romae 31, 1, 451): 6. ... *Notum est post fatalem hostium ruinam, qua Italia laboravit, in quibusdam regionibus et caesidicos et iudices defuisse hodieque gnaros iuris et legum aut raro aut minime repperiri. ...*

¹⁰³ Cfr. JÖRS, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., p. 1144.

¹⁰⁴ Non hanno evidentemente alcun peso le indicazioni di CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., p. 52, dirette a dimostrare che se il *iuris consultus* avesse avuto a disposizione il Teodosiano integro, avrebbe citato in Cons. 8 C.Th. 9, 1, 7 o 9, 3, 6 invece di C.Th. 9, 1, 18 e 1, 2, 7.

¹⁰⁵ Il solo argomento positivo, se non ho visto male, che sia stato formulato contro la possibilità di un'origine in Italia dei testi della Cons. è quello che lo HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt* cit., p. 837, desumeva da Cons. 7, 8 dove, a suo avviso, «acta confici iubentur sub praesentia electarum personarum, defensore quoque adhibito, nulla 'magistratus' mentione habita, qui in Italia omitti non poterat»: ma, se l'interpretazione del passo è quella che a me pare dover essere (vedi *infra*, § 5 presso e con la n. 125), esso non fa allusione ad atti che implicino la presenza di un magistrato, ma alla seduta di un collegio arbitrale, e la più informale possibile, trattandosi di un collegio irregolarmente nominato e irritualmente composto.

¹⁰⁶ La durevolezza di tali conseguenze è provata anche dal fatto che, nella stessa data, Valentiniano III intervenne per sanare le conseguenze delle vendite di figli e genitori, che avevano avuto luogo a causa dell'indigenza cagionata dalla stessa invasione: Nov. Val. 33 (dat. Romae 31.1.451, lin. 6 ss.): *Notum est proxime obscaenissimam famem per totam Italiam desaevisse coactosque homines filios et parentes vendere, ut discrimine instantis mortis effugerent. Tantum unicuique miseranda macies et letale pereuntium pallor extorsit, ut totius, quem natura concessit, amoris obliti alienare suos genus pietatis putarent. Nihil est enim, ad quod non desperatio salutis impellat, nil turpe, nil vetitum credit esuriens; sola cura est, ut qualicumque sorte vivatur. ...*

Quel che mi sentirei di ipotizzare, come l'idea tutto sommato più conforme agli indizi che si traggono dal testo dell'opera stessa, è che l'autore della *Consultatio* fosse uno dei pochi *gnari iuris et legum* che si potevano ancora trovare in Italia nella situazione descritta in questa legge. Con ciò non intendo certo proporre una data come quella della costituzione, ma solo, come dicevo, un ambiente: che si potrebbe concretare in un periodo tra il 440 e il 480.

Questa datazione non è, del resto, molto originale, e ad essa si giunge anche per eliminazione. Determinato il *terminus post quem* con la data del Codice Teodosiano, aumentata del breve tempo necessario alla sua acquisizione nella pratica, quanto al *terminus ante quem* s'impongono, io credo, le considerazioni seguenti.

Possiamo anzitutto eliminare il limite del 450, stabilito dal Rudorff (vedi sopra, n. 88) sulla base di un'interpretazione di Cons. 7, 3 che abbiamo visto essere inaccettabile (vedi sopra, in questo § 4, tra le n. 78 e 80).

Quanto alle datazioni che si spingono oltre la fine del V secolo, esse dipendono soprattutto dalla convinzione che l'autore usasse il Breviario alariciano¹⁰⁷, ovvero da certe similitudini riscontrabili o pretese tra la scrittura della *Consultatio* e quella delle *interpretationes* o della *lex Romana Burgundionum*¹⁰⁸.

Ora, quanto al rapporto con il *Breviarium*, abbiamo visto che la sua presenza, in realtà, avrebbe creato assai più difficoltà che non vantaggi all'attività di un consulente operoso come il nostro *iuris consultus*: egli non avrebbe potuto scrivere pareri come li ha scritti in un territorio in cui il *Breviarium* fosse in vigore, quindi egli operava fuori da un simile territorio; dunque, si sarebbe dovuto procurare il *Breviarium* dove esso non era facilmente reperibile, per poi non usarlo per la citazione delle *Pauli sententiae* e dei codici diocleziani, ma solo per il Teodosiano, di cui egli, che faceva il giurista di mestiere, possedeva certo già un esemplare completo.

Quanto alle simiglianze con le *interpretationes* e le parentele con la *lex Romana Burgundionum*, e aggiungiamo pure l'*edictum Theodorici*, il fatto è che, comunque si voglia datare la *Consultatio*, sarebbe la loro assenza a stupire, dato che una cosa è comunque certa, e cioè che quelle fonti e la *Consultatio* sono prodotti dello stesso momento della cultura giuridica nello stesso luogo. Del resto, queste parentele

¹⁰⁷ Su questa sola base parrebbe fondarsi la datazione del Mommsen, che colloca l'origine della *Consultatio* in Francia nel VI secolo (MOMMSEN, *Juristische Schriften* cit., II, p. 54); così è comunque certo per il Conrat, che la data semplicemente a dopo il 506, collocandola al di fuori del territorio del Regno visigoto: CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., p. 55 s.

¹⁰⁸ Queste «starke sachliche und sprachige Zusammenhänge der C.» che «sich mit der Interpretatio des westgothischen Gesetzbuches und zur lex Romana Burgundionum nachweisen lassen» ed hanno indotto lo JÖRS, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., 1145, ad una datazione intorno al passaggio dal V al VI secolo, sono state in particolare segnalate da FITTING, in *ZfRG*, 11 (1873), p. 245 ss.; HUSCHKE, *Iurisprudentiae antejustiniana quae supersunt* cit., p. 836 ss.; cfr. KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., p. 347 con la n. 64. Lo Huschke data la *Consultatio* dopo il 476, verso la fine del V secolo («extincto demum imperio sub fine saeculi quinti haec scripta esse»; p. 836), il KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., p. 347, alla seconda metà del V secolo o all'inizio del VI.

di forma e sostanza si riducono a quelle che ci si potrebbe attendere di riscontrare in opere culturalmente, cronologicamente e geograficamente apparentate, già prima di aver proceduto alla relativa ricerca: e vanno da quella più rilevante e generale – che, cioè, il campo delle fonti precedenti escerpito è il medesimo – a quello particolare delle coincidenze nel linguaggio, nell'angolo visuale adottato nell'esprimere concetti, ecc. E, in questo settore, le constatazioni non sono poi neppure affascinanti: quella che cito qui di seguito è considerata, per il rapporto della Cons. con le *interpretationes*, l'esempio più significativo:

C.Th. 2, 12, 4 (Brev. eod.; Theod. Arcad. Honor. a. 393): *Procurator, licet maritus sit, id solum exequi debet, quod procuratio emissa praescripserit.*

Int.: *Qui uxoris suae negotium fuerit prosecutus, quamvis maritus sit, nihil aliud agat, nisi quod ei agendum per mandatum illa commiserit.*

Cons. 8, 1: ... *huic lex divorum principum quae infra legitur opponenda, maritum illa tantum negotia uxoris velut extraneum auctorem prosecuturum, quae procuratio emissa praescripserit.* 2: *Ex corpore Theodosiani* [segue il testo della cost.] 3: *Agnoscis maritum velut extraneum causam uxoriam prosecuturum.*

Cons. 2, 2 (in relazione al rescritto del C. Greg. cit. in Cons. 1, 9): ... *ex legum constitutione respondi maritum in negotiis uxoris sine mandato non recte aliquid definire:*

In realtà, come si vede, l'identità significativa si riduce all'uso del verbo *prosequi* (*negotia uxoris, causam uxoriam*): il che vale come numerose altre constatazioni che si possono fare, ed anche più significative, come ad esempio l'insistenza in Cons. 6¹⁰⁹ dell'impiego del termine *pulsatus* per indicare il convenuto, che è caratteristico della terminologia tecnica delle *interpretationes*¹¹⁰.

Ma la cosa più importante è un'altra: e cioè che queste parentele fra la *Consultatio* e le tre leggi romano-barbariche non costringono affatto a datare la *Consultatio* dopo quelle leggi: quest'ultima frase l'ho pressoché tradotta da quanto scriveva lo Jörs¹¹¹, che pure a tali parentele dava gran peso; e lo Huschke, che tanta im-

¹⁰⁹ Dopo lo scolio che precede Cons. 6, nel § 2 (dove anche 'qui pulsat' per «l'attore») e nel § 4 di questo parere.

¹¹⁰ Il participio passato sostantivato 'pulsatus' nel senso di convenuto (esso corrisponde, del resto, all'uso di *pulsare* come verbo dell'attore; nel senso di accusare vedi già Stat., S. 5, 5, 77) è frequente nelle fonti del V secolo avanzato ed è caratteristico del Breviario Alariciano, come avverte anche lo HÄNEL nella n.* a Brev. int. Paul. 1, 19, 2. Molto chiara è l'int. C.Th. 2, 6, 3 (Brev. 2, 6, 3): *Si unus ex litigatoribus, sive pulsatus sive petitor, ...* Si vedano ancora: int. C.Th. 1, 2, 10 (Brev. 1, 2, 7); int. C.Th. 4, 8, 5 (Brev. 4, 8, 1) (MOMMSEN lin. 11-12; 26; cfr. 17; p. 23 e p. 182 lin. 6); Brev. int. Paul. 1, 19, 2; Brev. int. Paul. 2, 1, 3 (4); Brev. int. Paul. 2, 3, 1; Ed. Th. 74; L. Rom. Burg. 33, 1. Il termine compare più volte nell'int. Nov. Val. 35 (Brev. 12) (MOMMSEN-MAYER lin. 119; 127; 180; 185; 188; 191), ma qui è pure presente nella stessa cost. interpretata: Nov. Val. 35, 3; 14; 15.

¹¹¹ JÖRS, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., p. 1145, dopo aver detto che il vero argomento contro la datazione del Rudorff sta nei rapporti di Cons. con la l. Rom. Vis. e la l. Rom. Burg., aggiunse: «diese (cioè: tali rapporti) zwingen uns zwar nicht, die Entstehung der C. nach jenen Gesetzen anzunehmen, lassen aber doch eine zeitlich nähere Beziehung zu ihnen glaubhaft erscheinen».

portanza attribuiva ai legami di Cons. e l. Rom. Burg.¹¹², al punto da concluderne che nel Regno Burgundo va posta l'origine dei pareri che essa contiene¹¹³, non aveva poi dubbio a scegliere una datazione precedente tale legge.

In sostanza, gli argomenti che hanno spinto gli autori a posticipare la data della *Consultatio* – diciamo meglio: dei testi che essa presenta –, più da vicino li si osserva e più vengono a perdere consistenza. Così, il solo argomento residuo per un *terminus ante quem*, perdendo ragioni di contrasto, viene a rafforzarsi: e questo argomento residuo è quello del *fumus Imperii* che profuma ancora, o – se si vuole – ancora appesta, l'aria che i pareri del *iuris consultus* ci fanno respirare.

5. Considerazioni finali

Gli autori, quando parlano della *Consultatio*, hanno l'abitudine di sottolineare il livello assai mediocre del contenuto dei nove pareri che la formano: si tratta di discorsi che non giungono mai ad un'impostazione dommatica di una qualche completezza, di finezza e d'eleganza non v'è traccia, delle opere dei giuristi ci si limita a citare le *Pauli sententiae*, come se queste rappresentassero la sola *summa* rilevante di tutta la tradizione giurisprudenziale romana. Questo giudizio, ciò è incontestabile, si basa sui caratteri del testo, ed è dunque incontrovertibile: ma io non sono affatto sicuro che esso – come invece si legge fra le righe di coloro che in genere lo formulano – possa essere automaticamente convertito in un giudizio sull'autore. Io non sono certo qui a sostenere che il *iuris consultus* che redasse i pareri che conosciamo fosse un giurista di vaglia, ma qualche considerazione in proposito va tuttavia fatta.

Una premessa, anzitutto. Si tratta di pareri, indirizzati, come abbiamo visto, ad avvocati o causidici, e a giudici, forse vescovi giudicanti; ed il livello di un parere è condizionato non solo da quello del consulente, ma anche da quello del destinatario. Un buon parerista deve fornire indicazioni che il suo destinatario sia in grado, non solo di comprendere, ma anche di seguire. Che l'autore di cui parliamo fosse circondato da ignoranti, abbiamo già potuto notarlo con riguardo a Cons. 8, il parere dato all'avvocato del *maritus, quem iudicariae potestatis cingit auctoritas*, dal quale si desume che tanto l'avvocato quanto il giudice dovevano essere alquanto sprovveduti¹¹⁴. Che il *iuris consultus* stesso avesse scarsa considerazione per i suoi consultanti, lo lascia intendere egli stesso apertamente quando, all'inizio di Cons. 7^a, scrive '*quod minime fuerat necessarium consultationem nostram tuis utilitatibus sciscitari*', indirettamente quando, ad esempio, in Cons. 7 – il parere sul pasticcio

¹¹² In part. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt* cit., p. 836 s.

¹¹³ HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt* cit., p. 837 s.

¹¹⁴ Vedi sopra, § 2.1, verso la fine.

fatto transigendo dopo un giudicato e per giunta con un compromesso che nominava un collegio arbitrale irregolare – sente il bisogno di ricordare al causidico destinatario del parere che le sentenze di Paolo *sacratissimorum principum scita semper valituras ac divalis constitutio declaravit*, o ancora quando, nei pareri destinati ad un giudice, fornisce informazioni che ci si attenderebbe un giudice debba possedere nel suo bagaglio di conoscenze elementari.

C'è poi una frase alla quale, fra gli autori recenti, solo il Bretone¹¹⁵ mi sembra aver gettato un fuggevole sguardo: quella che chiude il parere cautelare di Cons. 7^a: *'Hoc et consultorum iura declarant, quae necessarium tractatui nostro non duximus adhiberi'*. Questa frase non è scritta con alterigia – la presunzione non è certo fra i difetti dell'autore della *Consultatio* –: essa vuol solo assicurare il consultante che il solo testo addotto nel parere, una costituzione del Teodosiano, poteva bastargli, perché il principio in essa enunciato era da lunga pezza pacifico¹¹⁶; ma il senso profondo della frase – che, ricordo ancora, conclude un parere cautelare, che non prevede affatto un successivo processo con necessità di argomentazione processuale – è: «Fidati di quel che dico; io ne so molto di più, ma non è necessario che, per te e i tuoi clienti, stia a fornirvi altro materiale».

Aggiungerò ancora due annotazioni particolari, prima di concludere più in generale.

La prima annotazione è molto banale, ma non inutile. I pareri dati dal *iuris consultus* appaiono essere, nel suo ambiente di livello culturale mediocre e di scienza giuridica semplificata, convenientemente costruiti e praticamente funzionali. Sciocchezze, egli non ne dice. Fra tutti i suoi pareri, ce n'è uno solo che può apparire sostanzialmente sconclusionato, quello di Cons. 7: ma l'impressione, che si ha leggendo, è che esso non sia stato concepito nell'intento di definire il *'quid iuris?'* per desumerne il «che fare?», bensì piuttosto per suggerire una soluzione pratica che rappresentasse un modo economico per regolare una faccenda giuridicamente compromessa¹¹⁷, senza ricominciare tutto daccapo, ben sapendo che tale soluzione poteva tenere solo se le parti fossero alla fine interamente e definitivamente d'accordo e nessuna delle due sollevasse più questioni in merito¹¹⁸.

La linea di pensiero¹¹⁹ che regge tutto il parere di Cons. 7 non è, invero, priva

¹¹⁵ BREONE, *Storia del diritto romano* (ed. nei Manuali Laterza), Bari 1995, p. 366 n. 21.

¹¹⁶ Non so se sia calzante, e neppure corretto, quanto si nota in proposito in CONRAT-KANTOROWICZ, *Über die Consultatio* cit., p. 53, prima della n. 18.

¹¹⁷ Si veda l'inizio del parere, Cons. 7, 1: *Quantum ad nos delatae pactionis textus insinuat, potius contra bonos mores chartula ipsa litigii seminarium propagavit, quam tum utili deliberatione adsurgentium iurgiorum scandala resecauit.*

¹¹⁸ Si veda la fine del parere, Cons. 7, 8: *Demum si quae in contentionem veniunt, aut ampliori numero iudicum aut summae potestatis sunt arbitrio decernenda.*

¹¹⁹ Il punto di partenza di questo parere (Cons. 7) è lo stesso di quello di Cons. 4: le parti hanno concluso una transazione su di una controversia che era già stata decisa con sentenza. Uno dei testi fondamentali, adottati per stabilire la nullità di una simile transazione, è lo stesso nei due pareri, seb-

di sconessioni e, nel complesso, è giuridicamente confusa. Ma il discorso va inteso nel senso che l'autore volesse da un lato mettere in luce tutti gli errori che le parti hanno fatto, e dall'altro indicare una via per uscire dal garbuglio, così creatosi, nel modo più economico: cioè, se si riesce, salvando il salvabile di quanto già è stato fatto. Io arriverei fino a supporre, che il parere del nostro giureconsulto sia scritto in un modo presentabile a terzi (nella specie, in particolare, ai due preti giudici del collegio arbitrale), ma esso contenga in realtà, per le parti e i loro avvocati, il consiglio: «Cercate di mettervi d'accordo fra voi su tutto, che se finite ancora davanti all'autorità giudiziaria, di tutti i vostri patti e arbitrati non si salva un ette!»

La valutazione, agli occhi del diritto, di quanto è accaduto, è, secondo l'autore, la seguente. Le parti erano state avversarie in un giudizio, e sulla loro controversia era stata pronunciata una sentenza. Dopo di che le parti, evidentemente non contente della sentenza, si sono accordate per affidare di nuovo la stessa controversia ad un collegio arbitrale, perché rivedesse alcuni punti della decisione. Ora, tale accordo era nullo: perché risulta essere un accordo transattivo, e non si può transigere pattiziamente una situazione creata da un giudicato se non nel caso in cui la parte vincente acconsenta a rimettere, *donationis causa*, il debito nato dal giudicato¹²⁰. Detto questo, e provato con i testi delle *Pauli Sententiae* addotti, il problema risulta già tutto risolto: lo dice lo stesso autore (Cons. 7, 7): *Intellegis memoratae pac-tionis constitutionem iuridici auctoris (= di Paolo) sententiis vacuam. Quid, inquam, ulterius requirendum?*

Risulterebbero dunque inutili, a questo punto, tutte le informazioni e le critiche, che il parere contiene nella prima parte, dove si enumerano i dati del caso (Cons. 7, 2), e poi ancora, nella parte conclusiva (Cons. 7, 9), circa la non ritualità del collegio arbitrale investito della decisione dalle parti: il collegio giudicante non era neppur *triumvirale* perché composto da due membri, e quindi da un numero di

bene l'autore lo menzioni con diversa *inscriptio* (Cons. 4, 6: Pauli sent., lib. I tit. de transact.; Cons. 7, 6: ex corpore Pauli de pact. et conventis): *Post rem iudicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non potest*. Ancora identico è il passo, qui riportato in Cons. 7, 4, con la prima frase di quello riportato in Cons. 4, 7 (con la variante *nec* per *neque* e, nell'*inscriptio*, la variante 'Pauli sent. I lib. de pact.' per 'Item eodem lib. et tit.' cioè 'lib. I tit. de transact.'). Per la nullità della transazione relativa al giudicato si cita in Cons. 4, 11 una cost. del C. Herm. che qui non compare.

¹²⁰ Da quanto scritto in Cons. 7, 2 alla fine (*de rebus enim iudicatis soli principi et contra iudices licuit iudicare, aut si ita convenerat, ut iudicii vinculum solveretur* = su di un giudicato solo il principe può giudicare anche in senso contrario a quello già fatto dai giudici [allusione all'appello], ovvero se vi sia stato un accordo nel senso che il vincolo creato dal giudizio sia sciolto) parrebbe voler dire che alle parti sia consentito di rimettere pattiziamente ad un collegio arbitrale la controversia già decisa col giudicato, purché si accordino nel senso di rinunciare integralmente agli effetti del giudicato già intervenuto: cioè potrebbero optare per un nuovo giudizio su tutta la controversia già decisa, ma non per la revisione di alcuni punti della decisione. Ma la seconda parte della frase non va certo intesa così; '*si ita convenerant, ut iudicii vinculum solveretur*' rappresenta sempre un'allusione al patto di remissione del debito da giudicato. Benché, come vedremo, la nozione corrispondente al senso di '*aut si solveretur*' proposta all'inizio di questa nota risulti poi far parte della serie di nozioni che l'autore impiega nel suo parere, essa non viene confermata dalle fonti che l'autore stesso adduce per fondare l'affermazione fatta scrivendo '*de rebus enim-solveretur*'.

giudici inferiore a quello che aveva pronunciato la sentenza precedente¹²¹ (queste ragioni dell'irritualità del collegio investito del giudizio dalle parti sono asserite come evidenti e non provate in alcun modo: nessuna fonte è, in particolare, addotta in proposito)¹²²; per di più, i due membri erano preti, e non vescovi (anche questo argomento è solo asserito dall'autore, ma qui si capisce che egli vuol dire che il secondo giudizio non può essere giustificato sotto il profilo della competenza, che i vescovi ricevono dal compromesso delle parti, a celebrare l'*episcopalis audientia* anche in materia civile).

Ma tutte queste cose vengono in considerazione per quel che è scritto in Cons. 7, 7, dopo le parole '*Quid inquam, ulterius requirendum?*', che abbiamo già riportate. A questo punto si capisce anche un aspetto dei fatti, che prima non era chiaro: il soggetto (lo chiameremo A), in favore del quale era stata pronunciata la *res iudicata*, è lo stesso nell'interesse del quale è stato richiesto il parere al *iuris consultus*; questo soggetto A si era bensì accordato con la controparte sconfitta (la chiameremo B) per sottoporre di nuovo il caso al collegio arbitrale, ma poi non era rimasto contento della decisione degli arbitri ed intendeva valersi della precedente sentenza facendo valere la nullità del compromesso. Così si comprende l'argomentazione di B (indicata in Cons. 7, 7 come *pars adversa*)¹²³: «Ci siamo messi d'accordo liberamente, senza che nessuno ci obbligasse, e tu sai anche bene che abbiamo fatto tutto correttamente». Questa presa di posizione di B ci permette di stabilire che, già prima che il *iuris consultus* rilasciasse il suo parere, A o il suo avvocato – verosimilmente già istruito dal *iuris consultus* stesso – doveva aver mostrato a B i testi delle Sentenze di Paolo sulla nullità dei patti, che riguardano tutta una serie di vizi di questi: e l'obiezione di B è semplice e naturale. La nullità del *pactum post rem iudicatam* rappresenta un punto troppo tecnico perché B lo possa apprezzare; la cosa che egli meglio recepisce è che sono nulli i patti fatti *contra bonos mores*, cioè in modo disonesto, ed egli sa che nulla di disonesto è stato fatto; stando così le cose, perché il nostro patto non deve contar niente? Da ciò, e da quanto il *iuris consultus* poi consiglia, si comprende come in realtà dovessero stare le cose. Il problema, oggetto di controversia fra A e B doveva essere abbastanza complesso e la sentenza pronunciata nel primo giudizio, davanti ad una regola-

¹²¹ Questo argomento, del *minor numerus post maiorem*, compare solo in Cons. 7, 9, come quello della qualità di semplici preti dei due giudicanti.

¹²² Di questo problema del numero dei giudicanti (tanto per i tre della sentenza, quanto per i due del collegio arbitrale) si occupa a più riprese – in relazione con la problematica della datazione – lo HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt* cit., p. 836 s., ma non mi pare si possano trarre dal suo discorso le conclusioni cui egli mira. Il punto resta discutibile; da quanto è detto in Cons. 7 sembra trarsi come dato che il giudizio era stato celebrato da tre giudici; che il successivo collegio arbitrale *de eadem re* fosse male costituito perché solo da due sembra essere un dato della prassi (locale?), che il *iuris consultus* ritiene regola indiscutibile.

¹²³ Traduco, qui di seguito, tale argomentazione, che suona: '*pacti sumus libero arbitrio, nullo cogentis imperio, tibi et bonis moribus constat*'.

re corte civile, doveva essere effettivamente stata insoddisfacente, nel senso che non aveva tenuto conto di alcuni aspetti di tale problema controverso; le parti avevano, così, preferito risottoporre il caso a due preti di cui si fidavano. Ottenuta la decisione di questi, A doveva aver constatato che il nuovo giudizio gli era alquanto più sfavorevole del primo e, saputo (da un avvocato che aveva consultato) che un *pactum post rem indicatam* era invalido, aveva deciso di valersi della sentenza, e lo aveva fatto sapere a B; ma B non capisce questo voltafaccia di A, e come possa esser giuridicamente giusto che tutto quanto avevano serenamente e amichevolmente concluso lui e A non valesse poi nulla. Il *iuris consultus*, definitivamente chiamato a chiarire con un parere questa spiacevole situazione, si mostra sensibile al suo carattere delicato, sicché precisa le cose con un discorso che s'inizia in forma di risposta all'obiezione di B, che ho sopra riportato. In quanto segue, parafraserò di nuovo l'obiezione di B, per rendere più chiaro il suo nesso con quanto vi replica l'autore della Cons., e parafraserò l'essenziale del discorso di questi, per renderne evidente il senso¹²⁴. Diceva, dunque, B: «Non abbiamo pattuito in modo corretto e onesto?». E il *iuris consultus*: «[§ 7] Certo, se, senza violare le norme del diritto, aveste anzitutto dato esecuzione al giudicato che era stato pronunziato, e poi, per i dissensi che fossero rimasti fra voi, aveste nominato un collegio arbitrale regolare, che trovasse una via per superare in modo ragionevole la sentenza che era stata pronunziata. [§ 8] Ora, se volete continuare ancora per la strada – è una balorda strada da ignoranti – che avete intrapreso, dite a quei due, che già avete, per così dire, nominati con la vostra scrittura, di riconvocarvi – voi e i vostri avvocati¹²⁵ – perché, se essi lo ritengono giusto e legale, ascoltino quel che le parti in causa hanno da dire; e, se pensano di essere sufficienti a rimpiazzare con la loro presenza quello che manca a quella scrittura, che sappiamo giuridicamente nulla, mettan fuori una sentenza su quanto han conosciuto. [§ 9] Allora si renderanno conto da soli di quanto sia temerario giudicare per un collegio numericamente insufficiente e composto di semplici preti, e per di più avendo la presunzione di cambiare una sentenza pronunziata in giudizio sugli stessi fatti; se, a questo punto, decideranno di astenersi, lo facciano constare, oppure soddisfino il desiderio delle parti in quanto queste siano d'accordo. Solo sia chiaro che, se restano dissensi fra le parti, questi dovranno essere decisi o da un maggior numero di giudici o dal sommo potere (giudiziario)».

Non può non notarsi che, in conclusione, l'autore consiglia che le parti si ripresentino davanti agli arbitri che avevano nominato non per farsi giudicare, ma solo

¹²⁴ Il senso, naturalmente, come io l'ho inteso: la parte finale di Cons. 7, a partire da 'Si certum' (Cons. 7, 7), non è certo tutta perspicua.

¹²⁵ Questo è, in sostanza, il senso delle parole 'ipsi duo, quos quasi praefata cartula nominavit' (allusione ai due preti nominati arbitri nel patto compromissorio) *sub praesentia electarum personarum* (allusione alle parti stesse), *defensore quoque adhibito* (allusione all'avvocato di ciascuna parte) *appellentur*. Letteralmente: «Siano (ri)chiamati quei due stessi, che la suddetta scrittura ha per così dire (quasi) nominato, con la presenza delle stimatissime parti, ciascuna assistita dal proprio difensore».

per farsi assistere nella conclusione di un accordo totale, su tutti i punti fra loro controversi, e questo accordo avrà valore come tale, e non come lodo arbitrale.

Ma, con ciò, il risultato di tutta questa procedura, sarebbe precisamente un patto transattivo su cosa giudicata, la cui nullità era fra le premesse di tutto il parere.

Non è chiaro neppure perché ad un certo punto (Cons. 7, 7) risulti che, se il collegio arbitrale fosse stato regolare, la sua decisione sarebbe stata giuridicamente corretta e valida: la proposizione col *discingat* di Cons. 7, 7 sembra contraddire *in adiecto* quella col *discingit* di Cons. 7, 3. Si deve intendere che l'autore distingue tra un patto transattivo, anche se la realizzazione della transazione sia affidata ad arbitri, ed un puro compromesso, al fine di rifare in arbitri il giudizio senza transazione: se è così si dovrebbe intendere come allusivo a questo tipo di accordo il '*si ita convenerat ut iudicii vinculum solveretur*' di Cons. 7, 2 in fine, contro quello che avevo annotato a suo luogo; ma – come pure là avevo annotato –, per un simile significato della frase, manca appoggio nelle fonti citate.

La seconda annotazione riguarda la dommatica dell'autore. Non considero qui, naturalmente, quella che si trova nei testi che egli cita, in particolare in qualche passo delle *Sententiae*; perché non mancano costruzioni dell'autore stesso. Ne citerò una sola, evidente nei suoi caratteri: si tratta di una piccola costruzione, fatta unicamente perché essa rende lampante, palmare, un errore processuale, così che l'ascoltatore più sprovveduto possa rendersi conto del suo carattere radicale ed insanabile. Nel parere di Cons. 3 si tratta di dimostrare che un processo, relativo ad una controversia in cui parte era la moglie, e nel quale, invece, era intervenuto il marito come *procurator* di lei convenuta, valendosi di un mandato inefficace perché *gestis non allegatum*, e per di più senza che egli avesse fornito la necessaria *satisdatio*, doveva considerarsi irregolare, e quindi nullo e non solo impugnabile. Ora, la costruzione che il giureconsulto fa di questa situazione è la seguente: quell'insieme di atti, che si è celebrato, non può esser detto un processo (*illud iudicium dici non potest*) perché il marito non aveva qualità per essere parte (*nullam personam habuit litigandi*). La conclusione non è inesatta: essa è che un processo col convenuto irritualmente rappresentato manca di una parte, e quindi non è un processo, perché per definizione il processo si fa tra due. Si tratta solo di un modo retorico di enunciare la situazione giuridica, e si risolve infatti nell'enunciato retorico suggerito al difensore, per essere indirizzato ai giudici: '*sic agnoscetis iudicium stare non posse, ubi ad iudicium sollemnis persona, id est sollemniter ordinata, ingressa non fuerit*'¹²⁶. Lo sforzo dommatico è puramente verbale, ma, fatto com'è, per ricondurre il problema ai principi più generali ed alla nozione stessa di processo, nota a chiunque, riveste la chiarezza e l'immediatezza che al principiante causidico dei primi tre pareri era assai utile per potersi esprimere nella sua arringa in un modo che egli stesso potesse ben dominare e rendere efficace davanti a giudici magari essi stessi del suo livello.

¹²⁶ Cons. 3, 2 e 5.

Il concludere aggiungerò solo un ultimo rilievo generale. Lo spunto mi è fornito da alcuni brevi, ma come al solito corpose, osservazioni che l'amico Mario Talamanca ha fatto, or sono quasi vent'anni, in una sua relazione congressuale¹²⁷. La cosiddetta *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* non può essere annoverata fra le fonti del diritto romano volgare; ma essa non è neppure l'esempio di un atteggiamento classicistico. Il discorso potrebbe essere lungo, ma lo ridurrò al minimo, affidandomi alla vostra comprensione degli impliciti e dei sottintesi. Il testo della *Consultatio* manca tanto delle corruzioni e dei fraintendimenti del volgarismo¹²⁸, quanto di qualunque eco del passato, che superi le necessità della pratica giudiziale ed extra-giudiziale del suo tempo. In altre parole, il testo dei pareri rilasciati dal *iuris consultus* non asserisce nulla sulla base di testi che vorrebbero dire altro, se fossero intesi bene; e neppure vi si indicano principi, regole o valori ormai appartenenti al passato e apparentemente vigenti solo per convenzionale finzione. Il discorso è sempre serio: i testi sono addotti a proposito; il diritto non è più il diritto classico, perché è il diritto vigente, e questo non è più il diritto classico. Il diritto è cambiato, ma è stato cambiato dalle costituzioni imperiali, e il diritto giurisprudenziale stesso – come sappiamo il nostro autore usa solo le *Sententiae* – è cambiato soprattutto in forza di una semplificazione, corrispondente ad una scelta di testi ad esclusione di altri. Questo ha indotto anche cambiamenti profondi, come quello della sparizione della distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium*: e questa sparizione, non essendo ancora stata gestita da una giurisprudenza, ha generato guasti ai quali si dovrà poi supplire: la differenza fra difesa ed eccezione, fra nullità e *restitutio in integrum*, avranno bisogno di essere ridimensionate con un po' di vernice classicistica, per poter essere superate come si conviene. Il *iuris consultus* vive questa transizione: ed è talora difficile capire il fondo dei suoi ragionamenti. Come ci è difficile capire tutto il fondo del diritto postclassico. La dottrina romanistica vi ha lavorato, sotto la guida di Ernst Levy, in un modo curioso: essa ha trattato i dati delle fonti, tessere di un mosaico da costruire, come se il rapporto fra le tessere che dovrebbe comporre l'immagine finale fosse stato costruito da una giurisprudenza, pur definendo volgare il diritto dell'epoca, proprio perché una giurisprudenza gli faceva difetto. Il risultato è stato che i moderni storici del diritto che hanno ricostruito quel diritto volgare lo hanno fatto sostituendosi a quella giurisprudenza assente, e lasciandosi in ciò guidare da criteri assai vari, nessuno veramente

¹²⁷ TALAMANCA, *L'esperienza giuridica romana nel tardo-antico fra volgarismo e classicismo*, in *Le trasformazioni della cultura nella tarda Antichità (Atti Catania 1982)*, Roma 1985, p. 50 s.

¹²⁸ Con ciò, non considero fraintendimenti e corruzioni le linee evolutive del diritto postclassico, che invece sono presenti in modo evidente nella *Consultatio*, come ad esempio l'esaurirsi della contrapposizione fra *ius civile* e *ius honorarium*, che emerge chiara fin da Cons. 1, e che risulta anche, sebbene non espressa con queste parole, dall'analisi che di tale parere fa lo SCHINDLER, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cit., pp. 26-32. Come dicevo nel testo, con le considerazioni qui fatte vado toccando problemi che esigerebbero ben altro approfondimento, che non il povero accenno che qui ne posso fare: ma non mi è concesso, in questa sede, se non limitarmi ad indicare la direzione nella quale il discorso potrebbe proseguire.

giustificato. Il nostro *iuris consultus* è invece uno che quel momento storico lo ha vissuto, e vi ha operato: ha operato con semplicità, prendendo il diritto come lo trovava, non ponendosi gravi problemi, perché il suo problema era quello solo di far vincere le cause a quelli che lo consultavano, e le cause si vincono convincendo i giudici, e i giudici si convincono con argomenti semplici e testi autorevoli chiaramente orientati nel senso che interessa la parte. La sua terminologia è quella delle costituzioni imperiali del suo tempo; lo stile è quello di un giurista formatosi e forse ancora attivo nelle scuole di retorica forense, ormai certo le uniche dove, in Occidente, si potesse studiare il diritto; il campo delle fonti utilizzate è quello al quale in Occidente si faceva allora ricorso. Si potrebbero notare due lacune: la prima è quella delle Istituzioni di Gaio: e questa la so spiegare solo perché, dai riscontri che ho fatto, mi sono reso conto che le relative citazioni gli sarebbero state più d'impaccio che d'aiuto: le Istituzioni di Gaio non sono scritte in brevi massime di senso compiuto come le *Sententiae* pseudo-paoline; Gaio scrive ogni frase in un contesto pensato nel suo insieme, e citarne in giudizio le *Institutiones* doveva presentare problemi troppo facilmente fuorvianti. La seconda lacuna è quella delle Novelle post-teodosiane: ma, dal riscontro che pure ho fatto, non mi pare che nelle tematiche della *Consultatio* alcuna citazione potesse risultare appropriata, se non quella che già ho ricordato della Novella 35 di Valentiniano III del 452, che però sarebbe servita solo all'autore per provare un dato collaterale, che egli enunciava come una semplice evidenza. Egli espone le sue considerazioni e cita i testi ragionando: e ragionando in modo conseguente, ma solo con la testa di un pratico impegnato in questioni che, per quanto talora complesse nei fatti sul piano delle vicende in se stesse, sono sempre semplici o semplificate nei loro aspetti giuridici; rispetto a questi, egli si preoccupa solo di trovare testi, nei libri che usa, aderenti alle valutazioni e soluzioni che propone.

Ma tutti questi caratteri, se si accetta l'idea che la *Consultatio* consista in una serie di pareri effettivamente dati nell'ambiente in cui sembra da collocarsi la sua origine, risultano del tutto ovvi. E io credo che proprio questo fosse la *Consultatio*, e per questo vada presa.

IURA CONDERE.
IL PROBLEMA DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO
FRA TRADIZIONE GIURISPRUDENZIALE
E *AUCTORITAS PRINCIPIS* *

SOMMARIO: 1. *Iura condere*. – 2. *Ius respondendi*. – 3. Gai. 1, 7. – 4. Pomp. D. 1, 2, 2, 48-50. – 5. *Ius controversum* e certezza del diritto. – 6. Conclusioni.

1. *Iura condere*

Seguendo¹ il filo segnato dall'impiego, non frequentissimo nelle fonti, della lo-

* Pubblicato in *Ius controversum e auctoritas principis – giuristi, principe e diritto nel primo impero*, Edizioni Scientifiche Italiane, Milano 2003.

¹ Come punto di partenza della letteratura moderna che concerne nel complesso la tematica del *ius respondendi* si deve prendere l'apparato critico a D. 1, 2, 2, 48-50 nell'*editio maior* di MOMMSEN (1866). In seguito (mi limito ai contributi essenziali): FERRINI, *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana*, Milano 1885, 56; MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* II³, Leipzig 1887, 912; KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*², Leipzig 1912, 120 ss.; 296 s.; LENEL, *Palingenesia iuris civilis* II, Leipzig 1889, 51 n. 1; SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München und Leipzig 1934, 127; WIEACKER, *Studien zur hadrianischen Justizpolitik* (EHRHARDT-FELGENTRÄGER-WIEACKER, *Romanistische Studien* [Freiburger rechtsgeschichtliche Abhandlungen Heft 5]), Berlin 1935, 43 ss.; SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, in *Studi Riccobono* I, Palermo 1936, 71 ss.; 95 ss.; DE VISSCHER, *Le ius publice respondendi*, in *RHD*⁴ 15 (1936), 615 ss. (ripubblicato nelle *Nouvelles études de droit romain*, Milano 1949); SIBER, *Der Ausgangspunkt des ius respondendi*, in *ZSS* 61 (1941), 397 ss.; MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, in *Scritti Ferrini* Pavia, Milano 1945, 430 ss. (con ampia letteratura a p. 430 n. 5); 462 ss.; MASSEI, *Iurisperitus*, in *AG* 133 (1946), 48 ss.; KUNKEL, *Das Wesen des ius respondendi*, in *ZSS* 66 (1948), 423 ss.; KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Wien-Köln 1967, 281 ss. (anche 119 n. 111; 200; 295 s.; 302 s.; 318 ss.; 339 n. 719); GUARINO, *Le ragioni del giurista. Giurisprudenza e potere imperiale nell'età del principato romano*, Napoli 1983, 95 ss. (= *Il ius publice respondendi*, in *Mél. De Visscher* = *RIDA* 2 [1949], 401 ss.); 111 ss. (= *Postille: Sulla tesi di W. Kunkel*, 111 ss. = *Ann. Catania* 3 [1949], 208 ss.; *Sulla tesi di A. Magdelain*, 114 ss. = *Ann. Catania* 4 [1950], 209 ss.; *Sulla letteratura successiva*, 117 ss.); 119 ss. (= *Iura condere*, in *Studi Sanfilippo* I, 1983, 195 ss.); DAUBE, *Hadrian's Rescript to Some Ex-Praetors*, in *Collected Studies in Roman Law* I, Frankfurt am Main 1991, 345 ss. (= *ZSS* 67 [1950], 511 ss.); MAGDELAIN, *Jus respondendi*, in *Jus imperium auctoritas. Etudes de droit romain*, Rome 1990, 103 ss. (= *RHD* 28 [1950]); SCHÖNBAUER, *Zur Entwicklung des ius respondendi*, in *Iura* 4 (1953), 224 ss. (su SCHÖNBAUER, in *Anz. der ph.-hist. Klasse der Österr. Akad.* 1950, Nr. 8, 94 ss., vedi KUNKEL, *Herkunft*, 281 s. n. 596); WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, 489 ss.; VON LÜBTOW, *Miscellanea III: Das ius respondendi*, in *Studi Arangio-Ruiz* II, Napoli 1953, 368 ss.; SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 132 ss.; 365; PROVERA, *Ancora*

cuzione *iura condere*² e della connessa espressione sostantiva *iuris conditor*, si constata facilmente che il punto di partenza è posto in un testo preciso. Si tratta di

Gai. 1, 7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi: idque re-scripto divi Hadriani significatur.*

Definendo i *responsa prudentium* come elemento della *partitio* dell'ordine giuridico romano nei suoi formanti (Gai, 1, 2), l'autore delle *Institutiones* spiega che essi sono i pareri di coloro '*quibus permissum est iura condere*'. Gaio impiegherà le stesse parole una seconda volta, nel paragrafo 30 del quarto libro, parlando della decadenza delle *legis actiones*, che egli attribuisce all'antipatia che toccò a quel sistema processuale a cagione della *nimia subtilitas* con la quale esso venne gestito dai *veteres* '*qui tunc iura condiderunt*': con il che egli impiega volutamente la stessa espressione già usata nel primo libro, perché dicendo della *nimia subtilitas* si riferisce all'esempio fornito poco prima, in Gai. 4, 11, quando raccontava del caso di un'*actio de arboribus succisis* esercitata contro un convenuto che aveva tagliato delle viti, per la quale *responsum est* che l'attore *rem perdidisse* perché aveva nominato nell'*actio* le *vites* invece delle *arbores*.

Appare dunque chiaro che con *iura condere* Gaio allude all'attività del giurista, quando questi rilascia un *responsum* destinato ad essere seguito dal giudice che decida una lite. La differenza fra il presente e il passato – stando a come Gaio rappresenta le cose – risiede nel fatto che tale attività spettava in antico a '*qui tunc iura condiderunt*', mentre attualmente a coloro '*quibus permissum est iura condere*'.

Alcuni secoli dopo, in una costituzione di Giustiniano del 529 (C. 1, 14, 12, 5) si afferma: '*tam conditor quam interpret legum solus imperator iuste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maiestas imperialis*

sul ius respondendi, in SDHI 28 (1962), 342 ss.; HORVAT, *Note intorno allo ius respondendi*, in Synteleia Arangio-Ruiz, II, Napoli 1964, 710 ss.; WIEACKER, *Augustus und die Juristen seiner Zeit*, in TR 37 (1969), 336 ss.; TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana III: Ius respondendi*, in Iura 30 (1979), 65 ss.; TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana II*, Milano 1993; CASAVOLA, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, in Iura 27 (1976 pubbl. nel 1980), 17 ss.; BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli 1982, 241 ss.; WIEACKER, *Respondere ex auctoritate principis*, in Satura Feenstra, Fribourg Suisse 1985, 71 ss.; CANCELLI, *Il presunto ius respondendi istituito da Augusto*, estr. da BIDR 1987; PARICIO, *El ius publice respondendi ex auctoritate principis*, in PARICIO (ed.), *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid 1996, 85 ss.; NICOSIA, *Editto giurisdizionali e ius* [1985] in *Silloge II (scritti 1956-1996)*, Catania 1998, 486 ss. (con la *Postilla* a p. 488 ss.). Questa, elencata, è la letteratura moderna: qualche indicazione sulla precedente (vedi in part. PUCHTA, *Cursus der Institutionen I*⁸ [Krüger], Leipzig 1875, 324 ss.) in MASSEI, *Le citazioni*, 430 n. 5; VON LÜBTOW, *Miscellanea III*; vedi anche CANCELLI, *Il presunto*, 18; 26 s.

Le opere menzionate in questa nota sono in seguito citate con opportune abbreviazioni.

² Si vedano le considerazioni glottologiche e semantiche del CASAVOLA, *Scienza*, 18 ss. Sull'osservazione di HONORÉ, *Gaius*, Oxford 1962, 122, vedi BRETONE, 241 n. 1. Su *iura condere* nelle fonti letterarie vedi DAVID-NELSON, *Gai Institutionum Commentarii IV, Kommentar1*, Leiden 1954, 17.

permissit. La *maiestas imperialis permissit* «hoc» ai vecchi giuristi, e cioè di essere anch'essi *iuris conditores*: Giustiniano allude dunque allo stesso «permesso» di cui parlava Gaio, e precisa trattarsi di un permesso imperiale. Egli scrive basandosi proprio su Gai. 1,7. Si deve comunque tener conto del fatto che la costituzione è del 30 ottobre 529, e venne dunque redatta nel vigore del primo codice giustiniano, promulgato nel precedente mese di aprile, che conteneva ancora la legge delle citazioni³. Dunque, il *nihil hac lege derogante* sembra scritto appunto per armonizzare, nel contesto della legislazione vigente, l'affermazione del monopolio imperiale di legislazione ed interpretazione autentica, col disposto della legge del 426, che riconosceva il valore normativo delle opere dei giuristi, se prodotte in giudizio.

Che Giustiniano pensasse proprio al passo di Gaio esprimendosi in quel modo, sembra confermato dal fatto che esso sarà ancora, quattro anni dopo, alla base del corrispondente passo delle istituzioni giustiniane, dove l'allusione all'antico *permissum* imperiale è espresso un'altra volta e il regime del valore dei responsi in giudizio è riportato ad una costituzione, che non può essere se non il rescritto di Adriano che Gaio citava. Nelle Istituzioni si aggiunge una precisazione in più: tale *permissum* è riferito al fatto che, secondo un'antica istituzione, i principi – genericamente indicati col termine *Caesar* – concedevano ad alcuni il *ius respondendi*:

I. 1, 2, 8: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere. nam antiquitus institutum erat, ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iuris consulti appellabantur. quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenent, ut iudici recedere a responso eorum non liceat, ut est constitutum.*

2. *Ius respondendi*

La menzione del *ius respondendi* in I. 1, 2, 8 rinvia – implicitamente ma certo intenzionalmente – alla descrizione che, dell'istituto, è fatta nel Digesto, in un passo che appartiene al lungo frammento tratto dall'*enchiridium* (D. 1, 2, 2). Il brano che interessa è scritto nel contesto (§ 35-53), in cui Pomponio sta procedendo all'elencazione dei giuristi: egli è giunto a parlare delle due scuole (§ 47) e (§ 48), dopo aver detto che ai due primi leader Capitone e Labeone successero rispettivamente Sabino e Nerva, continua nel modo che segue (il passo è riportato con le correzioni operate dal Mommsen nell'*editio maior* del 1866, sulle quali ritorneremo più avanti):

D. 1, 2, 2, 48 (Pomp. l.s. enchir.): ... *hic etiam Nerva Caesari familiarissimus fuit. Massurius Sabinus in equestri ordine [fuit et] publice primus respondit: <nam> postea qu[e]<am> hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc ta[men]<ndem> illi conces-*

³ C.Th. 1, 4, 3; P. Oxi, 15, 1914.

sum erat. 49: Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se, <si> populo ad respondendum se [praepararet] <praestaret vel praerberet>. 50: Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet: qui in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est. huic nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est.

Quel che racconta Pomponio è di ricostruzione faticosa, non tanto per le difficoltà che pur provengono dallo stato del testo, quanto per quelle che vi ha aggiunto una letteratura talora troppo disinvolta e magari prevenuta. Riservandomi qualche chiarimento critico in proposito, riassumerò il discorso di Pomponio nel modo che ritengo il solo corretto.

Il sistema del *ius respondendi* fu introdotto da Augusto. Prima, il potere centrale non interferiva per nulla nell'attività dei giuristi, quando questi davano parere su casi concreti da produrre nel relativo giudizio. Non c'era neppure alcun modo ufficiale per individuare chi fosse o no giureconsulto: chiunque si sentisse preparato per farlo, dava responsi se ne fosse richiesto: ed i responsi pervenivano ai giudici perché i rispondenti glieli inviavano per lettera, o perché coloro che li avevano consultati ne riferivano al giudice attestandone la provenienza. Adesso invece i *responsa* da produrre in giudizio vengono rilasciati al richiedente col sigillo del giurista, perché l'identificazione certa del loro autore è diventata essenziale, in quanto i responsi dei giuristi muniti del *ius respondendi* hanno valore pubblico. Questa possibilità di *publice respondere* fu accordata dapprima a senatori, finché non l'ottenne Sabino, che apparteneva all'ordine equestre. Il *ius respondendi* non può essere richiesto al principe: è ben vero che dopo che Augusto l'introdusse, si cominciò da parte di qualcuno a chiederlo come *beneficium*: ma infine Adriano, ad alcuni ex pretori che gliene fecero istanza, rispose per iscritto che il *ius respondendi* non lo si chiedeva, che la prassi imperiale era di concederlo spontaneamente; che se loro speravano di ottenerlo, si preparassero intanto dando responsi alla gente: il principe se ne sarebbe comunque compiaciuto.

Se così stavano le cose, abbiamo anche forse trovato donde Gaio avesse desunto quell'espressione *iura condere* che usava, per quanto consta a noi, per la prima volta: a me sembra estremamente probabile che abbia ragione il Casavola⁴ suggerendo che si trattasse di una formula di cancelleria, impiegata appunto nel provvedimento imperiale di concessione del *ius respondendi*. Egli ne propone, come te-

⁴ CASAVOLA, *Scienza*, 26.

nore: *'Permitto tibi populo respondere et iura condere'*; se il testo era questo, vi si parlava però certo di *publice* – e non *populo* – *respondere*.

L'espressione tecnica, per indicare i responsi dati da giuristi muniti del *ius respondendi*, era *publice respondere*, che dobbiamo intendere come «*respondere* con valore pubblico», intendendosi il valore che il responso aveva come fonte del diritto, cioè la sua idoneità, se non contraddetto da altro responso, a *legis vicem optinere*; l'espressione compare, più o meno all'epoca di Pomponio, anche in testi letterari come Plin., ep. 6, 15, 3, dove si dice di Giavoleno che *'interest tamen officiis, adhibetur consiliis atque etiam ius civile publice respondet'* e Gell. 13, 10, 1 secondo il quale Labeone *consulentibus de iure publice responsitavit*. Di *'populo respondere'* si parla in due punti del passo di Pomponio, ed in due sensi palesemente diversi. Nel § 49, dove si riferisce del rescritto di Adriano agli ex pretori, *populo respondere* ha un senso assolutamente atecnico, perché significa solo «dar responsi alla gente», per cui *'populo'* vi sta per «a chiunque fra il popolo li chieda». Invece nel § 50 (*ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet*) *'populo'* equivale al *'publice'* della locuzione tecnica: ma si tratta del solo luogo in cui ciò accade. Già il Krüger⁵ vi aveva individuato un errore, ed è dunque giustificata la proposta, condivisa poi anche dallo Schulz⁶, di sostituire qui *populo* con *publice*: si può ben pensare, del resto, alla disattenzione di un copista, che replicava con automatismo l'ultima espressione di questo tipo che aveva letto prima.

3. Gai. 1, 7

Come fonti per ricostruire la storia del *ius respondendi* ho messo insieme a partito Pomp. D. 1, 2, 2, 48-50 e Gai. 1, 7; ma per quest'ultimo testo la sua attinenza al tema è stata di recente negata dal Cancelli⁷. Già poco prima, del resto, anche il Wieacker – che per altro non era neppure lui il solo ad essere così orientato⁸ –, nell'articolo sul *respondere ex auctoritate principis* pubblicato nella *Satura Feenstra*, spiegava il passo di Gaio e il rescritto ivi citato con riferimento a «die normative Kraft unstrittigen juristenrechts»⁹: il valore normativo del pensiero – incontrovertito – dei giuristi come tale, cioè delle opinioni contenute nelle loro opere.

Ora, è importante stabilire che una simile idea non può essere sostenuta, e non soltanto per l'evidente senso diverso del dettato, nel quale Gaio definisce il *responsum*, parola che in bocca ad un giurista del II secolo aveva ancora un significato univoco;

⁵ KRÜGER², 123 n. 15.

⁶ SCHULZ, *Geschichte*, 137.

⁷ CANCELLI, *Il presunto*, in part. 9; 12 ss.

⁸ Vedi in particolare NICOSIA, *Editti* (1985), che poi ha ancora ripreso il tema, a seguito dell'intervento del Cancelli, nella relativa *Postilla* (1998).

⁹ WIEACKER, *Respondere*, 93. Su Gai. 1, 7 si legga WIEACKER, *Respondere*, 77 ss.

ma soprattutto perché, se il passo di Gaio e in particolare il rescritto adrianeo che egli cita dovessero essere riferiti alle – o anche alle – proposizioni della letteratura giuridica, il sistema previsto sarebbe risultato inattuabile; mentre Gaio lo presenta come pacificamente in uso, e quand'egli scriveva il rescritto esisteva già da almeno vent'anni.

Ora, la regola che Gaio attribuisce al rescritto disciplina il contegno del giudice in caso di pluralità di pareri. E va precisato che, per l'ipotesi in cui i pareri risultino discordi, il testo non dice quel che spessissimo i romanisti intendono, e cioè che il giudice è libero di decidere come vuole, bensì che egli può seguire il parere che vuole, scegliendo fra quelli in gioco. Questa interpretazione è richiesta dalla grammatica, ma la logica giuridica è nello stesso senso. Il giudice non è un *conditor iuris*, e la sua opinione non può sovrapporsi a quella dei *conditores iuris*; se il *ius* risultante dai pareri risulta *controversum*, e dunque nessuno di essi *legis vicem optinet*, lo spazio normativo, pur se non definito, è tuttavia occupato, ed il giudice non potrà muoversi che nel suo ambito.

Ne risulterebbe, se in gioco fosse l'insieme della letteratura giuridica, che il giudice, su ogni punto di diritto in ogni processo, avrebbe dovuto farsi un inventario completo delle opinioni di tutti i giuristi abilitati a *iura condere* – «dei viventi e dei morti» come dice il Cancelli –, o almeno, interpretando il sistema in modo più coerente, stabilire se si sia formata, sui punti di diritto da decidere, una *communis opinio*, e se no stabilire quali siano le opinioni dissenzienti in gioco. Tutte operazioni che il giudice, che con la letteratura giuridica dimestichezza ne aveva pochissima o punta, non era certo in grado di eseguire, e per gli esiti delle quali egli sarebbe risultato in balia di avvocati di solito non molto più esperti di lui, ma interessati a sembrarlo in un modo da lui incontrollabile. Il sistema del rescritto di Adriano avrebbe così inevitabilmente portato a decisioni ingiustificatamente difformi in diversi processi che implicavano problemi analoghi, e quindi avrebbe funzionato come strumento per anticipare nella prassi giudiziaria romana il caos che sarà la piaga di quella dell'epoca di crisi del diritto comune.

4. *Pomp. D. 1, 2, 2, 48-50*

Abbiamo dunque potuto, così, stabilire che Gai. 1, 7 può essere utilizzato come documento per la storia del *ius respondendi*, ed abbiamo anche visto in che modo. Quanto all'altro testo, la sequenza tratta dell'*enchiridium*, naturalmente nessuno dubita che esso parli del *ius respondendi*, ma, a causa di qualche sconnessura del dettato e del suo procedere un poco faticoso, gli autori lo hanno talora riscritto, e comunque vi hanno letto cose diverse, deducendole da quanto leggevano od anche immaginandosele senza leggerle. Non posso in questa sede, presentarvi un'analisi di questa intricata letteratura¹⁰. Studiandola – ché leggerla non basta proprio – mi

¹⁰ In quanto segue, citando i singoli autori, mi riferisco naturalmente ai lavori citati sopra, alla n. 1.

sembra risulti abbastanza chiaro che una linea costruttiva, in quanto determinata dai problemi che il testo effettivamente pone, possa essere tracciata partendo da Mommsen e procedendo poi per Lenel, Krüger, Kunkel e Wieacker. Nel bel mezzo di questa, tra Krüger e Kunkel e precisamente a partire dal 1936, si pone il lavoro di un gruppo di autori, ai quali la lettura del testo di Pomponio ha dato spunto per costruzioni personali che personali son troppo: anche se, beninteso, quel ch'essi hanno scritto non manca d'interesse per numerose osservazioni su singoli punti e problemi. Questi autori hanno lavorato con metodi affatto diversi: il de Vischer rispettosissimo del testo di Pomponio, solo intervenendo – in parte ispirato dal Nicolau – sulla punteggiatura; il Siber trattando il testo da interpolazionista allupato; il Guarino critico dell'atteggiamento del Siber, non aggredisce il passo armato, come quello, di mitraglia, ma vi centra tuttavia un solo pallettone, in un punto sensibilissimo; più tardi – nel 1950 – al gruppo si aggiunse il Magdelain, il cui contributo sembra un poco una parodia di quello del Kunkel, e che apertamente corregge il testo alla fine del proprio lavoro in relazione alle tesi che ha sostenuto. Un poco a parte vanno considerate le posizioni dello Schulz e del Cancelli. La trattazione del primo, che risale alla prima edizione della *History* nel 1946, scorge nel testo di Pomponio il concorso di ben quattro mani, ma poi conclude in modo assai tradizionale, perché attribuisce bensì l'essenziale § 48 alla terza mano, postclassica e a sua volta marginalmente glossata, ma la considera «*offenbar gut informiert*». Il Cancelli è intervenuto da ultimo, nel 1987.

Egli ritiene tutto il passo dell'*enchoridium* frutto di un'invenzione postclassica o giustiniana, e sostiene che il *ius respondendi* non esistette mai. A questa tesi, ed alle altre che scorgono interpolazioni, o anche glosse innovative, al tenore del passo, si potrebbe semplicemente opporre la saggia notazione del Kunkel, il quale ha fatto presente che i compilatori di Giustiniano (ma lo stesso si direbbe per i glossatori postclassici), se avevano certo motivi per intervenire talora cambiando il diritto classico vecchio di secoli, non ne avevano alcuno per cambiare la storia¹¹. Il Cancelli, però, sembrerebbe sfuggire ad una critica di questo genere, perché egli una ragione la fornisce: i compilatori, i quali operavano in un ordinamento nel quale *tam conditor quam interpres legum solus imperator*¹², tentavano di spiegare e giustificare una cosa ormai incomprensibile, anzi «inconcipibile»¹³ come il valore normativo delle opere dei giuristi. Ma non si capisce proprio come Giustiniano – o Triboniano & C. in suo nome – dovesse scegliere di far ciò inventandosi una Lotharische Legende proprio quando, con la promulgazione stessa del Digesto, la fac-

¹¹ KUNKEL, *Das Wesen*, 435: «Man wird auch nicht mit tiefgreifenden Verfälschungen durch die Kompilatoren zu rechnen haben: das jahrhundertealte Recht der Klassiker zu ändern, war für sie eine Notwendigkeit – die Geschichte zu korrigieren hatten sie keinen vernünftigen Anlaß». Più ampiamente, per la credibilità del testo di Pomponio argomenta con precisione ed acume il WIEACKER, *Respondere*, 75 (dalla terza riga).

¹² C. 1, 14, 12, 5 a. 529.

¹³ CANCELLI, 31.

cenda veniva regolata legislativamente. E non si capisce neppure che cosa voglia dire il Cancelli asserendo che il vigore dei testi giurisprudenziali come fonti sarebbe stato, ai tempi di Giustiniano, ma già a partire dall'inizio del dominato, una cosa inspiegabile come il sistema copernicano per una mente tolemaica. Si trattava invece di una realtà acquisita, per chiunque avesse a che fare col diritto: Costantino intervenne a chiarirla statuendo su singoli punti della relativa prassi (C. Th. 1, 4, 1-2); Teodosio II e Valentiniano III la confermarono e ne fornirono una più attuale disciplina (C. Th. 1, 4, 3), recepita intatta ed in modo positivamente attivo dal legislatore visigoto; nello stesso ambiente, forse già prima, l'aveva impiegata l'anonimo autore dei pareri raccolti nella cosiddetta *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* (Cons. 3, 6-9); ne parlava chiaramente Cassiodoro nel regno ostrogoto (var. 10, 6, 5; cfr. Cass., var. 6, 8, 2¹⁴), e lo stesso Giustiniano, nella citata costituzione del 30 ottobre 529 (C. 1, 14, 12, 5), ne riaffermava, come cosa congenita con l'ordine attuale, la realtà. Se quella del *ius respondendi* non fosse stata una realtà storica, i compilatori non si sarebbero sognati di inventarla per complicar le cose, in quanto essa contiene l'affermazione che il valore normativo delle opere dei giuristi non dipendeva all'origine dalla volontà imperiale, ma proveniva da un potere che, all'epoca repubblicana, spettava ai giuristi in modo autonomo.

L'unico modo ragionevole – intendo dire metodologicamente ragionevole – di trattare il testo di Pomponio consiste nel depurarlo delle mende attribuibili a semplici errori della tradizione manoscritta, e poi di ragionare su quanto così ne risulta.

Ma tale è il lavoro già fatto dal Mommsen¹⁵; basterà quindi che aggiunga qualche breve osservazione.

a) Fra le correzioni proposte dal Mommsen, una sola è veramente importante. Nel § 48, egli muta il *posteaque* (che significherebbe *et postea*) in *posteaquam*. La scelta fra i due termini è essenziale, perché solo leggendo *posteaquam* la frase può esser mantenuta qual è, mentre se si legge *posteaque* si deve supporre che nel resto ci sia qualcosa di interpolato. Ora, secondo il Guarino¹⁶, quando parla dell'insieme delle mende al § 48, «le inserzioni e le sostituzioni supposte dal Mommsen non possono aver avuto carattere casuale». Ora, questa argomentazione, che serve all'autore in particolare per mantenere il *posteaque* e sopprimere [, a *Tiberio Cesare hoc tamen illi concessum erat*], non è corretta proprio in relazione all'alternativa *posteaque/posteaquam*, perché è ben possibile che lo scambio risulti da un errore materiale, e precisamente dallo scorretto scioglimento di un'abbreviazione. Infatti nei manoscritti in onciale, che i compilatori usavano, tanto il *-que* = *et* quanto il *-quam* finale sono spesso abbreviati in *q*, o con varianti diverse attor-

¹⁴ Sono testi citati dallo stesso CANELLI, 13.

¹⁵ Alludo qui al già menzionato apparato critico a D. 1, 2, 2, 48-50 nell'*editio maior* del Digesto.

¹⁶ GUARINO, *Le ragioni*, 99.

no a questa lettera¹⁷. Secondo l'apografo dello Studemund, nel manoscritto veronese di Gaio, ad esempio, l'unico (se non vedo male) *posteaquam* che è abbreviato alla fine è quello di Gai. 1, 186, dove si legge *p'teaqaliquis = posteaquam aliquis*, in un modo dunque che un copista che prescindendo dal senso della frase potrebbe ben trascrivere *posteaque aliquis*.

b) La correzione di *posteaque*, che abbiamo ora esaminata, è, come dicevo, la sola veramente importante, fra quelle operate dal Mommsen nel § 48. Le altre hanno lo scopo di agevolare la comprensione del passo in un certo senso, che il passo, a mio parere, possiede anche senza tali correzioni. Il Mommsen appare in effetti preoccupato dalla contraddizione fra quanto si legge nel § 48, dove apparirebbe detto che Sabino, il quale ottenne il relativo *beneficium* da Tiberio, fu il primo a *publice respondere*, e quanto è poi scritto nel § 49, dove si legge che il *ius respondendi* fu introdotto da Augusto. Le correzioni che egli opera nel § 48 sopprimendo *fuit et*, aggiungendo *nam* prima del *posteaqu[e]<am>* e correggendo *tamen* in *tandem* hanno lo scopo di permetterne la traduzione seguente «Massurio Sabino diede per primo responsi pubblici appartenendo all'ordine equestre: in effetti, dopo che si cominciò a dare questo privilegio, esso gli fu giusto a quest'epoca (*tandem*) accordato dall'imperatore Tiberio». Ma la frase in questione, se letta

Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaqu[e]<am> hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat.

può essere intesa nel modo seguente, con un risultato, sul piano del significato, identico a quello che il Mommsen le attribuiva: «Massurio Sabino fu nell'ordine equestre e per primo vi diede responsi pubblici (= e fu il primo a dare responsi pubblici in questa posizione di cavaliere): dopo che si cominciò ad accordare que-

¹⁷ Che vanno dal semplice *q* (presente con entrambi i valori), talora (specie per *-que*) seguito da uno spazio o con variazioni diverse (*q*, ovvero con sbarra superiore), *-quam* talora con un *q* barrato in basso (*q̄*). Si può trovarne assai esempi nell'apografo studemundiano di Gaio; qui possono bastare i seguenti:

i) per *-quam*:

Gai. 1, 5: *n'umq̄ dubit. = nec umquam dubitatum*

Gai. 1, 68: *peregrinotamq̄.r. = peregrino tamquam civi romano*

Gai. 2, 47: *praeterq̄Si ab ipsa = praeterquam si ab ipsa*

Gai. 2, 71: *partemaliquextuo = partem aliquam ex tuo*

ii) per *-que*:

Gai. 1, 1: *uocat'q̄ iuscivile = vocaturque ius civile*

Gai. 1, 27: *bonaq̄ eor' = bonaque eorum*

Gai. 1, 93: *sibiliberisq̄ suis = sibi liberisque suis*

ibid.: *impuerberibusabsentibusq̄ ethaecita = impuerberibus absentibusque et haec ita*

Gai. 1, 111: *filiaeq̄locum = filiaeque locum*

Gai. 2, 2: *itaq̄.rerum: itaque rerum*

Gai. 2, 7: *placetplisq̄solum = placet plerisque solum*

sto privilegio, esso gli fu ciononostante (*tamen* = non ostante la menzionata circostanza: che Sabino apparteneva all'ordine equestre) concesso dall'imperatore Tiberio». Così il *tamen* appare anche più significativo del *tandem*. Quanto alle altre correzioni del Mommsen, lasciando da parte il problema secondario di stabilire se la cancellazione del *fuit et* e l'aggiunta del *nam* siano superflue, opportune o necessarie, quel che mi pare certo è che la frase in questione non può essere stata scritta che per dire quanto il Mommsen vi leggeva. Essa si apre con l'affermazione che Sabino appartenne all'ordine equestre, e questa è una notizia che di per sé non avrebbe avuto alcun interesse. Quel che si vuole sottolineare è evidentemente che Sabino non era senatore, ma anche ciò non significherebbe nulla se non vi fosse connesso un primato di Sabino: e con ciò – intanto – riconosciamo lo stile di Pomponio, il quale, quando può, non manca di attribuir primati ai personaggi di cui parla¹⁸. Ora, il primato di Sabino non poteva consistere nel fatto di appartenere all'ordine equestre invece che al senatorio – tanta gente vi era appartenuta, ed anche giuristi – se egli non avesse fatto come cavaliere qualcosa che nessun cavaliere aveva fatto prima; risulta dunque necessario considerare che questo qualcosa che egli fece per primo come cavaliere sia stato quel che si indica subito dopo: *publice primus respondit*. *Primus*, dunque, in quanto *eques*. E Pomponio spiega: sì, perché malgrado lo fosse, Tiberio gli accordò il diritto, che prima dunque avevano avuto solo dei senatori. Se Pomponio avesse invece inteso attribuire come primato a Sabino il fatto di aver per primo esercitato l'attività di *publice respondere*, premettervi la notizia della sua appartenenza all'ordine equestre – e con una connessione diretta: *in equestri ordine fuit et publice primus respondit* – sarebbe stato solo ridicolo, perché ne verrebbe, come senso, qualcosa di questo genere: Sabino fu il primo a *publice respondere*: e pensate che egli apparteneva all'ordine equestre: i senatori, questa volta, sono stati battuti.

c) Ancora va detto che certo è necessaria una correzione alla fine del § 49, perché la frase che riferisce del contenuto della risposta di Adriano agli ex pretori, come è scritta, non ha senso. Ma io credo che, conservando alla frase il senso che le dà il Mommsen e che certo essa deve avere, se va accettata l'inserzione del <si> il resto vada piuttosto corretto sostituendo *respondendo* a *ad respondendum*: i destinatari dell'esortazione del principe sono persone che *fiduciam sui habent*, e quindi che si ritengono già preparate *ad respondendum*; ciò a cui devono prepararsi è ormai dunque solo a ricevere il *ius respondendi*, e lo dovranno fare esercitando l'attività di rispondenti (*populo respondendo*).

¹⁸ Sul «repertorio di primati» dell'*echiridium* vedi LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia*, Torino 1979, 24.

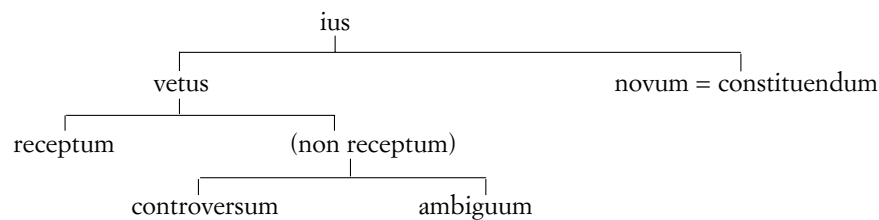
5. *Ius controversum e certezza del diritto*

A questo punto, abbiamo posto le basi testuali per una ricostruzione del *iura condere* dei giuristi e del loro *ius publice respondendi*. Siccome dobbiamo esaminare come questa problematica si inserisca in quella della certezza del diritto, dobbiamo cercar di chiarire come si ponga, nelle fonti romane, questo secondo tema¹⁹.

Piuttosto che attinger notizie da Quintiliano (Quint. 12, 3, 6-7; 7, 6-10), che parla strettamente da retore, credo più istruttivo ascoltare quel che disse un giorno, verso la metà del II secolo, Aulo Gellio al dotto letterato Sulpicio Apollinare, nello spiegargli perché mai si rivolgesse a lui e non ad un giurista onde sapere che cosa significasse esattamente l'ordine di «*pronuntiare intra kalendas*», impartitogli nel provvedimento consolare che lo nominava giudice *extra ordinem*. Perché il problema, diceva Gellio, è un problema di lingua – *verborum Latinorum sententia, usus, ratio* – e non un problema giuridico; ma spiegava

Gell. 12, 13, 3: ... '*Si aut de vetere*' inquam '*iure et recepto aut controverso et ambiguo aut novo et constituendo descendum esset, issem plane sciscitatum ad istos, quos dicis; ...*'.

La frase è costruita con una diairesi, che proporrei di intendere nel senso che secondo Gellio il *ius* può essere *vetus* o *novum*; il *ius vetus* può essere *receptum* o no, e se no *controversum* o *ambiguum*; il *ius novum* consta invece *uno genere*, perché è *constituendum*²⁰:



Per questi temi, egli dice, *issem plane sciscitatum ad istos, quos dicis*; si tratta dunque di un affare di giuristi, perché Sulpicio Apollinare gli aveva appunto domandato (Gell. 12, 13, 2): *Cur hoc me potius rogas quam ex istis aliquem peritis studiosisque iuris, quos adhibere in consilium iudicaturi soletis?*

E veniamo ai contenuti.

¹⁹ Sul problema della certezza del diritto e del *ius controversum* rinvierò in particolare a: SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Festschr. Schulz II*, Weimar 1951, 204 ss.; BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana (atti Pavia 1985)*, Padova 1987, 101 ss.; LANTELLA, *Ius certum in D. 1, 2, 2*, in *La certezza del diritto cit.*, 223 ss.

²⁰ Naturalmente potrebbe anche intendersi che il *ius vetus* conosca come *species* il *receptum*, il *controversum* e l'*ambiguum*: la cosa non cambierebbe molto.

Per *ius vetus* si deve intendere il diritto com'è digià al momento attuale, cioè il diritto vigente, che si contrappone al *ius novum* come al *ius constituendum*. La problematica del *ius novum* è dunque quella che noi chiameremmo del *ius condendum*: non interessa dunque, per il momento, il nostro discorso.

Quanto al *ius vetus*, e dunque al diritto vigente, esso può essere anzitutto *receptum*. Sembra chiaro che per *ius receptum* debba intendersi in generale quello che non è, o non è ormai più oggetto di discussione. Non si tratta, beninteso, di una nozione di indiscutibilità, ma della constatazione del carattere pacifico di proposizioni attualmente acquisite.

Del *ius* che, invece, non è *receptum*, esistono due forme, a seconda del modo in cui l'incertezza può presentarsi: perché *controversum* e *ambiguum* hanno due significati diversi. L'incertezza del *ius controversum* dipende dal fatto che esso viene discusso da qualcuno²¹ e quindi, evidentemente, da coloro che sono qualificati per discutere il *ius*, cioè i giuristi; mentre quel che è *ambiguum*²² lo è di per sé, e perciò è esso stesso che, per il fatto di esser così, genera la discussione. Di conseguenza, mentre *ius controversum* può essere tanto una regola, quanto una soluzione casistica, ed ancora la definizione di un istituto o di una nozione dommatica, il concetto di *ius ambiguum* non può riferirsi che al problema suscitato da un dato – qualcosa di materialmente esistente – che è ambiguo: soprattutto un testo, di legge o di atto privato, o magari un fatto d'altro genere, come un comportamento che dovrebbe essere concludente, e via dicendo. L'*ambiguitas* risulta così nella maggior parte dei casi evitabile preventivamente con mezzi opportuni, come quelli che indicava Quintiliano a questo proposito²³: magari correggendo il testo col volgerlo al passivo (*Lacheten audivi percussisse Demean, a Lachete percussum audivi Nemean*)²⁴ o sopprimendo un termine (*nos flentes illos deprehendimus, flentes illos deprehendimus*)²⁵, con ope-

²¹ L'aggettivo *controversus* ha in se stesso il senso di «volto nell'altro senso», e cioè «in senso divergente» e più precisamente «contrario»; *controversia* risulta impiegato fin da Plauto nel significato di «problema oggetto di dissenso» e l'aggettivo *controversus*, con analogo significato, che corrisponde a quello dell'italiano «controverso», dall'epoca di Cicerone. Vedi ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴ (4^e tirage augmenté par J. ANDRÉ), Paris 1985, 726 (s.v. *verto*) ; WALDE-HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*⁵ I, Heidelberg 1982, 251 s. (s.v. *com-*).

²² *Ambiguus* è aggettivazione del participio passato del verbo *ambigo*, composto da *ago* col prefisso *amb-* che significa «attorno» (= *circum*), ed assume il senso di «spingere da una parte e dall'altra», donde «mettere sui piatti della bilancia», donde «lasciare in sospeso» e quindi «oscillare, mettere in dubbio»; ma *ambiguus* si precisa in un significato, per così dire, attivo, già notato da Festo (Paul. Fest. 17 Mü. = 15, 27 L.): *ambiguus est quod in ambas agi partes animo potest. huiusmodi apud Graecos 'amphibola' dicuntur*. Vedi ERNOULT-MEILLET, 17 (s.v. *ago*, ove *ambigo*); WALDE-HOFFMANN, 36 s. (s.v. *amb-* e s.v. *ambiguus*). Il greco *amphibolos* perviene allo stesso significato partendo da quello di «colpito da ogni parte». Parlando di un significato attivo di *ambiguus* volevo dire che l'aggettivo indica nell'ente così qualificato una qualità come sua propria, determinata dalla presenza in esso dell'*ambiguitas*.

²³ Quint. 7, 9.

²⁴ Quint. 7, 9, 10.

²⁵ Quint. 7, 9, 11.

razioni dunque di giurisprudenza cautelare o con l'analogo lavoro di preparazione dei testi legislativi.

Concentrandoci un istante sulla nozione più importante, quella di *ius controversum*, dobbiamo constatare che questo può turbare, e di molto come vedremo fra un momento, il potere centrale, ma essa non turba affatto i giuristi. Possiamo partire dalla lettura di un altro passo di Pomponio:

D. 1, 2, 2, 13 (Pomp. l.s. enchir.) ... *constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

Questo breve enunciato contiene od implica tutta una serie di affermazioni. Il diritto è visto come una realtà che comporta necessariamente un movimento (*produci*) continuo (*cottidie*), e questo movimento deve potersi rappresentare come un progresso (*in melius*); questa mutazione in positivo è, precisamente, considerata come coesistente al diritto stesso, il quale senza quel moto non potrebbe esistere (*constare non potest ius*); la causa efficiente di tale movimento sono i giuristi (*aliquis iuris peritus, per quem*).

Se applichiamo a questa concezione alcune delle categorie che abbiamo incontrato, possiamo – senza alcuna forzatura – arrivare ad un quadro di questo genere: che il confine tra il *ius vetus* e il *ius novum* si sposta di giorno in giorno, e sono i giuristi a determinare la novità quotidiana; il *ius novum* è migliore del *ius vetus*; quanto meno perché esso possiede quella vitalità che il *ius vetus*, se non si fosse fatto *novum*, avrebbe perduta. Ma siccome la *novitas* è prodotta dai giuristi, e questi operano nella discussione, quel che rappresenta l'opera dei giuristi all'interno del *ius* stesso è il *ius controversum*²⁶, per cui il *ius controversum* diventa la condizione di esistenza del *ius* come tale. Siccome la certezza è una delle qualità che il diritto assume nel suo migliorarsi, il *ius controversum* diventa pure condizione della certezza del diritto. Queste ultime proposizioni possono sembrare a prima vista gratuite, rispetto al testo che stiamo considerando: ma esse corrispondono certo al pensiero di Pomponio. Egli aveva appunto indicato il limite più grave nel diritto primitivo – cioè all'inizio del *processus iuris* della *civitas* (Pomp. D. 1, 2, 2 pr.) – come l'assenza di certezza: *et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit* (Pomp. D. 1, 2, 2, 1); ancora, dopo la fine del *regnum* e la desuetudine delle leggi regie, egli aveva indicato come periodo di crisi quello in cui *iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti* (Pomp. D. 1, 2, 2, 3)²⁷. E la prima attività giurisprudenziale che Pomponio stesso ancora registrava nella sua storia, e la registrava proprio come molla del progresso, era la *disputatio fori* seguita alla promulgazione delle dodici tavole:

²⁶ Si legga la bella pagina di BONA, *La certezza* (cit. alla n. 19), 147 (i. f.) s.

²⁷ Su Pomp. D. 1, 2, 2, 1 e 3 vedi LANTELLA, *Ius certum* (cit. alla n. 19), 224 ss.

D. 1, 2, 2, 5 (Pomp. l.s. enchir.): *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam*²⁸ *esse disputationem fori.*

Ora, l'ingresso della *disputatio* nel sistema «certo» della legge era proprio, invece, quello che chi temesse il *ius controversum* avrebbe più dovuto detestare.

6. Conclusioni

La presenza di una giurisprudenza attiva ed ascoltata dai giudici introduce nell'ordinamento giuridico una componente che può venir risentita come generatrice di incertezza del diritto, sollecitando dunque il potere a trovar mezzi per rimediare. A Roma, il problema si pose – preferisco impiegare la terminologia politologica di Tacito, invece di quella giuridica – assai prima che si fosse accettato *omnem potentiam ad unum conferri*²⁹, creandosi un unico *rector* di quell'*immensum imperii corpus*³⁰. Finché la giurisprudenza venne gestita dal collegio pontificale, l'incertezza del diritto non dipendeva dal carattere *controversum* del diritto giurisprudenziale, perché le controversie – specie in materia civile – dovevano praticamente manifestarsi solo all'interno del collegio, senza pervenire al pubblico. Ma con la laicizzazione³¹, la giurisprudenza che gestiva la *disputatio fori* venne chiaramente a manifestarsi in pubblico come generatrice di *ius controversum*, un diritto per ciò stesso viziato da quella *obscuritas* che denuncerà Cicerone³², e che dipendeva anche dal fatto che i giuristi operavano secondo tecniche che i non giuristi non erano in grado di dominare.

Secondo Cicerone, se i postulati della giurisprudenza erano oscuri ed ambigui, ciò dipendeva dal fatto che essa non era ancora scienza, sicché la certezza sarebbe risultata dalla sua scientizzazione³³. La soluzione proposta fu dunque di *redigere in artem* il *ius civile*: che voleva dire provvedere alla redazione di un trattato che irretisse il diritto negli schemi scientifici della dialettica, in modo da avere un apparato sistematico che si concretasse – in ultima analisi – in un apparato razionalmente ordinato di regole certe³⁴. Il testo³⁵ ciceroniano più chiaro in proposito è

²⁸ L'edizione di Mommsen-Krüger ha *necessarium*, ma si tratta di un errore di stampa. La fiorentina reca chiaramente *necessariam*. Corretto il Digesto milanese.

²⁹ Tac., Hist. 1, 1, 2.

³⁰ Tac., Hist. 1, 16, 1.

³¹ Vedi ancora BONA, *La certezza* (cit. alla n. 19), 124 ss.

³² Vedi in particolare Cic., de or. 1, 42, 190 (*difficilem et obscuram*).

³³ Vedi Cic., de or. 1, 58, 246, e CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* I, 257 s.; 288.

³⁴ CANNATA, *Per una storia* (cit. alla n. 33), 289 ss.

³⁵ Dove Cicerone illustra le qualità di Servio Sulpicio Rufo; ma vedi in proposito CANNATA, *Per una storia* (cit. alla n. 33), 288 s.

Cic., Brut. 40, 152: ... *rem universam tribuere in partis, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia.*

L'istanza di Cicerone era culturale e non politica. Ma, quando il sistema politico in Roma cambiò concentrando il potere pubblico in una sola persona, essa si fece politica. Al monarca l'idea di Cicerone interessava solo come apparato di regole, non come costruzione scientifica, e come codice, non come trattato. Questa sembra essere stata l'idea di Cesare³⁶: eliminare l'incertezza del *ius* sottraendolo ai *conditores* privati.

Cesare morì senza far nulla di tutto ciò, ed Augusto si ritrovò col problema ancora intatto: ma egli arrivò a vederlo in modo più chiaro. Il suo disegno divenne piuttosto quello di ridurre il carattere privato dei *conditores*.

Lo strumento escogitato a questo scopo fu di far sì che i leader della giurisprudenza fossero indotti a *publice respondere* rispondendo *ex auctoritate principis*. Come ha più di recente riaffermato con vigore il Wieacker contro una tesi del Mommsen, ripresa nel 1948 dal Kunkel, il sistema escogitato da Augusto non appare concepito come un divieto di dare responsi da produrre in giudizio per chi non avesse ottenuto dal principe il relativo *ius*, che dobbiamo pensare come una sorta di autorizzazione, o meglio, trattandosi di autorizzazione permanente, di una patente, come la qualificava già il Ferrini³⁷.

E la qualificherà poi anche il Kunkel. Ma se così do ragione al Kunkel sul senso delle parole *ex auctoritate*, non vedo come ciò possa poi cambiare il senso del risultato finale. Ma è necessario che io espliciti meglio la vicenda dottrinale alla quale mi riferisco con questa osservazione, che chiarirò poi anche meglio nel seguito del presente paragrafo.

Sto alludendo alla tesi professata dal Kunkel nel suo articolo del 1948 (*Das Wesen des ius respondendi*). Ivi egli riprende, del testo di Pomponio, la versione che ne fece il Mommsen; ma l'idea di questi, che poi egli sviluppa, non è solo quella legata a tale ricostruzione testuale bensì un'altra, che il Mommsen enunciò nello *Staatsrecht*³⁸, nel contesto della sua

³⁶ Che l'idea cesariana della codificazione, di cui parla Svetonio (Suet., Iul. 4, 2) e che conferma – perché certo la desumeva da altra fonte – Isidoro (Isid., Etym.5, 1, 5), sia stata concepita come strumento per invadere il territorio dei giuristi e vada considerata come un primo atto della vicenda che Augusto concluderà con l'introduzione del *ius respondendi*, era già stato visto con limpida chiarezza dal KUNKEL, *das Wesen*, 448 ss. (che identifica in particolare nei giuristi gli *obtrectatores*, che secondo Isidoro costrinsero Pompeo ad abbandonare il primo progetto), ed anzi già dal PUCHTA in un intenso capoverso – l'ultimo alla p. 323 – del *Cursus I*⁸: assai prima, dunque, che io interpretassi la vicenda come è esposto nella parte finale (p. 292-331) del cit. (n. 33) *Per una storia*, in un modo che non è piaciuto ad Antonio Guarino (*Il dito sulla piaga. 2: Labeone «superman»*, estr. da *Labeo* 44 [1998]), dove egli si riferisce ad una presentazione precedente, più sommaria ma sostanzialmente identica, del mio pensiero).

³⁷ FERRINI, *Storia*, 56.

³⁸ MOMMSEN, *Staatsrecht II*³, 912.

trattazione degli interventi interpretativi imperiali. Dopo aver ricordato che durante il principato si era mantenuta, per l'applicazione dei canoni scientifici alla soluzione dei casi concreti, la prassi repubblicana consistente nell'ottenere sul problema di diritto il parere di un giurista noto, il Mommsen continuava affermando che (traduco) «Augusto intervenne in questo campo unicamente per vietare il rilascio di responsi validi in giudizio ai giuristi che non avessero ricevuto da lui una specifica autorizzazione»; e, nella nota a questo punto, il Mommsen procedeva richiamando D. 1, 2, 2, 49 e Gai. 1, 7, aggiungendo ancora che, stando a quanto spiega Pomponio, non sembra sia stata positivamente prescritta la necessità di ottenere l'autorizzazione imperiale; solo, colui che avesse dato un responso senza tale autorizzazione, avrebbe con ciò concretato un atto contrario alla volontà imperiale, sicché non avrebbe poi né trovato fra il pubblico chi più lo consultasse, né ricevuto considerazione da parte dei giudici per i suoi pareri. Questa tesi del Mommsen fu intesa dallo Schulz come l'affermazione che l'intervento di Augusto fosse nel senso di subordinare all'autorizzazione del *princeps* la possibilità, per ogni giurista, di dare responsi in genere, e come tale egli annotava semplicemente che Mommsen era in errore³⁹. Di questa presa di posizione dello Schulz gli autori si ricordano bene⁴⁰, mentre mi pare abbiano dimenticato anzitutto che l'idea del Mommsen non era nel senso che Augusto abbia subordinato al possesso del *ius respondendi* la possibilità per i giuristi di dare responsi in generale, ma solo di dare responso da produrre in giudizio, inoltre che questa tesi, e correttamente intesa, era già stata criticata dal Krüger⁴¹, che la considerava priva di base nelle fonti.

Ora, leggendo l'articolo del Kunkel del 1948, si riceve l'impressione che anch'egli, richiamandosi all'idea del Mommsen e, questa volta, per accoglierla, l'abbia intesa come la intese lo Schulz. Vediamo comunque quel ch'egli precisamente dice. Il motivo centrale della sua tesi consiste nel determinare il significato preciso dell'espressione '*respondere ex auctoritate principis*', problema il cui perno sta nel senso del riferimento all'*auctoritas principis*. Ora, l'*auctoritas* di cui qui si parla – nota il Kunkel – viene di solito identificata con quella di cui Augusto stesso parla nelle *res gestae* quando dice '*auctoritate omnibus praestiti*'⁴², nozione che si considera come la chiave per comprendere il senso del principato al momento della sua creazione come struttura costituzionale. Questo stesso concetto, trasferito nel '*respondere ex auctoritate principis*', viene a far dire a quest'espressione che il giurista, nel dare un responso, lo fa in forza dell'*auctoritas* propria del principe, e che il principe gli ha in certo modo messa a disposizione: sicché il responso di un giurista munito di questo privilegio (di *respondere*, appunto, *ex auctoritate principis*) viene a godere della stessa considerazione che esso avrebbe se provenisse dal *princeps* stesso⁴³. Ma per il Kunkel non è così: con una sintetica, ma precisa analisi delle

³⁹ SCHULZ, *Geschichte*, 132 n. 6 (*History*, 112 n. 6).

⁴⁰ KUNKEL, *Das Wesen*, 441 n. 20; GUARINO, *Le ragioni*, 113 n. 12.

⁴¹ KRÜGER, 123.

⁴² KUNKEL, *Das Wesen*, 436 s.; egli si riferisce in particolare al lavoro del v. PREMERSTEIN, *Vom Werden und Wesen des Prinzipats* (Abh. d. Bayer. Akad. der Wiss., Phil.-hist. Abt., N.F. 15, 1937). Il passo di riferimento è *Res gestae*, 34.

⁴³ KUNKEL, *Das Wesen*, 437: Folgt man einer solchen Deutung unserer Stelle, so ergibt sich daß Augustus den Juristen gewissermaßen seine *auctoritas* geliehen habe, und daß das Gutachten eines derart privilegierten Juristen infolge dieser Übertragung der *auctoritas* das gleiche Ansehen habe beanspruchen können, wie es vom Princeps selbst herrührte.

fonti⁴⁴ egli giunge a concludere che *ex auctoritate* significa solo «col permesso, in forza di autorizzazione»⁴⁵. La frase di Pomponio ‘... *Augustus ... constituit, ut ex auctoritate eius responderent*’ viene così a significare che «l’attività dei giuristi (di tutti i giuristi) consistente nel dare responsi deve aver luogo per investitura, ovvero col benestare dell’imperatore»⁴⁶. Non v’è dubbio che con ciò Pomponio alluda ad un’autorizzazione – preventiva (*beneficium*: cioè non un benestare per responsi già redatti, come pensava soprattutto il de Visscher) e generale (cioè alla pratica del *respondere*, e non per un singolo responso, come pensava il Siber)⁴⁷ –, vale a dire ad una «Lizenz» o un «Patent» rilasciato dal principe a dare pubblicamente pareri⁴⁸; tale autorizzazione è prevista per tutti i giuristi, nel senso che essi possono *respondere* solo *ex auctoritate principis*; di conseguenza, chi non ne sia provvisto non può *respondere* del tutto⁴⁹; alla stessa conclusione portano anche il linguaggio di Gai. 1, 7, dove i *responsa prudentium* sono definiti come i pareri di coloro ‘*quibus permissum est iura condere*’, nonché il modo in cui – secondo il § 49 di Pomponio – si espressero gli ex pretori che intendevano ottenere da Adriano il *ius respondendi*: essi richiesero appunto, infatti, ‘*ut sibi liceret respondere*’⁵⁰. Questa, che ho sintetizzato, è l’essenza – sul punto che per ora ci interessa – del discorso contenuto nell’articolo del 1948; ma nella *Herkunft* il Kunkel⁵¹ farà una precisazione di grande importanza, che preferisco semplicemente tradurre. Dopo aver definito il *ius respondendi* come patente imperiale, dal possesso della quale dipendeva il diritto di dare responsi, egli aggiunge: «Responsi in questo senso tecnico erano certamente solo i pareri che potevano essere prodotti in giudizio, con la pretesa che il giudice si conformasse alla loro autorità. Anche chi non aveva il *ius respondendi* poteva senza dubbio dare consigli e fornire informazioni giuridiche; ma questi erano, per i tribunali, privi di quell’autorità, e perciò appunto non erano *responsa* in senso tecnico, anche se verosimilmente erano non di rado così denominati. In questo modo, a partire da Augusto, dalla schiera degli esperti di diritto (*iuris periti*) di diversa condizione e capacità, emerse un piccolo gruppo di pareristi autorevoli, nettamente definito dalla patente imperiale. Questi solo erano gli uomini ai quali, come si esprime Gaio (1, 7), era consentito di creare diritto (*quibus permissum est iura condere*); essi soli evidentemente venivano designati come *iuris consulti*»⁵².

⁴⁴ KUNKEL, *Das Wesen*, 437-441.

⁴⁵ Questa è la sostanza di una serie di approssimazioni e graduazioni per le quali passa il KUNKEL, *Das Wesen*, 440 s.: auf Beschluß, mit Einverständnis, im Auftrag, mit Genehmigung.

⁴⁶ KUNKEL, *Das Wesen*, 441: «Die Worte *constituit, ut ex auctoritate eius responderent* können nichts anders besagen, als die Gutachtertätigkeit der Juristen – d. h. aller Juristen – im Auftrag oder mit Benehmigung des Kaisers erfolgen sollte».

⁴⁷ Si veda anche la critica alle tesi del de Visscher (KUNKEL, *Das Wesen*, 424-429) e del Siber (KUNKEL, *Das Wesen*, 429-432).

⁴⁸ KUNKEL, *Das Wesen*, 455: «Das von Augustus eingeführte *ius publice respondendi* war die vom Princeps verliehene Lizenz zu öffentlicher Erteilung von Rechtsgutachten». Di «ein Patent, von dessen Besitz überhaupt die Befugnis zur Erteilung von Responsen abhing» il Kunkel parla in *Herkunft*, 282.

⁴⁹ KUNKEL, *Das Wesen*, 442 s.; 455.

⁵⁰ KUNKEL, *Das Wesen*, 442.

⁵¹ KUNKEL, *Herkunft*, 282 s.

⁵² Queste precisazioni del Kunkel sono state inserite nel testo della *Herkunft*, con ogni evidenza,

Ma, come ha più di recente riaffermato con vigore il Wieacker⁵³, il sistema escogitato da Augusto non appare concepito come un divieto di dare responsi da produrre in giudizio per chi non avesse ottenuto dal principe il relativo *ius*.

Io credo si debba precisamente ritenere che con l'attribuzione di questa patente ad un giurista il principe avvertisse semplicemente ogni giudice – quando, in relazione ad un caso sottoposto al suo giudizio, si vedesse prodotto un responso del giurista patentato – che quel giurista dava pareri su sua precisa autorizzazione. Ciò significava dire: «O giudice, tieni conto che questo parerista è uno dei pochi ai quali io faccio piena confidenza»; il che voleva dire, in sostanza: «O giudice, ti indico i pareri di questo tale come quelli che io considero i migliori che si possano avere». Il principio che con ciò Augusto introduceva era dunque semplicemente nel senso che i giudici sarebbero stati da allora in poi, tenuti a prendere in considerazione un parere prodotto – e quindi, praticamente, a conformarvisi in diritto – solo se questo proveniva da un giurista patentato⁵⁴.

Per indicare lo scopo di questa riforma, Pomponio (§ 49) dice:

primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent.

Secondo una proposta che risale al Ferrini⁵⁵, ma poi ripresa da altri autori, e in

in seguito alla pubblicazione dell'articolo di Magdelain del 1950, che si inseriva giusto fra l'articolo del Kunkel del 1948 e la prima edizione della *Herkunft* del 1962 (i rapporti cronologici fra i lavori del Kunkel e quelli del Magdelain sono chiariti da MAGDELAIN, 106 n. 19, donde si apprende anche che il primo accenno delle sue tesi il Kunkel lo fece nell'edizione del 1947 della *Römische Rechtsgeschichte*, a p. 66). E il tenore dell'articolo del Magdelain esige in effetti una presa di posizione, nel senso di un chiarimento, da parte del Kunkel: perché la tesi del Magdelain rappresenta una versione estrema di quella del Kunkel. Per il Magdelain, Pomponio, nel § 49, è formale: la giurisprudenza era libera durante la repubblica, quando non c'erano i principi a dare il *ius respondendi*, ma ciascuno valutava le proprie capacità e decideva lui stesso se mettersi a dare *responsa*; con Augusto, per dare responsi ci vuole l'autorizzazione del principe; solo ai giuristi «brevetés» da una tale autorizzazione (*ex auctoritate principis*) spetta ormai il nome di *iurisconsulti* (I. 1, 2, 8); solo a costoro *licet respondere* (Pomp. 49; il MAGDELAIN, 122 s., precisa che la restrizione concerneva i responsi «proprement dits»: che per lui non significa – com'era per il Kunkel responsi «im technischem Sinn» – una parte dei responsi, cioè quelli da produrre in giudizio, bensì l'attività del *respondere* in opposizione a *cavere* ecc.: egli precisa infatti a p. 122 s. che non era necessaria autorizzazione per «la rédaction des actes juridiques», e a p. 123 ss. che non era sottoposta ad alcun controllo la letteratura giuridica), essi soli possono *iura condere* (Gai. 1, 7). In altre parole: la libertà della giurisprudenza è stata soppressa (MAGDELAIN, 106-116).

⁵³ In WIEACKER, *Respondere*, il paragrafo 1 della III parte (p. [83] 84-88) è dedicato alla «Ablehnung der Verbotstheorie» (così denominata all'inizio del paragrafo 2, p. 88 s.), nella critica alla quale egli tratta il Kunkel come se questi pensasse che Augusto avesse semplicemente proibito di *respondere* senza la propria autorizzazione: le precisazioni fatte dal Kunkel nella *Herkunft* sono prese in considerazione dal Wieacker solo marginalmente, in *Respondere*, 88, presso le n. 56-57.

⁵⁴ In questo senso rafforzerei un poco quel che dice SCHULZ, *Geschichte*, 133, quando afferma che per i giudici non v'era alcun vincolo giuridico a seguire i responsi dei giuristi patentati.

⁵⁵ Vedi Dig. Mil. ad h. l.

particolare Schulz, Siber e Guarino⁵⁶ – ed anche dal Bretone, ma in un senso tutto particolare⁵⁷ –, l'indicazione dello scopo sarebbe da integrare 'ut maior iuris<consultorum> auctoritas haberetur'. Credo sia opportuno soffermarsi un momento su quanto scrive in proposito il Kunkel⁵⁸: anche se egli dice di ritenere la correzione coerente col senso del testo, ma non necessaria, approfondisce poi secondo una linea diversa il senso delle parole di Pomponio⁵⁹, e queste rivestono una singolare importanza, perché sono le sole che, nelle fonti, ci parlino dei motivi politici dell'introduzione del *ius respondendi*. Ora, secondo il Kunkel, la situazione alla quale la riforma augustea intendeva reagire, era quella di una crisi della giurisprudenza già denunciata da Cicerone⁶⁰: troppi respondenti, e molti di essi di valore mediocre⁶¹. «Si trattava dunque di ristabilire l'autorità dei responsi col limitare la cerchia dei respondenti. Il successo di quest'impresa sarebbe ridonato a credito dell'ordine giuridico stesso e dell'attività giurisdizionale»; questo precisamente sarebbe il concetto, che Pomponio esprime con le parole 'ut maior iuris auctoritas haberetur'⁶².

A questo, che ha scritto il Kunkel, io aggiungerei poche considerazioni.

Pomponio, scrivendo 'ut maior iuris auctoritas haberetur', dava un'interpretazione politica, da lui stesso immaginata o comunque accettata, del fenomeno che stava descrivendo; oppure riprendeva qualcosa che era stato detto in relazione alla riforma da Augusto stesso⁶³ o comunque proveniva dall'ambiente, diciamo, dei suoi portavoce. In ogni caso, nessuno di questi parlanti avrebbe affermato che lo scopo di Augusto era quello di aumentare l'autorità dei *giuristi*: non Pomponio, perché egli sapeva bene ciò non esser vero; non Augusto o i suoi portavoce, perché da parte di costoro una simile frase avrebbe avuto solo senso come giustifica-

⁵⁶ SCHULZ, *Geschichte*, 136 s.; SIBER, 400 s.; GUARINO, *Le ragioni*, 95; 101 con la n. 39; 105.

⁵⁷ BREONE, 243 ss.

⁵⁸ KUNKEL, *Das Wesen*, 452 con la n. 37.

⁵⁹ Dopo il KUNKEL, il tema è stato ripreso dal MAGDELAIN, 127-130, ma egli dice più o meno le stesse cose di KUNKEL. Il Magdelain, che sembra utilizzare l'articolo del 1948 solo per completare le note del suo testo già redatto, disponeva però del precedente articolo pubblicato nella *Festschrift Zycha* (vedi MAGDELAIN, 129 n. 96 alla fine). Va notato che il KUNKEL, *Das Wesen*, 452 n. 36, parlando di quel suo precedente lavoro, avverte che allora egli attribuiva il decadere della giurisprudenza, di cui parla Cic., de off. 2, 65 (*huius scientiae splendor deletus est*) alla mutazione sociale che aveva condotto la scienza giuridica, già nelle mani dei *principes civitatis* (cioè dei cittadini di rango senatorio), ad essere prevalentemente dominata dai cavalieri; egli afferma di essere ora invece più incline a porre l'accento sul fenomeno, che con quel mutamento sociale era connesso, della penetrazione di elementi di dubbio valore nell'ambiente dei giuristi. Va però osservato che, nel quadro definitivo proposto da KUNKEL, *Herkunft*, 272-289, l'operazione di Augusto è intesa comunque come diretta ad una restaurazione della prevalenza senatoria nell'ambiente della giurisprudenza.

⁶⁰ In part. Cic. de off. 2, 19, 65.

⁶¹ KUNKEL, *Das Wesen*, 450 s.

⁶² KUNKEL, *Das Wesen*, 452; vedi anche KUNKEL, *Herkunft*, 272 ss., in part. 281 ss.

⁶³ Cfr. WIEACKER, *Respondere*, 75.

zione mistificatrice di un intervento imperiale che mirava all'opposto, cioè a contenere e controllare l'autorità dei giuristi: ma l'intervento di Augusto non aveva bisogno di una simile giustificazione, perché era concepito in modo da non dover essere toccato da una critica del genere, e il difenderlo da essa avrebbe significato di esporvelo.

Dunque, *iuris auctoritas*. Ma, a questo punto, si deve piuttosto notare che qui interviene ancora la parola *auctoritas*, ma senza che essa possa essere ricondotta al senso di autorizzazione, che assume – il Kunkel lo ha dimostrato – nella locuzione *respondere ex auctoritate principis*. La frase *Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent* verrebbe dunque a contenere – in senso letterale – l'idea seguente: Augusto volle aumentare l'autorità (*auctoritas*) del *ius* stabilendo che i giuristi rispondessero per sua autorizzazione (*auctoritas*); il che non può che adombrare il senso che autorizzando dei giuristi a rispondere Augusto aumenta l'autorità dei pareri dati in tribunale col farveli pervenire con la sua propria autorizzazione. Il *ius* – nel senso pomponiano della *iuris scientia* come parte del diritto positivo – vede aumentata la propria *auctoritas* perché il principe partecipa così alla sua produzione.

L'idea di Augusto pare proprio quella delineata dal Kunkel, ma la sua essenza la si coglie individuando insieme anche lo scopo che Augusto perseguiva con essa; come scrisse lo Schulz: «er versuchte ..., diese Rechtsweisung der *iuris consulti* in seinem System einzuordnen»⁶⁴.

L'operazione venne realizzata con grande accortezza. Con la concessione del *ius publice respondendi* non si toccavano le prerogative dei giuristi, anzi se ne concedeva loro una in più, quella di *respondere ex auctoritate principis*; solo, ma ciò era ovvio, doveva essere il principe stesso a indicare le persone che egli riteneva di accreditare a pronunciar responsi⁶⁵. Egli non vietava a nessuno di *respondere*, solo

⁶⁴ SCHULZ, 132. Già il PUCHTA, *Cursus* I⁸, 324, scriveva: «Augustus war zu klug, um sich dem Gedanken hinzugeben, es könne ihm gelingen, den Einfluß der Juristen zu beseitigen oder nachhaltig zu beschränken, aber er empfand es als eine Notwendigkeit, sie mit der neuen Verfassung auf irgend eine Art zu verbinden, und von ihr abhängig zu machen».

⁶⁵ Per comprendere bene quel che doveva essere il disegno di Augusto ed apprezzare esattamente l'astuzia politica con la quale esso fu concepito, si deve precisare ancora un punto. Pomponio non dice affatto che Augusto instaurò una regola, secondo la quale il giurista che volesse avere il *ius publice respondendi* lo poteva ottenere solo facendone al principe la relativa richiesta (come invece spesso si ritiene, e vi insiste anche il WIEACKER, *Respondere*, 89): quella di far richiesta è presentata come una prassi, instauratasi di fatto dopo l'introduzione del nuovo principio (Pomp., § 49: ... *divus Augustus ... constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit.*); in realtà Augusto intendeva semplicemente dare il *ius publice respondendi* di sua iniziativa a chi gli agradasse. Così funzionarono per un certo tempo anche le cose, se è vero che alla prassi della richiesta reagì solo un secolo circa più tardi l'imperatore Adriano, con un intervento che Pomponio descrive sempre nel § 49, presentandolo non come un'innovazione, ma come un richiamo all'autentico carattere dell'istituto, fatto appunto perché la prassi della richiesta lo tradiva.

Ma non posso affrontare qui per esteso i problemi, alquanto dibattuti, che suscita la lettura dell'episodio degli ex pretori narrato in D. 1, 2, 2, 49, e devo limitarmi a dire che le mie conclusioni sono rispecchiate dall'interpretazione che ne ho fornito sopra, nel contesto della parafrasi del brano di

accordava una diretta incidenza pratica all'attività dei giuristi a lui graditi. La nuova regola non toglieva nulla alla precedente autorità dei giuristi e veniva introdotta senza debordare in nulla dai poteri che al principe erano sicuramente riconosciuti: il suo potere costituzionale consisteva in quello di proteggere la *civitas* vegliando al buon funzionamento delle istituzioni: l'attività dei giuristi non era istituzionale, ma certo lo era quella dei giudici, ed il sistema previsto non implicava un precetto diretto ai giuristi, ma soltanto ai giudici: e precisamente quello di considerare i responsi dei giuristi patentati, e solo questi, come pareri di provenienza a lui gradita.

Un secondo aspetto dell'intervento augusteo si poneva unicamente sul piano dei principî, ma, come apparirà in seguito, esso fu gravido di conseguenze pratiche: l'idea che al giurista possa riconoscersi che egli può *respondere ex auctoritate principis* implica che il principe ha come tale l'autorità per dare responsi vincolanti per i giudici, ed anzi che lui è l'autentico titolare di questa autorità, perché egli può concederla ad altri, ed altri non la possiede senza la sua concessione. Partendo dalla spiegazione del Kunkel si dovrebbe dire che, anche se i giuristi possono *respondere*, è solo rispondendo per autorizzazione del principe che i loro responsi si fanno vincolanti per i giudici, e che quindi questo effetto di vincolare i giudici proviene da una prerogativa dell'imperatore. Ma la conclusione è in sostanza la stessa: adottando le premesse del Kunkel si perviene dunque ugualmente ad affermare quel ch'egli proprio voleva escludere, e cioè che, anche nei confronti dei giuristi, Augusto avrebbe potuto dire: *auctoritate omnibus praestiti*.

In buona sostanza dunque, Augusto, instaurando il sistema del *ius publice respondendi*, prendeva, come suol dirsi, due piccioni con una fava: in pratica, si assicurava che i giuristi in grado di influenzare l'applicazione pratica del diritto sarebbero state persone scelte da lui; a livello dei principî e dei valori dell'ordinamento, faceva dell'autorità dei giuristi un'autorità derivata, la sua propria essendo la sola originaria. Con il che, si comprende, egli creava una sua propria autorità di giureconsulto, la quale, essendo una sorta di autorità istituzionale, gli spettava indipendentemente dalla sua personale preparazione o capacità. Se il principe stesso risultava *conditor iuris* quanto i giuristi, quando fungesse da giudice, avrebbe potuto lui stesso *condere iura*; aveva anche la possibilità – che sfruttarono i suoi successori – di dar pareri vincolanti per i giudici quando ne fosse richiesto. In seguito avvenne che le attività svolte dagli imperatori come *iuris conditores* nel senso ora descritto, essi le svolsero valendosi di una collaborazione stretta con i giuristi che si sceglievano all'uopo, facendone membri di quel *consilium*, che il principe consultava in particolare sedendo come giudice a pronunziar *decreta*, o affidando loro la direzione delle cancellerie che rilasciavano *epistulae* e rescritti. In relazione alla scelta dei

Pomponio presentata all'inizio del 2. Si veda in particolare: KRÜGER, 123 con la n. 15; SIBER, 397; SCHULZ, *Geschichte*, 137 s.; KUNKEL, *Das Wesen*, 442 ss.; GUARINO, *Le ragioni*, 109 con la n. 78 (p. 416); 117; DAUBE, *Hadrian's Rescript*; PROVERA, 355 s.; BRETONE, 248-254; WIEACKER, *Respondere*, 71 s.; 91 ss.; PARICIO, 103 ss.

giuristi per il *consilium* o le cancellerie, si deve ammettere che questa poteva risultare indipendente dalla concessione del *ius respondendi* ai giuristi scelti a questo scopo: un passo di Sparziano (SHA [Spartianus] Hadr. 18, 1), secondo il quale Adriano aveva cura di chiamare nel *consilium*, che lo assisteva quando giudicasse, giuristi approvati dal Senato, lascia pensare all'impiego, per questa scelta, di una procedura diversa da quella della concessione del *ius respondendi*, anche se le persone potevano risultare le stesse.

Comunque sia di tutto ciò, ai tempi di Adriano e Antonino Pio l'integrazione della giurisprudenza nel sistema del principato era un fatto acquisito: il disegno di Augusto aveva avuto successo.

Ma l'impero era grande; ed è in relazione a ciò che emerse, della situazione generale, un aspetto che non sempre si sottolinea a sufficienza. Nei processi civili, il diritto applicabile poteva provenire da fonti diverse, ma, nel complesso, a Roma e fuori – e si tenga conto che il diritto della città di Roma funzionava anche come diritto sussidiario per tutto l'impero⁶⁶ – si dovevano applicare nella gran maggioranza dei casi regole che dipendevano solo dalla giurisprudenza. Nella città di Roma e qua e là altrove, il diritto giurisprudenziale poteva considerarsi noto, o si potevano consultare dei giuristi; c'era anche la possibilità di sollecitare un rescritto imperiale o di richiedere per lettera il parere di un giurista; dove queste possibilità non c'erano, e comunque per i problemi quotidiani, la cosa più semplice era quella di usare in giudizio i libri che i giuristi avevano pubblicato e continuavano a pubblicare. Questa prassi, della *recitatio* in giudizio delle opere dei giuristi, ebbe certamente presto una grande diffusione. Ma il diritto delle opere dei giuristi era *ius controversum*, e ciò risultava dall'opera stessa che eventualmente si leggesse, dove le soluzioni erano spesso presentate come frutto di dissensi e polemiche. Fu in questa situazione che il criterio conduttore fu reperito nel rescritto di Adriano citato in Gai. 1, 7: esso si riferiva ai responsi rilasciati per il caso concretamente sottoposto al giudizio, ma la sua applicazione analogica a risolvere il problema posto dal diritto giurisprudenziale controverso dovette esser considerata la prima cosa da farsi e la sola possibile. Il rescritto offriva, così interpretato, tre principi: le opinioni che valgono sono solo quelle dei giuristi riconosciuti come *conditores iuris* dal potere imperiale; esse hanno valore di legge solo se *in unam sententiam concurrunt*; se ciò non avviene, il giudice può scegliere l'una o l'altra. Come abbiamo già visto, queste regole non sarebbero state sufficienti, applicandole all'insieme della produzione giurisprudenziale, per cui fu necessario ulteriormente interpretarle adeguandole alla pratica cui venivano riferite.

Ma il rescritto offriva esso stesso l'appiglio per l'adattamento più importante: esso si riferiva ai rescritti prodotti in giudizio; trasferito alle opinioni contenute nelle opere dei giuristi, venne riferito ai testi che concretamente erano, di volta in volta, in gioco, perché adottati dagli avvocati o noti alla corte. Che ciò sia avvenuto,

⁶⁶ Iul. D. 1, 3, 32 pr.; cfr. *Deo auct.* 10.

traspare chiaro della legge delle citazioni che certo intervenne a precisare una prassi già corrente: e la regola che essa contiene per dirimere in caso di *ius controversum* vi è detta applicabile appunto quando '*diversae sententiae proferuntur*'.

La situazione fu semplificata quando *conditores iuris* ufficiali non ce ne furono più, perché allora il numero delle opere citabili si faceva definito; e definito in un ambito già ristretto per il fatto che le opere disponibili erano sempre di meno e corrispondevano sempre più a quelle dell'ultimo periodo della giurisprudenza attiva. D'altra parte, una lista dei *conditores iuris*, nel senso proprio dei giuristi muniti di *ius respondendi*, non doveva essere ufficialmente nota. Noi non sappiamo quando si cessò di dare il *ius respondendi*, e c'è certamente la possibilità che gli ultimi giuristi classici non l'abbiano mai avuto. Ma anche qui una certa prassi si doveva esser creata, nel senso che determinati nomi circolavano come sicuri. Abbiamo in proposito un indizio significativo. Nell'anno 239, come risulta da C. 3, 42, 5, l'imperatore Gordiano, sollecitato da un attore che esercitava l'*actio ad exhibendum* contro un convenuto non possessore perché *dolo fecit quominus exhiberet*, lo rassicurava di poterlo fare, in conformità di un responso di Modestino che l'attore stesso aveva ottenuto dal giurista e prodotto; e lo faceva scrivendogli: *merito tibi a non contemnendae auctoritatis iuris consulto Modestino responsum est*. Se Modestino avesse avuto il *ius respondendi*, l'imperatore non si sarebbe espresso così: il *respondere ex auctoritate principis* non può esser considerato fornire un'autorità suscettibile di essere descritta usando una figura retorica come *non contemnenda auctoritas*. Eppure l'imperatore considera Modestino un *iuris consultus* autorevole. Gordiano parlava di un contemporaneo, e l'autorevolezza di cui lo gratificava dipendeva con ogni probabilità dalla sua fama. Comunque questo rescritto, passato nel codice gregoriano, assicurò l'autorevolezza di Modestino nell'epoca postclassica; come la menzione del 283 nel rescritto di Caro, Carino e Numeriano (C. 6, 42, 16) bastò certo a perpetuare quella, che nel rescritto stesso appare già saldamente stabilita, di Papiniano (*cum virum prudentissimum Papinianum respondisse non ignoramus*), per il quale una preminenza, rispetto a Paolo e Ulpiano, pure evidentemente considerati autorevoli, risulta affermata, o meglio riconosciuta, in C.Th. 1, 4, 1 (a. 321/4). Tutto ciò doveva basarsi su voci, atteggiamenti tradizionali o notizie diverse, come quella circa l'amicizia e forse l'affinità di Papiniano con l'imperatore Settimio Severo, che risulta dalla Vita Caracallae 8,2. Ma di qualche elemento, in questi giudizi, si doveva pure tener conto, altrimenti non ci sarebbero stati i dubbi sull'autorevolezza di Gaio, che la legge delle citazioni dovette risolvere con una disposizione espressa⁶⁷.

Ma, in tutto ciò, resta caratteristico il fatto che tutta l'epoca postclassica si trascinò appresso il bagaglio del diritto giurisprudenziale, pur nella consapevolezza del suo carattere di *ius controversum*. Nel 429, gli imperatori Teodosio II e Valentiniano III decisero di codificarlo insieme alle costituzioni imperiali (C.Th. 1, 1,

⁶⁷ C.Th. 1, 4, 3 all'inizio.

5); fallito il progetto, essi inserirono semplicemente la legge delle citazioni nella compilazione, di nuovo progettata nel 435⁶⁸ e promulgata nel 438⁶⁹. Per il legislatore visigoto la cosa fu più semplice, ma il risultato è ancor più specioso: nella *lex Romana Visigothorum* la giurisprudenza è compilata assieme alle leggi, ma ridotta a talmente poco che il suo carattere controverso non sembrerebbe più presente: eppure i compilatori di Alarico mantengono la legge delle citazioni⁷⁰; vi annotano bensì di aver provveduto a scegliere – fra quanto essa menzionava – ed inserire nel *corpus* ‘*quae necessaria causis praesentium temporum videbantur*’⁷¹; ma poi, non solo inseriscono pure nel *corpus* una insignificante riga di Papiniano⁷², con lo scopo evidente di non lasciar senza senso la regola sul *ius controversum*, ma, come consci dell’incompiutezza delle scelte fatte nei *iura*, inseriscono qua e là – o dimenticano di cancellare – annotazioni, le quali avvertono che altro ancora è *de iure addendum*⁷³.

Ma, se il *Breviarium Alaricianum* rappresentava il limite, oramai, delle capacità dell’Occidente, in Oriente le cose stavano ben diversamente. Giustiniano, quando decise di intervenire, disponeva di scuole di diritto con professori di livello e biblioteche ben fornite, di pratici del foro colti e capaci: e tutto ciò, cose e persone, al suo servizio; ed in più trovò un abile gestore della sua opera in Triboniano, che seppe accompagnare il lavoro di codificazione con una impressionante attività di rifinitura e di aggiornamento legislativo. Così Giustiniano realizzò quel ch’era stato il progetto di Cesare, allontanandosi del tutto dalla via di Augusto e dalla stessa prassi postclassica. La certezza del diritto sta nella legge; il contributo giurisprudenziale è acquisito, ma acquisito alla legge (*Deo auctore*, 4), e quindi fossilizzato per sempre (*Tanta*, 19); al suo posto funzionerà il potere centrale stesso, ma con modi di legislatore o almeno di interprete autentico della legge (*Tanta*, 18); ad una giurisprudenza contemporanea attiva non è più lasciato spazio alcuno fra i formanti del diritto vigente: pubblicare opere, le quali contengano la minima traccia di un pensiero giuridico, è vietato (*Tanta*, 21); della produzione di pareri in giudizio non si parla neppure, ma essa cadrebbe in ogni caso sotto il disposto di *Tanta*, 19, che proibiva di recitare o comunque presentare in giudizio testi diversi da quelli della compilazione e delle leggi in seguito promulgate.

Se Pomponio aveva ragione, questo significava la morte del diritto. Non lo po-

⁶⁸ C.Th. 1, 1, 6.

⁶⁹ *Gesta senatus Romani de Theodosiano publicando*.

⁷⁰ Brev., C.Th. 1, 4, 1.

⁷¹ Brev. int. C.Th. 1, 4, 1.

⁷² Si tratta del testo che chiude il *Breviarium Alarici regis* e che, essendo introdotto con un *incipit liber Papiani* in certi manoscritti che recavano di seguito la *lex Romana Burgundionum*, finì per convincere che *Papianus* fosse l’autore di quest’ultima, la quale con questo nome venne anche a lungo designata ed edita. Si legga SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* II², Berlin 1834, 24 ss.

⁷³ CANNATA, *I rinvii al ius nella interpretatio al codice teodosiano*, in *SDHI* 28(1962), 292 ss..

tremo mai sapere, perché come scrisse il giudice Cardozo, la disposizione di Giustiniano diretta ad impedire l'interpretazione scientifica del diritto vigente è nota solo per la sua inutilità. Se noi guardiamo quanto avvenne poi, con l'occhio alla più lunga e complessa storia dell'Occidente, vediamo solo l'acquisizione della codificazione giustiniana come legge, la nascita a Bologna della nuova giurisprudenza e del *ius controversum*, i successori di Cicerone che propongono di ricreare il sistema su basi certe sostituendo un apparato normativo geometricamente ordinato alle leggi oscure e alla nuova giurisprudenza discorde, e poi nuovi legislatori ...

Ma costoro, la lezione l'avevano capita. Nel *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet* del codice civile francese, nel 1803, composto dai suoi autori Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu e Maleville, c'è un punto che sembra iniziarsi con una parafrasi di *Tanta*, 18, che riserva all'imperatore la disciplina del necessario *ius novum*: ... *non desperamus quaedam postea emergi negotia, quae ad huc legum laqueis non sunt innodata* ... Ma i legislatori francesi continuano poi diversamente:

Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ... L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans les détails des questions qui peuvent naître sur chaque matière⁷⁴. C'est au magistrat et au juriconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois⁷⁵, à en diriger l'application⁷⁶ ... On fait, à ceux qui professent la jurisprudence, le reproche d'avoir multiplié les subtilités, les compilations et les commentaires. Ce reproche peut être fondé. Mais dans quel art, dans quelle science ne s'est-on pas exposé à le mériter? ... Forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes.

⁷⁴ Un'eco di D. 1, 3, 3 (Pomp.); 4-5 (Cels.), 6 (Paul.), 10 (Iul.).

⁷⁵ Cfr. Cels. D. 1, 3, 17.

⁷⁶ Cfr. Iul. D. 1, 3, 12; anche Ulp. Ped. D. 1, 3, 13.

*CUM ALTERIUS DETRIMENTO ET INIURIA FIERI
LOCUPLETIOREM*
L'ARRICCHIMENTO INGIUSTIFICATO NEL DIRITTO ROMANO *

SOMMARIO: I: 1. Premessa. – 2. Il pagamento d'indebito. – 3. Il principio dell'arricchimento ingiustificato. – 4. D. 12, 5, 6 e la *condictio ob iniustam causam*. – 5. Le attribuzioni sfornite di causa. – 6. Lo schema *sine causa, causa non secuta, causa finita* e le *dationes ob rem*. – II: 7. Il sistema dell'arricchimento come sistema di negozi d'attribuzione. – 8. Le deroghe casistiche. – III: 9. Conclusione.

I.

1. *Premessa*

Nel diritto romano¹ l'obbligazione di restituire l'arricchimento ingiustificato rappresenta un frutto dell'idea che un'obbligazione può formarsi *re*. Quest'idea è stata elaborata dai giuristi che definirono l'ambito di applicazione della *legis actio per condictioem*. Come è noto, quest'azione, che fu l'ultima delle *legis actiones*, venne introdotta da una *lex Silia* per i crediti di *certa pecunia*, cioè di somme determinate di denaro, ed estesa da una *lex Calpurnia* a tutti i crediti di cose deter-

* Pubblicato in *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, Padova-Verona-Padova 25-26-27 settembre 2003, a cura di Letizia Vacca, Giappichelli, Torino 2005.

¹ Naturalmente, trattando della materia dell'arricchimento ingiustificato devo subito dichiararmi debitore del pensiero – assai più vasto e complesso dei pur notevoli suoi scritti in materia, anche nel campo del diritto intermedio e del diritto civile tedesco attuale – dell'amico BERTHOLD KUPISCH, sintetizzato, con ampia bibliografia, nella voce *Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno*, pubblicata in *Digesto delle discipline privatistiche* I, Torino 1987, 423 ss.: un densissimo riepilogo che verrà citato qui, indicandolo col solo nome dell'autore, secondo la versione originale in tedesco, pure pubblicata col titolo: *Ungerechtfertigte Bereicherung. Geschichtliche Entwicklungen*, Heidelberg 1987. La parte romanistica di questo contributo del Kupisch rappresenta, a mio parere, un deciso superamento dell'insieme della dottrina precedente, sicché quanto esposto in questa mia relazione ha sostanzialmente adottato i suoi risultati come punto di partenza, anche dove mi sono sentito di discostarmene. Come trattazioni generali dell'argomento che costituisce l'oggetto di questa mia relazione mi limiterò a citare, anche per la sapiente puntualità delle fonti citate e la bibliografia, quelle del KASER, *Das römische Privatrecht* I², München 1971, 592 ss. e di KUNKEL-HONSELL, *Römisches Recht*, Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo 1987, 350 ss.

minate: *de omni certa re*, come dice Gai. 4, 19. Le due leggi non sono databili con precisione², ma almeno la prima, la *lex Silia*, si ritiene in genere appartenesse ancora al III secolo a.C. Per l'acquisizione della categoria del *re obligari* abbiamo comunque un *terminus ante quem* sicuro, nel fatto che essa era utilizzata nei libri *iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola *pontifex*³, che visse tra il 140 e l'82 a.C. Ma se è vero – come io credo – che la *lex Silia* non solo fu dovuta all'iniziativa dei giuristi, ma altresì che essi vollero quella struttura processuale astratta per poterla applicare secondo certi schemi che già avevano elaborato, e siccome essi volevano anzitutto fornire di azione chi avesse effettuato un mutuo informale, l'elaborazione della categoria dommatica del *re obligari* deve esser cominciata all'inizio di tutta la vicenda.

L'espressione *re obligari*, con le altre due parallele *verbis* e *litteris obligari*, si trova nelle fonti per indicare, nel loro insieme, il campo di applicazione della *condictio*. Beninteso, si tratta ormai della *condictio* formulare, la quale si sostituì abbastanza rapidamente alla *legis actio per condictioem*, conservandone la portata sostanziale e così il nome, ormai inappropriato, perché connesso con un dettaglio processuale della *legis actio*, che l'azione formulare non conosceva più⁴. La forma dell'espressione non è costante; di frequente si legge anche *re, verbis, litteris contrahere obligationem*, ma l'idea è sempre la stessa: solo che nella formulazione più semplice, che sarei propenso a considerare la più antica, i tre ablativi *re, verbis, litteris* sono complementi di causa efficiente del verbo *obligari*, nell'altra essi sono ablativi di mezzo. Nella precisazione che intendo fare partirò dall'espressione col verbo *obligari* al passivo e l'ablativo di causa efficiente. Comunque, la diversa forma non comporta diversità quanto al significato sostanziale della locuzione.

Le locuzioni *verbis* o *litteris obligari* si riferiscono rispettivamente alla *stipulatio* e al *nomen transscripticium*, ed è chiaro che esse intendono sottolineare che in quei casi il soggetto, che dal negozio risulta obbligato, è obbligato dalle parole dette (*verbis*) o dalla scrittura (*litteris*): naturalmente, non perché le parole, orali o scritte che siano, abbiano in se stesse forza obbligante, ma perché esse rappresentano la realizzazione della forma negoziale, e l'obbligazione nasce solo quando la forma venga realizzata. Come ebbe a precisare il giurista Pedio, riferendosi alla *stipulatio*, '*nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*'⁵. Pedio scriveva

² Sulla datazione delle leggi *Silia* e *Calpurnia* vedi la letteratura in KASER-HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München 1996, 111 con le n. 4 e 5; gli elementi del problema sono perfettamente sintetizzati dal PUGLIESE, *Il processo civile romano I: Le legis actiones*, Roma 1962, 346 ss.

³ D. 46, 3, 80 (Pomp. 4 ad Q. Muc.).

⁴ Vedi Gai. 4, 18. Questo dettaglio processuale qui non ci interessa.

⁵ Pedio, cit. da Ulp. D. 2, 14, 1, 3. Due esempi emblematici di *stipulatio* nulla per difetto della volontà delle parti di obbligarsi si trovano in Paul. D. 44, 7, 3, 2. Nell'inserire nel Digesto il testo di Ulpiano con la citazione di Pedio, i compilatori hanno certamente soppresso (cfr. I. 3, 21) un'analogha considerazione sul *nomen transscripticium* che *litteris fit*.

nel primo secolo d.C., ma quel che diceva non era certo una novità perché apparteneva alla concezione della *stipulatio* fin dalle sue origini⁶.

Il nostro problema è però di chiarire che cosa significhi dire che un soggetto *re obligatur*, vale a dire che egli risulta obbligato dalla cosa o, se si vuole, da una cosa. Spesso si dice che con l'ablativo *re* s'intende la consegna di una cosa, o più precisamente il trasferimento della proprietà di una cosa che dev'essere restituita: in sostanza, seguendo un certo significato dell'uso di *res* in contrapposto a *verbis*⁷, il fatto pratico della *datio* di una cosa, in contrapposto alle parole, come *verba* che *volant*. Ma le cose, in realtà, non stanno affatto così. Anche se con *re obligari* si vuole spesso dire, nelle fonti, che l'obbligazione risulta dalla *datio* di una cosa o di cose, ciò avviene semplicemente perché la situazione che realizza un *re obligari* dipende, nella generalità dei casi, da una *datio*: ma il debitore non è obbligato dalla *datio*, bensì dalla situazione che, in quei casi, è prodotta dalla *datio*, e cioè la presenza, nel patrimonio di chi la *datio* riceve, di una cosa la cui presenza in tale patrimonio non si giustifica in rapporto ad un altro soggetto, che normalmente è l'autore della *datio* stessa. La situazione obbligante è la presenza della cosa in se stessa⁸: il fatto che il soggetto B si trovi ad avere nel suo patrimonio una cosa che spetta ad A. Il senso del *re obligari* è connesso – storicamente e dommaticamente – con l'espressione *aes alienum*, che in latino era usata correntemente, fin da epoca alquanto antica, nel senso di debito, e che indicava precisamente una somma di denaro che appartiene a B ma che è altrui, perché spetta ad A anche se il proprietario ne è B, sicché A per ottenerla non può rivendicarla, bensì può pretenderla con un'azione *in personam*⁹.

Per illustrare quanto abbiamo detto or ora sul senso proprio dell'ablativo *re* nel linguaggio delle fonti d'obbligazione, è utile citare la descrizione che Gaio dava del mutuo, all'inizio della sua trattazione delle obbligazioni che, appunto, si formano *re*. Egli incominciava appunto scrivendo (Gai. 3, 90): *Re contrahitur obligatio velut mutui datione*. Questa frase, se volesse dire che il fatto obbligante consiste nella *da-*

⁶ Mi permetto di rinviare all'insieme di quanto ho scritto nel *Corso di istituzioni di diritto romano* II, 1, Torino 2003, 61 ss.; 87 ss.; 97 ss.

⁷ Come ad esempio in Ulp. Lab. D. 47, 1, 1. Vedi ERNOUT-MEILLET (1985⁴, 4^e tirage), s. v. *res*, p. 571, nel passaggio: *Res, désignant des biens concrets, a pu servir à exprimer ce qui existe, la chose, «la réalité»* (cf. *reapse*); *re* a pris ainsi la valeur du gr. ἔργον ... en opposition à *verbum, vox, opinio, spes, umor* etc. Ma tutto ciò è, per vero, piuttosto nel senso della mia tesi, che non in quello dell'opinione che sto criticando. Vedi anche ERNOUT-MEILLET, s. v. *verbum*, p. 723: ... s'oppose à *res* «chose, réalité» ...

⁸ Fra i testi in materia di arricchimento ingiustificato ve n'è più d'uno che mostra chiaramente come l'obbligazione di restituire sia considerata dipendere dalla presenza della cosa nel patrimonio dell'arricchito. Eccone alcuni esempi: Afr. D. 12, 1, 23; Ulp. Sab. vet. Cels. D. 12, 5, 6; Pap. D. 12, 6, 66; Ulp. Iul. D. 19, 1, 11, 6; Afr. D. 23, 3, 50 pr.; Gai. D. 24, 1, 6; Marci. D. 25, 2, 25; Iul. D. 37, 6, 3, 5.

⁹ Si veda la spiegazione che ne dava ancora Ulp. (1 reg.) D. 50, 16, 213, 1: '*Aes alienum*' est, quod nos alii debemus; ... dove il carattere paradossale dell'espressione è evidente, perché ciò che devo a qualcuno certamente non è suo e normalmente è mio. Si tenga presente che nel testo di Ulpiano *alii debere* significa «esser tenuto a dare ad un altro» e il significato tecnico di *dare* era quello di «trasferire la proprietà».

tio delle cose mutate, sarebbe banalmente scorretta, perché l'obbligazione è contratta dall'*accipiens* e non da chi effettua la *datio*. Il punto di vista di Gaio traspare invece più avanti, quando egli, alla fine dello stesso paragrafo, fornisce, dandole un peso definitorio, quell'etimologia fantasiosa del vocabolo *mutuum*, sulla quale non è lecito ridere, come invece siamo adusi fare: *Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*. Con ciò egli individua il fenomeno obbligante nel fatto che il mutuatario diviene proprietario delle cose mutate, cioè col fatto che esse entrano a far parte del suo patrimonio.

Il *re obligari* concreta dunque un'obbligazione di restituire, e quest'obbligazione è generata da una cosa appartenente al debitore; ma essa sorge perché la cosa va restituita. La definizione delle fattispecie, nelle quali questo *law of restitution* si concreta, consisterà dunque nell'individuazione delle ragioni per le quali un soggetto deve restituire ad un altro soggetto una propria cosa. Nel caso del mutuo, che storicamente costituì il punto di partenza di tutta la materia, la ragione è chiara: la presenza della cosa mutuata nel patrimonio del mutuatario trae origine da una *traditio* effettuata dal mutuante al mutuatario *credendi causa*, vale a dire sulla base di un accordo causale idoneo bensì a giustificare il trasferimento della proprietà, ma che prevedeva altresì la restituzione; come diceva Gaio nel passo che abbiamo già citato: *Quas res (cioè, le cose fungibili mutate) aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur*. Il meccanismo deve essere inteso nella sua complessità, perché l'accordo sul mutuo ha due funzioni distinte. Da una parte esso opera sul piano dei diritti reali, fornendo la causa alla *traditio* delle cose, e rendendo quindi idonea tale *traditio* al trasferimento della proprietà delle cose stesse; con il che sul piano dei diritti reali la vicenda è compiuta, perché il trasferimento della proprietà, sul piano dei diritti reali, è definitivo, in quanto una proprietà a termine non è concepibile, sicché il mutuatario *accipiens* potrà a suo grado disporre delle cose ricevute: alienarle, consumarle o distruggerle. Lo stesso accordo ha rilevanza sul piano delle obbligazioni, ma non nel senso di fondare l'obbligazione di restituire: esso vi riveste unicamente la funzione di qualificare le cose ricevute in proprietà dal mutuatario come *res 'alienae'* nel senso che abbiamo visto, e cioè di cose che, in quanto divenute del mutuatario, vanno da lui restituite a chi gliele ha date; in altre parole, di cose per la restituzione delle quali il mutuante ha un'*actio in personam* e precisamente, nel caso, la *condictio (actio certae creditae pecuniae)*.

Per quel che riguarda la casistica dell'arricchimento, il meccanismo, anche se analogo, non può essere uguale a quello del mutuo, e non è neppure sempre il medesimo.

2. Il pagamento d'indebito

La struttura più vicina a quella del mutuo è quella del pagamento d'indebito, per cui viene naturale pensare che questa sia stata la prima fattispecie di arricchimento.

mento ingiustificato che la giurisprudenza elaborò nell'interpretazione della *lex Silia*. In ogni caso la simiglianza fra *solutio indebiti* e mutuo si trova espressamente sottolineata nelle fonti¹⁰.

In effetti, come per il mutuo, anche nel pagamento l'*accipiens* diventa proprietario delle cose in seguito ad un atto di attribuzione fornito di causa. Siccome in questo contesto per pagamento (*solutio*) i giuristi intendevano l'atto d'adempimento di una qualunque obbligazione di *dare*, cioè di trasferire la proprietà di cose, i possibili oggetti che vengono in considerazione sono più vari di quelli del mutuo, limitato come si sa alle cose fungibili¹¹; per cui il pagamento può farsi anche prestando *res Mancipi* e quindi con *mancipatio* e, almeno teoricamente¹², con *in iure cessio*. Comunque, tanto nel mutuo quanto nel pagamento d'indebito, l'ipotesi che rappresenta il modello, ed alla quale si riferisce la casistica più ricca, è quella che concerne somme di denaro. Ed a questa mi riferirò.

Ora, tanto il mutuo quanto il pagamento si realizzano quando la proprietà delle specie monetarie impiegate viene ad appartenere all'*accipiens*. Il trasferimento della proprietà, se i negozi hanno per oggetto somme di denaro, ha luogo mediante *traditio*: e siccome nel diritto romano la *traditio* era un negozio causale¹³, la presenza di un accordo causale valido è essenziale tanto per il mutuo quanto per il pagamento. Abbiamo già osservato come l'accordo delle parti nel quale si concreta la *causa credendi* risulti sostanzialmente composito e contenga già la premessa necessaria perché l'acquisto della proprietà del denaro da parte del mutuatario lo metta nella situazione di chi è obbligato *re*. Nel caso della *causa solvendi* la situazione si presenta diversamente.

La causa della *traditio* che realizza un pagamento consiste nell'accordo delle parti sul carattere di pagamento della prestazione effettuata. Un accordo solutorio compiuto contiene anche una precisa imputazione del pagamento all'estinzione di un certo debito, ma un'imputazione espressa non risulta essenziale: la giurisprudenza elaborò una serie di criteri per stabilirla in assenza di indicazioni tanto del *solvens* quanto dell'*accipiens*¹⁴. Essenziale è dunque solo che le parti siano d'accordo sul fatto che il denaro viene dato come pagamento di un de-

¹⁰ Gai. 3, 91; res cott. D. 44, 7, 5, 3.

¹¹ Gai. 3, 90.

¹² Ciò dico perché in pratica l'uso della *in iure cessio* era raro a Roma per effettuare un trasferimento della proprietà. Gai. 2, 25 ci informa che per trasferire una *res Mancipi* si preferiva la più agevole *mancipatio*, e ciò vale in misura enormemente maggiore per preferire, quanto alle *res nec Mancipi*, la *traditio*. Per il trasferimento della proprietà, alla *in iure cessio* si doveva ricorrere solo quando era necessario, in particolare quando si volesse trasferire *fiduciae causa* la proprietà di una *res nec Mancipi*, perché il trasferimento fiduciario della proprietà esigeva un atto formale e quindi la *traditio* non sarebbe stata idonea a realizzarlo (cfr. Gai. 2, 59; CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano* I, Torino 2001, 318 con la n. 225).

¹³ Vedi, sul problema, il chiarimento che ho cercato di fare nel cit. *Corso* I, 306 ss.

¹⁴ Si vedano in particolare Ulp. Flor. Pomp. D. 46, 3, 1-5 e Pap. D. 46, 3, 97.

bito¹⁵. Ora, questo accordo solutorio, così definito, fornisce alla *traditio* dei *nummi* la causa che consente il suo effetto reale: l'esistenza dell'obbligazione da estinguere non ha alcuna rilevanza. Se l'obbligazione di dare quel che è stato dato esisteva, il debitore è liberato; se essa non esisteva¹⁶ i casi sono due: se il *solvens* era conscio della sua inesistenza, la *traditio* viene interpretata come effettuata *donationis causa*¹⁷; se il *solvens* era invece in errore, credendo che il suo debito esistesse, l'*accipiens*, diventando proprietario dei *nummi* ricevuti, risulta obbligato *re* alla loro restituzione¹⁸, che l'altro può pretendere con la *condictio*¹⁹. La consapevolezza dell'*accipiens* ha pure la sua rilevanza, ma su di un piano diverso: se egli sapesse dell'inesistenza del debito che gli viene pagato e avesse profittato dell'errore del *solvens*, commetterebbe furto, il che gli impedirebbe di diventare proprietario dei *nummi* che riceve²⁰ e lo renderebbe soggetto anche all'*actio furti* penale; per la restituzione di quanto pagato per errore il *solvens* disporrebbe sempre della *condictio*, ma la esperirebbe *ex causa furtiva*.

Nel caso di dolo dell'*accipiens*, la situazione che ne risulta non può essere considerata come arricchimento ingiustificato in quanto, non potendo il ladro diventar proprietario della refurtiva, nulla è entrato nel suo patrimonio e quindi egli non si è arricchito. I suoi *nummi*, il *dans* potrebbe dunque, in teoria, anche rivendicarli: ma in pratica la *rei vindicatio* risulterebbe normalmente impossibile perché la rivendica può farsi solo di cose individuabili nella specie, e il denaro è presto confuso con altre specie analoghe. Siccome, per effetto di questa confusione, il *dominus* derubato viene a perdere la *rei vindicatio* delle sue cose, perdendo l'azione ne perde anche la proprietà. A questa perdita non corrisponde l'acquisto della proprietà da parte del ladro, ma resta il fatto che la perdita è avvenuta a suo profitto, e ciò per i giuristi romani giustificava la sua soggezione alla *condictio* del precedente proprietario, se esperita *ex causa furtiva*: il che – beninteso – significava non l'esperimento di un tipo di *condictio* particolare, ma della normale *condictio*, purché l'attore invocasse il furto di cose sue come fondamento dell'obbligazione di restituirgliela²¹. La *condictio ex causa furtiva* non è

¹⁵ Mi riferisco, per semplicità, in tutto questo discorso al caso nel quale il *solvens* intenda pagare un debito proprio.

¹⁶ I giuristi avevano cura di precisare che *indebita* era pure una prestazione bensì dovuta *iure civili*, ma alla cui azione il debitore potesse opporre un'eccezione perentoria: Ulp. Vat. 266 = D. 12, 6, 26, 3. Per converso, l'esistenza di una semplice obbligazione naturale ne rendeva irripetibile il pagamento: Tryph. D. 12, 6, 64.

¹⁷ Questa conclusione non è sicura: essa si basa su testi come Paul. D. 46, 2, 12; Paul. D. 50, 17, 53. Vedi la lett. in KASER I, 596 n. 36. Comunque, quanto pagato non è suscettibile di ripetizione: Ulp. D. 12, 6, 1, 1; Pomp. D. 12, 6, 50. Non ha rapporto con questo tema Pomp. D. 12, 6, 24.

¹⁸ Gai. 3, 91 lo dice espressamente: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur*. Vedi poi anche Ulp. D. 12, 6, 1, 1.

¹⁹ Prosegue Gai. 3, 91: *Nam proinde ei condici potest SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset*.

²⁰ Scaev. Pomp. D. 13, 1, 18; Ulp. D. 47, 2, 43 pr. (... *nec nummi eius fient*).

²¹ Nel caso di furto di denaro non viene dunque in diretta considerazione il fatto che la *condictio*

dunque azione d'arricchimento, anche se fa pur sempre parte del *law of restitution* romano.

Ma veniamo al punto per noi centrale.

Se, nel caso del mutuo, l'accordo causale, nel quale la *traditio* stessa dei *nummi* era fondata, forniva la ragione della qualifica di *aes alienum* del denaro mutuato e quindi del fatto che dalla sua presenza – che si identifica subito con la presenza di un valore, e quindi di una *res* in senso economico, non meno reale di una cosa materialmente individuabile – il mutuatario è obbligato *re* alla restituzione, per il denaro pagato senza esser dovuto un simile fondamento dell'obbligo di restituzione non esiste. La *traditio solvendi causa* trasferisce all'*accipiens* la proprietà dei *nummi* in modo definitivo, e una ragione che permetta di considerarli *aes alienum* ai fini di un dovere dell'*accipiens*, sul piano delle obbligazioni, alla loro restituzione non è desumibile dalla volontà delle parti. Come ebbe a precisare Celso²², l'obbligazione di restituire di chi abbia ricevuto un pagamento non dovuto si forma al di fuori della volontà negoziale delle parti ed indipendentemente dalle loro dichiarazioni: ... *plerumque enim accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur*.

3. Il principio dell'arricchimento ingiustificato

La soluzione di questo problema corrisponde ad uno dei punti centrali della materia che stiamo trattando, perché il principio che permette di riconoscere l'esistenza dell'obbligazione di restituire un pagamento indebito varrà anche negli altri casi di arricchimento ingiustificato. Per la sua impostazione è opportuno ribadire un'osservazione che avevo già fatto di passaggio, ma che riveste una notevole importanza per la comprensione del meccanismo in gioco.

Il soggetto arricchito si trova obbligato *re*, cioè dalla presenza nel suo patrimonio dell'entità economica che rappresenta il suo arricchimento, a restituire l'arricchimento stesso all'arricchente corrispondentemente depauperato. Nella casistica che i giuristi hanno dapprima considerato e che è quella della quale finora ci stiamo occupando, l'entità che rappresenta l'arricchimento si trova nel patrimonio dell'arricchito per effetto di un atto di attribuzione patrimoniale effettuato dall'arricchente a favore dell'arricchito: e questo atto è precisamente un negozio traslati-

ex causa furtiva è eccezionalmente esperibile anche per la restituzione di cose proprie: Gai. 4, 4; Ulp. D. 13, 3, 1; Ulp. D. 7, 9, 12 in fine; anche Ulp. D. 13, 1, 1; Ulp. D. 47, 2, 14, 13.

²² Cels. in Pomp. D. 13, 6, 13, 2. Sul testo CANNATA, *Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen*, in *SDHI* 53 (1987), 303 s. Credo di poter mantenere la mia interpretazione del testo anche dopo le critiche che le sono state fatte (vedi da ultimo, con letteratura, BURDESE, *Su alcune testimonianze celsine*, in *Mél. Cannata*, Bâle-Genève-Munich 1999, 5 ss.): non è purtroppo questo il luogo per una discussione esegetica.

vo di proprietà. Come vedremo, non è così in tutti i casi, ma lo è pur sempre nella più parte di essi: e comunque il problema fu impostato e risolto con riferimento a questa situazione. Ebbene, quel che deve preliminarmente essere chiaro, è che la ragione che giustifica il trasferimento della proprietà non può essere la stessa che giustifica l'obbligo di restituzione. È, questa, una proposizione dommatica assoluta, vera tanto se l'atto di attribuzione sia causale quanto se esso sia astratto, vera con riferimento ai problemi dell'arricchimento come per qualunque altro problema. La ragione dell'atto traslativo di proprietà viene stabilita dalle parti con l'accordo causale, e tale accordo è rilevante sul piano dei diritti reali: se l'atto di attribuzione è causale, come la *traditio*, un accordo valido è anche necessario perché l'effetto traslativo si produca. Ma, sul piano dei diritti reali, in ordine agli effetti che su questo stesso piano si producono, per quanto l'accordo sia complesso, ne sarà rilevante unicamente quel che giustifica il trasferimento della proprietà, e non quel che prevede l'eventuale restituzione. Faccio due esempi al di fuori del campo dell'arricchimento. Abbiamo già analizzato l'accordo sulla *causa credendi* che accompagna, nel mutuo, la *traditio*, ed abbiamo visto che in realtà esso va analizzato come comprensivo di due accordi, uno relativo al trasferimento di proprietà – il trasferimento di questa si giustifica nel mutuo perché il mutuatario deve poter disporre delle cose mutate – e uno che rappresenta l'accordo delle parti alla restituzione del *tantundem*. Si pensi ancora ad una *mancipatio* o ad una *in iure cessio* effettuate *fiduciae causa*: qui gli atti sono astratti, e un accordo relativo al trasferimento di proprietà non è essenziale per l'effetto traslativo e potrà essere rilevante solo ad altri fini: ma l'obbligo di restituzione non sarà comunque in rapporto con tale accordo, perché si riconnette con il *pactum fiduciae* e solo con questo.

Tutto questo discorso, che può magari considerarsi troppo lungo o pedante, l'ho fatto per stabilire con chiarezza che la ragione per la quale l'indebito va restituito non può essere ricercata in un particolare modo di funzionare della *causa solvendi*. L'accordo causale relativo alla *traditio* che realizza il pagamento non può essere considerato come sottoposto ad una specie di *condicio iuris in praeteritum collata* dell'esistenza del debito da estinguere: esso è causa di un trasferimento di proprietà, e questo atto non sopporta né condizione risolutiva né termine, né esso può fondare un obbligo di restituzione perché è elemento di un atto ad effetto reale e quindi improduttivo d'obbligazioni. L'obbligazione di restituire nasce *re*, e quindi a trasferimento di proprietà avvenuto. Essa nasce con l'acquisto della proprietà dei *nummi*, se questi vadano considerati *aes alienum*, cioè se, proprio perché in proprietà dell'*accipiens*, esigano che egli ne trasferisca la proprietà ad altri, nella specie al *solvens*. È chiaro che la ragione dell'obbligazione di restituire risiede nel fatto che il pagamento si riferiva ad un debito inesistente: ma abbiamo visto che la vicenda del pagamento, sul piano dei diritti reali, prescindeva del tutto dall'esistenza del rapporto obbligatorio al quale il pagamento andrebbe imputato.

In tutto questo non c'è, tuttavia, nulla di strano. Anzi, è proprio una caratteristica del sistema dei diritti reali di essere concepito come un insieme di regole di struttura, nelle quali la soddisfazione dell'esigenza di certezza è affatto dominante,

mentre le esigenze della giustizia vi trovano raramente spazio. Nella materia dei modi di acquisto della proprietà qualche apertura fu, certo, effettuata: l'incapacità della *res furtiva*, l'esigenza della buona fede nell'usucapione, la stessa rilevanza accordata alla causa della *traditio*, rilevanza che non viene accordata alla causa degli atti di attribuzione formali, dove prevale la rilevanza accordata alla loro certezza proveniente dalla pubblicità che essi, almeno all'origine, assicuravano. Comunque, anche se la *traditio* risulta inefficace se non è assistita da una giusta causa, ciò assicura che un trasferimento di proprietà abbia luogo in funzione di un affare che lo implica, e non che sia giusto o meno che nel caso concreto esso avvenga. Se con la *traditio* le parti intendevano effettuare un pagamento, l'effetto reale è accordato alla *traditio*, e se il debito da estinguere non esisteva, la proprietà del denaro consegnato passa lo stesso: che l'*accipiens* diventi proprietario di quel denaro è ingiusto; ma questo problema di giustizia è rinviato al diritto delle obbligazioni, la sede naturale della tutela delle esigenze di giustizia. Il denaro indebitamente entrato nel patrimonio dell'*accipiens* va restituito solo perché è ingiusto che l'*accipiens* se lo tenga. La qualifica di *aes alienum* gli proviene dunque unicamente da una considerazione di giustizia sostanziale, per dare rilevanza alla quale soltanto le strutture sensibili delle obbligazioni posseggono i mezzi²³.

Il principio in gioco lo troviamo enunciato nelle fonti romane come principio generale della restituzione dell'arricchimento, in un testo di Pomponio:

D. 50, 17, 206 (Pomp. 9 ex variis lectionibus)²⁴: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem.*

Si vede subito che l'enunciato è quello di un principio d'equità naturale²⁵: ma si tenga presente che per i Romani l'*aequitas* non è solo la giustizia del caso singolo, ma anche – come evidentemente qui – la giustizia distributiva²⁶, e il *ius naturae*,

²³ CANNATA, *Corso* II, 1, 16 ss. Tutto questo discorso non è in linea con quanto ritiene in generale la dottrina romanistica, e neppure con la critica che ne fa il KUPISCH, in particolare alle p. 16 ss., proprio in tema di pagamento d'indebito, dove egli oppone alle elucubrazioni dommatiche degli autori una ricostruzione storica della *condictio indebiti*. Questa ricostruzione storica del Kupisch perviene infine a spiegare correttamente il meccanismo dell'*indebiti solutio*: ma ciò perché la sua ricostruzione storica (p. 18 ss.) è in realtà un'analisi dommatica esposta come una vicenda, e quindi in modo semplice e dommaticamente lineare: ma della storicità della vicenda non esistono prove (malgrado KUPISCH, 19).

²⁴ Le *Variae lectiones* erano certo un'opera originale di Pomponio e comprendevano almeno 41 libri (vedi Ulp. D. 8, 5, 8, 6): LENEL, *Pal.* II (1889), 151 n. 2; KRÜGER, *Geschichte*² (1912), 193 con la n. 17. Del passo citato esiste un'altra versione (Pomp. D. 12, 6, 14), precedente in quanto tratta dal libro 21 *ad Sabinum*, che recita: *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem.*

²⁵ La stessa prospettiva, agganciata magari a valori leggermente diversi o solo diversamente enunciati (*naturalis aequitas, bonum et aequum, ius gentium, bona fides*) è adottata in vari testi, di diversi autori: vedi KUPISCH, 1 con la n. 1; 26.

²⁶ Come in Ulp. Cels. D. 1, 1, 1 pr. In questo senso l'*aequitas* coincide con un'accezione di *iustitia*

piuttosto che il senso innato del diritto, è la coscienza giuridica comune a tutte le genti. Ma quel che più interessa ora notare è che l'enunciato di Pomponio impiega le nozioni fondamentali della fattispecie dell'arricchimento ingiustificato: la nozione stessa di arricchimento e l'individuazione dell'arricchito sono nel '*fieri locupletioem*', al depauperato si allude nel dire '*cum alterius detrimento*'; del dovere di restituire non si fa parola, ma certamente perché se ne diceva nel contesto originario: è difficile pensare che la frase riportata sia stata scritta se non per spiegare o giustificare il sorgere di quell'obbligazione. Se si accetta, come mi sembra necessario, che nell'enunciato di Pomponio, anche considerandolo isolato com'è, con l'affermazione che è ingiusto arricchirsi *iniuria* a danno di altri si afferma implicitamente che il depauperato ha azione contro l'arricchito per la restituzione dell'arricchimento, si intravede anche l'idea che la relativa obbligazione si forma *re*, cioè per la presenza nel suo patrimonio dell'entità arricchente. Leggendo infatti il testo con attenzione, vi si scorge bene che la situazione iniqua, e che dunque suscita la necessità di una sanzione, è il '*cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*': nelle circostanze menzionate, è dunque il fatto dell'arricchirsi a concretare la fattispecie, e il fatto dell'arricchirsi è l'acquisto della proprietà, l'inizio della presenza della cosa arricchente nel patrimonio del soggetto in questione. Come diceva Ulpiano in un testo casistico²⁷: ... *in quod factus sit locupletior aequissimum erit in eum dari repetitionem: nec enim debet ex alieno damno esse locuples*.

Ma il cardine del principio enunciato da Pomponio è nell'ablativo *iniuria*. L'arricchimento di un soggetto a spese di un altro non suscita alcuna reazione sanzionatoria da parte dell'ordinamento giuridico se esso non ha avuto luogo *iniuria*. Questo ablativo era ben noto ai giuristi romani: lo si leggeva due volte nella *lex Aquilia*, e la giurisprudenza del II sec. a.C. ne aveva fatto la pietra angolare per appoggiarvi una delle più pregnanti costruzioni dommatiche della storia del nostro diritto. Ricordando quella vicenda nel nostro congresso madrileno del 1993²⁸, ci eravamo soffermati sulla spiegazione che dell'*iniuria* aquiliana dava ancora Ulpiano, sicuramente sintetizzando il pensiero di un antico e costante discorso della tradizione interpretativa della legge:

Coll. 7, 3, 4 (Ulp. 18 ad ed.)²⁹: *Iniuriam autem accipere hic nos oportet non, quemad-*

(quella di Ulp. D. 1, 1, 10 pr.). Per il significato che l'espressione *bonum et aequum* aveva per Celso si leggano Cels. D. 12, 1, 32 (lo vedremo più avanti) e Ulp. Cels. Iul. D. 45, 91, 3. Non va dimenticato, in proposito, CERAMI, *La concezione celsina del ius*, Palermo 1985 (*passim* e, ad esempio, 96 ss.).

²⁷ Il testo è Ulp. D. 2, 15, 8, 22. L'inizio *in quod* è dei manoscritti bolognesi che il Mommsen indica come S (*secundi ordinis*). Il corrispondente luogo della Florentina è ingarbugliato (vedi l'apparato di Mommsen e Krüger), ma a me pare – esaminata l'edizione di Corbino e Santalucia – che ci si possa leggere *in id quod*.

²⁸ Se ne vedano gli Atti, come al solito pubblicati a cura di LETIZIA VACCA (*La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino 1995) alle p. 36 ss.

²⁹ Il testo compare anche in D. 9, 2, 5, 1, sostanzialmente identico. Io mi sono qui permesso di riportare il dettato secondo la *Collatio*, ma indicando la sua provenienza secondo il Digesto. La *Colla-*

*modum et circa iniuriarum actionem, contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, ...*³⁰.

Ed ancora, trattando la stessa tematica dei diversi impieghi, con diverse sfumature di significato, della parola *iniuria*, nel libro 56 del suo commentario all'editto Ulpiano³¹ osservava che quando qualcuno è stato giudicato ingiustamente, lo si dice aver subito *iniuriam* dal giudice, e che questo fatto è qualificato *iniuriam* 'quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam'.

Pomponio si muoveva nella stessa prospettiva. L'arricchirsi a discapito di altri, che la sua proposizione condanna come ingiusto *iure naturae*, è quello che si realizza *iniuria*. In questa proposizione non c'è una specie di tautologia, perché *iniuria* non vuol dire «in modo contrario al diritto», ma «senza giustificazione alla stregua dei valori di giustizia propri dell'ordinamento giuridico». Abbiamo visto poc'anzi che, quando si effettua un pagamento indebito, tutte le regole che il diritto detta in materia di pagamento sono state rispettate, e non potevano non esserlo, altrimenti la proprietà dei *nummi* non sarebbe passata all'*accipiens*. Quel che non funziona, agli occhi del diritto, è la situazione che ne è risultata. Il pagamento è un atto caratterizzato da una «*notwendige Entgeltlichkeit*»: l'*accipiens* riceve mille sesterzi e il *solvens* si libera dal debito di pagare quei mille sesterzi. Se l'*accipiens* risulta invece arricchito di mille sesterzi e il *dans* non è liberato in nulla i valori della giustizia distributiva sono compromessi: e l'ordinamento li ristabilisce creando nell'*accipiens* l'obbligazione di restituire i mille sesterzi³².

tio lo dice tratto da *Ulpianus VIII ad edictum sub titulo 'si quadrupes pauperiem dederit'*, evidentemente solo perché il suo compilatore postclassico escerpiva da un'edizione autonoma, corrente al suo tempo, di una parte dei *libri ad edictum* del giurista severiano.

³⁰ Il testo prosegue: ... *hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit*. La parte '*id est-occiderit*' l'ho omessa perché, se interessava molto il discorso che facevo al congresso del 1993, qui ora non ci riguarda. Invece, '*hoc est contra ius*' è sicuramente un glossema: a parte l'ineleganza dell'*id est-hoc est*, se *iniuria* vuol dire *non iure* (come si ricava anche dall'etimologia), non può voler dire *contra ius*: si legga, a conferma, l'inizio di Ulp. D. 47, 10, 1, di un'altra parte del quale mi valgo qui immediatamente di seguito.

³¹ Ulp. D. 47, 10, 1 pr.; le parole che riporto sono sicure, ma il loro aggancio nel testo, in cattivo stato, l'ho stabilito seguendo la proposta integrativa alla n. 6 dell'*editio minor*.

³² In funzione di un discorso che svolgerò più avanti, accerto subito che, come base dell'obbligazione alla restituzione dell'arricchimento, non si deve mai – tranne, ovviamente, che per l'attribuzione *sine causa*, dove la causa di attribuzione manca del tutto e quindi l'attribuzione stessa non avrebbe dovuto aver luogo, ed ha avuto luogo unicamente per ragioni tecniche – ricercare un difetto nella causa di attribuzione all'arricchito dell'entità arricchente, bensì una ragione del sorgere dell'obbligazione di restituirla. Naturalmente, questa ragione corrisponde, come pure si è visto, al fatto che la presenza dell'arricchimento presso l'arricchito non si giustifica, e quindi l'analisi di fatto che serve a determinarla può comprendere la valutazione di una ragione positiva che giustifica la permanenza, come in Iul. D. 12, 6, 32, 2. Ma ciò non deve mutare la prospettiva: quel che si deve individuare per fondare l'obbligazione di restituire non è mai una ragione del permanere, ma l'insieme degli elementi della fattispecie della fonte dell'obbligazione di restituire.

4. D. 12, 5, 6 e la *condictio ob iniustam causam*

Come abbiamo visto, il principio di Pomponio ha carattere generale, nel senso che può essere riferito a qualunque caso di arricchimento ingiustificato. Qualcuno potrebbe essere indotto ad assimilarlo a quel che certi dommatici chiamano una clausola generale, tenendo ben presente – è ovvio – che la nozione di clausola generale si riferisce ad una forma di enunciato legislativo, quale certo non era il passo di Pomponio, anche se può esserlo diventato quando venne trascritto nel Digesto e con esso promulgato il 16 dicembre del 533³³. In effetti, quando in qualche codice oggi vigente si legge l'enunciato di Pomponio, tradotto nella lingua del rispettivo legislatore, si parla subito pomposamente di clausola generale, a ragione o a torto³⁴.

Ma nel Digesto esiste un altro enunciato che presenta un carattere generale: in se stesso, e non per la posizione che gli hanno dato i compilatori. Questi lo hanno adottato come se si riferisse alla *condictio ob turpem vel iniustam causam*, e forse a ragione³⁵. Leggiamolo comunque: esso ci permetterà di parlare brevemente di un'ipotesi che è opportuno considerare a questo punto, perché si tratta ancora di un arricchimento generato da un'attribuzione patrimoniale munita di causa. Ma incominciamo col leggere il testo:

D. 12, 5, 6 (Ulp. 18 ad ed.): *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.*

Quel che si apprende con sicurezza dal testo è che i *veteres* – diciamo approssimativamente i giuristi della repubblica a partire dai *fundatores* e anteriori a Labeone – avevano professato l'opinione, seguita poi ancora da Sabino e Celso fino ad

³³ Con la cost. Tanta-Δέδοκεν, 23-24.

³⁴ La traduzione più fedele è quella che compare nel primo alinea dell'Art. 62 OR: *Wer in ungerrechtfertiger Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten.* Ma di clausola generale qui certo non si tratta, essendo subito il principio casisticamente limitato dal seguente alinea dello stesso articolo ai casi di attribuzioni patrimoniali sfornite di causa, ed inoltre essendo poi il pagamento d'indebito previsto nell'art. 63 in modo autonomo, cioè senza essere riportato al principio dell'Art. 62¹. Una vera clausola generale parrebbe quella del nuovo WB 6:212¹: *Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.* Ma il campo d'applicazione di questa norma risulta assai limitato perché la materia delle attribuzioni sfornite di causa viene prevista già prima, in WB 6:203 ss.

³⁵ Quale fosse il preciso contesto originario di Ulp. D. 12, 5, 6 non è possibile stabilirlo. Esso proviene dal libro 18 *ad edictum*, che trattava del legato di usufrutto ed uso. Il Lenel pone, alla fine della parte relativa al legato d'usufrutto, una serie di testi relativi al legato di usufrutto di cose consumabili, e il nostro testo (vedi in LENEL, *Pal.* II, 1075, Ulp. fr. 2591 in fine) è posto accanto ad altri nei quali si parla della *condictio*: ma non vedo in nessuno di essi alcun accenno alla materia dell'arricchimento.

Ulpiano, che *'id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici'*. La proposizione dice solo che quei giuristi ammettevano il sorgere *re* di un'obbligazione di restituire a carico del soggetto presso il quale qualcosa si trova *ex iniusta causa*. Che quest'ultima espressione non voglia alludere all'assenza di causa nell'atto di acquisto della cosa da parte di tale soggetto sembra evidente, almeno se l'atto di acquisto fosse stato un atto causale, perché in tal caso la cosa non gli sarebbe pervenuta: *apud aliquem sit* allude senza dubbio al fatto che l'*aliquis*, della cosa, è proprietario. Dunque, l'*iniusta causa* di cui parlavano i *veteres* non è il contrario della *iusta causa* di cui si parla a proposito della causalità della *traditio* come in Paul. D. 41, 1, 31 pr.: il carattere *iniustum* della causa, del quale parlavano i *veteres*, non deve dunque impedire alla causa stessa di operare, quando è necessario che operi, sul piano dei diritti reali come elemento della fattispecie acquisitiva della proprietà; il testo considera qualunque cosa, e quindi quelle trasferibili con la *traditio* causale quanto quelle per le quali è necessaria l'astratta *mancipatio*. È dunque possibile che i *veteres*, con l'espressione *ex iniusta causa*, volessero alludere genericamente alla situazione creatasi con l'acquisto della proprietà, e quindi che il loro *'id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit'* equivalesse in sostanza all'*iniuria fieri locupletiolem* che userà Pomponio qualche secolo dopo. Ho formulato quest'ipotesi perché la ritengo possibile, ma sono il primo a non condividerla: se fosse così come ho detto, la proposizione dei *veteres* rappresenterebbe un primo enunciato generale del principio dell'arricchimento ingiustificato, e Ulpiano, nel richiamarsi, non avrebbe avuto bisogno di confortare con le autorevoli adesioni di Sabino e Celso il valore di una regola da gran tempo universalmente acquisita. Seguiamo dunque la posizione dei compilatori del Digesto, e leggiamo il passo come relativo ad un'ipotesi particolare di arricchimento, certamente ammessa, come notava Ulpiano, ma non così ovvia.

Si tratta della fattispecie che nella rubrica del titolo 12,5 del Digesto è individuata come quella sanzionata mediante la *condictio ob turpem vel iniustam causam*. Questo tenore della rubrica rappresenta, come è noto, il frutto di un'impostazione dei giuristi orientali, che dalla *condictio* della tradizione classica, dove essa era un'unica azione³⁶ anche se con qualche variante nella relativa formula³⁷, trassero tutta una serie di *condictiones* tipizzate con riferimento a un carattere della pretesa³⁸. Ma la fattispecie dell'attribuzione patrimoniale effettuata per una *iniusta cau-*

³⁶ Vedi KUPISCH, 2 ss.

³⁷ Le varianti principali erano solo due, quella della *condictio certae pecuniae* (*actio certae creditae pecuniae*) e quella della *condictio certae rei*, che doveva servire tanto per le pretese certe relative a cose determinate nel genere quanto per quelle di cose determinate nella specie: vedi in sintesi CANNATA, Corso II, 1, 293s., con i necessari riferimenti a LENEL EP³, 231 ss. Qualche ulteriore variante formulaire poteva esistere, come per la cosiddetta *condictio liberationis*, alla quale accenneremo poi.

³⁸ Nella materia dell'arricchimento ingiustificato abbiamo così la *condictio causa data causa non secuta* (tit. D. 12, 4), la *condictio ob turpem vel iniustam causam* (D. 12, 5), la *condictio indebiti* (D. 12, 6), la *condictio sine causa* (D. 12, 7). Il fenomeno è stato recentemente esaminato da SACCOCCIO, *Si cer-*

sa era comunque ben individuata dai giuristi classici. In una diairesi sistematica che si legge in un testo di Paolo³⁹ e della quale dovremo occuparci poi, essa è considerata un caso particolare di *datio ob rem*, specificata dal fatto che la *datio* aveva avuto luogo per una *causa turpis*. L'espressione *datio ob rem* indica un'attribuzione patrimoniale effettuata in vista di uno scopo, e normalmente, come si può pensare, in seguito ad una simile attribuzione l'arricchimento dell'*accipiens* risulta ingiustificato, e quindi produttivo dell'obbligazione di restituire, se lo scopo non si sia realizzato. Invece, nel caso della *datio ob rem turpem*, o, se si vuole, *ex iniusta causa*, l'obbligazione di restituire si forma sempre, che lo scopo sia stato raggiunto o no: ciò perché la fattispecie d'arricchimento ingiustificato realizzata dalla *datio ob turpem causam* si definisce come quella nella quale la *turpitudine* è unicamente dalla parte dell'*accipiens*. Come scriveva Paolo⁴⁰: *Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiam si res secuta sit, repeti potest*, che significa precisamente: se sia stata disonesta la causa dell'*accipiens*, la ripetizione sarà possibile anche se lo scopo si sia realizzato. Per fare l'esempio più semplice: se A dia a B una somma di denaro perché B commetta un delitto, tanto A quanto B sono implicati nella scelleratezza prevista; l'ordinamento giuridico non proteggerà allora alcuna delle due parti: *porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiore esse et ideo repetitionem cessare*⁴¹; mentre così non è se⁴²:

D. 12, 5, 2 (Ulp. 26 ad ed.): *ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas. in qua specie Iulianus*⁴³ *scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse.*

In sostanza, la *datio ob iniustam causam* produce a carico dell'*accipiens* l'obbligazione di restituire quanto ricevuto, se l'accordo fra le parti dava alla prestazione del *dans* il carattere di compenso per una controprestazione dell'*accipiens* consi-

tum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianee, Milano 2002, in part. 549 ss. Sulla distribuzione della materia operata dai compilatori nei titoli del Digesto vedi sempre KUPISCH, 22 s.

³⁹ D. 12, 5, 1 pr.-2.

⁴⁰ D. 12, 5, 1, 2. Cfr. Ulp. Cels. D. 12, 5, 4, 2.

⁴¹ Paul. D. 12, 5, 8.

⁴² Naturalmente, la ripetizione è esclusa anche se la *turpitudine* sia solo dalla parte del *dans*. L'ipotesi è citata in Paul. D. 12, 5, 1 pr., e ad essa si deve ricondurre il caso della meretrice, nell'interpretazione di Labeone e Marcello: Ulp. D. 12, 5, 4, 3.

⁴³ Probabilmente Giuliano presentava come problematico il caso di chi avesse ricevuto denaro per astenersi dall'uccidere uno schiavo, perché si riferiva al caso di uccisione di uno schiavo proprio: cosa che non avrebbe rappresentato un illecito giuridico, fino ad una costituzione di Antonino Pio (I. 1, 8, 2). L'uccisione dello schiavo altrui, oltre che prevista come delitto privato dalla *lex Aquilia*, era equiparata all'uccisione di un uomo libero dalla *lex Cornelia de sicariis* dell'81 a.C. (Ulp. Coll. 1, 3, 2). Va notato che il carattere *turpis* della causa non era dai giuristi ravvisato unicamente nell'illiceità giuridica del comportamento considerato, ma anche nella sua riprovevolezza sul piano morale o del buon costume: nel caso della meretrice (Ulp. Lab. Marcell. D. 12, 5, 4, 3) il comportamento del cliente è considerato *turpis*.

stente in un comportamento che questi era giuridicamente già obbligato a tenere. La casistica puramente privatistica condensata nel titolo 12,5 del Digesto⁴⁴ è ancor più espressiva di quella che abbiamo vista nell'ultimo testo citato. Faccio solo qualche esempio: ti ho dato qualcosa perché tu mi renda una cosa che avevo depositato presso di te o ti avevo dato in comodato⁴⁵, o perché tu non mi faccia *iniuria*, cioè non mi percuota o mi diffami⁴⁶, ti ho dato del denaro perché tu esegua una prestazione che mi dovevi in forza di un legato o di una *stipulatio*⁴⁷.

Credo, comunque, che per bene intendere tutto ciò sia necessario comprendere che la *datio ob turpem causam* rappresenta solo un'ipotesi particolare della *datio ob rem*, che esamineremo fra non molto. Le particolarità del suo regime dipendono solo dal fatto che la causa dell'atto di attribuzione è *iniusta*, ma ciò non le impedisce di operare sul piano dei diritti reali, dove essa viene in considerazione unicamente come causa di scambio: una *datio ob iniustam causam* è sempre traslativa di proprietà, anche nel caso in cui l'ingiustizia sia comune ad entrambe le parti. Dai testi che negano, in tale caso, la *condictio* appare evidente che non sarebbe stata possibile neppure la *rei vindicatio* della cosa data, e ciò non per effetto della implicazione di entrambe le parti nell'illecito: al proprietario, finché costui rimanga tale e la cosa possa essere individuata, la *rei vindicatio* non si può negare per alcuna ragione, perché l'illiceità dell'acquisto non riguarda il diritto di proprietà in se stesso. Solo sul piano delle obbligazioni diviene rilevante il carattere ingiusto della presenza della cosa nel patrimonio dell'*accipiens*: e in questo caso l'ingiustizia corrisponde al fatto che tale presenza rappresenta il compenso di un'attività che non deve essere compensata.

5. Le attribuzioni sfornite di causa

Nella tradizione del pensiero giuridico europeo in materia di arricchimento ingiustificato la categoria, o potremmo dire il *genus*, che, per importanza pratica e – se così posso esprimermi – per dignità teorica può accostarsi al pagamento d'indebito, è quello delle attribuzioni patrimoniali sfornite di causa: '*sine causa*' nel linguaggio romano. Potrei completare l'indicazione dicendo *sine causa datum*, se questa locuzione non si presentasse subito incompleta, perché – lo vedremo tosto – fra le attribuzioni *sine causa* trova particolare considerazione quella che ha per oggetto un credito. Ma, se si considera la storia, il problema appare complesso e la sua vicenda anche un po' paradossale. Nel diritto romano classico il campo dell'arricchimento, ingiustificato per avere origine in un'attribuzione patrimoniale sfornita

⁴⁴ Vedi anche Pap. D. 12, 7, 5 pr. e § 1.

⁴⁵ Ulp. D. 12, 5, 2, 1; Paul. D. 12, 5, 9 pr.; vedi anche Ulp. D. 27, 3, 5.

⁴⁶ Ulp. Cels. D. 12, 5, 4, 2.

⁴⁷ Paul. Pomp. D. 12, 5, 9, 1.

di causa, aveva una sua estensione alquanto consistente, e la relativa categoria dommatica dimostrò una certa forza di espansione; nel diritto giustiniano l'ambito d'applicazione perse assai di consistenza, ma l'idea che la reggeva assurse a parametro pressoché generale per tutta la materia dell'arricchimento ingiustificato: e di questa vicenda troviamo – facendo qui un salto nella storia che in parte colmerò più avanti io stesso e in parte spetterà ad altri colleghi di farlo – troviamo, dico, nei nostri codici un riflesso evidente nella circostanza che la materia dell'arricchimento tutta quanta, se è talora presentata come quella dell'arricchimento ingiustificato – *ungerechtfertigt* –, tal'altra lo è come quella dell'arricchimento senza causa.

Gli elementi che compongono questa vicenda li troviamo condensati in un testo del Digesto, che risale al quarantatreesimo libro *ad Sabinum* di Ulpiano, ma l'inizio del quale è stato evidentemente rimaneggiato dai compilatori giustiniani. Prima di leggere il testo preciserò due punti, che potranno agevolare la lettura in un'ottica storica.

Il primo punto. Nel diritto classico il problema dell'attribuzione *sine causa* si poneva in modo naturale e con tutta la sua evidenza in relazione ai negozi d'attribuzione astratti: siccome qui l'effetto attributivo del diritto ha luogo prescindendo dall'esistenza o dalla validità dell'accordo causale, quando tale accordo mancasse l'acquisto del diritto avrebbe di per se stesso creato l'obbligazione di restituire.

Il secondo punto. Nel diritto giustiniano, degli antichi atti d'attribuzione astratti, che erano *mancipatio*, *in iure cessio* e *stipulatio*, non sopravviveva che quest'ultima. D'altra parte, come già ho notato sopra, alla tipizzazione casistica dell'arricchimento nell'ambito di applicazione della *condictio*, la scienza giuridica bizantina sostituì una tipologia di diverse *condictiones*, e fra di esse compariva, per la restituzione delle attribuzioni sformite di causa, la *condictio sine causa*.

Il passo che ora leggeremo è quello che apre, nel Digesto, appunto il titolo 12,7 *De condictio sine causa*, l'ultimo di quelli dedicati alle *condictiones* in materia d'arricchimento ingiustificato:

D. 12, 7, 1 (Ulp. 43 ad Sab.): *Est et haec species conductionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum. qui autem promiserit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem. 1: Sed et si ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est conductionem locum habere. 2: Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi quae finita est vel secuta non est, dicendum est conductioni locum fore. 3: Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eam pervenit, vel redit ad non iustam causam.*

Quel che ora soprattutto ci interessa, è di ricostruire il pensiero di Ulpiano; ma proprio per questo dobbiamo prima valutare l'entità degli interventi giustiniani⁴⁸.

Interamente giustiniana è certo la prima frase, dove già all'inizio si presenta la *condictio sine causa* – senza denominarla, perché i compilatori si riallacciano alla

⁴⁸ Vedi anche KUPISCH, 11; 25.

rubrica *de condictione sine causa* – come una *species* di *condictio*, cioè una *species* del *genus* ‘*condictio*’; ma assai più pregnante è quanto si dice poi, che essa trova applicazione in caso di *stipulatio* sfornita di causa (*si quis sine causa promiserit*) e in caso di *solutio indebiti*. La prima asserzione è ovvia in un testo giustiniano, per la ragione che abbiamo già visto: eliminata, con l’abrogazione della differenza tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*⁴⁹, la *mancipatio*, e desueta del tutto la *in iure cessio*, il solo atto idoneo a trasferire tra vivi la proprietà che un testo della compilazione giustiniana potesse prendere in considerazione era la *traditio*, ma questa non era, neppure per Giustiniano, un negozio astratto, perché il suo carattere causale era espressamente affermato in D. 41, 1, 31 pr. Una *traditio sine causa* non avrebbe dunque trasferito la proprietà, e quindi non avrebbe dato luogo ad arricchimento. La seconda affermazione appare invece del tutto stupefacente.

Già strano è il fatto che i compilatori, nel comporre la frase che stiamo considerando, dimenticassero che la *traditio* che realizza un pagamento indebito è una *traditio* munita di causa; l’errore che costoro facevano evidentemente, di far dipendere l’assenza di causa dall’assenza dell’obbligazione da estinguere, sarà lo stesso – e perché non magari originato da questo stesso passo? – che ripeteranno i glossatori, quando furono indotti ad ammettere la rilevanza della *causa putativa* per salvare insieme la causalità della *traditio* e la *condictio indebiti*: con il che però la causalità della *traditio* non la salvarono affatto, perché ammettere l’efficacia della *traditio* con causa putativa conduce direttamente a costruire la *traditio* astratta⁵⁰. Ma quel che veramente fa specie, è che Triboniano e i suoi collaboratori inserissero nel titolo 12,7 del Digesto un testo nel quale è scritto che all’autore di un pagamento indebito spetta la *condictio sine causa* quando avevano dedicato invece il titolo 12,6, cioè quello immediatamente precedente, alla *condictio indebiti*, nel primo frammento del quale, sempre in un passo⁵¹ tratto da Ulpiano (23 ad ed.), era scritto: ‘*Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condictere potest*’, dove *per hanc actionem*, ancora una volta, richiama l’indicazione della rubrica, questa volta ‘*de condictione indebiti*’. Tutto ciò non si spiega se non pensando che i giuristi che costruivano quello che poi sarà chiamato il *Corpus iuris civilis* fossero in qualche modo come accecati dall’idea che, in fondo, l’arricchimento ingiustificato provenisse sempre da un acquisto patrimoniale sfornito di causa, e fosse quindi da intendersi in generale come arricchimento senza causa. I casi sanzionati con la *condictio ob turpem vel iniustam causam* (D. 12, 5) potevano facilmente essere compresi in tale nozione, solo considerando che una *causa turpis vel iniusta* non è una

⁴⁹ C. 7, 31, 1, 5 a. 531 già cit.

⁵⁰ La vicenda, che ho sintetizzato (ma vedi già KUPISCH, 34 con le n. 52 e 53) in *Scritti in onore di R. Sacco*, I, Milano 1994, 161 ss., passa per la glossa *iusta causa* a D. 41, 1, 31 pr., il commentario di Baldo degli Ubaldi *super* C. 4, 50, 6, il passo di Donello, *Comm.* IX, 16 § 9, quello di POTHIER, *Traité de l’action condictio indebiti* n. 178 e le pagine 256 ss. del Savigny nel II vol. (1853) dell’*Obligationenrecht*.

⁵¹ D. 12, 6, 1, 1.

causa giuridicamente ammissibile: per i casi residui li aiutava la stessa costruzione di Ulpiano nel testo che ora stiamo esaminando, come ci accingiamo a vedere.

Il resto di D. 12, 7, 1, cioè il *principium* a partire da qui *autem promiserit* e i paragrafi 1 e 2, sono certo sostanzialmente di Ulpiano: e certo Ulpiano vi parlava anche della *condictio liberationis*: resta solo da stabilire se il discorso che leggiamo sull'assenza di causa e sui casi che vanno ricondotti all'assenza di causa egli lo facesse non con riguardo alla sola *stipulatio*, ma più in generale. Può ben darsi che il passo originale abbia tutto subito un adattamento quando fu ridotto al solo caso dell'attribuzione di un credito mediante *stipulatio*: ma questo è un problema che non possiamo risolvere. Certo è che il luogo di Ulpiano ha subito un rimaneggiamento o un taglio. Cercar di ricostruire il suo probabile discorso non avrebbe molto senso. È meglio dunque impostare, con riferimento al diritto classico, il problema delle attribuzioni sfornite di causa, vedendo poi come quel che di Ulpiano ci resta in D. 12, 7, 1 potesse inserirvisi.

Per i casi di trasferimento della proprietà effettuati mediante negozio astratto, le cose sono abbastanza semplici⁵². Poniamo che tra il venditore V e il compratore C si faccia la vendita di un fondo, ma che la vendita resti nulla perché le parti, a causa di un malinteso, non hanno, pur convinte di averlo fatto, raggiunto l'accordo sul prezzo. Poi, in esecuzione del contratto, V ha effettuato la *mancipatio* del fondo a C. Anche C ha pagato il prezzo, e – supponiamo ancora – siccome lo ha pagato ad un *procurator* di V – che non era sufficientemente informato sui particolari dell'affare concluso dal suo *dominus* –, il pagamento è pure avvenuto senza che la nullità del contratto venisse in evidenza. Quando, appalesatasi la nullità, si pone il problema della restituzione delle prestazioni eseguite, per quella del prezzo il regime applicabile è quello della *solutio indebiti*: l'obbligazione di pagare il prezzo era un'obbligazione di *dare*, e quindi la *traditio* dei *nummi* è stata effettuata non *pro empto*, ma *pro soluto*. Nella vendita romana il venditore non è obbligato a trasferire la proprietà della cosa, e quindi la *mancipatio* effettuata da V era in esecuzione di un'obbligazione di *facere*, ed è dunque stata effettuata *venditionis* ed *emptionis causa*; ma, l'*emptio venditio* essendo nulla, essa è in realtà stata effettuata *sine causa*. Siccome però la *mancipatio* è un negozio astratto, la proprietà del fondo è ugualmente pervenuta a C, per cui V non potrà, per ottenere la restituzione, rivendicarlo; egli dovrà esercitare la *condictio*.

Il caso della *stipulatio*, di cui parla Ulpiano, presenta la particolarità che il giurista sottolinea. La *stipulatio* è, per usare una nozione cara all'amico Berthold Kupisch, un tipico *Versprechensgeschäft*⁵³, cioè consiste in una promessa che crea l'obbligazione di eseguire a favore della controparte una prestazione che avrà

⁵² Anche se le conclusioni che ci è possibile formulare le deduciamo piuttosto dal sistema, che ci è ben noto nel suo complesso, che non dalle fonti, perché i negozi astratti di attribuzione della proprietà – come ho detto – non sono presenti nelle fonti giustinianee. Cfr. KUPISCH, 10. Ad una situazione particolare generata dalla *mancipatio* con accordo causale viziato (da dolo o violenza) si riferisce Gai. 4, 117.

⁵³ KUPISCH, 8.

luogo in un momento successivo; essa è inoltre un negozio astratto. Poniamo che il *promissor* P abbia promesso allo *stipulator* S 100 sesterzi, ma la causa facesse difetto: per fare un'ipotesi modificandone leggermente un'altra presente nelle fonti⁵⁴, S aveva dato a P, che è un *fullo*, degli abiti da lavare; al momento della restituzione P non trova più gli abiti sicché promette a S 100 sesterzi, somma che le parti sono d'accordo nel considerare corrispondente al valore degli abiti smarriti; in seguito S ritrova gli abiti presso di sé, perché qualcuno li aveva già ritirati per lui prima che egli andasse a richiederli. L'assenza di causa non tocca la validità della *stipulatio*, per cui se, constatato che gli abiti sono pervenuti a S, P non paga, S potrà agire contro di lui con una *condictio certae pecuniae* per i 100 sesterzi. È ben vero che da quest'azione P potrà uscire assolto valendosi del rimedio pretorio dell'eccezione di dolo⁵⁵, ma, come ci spiega Ulpiano, la giurisprudenza giunse a mettere a disposizione del *promissor* di una *stipulatio sine causa* un rimedio civile, più semplice ed immediato ed evidentemente più economico. A questo rimedio si poteva giungere solo con un ragionamento che considera i valori economici implicati nella struttura giuridica della *stipulatio*. Usando sempre la terminologia del Kupisch, che al *Versprechengeschäft* contrappone lo *Handgeschäft*, il negozio che procura di per se stesso e immediatamente un diritto – struttura che in se stessa sarebbe tipica degli atti ad effetto reale –, possiamo dire che l'idea usata dai giuristi per risolvere il problema fu quella di vedere la *stipulatio* come un *Handgeschäft*: il suo effetto obbligatorio consiste nel procurare allo *stipulator* un credito, ed il credito è un diritto ed anche un'entità con un valore economico. Con questo punto di vista, il creditore S può considerarsi arricchito e, date le circostanze, arricchito senza causa. Di conseguenza a P spetterà la *condictio* contro S. La difficoltà che sorgeva è sottolineata da Ulpiano: nel patrimonio di S, a seguito della *stipulatio*, non c'è la *quantitas*, cioè il denaro o il suo valore, perché un pagamento non ha avuto luogo; di ciò si prende atto, ma solo per concluderne che, non essendoci il denaro ma il credito, la *condictio* si farà per la restituzione del credito, il che significa che il debitore agirà per la remissione del proprio debito. Ciò comportava evidentemente anche di costruire una *condictio* con formula appropriata a questa funzione. Ma su questo punto non pos-

⁵⁴ Ulp. Cass. D. 12, 7, 2: nel caso descritto in questo testo il *fullo* ha senz'altro pagato il valore degli abiti, e ciò è avvenuto nel corso del giudizio *ex locato*. A proposito dell'altro esempio (che più che come un caso, è descritto come fattispecie generale: *qui decem promisit, ... si quidem nullam causam promittendi habuit*) di Iul. D. 12, 7, 3, non mi pare esatto il rilievo del KUPISCH, 11 n. 12, che dice esso potrebbe anche considerarsi un caso di *condictio indebiti*, adducendo in proposito Ulp. D. 12, 6, 31: questo testo, infatti, contiene bensì un esempio (*is, qui plus quam hereditaria portio efficit, per errorem creditori caverit*) che rientrerebbe nella fattispecie di Giuliano, ma poi dice in proposito che il promittente *indebiti promissi habet condictionem*, e la *condictio promissi* è la *condictio liberationis*: era Ulpiano stesso a descriverla così, in contrapposto proprio alla *condictio indebiti*, in D. 12, 7, 1 pr.: ... *qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem*.

⁵⁵ Vedi Gai. 4, 116a; Ulp. D. 44, 3, 2, 3 (*Corso II*, 1 cit., 32 ss.); (I. 4, 13, 1-2).

siamo che esercitare l'*ars ignorandi*: lo stesso Lenel⁵⁶ non è riuscito, anche se ci si è provato, a ricostruire la formula, e tutto quanto di certo ha potuto stabilire è che questa *condictio liberationis* o, come talvolta è denominata nelle fonti⁵⁷, *condictio incerti* non era presente nell'editto pretorio. Non ci è neppure possibile stabilire se la somma di denaro alla quale il creditore veniva condannato se rifiutasse la remissione fosse pari all'entità del credito ovvero potesse essere diversa, come la denominazione di *condictio incerti* potrebbe suggerire⁵⁸.

Per completare questo quadro delle attribuzioni sfornite di causa dobbiamo aggiungere che, già nel diritto dell'epoca classica, un arricchimento *sine causa* poteva risultare da un trasferimento di proprietà effettuato con *traditio* sfornita di causa. Ciò può avvenire con particolare evidenza se l'oggetto consegnato fosse una somma di denaro, e dopo la *traditio*, effettuata senza causa, i *nummi* ricevuti dall'*accipiens* siano stati consumati, cioè spesi, o comunque confusi con altri in modo che la *rei vindicatio* non ne sia più possibile: il *dans*, come già ad altro proposito avevamo osservato, perdendone la *rei vindicatio* ne ha dunque perso la proprietà e quindi potrà recuperarli con la *condictio*⁵⁹. Va detto però che i giuristi non risultano avere espressamente qualificato questo caso come quello di un acquisto *sine causa*. Il testo che più chiaramente ne parla presenta come atto di attribuzione sfornito di causa il mutuo o il pagamento effettuato da un pupillo senza l'*auctoritas tutoris*⁶⁰, e Giuliano, che ne è l'autore, si limita a dire che, se il denaro è stato consumato, il pupillo – rispettivamente, nei due casi – ha la *condictio* o è liberato⁶¹.

6. Lo schema *sine causa*, *causa non secuta*, *causa finita* e le *dationes ob rem*

Leggendo poco fa D. 12, 7, 1 abbiamo visto che nei paragrafi 1-3 Ulpiano aggiungeva tutta una spiegazione a proposito della *stipulatio*, mettendosi a parlare della *stipulatio* effettuata *ob causam*. Le tre proposizioni che formano il suo discorso rappresentano una sorta di progressione logica: la prima contiene una regola che

⁵⁶ EP³, 156 ss.

⁵⁷ Ovvero a tale nozione ricondotta come ad un tipo di azione con carattere generale. Sul problema della *condictio incerti* e la sua appartenenza al diritto classico: KASER, *RPR* I², 599 s.; *RPR* II², 424; KASER-HACKL, *RZP*, 312 n. 8^a.

⁵⁸ La *condictio liberationis* è denominata *condictio incerti* in Iul. D. 12, 7, 3.

⁵⁹ KUPISCH, 5; 10.

⁶⁰ È certo superfluo che noti che un pagamento effettuato senza l'*auctoritas* tutoria non è un pagamento indebito, ma una *traditio sine causa*: come è inutile che spieghi perché esso non dia luogo a *condictio*, ma semplicemente alla liberazione del pupillo dal debito che ha, pur se invalidamente, pagato.

⁶¹ Iul. D. 12, 1, 19, 1: *Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia conditionem habet vel liberatur non alia ratione, quam quod factio eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse: ...* La motivazione va confrontata con quella della soluzione data da Celso in D. 12, 1, 32, che leggeremo nel § 8.

si aggiunge a quella che in materia di *stipulatio* Ulpiano aveva stabilito nel *principium*, la seconda mette in relazione la regola precedente con questa nuova, la terza costruisce dommaticamente da questo rapporto una regola più generale. Abbiamo così: (§ 1) anche nel caso in cui la *stipulatio* sia stata fatta *ob causam* spetta al *promissor* la *condictio* – cioè la *condictio liberationis* – nel caso in cui tale *causa* non si sia poi realizzata; (§ 2) (Dunque) si deve dire che la *condictio* ha luogo tanto se la *causa* mancasse alla *stipulatio* fin dal momento della sua conclusione, quanto se la *causa promittendi* all'inizio esistesse, ma poi sia venuta meno o non si sia realizzata; (§ 3) (Dunque) è evidente⁶² che ciò che precisamente⁶³ può essere preteso da qualcuno con la *condictio* è quel che gli è pervenuto senza base in una giusta causa ovvero è riconducibile all'assenza di una giusta causa.

Prima di cercar di comprendere quale sia il senso di questo discorso che distingue la nozione di *sine causa* da quelle di *causa finita* e *causa non secuta* per poi riasimilarle, dobbiamo notare che con questa analisi costruttiva – se così posso chiamarla – di Ulpiano è connesso un altro problema esegetico del testo.

Infatti, anzitutto, dal punto di vista del diritto giustiniano le due nozioni di *causa non secuta* e *causa finita* non sembrano al loro posto nel titolo 12,7, se si tiene conto della distribuzione della materia nel Digesto, perché i suoi compilatori hanno dedicato un altro titolo alla *condictio causa data causa non secuta*, precisamente il tit. D. 12, 4. Questo titolo si riferisce bensì alla *datio* e non alla *stipulatio*, ma in che senso questa differenza possa giocare non è, a prima vista, evidente. Aggiungo, come tra parentesi, che la mancata menzione della *causa finita* nella denominazione della *condictio* nella rubrica del titolo 12,4 significa solo che i compilatori volevano sintetizzare in una sola espressione, quella di *causa non secuta*, le due nozioni: già il primo frammento riguarda infatti entrambe le ipotesi:

D. 12, 4, 1 (Ulp. 26 ad ed.): *Si ob rem non inbonestam data sit pecunia⁶⁴ puta ut filius manciparetur vel servus manumitteretur vel a lite discedatur, causa secuta repetitio cessat. 1: Si parendi condicioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere.*

Il caso del § 1 prevede una *causa finita*⁶⁵.

In secondo luogo, se si legge bene il discorso di Ulpiano in D. 12, 7, 1, ci si accorge che esso, benché impostato sulla *stipulatio*, si conclude in termini generali,

⁶² Il verbo *constat* allude propriamente al consenso unanime dei giuristi.

⁶³ Rendo con «precisamente» l'avverbio *demum*, ma si consideri che esso ha un senso limitativo: «unicamente ciò che».

⁶⁴ Il che significa: se ha avuto luogo una *datio ob causam* di denaro, e la *causa* non era una *causa turpis vel iniusta*. Quanto all'alternativa *ob causam-ob rem*, vedi la nota 66.

⁶⁵ In Paul. D. 12, 6, 65, 3 i due casi di Ulp. D. 12, 4, 1, 1 sono espressamente descritti come ipotesi di *causa non secuta*: questo prova che già presso i giuristi classici le espressioni *causa non secuta* e *causa finita* erano impiegate con una certa indifferenza.

anzi piuttosto riferito alla *datio* che non alla *stipulatio*: nella regola finale del § 3 (*id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam*) l'obbligazione dell'arricchito alla restituzione viene espressa con riferimento a *quod ... ad eum pervenit*, espressione appropriata piuttosto ad indicare un acquisto di proprietà che non un credito, e comunque non esclusivamente un credito.

Tutto ciò può essere spiegato considerando l'insieme della materia in gioco.

La previsione, come ipotesi di arricchimento ingiustificato e di impiego della *condictio*, delle *dationes ob rem* – o *ob causam*: per i giuristi classici le due locuzioni sono equivalenti⁶⁶ – non solo apparteneva al diritto dell'epoca classica, ma risaliva certamente ai *veteres*, come prova D. 12, 6, 52⁶⁷, dove Pomponio riporta con certezza il contenuto di una diairesi di Quinto Mucio Scevola, nella quale si afferma la ripetibilità di una *datio ob rem re non secuta*. Una *datio ob rem (ob causam)* consisteva nel trasferimento della proprietà di una cosa effettuato sulla base di un accordo delle parti che lo metteva in relazione con un evento futuro, ma questo evento poteva venire in considerazione in due modi molto diversi.

L'accordo poteva prevedere una prestazione dell'*accipiens* a favore del *dans*, considerando questa prestazione dell'*accipiens* al *dans*, sul piano economico, come una controprestazione per la *datio* eseguita. Ne abbiamo visto alcuni esempi in D. 12, 4, 1 pr.: io ti do 10.000 sesterzi perché tu emancipi un tuo figlio o manometta un tuo schiavo, ti do 5.000 sesterzi perché tu abbandoni un processo che hai – pendente – contro di me. Naturalmente questi accordi possono anche essere accordi contrattuali; da quando Labeone introdusse l'*actio praescriptis verbis* come azione contrattuale generale, la tutela contrattuale si estese a gran parte dei casi di *datio ob rem*, cioè quelli interpretabili come contratti innominati; ma per esaminare il campo al quale si riferisce il discorso che stiamo facendo, dalla tutela contrattuale dobbiamo prescindere. Se parliamo dell'applicabilità della *condictio* impostiamo solo un problema di restituzione del *datum ob rem*, e quindi scegliamo l'impostazione in termini di arricchimento; impostando il problema in relazione all'azione con-

⁶⁶ Si veda, come esempio emblematico, Paul. D. 12, 6, 65, 3, dove l'espressione *hoc casu secuta res est*, che si legge alla fine, vuol rappresentare esattamente il reciproco di *causa, propter quam dedi, non est secuta*, che la precede. In D. 12, 6, 52, proveniente dal commentario di Pomponio a Quinto Mucio, si riferisce quella che certo era una diairesi muciana, secondo la quale per *datio ob causam* si doveva intendere una *datio* eseguita come compenso (anche se non dovuto) per una prestazione effettuata dall'*accipiens* in precedenza (*ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est*), per *datio ob rem* quella effettuata in vista di una controprestazione futura (*ob rem vero datur, ut aliquid sequatur*). Ma le rispettive regole dei due *genera* erano che la *datio ob causam* non era ripetibile neppure se *falsa causa sit*, cioè se la prestazione compensata non aveva in realtà avuto luogo, mentre la *datio ob rem* era ripetibile *re non secuta (quo non sequente repetitio competit)*. I giuristi classici usano indifferentemente le due espressioni riferendosi alle prestazioni ripetibili, cioè usano *datio ob causam* anche per indicare quella per la quale Q. Mucio riservava la denominazione di *datio ob rem*.

⁶⁷ Vedi la nota precedente.

trattuale porremmo il problema della pretesa alla controprestazione e del risarcimento del danno in caso di inadempimento; si tratta di due forme di tutela diverse, normalmente in concorso alternativo fra loro⁶⁸. Ma noi qui ci occupiamo unicamente della tutela offerta dalla *condictio*, e questa si riferisce solo alla ripetizione del *datum*. Se la *datio ob rem* è fatta in vista di una controprestazione, la sua causa è una causa di scambio, e se la *res* (= *causa*) prevista non si realizza, siamo in presenza della fattispecie descritta come *res data re non secuta*, la *condictio* sarà esperita *ob rem dati re non secuta*, nel diritto giustiniano si tratterà della *condictio causa data causa non secuta*.

Se invece l'accordo che accompagna l'atto traslativo di proprietà prevede un evento che non costituisce una controprestazione per il *datum*, il difetto dell'evento darà luogo alla *causa finita*, con le stesse conseguenze del caso precedente⁶⁹. Ma qui l'accordo che accompagnava l'atto di attribuzione non può essere un accordo contrattuale, e comunque non è un accordo di scambio⁷⁰. Riprendiamo un caso del duplice esempio di D. 12, 4, 1, 1⁷¹: Lucio Tizio ha istituito erede, nel proprio testamento, il suo amico Caio, con la condizione che Caio dia a Sempronio 10.000 sesterzi; Caio esegue il versamento a Sempronio, e questo versamento, si noti bene,

⁶⁸ Si pone, a questo proposito, il problema di stabilire se i giuristi romani ammettessero la duplice interpretazione di una *datio ob rem* come conclusione di un contratto consensuale o come (eventuale) premessa per una *condictio ob rem dati re non secuta* unicamente se l'accordo di scambio che accompagnava la *datio* corrispondeva ad un contratto innominato, e quindi non se esso corrispondeva a quello che realizzava un contratto tipico, nel qual caso dunque la sola azione contrattuale sarebbe possibile. Da quanto si legge nel *tractatus* di Paolo (5 quaest.) in D. 19, 5, 5 sembrerebbe, quantunque il giurista non faccia alcuna affermazione generale in questo senso, che il concorso dei rimedi contrattuali e della *condictio* fosse ammissibile solo se l'accordo non realizzasse un contratto tipico. Naturalmente, però, resta da accertare – anche se è difficile farlo – quanto il *tractatus* contenuto in D. 19, 5, 5 risenta della tendenza che Paolo manifesta, nelle sue sintesi dommatiche (anche in materia di arricchimento ne operò una, che qui purtroppo non mi è possibile esaminare come meriterebbe: Paul. 17 ad Plautium D. 12, 6, 65 pr.-9; vi accenna il KUPISCH, 22 n. 33) allo schematismo. Nello stesso *tractatus* che ora abbiamo sott'occhio se ne trova un esempio, quando egli scrive (D. 19, 5, 5, 1): *Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est*. Con questa affermazione egli viene ad interpretare come compravendita l'ipotesi – o almeno anche l'ipotesi – nella quale *'dedi tibi pecuniam, ut mibi Stichum dares'*, nella quale invece Celso (3 dig. D. 12, 4, 16) escludeva la vendita, preferendo (*proclivior sum*: ma l'espressione rivela solo la modestia del più risoluto dei giuristi romani, quando all'opinione contraria può riconoscersi una propria dignità) decidere che *'nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta'*, per la ragione che dall'accordo, se interpretato come vendita, sarebbe risultato un contratto di vendita nel quale il venditore era obbligato a trasferire al compratore la proprietà della merce.

⁶⁹ Sicché la regola sulla restituzione della *datio ob rem re non secuta* può essere enunciata in modo unitario, beninteso precisando che la *datio ob turpem causam* ne resta però esclusa: Paul. D. 12, 5, 1, 1-2.

⁷⁰ Si veda la precisazione *quia non contrahendi animo dederim* di Paul. D. 12, 6, 75, 3.

⁷¹ I casi caratteristici ai quali si allude come ad attribuzioni effettuate *ob rem* in vista di un fatto che non costituisce controprestazione della *datio* sono comunque quelli delle attribuzioni effettuate in previsione di un matrimonio (ad es. Iav. D. 12, 4, 10; Paul. D. 12, 4, 9 pr.) e la *donatio mortis causa* (Paul. D. 12, 4, 12).

non è un pagamento, ma una *datio ob rem*: è eseguito non per estinguere un'obbligazione, bensì per adempiere la condizione che permette al *solvens* di accettare efficacemente l'eredità. Se poi Caio, invece di accettare l'eredità, la rifiuta (*repudiat hereditatem*) la *causa* della sua *datio* a Sempronio è *finita*, ha cessato di esistere, sicché Caio potrà *condicere* a Sempronio la somma versatagli.

E torniamo ora ai problemi esegetici di D. 12, 7, 1, che mi limiterò a porre come problemi di ricostruzione del pensiero di Ulpiano. Un discorso strettamente esegetico ci condurrebbe ad esaminare, probabilmente per altro senza riuscire a risolverle, anche questioni di palingenesi dei *libri ad Sabinum* e *ad edictum* di Ulpiano, che certo non è il caso di affrontare in questa sede. Dirò solo che, da quel che diremo, risulta la possibilità che i compilatori del Digesto abbiano composto D. 12, 7, 1 utilizzando frasi di Ulpiano di diversa provenienza.

Possiamo partire dal rilievo che già ho fatto: il tenore della frase del § 3 di Ulp. D. 12, 7, 1 (*Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eam pervenit, vel redit ad non iustam causam*) è sufficiente per provare che l'assimilazione delle ipotesi di *causa non secuta* e *causa finita* a quella dell'attribuzione *sine causa* Ulpiano l'enunciava in relazione alla tematica delle *dationes ob rem*, o almeno anche in relazione a questa. D'altra parte, che Ulpiano usasse la stessa griglia anche per inquadrare i problemi della *stipulatio* è pure sicuro, perché nel libro 76 *ad edictum*, in tema di *exceptio doli*⁷², egli si esprimeva nei termini seguenti:

D. 44, 4, 2, 3 (Ulp. 76 ad ed.): ... *si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere: et si cum interponeretur, iustam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credit, et <generaliter>⁷³ si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem.*

Possiamo dunque pensare che Ulpiano, nel passo del commentario *ad Sabinum* dal quale è stato tratto D. 12, 7, 1, parlasse tanto della *datio ob causam* quanto della *stipulatio sine causa*, e che inquadrasse entrambe le ipotesi nello schema *sine causa-causa non secuta-causa finita*, concludendo il discorso con la proposizione riassuntiva di D. 12, 7, 1, 3, e che i compilatori, che avevano deciso di non parlare delle *dationes* in tema di *condictio sine causa* lasciandone la tematica al titolo D. 12, 4 (*de condictione causa data causa non secuta*), abbiano ritenuto qui solo il discorso di

⁷² E quindi non in materia di arricchimento, ma la problematica è prossima: il *promissor*, che non ha adempito e che opponendo l'*exceptio doli* all'azione dello *stipulator sine causa* (ovvero con *causa non secuta* o *finita*) evita di essere condannato, evita l'arricchimento ingiustificato dello *stipulator*.

⁷³ Il testo ha qui certo un difetto. Il Mommsen aggiunge *alia* dopo *si*, ma io credo migliore e più semplice l'inserzione di *generaliter* a questo punto.

Ulpiano sulla *stipulatio*, appiccicandogli però la conclusione generale (il § 3) che Ulpiano aveva fatto una sola volta insieme per le due serie di casi.

Resta comunque il fatto che la riconduzione dei casi di *datio* o *stipulatio causa non secuta* e *causa finita* a quello della *datio* o *stipulatio sine causa* doveva già essere presente in Ulpiano. E questo rappresenta, se è vero, un indizio del fatto che già alla fine dell'epoca classica la nozione di attribuzione patrimoniale *sine causa* incominciava ad acquistare un certo vigore parametrico nella materia dell'arricchimento. Perché in realtà la non realizzazione o il venir meno della causa non tolgono affatto la causa all'attribuzione, se questa ne aveva una⁷⁴. Per coltivare quella visuale distorta, la dottrina romanistica moderna ha dovuto scindere la causa in causa di attribuzione e causa di giustificazione: giustificazione della permanenza del diritto attribuito presso colui che l'ha ricevuto: ma questa è soltanto cattiva dommatica⁷⁵.

⁷⁴ Si vedano ad esempio: Ulp. in Ulp. Iul. D. 19, 1, 11, 6 (dove per un *anulus* dato *arrae nomine* e non restituito dopo la conclusione ed esecuzione della vendita si pone il problema se esso *condicatur, quasi ob causam datus sit et causa finita sit*, per poi rispondere che *condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est anulus*); Afr. D. 23, 3, 50 pr. (dove già si descriveva un'ipotesi di *causa finita* dicendo *quasi sine causa penes maritum esse coeperit, condicatur*); Iul. D. 37, 6, 3, 5 (analogamente, dicendosi *omissa enim bonorum possessione, incipit pecunia sine causa esse apud heredem*); ma già Iav. D. 12, 4, 10 concludeva scrivendo *quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa an per acceptilationem pervenerit* a proposito di un'attribuzione *causa finita* (la donna ha fatto a titolo di dote la remissione di un debito al fidanzato, e poi le nozze sono andate a monte). Questi stessi testi sono citati anche dal KUPISCH, 24 n. 35 (con lett.) e quello di Giavoleno 28 n. 40, anche se la sua valutazione dell'espandersi, in epoca classica, del richiamo alla nozione di *sine causa* è un poco diversa da quella da me proposta.

⁷⁵ Vedi già la critica del KUPISCH, 8 s. (con lett. alla n. 9); 12 s.; 16 ss., anche se la mia posizione è sensibilmente diversa. Riassumendo tutto in poche parole. Io credo che l'equivoco dipenda essenzialmente dal fatto che per descrivere la situazione dell'arricchimento ingiustificato noi dobbiamo dire che A ha, a proprie spese, attribuito un bene a B, che dunque si trova corrispondentemente arricchito; ma la presenza di tale bene nel patrimonio di B non si giustifica rispetto ad A: ma il fatto è che quando diciamo che la presenza del bene presso B non si giustifica rispetto ad A non vogliamo in realtà semplicemente dire che essa manca di una causa di giustificazione, ma che essa è ingiusta, cioè che esiste una positiva causa che ne impone la restituzione ad A. Esaminando le due ipotesi, che possono essere prese come punto di partenza per valutare tutte le altre, pensando che l'attribuzione consista nel trasferimento della proprietà di una cosa. I) L'atto di attribuzione era un negozio causale. Qui una causa di attribuzione è necessaria, altrimenti il negozio non avrebbe prodotto l'arricchimento. Ma se la causa di attribuzione esiste, il bene attribuito permane nel patrimonio di B per il semplice fatto che B ne è ormai il proprietario. Perché sorga in capo a B l'obbligazione di restituire bisogna che si verifichi una fattispecie di fonte di tale obbligazione, e questa fonte d'obbligazione consisterà in una situazione (fattispecie) prodotta dalla presenza della cosa presso B, quando la presenza possa qualificarsi ingiusta; la presenza non risulta ingiusta perché manchi una giustificazione della presenza, ma perché esiste una ragione positiva che la rende ingiusta. Non va dunque cercata una causa di giustificazione della presenza della cosa presso B, ma una causa che giustifichi l'obbligazione di restituirla. II) L'atto di attribuzione era un negozio astratto. In questo caso l'attribuzione ha avuto luogo anche se mancava la causa di attribuzione. Ora, qui la causa del sorgere dell'obbligazione di restituire consiste precisamente nell'assenza della causa di attribuzione: la cosa è presente *sine causa*, il che significa che essa è presente solo per ragioni tecniche, in quanto il negozio funzionava senza riguardo alle ragioni per le quali veniva effettuato; ma questo significa solo che la presenza è nata già di per se come ingiusta; l'attribuzione non era meno definitiva di quella di un'attribuzione fornita di causa, solo che se è *sine causa* essa genera una presenza ingiusta e che realizza immediatamente la fattispecie obbligatoria.

La causa di un atto di attribuzione riguarda unicamente l'acquisto del diritto, ed il diritto acquistato non ha bisogno di giustificazione per permanere presso il suo titolare. I diritti si perdono per effetto di modi tipici, espressamente previsti, ed il sorgere di un'obbligazione di restituire non fa parte della storia del diritto da restituire. La fonte dell'obbligazione di restituire è una fonte d'obbligazione che si individua in una propria fattispecie ed è sanzionata con una propria azione. La *condictio ob rem dati re non secuta* ha per presupposto una *datio* perfetta in tutti i suoi elementi, come la *condictio liberationis* per una *stipulatio causa non secuta* ha per presupposto una *stipulatio* pienamente valida ed efficace. Il meccanismo è lo stesso di quello del mutuo: la *causa credendi* che permette l'attribuzione in proprietà dei fungibili mutuati permette a quella *traditio* di attribuirne al mutuatario la proprietà piena; l'obbligazione di restituire nascerà *re*, e non riguarderà neppure le cose mutate in se stesse; anche quando l'obbligazione di restituire riguarda la stessa cosa ricevuta, essa non rappresenta un seguito della *datio*, ma della presenza della cosa nel patrimonio di chi l'ha acquistata, e la ragione della restituzione concerne la presenza e non la *datio* della stessa cosa. L'unico legame fra i due momenti sta nel fatto che la presenza della cosa nel patrimonio di chi ce l'ha non ci sarebbe se la cosa non fosse stata data: ma fra *datio* e presenza non c'è altro rapporto: se no sarebbe come dire che la nascita di un essere vivente è la causa della sua morte.

II.

7. Il sistema dell'arricchimento come sistema di negozi d'attribuzione

L'insieme delle ipotesi di arricchimento ingiustificato delle quali abbiamo parlato finora può considerarsi come un sistema organico. Esso è interamente sanzionato mediante applicazioni della *condictio*. La *condictio* era un'azione astratta applicabile a tutte le obbligazioni, sorte *re*, *verbis* e *litteris*, di dare somme determinate di denaro o cose determinate; la sua applicazione in materia di arricchimento riguardava obbligazioni sorte *re*, quando la *res* provenisse da un soggetto X e fosse, per effetto di un negozio di attribuzione effettuato dallo stesso X ad un soggetto Y, pervenuta nel patrimonio di costui costituendovi un arricchimento che doveva considerarsi ingiustificato, nel senso di ingiusto, rispetto ad X.

Questo sistema, così definito, presenta due caratteri che vanno messi in evidenza.

Il primo consiste nel fatto che l'impiego della *condictio* in materia di arricchimento ingiustificato non riveste carattere sussidiario. Esistono naturalmente dei casi nei quali tale azione risulta essere il solo rimedio possibile, come per il pagamento indebito, ma, quando esista una tutela alternativa, le due possibilità concorreranno, a scelta dell'interessato, come nei casi di *datio ob rem* quando l'accordo

causale sia un contratto: se X ha pagato 10.000 sesterzi a Y perché costui manometta il proprio schiavo Stico e Y non lo manometta, da quando la giurisprudenza ammise per casi come questo l'esercizio da parte di X dell'*actio praescriptis verbis* contro Y per ottenere la controprestazione o i danni da inadempimento, non gli fu affatto tolta la possibilità di scegliere invece la via della *condictio* per la restituzione dei 10.000 sesterzi.

Il secondo carattere è più rilevante. Definendo il sistema come ho fatto poc' anzi, la *condictio* ne risulta esperibile a tale titolo solo se l'arricchimento provenga da un negozio intervenuto fra arricchente e arricchito⁷⁶. Questa esigenza del *negotium contractum* è messa in evidenza in un testo di Giuliano:

D. 12, 6, 33 (Iul. 39 dig.): *Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraberetur: nam is, qui non debitam pecuniam solvit, hoc ipso aliquid negotii gerit, cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit.*

Nel seguito del testo Giuliano precisa, sempre mantenendo il suo discorso in termini casistici, che non basta neppure che semplicemente un negozio sia intervenuto fra le parti: bisogna proprio che l'arricchimento derivi dal negozio:

sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conductionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat.

Giuliano spiegava che, nel caso, anche se vi fosse stata una *traditio* del possesso del fondo, perché – possiamo pensare – il possessore, appreso che il fondo era altrui, lo ha restituito spontaneamente al proprietario, questi aveva comunque già prima acquistato la proprietà dell'edificio per accessione, modo di acquisto a titolo originario, per cui di tale acquisto non è comunque reperibile alcuna provenienza negoziale. La soluzione del problema pratico, concludeva Giuliano con un altro esempio, non può essere trovata nella *condictio*; il costruttore su suolo altrui non ha che un mezzo: non restituire al proprietario il possesso del fondo sul quale, mentre lo possedeva, ha costruito, attendere che il proprietario glielo rivendichi, ed opporre nella *rei vindicatio* l'*exceptio doli*, la quale gli avrebbe permesso di pretendere, in tale sede processuale, il rimborso delle spese sostenute per la costruzione⁷⁷:

et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.

⁷⁶ KUPISCH, 27.

⁷⁷ Questa soluzione, che suppone il possessore che ha aumentato a sue spese il valore della cosa fosse possessore di buona fede e che Papiniano (D. 6, 1, 48) motivava *aequitatis ratione*, è nota anche da altre fonti: Paul. Proc. D. 6, 1, 27, 5 + Gai. *eod.* 28 + Pomp. *eod.* 29 + Gai. *eod.* 30; Pap. D. 6, 1, 65 pr.; Paul. D. 19, 1, 45, 1; Paul. D. 44, 4, 14.

Riflettiamo però su quest'ultima soluzione. L'impiego dell'eccezione di dolo trasporta il problema dal campo dell'arricchimento ingiustificato a quello dell'abuso di diritto⁷⁸: tuttavia, la ragione, per la quale il proprietario che rivendica un proprio fondo il cui valore è aumentato a spese del possessore di buona fede deve essere considerato in dolo e così costretto a restituire al possessore le spese fatte, risiede pur sempre nel fatto che l'aumento di valore del fondo costituisce un suo arricchimento ingiustificato. E non è questo il solo caso nel quale l'idea dell'arricchimento fonda soluzioni non raggiunte impostando i problemi in termini di restituzione dell'arricchimento, ma inserendo l'idea dell'arricchimento in una problematica posta diversamente.

L'impiego dell'*exceptio doli* – lo abbiamo visto or ora e ne avevamo già prima intravisto un altro esempio – era frequentemente suggerito da considerazioni d'arricchimento, e talora rappresentava un autentico *pendant* della *condictio*: si pensi al caso, che abbiamo incontrato sopra leggendo Paul. D. 44, 4, 2, 3, nel quale colui che è creditore in forza di una *stipulatio sine causa* o *causa non secuta*, prima di subire la *condictio liberationis* del suo *promissor* eserciti contro di lui la *condictio* per la somma promessagli. Possiamo aggiungere la prima ipotesi considerata da Pomponio in D. 46, 3, 66: il pupillo P deve del denaro al creditore C, e delega al pagamento il proprio debitore D, ma la delegazione è fatta senza l'*auctoritas* del tutore; cosicché, quando D paga a C il dovuto, P risulta liberato nei confronti di C, ma D resta obbligato nei confronti di P; ma se P esperisca la sua azione contro D, questi gli potrà opporre l'eccezione di dolo⁷⁹. In quest'ultimo caso è anche chiaro che l'arricchimento di P, sul quale si fonda la concessione a D dell'eccezione di dolo contro di lui, non deriva affatto da un negozio intervenuto fra il pupillo arricchito e il suo debitore che, senza l'*exceptio doli*, ne farebbe le spese: fra di loro è intercorsa solo la delegazione, ma questa era nulla per l'assenza dell'*auctoritas tutoris*.

Se passiamo a considerare qualche esempio al difuori del campo d'applicazione dell'*exceptio doli*, questo meccanismo dell'arricchimento che viene in considerazione al difuori del campo d'applicazione della *condictio* impiegata come azione di restituzione assume un profilo più definito. Possiamo incominciare considerando il secondo caso esposto in Pomp. D. 46, 3, 66, che rappresenta una variante del primo, che abbiamo già visto. Il pupillo P, che senza l'*auctoritas tutoris* effettua una delegazione di pagamento del debito che ha verso C, delega un soggetto T che non è suo debitore: benché il testo non lo precisi espressamente, si deve ritenere che T si creda debitore di P e anche P lo ritenga tale. Ora, una volta che T abbia pagato, si trova sfornito di azione; contro il pupillo egli non può agire: dell'*actio mandati* che, come delegatario che ha eseguito, egli avrebbe contro il delegante P, il testo non parla neppure perché non può esservi mandato di un pupillo senza l'*auctoritas*

⁷⁸ Perciò Iul. D. 12, 6, 33 è opportunamente preso in considerazione da URSULA ELSENER, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus du droit*, Neuchâtel 2004, 163 n. 326.

⁷⁹ Cfr. Gai. 2, 84.

tutoria, ma lo stesso difetto dell'*auctoritas*, secondo Pomponio⁸⁰, impedisce anche la *condictio indebiti* che T avrebbe contro P; ed anche la *condictio indebiti* contro C gli è preclusa, perché T non ha pagato a C un indebito, ma il debito di P; il problema è insolubile sul terreno del diritto civile, e viene risolto mediante un'azione pretoria, che Pomponio qualifica *utilis*, ma sembrerebbe solo per dire che sarà un'azione che può avere buon fine, perché tecnicamente non vedo come si possa pensare se non ad un'azione *in factum*: quel che in ogni modo ci interessa è la motivazione che il giurista ne dà:

D. 46, 3, 66 (Pomp. 6 ex Plautio): ... *si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius iussu contraxit: sed pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur.*

L'azione pretoria, che dunque non è una *condictio*, concessa a T contro P è espressamente presentata come fondata nell'arricchimento di P consistente nella sua liberazione da un debito: ed è concessa a T perché di tale arricchimento ha fatto le spese, senza che sia reperibile alcun *negotium* valido intervenuto fra i due.

Se proseguiamo nella ricerca di casi di questo genere, troviamo ancora, ad esempio, Pap. D. 17, 2, 82, il cui dettato fu letteralmente inserito nel vecchio testo dell'art. 1864 del Code civil: '*Iure societatis per socium socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.*'⁸¹, nonché la soluzione di Ulp. D. 12, 1, 27, secondo la quale '*Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt: alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur.*'

Il concetto che sta alla base di queste soluzioni casistiche è quello della *versio*, che era ben noto al linguaggio giuridico romano, perché compariva nella formula dell'*actio de peculio*, e vi compariva – col verbo *vertere* (*versum*), come nei testi che abbiamo letto, e non col sostantivo *versio* – nella sua forma compiuta di *versio in rem*⁸². Questa locuzione, che letteralmente significa «versamento nel patrimonio (di qualcuno)» esprime il concetto di arricchimento in termini puramente economici, anzi, come ha sottolineato il Kupisch, addirittura esclusivamente contabili, e quando una soluzione è basata sulla *versio* essa dipende dalla prova dell'arricchimento, indipendentemente dal fatto che esso sia giusto o ingiusto, e soprattutto dal fatto che esso dipenda o non dipenda da un negozio intervenuto fra arricchente e arricchito. Naturalmente, che esso sia considerato ingiusto risulterà dall'insieme

⁸⁰ Il quale evidentemente era fra i *quidam* che professavano l'opinione contraria a quella professata da Gai. 3, 91.

⁸¹ Il vecchio testo dell'art. 1864 del CCfr, che recitava: *La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société.*

⁸² Gai. 4, 74 (*de peculio et de in rem verso agitur*); I. 4, 7, 4b (*an in rem domini versum sit*). LENEL, EP³, 279.

del contesto in cui l'espressione è inserita, perché essa viene usata appunto per giustificare una soluzione favorevole al depauperato e a scapito dell'arricchito, ma il fatto che la *versio* provenga da un negozio fra le parti non è proprio presa in considerazione. Un'espressione equivalente a *in rem versum* è '*id, quod ad eum pervenerit*'⁸³, di vasta applicazione nel campo del processo, ed in particolare impiegata a proposito delle azioni reipersecutorie pretorie che vengono concesse contro l'erede dell'autore di un delitto nei limiti dell'arricchimento. Come si comprende, in tutti questi casi di azioni date sulla base del *versum in rem* o per l'*id quod ad eum pervenerit*, l'arricchimento funziona tanto come fondamento della pretesa quanto come limite della possibile condanna del convenuto.

Delle soluzioni che abbiamo or ora esaminato, alcune sfociavano in azioni per la restituzione di un arricchimento, come quelle *in id quod ad eum pervenerit* date contro l'erede del legittimato passivo ad un'azione penale, o l'*actio utilis (in factum)* di Pomp. D. 45, 3, 66; ma quest'azione non era mai la *condictio* nel suo impiego di azione di arricchimento: se si trattava di *condictio*, essa era esperita ad altro titolo, come nel caso di Ulp. D. 12, 1, 27, dove si trattava dell'azione per la restituzione del denaro mutuato. Se tutto ciò rende palese che il sistema di sanzione dell'arricchimento ingiustificato, basato sulla *condictio* impiegata come azione di restituzione dell'arricchimento, era stato costruito secondo certe linee ben definite, la nozione di arricchimento nella sua nuda materialità – come *versio in rem*, o *id quod ad aliquem pervenerit* – era però considerata in dimensioni più vaste, e quindi adatta ad agevolare soluzioni opportune ed eque in settori specifici, come quello della responsabilità dell'erede di un soggetto obbligato *ex delicto*, ovvero, soprattutto, in una serie di situazioni casisticamente determinate. Quel che distingueva soprattutto i due campi stava nella circostanza che l'arricchimento, che veniva in considerazione come oggetto di *condictio* perché proveniente da pagamento d'indebito, attribuzioni patrimoniali *sine causa*, *datio ob rem (honestam) causa non secuta* o *causa finita*, o ancora da *datio ob iniustam causam*, era sanzionato con tale azione solo se fosse stato prodotto da un negozio intervenuto tra le parti. Questo requisito era evidentemente sentito come opportuno per contenere entro confini definiti la portata del principio che lo regge, evitando che la pretesa alla restituzione potesse sfuggire al controllo dell'ordinamento. Il limite posto dall'esigenza del *negotium contractum* era molto severo, ma si preferì non rinunziarvi modificando i principi, ma solo affidando ad una casistica controllata dal pretore – è il caso delle azioni *in id, quod ad aliquem pervenerit* – o dai giuristi.

Solo si deve notare che i giuristi, nelle loro deroghe casistiche, lavorarono anche entro il campo del sistema d'arricchimento rigorosamente definito.

⁸³ Ad esempio: Gai. D. 4, 2, 19; Gai. D. 4, 3, 26 e 28; Ulp. D. 14, 4, 7, 5; Ulp. D. 43, 16, 1, 48.

8. *Le deroghe casistiche*

Gli interventi di questo genere sono stati sicuramente assai prudenti, e quelli di cui abbiamo notizia appartengono in particolare ai due maggiori giuristi dell'epoca adrianea.

Anzitutto, riferiteci da Africano, abbiamo due soluzioni di Giuliano.

La prima:

D. 12, 1, 23 (Afr. 2 quaest.): *Si eum servam, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.*

Il caso, che espongo esplicitandone qualche dettaglio, è il seguente. In un testamento era disposto a favore di Tu un legato *per vindicationem*, cioè ad effetto reale, avente ad oggetto lo schiavo Stico; Ego – che deve supporre in buona fede – ha preso possesso dello schiavo come se fosse stato lasciato a lui stesso e lo ha anche venduto; pensiamo anche che il compratore abbia già usucapito lo schiavo, e quindi la via della *rei vindicatio* da parte di Tu sia ormai esclusa. Giuliano riconosce a favore di Tu la *condictio* per il prezzo dello schiavo, che deve intendersi come il prezzo effettivamente ricevuto da Ego in occasione della vendita: è questa solo, infatti, l'entità che può riconoscersi corrispondente alle parole di Giuliano che indicano lo specifico arricchimento realizzatosi nel caso come *ex re tua locupletior factus sim*: l'arricchimento che mi è provenuto da una cosa tua. Come si vede, qui non c'è stato alcun negozio tra Ego e Tu: il giurista fa riferimento unicamente – possiamo ben impiegare questi termini – alla *versio in rem* o a *id, quod pervenerit* ad Ego, ma l'azione accordata è una *condictio* per la restituzione dell'arricchimento.

La seconda è contenuta in un testo assai complesso, ma in questa sede è sufficiente che leggiamo, oltre all'impostazione iniziale del caso, l'ipotesi considerata alla fine:

D. 19, 1, 30 pr. (Afr. 8 quaest.): *Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit ... si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris ei consumpseris, condictio eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.*

Il caso: Tu ha comprato da Ego lo schiavo Stico munito di peculio e Stico, bricconcello, prima di essere consegnato al compratore e quindi mentre ancora si trovava presso Ego, gli ha rubato del denaro, che poi, una volta trasferitosi presso Tu, si è portato con sé. La proprietà del denaro, essendo stato rubato e non facendo parte del peculio che è stato venduto assieme allo schiavo, è rimasta a Ego, ma Tu, che non sapeva niente del furto e credeva che quei soldi facessero parte del peculio di Stico, vedendo che il peculio del suo nuovo schiavo era, a suo giudizio, eccessivamente abbondante, li toglie dal peculio (*ademit*) e li spende. Giuliano riconosce a Ego la possibilità di *condicere* la somma corrispondente a quel

denaro, espressamente motivando con un'assimilazione del caso a quello di un'attribuzione *sine causa*: precisamente egli pensa che in quel che è accaduto può ravvisarsi una situazione analoga a quella di una *traditio sine causa* di quella somma poi consumata dall'*accipiens*. Gli elementi che Giuliano impiega per stabilire l'analogia sono evidentemente impeccabili: i *nummi* erano di Ego, sono pervenuti presso Tu senza che ci fosse una ragione per questo cambiamento di possesso, ma il cambiamento di possesso è avvenuto, come se fosse stata fatta una *traditio*, perché prima del furto Ego i *nummi* li possedeva come propri, dopo il furto e finché Stico è rimasto in suo possesso egli li possedeva perché il suo schiavo possedeva per lui, dopo la *traditio* dello schiavo a Tu il possesso dello schiavo è passato a Tu e così il possesso dei *nummi* che egli aveva con sé; poi, anche se lo schiavo è divenuto di Tu o questi lo ha ricevuto *in bonis*, Tu ha continuato a possederli fino a quando non li ha spesi. La sola differenza fra tutto ciò e una *traditio sine causa* sta giusto nel fatto che una *traditio* dei *nummi* fra Ego e Tu non è mai avvenuta, né vi è stato altro negozio fra i due che potesse riguardare quel denaro: non la vendita, che aveva per oggetto lo schiavo e il peculio, perché i *nummi* non facevano parte del peculio, e non la *traditio* dello schiavo e del suo peculio, perché almeno il *dans* certo non sapeva nulla di quei soldi e non intendeva consegnarli al compratore; e tanto meno poteva riferirsi ai *nummi* la *mancipatio* dello schiavo, la quale, se pur c'è stata, si riferiva allo schiavo e non al denaro che lo schiavo avesse con sé.

Ma fra questi testi, che ammettono la *condictio* per un arricchimento non riconducibile ad un negozio, il più interessante, oltre che il più famoso, è certamente il seguente, che risale a Celso, che non solo motiva la soluzione, ma la correda di ragionamenti assai chiari:

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 propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*

Il testo merita di essere attentamente tradotto: «Se tu hai sollecitato un mutuo di denaro a me e a Tizio, e io abbia ordinato ad un mio debitore di prometterti la somma, e tu hai stipulato con lui, ritenendo che egli fosse debitore di Tizio, risulti obbligato verso di me? Esito⁸⁴, dal momento che⁸⁵ con me non hai concluso alcun

⁸⁴ Il verbo *subsisto* significa «mi fermo», con riferimento al parlare «mi interrompo»; qui dunque vuole esprimere un'idea come: devo pensarci un attimo.

⁸⁵ La congiunzione *si quidem* (*siquidem*) ha qui il senso nel quale l'ho tradotta (se è vero che, poiché), come in Cic. Tusc. 1, 54 (... *siquidem* necesse est a principio oriri omnia); 3, 8 (*Ne ista gloriosa sapientia non magno aestimanda est, siquidem non multo differt ab insania*).

negozio: ma è più corretto ritenere⁸⁶ che tu sia obbligato, non per la ragione che io ti ho dato il denaro a mutuo (questo, infatti, non può accadere se non fra i soggetti che hanno concluso il relativo accordo⁸⁷): ma siccome è mio il denaro che è pervenuto presso di te, è giusto che questo sia reso a me da te».

Un'osservazione preliminare mi sembra opportuna, dal punto di vista esegetico. Il responso che Celso riportava nei suoi *digesta* sembra essere stato dato – da lui stesso, questo è certo – su di un caso reale, perché contiene un particolare che, per una discussione teorica del problema che pone, risulta superfluo: l'Ego, che vi compare fra i protagonisti del caso, effettua una *delegatio promittendi*, che complica un poco le cose, senza cambiarne la sostanza: tanto è vero che poi, nella parte finale del discorso, dove si illustra la soluzione scelta dopo la pausa di meditazione (*Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti*), si parla come se si fosse trattato di una *delegatio solvendi* e il debitore delegato avesse direttamente dato il denaro al Tu delegatario. Per questo, per comprendere esattamente quel che Celso intende dire, dobbiamo metterci anche noi in questa prospettiva. Celso esclude che fra Ego e Tu sia stato concluso un contratto di mutuo perché non ha avuto luogo il relativo accordo; l'accordo contrattuale di mutuo funziona anche come *causa* della *traditio* del denaro: l'offerta di Ego a Tu ha bensì avuto luogo, ma Tu l'ha accettata, ricevendo il denaro dal delegato, pensando che l'offerta stessa provenisse da Tizio. Una volta escluso l'accordo di mutuo fra Ego e Tu, nessun *negotium* risulta concluso fra i due con riguardo a quel denaro⁸⁸. Se si vuole accordare ad Ego una *condictio* contro Tu, questa non potrà, di conseguenza, essere che un'azione per la restituzione dell'arricchimento di Tu: questo arricchimento indubbiamente c'è stato, perché il denaro *ad te pervenit*, ma resta la difficoltà proveniente dal fatto che non vi è stato negozio fra Ego e Tu. L'esigenza del *negotium contractum* è considerata da Celso come assai rilevante, e precisamente come un serio ostacolo a considerare sorta l'obbligazione di Tu verso Ego (*Subsisto, si quidem nullum negotium*

⁸⁶ L'avverbio *propius* è comparativo (assoluto) di *prope*, e quindi *propius est ut existimem* significa qui: che io ritenga che ... è cosa più vicina (= alquanto aderente) al vero.

⁸⁷ Cioè fra le parti che hanno concluso l'accordo di mutuo: Celso dà qui rilevanza al solo accordo negoziale del mutuo, e non anche a chi abbia effettuato la *traditio* dell'oggetto.

⁸⁸ L'accordo di mutuo, che Celso esclude, viene escluso perché Tu era convinto che il delegato fosse debitore di Tizio e non di Ego: il che implica che, se Tu fosse stato consapevole della realtà, e cioè del fatto che il delegato era debitore di Ego, l'accordo di mutuo fra Ego e Tu si sarebbe invece concretato. Quest'idea è conforme con altre soluzioni dei giuristi classici. In Paul. D. 12, 4, 9, 1 una donna ha delegato un soggetto che essa riteneva proprio debitore e che tale si credeva, a promettere a titolo di dote al proprio fidanzato; seguite le nozze, il delegato (che non ha difesa contro il marito: CANNATA, *Corso* II, 1 cit., 339) avrà contro la donna, se abbia pagato, la *condictio indebiti*, se non abbia ancora pagato, la *condictio liberationis*. Analogamente Tryph. D. 23, 3, 78, 5 (KUPISCH, 27 n. 39 cita erroneamente 68, 5). Vedi anche Pomp. D 46, 3, 66, che abbiamo già considerato in due riprese nel § 7; è la seconda ipotesi che qui più specialmente ci interessa, dove la *condictio* contro il pupillo è esclusa solo perché questi agiva senza l'*auctoritas tutoris*, ma la lacuna viene colmata con un'azione pretoria.

mecum contraxisti); ma è tutto celsino l'argomentare che scioglie i suoi dubbi. Con la sua frase lapidaria (*sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est*) egli sembra esclamare: non c'è costruzione teorica che tenga: se Tu ha avuto del denaro che veniva da Ego, giustizia vuole che Tu debba restituirlo a Ego. Come aveva scritto in un'altra occasione⁸⁹: *esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque (troppo spesso!) sub auctoritate iuris scientiae, inquit, erratur.*

III.

9. Conclusione

Con tutto quanto ho sommariamente detto finora potremmo, credo, ritenere sufficientemente delineato il sistema romano dell'arricchimento ingiustificato. Per farne una sorta di bilancio, mi potrei esprimere nel modo seguente.

Considerando il principio sul quale è basato, cioè quello enunciato da Pomponio in D. 50, 17, 206 (*neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorum*), si deve subito constatare che tale principio non vi funziona però come una clausola generale, in quanto opera con sicurezza unicamente nel settore dove l'arricchimento provenga da un negozio di attribuzione intervenuto fra arricchente e arricchito. In questo settore l'arricchimento, chiamiamolo pure la *versio in rem*, in quanto qualificabile come ingiusto, produce *re*, cioè per effetto della *versio*, in capo all'arricchito l'obbligazione di restituire al depauperato *id quod ad eum pervenerit*, sanzionata con la *condictio*.

Per la materia che sta al difuori del settore ora definito, si deve partire da una duplice considerazione. Il principio di Pomponio – tengo sia chiaro che lo chiamo così perché noi lo leggiamo in un suo testo, ma si tratta di un'idea che certo stava alla base di tutta questa materia dall'inizio della sua elaborazione – il principio di Pomponio, dunque, così com'è enunciato, vale per l'intera materia dell'arricchimento ingiustificato, cioè per qualunque *versio in rem* che possa considerarsi aver avuto luogo *iniuria* – ungerectfertigt –; solo che, se la *versio in rem* non è riconducibile ad un *negotium contractum* fra le parti, l'opportunità della sua presa in considerazione va riconsiderata caso per caso, e comunque non può ammettersi in generale che una *versio in rem* non originata da un negozio di attribuzione concluso fra le parti possa dar luogo all'impiego della *condictio* come azione per la restituzione dell'arricchimento.

Va ancora detto che il complesso dei casi, nei quali ad una *versio in rem* si riconoscono indipendentemente dalla sua base negoziale conseguenze orientate nella pro-

⁸⁹ Paul. Cels. D. 45, 1, 91, 3.

spettiva del principio generale di Pomponio, viene determinato con l'individuazione di situazioni che, se non considerate sotto il profilo dell'arricchimento ingiustificato, resterebbero sfornite di tutela, e quindi vengono prese in considerazione con l'idea di colmare lacune: vuoi lacune che l'analisi casistica rivela come conseguenza dell'eccessivo rigore del sistema di sanzione dell'arricchimento mediante *condictio*, vuoi lacune che si manifestano qua o là nell'insieme delle strutture dell'ordinamento. Di conseguenza, gli interventi che considerano l'arricchimento come unicamente rapportato alla *versio in rem* presentano, nel loro insieme, un carattere sussidiario.

L'ultimo, in ordine cronologico, di tali interventi casistici, è stato quello che si legge alla fine di un rescritto emanato a Bisanzio dall'imperatore Diocleziano l'8 aprile dell'anno 293⁹⁰:

C. 4, 26, 7, 3: *Alioquin si cum libero rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit.*

Il caso è molto semplice. G, come gestore di affari e quindi sfornito di poteri di rappresentanza⁹¹, ha concluso con B un mutuo per conto di A ricevendo la relativa somma. Siccome poi il denaro non è stato restituito, B, che potrebbe agire contro G⁹² con la *condictio* basata sul mutuo, preferisce, evidentemente perché non ha fiducia nella solvibilità di G, esercitare l'azione contro A: ma l'Imperatore lo informa che, a meno che A abbia ratificato il mutuo concluso per suo conto, tale azione – che è sempre l'azione basata sul mutuo – gli sarà possibile solo⁹³ se *in rem eius pecunia processit*.

⁹⁰ Spesso si ritiene che questo rescritto di Diocleziano trovi uno specifico precedente in un altro rescritto della tarda epoca classica, dell'anno 194, dovuto agli imperatori Settimio Severo e Caracalla, C. 8, 15, 1, ma il problema vi è diversamente impostato: *Procurator citra domini voluntatem domum pignori frustra dedit. si tamen pecuniam creditoris in rem domini versam constabit, non inutilis erit exceptio dumtaxat quod numeratum est exsolvi desideranti*. A me pare che caso e decisione debbano ricostruirsi come segue (P = *procurator*, che supponiamo pure senza rappresentanza; D = *dominus* di P; C = *creditor*): P ha preso denaro a mutuo da C nell'interesse di D, e come garanzia ha dato a pegno (con trasferimento del possesso) un immobile di D senza averne il potere; D rivendica l'immobile a C; C solleva l'eccezione di dolo opponendo il pegno; la sua eccezione va presa favorevolmente in considerazione se C sia disposto a restituire l'immobile ove D gli paghi quanto del mutuo gli è pervenuto (*pecuniam in rem di D versam*). Il problema che gli Imperatori considerano è unicamente quello del pegno, che è invalido ma ha tuttavia, di fatto, creato una situazione favorevole a C, dalla quale non sarebbe giusto prescindere. La soluzione pare dunque essere basata sulla considerazione, unicamente d'equità, che C deve pur giovare della situazione, che di fatto si è creata, nei limiti dell'arricchimento che D ha avuto a sue spese.

⁹¹ Questa mia precisazione, che indica la qualità di semplice gestore di affari di B come argomento per concluderne che questi non era rappresentante di A, può stupire chi crede ancora che i giuristi romani non avessero nozione della rappresentanza negoziale diretta. Ma mi limito qui a citare Ulp. Pomp. D. 16, 3, 1, 11, testo certamente tutto genuino, nel quale, con riguardo ad un mandatario, le due ipotesi del mandato con rappresentanza e senza rappresentanza sono considerate in modo parallelo e con tutta naturalezza.

⁹² Il gestore G resta comunque obbligato *principaliter*, come conferma C. 4, 2, 13 a. 294.

⁹³ Come è palese confrontando quel che dico con il testo diocleziano, ho dato al pensiero dell'Im-

Il caso e la sua soluzione sono strettamente analoghi a quelli del mutuo fatto ad un soggetto che agiva per conto di una città, che già avevamo letto in Ulp. D. 12, 1, 27, e quindi il testo non aggiunge nulla alla descrizione del regime romano dell'arricchimento che avevo già proposto. Ma C. 4, 26, 7, 3, dopo un intervento del glossatore Roffredo di Benevento⁹⁴, fu utilizzato, insieme a quello di Celso (D. 12, 1, 32) che prevedeva quella che venne denominata *condictio Iuventiana*, per costruire un'azione generale di arricchimento basata unicamente sulla *versio in rem* e chiamata infine *actio de in rem verso* o *Versionsklage*.

La storia di questa azione non spetta a me raccontarla. Devo solo notare che una simile azione non esisteva nel diritto romano né classico, né epiclassico o post-classico, né giustiniano: anzi, l'idea che la regge è direttamente in contrasto con il pensiero degli antichi giuristi. In tutto il diritto romano la sola azione generale d'arricchimento, e con un carattere generale circoscritto nel settore delle attribuzioni provenienti da un negozio concluso fra le parti dell'arricchimento, era la *condictio* impiegata a tale scopo ovvero, nel diritto giustiniano, l'insieme delle *condictiones* dei titoli 12,4-12,7 del Digesto; un'azione generale di arricchimento fondata nella pura e semplice *versio in rem* a prescindere dalla sua origine negoziale non esisteva; la stessa soluzione diocleziana non presenta un'azione d'arricchimento, perché l'azione prevista è l'azione da mutuo, concessa al mutuante contro un soggetto diverso dal mutuatario in considerazione del fatto che la *versio* aveva avuto luogo a favore di un soggetto diverso da costui. Queste soluzioni adottate considerando la *versio* in se stessa erano, nel diritto romano, semplici interventi casistici correttivi di un sistema d'arricchimento diversamente stabilito in modo rigoroso, e quando esse si concretassero nell'impiego eccezionale della *condictio* in restituzione dell'arricchimento – come nel caso della *condictio Iuventiana* – questa *condictio* assumeva naturalmente carattere di azione sussidiaria.

L'operazione effettuata dai giuristi del diritto comune col creare l'*actio de in rem verso* come azione generale di arricchimento condusse alla costruzione di un nuovo sistema per la sanzione dell'arricchimento ingiustificato, basato su di un'azione

peratore, senza affatto modificarne la sostanza, una forma che meglio lo inserisce nel discorso che stiamo facendo.

⁹⁴ ROFFREDUS BENEVENTANUS, *Solemnia atque aurea tractatus libellorum*, Argentorati 1502, pars I fol. 18. Vedi KUPISCH, 37, ma soprattutto KUPISCH, *Die Versionsklage*, Heidelberg 1965, 13 s. Il commento di Roffredo è il seguente: *Quaestio. Sed illud quaeritur: pone quod aliquis liber homo gerebat negotia tua et pecuniam sibi[rectius: ei] mutuavi. et illam expendit in tuam utilitatem: utrum possim agere contra te actione de in rem verso. Respondeo: potes: quia utilis de in rem verso competit: quia sententia concordat: licet verba deficiant.* Roffredo parlava di *actio de in rem verso utilis* unicamente perché nei paragrafi precedenti della costituzione si parlava dell'*actio de peculio et de in rem verso* per un mutuo fatto ad uno schiavo altrui, in particolare isolando l'*actio de peculio* come azione esperibile contro il *dominus* dello schiavo mutuatario in vita dello schiavo e per un anno dopo la sua morte, e l'*actio de in rem verso* come azione pretoria esperibile contro il *dominus* o i suoi eredi dopo l'anno dalla morte dello schiavo. Ciò spiega anche perché nel § 3 si indichi espressamente il gestore d'affari come uomo libero. Noterò ancora che la denominazione di *actio de in rem verso utilis*, che usava talora la vecchia romanistica e non compare nelle fonti romane, ha probabilmente origine da questo testo di Roffredo.

con un vastissimo campo d'applicazione, che tende a presentarsi con due linee caratteristiche: il principio di Pomponio vi funziona come una clausola generale, e l'azione corrispondentemente generale presenta carattere sussidiario. Fra i casi nei quali l'impiego dell'*actio de in rem verso* è impedito dalla sua stessa sussidiarietà vengono in considerazione tutti quelli nei quali alla sanzione dell'arricchimento si perviene con l'esperimento di un'azione diversa nei limiti dell'arricchimento, come l'*actio mutui de in rem verso* risultante da C. 4, 26, 7, 3.

La dottrina del diritto comune definì dunque, sulla base delle fonti romane, due sistemi per la sanzione dell'arricchimento ingiustificato, quello delle *condictiones* e quello dell'azione (sussidiaria) *de in rem verso*, concepiti entrambi come sistemi compiuti e quindi senza spazio per una casistica integrativa. Questi due sistemi erano destinati a passare nei moderni diritti codificati: ma ciascun ordinamento ha scelto fra l'uno e l'altro. Cosicché attualmente noi abbiamo ordinamenti che adottano il sistema delle *condictiones* giustinianee, e sistemi che adottano l'*actio de in rem verso*, col risultato che negli uni la disciplina normativa dell'arricchimento appare troppo ristretta e negli altri troppo dilatata. Con compiti nuovi, dunque, o piuttosto – forse – vecchi, per giurisprudenza e dottrina⁹⁵.

⁹⁵ Il carattere sintetico di questa esposizione ha impedito di considerare alcuni dettagli importanti del regime romano dell'arricchimento, primo fra i quali quello della misura della restituzione dovuta dall'arricchito all'arricchente. La trattazione più ricca di questo problema resta ancora, io credo, quella del WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹ (KIPP) II, Frankfurt a.M. 1906 (repr. Aalen 1984), 886 ss. Ma vedi sempre le sintetiche osservazioni del KUPISCH, 1 s.; 27 s. Mi limito qui a ricordare che il punto di partenza dell'impostazione romana di questo problema risiede sempre nel fatto che l'arricchito è obbligato *re*, e quindi precisamente alla restituzione di quel che è entrato nel suo patrimonio. Ciò non toglie che, su questa base, si siano potute introdurre regole come quella secondo la quale l'arricchito deve restituire anche i frutti e le accessioni della cosa (Iul. D. 12, 4, 7, 1; Paul. D. 12, 4, 12; Paul. D. 12, 6, 15 pr.; Paul. D. 12, 6, 65, 4; Paul. D. 22, 1, 38, 1-3) dedotte le spese (Paul. D. 12, 6, 65, 5). Vedi anche le due soluzioni casistiche esposte verso la metà di Ulp. D. 12, 6, 26, 12 (*vel hominem indebitum-operas essem conducturus*). Si dice anche, spesso (già WINDSCHEID cit., 887 con la n. 3), che nel caso la cosa da restituire sia determinata nella specie, il suo perimento senza colpa del debitore estingue l'obbligazione di restituirla, ma non mi paiono affatto probanti né i testi che si adducono a favore di questa regola (Iul. D. 12, 6, 32 pr.; Paul. D. 12, 6, 65, 8; Ulp. Iul. Cels. Marcell. D. 12, 6, 26, 12) né quelli dai quali si vuol ricavare la regola reciproca della responsabilità dell'arricchito per la perdita colpevole della cosa (ancora D. 12, 6, 26, 12 a D. 12, 6, 65, 8, nonché Paul. D. 22, 1, 38.1; Iul. D. 39, 6, 19; Iul. D. 39, 6, 37, 1; Paul. D. 39, 6, 39), perché tutti trattano di problemi diversi. È certo che queste pretese regole sono quelle generali della responsabilità contrattuale, ma si deve tener conto del fatto che la rispondenza dell'arricchito non proviene da contratto, ma da una situazione che, se certo non equivale a quella di un ladro, le è in qualche misura simile, almeno se vista sotto una certa prospettiva, cioè quella di colui che *iniuria locupletus factus est*, sicché può ben pensarsi che i giuristi romani lo considerassero tenuto a restituire l'arricchimento avuto anche se al momento della *condictio* esso era svanito. Questo era il regime della *condictio ex causa furtiva*, a proposito della quale Gaio scriveva (Gai. 2, 79) che *extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt*. Io mi sentirei di credere che i soggetti arricchiti *iniuria* fossero fra quei «certi altri possessori» ai quali si potevano *condicere* le cose perite. Cfr. Pomp. D. 12, 6, 7. Certo esiste una casistica in materia, ma se ne veda la particolare impostazione, ad esempio in Ulp. D. 12, 4, 5, 4.

'EXCEPTIO DOLI GENERALIS' E DIRITTI REALI *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La casistica in materia di diritti reali dell'*exceptio doli generalis* presente nelle fonti romane. – 3. Alcuni casi in materia di proprietà. – 4. L'impiego dell'*exceptio doli* per permettere al possessore di buona fede, convenuto con la *rei vindicatio* dal proprietario, di far valere nel giudizio la sua pretesa al rimborso delle spese utili effettuate. – 5. Alcuni testi in materia di servitù prediali. – 6. Un testo in materia di usufrutto. – 7. Un testo in materia di pegno e uno che probabilmente riguardava la *fiducia cum creditore*. – 8. Come conclusione.

1. Premessa

La denominazione tecnica di *exceptio doli generalis* non compare nelle fonti romane¹. Tuttavia sembra abbastanza semplice individuarne l'origine.

Possiamo partire dalla constatazione che però esiste un testo, un notissimo testo, nel quale è detto che l'*exceptio doli* è *generalis*. Alludo, naturalmente, a:

Ulp. 76 *ad ed.* D, 44, 4, 4, 33: *Metus causa exceptionem Cassius² non proposuerat, contentus doli exceptione, quae est generalis: sede utilius visum est etiam de metu proponere exceptionem. etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio in rem scripta est 'si in ea re nihil metus causa factum est', ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo qui agit. et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiciatur, verumtamen hoc iure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocumque adhibito exceptio obici possit.*

Ora, nella Glossa ordinaria alla *lex* ora riportata, si legge la glossa seguente³:

* Pubblicato in *L'eccezione di dolo generale – Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di Luigi Garofalo, Cedam, Padova 2006.

¹ Alla letteratura sull'*exceptio doli* nel diritto romano elencata in M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München 1971, 488, nt. 38, e in M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, 261 ss., ntt. 35 ss., adde U. ELSENER, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, Bâle 2004.

² Vi sono autori che ritengono che questa citazione di *Cassius* non si riferisse al giurista, ma ad un pretore: ma non mi pare che l'ipotesi sia sostenibile, malgrado l'impiego del verbo *proposuerat*.

³ Vedi anche M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I-II, Milano 1973 (la numerazione delle pagine è unica e continua per i due volumi, sicché li citerò senza distinguergli; il II s'inizia con la p. 327), 41, nt. 60 (dove si cita opportunamente anche AZO, *Summa Codicis* 2, 20, *de dolo malo* num. 5).

gl. *generalis ad D. 44, 4, 4, 33: ut supra l. 2 § generaliter.*

Con l'*allegatio*, alla quale questo intervento si riduce, il glossatore intendeva dire, come si vede, che la qualifica di *generalis* dell'*exceptio doli* risulta spiegata da:

Ulp. 76 *ad ed. D. 44, 4, 2, 5: Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolo, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.*

Si può anche considerare il calzante esempio che Ulpiano aggiungeva subito nel § 6:

Ulp. 76 *ad ed. D. 44, 4, 2, 6: Non male dictum est, si creditor in futurum usuras acceperit, deinde pecuniam nihilo minus petat, antequam id tempus praetereat, cuius temporis usuras accepit, an doli exceptione repellatur. et potest dici dolo eum facere: accipiendo enim usuras distulisse videtur petitionem in id tempus, quod est post diem usurarum praestitarum, et tacite convenisse interim se non petiturum.*

E si veda anche Pap. 3 *quaest. D. 44, 4, 12: Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.*

Come testo che presenta l'*exceptio doli* come munita di un carattere generale in entrambi i sensi che abbiamo incontrato può forse addursi:

Paul. 71 *ad ed. D. 44, 4, 1, 1: Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit. 2. Sed an dolo quid factus sit, ex facto intellegitur. 3. Et quidem dolo fit tam in contractibus quam in testamentis quam in legibus.*

Come si vede, l'appellativo di *generalis* dato all'*exceptio doli* in Ulp. Cass. D. 44, 4, 4, 33 non dipendeva da una diairesi; vi si voleva solo dire che tale eccezione ha portata generale, in quanto con essa si può opporre all'attore qualunque comportamento doloso, e quindi comprendere anche la fattispecie del *metus*, perché questo è pure un comportamento doloso. L'obiezione che Ulpiano formula a Cassio, infatti, non nega che l'incutere *metus* per indurre altri a far qualcosa sia un comportamento doloso; essa nota solo che l'*exceptio doli*, dato il modo in cui il suo testo è concepito (*personam complectitur eius, qui dolo facit*)⁴, non servirebbe nel caso in cui il *metus* del convenuto non sia stato provocato personalmente dall'attore.

Il glossatore, per spiegare il carattere generale dell'*exceptio doli*, adduceva D. 44, 4, 2, 5 correttamente: egli si riferiva al testo nel suo complesso, e si basava certo sulla sua prima parte, dove si afferma che l'*exceptio doli* comprende tutte le ec-

⁴ Il testo (editale: O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*³, Leipzig 1927, 512) dell'*exceptio doli* risulta da Gai. 4, 119: *Si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat.*

cezioni *in factum* (= non previste espressamente nell'editto): il senso di tale affermazione è infatti che l'attore è sempre in dolo se tiene un comportamento che il pretore potrebbe sanzionare con un'*exceptio* decretale. Ma siccome per i lettori medievali del Corpus *iuris* le eccezioni *in factum* sono pure previste nei *libri legales*, per loro la parte più rilevante del discorso di Ulpiano diventa la seconda, dove egli dice che l'*exceptio doli* spetta al convenuto anche contro un attore che non abbia commesso dolo prima di esercitare l'azione, ma sia in dolo nell'esercizio dell'azione: e si tratta precisamente dell'impiego che, dell'*exceptio doli*, permetteva la parte finale del suo testo edittale, dove viene detto espressamente che mediante l'eccezione viene opposto anche il dolo che si sa concretato con l'esercizio dell'azione⁵ stessa. Quest'ultima diventa così la caratteristica specifica dell'impiego dell'*exceptio doli* in quanto *generalis*, e ciò ha fatto sì che in questo impiego l'eccezione venisse denominata *exceptio doli generalis*.

Quanto al rapporto fra l'*exceptio doli* e le altre eccezioni previste nei *libri legales* che considerano situazioni nelle quali il dolo si manifesta solo con l'esercizio dell'azione (come ad esempio l'*exceptio rei venditae et traditae*), esso viene ad essere costruito come un'ipotesi di concorso (alternativo) dell'*exceptio doli* con ciascuna di tali altre eccezioni. Fra i numerosi testi, dai quali emerge bene questo risultato dell'evoluzione, scelgo il seguente dello Stryk:

STRYK. *Usus modernus Pandectarum* 44, 4 §1: *Exceptio doli mali pariter ac exceptio metus hodie frequentissima est. Et quidem exceptio doli specialis datur, quando dolus in ipso negotio admissus fuit l. 1. § 2 et 3 h. t. alias vero eadem quoque latissime patitur, adeo, ut toties opponi possit, quoties ab altero aliquid contra aequitatem petitur, unde etiam exceptio doli generalis dicitur et cum reliquis concurrat, v. g. si jam solvi, et tu nihilominus debitum adhuc semel praetendis, v. l. 2 § 4. et 5. h. t. ...*

Come si vede, si è giunti così ad una vera e propria diairesi: l'*exceptio doli* può essere un'*exceptio doli specialis* quando si tratta di quella che si denomina pure, nelle fonti del diritto intermedio, *exceptio doli praeteriti*; oppure può essere un'*exceptio doli generalis* (o *exceptio doli praesentis*). Quest'ultima concorre con le altre eccezioni *in factum* che le fonti prevedono.

E non interessa a questo proposito notare, sotto il profilo esegetico del testo dello Stryk, che l'esempio con il quale il testo stesso si chiude è scorretto: infatti, nel caso propostovi – che A agisca contro B per pretendere il pagamento di un debito che B aveva verso di lui, ma che è già stato pagato – B oppone ad A il fatto dell'avvenuto pagamento, e quindi un fatto estintivo dell'obbligazione, con il che quel che B oppone ad A non è un'eccezione, bensì

⁵ Precisamente, con la conclusione della *litis contestatio* dell'azione esercitata. Questo significato del tenore edittale dell'*exceptio* risulta dalle sue parole finali (*neque fiat*). Infatti le parole dell'*exceptio* sono parole che fanno parte della formula dell'azione in cui l'eccezione risulta opposta, e il tempo presente (*fiat*, qui presente congiuntivo) nel testo formulare fa riferimento al momento della *litis contestatio*.

una difesa in senso stretto, la quale tende a dimostrare che la pretesa dedotta da A in giudizio non è fondata: o, se si vuole, non esiste.

A conclusione di questa breve precisazione preliminare possiamo dire che la terminologia di *exceptio doli generalis* nel senso di *exceptio doli praesentis* certo non è romana, ma è stata creata dalla giurisprudenza dell'età intermedia. Possiamo tuttavia nel contempo affermare che la corrispondente nozione era ben presente nel pensiero della giurisprudenza classica, e che l'operazione terminologica e definitoria che partì dalla Glossa rappresentò un correttissimo ed anzi opportuno chiarimento di carattere esegetico di una struttura dommatica romana⁶.

2. La casistica in materia di diritti reali dell'*exceptio doli generalis* presente nelle fonti romane

Quel che mi propongo di presentare in questo contributo al nostro seminario è una casistica dell'*exceptio doli generalis* in materia di diritti reali. Quel che precisamente intendo fare è di raccogliere una serie di testi, nei quali l'*exceptio doli* viene impiegata nella funzione che i giuristi, dal medio evo in poi, ritenevano propria di quella che essi denominavano *exceptio doli generalis*; vale a dire, in particolare, quando il dolo dell'attore viene considerato manifestarsi nell'esercizio dell'azione stessa nella quale l'eccezione viene opposta. Naturalmente, non ho affatto l'idea di indicare una casistica esauriente. Un primo limite è già rappresentato dal fatto che non ho effettuato la ricerca con lo scopo della perfetta completezza, ma piuttosto cercando esempi che mi sembrano particolarmente interessanti. D'altra parte, molti dei casi che toccano la materia dei diritti reali implicano anche problemi d'altro genere, in particolare quelli delle successioni: e qui mi sono limitato a presentare qualche caso in cui il problema trattato era eminentemente un problema di diritti reali. Infine, anche così, ho concentrato l'attenzione su testi che permettevano di trattare problemi diversi, per cercar di mostrare come la materia in questione si presenti sfaccettata, e caratteristicamente adatta ad una trattazione casistica.

⁶ Fra i testi, che nel Digesto individuano e descrivono caratteri generali dell'*exceptio doli*, che possono venire in considerazione nella pratica, mi sembra siano particolarmente da ricordare i due seguenti. Nel primo si spiega come all'*exceptio doli* non possa opporsi la *replicatio doli*: Ulp. 76 ad ed. D. 44, 4, 13: *Marcellus ait adversus doli exceptionem non dari replicationem doli. Labeo quoque in eadem opinione est: ait enim iniquum esse communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero, cum quo ageretur, poenae esse, cum longe aequum (corr. aequius?) sit ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi*. Nel secondo si stabilisce il carattere perpetuo dell'*exceptio doli*: Paul. 71 ad ed. D. 44, 4, 5, 6: *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur*.

3. Alcuni casi in materia di proprietà

Incomincerò con un testo che tratta di un caso particolare in materia di *rei vindicatio*:

Ulp 76 ad ed. D. 44, 4, 4, 7: *Labeo ait, si de homine petito secundum actorem fuerit [iudicatum] <pronuntiatum> et iussu iudicis satisdatum sit hominem intra certum diem tradi et, si traditus non fuisset, poenam stipulatus sit, petitorem, qui et hominem vindicat et poenam petit, exceptione esse repellendum: iniquum enim esse et hominem possidere et poenam exigere.*

Nel riportare il frammento, ho corretto in *pronuntiatum* la parola *iudicatum*: l'ho fatto soprattutto per chiarezza, ma riterrei che Ulpiano abbia usato proprio, nel luogo indicato, il verbo *pronuntiare*, perché è ovvio che si riferisse alla pronunzia che il giudice effettuava nel corso del giudizio⁷, dopo l'istruzione probatoria (e le arringhe dei difensori delle parti), e non alla sentenza. Il caso, infatti, è il seguente, AA ha esercitato contro NN la *rei vindicatio* dello schiavo Stico, ed il giudice, assunte le prove, ha pronunziato *secundum AA*, ordinando a NN di restituire, ed ha scelto, tenuto anche conto di eventuali istanze delle parti, di formulare l'ordine di restituzione disponendo «che NN presti ad AA *satisdatio* con garanti idonei che trasferirà ad AA il possesso dello schiavo *q.d.a.* entro trenta giorni e che, se il possesso non sarà trasferito, pagherà ad AA la somma di 10.000 sesterzi» (naturalmente ho concretato a mio arbitrio il termine e la somma). A questo punto è chiaro un particolare, dal quale dipende la soluzione che poi darà Labeone: è chiaro, voglio dire, che la somma indicata come pena per il mancato trasferimento del possesso deve corrispondere alla somma alla quale NN verrebbe condannato se non effettuasse la *restitutio*, somma che, comunque venga calcolata, rappresenta il valore della cosa rivendicata. Siccome poi NN ha eseguito la *restitutio* così come gli era stata richiesta, e cioè ha prestato quella *satisdatio*, la sentenza che è stata subito dopo pronunziata è stata una sentenza di assoluzione. Se poi NN non effettua il trasferimento del possesso entro il termine previsto, AA avrà bensì due alternative: quella di rivendicare di nuovo (la rivendica è normalmente replicabile, e l'*exceptio*

⁷ Per l'interpolazione si era pronunziato G. BESELER, *Beiträge*, II, Tübingen 1911, 149. La mia posizione è in qualche modo simile a quella di E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klass. röm. Recht*, II, 1, Berlino 1922, 118 con la nt. 5 (del Levy si veda comunque tutta la parte dedicata al testo, p. 118 ss., con discussione della letteratura precedente). Non credo invece possa seguirsi E. BETTI, *Sulla opposizione della 'exceptio' all'actio*, Parma 1913, 38 nt. 1. Il testo in esame è stato considerato «fortemente rimaneggiato» piuttosto dalla letteratura più recente (M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV, 1955, 161 ss.; M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 224 s.) che non da quella interpolazionistica: qui non ho spazio per analizzare criticamente queste ultime opinioni, e devo limitarmi a proporre (sopra, nel testo) quella che mi sembra essere la semplice ricostruzione del caso (da dubbi sulla struttura del caso discendono infatti le critiche più recenti).

rei iudicatae vel in iudicium deductae le sarà opponibile solo se, *causa cognita*, risultassero sussistere ragioni particolari⁸) e quella di *condicere* la somma oggetto della *satisfatio*. E Labeone precisa che l'alternativa è assicurata dall'impiego dell'*exceptio doli* nella seconda azione che venga esperita.

Ma può forse dirsi qualcosa di più preciso.

Nelle due locuzioni del testo '*qui et hominem vindicat et poenam petit*' ed '*iniquum enim esse et hominem possidere et poenam exigere*' l'ordine delle parole sembra indicare che Labeone considerasse solo l'ipotesi nella quale il proprietario della cosa rivendicata avesse, dopo la sentenza, esperito prima la nuova *rei vindicatio* e la *condictio* dopo la vittoria nella prima azione. Il secondo esperimento della *rei vindicatio* poteva, in questo caso, apparire giustificato anche dal fatto che, essendo la prima stata esperita quando il possessore non era in grado di restituire o avrebbe subito forti danni dalla restituzione immediata, non si era risolta con la restituzione del possesso della cosa, e quindi l'attore aveva uno specifico interesse ad esperirla di nuovo quando le remore alla restituzione specifica del convenuto fossero cessate; questo argomento poteva convincere il pretore a non accordare al convenuto l'*exceptio rei iudicatae*, se questi l'avesse richiesta. Per ostacolare la successiva *condictio*, il convenuto non avrebbe poi avuto se non l'*exceptio doli*, e si tratta precisamente di un'*exceptio doli generalis* nel senso che abbiamo stabilito, in quanto il dolo dell'attore si concreta precisamente nell'esercizio di un'azione che gli spetta sulla base del *ius civile*, ma che egli esercita in mala fede (si ricorderà il *ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit* di Paul. D. 44, 4, 1, 1).

Passiamo a considerare un testo abbastanza noto:

Ulp. 76 *ad ed.* D. 44, 4, 4, 32: *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Mevio vendiderit et [tradiderit] <mancipaverit>: Iulianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et, si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summovertur et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem 'si non suus esset' replicatione uteris, ac per hoc intellexeretur eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberet.*

Questo testo⁹ pone un problema preliminare, che è quello della sua eventuale interpolazione. Vi si dice che il fondo in questione è stato venduto e fatto oggetto di *traditio* due volte: si tratta di stabilire se in entrambi i luoghi la menzione della

⁸ Questo si desume chiaramente da Gai. 4, 107. Una *vindicatio* esperita in un momento diverso da una precedente non è, infatti, *de eadem re*, perché tende ad accertare la proprietà dell'attore in un tempo diverso. Ad esempio, se AA ha rivendicato lo schiavo Stico da NN il primo maggio, e ha perso, e poi il 20 maggio compra lo schiavo da AA, che gliene fa la *mancipatio*, il primo giugno può certo rivendicare lo schiavo Stico da AA, se questo lo possiede ancora o ne è venuto in possesso senza titolo. U. ELSENER, *Les racines*, cit., 134 s., nota bene che il Brutti (che per altro riprende il pensiero del Marrone) non ha ragione nel supporre un rimaneggiamento del testo a questo proposito.

⁹ Vedi anche Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 1, 72 e Pomp. 2 *ex Plaut.* D. 21, 3, 2: il testo è quasi identico. Sul testo H. KRÜGER, *Beiträge zur Lehre von der 'exceptio doli'*, I, Halle, 1892, 13 s.; 51 s.; 81; 91.

traditio risulti interpolata in luogo della *mancipatio* o no. Il problema riguarda la descrizione del caso, prima che i meccanismi della sua soluzione. I personaggi, comunque, sono:

Sempronio,	proprietario originario del fondo
Tizio,	venditore (due volte)
Tu,	primo compratore
Mevio,	secondo compratore

La serie chiara degli eventi è la seguente, nell'ordine cronologico della loro successione:

- I) Tizio vende a Tu il fondo di Sempronio (vendita 1)
- II) Tizio diventa erede di Sempronio
- III) Tizio vende il fondo a Mevio (vendita 2)

Ora:

Alla vendita 1 è senza dubbio seguita la *traditio*; infatti, la tutela di Tu come Tizio, che poi il testo descrive, è quella dell'*in bonis*, la quale suppone che Tu sia divenuto possessore della cosa. Che sia stata anche fatta la *mancipatio* è indifferente, perché questa *mancipatio* sarebbe comunque stata inefficace, per essere stata fatta *a non domino*. Possiamo dunque conservare, nel luogo relativo, il tenore attuale del testo: *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit*¹⁰.

Per la vendita 2 il problema si pone. Si dice¹¹: come potrebbe Tizio eseguire con una *traditio* la sua seconda vendita fatta a Mevio, se aveva già fatto la *traditio* a Tu, e quindi il possessore attuale era allora costui? L'obiezione resta forte, anche se la tradizione di un immobile è di fatto possibile anche senza averne effettivamente il possesso: però in questo caso il suo effetto, se lo si accettasse, porrebbe problemi di possesso che nel testo non compaiono. Ciò induce a credere che la vendita 2 sia stata eseguita senza *traditio* e con *mancipatio*; quanto alla *mancipatio*, è certo comunque che essa sia stata fatta da Tizio a Mevio, perché se no il giurista non avrebbe potuto, nel seguito del testo, ipotizzare una rivendica di Mevio contro Tu e l'opposizione dell'*exceptio iusti dominii* da parte di Mevio nella *Publiciana* intentatagli da Tu (e non si può supporre che come base per la rivendica e l'*exceptio iusti dominii* Mevio potesse pensare alla propria usucapione del fondo, perché tutta la vicenda si svolge entro il tempo in cui Tu è ancora protetto dalla *Publiciana*). Tale *mancipatio*, dunque, di Tizio a Mevio era valida ed efficace a favore di Mevio, perché Tizio era ormai *dominus* del fondo in quanto erede di Sempronio. Tuttavia, co-

¹⁰ Alcuni autori (vedi *Ind. itp.* ad h. l.) hanno voluto espungere il successivo *pretio soluto*, ma il problema, ai nostri fini, non ha rilevanza.

¹¹ Vedi da ultimo U. ELSENER, *Les racines*, cit., 71 ss.

me dice il testo, per effetto della sua vendita precedente, Tizio, per quanto *dominus*, non aveva il fondo *in bonis*, e quindi ha trasferito a Mevio solo il suo *nudum ius Quiritium*¹². Questa soluzione è, da ultimo, quella della Elsener, ma l'idea ne era già presente in R.J. POTHIER, *Traité du droit de domaine et de propriété*, n° 296 alla fine¹³.

Il problema centrale del testo riguarda l'eventuale rivendica di Mevio contro Tu, nella quale a Tu è accordato di difendersi opponendo l'*exceptio doli*, che in questo caso è bensì un'*exceptio doli generalis* – nel senso che abbiamo stabilito – ma il suo impiego va qui inquadrato nei meccanismi del regime dell'*in bonis*, al quale risulta assoggettato tanto Tizio quanto Mevio, quest'ultimo in conseguenza dal suo acquisto (derivato) da Tizio del diritto sul fondo.

In alternativa con l'*exceptio doli*, il testo parla di un'*exceptio in factum*, che in genere gli autori tendono a identificare specificamente nell'*exceptio rei venditae et traditae*¹⁴, giungendo a supporre un'interpolazione corrispondente¹⁵. Ma io credo che le cose stiano altrimenti. L'eccezione che il giurista intendeva menzionare è un'*exceptio rei venditae et traditae*, ma per una vendita e *traditio* non effettuata al convenuto dall'attore, e quindi egli preferiva evitare la denominazione usuale, perché in realtà l'eccezione concessa non poteva avere il tenore usuale.

Il testo seguente¹⁶ contiene una precisazione con carattere di regola casistica, che individua un'eccezione ad una regola generale:

Ulp. 76 *ad ed.* D. 44, 4, 4, 27: *De auctoris dolo exceptio emptori non obicitur, si autem accessione auctoris utitur, aequissimum visum est [ei, qui ex persona auctoris utitur accessione,]*¹⁷ *<eum>*¹⁸ *pati dolum auctoris: et peraeque traditur rei quidem cohaerentem exceptionem etiam emptori nocere, eam autem, quae ex delicto personae oriatur, nocere non oportere.*

¹² Ulp. 46 *ad ed.* D. 50, 17, 54.

¹³ Naturalmente, il Pothier (la prima edizione del 'Traité' citato è del 1772) considerava la *traditio* munita di causa come modo di trasferimento della proprietà di qualunque cosa, secondo il sistema giustiniano. Il passo al quale mi riferisco è riportato anche nei miei *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, Torino 2005, 144 s.

¹⁴ Vedi in proposito P. BONFANTE, *Sulla 'exceptio rei venditae et traditae'*, in *Scritti giuridici*, II, Torino 1918, 458.

¹⁵ Per vero, la sola proposta in questo senso che viene registrata nell'*Ind. itp.* consiste in un'interpretazione (espressamente considerata incerta, con l'aggiunta di un punto interrogativo) di quanto si legge in H.G. SECKEL, *Heumanns Handlexikon*⁹, Jena 1907, voce *exceptio*, 3A d) in due riprese, verso la fine della p. 181: ma a me non pare che si tratti di una proposta d'interpolazione.

¹⁶ H. KRÜGER, *Beiträge*, cit., 82 s.; U. ELSENER, *Les racines*, cit., 177, ntt. 353 e 359.

¹⁷ *Del.* P.K. KRÜGER (nell'*editio minor*).

¹⁸ Aggiunta mia, che mi pare necessaria se si accetta la correzione del Krüger di cui alla nota precedente.

Siccome *peraeque traditur* significa 'precisamente nella stessa linea è principio tradizionale', sembrerebbe che Ulpiano considerasse che, nel caso il dolo dell'*actor* infici il suo possesso, quando di questo si avvalga il compratore per prolungare il proprio, l'*exceptio doli* deva considerarsi alla stregua di un'*exceptio rei cohaerens*.

4. *L'impiego dell'exceptio doli per permettere al possessore di buona fede, convenuto con la rei vindicatio dal proprietario, di far valere nel giudizio la sua pretesa al rimborso delle spese utili effettuate*

Si tratta, in sostanza, di un impiego dell'*exceptio doli generalis* che permette al convenuto di far valere, mediante il meccanismo dell'eccezione combinato con quello della *restitutio*, una domanda riconvenzionale nel procedimento di rivendica di una cosa¹⁹. Il caso più frequentemente considerato nelle fonti è quello della costruzione sul suolo altrui²⁰: lo troviamo sintetizzato nel seguente testo di Paolo:

Paul. 3 resp. D 44, 4, 14: *Paulus respondit eum, qui in alieno solo aedificium extruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam si²¹ possideat et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.*

¹⁹ Di questi testi avevo già trattato nel contributo ('*Bona fides*' e strutture processuali, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, a cura di L. Garofalo, I, Padova 2003, 264 ss.) al Convegno (2001) in onore di Alberto Burdese, dove ho potuto constatare che all'amico Mario Talamana non piace l'impiego che faccio qui della nozione di domanda riconvenzionale. Se mi permetto di insistervi, è perché ho della domanda riconvenzionale l'idea che essa consista in una domanda del convenuto, che si fonda sugli stessi fatti dedotti in giudizio dall'attore, e che il convenuto ha la possibilità di formulare nel processo in cui egli ha tale posizione, ottenendo che essa sia presa in considerazione in modo da influenzare gli esiti del medesimo processo. Nella procedura formulare, domande riconvenzionali in questo senso erano possibili, in linea di principio, solo nei giudizi di buona fede (Gai. 4, 61): ma – come ho cercato di sottolineare nel luogo citato – l'opposizione dell'*exceptio doli* in un *iudicium strictum* aveva l'effetto di estendere i poteri del giudice, nell'ambito della valutazione dei fatti opposti con l'eccezione, in senso analogo a quelli che gli spettavano in un *iudicium bonae fidei*.

²⁰ La materia oggetto di questi passi, e cioè quella delle «norme circa il rimborso delle spese fatte su cose aliene» (l'espressione è di S. RICCOBONO, p. 174 del libro che tosto citerò), rappresenta uno dei temi dei quali è intessuto il complesso discorso che s'intreccia in una delle opere più significative della scienza romanistica dell'epoca della ricerca delle interpolazioni, quella anzi che, più di ogni altra, indicò il senso di tale ricerca, il quale si appalesa solo rinunciando ad una critica su basi puramente filologiche, per individuare la ragione e la portata delle alterazioni nello sforzo dei compilatori di inserire o sovrapporre alle strutture giurisprudenziali classiche le diverse prospettive dei secoli successivi fino a quelle giustinianee, concretatesi anche nelle riforme di Giustiniano stesso: il che significa ricercare non solo le interpolazioni, ma soprattutto i motivi che le hanno determinate. Quest'idea è in particolare espressa nel § 3 del cap. II (p. 172 ss.) dell'opera di cui sto parlando, che, come il lettore certo ha già compreso è: S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito del fr. 14 D. X. 3 Paulus III ad Plautium*, in *AUPA*, III-V, 1917, 165-730. I testi che leggerò qui di seguito sono, naturalmente, presi in considerazione dall'autore, ma il mio discorso sintetico non permette un confronto costante con il suo pensiero, nel quale, per altro, le prospettive di cui tratto entrano solo in modo marginale.

²¹ Si add F².

Nota: *'non alias sumptus consequi posse'* in quanto non c'è *condictio* basata sull'arricchimento ingiustificato, *quia* (Iul. D. 12, 6, 33) *nullum negotium inter nos contraheretur*²².

Aggiungo subito questo testo, ancora di Paolo, con l'appendice di una breve sequenza tratta da Gaio e Pomponio²³, dove si può osservare una concisa panoramica dell'intera casistica in materia:

Paul. 21 *ad ed.* D. 6, 1, 27, 5: *In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit, per doli exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus. idem est etiam, si noxali iudicio servum defendit et damnatus praestitit pecuniam, aut in area quae fuit petitoris per errorem insulam aedificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium. quod et in area uxori donata per iudicem, qui de dote cognoscit, faciendum dixerunt. sed si puerum meum, si possideres, erudisses, non idem observandum Proculus existimat, quia neque carere servo meo debeam nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus:*

Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 6, 1, 28: *forte quod pictorem aut librarium docueris. [dic]<ig>*²⁴ *itur non aliter officio iudicis aestimationem haberi posse,*

Pomp. 21 *ad Q. M.* D. 6, 2, 29: *nisi si venalem eum habeas et plus ex pretio eius consecuturus sis propter artificium,*

Gai 7 *ad ed. prov.* D. 6, 1, 30: *[aut] <ni>si ante denuntiatum sit actori, ut impensam solveret, et eo dissimulante posita sit doli mali exceptio.*

I casi:

a) Il proprietario AA rivendica dal possessore NN una sua cosa, per la quale NN ha sostenuto delle spese; NN può opporre ad AA l'*exceptio doli* se AA non gli rimborsa le spese. In concreto, *in iure* NN farà valere la sua pretesa al rimborso, fondando su ciò la sua richiesta dell'*exceptio*; *in iudicio*, il giudice accerterà la fondatezza della pretesa di NN al rimborso e l'ammontare delle spese; quando poi pronunzia, pronunzia sull'*intentio* a favore dell'attore, stabilisce per il convenuto le modalità della restituzione e insieme stabilisce l'onere dell'attore di pagare o garantire il rimborso; AA dovrà provvedere al rimborso, o a garantire il rimborso²⁵, prima che il convenuto restituisca²⁶.

²² Per un rapido chiarimento: C.A. CANNATA, *Materiali*, cit., 106 ss.

²³ Un esame dei problemi suscitati da questa sequenza e della relativa letteratura si trova in J.PH. LÉVY, *D. 6, 1, 27, 5, le droit de rétention et le 'ius tollendi'*, in *Syntheseleia Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, 97 ss.; ma, per una visione completa della problematica, che implica la considerazione anche di altri testi paralleli, si veda S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico*, cit., nel contesto della parte delle pp. 319-507, alle pp. 338-401 e 484-498.

²⁴ Corr. T. MOMMSEN e P. KRÜGER.

²⁵ Cfr. Ulp. 76 *ad ed.* D. 44, 4, 4, 7, sopra, al § 3.

²⁶ Questo meccanismo che abbiamo descritto è concepito funzionalmente alla *restitutio* del con-

b) Il proprietario AA rivendica dal possessore NN un proprio schiavo; mentre lo schiavo era in possesso di NN, prima del processo, la vittima di un delitto dello schiavo ha agito contro NN (credendolo proprietario) con l'azione nossale, e NN (pure credendosi proprietario) ne ha assunto la difesa e pagato la pena stabilita nella sentenza. NN oppone l'*exceptio doli*, ed AA otterrà la restituzione dello schiavo solo rimborsando a NN l'ammontare della pena pagata.

c) Il proprietario AA rivendica dal possessore NN un suo terreno, sul quale NN ha, mentre lo possedeva, effettuato una costruzione *per errorem* (che sembra significare semplicemente che ha costruito su quel terreno credendolo proprio). La soluzione prevista è quella dei casi precedenti (NN oppone l'*exceptio doli*, ed AA otterrà la restituzione solo pagando le spese ad NN), ma un'altra alternativa è qui prevista, che va intesa così: *in iure*, quando NN pretende il rimborso delle spese e chiede l'inserzione nella formula dell'*exceptio doli*, AA può dichiarare che la costruzione fatta sul suo fondo non l'interessa, e che NN può demolirla (recuperando per sé i materiali recuperabili) prima di restituirglielo; in questo caso l'*exceptio doli* non sarà concessa, ed AA vincerà l'azione, che NN demolisca o no (notare che si deve ritenere che se, su istanza dell'attore, il giudice possa stabilire che la costruzione effettuata da NN non ha aumentato il valore del fondo, ma l'ha diminuito, può considerare l'accessione come un atto dannoso al fondo, e ordinare al convenuto di demolire come parte della *restitutio*, ovvero a tale titolo imporgli il pagamento di una somma risarcitoria).

d) Il caso, la cui soluzione si riporta al precedente, che è enunciato «*quod et in area uxori donata per iudicem, qui de dote cognoscit, faciendum dixerunt*», va inteso nel modo seguente: il marito Mt aveva fatto, durante il matrimonio, la donazione (nulla) di un'area alla moglie Ux; dopo il divorzio Ux esercita contro Mt l'*actio rei uxoriae* (considerato *iudicium bonae fidei* [Gai. 4, 63], ma con formula *Si paret N^m N^m A^{ae} A^{ae} dotem partemve eius reddere oportere, quod eius melius aequius erit, eius iudex N^m N^m A^{ae} A^{ae} c.s.n.p.a.*²⁷) per la restituzione della dote, e Mt vi fa valere il suo diritto alla *retentio propter res donatas* relativamente al valore in cui la donna si trova attualmente arricchita per l'area donata; ma Ux aveva fatto una costruzione sull'area: nel calcolo dell'arricchimento della donna si dovrà tenere conto – in senso negativo – delle spese sostenute dalla donna nella costruzione, a meno che Mt non dichiari che la costruzione non l'interessa, e che Ux la può eliminare. Si deve pensare che in casi come questo alla moglie possa non spettare che poco, e le spese superino l'ammontare del suo arricchimento: se ne terrà, si deve pensare, conto come incidenza sul valore complessivo della somma delle *retentiones* spettanti al marito. Tutto ciò, nell'*actio rei uxoriae*, viene fatto *per iudicem*, cioè senza bisogno di opporre *in iure* l'*exceptio doli* (si veda anche Marciano in D. 44, 4, 10, riportato sotto).

venuto; tralascio dunque, qui e in seguito per i riferimenti alla stessa situazione o a situazioni analoghe, di considerare, anche astrattamente, come le cose potessero risolversi se poi il convenuto non restituisse.

²⁷ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 337, nt. 3.

e) L'ultimo caso è quello che occupa la fine del testo di Paolo e la successiva sequenza di Gaio, Pomponio, Gaio. Il problema²⁸, del quale si tratta qui, riguarda la rivendica di un giovane schiavo, al quale il possessore di buona fede aveva fatto impartire un'istruzione, per esempio facendone un pittore o un *librarius* (che significa un esperto nella scrittura, e quindi in grado di fungere anche come segretario); lo schiavo è così aumentato di valore, e l'istruzione, d'altra parte, ha avuto un costo. Il problema è sempre quello di sapere se il possessore, convenuto nella *rei vindicatio*, possa opporre l'*exceptio doli* per ottenere il rimborso delle spese sostenute. Alla fine del fr. 27 (Paolo) è menzionata una fondamentale distinzione di Proculo, che regge tutta la sfaccettata soluzione presentata dalla sequenza. Quel che dice Proculo mi pare vada inteso così: un giovane schiavo non è come un'*area*, e dunque la soluzione relativa all'*area inaedificata* non è qui applicabile; non si può condizionare in alcun modo il recupero del suo schiavo da parte del proprietario, e quindi si esclude per il possessore che lo ha istruito il recupero delle spese per la istruzione mediante l'*exceptio* che ne ostacolava la rivendica. Le ragioni di questo atteggiamento vanno trovate²⁹ nella considerazione che l'interesse del *dominus* da proteggere non può essere messo in relazione con l'aumento di valore dello schiavo, perché l'interesse del *dominus* ha carattere personale; il proprietario di un giovane schiavo intende avere quell'individuo nella sua *familia servilis*, per farne l'uso che a lui aggrada, e non c'è ragione di prendere in considerazione il fatto che lo schiavo sia divenuto più prezioso, perché il *dominus* non intende farne commercio; una determinata istruzione può anche dargli fastidio, perché lui aveva intenzione di dargliene un'altra, o di fargli fare un lavoro per il quale il *puer*, ora che è diventato *pictor* o *librarius*, può sentirsi sminuito o umiliato e quindi lavorare malvolentieri e male. In sostanza, se il possessore di buona fede ha sostenuto spese per istruirlo, tanto peggio per lui. Che questo sia l'atteggiamento di base corrisponde bene con l'ulteriore distinzione che fa Pomponio (fr. 29), secondo la quale la soluzione di Proculo non può applicarsi – e dunque si applicherà quella dell'*area* con *exceptio doli* e protezione della pretesa al rimborso delle spese – se il *dominus* fosse un mercante di schiavi e il *puer* in questione egli lo annoverasse fra i suoi schiavi *venales*. Fin qui le cose risultano abbastanza chiare. Quella che resta problematica è l'affermazione finale di Gaio nel fr. 30. Secondo Gaio la pretesa del possessore (all'*aestimatio* – fr. 28 – che allude al valore delle spese d'istruzione o all'aumento di valore dello schiavo? ma il fr. 30 parla sempre di *impensam*) non può essere presa in considerazione 'a meno che' (con questo richiamo il *non aliter* del fr. 28 e il *nisi* con cui faccio incominciare il fr. 30 leggendovi [*aut*] <*ni*>*si*³⁰) 'ante denuntiatum sit actori,

²⁸ Alle spese per la *doctrina puerorum* dedica uno speciale paragrafo S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico*, cit., 387 ss.

²⁹ Imposta bene il problema U. ELSENER, *Les racines*, cit., 170 s.

³⁰ Suppongo che la correzione sia stata fatta dai compilatori a seguito dell'inserzione, nel mezzo del dettato di Gaio, della frase tratta da Pomponio.

ut impensam solveret, et eo dissimulante posita sit doli mali exceptio'. La traduzione del fr. 30 sarebbe: «[o se] <a meno che> non fosse stato prima intimato all'attore di (ovvero, l'attore non fosse stato prima esortato a) pagare le spese e, non avendone egli tenuto alcun conto, sia stata opposta l'eccezione di dolo». Ma questa non sarebbe un'interpretazione del principio stabilito da Proculo (come invece era la precisazione di Pomponio), bensì una sua negazione, non proprio totale, ma di vasta portata³¹.

Un confronto fra la *vindicatio* dello schiavo e la *vindicatio* dell'*area* si trova anche in un altro testo, che è ancora di Paolo: e che sembra proprio contraddire la soluzione che abbiamo visto nel testo precedente³². E non credo abbia sicura rilevanza, per la soluzione differente, che in questo caso lo schiavo in questione non venga descritto come *puer*.

Paul. 5 quaest. D. 19, 1, 45, 1: *Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in ea[m] ego aedificavero atque ita dominus evincit: nam, quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summove, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat. quod et in servo dicendum est, si in servitute, non in libertatem evinceretur, ut dominus mercedes et impensas praestare debeat. quod si emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto habebit actionem. in omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet.*

Nella prima parte del testo si espone il caso della costruzione sull'*area* altrui da parte del possessore di buona fede, con la stessa soluzione che già avevamo visto in Paul. D. 6, 1, 27, 5 e Paul. D. 44, 4, 14. Solo che qui il caso è osservato a partire dalla compravendita dell'*area*, effettuata *a non domino*, per stabilire che, siccome il compratore può opporre al terzo proprietario dell'*area* l'*exceptio doli* per ottenere il rimborso delle spese di costruzione, il problema di queste spese non appartiene al tema della responsabilità *ex vendito* del venditore verso il compratore; a meno che, come precisa poi la fine del passo, il venditore non fosse in mala fede. Ma tutto ciò ora non ci riguarda.

Ci interessa invece la parte intermedia del testo, dove si fa il caso della vendita *a non domino* di uno schiavo, e il caso esaminato suppone che entrambe le parti fossero in buona fede: V ha venduto a C uno schiavo di P; durante il suo possesso C ha erogato *mercedes et impensas*, termini con i quali parrebbe alludersi a compensi (*mercedes*) a terzi che hanno effettuato prestazioni a causa dello schiavo, e si comprende che Paolo pensasse in particolare ai compensi di coloro che hanno

³¹ Sul fr. 30 (e il precedente fr. 28) di Gaio si veda quanto scriveva in particolare S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico*, cit., 390 s.

³² Il testo che ora esaminiamo appartiene alla sequenza relativa alle vicende di Arescusa e compagni, dalla quale possiamo qui prescindere: si veda comunque H. ANKUM, *Die 'manumissio fideicommissaria' der 'Arescusa', des 'Stichus' und 'Pamphilus'*, in *'Ars boni et aequi' (Festschrift für W. Waldstein)*, Stuttgart 1993, 1 ss.

istruito lo schiavo stesso o lo hanno magari curato, nonché alle spese (*impensae*) per il mantenimento dello schiavo ed eventualmente le medicine nel caso si fosse ammalato. E qui Paolo applica la stessa soluzione adottata per il caso dell'*area*, con una sola precisazione, che riguarda i connotati del caso: quel ch'egli espone, dice Paolo, riguarda solo il caso in cui l'evizione abbia luogo *in servitutem, non in libertatem*, vale a dire se l'evizione ha avuto luogo perché P era proprietario dello schiavo, e non perché lo schiavo in realtà era libero e quindi è stato rivendicato in libertà (con una *vindicatio ex servitute in libertatem* effettuata da un *adsertor*). Ciò, dunque, precisato, la soluzione è come per il caso dell'*area*: le *mercedes et impensae* erogate da C durante il suo possesso dello schiavo risultano a carico del *dominus* P, evidentemente per effetto del meccanismo dell'*exceptio doli* nella *rei vindicatio*. L'ulteriore precisazione che, se C non fosse in possesso della cosa – e quindi non sia stata esperita contro di lui la *rei vindicatio* di P –, il problema delle *mercedes et impensae* sarebbe in ogni caso regolato con l'*actio empti*, è enunciato insieme per i due casi dell'*area* e dello schiavo, e quindi, per quanto ci riguarda, serve solo a rafforzare l'idea che Paolo li considerasse analoghi.

Possiamo dire, a questo punto, che per il caso dello schiavo sussisteva *ius controversum*, anche se va sottolineato che la differenza di soluzioni la si constata all'interno dell'opera di Paolo: così almeno ci appare dallo stato delle fonti.

Quanto al caso delle opere del possessore di buona fede sul fondo altrui, abbiamo ancora due testi di Papiniano, i quali precisano particolarità³³ del sistema. Il primo di questi testi di Papiniano è:

Pap. 2 resp. D 6, 1, 48: *Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.*

Papiniano parte da un caso di donazione³⁴: il fondo donato da A a B apparteneva ad un terzo P; il donatario ne ha ricevuto il possesso in buona fede, ed ha effettuato spese per il fondo. Quando il fondo si riveli altrui, il possessore di buona fede ha interesse a recuperare le spese fatte. Papiniano precisa che questo interesse di B non è protetto da azione né contro il donante A né contro il proprietario P (*neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt*). B dispone solo, a

³³ Per il principio sul quale si basano questi testi vedi M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I, 436, con le ntt. 51-53.

³⁴ I due testi di Papiniano che ora esaminiamo (D. 6, 1, 48 e 65) sono i primi due che O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, 888, fr. 430-431, pone nella parte relativa alla *rei vindicatio* del libro 2 resp. Non vi è dunque alcun indizio per stabilire la ragione per la quale il caso del fr. 48 fosse un caso di donazione: si deve solo pensare che il responso sia stato dato su di un caso concreto con tale connotato. Resta comunque il fatto che trattandosi di donazione, la responsabilità per evizione del donante non viene in considerazione.

titolo equitativo (*aequitatis ratione*) dell'*exceptio doli* opponibile al proprietario P che rivendichi il fondo. Opponendo tale eccezione egli otterrà che il giudice (*per officium iudicis*), stabilito quale sia l'ammontare delle spese in forza delle quali il fondo è stato migliorato (*meliore praedio facto*: si tratta cioè delle spese utili), le confronti col valore dei frutti percepiti dal possessore di buona fede B prima della *litis contestatio*: se l'ammontare di tali spese risulti maggiore del valore dei detti frutti, egli imporrà al proprietario attore P di pagare (*restituere* col che si deve intendere pagare o dare idonea garanzia del pagamento) a B tale differenza (*superfluum*). Ciò avrà luogo evidentemente mediante la pronunzia del giudice, che in tale sede imporrà a P l'onere di pagare a B il *superfluum* determinato, se vuole che B restituisca il fondo e quant'altro deve restituire.³⁵

L'altro testo di Papiniano proviene dallo stesso libro:

Pap. 2 resp. D. 6, 1, 65 pr.: *Emptor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere domino coetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recuperaverit, scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis dumtaxat compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est.*

Cerco anzitutto di tradurre: «Il compratore di un fondo, che ha comprato da uno che non era proprietario, se abbia opposto l'*exceptio doli*, non sarà costretto a restituire al proprietario a meno che non abbia recuperato il denaro che avesse pagato al creditore di colui che aveva dato il fondo a pegno, e il *superfluum* degli interessi del periodo intermedio, naturalmente se era minore il valore dei frutti percepiti prima della *litis contestatio*: infatti, sull'esempio delle spese fatte per il fondo, è equo che tali frutti vengano in compensazione soltanto con gli interessi *novis* (= corrispondenti al periodo successivo al pagamento del debito ipotecario³⁶)».

Il caso³⁷ è dunque il seguente: A ha venduto a B un fondo che apparteneva ad un terzo P, e che questi³⁸ aveva ipotecato a un suo creditore C; prima che P rivendichi contro B, C manifesta a B e minaccia di valersi dell'ipoteca sul fondo se non gli viene pagato il suo credito (è probabilmente anche questa l'occasione in cui B viene a sapere dell'altruità del fondo), e B glielo paga. Quando P rivendica il fon-

³⁵ Nel complesso bene orientata U. ELSENER, *Les racines*, cit., 164 ss.

³⁶ Non sono d'accordo, in particolare su questo punto, con la traduzione che si legge in *Corpus iuris civilis. Text und Übersetzung* a cura di O. BEHREND-S. KNÜTEL-B. KUPISCH-H.H. SEILER, II, Heidelberg 1995.

³⁷ Bene orientata U. ELSENER, *Les racines*, cit., 166 s.

³⁸ Per vero, la dizione di Papiniano è generica, e il giurista l'adottava per significare che il meccanismo descritto si applica in ogni caso nel quale il fondo rivendicato da P risulti pignorato prima che P lo rivendichi da B, e cioè sia che esso fosse stato pignorato da P stesso o da un proprietario precedente.

do da B, questi opporrà all'attore l'*exceptio doli*, che gli permetterà di contrastare la rivendica se P non gli rifonde interamente l'ammontare che B ha pagato per il suo debito; ma vengono anche in considerazione gli interessi su questa somma, per il periodo dal pagamento effettuato alla *litis contestatio* dell'azione di rivendica. Papiniano spiega che per quanto riguarda gli interessi, questi devono considerarsi alla stregua delle spese utili che il possessore avesse sostenute in ragione del fondo, e quindi la somma relativa a questi interessi (e solo questa) verrà in compensazione con i frutti percepiti dal possessore; per cui P dovrà pagare a B solo il *superfluum* di questa differenza.

Restano ancora, da esaminare, tre testi, che partono da casi che suscitano problemi particolari dipendenti da aspetti particolari del caso considerato. Il primo è di Paolo:

Paul. 71 ad ed. D. 44, 4, 5, 2: *Si donavi alicui rem nec tradidero, et ille cui donavi non tradita possessione in eo loco aedificaverit me sciente, et cum aedificaverit nactus sim ego possessionem, et petat a me rem donatam, et ego excipiam, quod supra legitimum modum donatio facta est: an de dolo replicandum est? dolo enim feci, qui passus sum eum aedificare et non reddo impensas.*

La Elsener ha ragione di precisare³⁹ che la donazione implicava la *mancipatio* del fondo, e che il testo poteva dunque incominciare così: *Si donationis causa alicui rem mancipavi nec tradiderim ...*, o magari, direi: *Si donationis causa alicui aream mancipavi nec tradiderim ...*. Per il resto, la soluzione del testo mi pare assai chiara; essa presenta un caso di *replicatio doli generalis* (sempre nel senso che abbiamo stabilito nel nostro § 1).

I rapporti patrimoniali fra coniugi, che già ci è avvenuto di considerare leggendo sopra D. 6, 1, 27, 5, riguardano il seguente testo di Marciano⁴⁰:

Marcian. 3 reg. D. 44, 4, 10: *Cum vir aut uxor in area sibi donata aliquid aedificasset, plerisque placet doli mali exceptione posita rem servari posse.*

Infine un testo di Cervidio Scevola, con speciali problemi processuali⁴¹:

Scaev. 5 resp. D. 44, 4, 15: *Fideiussor evictionis nomine condemnatus id praedium, quod evictum est, et omnia praestare paratus est, quae iure empti continentur: quaero, an agentem emptorem [exceptione] ex causa iudicati doli mali <exceptione>⁴² summovere*

³⁹ U. ELSENER, *Les racines*, cit., 161 s.

⁴⁰ S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico*, cit., 426; U. ELSENER, *Les racines*, cit., 169, nt. 341.

⁴¹ B. BIONDI, 'Iudicia bonae fidei', in *AUPA*, VII, 1918, 19 s.; A. GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, in *AUPA*, XI, 1923, 185 ss.; B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, in *AUPA*, XII, 1929, 301 s., nt. 3; U. ELSENER, *Les racines*, cit., 143 s. (non tanto soddisfacente).

⁴² La correzione è conforme alla tradizione testuale dei manoscritti S (vedi nell'*ed. minor*, ad h. l.).

potest. respondi exceptionem quidem opponi posse, iudicem autem aestimaturum, ut pro damnis emptori satisfiat.

V ha venduto a C un fondo, e F è intervenuto come garante del venditore, a quanto parrebbe specificamente come garante per l'obbligazione di V di garantire C in ordine all'evizione del fondo⁴³.

Se F non fosse intervenuto come garante per l'insieme delle obbligazioni del venditore, ma solo per la garanzia in caso di evizione, si deve intendere, dati i connotati del caso, che questa garanzia sia stata assunta da V con una *stipulatio habere licere*, ovvero che essa non sia stata assunta con *stipulatio*, ma dipenda direttamente dalla conclusione della vendita. L'azione con la quale F è stato condannato a favore di C deve comunque essere stata un'*actio ex stipulatu incerti*.

C subisce poi l'evizione, e agisce contro il garante F (con l'*actio ex stipulatu incerti*), e lo fa condannare. Dopo essere stato condannato, F offre a C di prestargli, invece della somma alla quale è stato condannato a suo favore, tutto quanto V sarebbe stato tenuto a prestargli a titolo di evizione, che poi è anche esattamente tutto ciò di cui F aveva assunto garanzia verso C: il fondo stesso ed ogni altro risarcimento. C esperisce ugualmente l'*actio iudicati* contro F. Scevola, con la sua soluzione, mostra di considerare che l'esercizio dell'*actio iudicati* da parte di C contro F è effettuata in mala fede. Sembrerebbe che il ragionamento del giurista possa essere il seguente: da un lato, non c'è dubbio che C abbia diritto ad esercitare l'*actio iudicati* per la *summa condemnationis* alla quale F è stato condannato a suo favore; il fatto che evidentemente la *summa condemnationis* sia più gravosa per F di una prestazione in forma specifica, non tocca affatto, in sé, questo diritto. Ma si deve tener conto, d'altra parte, che nell'azione che ha subito come garante, F non aveva la possibilità di evitare la condanna con una *restitutio*, e si deve anche considerare che ora, resistendo F all'*actio iudicati* di C, ove venga condannato, sarà condannato *in duplum*. Da tutto ciò appare chiaro che C sta operando, approfittando delle norme del *ius civile* ed in particolare delle regole processuali, in modo da ottenere nella vicenda un profitto che l'equità dei valori in gioco circa l'evizione da lui subita non consente. Per questo l'eccezione di dolo deve considerarsi fondata.

⁴³ Interpreto il testo così com'è scritto, anche se è da prendere in considerazione l'osservazione di O. LENEL, *'Palinnesia'*, II, cit., 314, nt. 1 (*ad Scaev. fr. 302*), secondo il quale Scevola non avrebbe potuto scrivere *fideiussor evictionis nomine condemnatus*, e proponeva di sostituirvi la menzione dell'*auctoris sponsor*. Questa idea del Lenel è assai probabile, anche se forse non proprio necessaria. Se qui non la prendo in considerazione è solo per non complicare eccessivamente le cose in questa sede, dove interessa soprattutto illustrare il modo d'operare dell'eccezione di dolo, che resterebbe comunque analogo. La correzione del Lenel non giustificerebbe comunque le attitudini della letteratura interpolazionistica, che ho sintetizzato sopra con le citazioni di Biondi e Guarneri Citati.

5. Alcuni testi in materia di servitù prediali

In materia di servitù prediali, abbiamo anzitutto un testo con carattere generale⁴⁴:

Pap. 7 quaest. D. 8, 1, 4 pr.: *Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem [(verbi gratia 'quamdiu volam')]*⁴⁵ *constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, per*⁴⁶ *pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere.*

Papiniano parte dalla regola del *ius civile*, secondo la quale l'atto costitutivo di una servitù non ammette né termine iniziale né termine finale, né condizione sospensiva né condizione risolutiva.

La letteratura interpolazionistica ha radicalmente attaccato questo passo, ma credo che oggi si possano considerare del tutto superate le sue posizioni: e non solo quella che riteneva l'originale dovesse limitarsi all'enunciato – magari formulato altrimenti – della regola civilistica, riferendo ancora a questa stessa le citazioni finali di Sabino e Cassio, ma anche la posizione del Riccobono⁴⁷, che riferiva la regola agli atti costitutivi in se stessi, in quanto *actus legitimi*, proponendo persino di integrare nel passo le parole '*quia actus legitimi in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem*'. Leggendo Paul. Vat. 50, che riguarda la *deductio* dell'usufrutto *in mancipatione et in iure cessione*, io credo si possa comunque desumere che il problema della possibilità di costruire un diritto reale sottoposto a condizione o a termine dipenda dalla natura del diritto costituito, e non tanto dalla natura dell'atto di costituzione. Per le servitù, che sono oggetto di una disciplina giuridica per certi aspetti vicina a quella della proprietà, termine e condizione non sono concepibili sul piano dei diritti reali. A questa logica obbedisce il passo ora letto, che appunto distingue con precisione quanto, nella disciplina delle servitù, vada ricondotto ai principi dei diritti reali e quanto vada affidato al regime delle obbligazioni, che in questo caso compaiono nella dimensione della tutela dei *pacta* e quindi, trattandosi qui di patti non inerenti in un contratto, al sistema dell'*exceptio pacti* e perciò anche dell'*exceptio doli* per il carattere generale di questa, non nel senso dell'*exceptio doli generalis*, ma nel senso del carattere generale che l'*exceptio doli* riveste secondo la caratterizzazione che ne fece Cassio secondo Ulp. D. 44, 4, 4, 33⁴⁸.

⁴⁴ Per la ricca letteratura interpolazionistica si vedano, ad h. l., l'*Ind. itp.* ed il relativo *Suppl.*; inoltre: G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino 1969, in part. 116 ss.; U. ELSENER, *Les racines*, cit., 98 s.

⁴⁵ Glossa sec. U. ELSENER, *Les racines*, cit., 98, nt. 203.

⁴⁶ *per add. dett.*

⁴⁷ TR, 3, 1922, 337; 345.

⁴⁸ Vedi anche Ulp. 76 *ad ed.* D. 44, 4, 2, 4.

Ciò non toglie che l'*exceptio doli* opposta ad una rivendica della servitù, la quale risulti intempestiva in relazione ad un particolare accordo delle parti, possa essere considerata *exceptio doli generalis* nel senso che abbiamo visto dalla glossa in poi essere attribuito a questa espressione: perché si tratta sempre di una *vindicatio servitutis* esercitata in mala fede.

Dal passo ora letto non risulta soltanto una combinazione fra i principi dei diritti reali e quelli delle obbligazioni, ma una connessione tecnica dei rispettivi mezzi di tutela, che diviene possibile perché qui le regole sui diritti reali valgono *ipso iure*, mentre quelle delle obbligazioni intervengono *iure honorario* '*corrigendi iuris civilis gratia*'⁴⁹, e quindi trovano efficacia *ope exceptio doli* o *pacti* nella formula della *vindicatio servitutis*.

La stessa impostazione, per un caso alquanto diverso, emerge pure dal testo seguente di Giuliano⁵⁰:

Iul. 7 dig. D. 8, 5, 16: *Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere et postea te sciente ex causa emptionis immissum habeam, quaero, an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim. respondi utroque auxilio me usurum.*

Qui come si vede, fra le parti non è stata costituita una servitù di stillicidio, ma la facoltà di immettere lo stillicidio nel fondo altrui è stata fatta oggetto di compravendita.

Per precisare il caso abbiamo due possibilità, le quali, per quanto riguarda la soluzione data da Giuliano, si equivalgono. Potremmo pensare che la compravendita, secondo la volontà delle parti, avesse ad oggetto la servitù, e quindi il venditore ne risultasse obbligato non solo a permettere l'immissione, ma anche a compiere l'atto costitutivo del diritto reale; ma è anche possibile intendere che le parti volessero semplicemente impegnarsi sul piano obbligatorio, senza costituire un diritto reale. La sola conseguenza che questa diversità può comportare rispetto alla soluzione di Giuliano la noterò a suo luogo, fra poco.

Devo però aggiungere che la seconda alternativa, che ho indicato, è molto discutibile ove si tenga conto che il contratto considerato nel testo vi è espressamente indicato come *emptio venditio* e, se non sussistono dubbi sul fatto che una servitù possa essere oggetto di compravendita, non è facilmente ammissibile che una semplice facoltà di immettere lo stil-

⁴⁹ Pap. 2 def. D. 1, 1, 7.

⁵⁰ Per la letteratura interpolazionistica vedi l'*Ind. itp.* e il *Suppl.* ad h. l, ma in particolare H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, Münster 1911, 31 s.; inoltre B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*², Milano 1969, 269 s.; G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 211 (anche 227: ma per intendere il pensiero dell'autore sul testo di Giuliano si deve inquadrare quel ch'egli ne dice nel contesto, almeno di tutto il § 5, che va dalla p. 207 alla p. 211); U. ELSENER, *Les racines*, cit., 102 s. Il testo viene in genere – e a ragione – trattato in relazione alla problematica delle cosiddette servitù pretorie, ma io credo che, ai nostri fini almeno, lo si possa considerare prescindendo, come qui ho fatto, da tale prospettiva generale.

licidio possa considerarsi come *res vendita*: un'analogia in senso negativo potrebbe anche trarsi da Lab. 5 *post. a lav. epit.* D. 18, 1, 80, 3.

Mantengo dunque l'idea dell'alternativa, che ho enunciato sopra, ma pensando che l'ipotesi di un contratto che preveda la facoltà di immettere stillicidio come semplice credito può difficilmente essere considerata prevista in questo testo, in quanto il relativo contratto parrebbe difficilmente potersi considerare una vendita.

Dopo conclusa la compravendita, il compratore incomincia ad immettere, valendosi del suo credito contrattuale, e il venditore sa che l'immissione è fatta a questo titolo. Giuliano si pone il problema in modo astratto: egli si chiede come il compratore possa tutelarsi, nel caso il venditore si opponga all'immissione, per concludere che al compratore può spettare tanto un'azione, quanto un'eccezione. Incominciamo dall'ultimo punto, che è, io credo, più semplice⁵¹ e che particolarmente ci interessa. La tutela del compratore mediante eccezione suppone che il venditore agisca contro di lui, e l'azione ipotizzabile non sembra poter essere se non l'*actio negatoria servitutis*, la quale sarebbe evidentemente fondata, in quanto l'immissione ha luogo ed il diritto (reale) di immettere il compratore non l'ha: ma l'esercizio della *negatoria* risulta di mala fede, in quanto contrasta con l'esistenza dell'accordo contrattuale delle parti, e ciò giustifica l'opposizione dell'*exceptio doli*.

Il problema dell'azione si pone se la reazione del venditore è stata puramente di fatto: egli si oppone con parole o minacciando l'esercizio della *negatoria*, ovvero dà mano ad opere che impediscono allo scolo di penetrare nel suo fondo. In questo caso, Giuliano parla di *actione quadam*⁵²: con l'espressione si pensa talora sia, o sia anche, fatta allusione ad un'azione *in factum*. Ciò non si può certo escludere, ma io penso sia possibile che Giuliano non precisasse l'azione, perché questa poteva essere diversa secondo i casi. Se il contratto era una compravendita di servitù, il venditore che impedisca l'esercizio possessorio del diritto venduto è contrattualmente inadempiente e può senz'altro subire l'*actio empti*. Solo se il contratto prevedesse il puro effetto obbligatorio, potrebbe pensarsi a una diversa azione contrattuale, o od un'apposita *actio in factum* decretale, ma più facilmente all'*actio in factum civilis*.

Possiamo passare ad un testo di Giavoleno⁵³:

Iav. 10 *ex Cassio* D. 8, 3, 13 pr.: *Certo generi agrorum adquiri servitus <non> potest, veluti vineis, quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet. ideo sublatis vineis servitus manebit: sed si in contrabenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria.*

⁵¹ Cfr. H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit., 31.

⁵² H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit., 32, ha sostenuto che Giuliano avesse scritto *interdicto* in luogo di *actione quadam*, ma non specifica a quale interdetto voglia alludere; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 270, pensa invece piuttosto all'*actio Publiciana*.

⁵³ B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 218 s.; G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 123; 136; 264; U. ELSNER, *Les racines*, cit., 99 s.

La frase iniziale del testo va intesa esattamente, perché è scritta in un modo tanto preciso quanto sintetico. Vi si parla di un '*certum genus agrorum*': un *ager* è un terreno agricolo, ed una diairesi degli *agri* per *genera* è logico farla con riferimento al modo in cui il terreno viene sfruttato, come una ne troviamo, ad esempio, in Cic. *rep.* 5, 2, 3: *agri arvi et arbusti et pascui*, campi seminativi, piantati ad alberi, destinati al pascolo. Partendo da questa classificazione ciceroniana, la *vineae*, risulterebbe una *species* dell'*ager arbustus*: potremmo anche precisamente intendere che il *certum genus agrorum*, il cui esempio (cioè *species*) sono le *vineae*, al quale alludeva Giavoleno, fosse appunto quello degli *agri arbusti*. Dal contesto si comprende che l'aggiunta del '*non*', che ho fatto seguendo la proposta del Grosso⁵⁴, è necessaria, perché il senso della frase è che «non può costituirsi una servitù a favore di certi fondi, come le vigne, perché una servitù rustica si riferisce al terreno piuttosto che non alla superficie, e le viti, in una vigna, sono solo superficie che accede al terreno»: il che è detto per avvertire che, ove le parti, nel costituire la servitù, abbiano – anche se espressamente – inteso considerare il fondo dominante specificamente come una vigna, tale servitù deve ritenersi costituita a favore del fondo come terreno, per cui se anche le vigne vengano meno, la servitù non ne risentirà: *ideo sublatis vineis servitus manebit*. Per esempio, se la servitù fosse una servitù di passaggio sul fondo vicino, voluta per permettere l'accesso alla vigna delle persone e dei veicoli che servono alla manutenzione periodica delle viti e transitano durante le vendemmie. Per cui, se nell'atto costitutivo risulti in qualche modo che l'*actus* costituito riguarda unicamente quei veicoli e quelle persone, la servitù costituita sarà da considerarsi semplicemente un *actus*, ed il proprietario del fondo dominante, tolte che siano le viti, avrà ancora il suo diritto di accedere passando con uomini e veicoli sul fondo servente. Anche qui, però, lo strumento pretorio ed obbligatorio dell'*exceptio doli*, opponibile nella *vindicatio servitutis*, tutelerà il proprietario del fondo servente costringendo quello del fondo dominante a limitare l'esercizio del suo diritto secondo gli accordi intervenuti.

Passo ad un testo di Paolo, che presenta un problema di successione, ma che riguarda sempre il regime della servitù⁵⁵:

Paul. *nota ad Pap.* 31 *quaest.* D. 8, 1, 18: *In omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.*

Il testo ha carattere generale, ma possiamo sintetizzarne il contenuto ipotizzando un caso. *Lucius Titius* è proprietario del fondo S, che è fondo servente (poniamo per una servitù di acquedotto) rispetto al fondo D, il quale appartiene a *Herennius*, e lo grava di un *legatum per damnationem* a favore di *Livius*, avente per og-

⁵⁴ G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 136, nt. 9.

⁵⁵ G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 257; U. ELSENER, *Les racines*, cit., 101 s.

getto il fondo S. Alla morte di Lucio Tizio, *Herennius* diventa suo erede e, per effetto della confusione dei patrimoni di Lucio Tizio ed *Herennius*, *Herennius* viene ad essere proprietario tanto del già fondo D quanto del fondo ereditario S: di conseguenza la servitù di acquedotto D-S si estingue per confusione. *Livius* agisce *ex testamento* contro *Herennius* per ottenere il trasferimento della proprietà del fondo S, che ora è libero da servitù. Il pretore accorderà al convenuto *Herennius* l'inserzione dell'*exceptio doli* contro l'attore *Livius*, con il che dispone che il giudice assolva *Herennius* se *Livius* non s'impegna a costituire di nuovo, non appena divenuto proprietario del fondo S, la servitù D-S.

Si tratta di *exceptio doli generalis*, in quanto il dolo di *Livius* si manifesta al momento dell'esercizio dell'azione, se non vuole impegnarsi a ricostruire la servitù (si noti che *Livius* non potrebbe costituire di sua propria iniziativa la servitù, perché fino a che *Herennius* non ha adempiuto il legato, *Livius* non è proprietario del fondo S). Il dolo dipende dal fatto che la volontà del testatore si deve interpretare nel senso che egli voleva far beneficiare *Livius* della proprietà del fondo nello stato in cui si trovava, e non privare *Herennius* della servitù di cui godeva.

6. Un testo in materia di usufrutto

In materia di usufrutto possiamo leggere questo passo di Ulpiano⁵⁶:

Ulp. 76 *ad ed.* D. 44, 4, 4, 12: *Quaesitum est, si, cum fundi usum fructum haberem, eum fundum volente me vendideris, an vindicanti mihi usum fructum exceptio sit obicienda. et hoc iure utimur, ut exceptio doli noceat.*

H. Krüger risolve il problema che evidentemente il testo pone affermando che la volontà dell'usufruttuario alla vendita del fondo comporterebbe il suo consenso alla rinuncia all'usufrutto, almeno se la vendita fosse in effetti stata effettuata; e lo deduce da testi come Gai. *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20, 6, 7 pr.-4; Gai 26 *ad ed. prov.* D 50, 17, 158; Marcian. *lib. sing. ad form. hyp.* D. 20, 6, 8, 6-18, Ulp. 73 *ad ed.* D. 20, 6, 4, 1-2; Paul. 3 *quaest.* D. 20, 6, 10 pr.-1; C. 8, 25, 2 a. 208, nei quali testi il diritto reale in questione è però sempre il pegno⁵⁷.

⁵⁶ H. KRÜGER, *Beiträge zur Lehre von der 'exceptio doli'*, I, cit., 75 s.; 141 ss.; G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino 1958, 391, nt. 2; U. ELSENER, *Les racines*, cit., 78 (nella nt. 163 dalla p. 75).

⁵⁷ Sul senso che questo regime aveva in funzione del pegno vedi M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli 1982, 266 s.

7. Un testo in materia di pegno e uno che probabilmente riguardava la fiducia cum creditore

Il testo in materia di pegno è il seguente⁵⁸:

Scaev., 5 dig. D. 13, 7, 43 pr.: *Locum purum pignori creditori obligavit eique instrumentum emptionis tradidit: et cum eum locum inaedificare vellet, mota sibi controversia a vicino de latitudine, quod alias probare non poterat, petit a creditore, ut instrumentum a se traditum auctoritatis exhiberet: quo non exhibente minorem locum aedificavit atque ita damnum passus est. quaesitum est, an, si creditor pecuniam petat vel pignus vindicet, doli exceptione posita iudex huius damni rationem habere debeat. respondit, si operam non dedisset, ut instrumenti facultae subducta debitor caperetur, posse debitorem pecunia soluta pigneraticia agere: opera autem in eo data tunc et ante pecuniam solutam in id quod interest cum creditore agi.*

Il caso parte dal pegno convenzionale di un terreno ineditato, con tradizione al creditore pignoratorio dell'*instrumentum emptionis*; poi il proprietario del terreno (debitore e pignorante) vuole costruirvi, ma ha bisogno del documento consegnato al creditore per provare al proprio vicino l'estensione della proprietà in funzione del diritto di costruirvi; il creditore non mette il documento a disposizione del proprietario, e per conseguenza questi si trova costretto a limitare la propria costruzione rispetto al diritto che ha, il che gli provoca un danno. Su questi fatti, nel testo è formulata una *quaestio*: «se il creditore, agendo poi contro il debitore che non gli ha pagato il debito, tanto se agisca per l'adempimento, quanto se rivendichi il pegno, qualora il debitore gli opponga l'*exceptio doli* in una di queste azioni, il giudice deve tenere conto del suddetto danno». Quel che è caratteristico del presente testo, è che la risposta del giurista che compare di seguito alla parte considerata finora («... *rationem habere debeat*»), e cioè la parte dopo «*respondit*», non contiene affatto la risposta al quesito formulato, perché vi si parla invece della possibilità che il debitore possa avere di pretendere il risarcimento del danno mediante l'esperimento dell'azione contrattuale (*actio pigneraticia*), e vi si distingue il caso nel quale il creditore, nel negare la disponibilità del documento al debitore, non fosse in dolo o lo fosse, e si specifica il dolo come collusione del creditore col vicino: nel primo caso il debitore potrebbe agire solo dopo aver pagato il debito, nel secondo *et ante pecuniam solutam*. Il testo deve dunque essere stato tagliato dai compilatori: sembra evidente infatti che Cervidio Scevola doveva aver dato anzitutto risposta al quesito che vi leggiamo, e poi formulato un secondo quesito relativo all'esperimento dell'*actio pigneraticia*, proseguendo infine con la risposta, che resta, al secondo quesito. Noi dovremmo, dunque, cercar di ricostruire la risposta, che ci manca, al primo quesito.

⁵⁸ M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, cit., 217 s. Per il problema che ci interessa, 217, con le ntt. 126-129.

Gli indizi che ci restano per tentare questa operazione sono i seguenti. Nella soluzione al secondo quesito, è chiaramente individuato come comportamento doloso del creditore solo quello di negare la disponibilità del documento in collusione col vicino, e non quello di negare la disponibilità del documento in se stessa; il comportamento doloso, inoltre, può essere fatto valere dal debitore, ai fini del risarcimento del danno subito, in ogni momento, anche prima del pagamento del debito; questi criteri, elaborati dal giurista in relazione all'esperienza dell'*actio pigneraticia*⁵⁹, possono anche essere impiegati con riguardo alla concessione dell'*exceptio doli*, che dunque dovrebbe spettare in ogni caso al debitore pignorante contro l'azione del creditore in collusione col vicino, fosse questa diretta ad ottenere il pagamento del debito o la disponibilità del pegno. Reciprocamente, se il contegno del creditore che negasse la restituzione, anche se temporanea, dell'*instrumentum* per ragioni diverse (per esempio temendo di rischiare di perdere quella speciale garanzia, pattuita col pignorante) del suo diritto, l'*exceptio doli* non dovrebbe essere concessa. Quest'ultima conclusione mi pare necessariamente conseguire all'idea che il rifiuto da parte del creditore di mettere a disposizione del proprietario del fondo il suo *instrumentum emptionis* non sia da considerarsi un fatto doloso. Nel testo si dice bensì che, se il rifiuto ha cagionato un danno al proprietario del fondo, questi può far valere le relative pretese risarcitorie con l'*actio pigneraticia* dopo aver pagato il debito: ma ciò dovrebbe significare che il rifiuto, pur non potendo considerarsi un fatto doloso, costituisce comunque un comportamento dannoso che può comportare un risarcimento del danno, e che questa pretesa può essere fatta valere dal danneggiato solo con l'*actio pigneraticia*, a pagamento avvenuto.

Leggiamo infine:

Ulp. 76 ad ed. D. 44, 4, 4, 8: *Item quaeritur, si uniones tibi [pignori dederō] <fiduciae causa in iure cessero> et convenerit, ut soluta pecunia redderentur, et hi uniones culpa tua perierint, et pecuniam petas. extat Nervae et Atilicini sententia dicentium ita esse excipiendum: 'si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones mihi reddantur': sed est verius exceptione doli mali nocere debere.*

Il testo deve aver subito un'alterazione del tipo di quella indicata, perché certo in origine si riferiva alla *fiducia*: ciò si desume dalla presenza del patto di restituzione che, se le perle fossero state date a pegno, non avrebbe molto senso.

Il primo, che propose di riconoscere nel testo un caso di *fiducia cum creditore*, è stato F. EISELE, *Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht*, Berlin 1876, 95 s. Lo Eisele incomincia col dire che nel testo non si deve in alcun modo veder configurata un'ipotesi di compensazione. Come caso di compensazione, il testo era stato inteso dal H.

⁵⁹ Che forse era di buona fede. Cfr. I. 4, 6, 28, sulla base del quale si integra abitualmente Gai. 4, 62. Ma vedi i dubbi di O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*, cit., 254 ss. (anche 294 s.); si veda comunque M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht*, cit., 61 ss. e 78 ss.

DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte, mit besonderem Rücksicht auf die preussische und französische Gesetzgebung* 2, Heidelberg 1868, 177 s. (in questa costruzione il Dernburg si opponeva allo Ubbelohde, il quale – a quanto riferisce lo Eisele a p. 96 – escludeva la compensazione adducendo come ragione che il diritto del debitore al risarcimento del danno per la perdita della cosa pignorata poteva essere esercitato solo dopo il pagamento del debito, ma il Dernburg aveva correttamente dimostrato che ciò non è vero sulla base dell'ultima frase di D. 13, 7, 43 pr., che abbiamo letto sopra). Continua lo Eisele: «Das Bedenken gegen Dernburgs Construction des Falles besteht nun aber in Folgendem. Wozu bei einem pignus die Verabredung: *ut uniones soluta pecunia redderentur*? Diese Verpflichtung wird ja ohne Weiteres re, durch die Hingabe der Sache zum pignus, begründet. Vollkommen erklärlich dagegen, ja nothwendig, war eine solche Verabredung bei einer *fiducia*, welche gerade dadurch als *fiducia cum creditore* erst charakterisiert wird. In der That bildet diese Verabredung einen Theil des *pactum conventum* in der sog. baetischen Fiduciartafel (nach Degenholb. Z. f. R. G. IX, S. 117): *usque eo is fundus eaque mancipia fiduciae essent, donec ea omnis pecunia persoluta fidesve L. Titii soluta liberataque esset*. Es dürfte sonach kaum ein Zweifel unterliegen, dass Ulpian nicht *pignori*, sondern *fiduciae* geschrieben hat».

E. STAMPE, *Das Compensationsverfahren im vorjustinianischen stricti juris iudicium*, Leipzig 1886, 89 s., dopo riportato il testo, scriveva: «Rührte das *pignori* von Ulpian her, dann wäre freilich die Stelle ein Zeugnis für die Fortdauer der Compensation durch *exceptio doli*, wie es klarer nicht gedacht werden kann. Aber EISELE'S Behauptung (cf. EISELE, pp. 96, 97), dass das *pignori* Interpolation sei und der ursprüngliche Text *fiducia* gelautet habe, hat in der Fassung des Fragments, besonders in der für das *pignus* ganz überflüssigen, für die *fiducia cum creditore* dagegen sehr charakteristischen Hervorhebung des *convenit ut soluta pecunia redderentur*, meines Erachtens ganz überzeugende Argumente für sich. Handelt aber Ulpian von der *fiducia*, so liegt kein Compensationsfall vor; denn dann steht die Sache zur Zeit der Schadenszufügung im Eigentum des Gläubigers, und es ist somit kein Grund vorhanden, dass dem Schuldner durch die Schadenszufügung sofort eine Forderung gegen den Gläubiger erwuchse, die er dann zur Compensation in dem gegen ihn angestregten Prozesse verwenden könnte; derselbe hat vielmehr nach wie vor lediglich einen Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums, und diesen erst nach Bezahlung der Schuld; es fehlt ihm also zur Compensation gegen die Schuldklage die compensable Gegenforderung. Die *exceptio doli* dient bei dieser Sachlage vielmehr einem anderweiten, der Compensation freilich nahe verwandten Zwecke; sie bringt die *aequitas* hier dahin zur Geltung, dass sie die Einforderung einer Obligation, die an sich geschuldet wird, durch deren Erfüllung aber sofort ein gleichartiger und gleichwerthiger Anspruch des bisherigen Schuldners gegen den bisherigen Gläubiger entsteht, von vornherein ausschliesst»⁶⁰.

Di parere contrario era invece A. PERNICE, *Labeo*, II, 1², Halle 1895, 244, dove del testo egli scriveva: «... es ist unnötig und unzulässig, an eine *fiducia* zu denken». Nella nt. 1 il Pernice citava E. EISELE, *Die Compensation*, cit., 95, nt. 1, e criticava la detta ipotesi di interpolazione qualificandola «unnötig» e «überflüssig»: «denn die Abrede kommt auch beim pignus vor (Cato *de agric.* 146, 2; Lab. fr. 14 *quib. mod. pig.* 20, 6), so dass sie später

⁶⁰ Alla tesi dell'interpolazione di *pignori* in luogo di *fiduciae* aderì anche C. APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris 1895, 307, nt. 2, annotando semplicemente, nel testo che riportava: «Ulpian avait probablement écrit: *fiduciae*, et non pas *pignori*».

zum *naturale negotii* wurde: fr. 3 *de pact.* 2, 14 (vgl. 1, 426 f.)». Ma il Pernice la qualificava anche «bedenklich»: «denn eine *fiducia* an *res nec Mancipi* hat es sicher nicht gegeben (3, 2 ss.)» (le due ultime citazioni fra parentesi sono, naturalmente, ad altri luoghi di *Labeo*). Aggiungerò solo che della possibilità di una *fiducia* di *res nec Mancipi* si era già preoccupato F. EISELE, *Die Compensation*, cit., 96, nt. 39, e comunque non solo non abbiamo nelle fonti informazioni contrarie, ma resta decisivo il fatto che la *fiducia* era prevista da Gaio come realizzabile tanto con *mancipatio* quanto con *in iure cessio*, e certo egli con ciò faceva riferimento anche alla prassi; e sarebbe ben strano che si facesse in pratica una *fiducia* di *res Mancipi* con *in iure cessio*, dal momento che Gaio ci informa che in pratica la *in iure cessio* per trasferire la proprietà non la si faceva (Gai. 2, 25). Per il trasferimento della proprietà, la *in iure cessio* doveva essere praticamente impiegata proprio per il trasferimento fiduciario delle *res nec Mancipi*, perché il *pactum fiduciae* non poteva accedere alla *traditio*, ma solo ad un atto di trasferimento formale.

L'eccezione proposta da Nerva e Atilicino era dunque basata sul *pactum fiduciae*. Ulpiano proponeva, piuttosto, l'*exceptio doli*. Questa, in effetti, appare meglio appropriata. Infatti, se si osserva il negozio fiduciario in se stesso, l'avvocato dell'attore, in relazione alla opposizione dell'eccezione dei due giuristi del I secolo, avrebbe avuto più spazio per argomentare contro la soluzione sostanzialmente giusta.

Poniamo il caso: C ha dato a mutuo una forte somma di denaro a D che gli ha fatto la *in iure cessio* di alcune perle alquanto preziose (*uniones*), col *pactum fiduciae*, che prevedeva la restituzione delle perle dopo effettuato il pagamento del denaro.

Del tenore usuale del *pactum fiduciae* abbiamo due noti esempi: quello, già citato dall'Eisele, della *formula Baetica*⁶¹, «*donec ea omnis pecunia persoluta fidesque L. Titii [= D] soluta liberataque esset*», e quello della *mancipatio Pompeiana*, secondo la ricostruzione dell'Arangio-Ruiz⁶²: «*quae Mancipia ... ita tibi ... restituentur, ut antea pecuniam quam mutuatam ... hodie tibi dedi, omnis mihi ... solvatur*».

Prima del pagamento, le perle sono perite per colpa di C. C esercita la *condictio* contro D. Nell'udienza *in iure* D chiede l'inserzione nella formula dell'eccezione di Nerva e Atilicino; l'avvocato di C potrebbe argomentare dicendo che l'eccezione non deve essere concessa, perché il patto fra C e D prevede che la restituzione abbia luogo dopo il pagamento del debito, e quindi nella presente azione, che si dà proprio perché il debito non è stato pagato, non possono venire in considerazione i problemi della restituzione delle perle. Se questa argomentazione viene accolta, l'eccezione non viene concessa, sicché D deve pagare subito, e far valere le sue pretese sperando successivamente l'*actio fiduciae*⁶³. Contro l'*exceptio doli* l'argomen-

⁶¹ Vedila in *FIRA*, III (= ARANGIO-RUIZ, *Negotia*), n. 92, lin. 1-4.

⁶² *FIRA*, III (= ARANGIO-RUIZ, *Negotia*), n. 91, lin. 10 ss.

⁶³ La formula dell'*actio fiduciae* è ricostruita in O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*, cit., 292; ma

tazione non varrebbe: in questo caso, infatti, D farebbe valere un caratteristico fatto da *exceptio doli generalis*, e cioè che C è in mala fede nell'esperire la *condictio*, con la quale, per lo meno, *petit quod redditurus est*, comportamento individuato come un caso tipizzato di comportamento doloso in Paul. 6 *ad Plaut.* D. 44, 4, 8 pr. (= D. 50, 17, 173, 3).

8. Come conclusione

Dalla casistica che abbiamo esaminato risulta assai chiaro che l'impiego dell'*exceptio doli* rappresenta uno strumento per sanzionare quello che nei diritti moderni siamo ormai abituati a denominare abuso di diritto. L'idea, almeno in passato professata abbastanza spesso, secondo la quale i giuristi romani non avrebbero conosciuto la nozione corrispondente, non può essere seguita: anche se i suoi sostenitori adducono qualche testo in contrario – ma si tratta solo di singole frasi raccolte nel titolo D. 50, 17 (*de diversis regulis iuris antiqui*), risultato di massimazioni che appaiono evidentemente fatte isolando frasette da un contesto casistico, dove esse avevano certo una portata diversa⁶⁴ – questo contributo negativo risulta sommerso dalla gran massa dei praticamente innumerevoli testi che contengono soluzioni positive. Si deve anzi dire che la disciplina dei rimedi concessi ad una parte contro l'abuso di diritto che essa possa subire è assai più vasta di quella presente nei diritti attuali, anche i più inclini a riconoscerla, perché oggi la tutela della parte lesa dall'abuso di diritto si riduce a quella realizzabile mediante l'eccezione di dolo generale, mentre nel diritto romano era prevista anche la tutela mediante l'*actio de dolo*, strumento con carattere formale di azione penale ma in sostanza di portata restitutoria (in forza della clausola restitutoria contenuta nella formula dell'*actio de dolo*) o risarcitoria (in forza della *condemnatio in quanti ea res erit*)⁶⁵.

Quel che più interessa, invece, è cogliere esattamente in senso generale dell'in-

il problema ha dato luogo ad una vasta discussione, della quale (vedi in part. G. GROSSO, *Appunti sulla formula dell'actio fiduciae*, in *Ann. Camerino*, III, 1929, 81 ss. = G. GROSSO, *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, 275 ss.; H. KRELLER, *'Formula fiduciae' und Pfandrecht*, in *ZSS*, LXII, 1942, 143 ss.) riferisce N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano 1974, in part. 48 ss., giungendo alla proposta di una formula diversa alla p. 85; ma vedi ancora, soprattutto, M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, cit., 99 ss.

⁶⁴ Vedi, con l'esame dei testi rilevanti, U. ELSENER, *Les racines*, cit., 188 ss. Il passo più appariscente è Gai. 2 *de test. ad ed. urbicum* D. 50, 17, 55: *Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*. Ma, così com'è ridotto nella compilazione, l'enunciato viene direttamente contraddetto da Ulp. Marcell. D. 39, 3, 1, 12, che leggeremo fra breve.

⁶⁵ La formula dell'*actio de dolo* era, secondo la ricostruzione impeccabile di O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*, cit., 115, prevista nell'editto pretorio col seguente tenore: *Si paret dolo malo Numerii Negidii factum esse, ut Aulus Agerius Numerio Negidio (Lucio Titio) fundum quo de agitur mancipio daret, neque plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit, neque ea res arbitrio iudicis restitueretur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito*.

novazione che Aquilio Gallo introdusse nel sistema del diritto privato tutto intero, creando *de dolo malo formulas*. L'idea in se stessa può essere descritta in modo molto semplice, dicendo che l'ordine giuridico non deve comunque permettere che un soggetto, operando in mala fede, possa danneggiare altri, con profitto proprio o altrui, o anche, al limite, senza profitto di alcuno⁶⁶.

Un caso nel quale l'esistenza di un profitto risulta del tutto irrilevante si trova nel testo seguente, che non ho esaminato in questo mio contributo in quanto riguarda l'*actio de dolo* e non l'*exceptio*:

Ulp. 53 *ad ed.* D. 39, 3, 1, 12: *Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec⁶⁷ de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.*

Al proprietario del fondo in cui è sito il *fons* viene dunque data l'*actio de dolo* contro il proprietario del fondo nel quale questi ha scavato deviando il corso d'acqua che lo alimentava, se risulta avere fatto ciò unicamente per nuocere al vicino: dunque il dolo di costui risulta proprio dal fatto che tale scavo non migliorava il suo fondo, e quindi non gli dava alcun profitto.

Il sistema sanzionatorio dell'abuso di diritto non è concepito in modo analogo a quello dell'arricchimento ingiustificato, dove al soggetto leso (*depauperato*) viene data protezione solo in funzione dell'arricchimento di un altro soggetto (*Pomp. 9 ex variis lect.* D. 50, 17, 206).

Ma alla base di quest'idea sta una concezione di più vasta portata, che contiene una valutazione pratica – ma potremmo anche parlare di una considerazione di teoria generale del diritto – del sistema del diritto privato nel suo complesso: che l'ordinamento, per quanto costruito ed elaborato, dalle fonti autoritative e dai giuristi, in un modo che può considerarsi perfetto, perfetto non è mai al punto che un soggetto astuto non possa, valendosi delle strutture istituzionali stesse, nuocere ad altri senza poter essere toccato da una qualche sanzione; e può pure accadere che i meccanismi delle istituzioni medesime, proprio per la loro compiutezza e perfezione, possano lasciar scoperte o magari addirittura creare situazioni potenzialmente dannose per qualcuno, di cui altri possa comunque profittare (con o senza un proprio specifico guadagno in termini economici: anche se i casi nei quali l'autore del danno altrui ne guadagni saranno pur sempre i più frequenti). I rimedi *de dolo* hanno la funzione di salvaguardare da quest'ultimo, residuale, fenomeno produttivo d'ingiustizia. Rispetto ai rimedi *de dolo*, l'ordinamento è considerato come un dato: esso funziona e deve funzionare secondo le sue strutture; i suoi confini sono isti-

⁶⁶ Vedi U. ELSENER, *Les racines*, cit., 183 s.

⁶⁷ Il tratto '*nec-habere*' è opportunamente corretto dal Mommsen invertendo le due parti della frase. '*et sane non debet habere nec de dolo actionem*'.

tuzionalmente i confini tra il giusto e l'ingiusto. Ma siccome, di caso in caso, può constatarsi che i valori sociali stessi, in base ai quali quei confini sono stati determinati, possono venire negati con l'impiego stesso delle strutture istituzionali che per salvaguardarli sono state costruite, risulta necessario che l'ordinamento medesimo preveda uno strumento generale (nel senso di una clausola generale) per intervenire nei singoli casi in cui il suddetto limite dell'ordinamento venga a manifestarsi. La fattispecie dell'abuso di diritto ed i relativi rimedi sanzionatori *de dolo* hanno spazio e funzione ai limiti dell'ordinamento; essi ne rendono flessibile la linea di confine: e di conseguenza dovranno essere gestiti non offuscandola nel senso di farne una linea incerta, ma dando ad essa la certezza di poter corrispondere sempre – o almeno il più, praticamente, possibile – al luogo che, di volta in volta, rappresenta il confine fra il giusto e l'ingiusto. Questa riflessione, che faccio e che attribuisco nella sua sostanza ad Aquilio Gallo, non deve considerarsi come utopica e tanto meno trionfalistica. Si tratta solo di una riflessione seria, funzionalmente consapevole, che parte anzi da una valutazione delle strutture positive che ne riconosce i limiti. Come abbiamo letto in Paul. 71 *ad ed.* D. 44, 4, 1, 1-2, il dolo può avvantaggiare qualcuno violando la giustizia (*naturalis aequitas*) «*per occasionem iuris civilis*»: con l'essenziale precisazione che la presenza del dolo si desume non con introspezione psicologica *in foro interno*, ma dai caratteri di quanto è accaduto (*an dolo quid factum sit, ex facto intellegitur*).

GIOVANNI PUGLIESE A DIECI ANNI DALLA SUA SCOMPARSA *

Incomincerò ricordando tre date, che per l'inizio della carriera scientifica di Giovanni Pugliese sono significative: non tanto in se stessa ma – come vedremo – per il loro collegarsi.

Pugliese si laureò nel 1935 con una tesi sulla simulazione; come libro, lo stesso lavoro venne pubblicato nel 1938; *Actio e diritto subiettivo*, il successivo libro del Pugliese che tutti conoscono, non solo i romanisti, perché si tratta di uno fra i libri importanti della letteratura giuridica del XX secolo, è del 1939, ma la prefazione è datata novembre 1938.

Come egli stesso mi ricordava, e come scrisse anche in quel breve resoconto della sua attività scientifica e accademica che è stato pubblicato nella rivista della Fondazione Savigny qualche anno dopo che gli venne conferito il premio della Humboldt Stiftung, nel suo lavoro sulla simulazione il Pugliese aveva adottato “per la prima e per l'ultima volta” il metodo interpolazionistico.

Questo abbandono del metodo interpolazionistico, così precoce – perché già in *Actio e diritto subiettivo* esso non era più adottato – divenne definitivo, anche per effetto, a quanto egli stesso mi disse una volta, dell'anno che egli trascorse nel 1939 a Roma con Emilio Albertario. Si tratta di una specie di paradosso in quanto, come sapete, l'Albertario era il principe degli interpolazionisti del suo tempo: ma Pugliese mi diceva che, stando un anno a lavorare insieme ad Albertario, aveva capito «come non si deve studiare il diritto romano». Questo episodio, che nel complesso è legato a pochi anni, mostra la precocissima capacità critica del Pugliese, il quale negli anni successivi al 1938 aveva già non solo acquisito, ma anche consapevolmente maturato l'opposizione al metodo allora in gran voga nell'esegesi delle fonti giuridiche romane.

Alla specifica ragione del rifiuto del metodo interpolazionistico egli ha accennato qua e là nei suoi scritti, ma chi ebbe la fortuna di lavorare con lui la conosce bene. La sua insoddisfazione rispetto a quel metodo non riguardava affatto la ricerca delle interpolazioni. Negli anni più recenti, quando si concretarono correnti anti-interpolazionistiche ad oltranza, ed alcuni autori arrivarono a sostenere che interpolazioni nei testi classici da parte dei compilatori giustinianeî non ce ne sono state – questa tesi estrema è rara, ma pure è stata sostenuta – e comunque si diffuse un

* Pubblicato in *Rendiconti* – Atti della Accademia Nazionale dei Lincei, Anno CDIII, Classe di scienze morali, storiche e filologiche, serie IX, vol. XVII, fasc. 4, Bardi Editore, Roma 2006.

atteggiamento che sottovaluta affatto la presenza di interpolazioni, il Pugliese assunse sempre in proposito un atteggiamento fortemente critico. La ricerca delle interpolazioni non è l'aspetto del metodo interpolazionistico che egli criticava; la sua critica era piuttosto diretta all'impostazione che la ricerca delle interpolazioni aveva a quel tempo: un atteggiamento marcatamente filologico, per effetto del quale l'attenzione dell'esegeta al testo studiato si concentrava al di fuori della prospettiva che il giurista deve assumere. In altre parole, il metodo interpolazionistico, applicato come tale, comprometteva la considerazione specificamente giuridica dei testi.

Bisogna considerare anche un altro aspetto di quel che è avvenuto negli anni, ai quali facevo riferimento. Il lavoro sulla simulazione, come già accennavo, fu discusso come tesi di laurea nel 1935 e pubblicato nel 1938: ma i due prodotti sono molto diversi, perché, mentre quello pubblicato nel 1938 è un lavoro di diritto romano, nella tesi di laurea la parte romanistica era solo la prima, perché poi venivano compiutamente sviluppate la trattazione del diritto intermedio e quella del diritto vigente. Al momento della pubblicazione, la monografia fu ridotta alla parte romanistica per consiglio di Gino Segrè, che – come tutti sanno – del Pugliese era il maestro. Non si trattò di un consiglio scientifico, ma di una pura esortazione pratica: il maestro disse al suo allievo – è lui stesso che mi raccontò queste cose – che bisognava che confezionasse titoli per vincere un concorso, e a questo fine una monografia di diritto romano sarebbe stata più proficua di una ricerca dell'ampiezza che aveva la tesi di laurea. Questa vicenda lascia scorgere che già il punto di partenza dell'attività scientifica del Pugliese era nella prospettiva della considerazione tendenzialmente complessiva del fenomeno giuridico, e che soltanto in funzione di un'opportunità pratica il lavoro iniziale assunse dimensioni diverse.

Se poi si legge *Actio e diritto subiettivo* ci si accorge – anche questo libro fu scritto in funzione del concorso, poi subito vinto – che la soppressione di quello che sta attorno al diritto romano non implicava l'oblio di tutto quello che l'autore stava sopprimendo: perché in *Actio e diritto subiettivo* l'atteggiamento caratteristico del Pugliese rispetto al fenomeno giuridico, e cioè quello di considerare tale fenomeno come un fenomeno unitario, qualunque sia il tema o l'epoca che in concreto si sta trattando, appare con sicura evidenza.

Va ben chiarito in che cosa consistesse quest'idea, che io esprimo come la visione unitaria del fenomeno giuridico, e che era fondamentale nel pensiero del Pugliese, anche se le parole con le quali la indico non le ricordo come specificamente impiegate da lui. Il fatto è che, come scrisse poco di metodologia della scienza giuridica, egli pure non ne parlava volentieri in astratto, sicché la sua concezione la comunicava col suo concreto modo di praticare la scienza, col suo insegnamento, e io tutto ciò appresi, nel modo più chiaro, dalla lunga condivisione che egli mi permise di farne. Così appresi da lui che il fenomeno giuridico, è complessivamente, per quanto vario e composito, un unico fenomeno, che la scienza giuridica è una sola scienza, per quanto varie e diverse ne possano essere le manifestazioni concrete, che una è pure la storia del diritto, e che pure la dommatica e la sistematica del diritto si presentano come un problema unitario, perché anche la considerazione del-

le diverse loro manifestazioni nei tempi e negli ambienti più lontani non sono che dati per una riflessione che, da qualunque punto si prendano le mosse, si svolge poi in una prospettiva comune.

Come Giovanni Pugliese vedesse il fenomeno giuridico lo si scorge già in *Actio e diritto subiettivo*, il quale, già lo dicevo, è un lavoro romanistico, ma condotto in gran parte – anche se non solo – con l'occhio ad un'elaborazione dommatica dovuta alla scuola delle Pandette, ma senza considerare questa particolare elaborazione dommatica se non come un dato scientifico, che nei suoi risultati non è necessariamente legato alle fonti romane che vi vengono studiate per approfondire il problema. In *Actio e diritto subiettivo* si vede benissimo che lo sguardo del Pugliese sulle fonti è uno sguardo, da un lato, storico: in esse si ritrova il pensiero dei giuristi romani, e la considerazione, che egli fa, del pensiero dei dommatici della Pandettistica è vista come una considerazione operata col fine dell'intrinseca significanza del fenomeno giuridico studiato, e che il legame fra questa – diciamo così – parte tecnica della scienza e la visione storica sta semplicemente nel fatto che la scienza giuridica e il fenomeno giuridico come tali rappresentano un'unità che possiede al suo interno una necessaria articolazione storica.

Quest'idea, che ho espresso come quella dell'unità della scienza giuridica, domina tutta l'attività scientifica di Giovanni Pugliese, anche se si è manifestata in modo molto diversi. Ma il pensiero che accompagna sempre, che anima costantemente la sua ricerca e le prospettive che essa assume, è legato a tale concezione globale del fenomeno giuridico, la cui globalità implica soprattutto – questo è il punto più importante – una connessione intrinseca fra l'elaborazione dommatica e sistemica e la storia.

Di questa prospettiva, che ho tentato di delineare, negli scritti del Pugliese esistono chiarimenti essenziali. Ho già accennato al fatto che egli scrisse pochissimo di metodologia o di teoria, ma ne scrisse tuttavia in varie occasioni, ed in questi contesti emergono certe osservazioni e prese di posizione che non solo risultano interessanti per illustrare la sua concezione, ma soprattutto fanno capire che la sua visione unitaria non può essere presa come una specie di programma o di etichetta, perché di questo non si tratta per nulla.

Tenterò ora di osservare come la sua concezione si sia concretamente manifestata nell'insieme della sua produzione; perché essa, che possiamo considerare come un punto di partenza, come un'idea che determina un atteggiamento di metodo, ha preso forme diverse secondo due periodi, che a mio modo di vedere si distinguono in modo abbastanza netto. E come punto cronologico discriminante sceglierei approssimativamente la data del 1960, anche se, come preciserò, si tratta di una data che va presa con una certa sfumatura.

Nel 1960, dal punto di vista delle vicende esteriori, il Pugliese fu chiamato a Roma, e quindi si trattò del momento del trasferimento da Milano a Roma. Però, durante l'anno accademico 1960-1961 egli visse in due città – ricordo che mi diceva «è bello vivere in due città» – perché mentre iniziava l'insegnamento romano mantenne l'incarico di Istituzioni di Diritto Romano a Milano.

Se guardiamo la produzione del Pugliese fino a questa data, vediamo che egli si era occupato tanto di diritto romano quanto di diritto vigente, e nel diritto vigente specialmente di diritto civile, anche se pure di diritto commerciale e per qualcosa altresì di teoria generale del diritto; ma su quest'ultimo punto ritornerò più avanti. Nel periodo fino al 1960 le opere di diritto romano e quelle di diritto civile sono separate. Fra quelle di diritto romano, come i più noti e più importanti possono essere considerati i lavori sul processo civile romano, in particolare il famoso corso genovese sul processo formulare (in due volumi: due anni di corso) e una serie di articoli che percorre tutto il periodo giungendo sino alla sua fine, tra i quali si collocano gli importanti contributi in materia di ingiustizia della sentenza e sulle prove, ma che erano partiti dal lavoro sulla *litis contestatio*. La produzione romanistica su questa tematica processuale continuerà anche dopo, perché a Roma tenne i noti corsi di Diritto romano sul processo civile, nel secondo dei quali iniziò una rielaborazione – interamente nuova ma purtroppo arrestatasi al primo volume, in qualche modo introduttivo – del corso genovese sul processo formulare, ma nel primo affrontò, ed in modo esauriente, la tematica delle *legis actiones*, che prima non aveva trattato. Ricordo che mi disse, all'inizio di questa vicenda didattica sul processo: «Vorrei rifare il *Processo formulare*, ma non mi sento di rifarlo senza avere studiato a fondo le *legis actiones*».

Torno al primo periodo fino al 1960. Dicevo che i lavori romanistici non furono soltanto sul processo; ne scrisse molti altri, ma sempre separati da quelli del diritto civile vigente, i quali sono assai numerosi, e comprendono anche dei libri; anzi, uno ne fu scritto in più di quelli che comparvero. Per il *Trattato Scialoja-Branca* Pugliese aveva scritto anche il volume su *Comunione e Condominio*, ed il manoscritto era già pronto; ma lo aveva ultimato negli anni finali della guerra, e nel '45 egli era stato chiamato a Trieste, il che gli imponeva intensi spostamenti, assai problematici in quel periodo, sicché in tali frangenti il manoscritto andò perduto e, come mi disse una volta alquanti anni dopo, non si sentì di rifarlo daccapo. Nel *Trattato Scialoja-Branca* pubblicò più tardi il volume sulla superficie; e poi anche, nel *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, il noto volume relativo a *Usufrutto, uso, abitazione*.

Nel secondo periodo la prospettiva del Pugliese è diversa, perché si apre quella parte della sua produzione in cui i due elementi, lo storico e il dommatico, tendono ad unirsi. Su questo tema tornerò fra un momento, perché prima vorrei cercar di vedere come già nella produzione del primo periodo l'idea dell'unità del diritto, nel senso che ho cercato di descrivere prima, si fosse precisata nella sua mente stessa e, come egli stesso ebbe a scrivere diverse volte, quel che nel suo modo di vedere a quel tempo univa naturalmente la ricerca storica e la ricerca – dico convenzionalmente – dommatica e sistematica, potesse trovare un terreno privilegiato nella teoria generale del diritto.

Per comprendere quest'ultima affermazione, si deve rivivere una certa atmosfera dei primi due decenni del dopo-guerra, quando l'idea della teoria generale del diritto svolgeva nella cultura giuridica una funzione notevole. Chi è vissuto in que-

gli anni già occupandosi di diritto si ricorda, ad esempio, che nei corsi di filosofia del diritto primeggiava lo studio della *Reine Rechtslehre* del Kelsen, un libro che credo nessuno studente di Giurisprudenza uscisse, dall'Università senza aver letto. C'era stato, in Italia, anche un caso specifico: perché, come tutti sanno, una *Teoria generale del diritto* era stata scritta – e, del noto giurista, rappresentava un libro assai impegnato – da Francesco Carnelutti (pubblicata nel 1940¹, 1946², 1951³); negli anni fino al 1960 fu un libro assai letto, e che aveva dato una certa prospettiva, un certo tipo di impronta, in Italia, al modo di pensare giuridico comune.

Ora, quando il Pugliese menzionava nei suoi scritti questa idea della teoria generale del diritto come luogo di unificazione delle due prospettive dalle quali il fenomeno giuridico poteva essere visto, non era però semplicemente uno studioso ispirato dalla teoria generale del diritto come tale, e in particolare non lo era dalla *Teoria generale del diritto* di Carnelutti: perché, proprio a proposito della *Teoria* del Carnelutti e dell'opera del Carnelutti in generale, egli si esprimeva in modo assai equilibrato ed anche critico. E tengo a precisare: malgrado la sua stima per l'autore, ed in ispecie per le sue opere di diritto processuale civile, fra le quali in particolare c'è un'opera istituzionale molto bella, scritta con quella plasticità dell'analisi giuridica che tutti conoscono come sua dote, e che non poteva non trovare nel Pugliese una consonanza intellettuale. Il Pugliese, però, rilevava che Carnelutti, nella sua opera di teorico, ignorava del tutto la storia: una certa propensione in questo senso la dimostrava, ma essa poi si concretava in quelle che allora si dicevano “le etimologie alla Carnelutti”, con il che si voleva dire qualcosa come le etimologie del tipo *lucus a non lucendo*.

Un analogo giudizio, ed anzi assai più duro, il Pugliese aveva anche rispetto ad altri dommatici, ed all'impiego della dommatica in generale. Intendiamoci bene, però: il Pugliese era un dommatico, ma rilevava che spesso i giuristi si rifugiano nella dommatica per coprire la loro ignoranza della storia.

Cose di questo genere, Pugliese le diceva perché ne era convinto: non era una persona che si creasse o comunque impiegasse degli slogan. Se ricordo le sue parole esatte è solo perché le sue parole si ricordavano: erano sempre scelte in modo preciso, e non perché si preoccupasse molto delle parole quando parlava, ma perché pensava molto, e quando parlava sapeva già come dire le cose. Chiunque sia stato allievo di Pugliese ed abbia sentito le sue lezioni lo sa, perché queste non erano mai preparate con una preparazione puntuale, ma erano il frutto di una preparazione del corso. Naturalmente, insegnando le Istituzioni, anch'egli poteva approfondire o rivedere di volta in volta qualche singolo punto, ma per i corsi di Eseggesi, per esempio – erano i suoi corsi più importanti ed io ho avuto modo di seguirne molti –, la preparazione aveva luogo l'estate precedente il relativo anno accademico, ed ogni cosa che poi vi diceva si vedeva bene essere il risultato di una meditazione già prima compiuta; ed egli possedeva la capacità di tradurre il proprio pensiero in parole, perché pensava con la mentalità del docente, cioè di chi deve poi ancora spiegare le cose che pensa.

Diceva che quella frase, che cioè la dommatica – la costruzione dommatica – la

si usa spesso per coprire l'ignoranza della storia, non era un'affermazione critica fatta per screditare, tacciandoli d'ignoranza, certi colleghi, ma voleva precisamente significare che l'impiego della dommatica, quando ad un certo punto si fa eccessivo, è spesso fatto soltanto perché non si vede il perno di un problema, perché quello specifico problema, o le difficoltà che esso dà, nascono dalla storia del problema stesso o dalla storia delle sue soluzioni, con la conseguenza che la soluzione dommatica diviene, in questo caso, una soluzione artificiale, in quanto il problema ha in se stesso una soluzione, che prendendo conoscenza della storia si ritrova.

Questi aspetti del pensiero di Giovanni Pugliese sono anche aspetti della sua partecipazione intellettualmente e culturalmente profonda agli atteggiamenti di Gino Segrè. Nella recensione che egli fece degli *Scritti vari* del Segrè, concludendo scrive en passant «io ultimo allievo di Segrè». Questa circostanza io l'avevo conosciuta direttamente da lui: ma me la comunicò, quando gli capitò di parlargliene, con parole diverse: «Io sono allievo di Segrè, e si vede». Allora io ho acquisito che Pugliese era allievo di Segrè e che si vedeva: ma non conoscevo ancora l'opera del Segrè per constatare la cosa direttamente. Perché leggendo Segrè si ritrovano tante cose di Pugliese. Naturalmente, in Segrè si ritrovano come pensiero di un uomo della generazione precedente, che non aveva ancora fatto la specifica meditazione del Pugliese, e soprattutto non era ancora arrivato a quell'idea dell'unità della scienza giuridica di cui ho parlato: ma il discorso sulla dommatica presso Segrè è presente. C'è un vecchio scritto di Segrè, che è ripubblicato negli *Scritti vari* che già ho ricordato, e che fu la sua prolusione cagliaritana del 1892, col titolo *Di alcune pericolose tendenze nello studio sistematico del diritto romano*: anche dal titolo s'intuisce che si tratta di un discorso ispirato dal pensiero dello Jhering, non tanto – per intenderci – in generale dello Jhering della “Interessenjurisprudenz”, ma dello Jhering di *Scherz und Ernst* o più precisamente dello Jhering del “Paradiso dei giuristi” (*Im juristischen Begriffshimmel*), dove irrideva il dommatismo eccessivo dei suoi contemporanei. Il Segrè, infatti, illustrava le confusioni alle quali il dommatismo eccessivo può condurre, e nella parte conclusiva sottolineava in particolare quella consistente nel confondere principio giuridico e dogma. Il legame fra il pensiero del Pugliese e questo precedente culturale si ravvisa facilmente.

Dicevo che in questo primo periodo il Pugliese lavorava come romanista e come civilista separatamente, ma la visione è già unitaria, e l'impostazione che sarà prevalente nel secondo periodo, dominata dai lavori che l'idea unitaria riassume dandole anche concretamente corpo in ricerche unitariamente concepite e strutturate, trova nel primo periodo la base; e ciò emerge anche in modo materialmente percettibile dal fatto che proprio all'inizio del nuovo periodo si colloca la sua opera che riprende il modo della ricerca che egli aveva adottato nella tesi di laurea non pubblicata. Ricorderete che vi dicevo che il lavoro sulla simulazione percorreva in origine tutta la vicenda della materia studiata nel diritto romano, nel diritto intermedio e nel diritto vigente. La stessa cosa egli fece nella voce *Giudicato civile* per l'*Enciclopedia del diritto*. Chiunque conosca questa voce sa che non si tratta di una semplice sintesi enciclopedica; essa consta di 167 pagine composte con i piccoli,

serrati caratteri con i quali l'*Enciclopedia* è stampata, ed è articolata proprio con la scansione diritto romano-diritto intermedio-diritto moderno-diritto vigente. Il diritto intermedio parte dall'alto medioevo, il diritto moderno arriva fino alle codificazioni; segue la parte relativa al diritto vigente, che è impostata come una trattazione approfondita di diritto italiano – naturalmente: l'*Enciclopedia* richiedeva ciò per scelta editoriale –, ma l'esposizione è condotta con tutti i riferimenti storici opportuni ed un andamento decisamente transnazionale; il suo inizio, dove si tratta della *natura del giudicato* e incomincia prendendo in esame *gli orientamenti della dottrina nei secoli XIX e XX*, prima di giungere a parlare della dottrina italiana (due pagine e mezza), dedica sette pagine a quella tedesca e francese, e prosegue poi per altre due pagine e mezza con quella del Common Law inglese e americano. Tutto il discorso che il Pugliese vi svolge è articolato con questo senso dell'unità della vicenda intellettuale, culturale e concreta del diritto. All'interno dello spazio nel quale l'indagine si dipana, di volta in volta, a seconda del settore al quale si riferisce, il discorso del Pugliese, col suo costante rigore, si riferisce esclusivamente alle cose di cui sta parlando: quando parla di diritto romano, parla di diritto romano, quando parla del diritto dell'alto medioevo, parla di diritto dell'alto medio evo, e via dicendo: ma è il modo in cui il discorso si articola a far sì che esso trovi nell'insieme della sua complessiva estensione cronologica e geografica la propria dimensione sostanziale.

La voce *Giudicato civile*, di cui sto parlando, egli la scrisse proprio a cavallo dei due periodi perché la pubblicazione ebbe luogo alquanto tardi: mi sembra che sia uscito nel 1969 il volume e distribuito l'anno precedente (1968) l'estratto; ma Pugliese vi lavorò, in grandissima parte almeno, quand'era ancora a Milano. Lo ricordo benissimo, perché tutta la parte relativa al diritto medievale la compose avendo sotto mano la biblioteca che fu del Senato Milanese, e che allora era depositata nel nostro Istituto e adesso appartiene definitivamente all'Istituto di Storia del Diritto Italiano. Questo fondo proveniente dal Senato Milanese – che ai suoi tempi, come tutti sanno, fu un organo giudiziario – è una ricchissima collezione di libri di diritto comune. Il Pugliese vi lavorò prendendone i volumi uno per uno, per cercarvi quanto poteva interessare la tematica della cosa giuridica. E questo lavoro fatto a Milano durò a lungo; fra l'altro, è in questo contesto che il Pugliese concepì anche quella serie di articoli di così vasto respiro che riguardano la cosa giudicata, e che sono stati poi scritti e pubblicati via via, a partire dal 1960 lungo più di un decennio. Ricordo tutto questo per illustrare che nel 1960, l'anno che ho scelto come quello – approssimativamente – del passaggio dal primo al secondo periodo dell'attività scientifica del Pugliese, il mutamento avvenne su una base di lavoro che durava già da anni e che lo occupò per anni ancora.

C'è un passo, in uno dei suoi scritti, che vorrei leggervi perché può gettare una certa luce su quanto vado dicendo. Esso appartiene alla prefazione che il Pugliese redasse per la raccolta dei suoi *Scritti*, quando furono pubblicati nel 1985-1986, per iniziativa dell'Università di Camerino, in particolare dai professori Camerti e da Gino Labruna, in cinque volumi. Nella prefazione che il Pugliese vi aggiunse –

è datata giugno 1985 – egli parla dell’articolazione che nella raccolta è stata fatta dei suoi scritti – articolazione che era stata operata col suo consenso da coloro che avevano materialmente curato la raccolta, *in primis* dalla sua allieva Giuseppina Sacconi – dividendoli in scritti di diritto romano (i primi tre volumi) e problemi di diritto vigente (diritto attuale, diritto comparato e teoria generale, gli ultimi due volumi). In proposito, egli scriveva che si tratta di una partizione «ovvia, forse inevitabile, ma che devo riconoscere semplicistica e teoricamente discutibile». Il che è già significativo, ma più interessante è quel che è scritto dopo: «Ho sempre ritenuto infatti che le due parti costituissero un’unità. E in realtà noti insegnamenti metodologici potevano confortarmi nell’opinione che, come una ricerca romanistica, o storica in genere, esige la piena considerazione degli aspetti specificamente giuridici del tema studiato, così una ricerca di diritto vigente non può condurre a risultati sicuramente attendibili senza un’appropriata dimensione storica. Devo tuttavia riconoscere che solo quando, una ventina d’anni fa, ho cominciato a compiere ricerche di diritto comparato, sono passato dall’intuizione alla consapevolezza (e non già teorica, bensì sperimentale) di quell’intrinseca unità. Nel diritto comparato, che pur si occupa normalmente di questioni attuali, ho potuto appunto “sperimentare” come la dimensione storica sia non tanto necessaria quanto ovvia, anzi come nello studiarlo ricerca storica e ricerca di diritto vigente si saldino fino a formare praticamente un tutt’uno. E occorre sottolineare che il diritto comparato non è un’eccezione, bensì un punto privilegiato di osservazioni, da cui anche chi non ha (come io stesso) occhi teorici abbastanza acuti, riesce a scorgere quello che è uno stato di cose generale».

Come vedete, in questa prefazione, che è datata del 1985, il Pugliese riportava la sua “consapevolezza” della dimensione dommatica e storica unitaria della scienza giuridica a “una ventina d’anni prima”; siamo giusto al periodo, come vi dicevo, in cui aveva finito la voce *Giudicato civile*.

Ma, a questo punto, è necessario che faccia una precisazione. Io vi ho presentato il pensiero del Pugliese come quello di un giurista per il quale la dommatica e la sistematica del diritto non possono essere considerate il prodotto di un momento della sua storia, ma piuttosto un modo di essere dell’insieme giuridico, del quale anche la storia fa parte, per cui l’apporto della storia alla dommatica possiede un senso che non si riduce affatto ad una datazione dell’individuazione di singole costruzioni dommatiche; perché invece la storia è inerente in qualunque dommatica, e quindi è inerente anche nella dommatica che usiamo adesso, in quanto è elemento della stessa unità di cui tanto la storia quanto la dommatica fanno parte: con la proposizione finale, secondo la quale una dommatica, nel momento in cui la si forma, è senza data in quanto ha in se stessa la storia. Ora, io mi sento di esporvi le cose in questo modo, ma mi rendo ben conto che ciò può essere pericoloso, in quanto potrebbe far pensare che io presenti Giovanni Pugliese come un tardo pandettista: mentre certo egli non era nulla di tutto questo. Per fortuna, su questo punto non ho bisogno di argomentare, perché fra i suoi scritti ve n’è uno (del 1973), al quale posso semplicemente richiamarmi. Si tratta di una sua comunicazione ad uno

dei congressi della Società italiana di storia del diritto, che tratta proprio dell'esperienza pandettistica ed esamina in particolare il percorso della Scuola storica e poi della Pandettistica propriamente detta a partire dalle *Pandekten* del Puchta e poi di tutto il lavoro di quella corrente di pensiero metodologico.

Nell'esposizione alla quale mi riferisco sono espressi giudizi precisi, scritti appunto in funzione di una valutazione dell'opera della Pandettistica e del suo apporto alla scienza del diritto. Naturalmente, l'articolo è abbastanza lungo, e non è scritto con lo scopo di dare simili giudizi, ma per spiegare che cosa la scuola storica e la Pandettistica hanno fatto: ma c'è una parte nella quale tale vicenda è anche valutata nel suo insieme, e che contiene pure una valutazione dell'opera dei suoi singoli protagonisti: ed è una parte importante. Importante proprio in funzione di un discorso sul metodo della scienza giuridica e sui rapporti tra storia e dottrina, perché l'esperienza pandettistica fu un'esperienza caratteristica, in quanto i pandettisti costruirono appunto la loro dottrina in base alle fonti romane.

Ora, il giudizio del Pugliese è molto preciso nel distinguere l'aspetto positivo e l'aspetto negativo: e con riguardo a quest'ultimo, il suo discorso è in particolare molto chiaro. Egli sottolinea che già un po' col Savigny stesso, ma comunque poi in tutta la Pandettistica si è costantemente professato il grave errore, o meglio si è commesso il grave errore scientifico di trascurare la storia: cosa più grave, da un punto di vista metodologico, rispetto all'ignoranza stessa della storia: i pandettisti usavano fonti d'altri tempi, fonti che appartenevano alla storia, come se fossero fonti del loro tempo, e con ciò mancavano della percezione del carattere storico delle loro stesse fonti. D'altra parte, l'aspetto positivo della Pandettistica, secondo il Pugliese, si concreta semplicemente nel fatto che non si può non riconoscerle l'enorme contributo dato alla formazione della scienza giuridica moderna. E dunque, come riflessione finale di queste considerazioni, per noi oggi, consapevoli di quell'idea dell'unità della scienza giuridica e del fenomeno giuridico in se stesso, e consci di questo difetto della Pandettistica, ma insieme della strada che essa ha aperto, resta acquisito il fatto che, se vogliamo continuare il lavoro, non possiamo negare, qualunque atteggiamento metodologico si voglia assumere, che l'inizio della nostra scienza giuridica contemporanea sta nella Pandettistica: e ciò anche se il suo specifico metodo lo si voglia rifiutare del tutto. Da Savigny in poi si è costruito un certo tipo di metodologia che, almeno in gran parte dell'Europa, è il nostro metodo, anche se si sono cambiati tutti i singoli tasselli dei quali era composto.

Se si vuole proseguire per questa strada in modo proficuo bisogna colmare l'errore della Pandettistica, quindi dare alla storia il suo senso e dare all'apporto storico nel diritto moderno il suo senso, cioè conoscere e valutare esattamente, a fondo, la storicità del diritto e dei suoi metodi, la storicità del suo presente, la storicità del suo passato in quella visione che individua nella scienza giuridica una necessaria articolazione storica interna, senza che però la scienza giuridica possa essere ridotta all'una o all'altra delle sue componenti.

Non voglio mancare di ricordare un altro episodio. Non lo posso datare esattamente perché ricordo soltanto che si era a Roma, tra il '62 e il '66; non all'Univer-

sità, ma pur sempre in una grande sala in cui aveva luogo un dibattito che aveva preso inizio da un discorso iniziale di Arnaldo Momigliano, ed il tema era stato dal Momigliano stesso indicato all'inizio del suo dire con queste parole: «Noi siamo qui oggi per celebrare la fine della distinzione fra storici-storici e storici del diritto». Questa sua posizione, e l'illustrazione che il Momigliano ne fece, diede luogo a vari interventi orientati tutti nel senso di esprimere soddisfazione per il fatto che si fosse – infine – riconosciuto che la storia del diritto è una scienza storica e che quindi il giurista, quando fa della storia del diritto, fa della storia; il diritto è per lui un dato, ma quel che lui fa è storia, e quindi deve fare la storia di tutto quello che sta intorno al diritto, e quando si legge una fonte romana si deve dunque conoscere e considerare qual era la vita a Roma al momento in cui il testo venne concepito, bisogna conoscere e considerare esattamente tutto quanto di materiale e di culturale stava intorno all'episodio che la fonte magari racconta o descrive per considerarlo giuridicamente: e questa è opera da storico. Il giurista, che cos'è di conseguenza? È solo uno che sa valutare quali erano i concetti giuridici e le norme implicite dal testo esaminato. Al dibattito erano presenti giuristi illustri. Mi ricordo in particolare Riccardo Orestano, che intervenne in stretta, soddisfatta aderenza alla posizione del Momigliano, ma intervennero pure Antonio Guarino e Feliciano Serrao, per non menzionare che quelli dei quali sono assolutamente certo.

Il Pugliese, ad un certo punto, intervenne con la sua abituale pacatezza, e si limitò ad esporre una semplice osservazione. Egli disse che tutto quanto aveva udito poteva esser vero; che certo bisogna conoscere l'antichità per fare la storia del diritto romano, ma che la storia del diritto non appartiene alle scienze storiche bensì alla scienza giuridica. Non stette ad argomentare su questo punto, per addurre un solo rilievo, che però era un rilievo scientifico, oggettivo, che gli storici-storici – per adottare i termini impiegati dal Momigliano – non possono apprezzare perché della sua consistenza non sono in grado di accorgersi. La terminologia di cui il Pugliese si valse per esprimere la sua idea proviene da una nota pagina dello Schulz – che egli citò puntualmente –: quando i giuristi romani presentavano un caso per darne la soluzione, già nel presentarlo non lo esponevano come lo farebbe un qualsiasi narratore; da loro il caso è esposto nei suoi elementi specificamente giuridici, mediante un isolamento (*Isolierung*) di questi dal complesso degli elementi di fatto dei quali esso si compone. In altre parole, in funzione del problema giuridico che il caso pone, esso viene presentato depurato da ogni circostanza irrilevante per la soluzione del problema. Il senso del discorso del Pugliese era che il tipo di analisi del testo che consideri solo gli elementi del caso che il giurista presenta, e che corrispondono a quelli sui quali sarà composta la soluzione, cioè l'analisi giuridica dei fatti raccontati nel testo, è enormemente più importante dell'analisi storica dello stesso dettato; per cui, se uno, nella lettura del Digesto, si dedica all'analisi storica, perde di vista questo specifico modo di comprendere la fonte che sta leggendo, ed effettua un'operazione non tanto diversa, ma contraria a quella effettuata dall'autore che la fonte l'aveva scritta. Quella che si sta leggendo è una fonte della conoscenza giuridica, e la comprensione del discorso che essa reca spetta solo alla

scienza giuridica: e quindi al giurista; lo storico-storico non è in grado di raggiungerla.

Il discorso sul superamento della differenza fra storici e storici del diritto è certo un discorso che si può fare, ma chi lo faccia deve rendersi conto che con ciò egli rinuncia a fare della scienza giuridica. Unificare storici e storici del diritto significa infatti assorbire gli storici del diritto nel *genus* degli storici generali, il che significa ancora eliminare gli storici del diritto. Come *species* del *genus* giurista, lo storico del diritto sta accanto al civilista, allo specialista del diritto pubblico eccetera, come lo storico – poniamo – della fisica potrebbe, quale *species* del *genus* degli scienziati della natura, stare accanto al matematico o al biologo; mentre come *species* del *genus* degli storici lo storico del diritto diverrebbe una specie di giornalista specializzato in cronache giudiziarie, al quale la scienza giuridica non serve, ma solo un'infarinatura di nozioncelle comuni, come uno storico della matematica, come *species* del *genus* degli storici, diverrebbe al massimo un cronista di aneddoti del tipo di quello della mela di Newton: e ho scelto apposta l'esempio, perché quella storiella, vista con l'occhio di un fisico-matematico dice ben di più di quel che essa significa di solito, solo che la si metta in rapporto con l'osservazione che scrisse Leonardo da Vinci quando si chiese «La luna, lenta e grave, come sta la luna?».

Questo è stato il discorso di Giovanni Pugliese sulla scienza giuridica. Nel cercare di esporvelo l'ho esemplificato anche a me stesso, e talora – come in quest'ultimo esempio, che voleva essere un chiarimento – in modo arbitrario e forse troppo mio, valendomi del mio privilegio di essere stato suo allievo: il che però mi ha anche permesso di legare il mio discorso a sue dichiarazioni o affermazioni, o semplicemente ad alcune sue frasi. Perché con Pugliese si parlava molto, e molto tranquillamente: e parlando di lui si pensa necessariamente a lui stesso, si ricorda la sua presenza forte, si riascolta quel che diceva con quella sua voce indimenticabile, così gentile – non l'ho mai udito elevarne il tono ad un livello che potesse in qualche modo essere vicino al gridare – che faceva discorsi che si acquisivano, senza mai essere imposti.

Noi oggi siamo abituati, nel mondo accademico, a parlare di tante cose, come di piani di studio, dell'utilità o meno dello studio del diritto romano, se la storia del diritto romano e la storia del diritto italiano si possano prevedere in alternativa, e via dicendo. Ma sono tutti discorsi che, alla fin fine, hanno poco senso. Sull'utilità del diritto romano è avvenuto anche al Pugliese di scrivere: ma, leggendo quel che ne scrisse, si scorge bene che per lui il discorso importante non era quello, ma stava assai a monte di quel tema. Il suo vero discorso è stato quello sul carattere intrinseco della scienza giuridica: e questo discorso non può essere preso come direttiva di singole deliberazioni, ma è una specie di messaggio per il giurista che si mette al lavoro, perché capisca meglio e con più consapevolezza le dimensioni nelle quali il suo lavoro si pone.

QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI “NOMINA TRANSSCRIPTICIA” *

Come è noto, Gaio indicava come obbligazioni contratte *litteris*¹, vale a dire con parole scritte, quelle che risultavano da certe scritture contabili. Queste scritture, che concretavano la fonte di tali obbligazioni, erano dette *nomina transscripticia*, ed il negozio che vi corrispondeva viene dai romanisti denominato *expensilatio*²: il significato e la ragione dell'uso di questi termini sarà chiaro dall'esposizione che segue.

In quanto segue mi riferirò in particolare, per l'*expensilatio* (o *nomen transscripticium*), alla situazione di cui danno conto le Istituzioni giuridiche: l'insieme di Gai 3, 128-133, 137 (in fine), 138 rappresenta in effetti per noi la sola esposizione chiarificatrice in materia. Certo non va trascurato quanto possono dirci una serie di allusioni all'istituto che si

* Estratto da *Studi per Giovanni Nicosia*, II, Giuffrè, Milano 2007.

¹ Letteratura in KASER, *Das Römische Privatrecht* I² (München 1971) 543 ss., in particolare le ntt. 2 e 4; KASER, *Das Römische Privatrecht* II² (München 1975) 601 (sub § 129); fra i contributi ivi menzionati mi sembra opportuno segnalare – come nel complesso orientativi sull'atteggiamento della romanistica attuale – in particolare: WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* (Oxford 1965) 18 ss.; LIEBS, *Contrarius actus*, in *Symptica F. Wieacker* (Göttingen 1970) 141 ss.; KNÜTEL, *Zum Prinzip der formalen Korrespondenz im römischen Recht*, in *ZSS.* 88 (1971) 82 ss. Adde: COSTA, *Cicerone giureconsulto* I (Bologna 1927; repr. Roma 1964) 164 ss.; GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³ (Torino 1963) 91 ss.; 137 s., nonché le recentissime pagine (in quanto il volume che le contiene è stato pubblicato ben oltre la data che reca) che all'orazione ciceroniana *pro Roscio comoedo* dedica il FIORE nel § 9 (p. 179-185) del suo articolo *Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della "recezione" dei iudicia bonae fidei*, in *BIDR.* 101-102 (1998-1999) 165 ss.

² Il termine *expensilatio* (o *expensi latio*) non si trova nelle fonti, se non – per quanto mi risulta – in Gell. 14, 2, 27 (dove, per altro, dal contesto potrebbe pensarsi che nel caso specifico l'allusione fosse ad un *nomen arcarium*). Ben testimoniata è però l'espressione verbale, dalla quale il sostantivo viene formato, *expensum ferre*: la leggeremo nei testi di Gaio e di Cicerone che esamineremo; si veda inoltre Pap. VF. 329 (*acceptum vel expensum fertur*). Si potrebbero aggiungere anche alcuni testi del digesto (Pap. in Marcian. D. 20, 4, 12, 5; Ulp. D. 36, 1, 23, 4 in fine; Ulp. D. 5, 3, 25, 16; Iav. Lab. Ofil. Casc. D. 33, 10, 10 [*expensum ferre*]), dove però la locuzione non allude a *nomina transscripticia*, e che quindi possono testimoniare per un impiego tecnico già in epoca classica; in relazione a quest'uso credo vadano considerati i testi nei quali *expensum ferre* è fatto oggetto di un impiego traslato: Ulp. (Ant. Pius) D. 36, 4, 3, 3; Scaev. D. 42, 8, 24. L'allusione letta in Pap. VF. 329 ad *acceptum ferre* (accanto ad *expensum ferre*) parrebbe riferirsi a quella che i romanisti chiamano "*acceptilatio* letterale", individuando il modo diretto (*contrarius actus*) di estinzione di obbligazione da *expensilatio*, per l'esistenza del quale si cita più frequentemente Plin., *ep.* 2, 4, 2 in fine (*quidquid mihi pater tuus debuit, acceptum tibi fieri iubebo*: così Plinio comunicava a una certa Calvina, per esortarla ad accettare l'eredità paterna, che avrebbe fatto a favore di lei remissione di tutti i debiti che suo padre aveva verso di lui).

leggono in fonti letterarie, fra le quali particolare rilevanza rivestono le testimonianze ciceroniane³.

Una certa rilevanza hanno pure alcuni documenti della pratica reperiti negli scavi effettuati tra il 1930 e il 1940 nell'antica Ercolano, in quanto erano presenti in case private di quella città che fu sommersa da una lava di fango nell'anno 79 d.C., per effetto della stessa eruzione del Vesuvio che distrusse Pompei con una grandine di lapilli infuocati. Dei documenti che riguardano i *nomina transscripticia* diede in particolare conto Vincenzo Arangio-Ruiz: dapprima in un articolo sull'insieme dei reperti documentali, e poi in uno studio specifico⁴.

In realtà, per questa materia, le nostre informazioni sono piuttosto carenti. Ciò dipende dal fatto che, ai tempi della compilazione giustiniana, i *nomina transscripticia* non si usavano più. Nelle Istituzioni giustiniane la trattazione *de litterarum obligatione* s'inizia proprio dicendo:

I. 3, 21: *Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur: quae nomina hodie non sunt in usu ...*

Dove, con *nominibus* parrebbe volersi alludere alla scrittura in se stessa.

In coerenza con questa situazione, i compilatori del *Corpus Iuris* non solo non hanno riportato alcun passo relativo ai *nomina transscripticia*, ma hanno cancellato in tutti i testi la loro menzione, comprese le indicazioni generali dell'*obligatio litteris contracta*⁵; sono rimaste solo alcune tracce della terminologia, in passi dove essa può esser letta senza darle il suo significato tecnico⁶; dell'istituto resta forse, a mio parere, una menzione isolata in un caso nel quale ai compilatori essa è sfuggita, perché non fatta con la terminologia usuale. Si tratta di Scaev. D. 34, 3, 31, 4, dove si riporta una disposizione testamentaria nella quale viene legata ad un soggetto la liberazione, fra l'altro, da '*quidquid mihi ... rationibus debitor est*' che, nel linguaggio non rigoroso di un documento privato, pare proprio alludere ai *nomina*, cioè i debiti risultanti "dai conti", intendendosi con ciò i libri di entrata e uscita. Se si guarda la parafrasi di Teofilo⁷ delle Istituzioni imperiali ci si accorge anche che i compilatori

³ Alcuni dei testi qui elencati si riferiscono al *codex accepti et expensi* o alle scritture che vi si potevano fare, e non specificamente ai *nomina transscripticia*: Plaut., *most.* 304 (forse anche Plaut., *aul.* 527-530); Cic., *in Verr.* 2, 1, 23, 60-61; Cic., *in Verr.* 2, 4, 6, 12; Cic., *p. Roscio com.* 1, 1-5, 14; Plin., *ep.* 2, 4, 2 in fine; ed ancora (su questi testi vedi, nell'ordine, WATSON, *The Law of Obligations* cit., 18 ss.) Liv. 35, 7, 2-3; Plaut., *Truc.* 70-73; Cic., *orat.* 47, 158; Cic., *de off.* 3, 14, 58-60; Val. Max., 8, 2, 2; Cic., *p. Caec.* 6, 16-17.

⁴ ARANGIO-RUIZ *Les tablettes d'Herculanum*, in *RIDA.* 1 (1948) 1 ss. (per le tavolette che ora ci interessano, p. 15 s.); ARANGIO RUIZ, *Le tavolette cerate ercolanesi e il contratto letterale*, in *Studi Redentii I* (Milano 1951) 115 ss.

⁵ Come, evidentemente, in Pomp. Q. Muc. D. 46, 3, 80 e Ulp. D. 2, 14, 1, 3 (cfr. *infra*, nt. 106).

⁶ Vedi i passi citati *supra*, alla nt. 2 e quello di Scevola di cui si parla subito nel testo.

⁷ Per vero, l'attribuzione della parafrasi greca al Teofilo coautore delle Istituzioni (*Imperatoriam*, 3) è tutt'altro che sicura; si veda in particolare FERRINI, *Delle origini della Parafrasi greca delle Istituzioni* (1886), in *Opere I* (Milano 1929) 105 ss. Esprimendomi come faccio nel testo, non ho inteso senz'altro aderire alla posizione degli autori (vedi ad esempio ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷ [rist. Napoli 1960] 399 s.) che ormai sono tornati all'idea (che per altro compare sicuramente attestata solo dai manoscritti dell'opera a noi pervenuti, i quali non sono mai anteriori al secolo XI) che

giustiniani dell'*expensilatio* non avevano neppure più un'idea approssimativa. L'autore, nella parafrasi relativa a I. 3, 21 (Theoph. 3, 21), proponeva come esempio dell'antico negozio una descrizione della *transscriptio a re in personam*, concepandone il testo – in lingua latina – nei termini seguenti: *centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes, expensos tibi tulisti*, che parrebbe significare, nell'idea di Teofilo, “ti ho pagato i cento aurei che mi devi in forza della locazione?”, perché, secondo il parafraste, la controparte avrebbe scritto subito dopo nello stesso documento: *expensos mihi tulisti*, e cioè “me li hai pagati”. Come si vedrà fra poco quando parleremo della *transscriptio a re in personam*, l'autore è certamente fuori strada, perché pensa ad una scrittura effettuata in forma dialogica, il che in un libro contabile non ha senso alcuno. Se Teofilo non aveva conoscenza diretta dell'istituto, ciò dipendeva dal fatto che i *nomina transscripticia* – insieme con l'uso di tenere i libri contabili familiari con i quali tali negozi erano connessi – erano desueti ormai da secoli, con ogni probabilità già dalla fine dell'epoca classica⁸. Egli cercava solo di interpretare quanto trovava in Gaio, arrivando così a costruire l'*expensilatio* come una specie particolare di *stipulatio* (novatoria) scritta.

Dobbiamo incominciare facendoci un'idea dei *codices accepti et expensi*⁹, cioè dei “libri di entrata e uscita”, che erano libri contabili usuali delle famiglie romane di un certo livello sociale che permettesse, o imponesse, ordine e chiarezza nella gestione del patrimonio familiare¹⁰. Il *codex accepti et expensi* era un quaderno, composto da una serie di tavolette cerate, o anche da un insieme di fogli rilegati in costa, e conteneva le scritture relative ai movimenti di cassa; a quanto pare (e comunque, qualunque fosse il materiale scrittoria usato, il documento non poteva differire sostanzialmente da questo modello) lungo tutto il quaderno, in ogni coppia di pagine che si appalesassero alla sua apertura, nella pagina sinistra venivano registrate le entrate (*accepta*) e nella pagina destra le uscite (*expensa*). L'uso era di aggiornare il *codex* alla fine di ogni mese, trascrivendovi in bella copia le annotazioni (*adversaria*) rilevanti che il titolare aveva fatto via via nel corso del mese stesso nel suo *liber adversariorum*.

Adversarium (da *adversus* = contro, davanti, in faccia) allude a “qualcosa che una persona ha sempre davanti”, e quindi – nel nostro caso – il “libro degli *adversaria*” rappresen-

autore della Parafrasi sia il *Theophilus antecessor*, professore a Berito ai tempi di Giustiniano e membro della commissione che compose il Digesto (*Tanta*, 9). Ho solo adottato l'attribuzione comunemente ammessa, basandomi sul fatto che comunque, per quanto ora ci interessa, la Parafrasi in questione è un'opera legata all'attività scolastica orientale dei tempi della compilazione giustiniana (vedi lo stesso FERRINI cit., 108 s.; 209 ss.).

⁸ KASER, *Das röm. Privatrecht* I² cit., 544 s. con la nt. 21.

⁹ La locuzione *codex accepti et expensi* è presente in Cic., *p. Roscio com.* 1, 4 e 2, 5; poco *supra*, in *p. Roscio com.* 1, 2, l'analoga *tabulae accepti et expensi*. Cicerone usava indifferentemente i due appellativi (ciò è particolarmente evidente in *p. Roscio com.* 1, 1, dove *per tabulas* e *in codicem* si riferiscono allo stesso oggetto – ipotetico nel caso –, anche se *tabulae* si riferirebbe specificamente ad un registro composto di tavolette cerate e *codex* ad un quaderno di carta (papiro) o pergamena rilegato in costa.

¹⁰ La pratica dei libri contabili familiari prese piede a Roma seguendo un modello ellenistico; vedi la lett. in KASER, *Das röm. Privatrecht* I² cit., 543 nt. 4.

tava un brogliaccio di annotazioni quotidianamente minutate. Esso era, dunque, redatto in modo analogo al *codex accepti et expensi*, ma senza la stessa cura – calligrafia, assenza di correzioni e cancellature, ordine rigoroso – ed era destinato ad essere eliminato dopo l'aggiornamento di quello. Vedi Cic., *p. Roscio com.* 2, 5-7; dove espressivo è in particolare il § 7: *Quid est, quod neglegenter scribamus adversaria? quid est, quod diligenter conficiamus tabulas? Qua de causa? Quia haec sunt menstrua, illae sunt aeternae; haec delentur statim, illae servantur sanctae; haec parvi temporis memoriam, illae perpetuae existimationis fidem et religionem amplectuntur; haec sunt disiecta, illae sunt in ordinem confectae. ...*

Per l'*expensilatio* il discorso si identificherà in buona parte con una ricostruzione, la più approssimativamente esatta possibile, del suo regime, per il quale, come già dicevo, siamo informati soprattutto dalle Istituzioni di Gaio, ed in particolare dal brano seguente:

Gai. 3, 128: *Litteris obligatio fit veluti nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transscripticum duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam.* 129: *A re in personam transscriptio fit, veluti si id quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tuleri.* 130: *A persona in personam transscriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tuleri, id est si Titius te delegaverit mihi.* 131: *Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur: in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valet, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.*

Preferisco presentare una traduzione del testo, non solo per render chiara la corrispondenza con quella latina della terminologia italiana che impiegherò in seguito, ma anche perché ciò permette qualche osservazione. In particolare, qui (come, più avanti, quando tradurrò pure il prosieguo del testo) ho tenuto conto del fatto evidente che Gaio usa il termine *nomen* con un significato oscillante: talora il vocabolo è usato nel suo senso di “credito”, significato divenuto comune nell'epoca classica, e che trova probabilmente la sua origine proprio in queste scritture contabili basate sulla registrazione del “nome (*nomen*)” del debitore; talaltra invece con *nomen (nomina)* Gaio indica, in questo contesto, la scrittura, cioè l'atto della registrazione e il testo che ne risulta scritto nel libro contabile. A seconda dell'impiego ho dunque tradotto *nomen* con “credito” ovvero con “registrazione”. Dunque: “L'obbligazione nasce *litteris* (= da parole scritte) come nel caso dei «crediti trascritti» (*nomina transscripticia*). Un credito si può trascrivere in due modi, o «da affare¹¹ a per-

¹¹ Questa traduzione di ‘*a re*’ con “da affare” trova conferma in quanto detto nella spiegazione contenuta nel successivo § 129 di Gaio, dove le *res* sono identificate in tre contratti di scambio; quindi il vocabolo *res* nella locuzione ‘*a re in personam*’ è chiaramente usato con un significato diverso da quello che esso stesso assume nella locuzione ‘*re contrahere obligationem*’ e ‘*re obligari*’ di Gai. 3, 90-91. Noterò subito che l'indicazione, in Gai. 3, 129, di vendita, locazione e società, come fonti dell'obbligazione novata mediante la *transscriptio a re in personam*, riveste carattere meramente esemplificativo (*veluti si*), e non soltanto nel senso che vi si enumerano unicamente alcuni contratti consensuali nominati: si deve ritenere che qualunque obbligazione potesse essere fatta oggetto di novazione mediante *transscriptio a re in personam* purché avesse ad oggetto una somma determinata di denaro. Come vedremo a suo luogo, il *nomen* del quale si dibatteva nel processo tra Cherea e Roscio – processo

sona» o «da persona a persona». 129: Si ha trascrizione «da affare a persona», se io registro come uscito a tuo conto quanto tu mi devi per effetto di una compera, di una conduzione o di una società. 130: Si ha trascrizione «da persona a persona», se io registro come uscito a tuo conto quanto Tizio mi deve, cioè se Tizio ha delegato te a mio favore. 131: Altra cosa sono i crediti che son detti «di cassa»¹²: qui l’obbligazione ha natura reale e non letterale [cioè: ha natura di obbligazione formatasi *re* e non *litteris*: ma si veda la notazione paleografica che segue fra poche righe], infatti non vale altrimenti che se il denaro sia stato pagato, e il pagamento produce un’obbligazione reale. Perciò si dirà correttamente che le trascrizioni «di cassa» non creano alcuna obbligazione, ma solo attestano un’obbligazione già formatasi”.

Aggiungo una notazione paleografica, che credo opportuna. Nel presente contesto (§ 131), per indicare l’obbligazione formatasi *re*, Gaio sembra usasse (secondo alcuni editori¹³, e forse con ragione) l’espressione *rei obligatio*. Per vero, dall’apografo dello Studemund risulta che nei due luoghi che qui interessano il manoscritto veronese reca rispettivamente: ‘in his (e)n(im) reb n(on) litterarum obligatio’ e ‘numeratio a(u)t(em) p(e)c(uniae) rein facit obligationem’. Nel trascrivere dall’apografo ho separato le parole e sciolto le abbreviazioni sicure, lasciando solo quella ‘reb’, la quale in se stessa dovrebbe essere un’abbreviazione di *rebus*; la ‘n’ alla fine di ‘rein’ nel secondo luogo parrebbe da attribuirsi ad un semplice errore dell’amanuense. Se si volesse mantenere il ‘*rebus*’ nel primo luogo, ne verrebbe ancora un senso possibile – anche se con un frasare meno elegante di quello con la lettura ‘*re*’ – ed avremmo così, nel complesso, nella prima parte del § 131, dopo le parole iniziali (*Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur*), come testo, nel manoscritto, secondo l’apografo:

*in his (e)n(im) reb(us) n(on) litterarum obligatio consistit q(ui)ppe (n)on aliter valet
(quam) si numerata sit pecunia; numeratio a(u)t(em) p(e)c(uniae) rei[n] facit obligationem*

e cioè: “in questi casi infatti non prende corpo un’obbligazione letterale, infatti non vale altrimenti che se il denaro sia stato pagato, e il pagamento del denaro produce un’obbligazione reale”. Va però tenuto presente che a favore della correzione di *reb(us)* in *rei* nel luogo iniziale milita un indizio non tenue: l’impiego della locuzione *litterarum obligatio* per l’*obligatio litteris contracta* vi è sicuro, ed essa rappresenta l’esatto parallelo di *rei obligatio* per l’*obligatio re contracta*.

al quale si riferiva l’orazione ciceroniana *pro Roscio comoedo* – risulta essere stata presentata dall’attore come novatoria di un’obbligazione da *stipulatio*: vedi *infra*, quanto precede e contiene la nt. 72.

¹² L’aggettivo *arcarius* proviene dal sostantivo *arca*, che significa “cassa”, tanto in senso materiale (ad indicare il mobile) quanto nel suo significato contabile e giuridico: vedi ad esempio Gai. D. 3, 4, 1, 1; Pap. D. 17, 2, 82; ‘*arcarius*’ è anche sostantivo, e come tale significa “cassiere”: Scaev. D. 40, 5, 41, 17; anche Ulp. VF. 134; PS. 3, 6, 72. Vedi ERNOUT-MILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴. 4^e tirage augmenté par J. André (Paris 1985) s. v. *arca*.

¹³ Il problema riguarda in particolare la lettura dei due luoghi di Gai. 3, 131 ai quali mi riferisco nel seguito di questo capoverso. Nel senso ora indicato vedi in particolare KÜBLER⁷ (1935) p. 161 con la n. 8; p. 162 con la n. 1, seguito da NELSON-MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* (Berlin 1999) 42; 211. KRÜGER-STUEDEMUNT⁷ (1923) p. 132 scrivevano ‘*rei*, non *litterarum*’ e ‘*re* facit obligationem’, seguiti da FIRA II (BAVIERA), p. 128 s. Tutti gli autori correggono anche in *valet* il *valet* del manoscritto (nel luogo: ‘*quippe non aliter valet*’; vedi NELSON-MANTHE cit., 211), correzione che mi pare comunque superflua.

Possiamo, per ben comprendere il discorso di Gaio, partire da una considerazione generale sul carattere della sua esposizione. Egli distingue nettamente i *nomina transscripticia* dai *nomina arcaria*, anche, appunto, nelle denominazioni: io le ho rispettivamente tradotte “crediti trascritti” (sarebbe stato più esatto, ma insopportabile in italiano, «crediti trascrittizi») e «crediti di cassa» per cercar di cogliere il senso della terminologia gaiana, che allude con la prima espressione a crediti (*nomina*) che dipendono dalla scrittura nel libro di cassa del creditore e con la seconda a crediti (*nomina*) la scrittura dei quali descrive un semplice movimento di cassa. Questa distinzione fra *nomina transscripticia* e *nomina arcaria*, qualunque sia l’origine – che poteva pur essere contabile – della terminologia che l’esprime, era impiegata dai giuristi ed aveva un senso giuridico.

Ciò è confermato dai due paragrafi seguenti del testo, dove Gaio riporta altre deduzioni dei giuristi basate sulla differenza di effetti dei due generi di trascrizioni:

Gai. 3, 132: *Unde proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur; quod genus obligationis iuris gentium est.* 133: *Transscripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodam modo iuris civilis est talis obligatio; quod Nervae placuit; Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transscripticium, etiam peregrinos obligari; si vero a persona in personam, non obligari.*

“Per cui bene vien detto che le trascrizioni «di cassa» obbligano anche gli stranieri, poiché essi vengono obbligati non dalla scrittura in sé ma dal pagamento del denaro¹⁴, genere di atto obbligatorio che appartiene al *ius gentium*. 133: A ragione si discute invece se gli stranieri risultino obbligati dai «crediti trascritti», poiché tale atto obbligatorio è, in un certo modo, di diritto civile, come pensava Nerva. Sabino e Cassio erano piuttosto del parere che anche gli stranieri risultino obbligati se la trascrizione sia fatta «da affare a persona» e non invece se sia fatta «da persona a persona»”.

Cerchiamo ora di renderci conto – e per questo ricorrerò ancora all’ausilio della traduzione – del senso contabile delle scritture in se stesse, ricostruendone il tenore presumibile semplicemente da quel che è scritto nel passo gaiano che si è letto¹⁵. Traducendo, indicherò con il pronome di prima persona (io, me) il soggetto che in Gai. 3, 128-131 è costantemente indicato come *ego*, e che è il titolare del libro contabile; con Sempronio la sua controparte, cioè il destinatario degli esborsi registrati (che in Gai. 3, 128-131 è indicato come *tu*, ma che nella registrazione, ef-

¹⁴ Ho tradotto letteralmente ‘*quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur*’: ma il senso dommatico della frase sarebbe piuttosto “perché non risultano obbligati *litteris*, ma *re*”.

¹⁵ Questo metodo è, in assenza di altri elementi desumibili dalle fonti, il solo corretto: come si sa, Gaio è in genere assai preciso quando riferisce dei dati, ed il modo in cui egli descrive i negozi era certamente basato sulla forma che essi assumevano in una pratica che conosceva bene. Tanto più che egli sta descrivendo, per i discenti che lo leggano, la *scripturae proprietas* di atti formali (Gai. 3, 136).

fettuata in forma oggettiva, era ovviamente indicato per nome [*nomen*]); Tizio sarà il terzo, che in Gai. 3, 130 è indicato appunto come *Titius*.

Un’ultima precisazione preliminare. Nella terminologia dei *nomina – arcaria e transscripticia* –, e ciò tanto per quel che riguarda il testo delle scritture, quanto per gli enunciati descrittivi dell’operazione che con le scritture viene registrata, il ruolo principale è sostenuto dal verbo *expendo* (*expendere*). Si tratta¹⁶ di un composto del verbo *pendo* (*pendere*). La radice *pend-* ha dato luogo in latino a due verbi: *pendeo* (di seconda coniugazione), intransitivo, che significa “essere appeso” o “sospeso” (anche in senso figurato: essere in istato di attesa), e *pendo* (di terza coniugazione), transitivo, che è quello che ora ci interessa. Il senso originario di questo verbo *pendo* è quello di “pesare”, e chi conosce gli atti giuridici arcaici che si effettuavano *per aes et libram* (*mancipatio, solutio, nexum*) comprende facilmente come la semantica di *pendo* si sia presto estesa al significato di “pagare”. Il prefisso *ex-* che da *pendo* forma *expendo* aggiunge al verbo, nell’ultima accezione descritta, l’idea della compiutezza, dell’integralità: pagare interamente. In un libro contabile, dunque, la registrazione di una somma di denaro come *expensa* a qualcuno (a favore di qualcuno: il dativo del destinatario è anche dativo di comodo) significa che tale somma, a quel qualcuno, è stata, dall’autore della registrazione, interamente pagata. Naturalmente, tutto ciò comporta anche che l’impiego assoluto di *expendo* – cioè il suo uso con riguardo unicamente all’oggetto, vale a dire al denaro speso, e non anche al soggetto a favore del quale lo è stato – venga a significare che il denaro “è uscito (per un qualche scopo)”: come nella denominazione del libro di cassa quale *codex accepti et expensi*, espressione che viene correttamente tradotta con “libro di entrata e uscita”.

E veniamo dunque alle singole scritture.

Per il *nomen arcarium* (l’ultimo della serie, ma il più semplice) possiamo proporre, ad esempio:

expendi Sempronio sestertia C mutua.

Il senso (“versati a Sempronio sesterzi 100 a titolo di mutuo”) è qui del tutto evidente: si tratta di una registrazione di cassa, che indica l’uscita di 100 HS per un prestito fatto da me a Sempronio. Questa scrittura – come del resto le altre che vedremo – recherà la data del giorno in cui il pagamento (*datio mutui*) è stato effettuato.

Per la *transscriptio a re in personam* abbiamo:

*expendi Sempronio sestertia M quae mihi ex conductione fundi Capenatis debet*¹⁷.

¹⁶ Su quanto segue vedi ERNOUT-MEILLET cit., s. v. *pendo*.

¹⁷ O *debebat*. Sotto un certo profilo, facilmente intuibile (vedi anche le considerazioni che seguono nel testo), l’imperfetto potrebbe sembrare più coerente: ma la scelta del presente mi sembra imposta dal tenore di Gai. 3, 129. Analogamente sarà per quanto diremo sulla *transscriptio a persona in personam*, in rapporto a Gai. 3, 130.

Cioè: “versati a Sempronio sesterzi 1.000 che mi deve per l’affitto del fondo capenate”. Questa scrittura¹⁸ può spiegarsi, dal punto di vista della pratica contabile, nel modo seguente. Poniamo¹⁹ che io abbia affittato a Sempronio il fondo agricolo capenate per un canone annuo di 1.000 HS e che l’annata di affitto vada dall’aprile dell’anno 730 a.U.c. al marzo dell’anno 731 a.U.c.; ancora, che il termine di pagamento del canone sia il primo di marzo 731 e che il raccolto venga effettuato dal colono nell’ottobre 730. A raccolto avvenuto (poniamo il 20 ottobre 730), il credito del canone annuo è interamente entrato nel mio patrimonio di locatore perché la somma relativa mi è interamente e certamente dovuta: ma essa non è ancora esigibile, quindi non mi è stata pagata e dunque non rappresenta ancora un attivo di cassa: pertanto non posso registrarla come ricevuta (cioè come *acceptum*). Il primo di marzo 731 i canoni sono diventati esigibili, ma Sempronio non mi ha ancora pagato. E a questo punto che io eseguo nel mio libro la scrittura di cui ci stiamo occupando (“pagati a Sempronio 1.000 HS che mi deve per l’affitto del fondo capenate”) con il significato (contabile) seguente: i 1.000 HS in parola dovrebbero essermi pervenuti in cassa e invece Sempronio non me li ha dati; ciò equivale al fatto che egli me li abbia pagati ma io glieli abbia poi ridati senza doverglieli. In pratica ciò può in particolare avvenire perché Sempronio, alla scadenza del termine, mi ha chiesto di pazientare un poco, ed io ho consentito unicamente a condizione che egli a sua volta consentisse alla trascrizione del suo debito nella forma del *nomen transscripticium*, il che mi permetterà di agire contro di lui – ove egli persista troppo a lungo nel non pagare – con la *condictio*, azione nella quale verrà dedotto il solo mio credito della somma in questione in quanto basato sulla scrittura, e non (come invece se esperissi l’*actio ex locato*) il rapporto di locazione-conduzione, nel quale caso egli potrebbe oppormi eventuali domande riconvenzionali o eccezioni con tale rapporto connesse²⁰. Con l’atto è stata dunque realizzata una novazione con mutazione della causa del rapporto obbligatorio: l’obbligazione, che Sempronio aveva verso di me, di pagarmi 1.000 HS *ex conducto* è estinta e sostituita dall’obbligazione, sempre di Sempronio, di pagarmi 1.000 HS in forza dell’*expensilatio*.

Per la *transscriptio a persona in personam* abbiamo:

¹⁸ Queste scritture che propongo sono evidentemente congetturali, ed hanno valore solo per essere aderenti all’esposizione di Gaio: non pretendo certo proporle come vere, ma unicamente come verosimili e adatte a comprendere il meccanismo del negozio. Come d’altra parte si può constatare, il testo che propongo qui è assai diverso da quello che si legge in Theoph. 3, 21, ma abbiamo già visto *supra* che Teofilo certamente inventava, ed inventava male.

¹⁹ L’esempio è costruito con i dati di fatto di Scaev. D. 7, 1, 58 pr.

²⁰ Gai. 4, 61: cfr. I. 4, 6, 30 e 39). Dunque, in pratica: siccome Sempronio non mi ha dato il denaro perché a sua richiesta gli ho concesso una dilazione, è come se io il denaro che mi deve glielo avessi lasciato a titolo di mutuo – ovvero, ricevuto il suo pagamento, gli avessi ridato il denaro a titolo di mutuo – con un termine (pattizio) di restituzione uguale a quello della dilazione.

*expendi Sempronio sestertia D quae mihi Titius debet*²¹.

Cioè: “versati a Sempronio 500 sesterzi che mi deve Tizio”. Possiamo spiegare anche questa scrittura in modo analogo alla precedente. Io sono creditore di 500 HS nei confronti di Tizio. Tizio, invece di pagarmi mi assegna (in modo informale) Sempronio come nuovo debitore, cioè delega Sempronio a mio favore. Con la scrittura, che assumerà la data del giorno in cui è effettuata la delegazione, io esprimo (contabilmente) l’idea che in tale data io dovrei avere in cassa 500 HS pagatimi da Tizio, ma non li ho perché (dopo che Tizio mi ha pagato) li ho dati a Sempronio senza doverglieli, e quindi Sempronio me li deve. Precisamente si realizza in questo modo una delegazione passiva, vale a dire una novazione soggettiva con mutazione del debitore, dunque trasferimento del rapporto di valuta dal delegante Tizio al delegato Sempronio: in seguito ad essa io perderò dunque la mia azione contro Tizio e acquisterò contro Sempronio la *condictio* per la stessa somma.

Queste scritture erano evidentemente state escogitate dai tecnici della contabilità e non dai giuristi; giurisprudenziale è invece la loro interpretazione. Tale interpretazione va intesa nel modo che segue. I giuristi hanno tenuto conto del senso contabile delle scritture, cioè dell’effetto che esse sono dirette a realizzare, che è l’effetto novatorio – novazione oggettiva con mutamento della causa nella *transscriptio a re in personam*, novazione soggettiva con cambiamento del debitore (delegazione passiva) nella *transscriptio a persona in personam* –, ed hanno inoltre stabilito che la produzione di tale effetto va ricollegata alla confezione della scrittura nel libro contabile del creditore, per cui dunque il negozio novatorio si concreta *litteris* e l’obbligazione che ne sorge si forma *litteris*. Perché l’effetto si produca, non è però, ovviamente, sufficiente l’esecuzione della scrittura, che è opera unicamente della parte creditrice: è necessario che la confezione della scrittura, con l’effetto che le è connaturato, corrisponda alla volontà delle parti: la volontà del creditore può risultare dalla semplice sua redazione della scrittura, ma la volontà del debitore dovrà risultare altrimenti: è necessario, in altre parole, che il creditore abbia effettuato la scrittura nel suo *codex accepti et expensi* col consenso del debitore. Il consenso del debitore potrà essere espresso in qualunque modo, e cioè in modo informale purché chiaro ed univoco, quindi sarà normalmente fornito dal debitore con un *iussus*: un’autorizzazione ad effettuare la scrittura indirizzata dal debitore al creditore titolare del libro contabile. Questo *iussus* costituisce dunque il presupposto necessario per la validità e l’efficacia dell’*expensilatio*.

Quanto abbiamo ora detto deve esser messo a confronto con quanto risulta dalla lettura dell’orazione *pro Roscio comoedo* di Cicerone, alla quale, del resto, abbiamo già fatto ricorso più volte.

²¹ Che preferisco a *debebat*: per considerazioni analoghe a quelle fatte *supra* (vedi la nt. 17).

Prima di esaminarne la parte che ci interessa, dobbiamo renderci conto dell'insieme della vicenda che portò al processo nel quale Cicerone pronunziò, come avvocato, tale arringa. Lo farò in questa parte stampata in caratteri più piccoli, riprendendo il discorso (in caratteri normali) quando avremo i dati necessari per proseguirlo.

I fatti dai quali trasse origine la controversia sfociata nel processo, in atto nel 76 a.C. o giù di lì²², davanti al giudice Caio Pisone²³ tra Fannio Cherea²⁴, attore difeso da P. Satorio²⁵, e Roscio²⁶, convenuto difeso da Cicerone, presero inizio alquanti anni prima, possiamo presumere attorno al 96 a.C. Ne indicherò i momenti rilevanti²⁷ con una sequenza di lettere maiuscole. (A) Tra Cherea e Roscio venne concluso un contratto di società²⁸, con il quale si prevedeva che Fannio Cherea vi conferisse lo schiavo Panurgo, che era di sua proprietà, e Roscio provvedesse alla formazione dello schiavo stesso come attore e lo avviasse nella carriera teatrale come proprio discepolo²⁹; nel contratto era anche previsto che la proprietà dello schiavo fosse messa in comune fra le parti (cioè trasformata in comproprietà per quote uguali di Roscio e Fannio Cherea)³⁰: ciò spiega perché lo scopo economico della società, che era evidentemente quello di ripartire in pari misura fra Roscio e Fannio Cherea i proventi del lavoro di Panurgo come attore, non venga mai, nell'orazione, specificamente menzionato: esso derivava automaticamente dalla trasformazione della proprietà dello schiavo in comproprietà al 50% fra Roscio e Fannio Cherea. (B) Il con-

²² Vedi M. GELZER, in *PWRE*. 2 Reihe XIII (1939) 839; così ancora ARANGIO-RUIZ, nell'*Introduzione* (cit. *infra*, alla nt. 27) 283.

²³ Cic., *p. Roscio com.* 8, 22 e 13, 37.

²⁴ *C(aius) Fannius Cherea* (Cic., *p. Roscio com.* 1, 3), personaggio altrimenti ignoto.

²⁵ *P(ublius) Satorius*, avvocato citato da Cicerone anche nell'orazione *p. Cluentio* (38, 107; 65, 182).

²⁶ Sull'eccellenza professionale e la notorietà del 'comoedus' *Q. Roscius Gallus* (morto poco prima del 62 a.C.; EDER, in *Der Kleine Pauly* IV p. 1458: s. v. *Roscius*, num. 7) vedi Cic., *de orat.* 1, 28, 130.

²⁷ Per un'indicazione recente della copiosa letteratura che si è impegnata a ricostruire la vicenda alla quale mi riferisco vedi BERTOLDI, *La lex Iulia iudiciorum privatorum* (Torino 2003) 86 ss.; si aggiunga naturalmente, il già cit. (*supra*, nt. 1) FIORE, *Ius civile* etc. Un vero piacere suscita ancora, in particolare, la lettura del breve articolo del PUCHTA, *Ueber der Rede pro Q. Roscio Comoedo zu Grunde liegenden Rechtsfall*, in *Rheinisches Museum* 12 (1832) 316 ss., ora in *Puchta's kleine zivilistische Schriften* (RUDORFF ed.; Leipzig 1851) 272 ss. Si tenga sempre presente l'edizione dell'orazione con introduzione e traduzione dell'ARANGIO-RUIZ che si trova nel vol. I (1964) di *Tutte le opere di Cicerone* (Centro di Studi Ciceroniani) edito da Mondadori.

²⁸ Genericamente già Cic., *p. Roscio com.* 6, 16-17.

²⁹ Ciò risulta da Cic., *p. Roscio com.* 10, 27-11, 31, dove non si parla tanto degli accordi contrattuali fra le parti, ma di quanto avvenne a seguito dell'accordo, e lo si presenta come realizzazione felice di quanto era stato convenuto. In particolare, nella sequenza citata, Cicerone spiega, contraddicendo un'obiezione – o piuttosto una mossa retorica – dell'avvocato avversario, che una società può essere conclusa in modo perfettamente equo anche se i conferimenti consistenti in cose provengono da un solo socio, quando l'altro socio apporti un'attività o anche un'autorità proveniente dalla propria persona – come qui era il caso, perché Panurgo non soltanto apprendeva l'arte scenica da Roscio, ma poi si presentava alla carriera come discepolo di costui – capaci di influenzare il livello degli utili da dividere fra i soci. Così ragionando Cicerone si poteva valere dell'opinione in questo senso del suo amico (vedi CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* I [Torino 1997] 270 ss.) Servio Sulpicio Rufo, come – certo sinteticamente – ce la ricorda Gai. 3, 149.

³⁰ Cic., *p. Roscio com.* 10, 27.

tratto venne eseguito: Fannio Cherea trasferì a Roscio una quota di metà della proprietà di Panurgo³¹, Roscio lo istruì e Panurgo iniziò con successo l'attività di attore³². (C) Al tempo in cui era attore noto e ben remunerato, Panurgo venne ucciso da un certo Q. Flavio di Tarquinia³³; per questo fatto, spettava a ciascuno dei condomini l'*actio ex lege Aquilia* con riferimento alla rispettiva quota di proprietà³⁴, ma Roscio nominò Cherea *cognitor*, il che permetteva a costui di esercitare l'intera azione, per la metà in nome proprio e per la metà come sostituto processuale di Roscio: il che fece Fannio Cherea, ed il rapporto processuale venne instaurato³⁵. (D) Ma, in pendenza del processo, Roscio fece una transazione con Q. Flavio³⁶. Questa transazione ebbe luogo quindici anni prima del processo del 76 a.C.³⁷ (e cioè, con la stessa approssimazione nella data, nel 91 a.C.): il contenuto del negozio è abbastanza chiaro, ma non così la sua portata, perché nel processo del 76 a.C. Cicerone dedica un lungo brano della sua orazione al tema³⁸, qualificandolo come il pernio della

³¹ Cic., *p. Roscio com.* 10, 27 cit. e anche 11, 32 (*hunc servum communem*).

³² Questo risulta dalla stessa sequenza già citata (Cic., *p. Roscio com.* 10, 27-11, 31): vedi *supra*, nella nt. 29. Una quantificazione del valore che poteva attribuirsi alle prestazioni di Panurgo come attore si trova alla fine di Cic., *p. Roscio com.* 10, 28 (vedi anche il successivo § 29).

³³ Cic., *p. Roscio com.* 11, 32.

³⁴ Ulp. D. 9, 2, 27, 2; vedi BRETONE, *Servus communis* (Napoli 1958), 161 s. nt. 11.

³⁵ '*Lite contestata, iudicio damni iniuria constituto*', si dice nel testo (*p. Roscio com.* 11, 32) riportato alla nt. seguente.

³⁶ Può suscitare problema, perché non corrisponde agli schemi della procedura formulare che Gaio ci fornisce, il fatto che Fannio Cherea abbia esercitato un'unica azione contro Q. Flavio facendovi valere insieme personalmente i propri diritti e quelli di Roscio come *cognitor* di costui. Ma certo siamo in presenza di uno dei casi nei quali le informazioni processuali che ci forniscono le Istituzioni di Gaio sono insufficienti. Quella che ho dato mi sembra la sola interpretazione di quanto si legge in Cic., *p. Roscio com.* 11, 32 (Cicerone riporta prima come discorso diretto un presunto discorso di Cherea – lo pongo tra virgolette – e poi parla in prima persona come parlasse il proprio cliente Roscio): ... «*Panurgum*» inquit «*hunc servum communem, Q. Flavius Tarquiniensis quidam interfecit. In hanc rem*» inquit «*me cognitorem dedisti. Lite contestata, iudicio damni iniuria constituto tu sine me cum Flavio decidisti*». *Utrum pro dimidia parte an pro re tota? planius dicam: utrum pro me an et pro me et pro te? Pro me; potui exemplo multorum; licitum est; iure fecerunt multi; nihil in ea re tibi iniuriae feci. Pete tu tuum, exige et aufer quod debetur; suam quisque partem iuris possideat et persequatur*: ... Mi pare che l'interpretazione che propongo (cioè che Cherea abbia esercitato contro Flavio un'azione *ex lege Aquilia* insieme in proprio nome e per conto di Roscio come *cognitor* di questi) combaci anche con quanto si legge alla fine della parte che dell'orazione ci resta, in *p. Roscio com.* 18, 54 (mentre potrebbe restare ambiguo quanto si legge in 18, 55). Del resto, se fossero state esercitate due azioni distinte, non sarebbe potuto sussistere dubbio alcuno sul fatto che Roscio, transitendo, avesse transatto relativamente alla sua sola parte. L'opinione dell'ARANGIO-RUIZ, *Introduzione* cit. 290 s. con le ntt. 14 e 15, secondo la quale Fannio avrebbe esercitato, come *cognitor* di Roscio, l'azione di costui, riservando l'esercizio della propria ad un momento successivo, non mi pare dunque accettabile, anche se potrebbe invocarsi a suo favore il fatto che di un'azione di Fannio contro Flavio si parla ancora per un tempo successivo: vedi nel seguito di questo discorso, ed in particolare sub (F). Ma preferisco in proposito la spiegazione che fornisco nel testo in quest'ultimo luogo, fra le note 53 e 54.

³⁷ Vedi in Cic., *p. Roscio com.* 13, 37: ... *Roscium cum Flavio pro societate decidisse. Quo tempore? Abhinc annis XV.* ...

³⁸ Dall'*Utrum pro dimidia parte* di *p. Roscio com.* 12, 32 (vedi *supra*, nt. 36) e sino alla fine della parte pervenutaci dell'orazione (18, 56).

controversia³⁹. Quel che appare certo è che la transazione fra Roscio e Q. Flavio fu conclusa e che, in forza dell'accordo, Q. Flavio diede a Roscio, trasferendone a lui la proprietà, un fondo⁴⁰. Quel che risulta invece controverso dipende dal fatto che Roscio – come riferisce Cicerone – pretende di aver transatto con Q. Flavio unicamente per quanto riguardava i propri diritti, e cioè con riguardo alla metà del valore dello schiavo ucciso, mentre Fannio Cherea pretende che la transazione Roscio l'avesse fatta con riguardo agli interessi della società, e quindi per l'intero valore del povero Panurgo. Ma consideriamo vera la versione di Q. Roscio e procediamo⁴¹. (E) Tre anni prima del processo in corso (quello del 76 a.C., e quindi diciamo nel 79 a.C.) tra Roscio e Fannio Cherea ebbe luogo un arbitrato privato (sulla base di un compromesso) del quale arbitro era Pisone, lo stesso personaggio che fungerà da giudice nel procedimento attuale⁴². A quanto pare, questo arbitrato riguardava i rapporti, ancora pendenti e controversi fra le parti, che dipendevano dalla società che Cicerone dice ormai (già al tempo dell'arbitrato) sciolta⁴³. La decisione dell'arbitro appare chiara: egli, valutando secondo equità, impose a Roscio di pagare a Fannio

³⁹ Cic., *p. Roscio com.* 12, 34 in fine: *Ergo huc universa causa deducitur, utrum Roscius cum Flavio de sua parte an de tota societate facerit pactionem*. Cicerone vuol dire che nel quesito proposto – se cioè la transazione si riferisse solo ai diritti di Roscio o a quelli di entrambi i soci, Roscio e Fannio Cherea – sta il fulcro della ragione e del torto nella controversia fra Roscio e Cherea in generale, e non nello specifico *thema decidendum* della controversia presente (il processo del 76 a.C.), perché, come vedremo, qui il *thema decidendum* si poneva in termini puramente tecnici.

⁴⁰ Si trattava di un fondo agricolo incolto e senza neppure la *villa* (abitazione per il proprietario o il colono), e la sua proprietà venne trasferita quando il valore degli immobili attraversava un periodo di crisi; ma, migliorata poi la situazione economica, ed avendo Roscio provveduto a farvi costruire l'immobile ed a curarne la coltivazione, la cosa acquistò per Roscio il carattere di un buon affare. Ho riassunto Cic., *p. Roscio com.* 12, 33.

⁴¹ Dal momento che per la ricostruzione dei fatti ci dobbiamo basare su quanto dice Cicerone, non abbiamo altra scelta se non quella di seguire le sue indicazioni. Per vero, d'altra parte, a sostegno della propria tesi Cicerone sfodera una serie di argomenti alquanto corposi. Il primo consiste nella considerazione del fatto che Q. Flavio non ottenne, anzi non richiese affatto, che Roscio, nel concludere la transazione, gli garantisse che il proprio socio Fannio Cherea non avrebbe avanzato altre pretese in relazione alla morte di Panurgo, e Q. Flavio conosceva benissimo la situazione perché l'azione alla quale la transazione si riferiva gli era stata intentata da Fannio Cherea (Cic., *p. Roscio com.* 12, 35-37; 14, 40 all'inizio). Gli ulteriori argomenti si desumono dai fatti che menzioneremo di seguito, sotto le lettere E ed F, i quali pure, da quanto risulta nel testo dell'orazione, appaiono sufficientemente provati.

⁴² Di questo arbitrato si parla nel cap. 13 dell'orazione (Cic., *p. Roscio com.* 13, 37-39 a partire dalla frase *Repromittis tu abhinc triennium Roscio,* del § 37). Tutto quanto se ne può dire si desume da quel che Cicerone espone, anche se non lo fa narrando, ma argomentando, per cui il mio parlare preciso è frutto in buona parte di ricostruzione. Che l'arbitro fosse lo stesso Pisone, giudice del processo in corso (il che risparmia a Cicerone di fornire ulteriori prove in proposito) risulta non tanto dal semplice *Attende, quaeso, Piso* di 13, 37, ma in particolare dal brano (13, 38) *Quis est huius restipulationis scriptor, testis arbiterque? Tu, Piso, tu enim Q. Roscium pro opera ac labore, quod cognitior fuisset, quod vadimonia obisset, rogasti ut Fannio daret HS cccccc (centum milia = 100.000) hac condicione, ut, si quid ille exegisset a Flavio, partem eius dimidiam dissolveret*.

⁴³ Cic., *p. Roscio com.* 13, 38: *... in societate dissoluta ...* Cicerone evidentemente considerava la morte di Panurgo come estintiva della situazione sociale, anche se ciò naturalmente non comportava l'estinzione delle obbligazioni già sorte fra le parti in forza del contratto.

Cherea la somma di 100.000 HS se e quando Fannio Cherea pagasse a Roscio la metà di quanto avrebbe ottenuto (in seguito, cioè dopo la conclusione di questo arbitrato) da Flavio per la sua parte d'interesse nell'uccisione di Panurgo⁴⁴. Ciò lascia pensare che il dibattito fra le parti davanti all'arbitro si sia svolto secondo la linea seguente. Roscio sosteneva di non dover nulla a Cherea perché aveva ricevuto un fondo di modesto valore a saldo dei suoi soli interessi; Cherea sosteneva invece che il fondo ricevuto valeva almeno 200.000 HS, e che lui (Cherea) quindi non sarebbe più riuscito ad ottenere da Flavio una somma analoga. Per giungere ad un'equa distribuzione di quanto Flavio avesse in totale alla fine sborsato, l'arbitro pensò che l'insieme di quanto si sarebbe potuto ottenere doveva essere diviso in parti uguali fra i contendenti. Tecnicamente, questo scopo egli pensò di realizzarlo garantendo a Roscio che Cherea avrebbe usato ogni sua diligenza per ottenere il possibile da Flavio, e garantendo Cherea col far promettere Roscio che questi gli avrebbe pagato la metà di quanto già ottenuto (e quindi $200.000:2 = 100.000$)⁴⁵ quando Cherea gli avesse dato la metà di quanto, agendo contro Flavio, avesse incassato⁴⁶. Così se veramente Roscio avesse già ottenuto da Flavio più di quanto Cherea avrebbe potuto averne, entrambi sarebbero stati equamente soddisfatti in rapporto alle possibilità pratiche (poniamo che Cherea, agendo contro Flavio, ottenesse 100.000: allora Roscio, pagando 100.000 a Cherea, ne otterrebbe 50.000; Roscio avrebbe infine 100.000 residui di quanto avuto da Flavio con la proprietà del fondo e 50.000 ricevuti ora da Cherea, per un totale di 150.000; Cherea avrebbe 100.000 da Roscio e tratterebbe 50.000 dei 100.000 avuti da Flavio, pure per un totale di 150.000). (F) Nel periodo di tre anni che separano l'arbitrato di cui si è detto sub E dal giudizio presente (del 76 a.C.)⁴⁷, ma prima della morte di Flavio, che ebbe luogo nello stesso lasso di tempo⁴⁸, Fannio Cherea ebbe un processo contro Flavio. Cicerone è molto preciso su questo punto: vi fu un processo, con Fannio come attore, Flavio convenuto e Cluvio come giudice⁴⁹: ed in forza di questo processo Flavio pagò a Fannio Cherea 100.000 sesterzi⁵⁰ per la faccenda di Panurgo⁵¹. A quanto parrebbe, Saturio, l'avvocato di Cherea nel processo del 76 a.C., negava che un simile pagamento avesse avuto

⁴⁴ Il tenore complessivo della decisione dell'arbitro Pisone si desume da Cic., *p. Roscio com.* 13, 38, nella parte 'Tu, Piso, tu enim – dimidiam Roscio dissolveret', anche se – vedi la nt. seg. – Cicerone presenta le cose in modo tendenzioso.

⁴⁵ Cicerone (*p. Roscio com.* 13, 38, nella parte cit. *supra* alla nt. prec.) interpreta i 100.000 HS che l'arbitro Pisone impose di dare a Cherea come una specie di invito ('Q. Roscium. ... rogasti ut Fannio daret'), e dà alla rimessa il carattere di compenso per l'opera prestata da Cherea nell'interesse di Roscio quando agì come suo *cognitor* nel processo contro Fannio di cui abbiamo parlato sub C.

⁴⁶ Questa *stipulatio* fu effettivamente imposta dall'arbitro Pisone a Fannio Cherea: in *p. Roscio com.* 13, 37 Cicerone dà lettura di una dichiarazione scritta di Cherea (*Tua vox est, Fanni*), rilasciata evidentemente da costui a Roscio come documento probatorio scritto dell'avvenuta *stipulatio*, col testo seguente: 'quod a Flavio abstulero, partem dimidiam inde Roscio me soluturum spondeo'.

⁴⁷ Vedi Cic., *p. Roscio com.* 14, 41: ... *Si planum facio post hanc recentem stipulationem Rosci* (cioè: dopo la *stipulatio* fatta da Roscio in occasione dell'arbitrato di cui si è detto sub E) *HS ccccxxx a Flavio te* (cioè: tu, Cherea) *abstulisse* ...

⁴⁸ Cic., *p. Roscio com.* 14, 42: ... *IS (= Flavius) iam pridem est mortuus* ...

⁴⁹ Cic., *p. Roscio com.* 14, 42: ... *Venerat, ut opinor, haec res in iudicium. Certe. Quis erat petitor? Fannius. Quis reus? Flavius. Quis iudex? Cluvius.* ...

⁵⁰ Cic., *p. Roscio com.* 14, 40; 14, 41; 14, 42; 15, 43.

⁵¹ Cic., *p. Roscio com.* 14, 40 (in fine)-41 (inizio).

luogo⁵², ma Cicerone provò quanto gli interessava producendo una testimonianza scritta dei senatori Tito Manilio e Caio Lucio Ocrea, con la quale i due riferivano una dichiarazione in proposito del giudice Cluvio⁵³. Questo processo Fannio v. Flavio – identificato da Cicerone, come abbiamo visto, indicando le parti e il giudice, nonché la data approssimativa (che, secondo la datazione che pone nel 76 a.C. il processo in corso quando Cicerone vi pronunziava l'orazione che stiamo seguendo, deve collocarsi intorno al 78-77 a.C.) – non poteva riguardare che la responsabilità di Flavio per la morte di Panurgo; posto ciò, deve ritenersi che si trattasse di una riassunzione, con riguardo ai soli interessi di Cherea, del processo da questi intentato intorno al 91 a.C. (e comunque già pendente in tale anno: vedi sub C e D), e che non era – a quanto pare – mai giunto a sentenza: la cosa è possibile, perché a quel tempo non esistevano ancora i termini di estinzione del processo (*mors litis* dopo 18 mesi dalla *litis contestatio*) introdotti dalla *lex Iulia* del 17 a.C.; e d'altra parte non poteva trattarsi di un nuovo esperimento da parte di Cherea dell'*actio ex lege Aquilia* contro Flavio, perché questa azione era stata consumata già nel 91 a.C., essendone stata allora fatta la *litis contestatio*⁵⁴. Ancora deve dirsi che questo processo Fannio v. Flavio, se nel 78-77 a.C. (la data presuntiva che abbiamo scelto) certo finì, non deve essersi concluso neppure allora andando a sentenza, perché, a quanto si ricava dall'orazione di Cicerone, il pagamento di 100.000 HS effettuato da Flavio a Fannio Cherea ebbe luogo a seguito di una transazione fra i due. Ciò si ricava da quanto si legge in Cic., *p. Roscio com.* 16, 49 (*dic Flavium cum Fannio de Panurgo decidisse*)⁵⁵ e del resto, se il pagamento avesse avuto luogo a seguito della condanna di Flavio, il giudice non avrebbe potuto testimoniare circa l'effettiva prestazione della somma. Dobbiamo dunque pensare che la transazione sia stata compiuta ed eseguita in corso di giudizio e davanti al giudice e poi l'attore abbia rinunciato a proseguire gli atti del processo.

Concentriamoci dunque infine sul processo del 76 a.C., quello, cioè, nel quale l'orazione ciceroniana *pro Roscio comoedo* fu pronunziata, e che è il processo che in particolare ci interessa. La ricostruzione di tutta la vicenda – come ho cercato di riferirla nella sequenza delle lettere A-F – Cicerone non la fece perché essa risultasse direttamente rilevante ai fini della decisione della causa per la quale egli pronunziava l'arringa. Egli lo dice chiaramente in *p. Roscio rom.* 5, 15, un paragrafo dal quale il testo dell'arringa viene chiaramente diviso

⁵² Cic., *p. Roscio com.* 14, 41; ... «*Omnino*» inquit (cioè: *Saturius*) «*HS cccccc a Flavio non abstulit neque Panurgi nomine neque cuiusquam*». ...

⁵³ Il testo di tale *testimonium* (testimonianza giurata: Cic., *p. Roscio com.* 15, 44; 15, 45 prima frase) dei due senatori venne letto da Cicerone in aula, durante la sua arringa, ma non è riportato nel testo che ce ne è pervenuto (Cic., *p. Roscio com.* 14, 43 alla fine). Del contenuto, poi, Cicerone non parla analiticamente, ma esso risulta evidente, nelle sue linee generali, dalla lunga perorazione che Cicerone fa per sostenere che il *testimonium* non può non essere considerato attendibile, come pure la dichiarazione resa oralmente da Cluvio ai due; Cic., *p. Roscio com.* 14, 42 (da '*Iudicem? Cluvius est.*')-17, 51 (fino a '*... pars eius dimidia Rosci esset?*').

⁵⁴ Vedi *supra*, nt. 35.

⁵⁵ Nel luogo citato Cicerone sta sostenendo la veridicità della testimonianza scritta dei due senatori, e precisamente sta illustrando l'assurdità dell'ipotesi che la dichiarazione, ivi raccolta, del giudice Cluvio fosse mendace; Cicerone dice che per pensarla mendace si dovrebbe supporre un'assoluta assurdità, e cioè che Roscio gliel'avesse richiesta come favore, più o meno retribuito, dicendogli appunto: «Mentisci nel mio interesse, davanti a quei personaggi irreprensibili e tuoi amici (cioè, i due senatori che avrebbero testimoniato circa la sua dichiarazione), dicendo che Flavio ha transatto con Fannio riguardo a Panurgo, anche se non ha transatto per niente».

in due parti⁵⁶: la prima – dall’inizio a 5, 14 – conteneva le argomentazioni utili alla difesa di Roscio nel processo in corso; la seconda – da 6, 16 alla fine – è diretta invece a provare che nel complesso della vicenda Roscio si è comportato nel modo più corretto, e che dunque l’azione intentatagli da Flavio Cherea, con le accuse espresse o sottintese di disonestà che contiene, non è solo giuridicamente infondata, perché è la pretesa stessa di Cherea a contenere il tentativo di una frode perpetrata al più onesto degli uomini. Si legga la fine di questo § 15, dove appunto Cicerone contrappone “quel discorso necessario che ho fatto in precedenza” (*illa superior fuit oratio necessaria ...*) a “questo che vado a fare perché voglio farlo” (*haec erit voluntaria ...*):

Cic., *p. Roscio com.* 5, 15: ... *Illa superior fuit oratio necessaria, haec erit voluntaria, illa ad iudicem, haec ad C. Pisonem, illa pro reo, haec pro Roscio, illa victoriae, haec bonae existimationis causa comparata.*

La seconda parte dell’orazione ci interessa, per vero, in questa sede, di meno. Mi limiterò a dire che, da come vi argomenta Cicerone, al suo avversario P. Saturio restavano pochi argomenti da opporgli. Solo due, in effetti, ma il primo, che traspare da *p. Roscio com.* 14, 41, e cioè che “Fannio non ha affatto ricevuto 100.000 HS da Flavio, né per la faccenda di Panurgo, né ad alcun altro titolo”, dal che si sarebbe potuto argomentare che non dando nulla a Roscio Flavio gli aveva comunque dato la metà di quanto ricevuto, e quindi Roscio, in forza della *stipulatio*, gli doveva i 100.000 HS (vedi nella ricostruzione sopra, sub E), è stato cancellato dalla prova che Cicerone ha dato con la testimonianza dei due senatori (vedi sub F). Il secondo degli argomenti di Saturio era più sottile: Cicerone lo menziona con parole di Saturio stesso⁵⁷, che si riferiva alla transazione tra Roscio e Flavio (vedi sub D): “Ammetto che Roscio ha richiesto a Flavio la (sola) sua parte, lasciando immune da pretese ed integra quella di Fannio: ma oppongo che quel che incassò per sé divenne (automaticamente) cosa comune all’insieme dei soci”; ma, per quanto sottile, Cicerone demolisce anche questo argomento con obiezioni giuridiche calzanti⁵⁸.

Ma il fatto è che P. Saturio era forse veramente un *veterator*⁵⁹. Egli si guardò bene dal far esercitare da Fannio contro Roscio un’*actio pro socio*, dove tutta la vicenda sarebbe stata presa in considerazione⁶⁰. L’azione intentata nel 76 a.C. era concepita in modo da la-

⁵⁶ Cfr. PUCHTA, in *Kleine ziv. Schriften* cit., 273 ss.; FIORE, *Ius civile* cit., 182.

⁵⁷ Cic., *p. Roscio com.* 17, 52: «Petisse» inquit «suam partem Roscium a Flavio confiteor, vacuum et integram reliquisse Fanni concedo; sed, quod sibi exegit, id commune societatis factum esse contendo».

⁵⁸ La replica di Cicerone occupa la parte finale di quel che ci resta dell’orazione (17, 52-18, 56), che s’interrompe nel corso del § 56.

⁵⁹ Cic., *p. Roscio com.* 8, 22. Il vocabolo allude a qualcuno da lunghi anni incallito nella pratica.

⁶⁰ A questo proposito si inserisce però un punto oscuro della vicenda, corrispondente al cap. 9 dell’orazione. In *p. Roscio com.* 9, 25 ss. Cicerone pare proprio rinfacciare a Fannio di non aver voluto, perché lo temeva, agire contro Roscio con l’*actio pro socio*, e che a questa azione – e non ad un arbitrato privato – si riferisse Cicerone con le parole ‘*Quae cum ita sint, cur non arbitrium pro socio adegeris Q. Roscium quaero*’ è fuor di dubbio, non solo per le parole ‘*Formulam non noras? Notissima erat*’, che seguono immediatamente, ma soprattutto perché l’affermazione, con la quale il § 9, 25 si apre, viene enunciata subito dopo – e ad esso legata dalle parole ‘*Quae cum ita sint*’ – il famoso passo (8, 24 in fine) ‘*Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae...*’, nel quale, come è notissimo,

sciare tutto quel che fin qui abbiamo ricordato o ricostruito al di fuori della situazione di fatto che il giudice Pisone poteva considerare. Di questa azione ci occuperemo dunque soltanto, da questo punto in poi⁶¹.

L'azione che Fannio Cherea, assistito dall'avvocato P. Saturio, intentò, diciamo nel 76 a.C., contro Quinto Roscio Gallo, difeso da Cicerone, era una *condictio certae pecuniae*⁶², e ne possiamo anche redigere con una certa sicurezza la formula⁶³:

Caius Piso iudex esto. Si paret Quintum Roscium Gallum Caio Fannio Chaereae HS CCCIOOO (= sestertiorum centum milia) dare oportere, qua de re agitur, Caius Piso iudex

viene descritto in generale il sistema del processo formulare. Ma in proposito si può dire, però, che un'azione *pro socio* di Cherea contro Roscio poteva risultare impedita dal fatto che le pendenze derivanti fra le parti dal contratto di società erano state oggetto della transazione nella quale sboccò il procedimento arbitrale del 79 a.C.; vedi *supra*, sub E. Quel che a me pare – malgrado le varie spiegazioni proposte – restare oscuro è quanto si dice nel seguito del cap. 9 (§ 26-27), dove si parla di un giudizio che Cherea avrebbe esercitato senza successo contro Roscio, e che non si sa come collocare nell'insieme della vicenda. I limiti che si pone questo mio articolo non mi permettono di discutere a fondo questi problemi, che restano discussi e discutibili nella ricostruzione della vicenda giudiziaria fra Roscio e Cherea: io mi sono limitato a tentare una ricostruzione di quanto mi pare chiaro alla lettura dell'orazione, ma certo non pretendo di aver fatto di più. La messa a punto più compiuta della problematica ancora aperta a proposito dell'azione di cui in *p. Roscio com.* 9, 26-27 mi pare sempre quella che risulta dall'*Introduzione* dell'ARANGIO-RUIZ all'edizione cit. (*supra*, nt. 27) dell'orazione (l'*Introduzione* s'inizia alla p. 283 del volume, e in relazione alla tematica della presente mia nota rileva in particolare la nt. 20, che si trova a p. 308 s.). Come qui non posso occuparmi della tematica processuale generale connessa con Cic., *p. Roscio com.* 5, 15 (*iudicia legitima, arbitria honoraria, officia domestica*), ma che può ben essere connessa con tutta la struttura del discorso che Cicerone svolgeva nell'orazione, come ritiene il FIORE, *Ius civile* cit., 181 ss.

⁶¹ E si tratta anche, come abbiamo visto poc'anzi, dell'azione alla quale si riferisce la prima parte dell'orazione (i primi cinque capitoli, fino a *p. Roscio com.* 5, 15). Anche questa parte ci è giunta mutila, in quanto all'inizio del manoscritto che ce l'ha trasmessa (la copia poggiana del *Lingonensis*) mancano diverse pagine (cfr. ARANGIO-RUIZ, *Introduzione* cit., nt. 3 [p. 303]): ma quel che ci rimane è sufficiente per impostare i problemi.

⁶² Cic., *p. Roscio com.* 5, 14: *Pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est*. Con '*tertia parte sponsio facta est*' Cicerone alludeva alla promessa reciproca di pagare, in caso di soccombenza, una somma pari ad un terzo di quella pretesa in giudizio, a titolo di pena processuale, promessa che le parti si scambiavano *in iure*, quando veniva esercitata una *condictio certae pecuniae* (*actio certae creditae pecuniae*). Sulla *sponsio tertiae partis* vedi Gai. 4, 171 e le formule pompeiane (date a Pozzuoli nell'anno 52), che riporto, riferendo le importanti considerazioni del Santoro, nel mio *Corso di Istituzioni di diritto romano* (vol. I [Torino 2001] 142 s.): Anche la formula di questa azione Cherea-Roscio era dunque accompagnata da altre due formule, relative alla *sponsio* e *restipulatio tertiae partis*: si veda comunque ancora Cic., *p. Roscio com.* 4, 10.

⁶³ Cicerone vi allude sinteticamente in *p. Roscio com.* 4, 11, anche se a quel punto contrappone come tipi la formula che s'impiega per "un *iudicium* (come il presente)" a quella che si usava porre alla base di un arbitrato privato (a questo certo allude qui col termine *arbitrium*), e che si basa sul *quantum aequius et melius est dari*. Il fatto che la formula proposta sia quella di "questo tipo di giudizio" e non quella "di questo preciso giudizio" forse non spiega, di per sé solo, che l'allusione sia riferita ad una pretesa di 50.000 HS e non di 100.000, come era a mio parere – lo vedremo – il processo in corso. Anche se nel cit. § 4, 11 a Cicerone interessava unicamente sottolineare che l'azione si riferiva al debito di una somma determinata di denaro, la scelta della cifra ha una ragione che vedremo tosto.

*Quintum Roscium Gallum HS ccc̄īccc̄ Gaio Fannio Chaerae condemnato, si non paret absoluito*⁶⁴.

Che l'azione fosse esercitata per una somma di 100.000 HS risulta chiaro da Cic., *p. Roscio com.* 1, 4, dove si parla del *nomen transscripticium* sul quale l'attore si sarebbe basato, e Cicerone dice: *Leve ac tenue hoc nomen est? HS ccc̄īccc̄ sunt.*

Non deve trarsi un argomento contrario dal fatto che altrove, nell'orazione, si parla di 50.000 sesterzi (*HS l̄ccc̄*), ed in particolare in Cic., *p. Roscio rom.* 4, 11⁶⁵ e nel brano *p. Roscio com.* 8, 22-24, dove Cicerone contesta l'affermazione dell'avvocato avversario, secondo il quale “Q. Roscio ha defraudato Fannio di 50.000 HS” (8, 21: *HS l̄ccc̄ Q. Roscius fraudavit Fannium*), né si deve pensare che la discordanza dipenda dal fatto che le cifre che esprimono numeri sono spesso nei manoscritti riportate con incongruenze provenienti da errori degli amanuensi o dei copisti, perché qui incongruenza non c'è. Almeno secondo Cicerone – ed è lui stesso che enuncia questa tesi della truffa – l'ipotesi di un difetto nel comportamento di Roscio verso Fannio non potrebbe essere presa in considerazione se non per 50.000 HS, perché Roscio non ha bensì pagato a Fannio i 100.000 che gli aveva promesso, ma la promessa relativa era condizionata dal fatto che Fannio gli avesse pagato i 50.000 che rappresentavano la metà di quanto costui aveva – sempre secondo Cicerone – ricevuto da Flavio (vedi sopra, nell'esposizione dei fatti, sub E e F).

Ed è anche chiaro che la causa, sulla quale Cherea – o per lui il suo avvocato – fondava la sua pretesa era un'*expensilatio*. Come spiegava Cicerone⁶⁶, le tre possibili cause dell'obbligazione dedotta in giudizio erano: *a*) un'obbligazione contratta *re*, cioè risultante da una precedente rimessa di denaro da Fannio a Roscio a titolo di mutuo o come pagamento d'indebitto; *b*) una *expensilatio*; *c*) una *stipulatio*. La prima delle tre cause (*a*) non viene affatto in considerazione nel processo, perché l'attore stesso negava di avere effettuato rimesse di denaro a Roscio⁶⁷. Quanto alla terza (*c*), a detta di Cicerone, una *stipulatio* non può essere presa in considerazione, ma non perché l'attore abbia negato che esista, bensì perché non ha addotto prove in proposito⁶⁸: ma, in un processo, la constatazione che l'attore non adduce alcuna prova a sostegno di un'affermazione, la quale potrebbe rappresentare il fon-

⁶⁴ Nella ricostruzione della formula mi sono basato su quella pompeiana (vedi *supra*, nt. 62, e nel *Corso* ivi cit. vol. I, 142), che è del 52 d.C., ma non c'è ragione di pensare che nel frattempo la formula della *condictio certae pecuniae* fosse mutata. Analoga, tranne per la somma di denaro indicata (che per l'autore era di 50.000 HS: ma vedi qui subito dopo nel testo), la formula proposta dall'ARANGIO-RUIZ, *Introduzione* cit., 285.

⁶⁵ Vedi già *supra*, nt. 63.

⁶⁶ Cic., *p. Roscio com.* 5, 14: *Pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit.*

⁶⁷ Cic., *p. Roscio com.* 4, 13: *...adnumerasse sese negat*; 5, 14: *Datam non esse Fannius confitetur, ...*

⁶⁸ Cic., *p. Roscio com.* 5, 14: *...stipulatam non esse taciturnitas testium concedit.* Dove con “il silenzio dei testimoni” si vuole evidentemente alludere al fatto che testi in proposito l'attore non ne aveva forniti.

damento della propria pretesa, è possibile solo se tale fondamento l'attore non l'abbia per nulla invocato⁶⁹.

Ora, quel che può meravigliare è il fatto che Cherea – o, se si vuole, Saturio – non abbia preteso i 100.000 HS da Roscio in base alla *stipulatio* di 100.000 HS che questi gli aveva fatto in occasione dell'arbitrato che abbiamo descritto sub E; è ben vero che, a tale proposito, nell'orazione è presentata come *stipulatio* solo quella fatta da Cherea a Roscio (sintetizzata nella frase '*quod a Flavio abstulero, partem dimidiam inde Roscio me soluturum spondeo*'), ma Cicerone parla di questa come di una *restipulatio*⁷⁰, ed indica l'insieme del negozio intervenuto allora fra le parti così⁷¹: *Tu, Piso, tu ... Q. Roscium ... rogasti ut Fannio daret HS CCCIOOO hac condicione ut, si quid ille exegisset a Flavio, partem eius dimidiam Roscio dissolveret*. Che Roscio avesse promesso i 100.000 HS a Cherea è, del resto, evidente: Cherea non sarebbe stato così sciocco da promettere la sua controprestazione se Roscio non gli avesse prima promesso o pagato i 100.000 HS (e pagati certo non li aveva); e non c'è bisogno di spiegare perché Cicerone eviti di menzionare il termine *stipulatio* per l'impegno di Roscio. In realtà, comunque, fra le parti dovevano essere intervenute queste due stipulazioni: *i*) Cherea aveva chiesto a Roscio: "Prometti di darmi 100.000 HS se ti darò la metà di quanto otterrò da Flavio?"; *ii*) Roscio aveva chiesto a Cherea: "Prometti di darmi la metà di quanto otterrai da Flavio?". Così si capisce anche perché Cherea non abbia esercitato la *condictio certae pecuniae* contro Roscio sulla base della *stipulatio* nella quale egli era *stipulator*: tale *stipulatio* – la *i*) – era infatti sottoposta alla condizione che Cherea avesse dato a Roscio la metà di quanto ottenuto da Flavio, e quindi essa non forniva azione a Cherea finché questi non avesse pagato a Roscio quanto previsto, cioè (da quanto risulta dai fatti che ho esposto sub F, che dovevano essere veri) 50.000 HS: ed evidentemente Cherea non era in condizione di farlo, o comunque non lo voleva fare.

Dunque Cherea agiva pretendendo 100.000 HS sulla base di un'*expensilatio*. L'idea di Saturio doveva essere di sostenere che la *stipulatio* di Roscio a Cherea era stata novata con una *transscriptio a re in personam*, sopprimendovi la condizione⁷². Così facendo, Cherea, provando l'*expensilatio*, avrebbe ottenuto la condanna di Roscio a pagargli 100.000 HS, e se poi in qualunque modo Roscio avesse preteso i 50.000, egli sarebbe stato in condizione di pagarglieli con quanto ricevuto o magari di scontarli al momento del pagamento di Roscio.

Da quanto si dice nell'orazione – mutilo almeno qual è il testo nel quale essa ci è pervenuta – non ci è possibile stabilire se l'*expensilatio* di cui si tratta abbia effettivamente avuto

⁶⁹ Si legga tutto il passo, da 4, 13: ... *Reliquum est, ut stipulatum sese dicat: praeterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit non reperio*. 5, 14: *Stipulatus es – ubi, quo die, quo tempore, quo praesente? Quis spondidisse me dicit?: Nemo...*

⁷⁰ Che significa "*stipulatio* effettuata dopo una precedente *stipulatio*, con carattere di reciprocità rispetto ad essa". Vedi Cic., *p. Roscio com.* 13, 37-39.

⁷¹ Cic., *p. Roscio com.* 13, 38. Come sappiamo, Pisone era stato l'arbitro *ex compromisso*.

⁷² Quest'ultimo effetto – della soppressione della condizione – sarebbe risultato automaticamente dall'operazione novatoria, perché i *nomina transscripticia* non possono essere sottoposti a condizione. Vedi Pap. VF. 329.

luogo fra le parti ovvero Cherea se la sia fraudolentemente costruita. Ai nostri fini, d'altronde, ciò importa poco. Quel che c'interessa è valutare le argomentazioni difensive che Cicerone sviluppava nella prima parte del suo discorso – *p. Roscio com.* 1, 1-5, 15, come sappiamo – quando controbatteva gli assunti della controparte nel processo instaurato sul *centum milia sestertiorum dare oportere* fondato nell'*expensilatio*. Questa valutazione, che dobbiamo fare, è un po' delicata, perché Cicerone, quando faceva l'avvocato, si valeva assai, per convincere il giudice, di espedienti con i quali profittava della magari scarsa preparazione giuridica del giudicante stesso, concentrandosi – con fiumi di parole e di argomenti emozionali o giuridici solo in apparenza – su questioni marginali o collaterali, per invece glissare, come si usa dire, sui veri problemi di diritto, trattandoli come fossero cose ovvie, sicché la loro vera essenza ne risulta sommersa dalla marea verbale ed il carattere del problema muta natura. Ma vediamo, comunque, di orientarci.

All'inizio di quel che ci resta dell'orazione⁷³, Cicerone pare contrastare un'affermazione del suo avversario (che possiamo impersonare nell'avvocato Saturio piuttosto che nella parte Cherea) di questo semplice tenore: “Cherea vanta un credito di 100.000 HS nei confronti di Roscio in forza di un'*expensilatio* che Cherea stesso ha redatto”, e Cicerone intende quest'affermazione nel senso seguente: “Nei libri contabili (*tabulae accepti et expensi*) di Cherea è scritta un'*expensilatio* di 100.000 HS nei confronti di Roscio”. L'affermazione non ci resta, ma la si desume facilmente da come Cicerone la contrasta. I suoi argomenti sono questi: per provare un credito basato su di un'*expensilatio* non basta produrre i propri registri dove l'*expensilatio* compare, perché uno, nei suoi registri, può anche aver scritto il falso (*falsum perscribere nomen*); se Cherea produrrà i suoi registri, Roscio produrrà i propri, e si constaterà così che nei registri di Roscio non c'è l'annotazione corrispondente, e cioè quella dell'autorizzazione, data da Roscio a Cherea, a redigere quell'*expensilatio*. Possiamo leggere in particolare:

Cic., *p. Roscio com.* 1, 1: ... *Quod si ille suas proferet tabulas, proferet suas quoque Roscius. Erit in illius tabulis hoc nomen, at <in> huius non erit. 1, 2: Cur potius illius quam huius credetur? Scripsisset ille, si non iussu huius expensum tulisset? Non scripsisset hic quod sibi expensum ferre iussisset? Nam quem ad modum turpe est scribere quod non debeat, sic improbum est non referre quod debeas ...*

Preferisco semplicemente tradurre il testo, aggiungendo fra parentesi qualche integrazione per chiarire il senso che Cicerone, come retore, gli dava: “Se egli produrrà i suoi registri, anche Roscio produrrà i suoi. Nei registri di quello comparirà tale negozio⁷⁴, ma nei registri di questo non comparirà. 1, 2: Perché si crederà piuttosto (ai registri) di quello che (ai registri) di questo? (Si dirà:) Avrebbe mai quello effettuato la scrittura, se non avesse fatto l'*expensilatio* col consenso (*iussus*) di questo? (Ma allo stesso modo si potrebbe dire:) Non

⁷³ Cic., *p. Roscio com.* 1, 1 e l'inizio di 1, 2 fino a *et eius qui falsum perscripsit*.

⁷⁴ Traduco così, perché qui ‘*nomen*’ sta per *nomen transscripticium*, indicando quindi l'atto giuridico (scritto).

avrebbe questo effettuato la scrittura relativa alla sua autorizzazione ad un' *expensilatio* a suo carico? Perché così come è disonesto scrivere quel che non (ti) è dovuto, altrettanto riprovevole è non riportare quel che tu devi”.

Ma, verso la metà del § 2 Cicerone cambia tono. Evidentemente Saturio doveva aver detto qualcosa⁷⁵, dalla quale si desumeva – o magari vi era espressamente dichiarato – che i registri contabili di Cherea non sarebbero stati prodotti: Cicerone comprende subito che l' *expensilatio* invocata dall'attore non era scritta nei suoi registri, o magari che tali registri non esistevano del tutto: per cui inizia tutta un' argomentazione⁷⁶ per sostenere che certo Cherea teneva dei registri accurati, che, se non vuol produrli, è perché la scrittura che interessa non vi compare, e quindi egli non è in condizione di provare il suo preteso credito di 100.000 HS. A questo punto si inserisce una nuova dichiarazione della controparte, che Cicerone attribuisce direttamente a Cherea, ma che proveniva evidentemente dall'avvocato di costui, Saturio:

Cic., p. *Roscio eom.* 2, 5: *Nimum cito ait me indignari de talubis; non habere se hoc nomen in codicem accepti et expensi relatum confitetur, sed in adversariis patere contendit. Usque eone te diligis et magnifice circumspicis, ut pecuniam non ex tuis tabulis sed <ex> adversariis petas? Suum codicem testis loco recitare adrogantiae est: suarum percriptionum et liturarum adversaria proferre non amentia est?*

Una traduzione che renda abbastanza bene il senso di questo discorso mi pare la seguente: “Dice che troppo precipitosamente mi scaldo a proposito dei registri; ammette di non aver riportato questo *nomen* nel *codex accepti et expensi*, ma oppone che esso è ben chiaro negli *adversaria*. Sei dunque presuntuoso e vanesio al punto da pretendere in giudizio del danaro basandoti non sui tuoi registri, ma sugli *adversaria*? (Se) addurre come prova il testo dei propri registri è (già) arroganza, produrre il brogliaccio (= *adversaria*) dei propri appunti con cancellature e correzioni non è pazzia?”

Su questo tema, della idoneità degli *adversaria* a provare il *nomen transcripticum*, Cicerone continua a ricamare⁷⁷, cercando poi anche di sottolineare come il comportamento che Cherea stesso dice di aver tenuto, e cioè di non riportare nei

⁷⁵ La frequenza di passaggi che presentano un carattere dialogico è caratteristica di questa orazione. Cicerone non solo vi si rivolge spesso, nel suo parlare, a Saturio o a Cherea come si rivolge ad altre persone presenti, fra le quali ovviamente il giudice Pisone: qui mi riferisco specificamente ai luoghi, come questo che stiamo adesso considerando, nei quali Cicerone ribatte a frasi dette dall'avvocato avversario, qualche volta sintetizzandone anche il tenore. È logico pensare che questi passaggi abbiano subito, da parte dell'autore, speciali modifiche in occasione della redazione del testo dell'orazione destinato alla pubblicazione. Il testo che veniva pubblicato era normalmente stabilito partendo da quello che uno stenografo (*notarius*) aveva scritto direttamente ascoltando l'arringa dell'*orator* in udienza, e poi trascritto – interpretando i propri segni stenografici – per renderlo leggibile ad un terzo.

⁷⁶ Che comincia dal *Sed ego copia et facultate causae confisus* di p. *Roscio com.* 1, 2 e continua fino a 2, 4.

⁷⁷ Cic., p. *Roscio com.* 2, 6-3, 7.

registri il *nomen* dopo che fu scritto negli *adversaria*, si presenti come assai strano e poco verosimile se il *nomen* fosse stato effettivamente realizzato in modo regolare alla data in cui sarebbe stato annotato negli *adversaria*⁷⁸.

Per concludere la prima parte dell’arringa – la parte, come abbiamo visto sopra, che riguarda specificamente i problemi posti dal processo in corso, e che dunque è quella che ci interessa in particolare – Cicerone non ha che da tirare le somme. La sostanza di quanto dice ancora in *p. Roscio com.* 4, 10-6, 15 – e i passaggi più importanti li abbiamo già, qualcuno più volte, presi in considerazione – può sintetizzarsi come segue. La presente azione è una *petitio certae pecuniae*⁷⁹; due punti della causa sono già esauriti, perché l’attore nega di aver fatto una rimessa di denaro e, non producendo i suoi registri, non adduce neppure un’*expensilatio*; resterebbe solo la possibilità di una *stipulatio*⁸⁰ – infatti, in caso di *petitio certae pecuniae*, la somma di denaro pretesa deve essere stata *aut data aut expensa lata aut stipulata*⁸¹ –, ma la *stipulatio* neppure risulta provata⁸². Dunque, in conclusione:

Cic.; *p. Roscio cum.* 5, 14: *Datam non esse Fannius confitetur, expensam latam non esse codices Fanni confirmant, stipulatam non esse taciturnitas testium concedit.*

Questa frase di Cicerone, che già ci è nota, vuole precisamente dire: “Circa il fondamento della sua pretesa l’attore non ha fornito prova alcuna”.

Non ci rimane, infine, se non considerare che cosa può trarsi dall’insieme di quanto abbiamo appreso, scorrendo quest’arringa, sul regime dell’*expensilatio*.

Per trarre indicazioni giuridiche dalle opere di Cicerone si deve sempre tener conto del fatto che egli aveva una solida formazione giuridica⁸³; ma era pur sempre un retore e non

⁷⁸ Questo è il senso di quanto detto in *p. Roscio com.* 3, 8-9, fino a ‘...*cur in adversariis scriptum habebas?*’.

⁷⁹ Cic., *p. Roscio com.* 4, 10 (*Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem, in qua legitimae partis sponsio facta est.*) e seguenti fino al luogo del § 4, 13 che tosto riprenderò.

⁸⁰ Cic., *p. Roscio com.* 4, 13 (già cit.): *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.*

⁸¹ Vedi nel già cit. *p. Roscio com.* 5, 14, nella parte: *Pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit.*

⁸² Vedi nel già più volte cit. *p. Roscio com.* 5, 14: *Stipulatus es: ubi, quo die, quo tempore, quo praesente? quis spondidisse me dicit? Nemo.*

⁸³ Si può leggere in proposito Cic., *Brut.* 40, 150, dove Cicerone attribuisce a Bruto, che nel dialogo parla con lui stesso, il seguente confronto con Servio (in un noto e tutto assai significativo contesto, che si estende fino al § 157): ‘*Quia mihi et tu videris, inquit, tantum iuris civilis scire voluisse quantum satis esset oratori et Servius eloquentiae tantum assumpsisse, ut ius civile facile possit tueri; ...*’. In effetti Cicerone si era, già sedicenne, nel 90 a.C., messo al seguito di Quinto Mucio Scevola l’augure, ed alla morte di questi nell’87 a.C. – men che ventenne Cicerone e pressoché ottuagenario il maestro – passò nella cerchia degli allievi di Quinto Mucio Scevola *pontifex*, che dell’augure era cugino in secondo grado. Per queste date vedi CANNATA, *Per una storia* cit., 242 s. (e a p. 251 lo schema per la parentela

un giurista. Qui abbiamo, per giunta, proprio a che fare con una sua orazione: anche se si tratta di un'orazione giudiziale, il suo atteggiamento non è propriamente quello di un giurista. Non soltanto, così il suo parlare non ha come scopo principale e costante l'impostazione tecnicamente rigorosa dei problemi, bensì quello di convincere il giudice, che pure non era giurista. In ispecie, da quel ch'egli dice in tutto il suo discorso diretto al giudice Pisonone traspare l'atteggiamento dell'avvocato, più sensibile ai fatti che non ai principi. Ognuno ricorda che nei *topica*, rivolgendosi al giurista Trebazio al quale l'opera è dedicata⁸⁴, Cicerone stesso racconta che Aquilio Gallo, anch'egli giurista e suo amico, quando veniva consultato da qualcuno per un caso che ponesse unicamente problemi di fatto (*si quis ad eum quid tale rettulerat, ut de facto quaereretur*), usava rispondergli⁸⁵: *'Nihil hoc ad ius; ad Ciceronem'*. "La scienza giuridica non ha nulla da dirti: vai da Cicerone". Così nella *p. Roscio com.*, i problemi dell'*expensilatio* vengono in genere impostati non come problemi di esistenza o validità del negozio, ma come problemi di prova.

Un punto appare comunque certo. Cicerone parte dall'idea che per la validità di un'*expensilatio* non è sufficiente che il creditore l'abbia scritta nei suoi libri contabili, ma è anche necessario che l'abbia scritta con l'accordo del debitore, precisamente a seguito di un *iussus* – un'autorizzazione che non ha esigenze di forma – del debitore⁸⁶. Una scrittura fatta senza tale *iussus* sarebbe nulla. Anche se Cicerone parla in modo non precisamente tecnico, il senso di quanto esprime è chiaro: un'*expensilatio* priva di *iussus* sarebbe *'falsum perscribere nomen'*⁸⁷, "iscrivere nel registro un negozio (un *nomen transscripticum*) falso", ovvero *'scribere quod non debeat'*⁸⁸, "scrivere quel che non è dovuto", cioè far apparire dovuto quel che non è dovuto: ma si tenga presente che la somma scritta nel *nomen* sarebbe dovuta per effetto della scrittura, e quindi il senso della frase viene a comprendere l'idea di "effettuare una scrittura atta a creare un debito (altrui) ma che in effetti (mancando il *iussus*) non lo ha creato".

Un secondo punto suscita invece alquanto problemi. Si tratta di definire un elemento della forma dell'*acceptilatio*, e precisamente se la scrittura, nella quale il negozio si concretava, dovesse necessariamente – per la validità, anzi l'esistenza stessa del negozio – essere redatta nel *codex accepti et expensi* del creditore o no.

Il problema scaturisce dallo stato delle fonti: e per questo dobbiamo considerarle nel loro complesso, il che implica anche di usare insieme i testi di Cicerone e quelli di Gaio, che

fra i *Mucii*) e, sui testi più rilevanti (Cic., *Brut.* 89, 306; Cic., *de am.* 1, 1), ID., *Qualche considerazione sull'ambiente della giurisprudenza romana al tempo delle due scuole*, in *Cunabula iuris. Studi Broggin* (Milano 2002) 74 s. (dove v. la nt. 67).

⁸⁴ Vedi CANNATA, *Per una storia cit.*, 298 ss.

⁸⁵ Cic., *top.* 18, 51.

⁸⁶ Cic., *p. Roscio com.* 1. 2: ... *Scriptisset ille, si non iussu huius expensum tulisset?*...

⁸⁷ Cic., *p. Roscio com.* 1, 1.

⁸⁸ Cic., *p. Roscio com.* 1, 2.

cronologicamente sono separati da quasi due secoli e mezzo. Terremo naturalmente conto anche di ciò, ma la convinzione che l'*expensum ferre* di Cicerone e di Gaio si riferissero alla stessa istituzione giuridica e che questa si presenti in modi del tutto simili presso i due autori mi pare una conclusione inevitabile per un lettore attento⁸⁹.

Ora, dall'orazione ciceroniana che abbiamo esaminato abbiamo appreso che il retore P. Saturio, il quale certo non era l'ultimo degli sprovveduti, fu avvocato di Fannio Cherea nell'azione che questi intentò contro Roscio: si trattava di una *petitio certae pecuniae* fondata su di un'*expensilatio*, e in essa l'avvocato dichiarò come cosa del tutto naturale che il negozio in questione non era stato registrato nel *codex accepti et expensi* di Cherea, ma risultava dai suoi *adversaria*⁹⁰. Ma v'è di più, ed è nel modo in cui Cicerone reagì a tale affermazione del suo avversario. Come si ricorderà, nel processo, in un primo tempo, Cicerone era convinto che la controparte avrebbe prodotto il *codex accepti et expensi* di Cherea con l'*expensilatio* in questione⁹¹; ed a ciò egli aveva semplicemente opposto che tale produzione non sarebbe stata sufficiente a provare l'esistenza del credito, perché la scrittura dell'*expensilatio* non provava che essa avesse avuto luogo con l'accordo di Roscio; ed un indizio – che Cicerone tenta di elevare al grado di prova – nel senso che non aveva avuto luogo il *iussus*, nel quale tale consenso di Roscio si sarebbe dovuto concretare, si sarebbe dovuto riconoscere nel fatto che il *codex* di Roscio non conteneva la scrittura passiva corrispondente all'*expensilatio* di Cherea. Ebbene, quando poi Saturio gli dice che il *codex* di Cherea non verrà prodotto, ma che non se ne rallegrerà, perché saranno prodotti gli *adversaria* dove la scrittura è ben chiara⁹², Cicerone non si sogna neppure di controbattere che un *nomen transscripticium* è valido solo se scritto nel *codex accepti et expensi* e quindi la produzione degli *adversaria* non gioverebbe affatto; egli si limita invece a impegnare tutta la sua capacità retorica per convincere il giudice che provare un'*expensilatio* con gli *adversaria* e non con il *codex* è un comportamento “pazzesco”, e che il giudice Pisone non si sarebbe mai sognato di andare a pretendere in giudizio del denaro basandosi solo sugli *adversaria*⁹³, perché le scritture vi sono disordinate e piene di correzioni e cancellature e quindi non fededegne e via dicendo⁹⁴. Si potrebbe dire che quest'impostazione della difesa di Cicerone possa essere messa in relazione con la sua propensione a tradurre tutto in problemi di prova, e dunque semplicemente che il problema di validità del negozio Cicerone non lo vedesse e neppure lo percepisse chiaramente: ma non è così, perché egli, in sede di conclusione, la sua tesi rela-

⁸⁹ La tesi contraria – che cioè tra i *nomina* di cui parla Cicerone e quelli di cui parla Gaio non vi fosse rapporto – è stata sostenuta in passato soprattutto dallo HECK, *Der altrömische Litteralkontrakt*, in *Archiv f. civilistische Praxis* 116 (1918) 128 ss. Vedi la critica dell'ARANGIO-RUIZ, *Le tavolette* cit., in *Studi Redenti* I, 118 (le adesioni alla tesi dello Heck vi sono indicate alla nt. 10).

⁹⁰ Cic., *p. Roscio com.* 2, 5 cit.

⁹¹ Al momento di questa convinzione corrisponde *p. Roscio com.* 1, 1-2 fino a *falsum perscripsit*.

⁹² Ciò avviene con chiarezza in *p. Roscio com.* 2, 5: ma già prima (da 1, 2 a partire da *Sed ego copia* e fino a tutto il § 4) Cicerone parla essendo convinto che nei registri di Cherea l'*expensilatio* non era presente, perché lo sfida a produrli, dicendo che, se la scrittura vi compare, egli e Roscio saranno d'accordo che la sentenza sia pronunciata in senso a lui favorevole, senza bisogno che provi altro ('*Si tabulas C. Fannius accepti et expensi profert suas in suam rem suo arbitratu scriptas, quo minus secundum illum iudicetis non recuso.*': la frase è alla fine del § 2); il che significa, in sostanza, che se la scrittura vi compariva essi avrebbero rinunciato a pretendere che Cherea provasse il consenso di Roscio.

⁹³ Cic., *p. Roscio com.* 3, 7.

⁹⁴ Gli argomenti si susseguono in *p. Roscio com.* 2, 5-3, 9 (fino a *scriptum habebas?*).

tiva all'*expensilatio* la formula in termini di esistenza del negozio; a quanto pare, dunque, Cicerone non aveva potuto ragionare, partendo dall'inesistenza della scrittura nel *codex* di Cherea, se non in termini di prova, ma nelle conclusioni traduce queste sue elucubrazioni sulla prova in termini di validità dell'atto, sperando che i suoi argomenti sull'assenza di prova possano essere intesi come argomenti sull'inesistenza giuridica dell'atto. Le due proposizioni che conosciamo, '*expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat*' ("non dice di aver fatto un'*expensilatio*, perché non dà lettura delle *tabulae*", cioè del *codex accepti et expensi*) di *p. Roscio com.* 4, 13 e '*expensam latam non esse codices Fanni confirmant*' ("che non vi sia stata *expensilatio* lo confermano i *codices* di Fannio") di 5, 14 implicano chiaramente l'idea che, se non si prova che il negozio è stato scritto nel *codex*, non si prova che il negozio è stato concluso: dal che si dovrebbe desumere inevitabilmente che la forma *ad substantiam* – come diciamo noi – di un *nomon transscripticum* consiste nella scrittura effettuata nel *codex accepti et expensi* del creditore.

Se ora passiamo a Gaio, una rilettura del brano ch'egli dedicava alle *obligationes litteris contractae* – *Gai.* 3, 128-134: lo abbiamo esaminato sopra in due riprese – permette di constatare un dettaglio che, comunque lo si consideri, rimane abbastanza strano: non vi si fa mai parola del *codex accepti et expensi*⁹⁵ ed anzi non vi si dice affatto che le scritture in questione – che si tratti di *nomina transscripticia* o di *nomina arcaria* – debbano essere redatte su di un supporto particolare.

Da tutto ciò parrebbe potersi desumere una duplice conclusione di questo tipo: *i*) che già all'epoca di Cicerone per la validità di un *nomon transscripticum* fosse sufficiente la sua redazione negli *adversaria*, e punto necessaria la trascrizione nel *codex accepti et expensi*; *ii*) che ai tempi di Gaio i *codices accepti et expensi* «erano nell'uso degli affari ma un *nomon transscripticum* nasceva ogni volta che col consenso del debitore il creditore scrivesse, su qualsiasi papiro o tavoletta, le frasi necessarie a costituirlo»⁹⁶. A me pare che la conclusione *i*) debba essere accettata⁹⁷, ma ritengo insostenibile la conclusione *ii*). Sintetizzo qui di seguito le ragioni che credo debbano indurre a pensare così.

I *nomina* hanno forma di scritture contabili, ed in particolare i *nomina transscripticia* presentano un testo che fuori da un documento contabile non sarebbe coerente. Si tenga presente che il negozio è inteso realizzare un *expensum ferre*⁹⁸ e che, nella triade '*pecunia data, expensa lata, stipulata*', che rappresenta un enunciato tecnico, la *pecunia expensa lata* si contrappone non solo a quella *stipulata*, ma anche a quella *data*; si tratta dunque di denaro che non solo non è stato promesso oralmente, ma non è neppure stato speso (*expensum*) dandolo all'altra parte: la *pecunia* è stata '*expensa lata*', vale a dire "portata (= registrata) come spesa (a favore dell'altro)", ma ciò significa precisamente "registrata fra gli *expensa* nel registro contabile". Ora, questo significato la scrittura lo può assumere solo nel contesto di una contabilità: qui essa dice il vero esprimendolo in termini contabili, e l'intervento dei giuristi – cioè dell'ordinamento giuridico – che le riconosce effetto obbligato-

⁹⁵ Lo notava anche il PFLÜGER, *Ciceros Rede pro Q. Roscio com. rechtlich beleuchtet und verwertet* (Leipzig 1904) 109 (vedi *infra*, nt. 97).

⁹⁶ La frase riportata è dell'ARANGIO-RUIZ, *Le tavolette* cit., 123. Anche la conclusione *i*) è proposta dall'autore a p. 122 s.

⁹⁷ Come già proponeva il PFLÜGER, *Ciceros Rede* cit., 103 ss. (dove del vecchio dibattito in proposito si trova un resoconto compiuto); cfr. ARANGIO-RUIZ, *Introduzione* cit., 288 s. con la nt. 11 (p. 306).

⁹⁸ Vedi ThLL V, 2 (s. v. *expendo*) col. 1643, 57 ss.; 1644, 66 ss.; 1645, 1-6.

rio, non fa che riconoscere l'effetto economico che quanto scritto contabilmente comporta: cioè «che quella certa somma di denaro, benché non sia stata data al Tizio nominato, ha ragione per essere registrata come spesa del titolare del conto a favore di tale Tizio»; e, siccome la scrittura è fatta allo scopo di creare in capo al nominato l'obbligazione di pagare la somma indicata al titolare del conto, l'intervento dei giuristi a riconoscere questa obbligazione comporta da parte loro una precisazione tecnica ed una regola: la precisazione è che l'obbligazione risulta così nata *litteris*, vale a dire dalla scrittura stessa; la regola è che per la formazione di tale obbligazione si esige che colui che ne risulta debitore abbia consentito alla scrittura⁹⁹. Invece, se scritta su di un supporto qualsiasi la *transscriptio* non potrebbe assumere il senso voluto se non con una forzatura o per via di finzione. A meno che, naturalmente, il supporto non fosse sempre un documento contabile, com'erano ancora gli *adversaria*. Come risulta chiaro dalla lettura di Gai. 3, 134, Gaio stesso riservava rigorosamente ai diritti stranieri (*quod genus obligationis proprium peregrinorum est*) il carattere obbligatorio delle singrafi e dei chirografi, cioè di atti nei quali “uno scrive di dovere o che darà”, e precisava “senza che a tale titolo sia stata fatta una *stipulatio*”: non considerando neppure, in quel luogo, i *nomina transscripticia*, perché in essi uno non scrive di dovere o che darà. Ora, che senso avrebbe avuto non ammettere per il diritto romano valore obbligatorio ai singrafi e chirografi, che consistevano in dichiarazioni scritte chiaramente espressive di un impegno obbligatorio, per riconoscerlo invece a scritture concepite nella forma – contorta se non scritta in un registro contabile – di un *nomen transscripticium* e che per giunta non consistevano in una dichiarazione del debitore ma del creditore, scritte isolatamente su qualunque pezzo di carta? Ancora Giustiniano, nelle Istituzioni, racconta per le obbligazioni *litteris* una storia diversa: leggiamo il testo che le riguarda, e che già avevamo incominciato a leggere all'inizio:

I. 3, 21: *Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur: quae nomina hodie non sunt in usu. plane si quis debere se scripserit, quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim saepissime constitutum est. sic fit, ut et hodie, dum quaeri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.*

Traduco cercando di chiarire il passo, scritto in modo un po' faticoso: “Un tempo l'obbligazione si formava con una scrittura, e si diceva che essa si formava mediante *nomina*: i quali *nomina* oggi non sono più in uso. Certo però, se uno abbia scritto di dovere quel (= una somma di denaro che aveva preso a mutuo, ma) che non gli è stato versato, trascorso un certo tempo alquanto lungo non può più opporre l'eccezione relativa al de-

⁹⁹ Oltre ai testi citati della *p. Roscio com.* si vedano anche Val. Max. 8, 2, 2 (*C. Visellius Varro ... trecenta milia nummum ab Otacilia ... expensa sibi ferri passus est ...*) e Bell. Alex. (*incerti auctoris*; ed. du Pontet, Oxford) 49, 2 (*Pecuniae locupletibus imperabantur, quas Longinus sibi expensas ferri non tantum patiebatur sed etiam cogebat*) dove con *pati expensam sibi pecuniam fieri* si allude sempre al *iustus* del debitore.

naro non versato (cioè: *l'exceptio non numeratae pecuniae*); ciò è stato più volte stabilito da costituzioni imperiali. Così avviene che anche oggi, nel periodo di tempo nel quale non può più valersi dell'eccezione, egli è obbligato in forza della scrittura. E da questa nasce la *condictio*, s'intende, se non vi sia stata *stipulatio*. Il lungo tempo (di prescrizione) di quest'eccezione durava una volta, per disposto di costituzioni imperiali¹⁰⁰, fino ad un quinquennio: ma, affinché i creditori non possano magari esser defraudati troppo a lungo del loro denaro, il tempo è stato abbreviato da una nostra costituzione¹⁰¹, in modo che la menzionata¹⁰² eccezione non si protragga oltre il limite di un biennio". In questo testo i redattori delle Istituzioni imperiali – che erano fra i personaggi più rilevanti di tutta la compilazione giustiniana – dimostrano, con l'incontrollato altalenare dai problemi di sostanza a quelli di prova, la loro insipienza dommatica; ma a noi ora basta constatare che neppure nel diritto giustiniano essi attribuiscono un valore di fonte d'obbligazione al chirografo in se stesso, né il loro discorso allude minimamente ad un qualsivoglia nesso storico fra i *nomina* dell'epoca classica e il valore nuovo – vero o preteso che sia – che il documento scritto avrebbe ad un certo punto assunto in ordine alla creazione d'obbligazioni.

Possiamo dunque riassumere quanto siamo stati in grado di stabilire in ordine alle obbligazioni che si formano *litteris*, tenendo presente che quanto diremo trova una base sufficiente nelle fonti per l'epoca che va da quella di Cicerone a quella di Gaio, e cioè, approssimativamente, dal I secolo a.C. al II d.C.

Le sole scritture creative d'obbligazione che il diritto romano ammetteva erano i *nomina transscripticia*. Questi *nomina* avevano effetto novatorio, in ragione dell'impiego di due forme possibili: si aveva una novazione oggettiva con la *transscriptio a re in personam* e una novazione soggettiva con la *transscriptio a persona in personam*. Le scritture, che ne realizzavano la forma e che rappresentavano il fatto costitutivo dell'effetto obbligatorio, erano scritture contabili, e dunque dovevano essere effettuate nel contesto di un documento contabile, cioè nel *codex accepti et expensi* del soggetto che ne sarebbe risultato creditore, o anche nei *suoi adversaria*, che di quel *codex* rappresentavano la minuta.

Perché l'effetto obbligatorio del *nomen* si verificasse, era necessario il consenso del soggetto che ne risultava debitore all'effettuazione della scrittura. Tale consenso non rivestiva esigenze di forma, e quindi era normalmente dato mediante *iussus* del debitore al creditore.

La prova del *iussus* – il problema si poneva evidentemente soprattutto nel processo che il creditore intentasse contro il debitore inadempiente – poteva essere fornita in vario modo. Dall'orazione *p. Roscio com.* risulta ad esempio che una buona prova sarebbe stata fornita dalla presenza, nel *codex accepti et expensi* del convenuto (preteso debitore) della scrit-

¹⁰⁰ Vedi la cost. del 194, proveniente dal *Codex Hermogenianus*, riportata in Brev. C. Herm. 1, 1, con la sua int.

¹⁰¹ C. 4, 30, 14 a. 528.

¹⁰² Per vero *huiusmodi exceptio* significherebbe "l'eccezione cosiffatta".

tura passiva corrispondente a quella attiva fornita dall’attore¹⁰³. Ma dalle tavolette ercolanesi che abbiamo già menzionate risulta sicura una prassi secondo la quale – e deve pensarsi che ciò normalmente avvenisse nel contesto dell’affare in rapporto col quale la registrazione aveva luogo – il creditore si muniva di una dichiarazione scritta del debitore, dalla quale risultava il consenso di costui al *nomen*. Le tavolette pubblicate si riducono al solo *index* che costituiva la *scriptura exterior*, effettuata ad inchiostro, dei documenti lignei; il testo delle parti cerate, che costituiva il documento vero e proprio, è irrimediabilmente perduto, ma, grazie all’*index*, possiamo saper di che cosa si trattasse. Tale *index*, che doveva presentar sempre analogo tenore, può essere ricostruito bene sulla base di due tavolette¹⁰⁴, e si presenta secondo il modello seguente¹⁰⁵:

Chir(ographum) L Comini Primi HS ...
ex nomine facto
Actum Neapoli pr(idie) idus Iulias
P. Manlio Torquato Saturnino
T. Petronio Nigro co(n)s(ulibus).

Abbiamo dunque la data nelle ultime tre righe, l’indicazione in sesterzi della somma dovuta scritta in modo autonomo sulla parte superiore destra della tavoletta e l’indicazione della natura del documento, il quale era poi scritto in una successiva parte cerata: “Chirografo di L. Comino Primo, fatto da un *nomen*”. L’autore del chirografo – qui L. Comino Primo – era evidentemente, come già ho detto nelle note, il debitore.

Aggiungo, in chiusura, un’osservazione sulla posizione che Gaio dava ai *nomina transscripticia* nella sua sistematica istituzionale.

Come sappiamo, Gaio pone le obbligazioni *litteris contractae* fra le obbligazioni da contratto, e quindi i *nomina transscripticia* fra le figure che egli considera con-

¹⁰³ Cic., *p. Roscio com.* 1, 1 (da *quod si ille suas ...*)-2. Il COSTA, *Cicerone* cit., 164-166 tende a costruire l’annotazione corrispondente nel *codex* del debitore come elemento essenziale – almeno per l’epoca di Cicerone – per l’efficacia obbligatoria della scrittura: elemento che potrebbe essere solo sostituito «da altri segni ed indizi ch’esso abbia lasciato nei registri di terzi». Ciò non deve comunque essere inteso nel senso che l’iscrizione reciproca nel *codex* del debitore sarebbe elemento della forma dell’atto. Dalle fonti appare del tutto chiaro che forma del *nomen transscripticium* è unicamente la scrittura nel registro del creditore, e quindi gli altri indizi scritti non possono valere se non come prova del consenso del debitore.

¹⁰⁴ Quelle dei documenti III e X: vedi ARANGIO-RUIZ, *Le tavolette ercolanesi* cit., 116. I testi sono stati pubblicati prima da G. PUGLIESE CARRATELLI in *La parola del passato* 1 (1946) 379 ss., e poi, dopo ulteriore revisione; dall’ARANGIO-RUIZ, in *BIDR.* 53-54 (1948) 393 ss. L’esempio modello che ricostruisco è basato sul documento III, dove la data è precisa, ma la coppia consolare eponima ci è ignota.

¹⁰⁵ L’*index* è scritto nella pagina 1; nella pagina 4, pure non cerata e che rappresentava l’altra pagina *exterior* del trittico, erano apposti i sigilli con i relativi nomi: il primo e l’ultimo quelli dell’autore del documento (qui L. Comino Primo) e cioè del debitore, il secondo quello di un testimone. Cfr. ARANGIO-RUIZ, in *BIDR.* 53-54 cit., 394, dove (presso e con la nt. 2) l’autore avverte che alla p. 4 del documento “a fronte dei sigilli perduti, sta due volte il nome di L. Comino Primo, debitore e autore del chirografo, e a mezzo quello di un teste, M. Valerio Me[—]”.

tratti. Nella sua sistemazione il *nomen transscripticium* rappresenta evidentemente una figura parallela a quella della *stipulatio*; entrambe implicano l'accordo delle parti ed entrambe esigono una forma, solo che questa forma è orale per la *stipulatio* e scritta per il *nomen*. Che sia questa l'idea di Gaio emerge chiaro da Gai. 3, 136, dove descrive i contratti consensuali come quelli che creano obbligazione col solo consenso, "perché non vi è richiesta alcuna forma orale o scritta" (*quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur*): il riferimento a *stipulatio* e *nomen* come ai due tipi del contratto formale, ed in ciò analoghi essi stessi tra loro, è dunque espresso. Siamo sempre, è vero, nella linea del pensiero di Pedio, come riportato in Ulp. D. 2, 14, 1, 3, almeno secondo l'integrazione – per altro ovvia – del testo, che in genere vi si fa riconoscendovi un'interpolazione operata mediante soppressione¹⁰⁶. Non possiamo, però, astenerci dal notare che, impiegando quella prospettiva, Gaio viene ad inserirvi un aspetto in più. Individuandolo qui di seguito sarò anche costretto ad esprimere una critica.

Se la forma orale della *stipulatio* esprime direttamente l'accordo delle parti circa la creazione dell'obbligazione di cui si tratta, la forma del *nomen transscripticium* ha tutt'altro tenore ed un senso diverso. Essa consiste in una scrittura contabile e non solo non fa cenno alcuno alla creazione di un'obbligazione, ma dell'obbligazione che crea non parla affatto; del resto, tale scrittura è inidonea ad esprimere il consenso delle parti, perché corrisponde ad una dichiarazione unilaterale del creditore, e neppure recettizia. Il consenso delle parti al *nomen transscripticium* non viene dunque espresso in modo formale: esso viene espresso al di fuori della forma e senza esigenze di forma. Con la conseguenza pratica che, se la prova della *stipulatio* risulta poi normalmente sufficiente a provare che il negozio stipulatorio è avvenuto, la prova del fatto che la scrittura di un *nomen* ha avuto luogo non è mai di per se sufficiente a provare che il negozio obbligatorio ha avuto luogo. Se, dunque, per contratto formale si deve intendere un contratto in cui il consenso delle parti deve rivestire una certa forma, il *nomen transscripticium* non è un contratto formale. Ciò a cui si allude con la denominazione – *nomen transscripticium* o, se si vuole, *expensilatio* – è la registrazione in se stessa, e questa è bensì un atto formale, ma tale atto non esaurisce la fattispecie negoziale obbligatoria: ne è solo un elemento, perché la fattispecie comprende anche il consenso delle parti, e questo si realizza mediante il *iussus* del debitore, che è una sua dichiarazione (informale) recettizia, la quale funziona da offerta contrattuale, e viene accettata dal creditore mediante il suo comportamento concludente che consiste nella redazione (formale) della scrittura.

¹⁰⁶ Cioè: ... *ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis <, sive litteris> fiat*: ... Cfr. *supra*, nt. 5.

Finito di stampare nel mese di luglio 2012
nella Stampatre s.r.l. di Torino - via Bologna, 220

€ 70,00

