



CENTRO DI ECCELLENZA IN DIRITTO EUROPEO  
"GIOVANNI PUGLIESE"

CARLO AUGUSTO CANNATA

# SCRITTI SCELTI DI DIRITTO ROMANO

*Volume III*

*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 III*

*a cura di*

LETIZIA VACCA



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2014 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

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

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-8919-0

*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](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

# INDICE

*pag.*

## VOLUME III

### TRE STUDI SUL CONTRATTO E I CONTRATTI INNOMINATI NEL DIRITTO ROMANO

LA NOZIONE DI CONTRATTO NELLA GIURISPRUDENZA ROMANA DELL'EPOCA CLASSICA	3
L' <i>ACTIO IN FACTUM CIVILIS</i>	23
LABEONE, ARISTONE E IL SINALLAGMA	57
ALCUNI CONTRIBUTI AI CONVEGNI DELL'ARISTEC	
SCIENZA GIURIDICA E PRASSI	117
INTRODUZIONE GENERALE	133
IL DANNO RISARCIBILE NEL DIRITTO ROMANO	145
ALTRI SCRITTI IN ORDINE CRONOLOGICO	
FINZIONI	177
<i>BONA FIDES</i> E STRUTTURE PROCESSUALI	181
GIOVANNI NICOSIA: INSEGNAMENTO E RICERCA	193
TUSCIANUS	213

	<i>pag.</i>
SULLE FONTI DELLE OBBLIGAZIONI	221
LA POSIZIONE DELLA <i>LEX</i> NELLA SISTEMATICA DELLE FONTI ROMANE	261
SU ALCUNI PROBLEMI IN MATERIA DI AZIONI NOSSALI	283
 <b>SCRITTI IN MEMORIA DI GIOVANNI PUGLIESE MARIO TALAMANCA E ALDO CENDERELLI</b>  	
GIOVANNI PUGLIESE (Torino, 11 novembre 1914 - Milano, 28 marzo 1995)	325
PUGLIESE PRECURSORE	333
SUGLI STUDI DI MARIO TALAMANCA IN MATERIA DI OBBLIGAZIONI	351
INTRODUZIONE ALLA LETTURA	369
PRESENTAZIONE	371
 <b>UN INEDITO</b>  	
LA NOZIONE ROMANA DI <i>LOCATIO CONDUCTIO</i>	377

TRE STUDI SUL CONTRATTO  
E I CONTRATTI INNOMINATI  
NEL DIRITTO ROMANO



## LA NOZIONE DI CONTRATTO NELLA GIURISPRUDENZA ROMANA DELL'EPOCA CLASSICA \*

### I

Negli ultimi decenni la tematica del contratto romano ha richiamato l'attenzione degli studiosi<sup>1</sup> – anziani e vecchi<sup>2</sup>, ma anche, e con contributi non secondari,

---

\* Pubblicato in P. PICHONNAZ (ed.), *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain en l'honneur de F. Wubbe*, Genève 2009.

<sup>1</sup> Senza dimenticare i libri di WUNNER, *Contractus*, Köln-Graz 1964 e BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensalkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965, SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli 1971, mi sembra si possa considerare come punto di partenza di questa che qualifico “nuova letteratura” il volume del SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983 (pubblicato negli *Annali Palermo* dello stesso anno); ma insieme va considerata la voce *Contratto e patto nel diritto romano*, redatta dal TALAMANCA per il *Digesto. Quarta edizione. Discipline civilistiche, sezione civile IV*, Torino 1989, 58 ss. Sul tema si sono avuti anche diversi congressi, ad esempio (menziono gli atti pubblicati): *Contractus e pactum* (Copanello 1988), Napoli 1990 (a cura di F. Milazzo); *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea* (Convegno di diritto romano, Siena 1989), Napoli 1991 (a cura di N. Bellocchi); *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Congresso ARISTEC, Palermo 1995), Torino 1997 (a cura di L. Vacca). Il BURDESE, autore anche di rilevanti contributi personali (fra i quali è opportuno ricordare qui: *Recenti prospettive in tema di contratti*, in *Labeo* 38[1992], 200 ss.), ha di recente ripubblicato in un volume (*Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana a cura di A. Burdese*, Padova 2006) una scelta di articoli in lingua italiana, di diversi autori che alla suddetta “nuova letteratura” hanno contribuito [li cito aggiungendo l'anno della pubblicazione originale: PUGLIESE, *Lezione introduttiva sul contratto nel diritto romano*, 1988; TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, 1989 già cit.; BURDESE, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, 2004; BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, 1988; GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, 1988; GALLO, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, 1997; CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, 1997; SANTORO, *La causa delle convenzioni atipiche*, 1997; DALLA MASSARA, *Sul responsum di Aristone in D. 2,14,7,2 (Ulp. 4 ad ed.): l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, inedito; GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, allora inedito, ma ora vedi *infra* n. 2]; quando in seguito citerò uno dei lavori inseriti in questa raccolta, lo indicherò (tranne l'ultimo) come “cit. in *Dottrine*” con la pagina della raccolta stessa. Una bibliografia generale assai ricca si trova in appendice alla cit. voce *Contratto e patto* del TALAMANCA (anche in *Dottrine* cit., 74 ss.); vedi pure CANNATA, in *Dottrine* cit., 218 (nt. 34) ss.

<sup>2</sup> In particolare: MAC CORMACK, *Contractual Theory and the Innominate Contracts*, in *SDHI* 51(1985), 131 ss.; MELILLO, *Il negozio bilaterale romano. Contrahere e pacisci tra il primo e il terzo secolo*<sup>2</sup>, Napoli 1986; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto I*, Torino 1992 (sul quale vedi la recensione che, con il titolo *Labeone e il contratto*, ho pubblicato in *Panorami* 5[1993], 109 ss.); MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli 1994;

giovani e giovanissimi<sup>3</sup> – con particolare intensità e frequenza. Non intendo certo, in questa sede, dare giudizi sull'insieme di questa nuova letteratura, alla quale ho contribuito io stesso<sup>4</sup>, e mi limito dunque a formulare l'impressione generale che ne ricavo oggi, e che consiste nella convinzione che nel suo complesso essa rappresenti uno sforzo di comprensione approfondito ed articolato di una tematica che rimane tuttavia irta di difficoltà per il ricercatore che l'affronta, sicché lo sforzo resta ancora tale, anche se si è certo ampliato il patrimonio esegetico e concettuale a disposizione di chi vi s'impegna. Anche col contributo presente, che riguarda un solo punto, non penso se non di continuare in quello sforzo.

Quello che precisamente intendo presentare è un profilo dell'idea del contratto che la giurisprudenza romana ha adottato nell'epoca che denominiamo classica. Il discorso dovrà naturalmente tenere conto dell'evoluzione storica, non soltanto di quel pensiero, ma anche dei riflessi pratici dei suoi risultati. Ma lo scopo che io mi propongo riveste piuttosto un carattere dommatico: sicché chi mi ascolta non si dovrà meravigliare se i vari riferimenti ai giuristi o agli eventi non saranno, o non saranno sempre, ordinati secondo la loro successione cronologica.

## II

Da una serie di indizi, che ci offrono le fonti, mi sembra risulti chiaro che la figura del contratto era pensata dai giuristi come una particolare manifestazione del consenso, sicché per loro la dottrina del contratto si poneva nell'ambito della dottrina dell'accordo, cioè della manifestazione del consenso delle parti di un negozio<sup>5</sup>. Dell'accordo, nelle loro opere, i giuristi trattavano con riferimento all'*edictum de pactis*, e di conseguenza la sede per loro naturale del relativo discorso stava nei *libri ad edictum*, verso l'inizio di questi, dove si commentava appunto l'*edictum de pactis*. Questo, nell'editto del pretore urbano, occupava, secondo la precisa ricostruzione del Lenel, il quarto titolo, subito dopo i due titoli con le speciali clausole legate alla nozione di *iurisdictio* (speciali nel senso che la materia era, nel suo insieme, regolata da leggi)<sup>6</sup> e quello con le clausole *de edendo*. Questa collocazione

---

GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto* II, Torino 1995; GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Studi Nicosia* IV, Milano 2007, 15 ss.

<sup>3</sup> In particolare: BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*, Milano 2002; CASCIONE, *Consensus*, Napoli 2003; DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, Padova 2004.

<sup>4</sup> Oltre al già ricordato *Contratto e causa*, in *Dottrine* cit., 187 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.

<sup>5</sup> Cfr. l'impostazione del recente libro, già cit., del CASCIONE, *Consensus*.

<sup>6</sup> LENEL, *Das edictum perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig 1927 (d'ora in poi citato EP<sup>3</sup>), 31.

dell'*edictum de pactis* è spiegata dal Lenel<sup>7</sup> nei termini seguenti: “Auf diesen [cioè, alle clausole *de edendo*<sup>8</sup>] folgt, anscheinend als selbständiger Titel, das Edikt *de pactis*, offenbar gedacht unter dem Gesichtspunkt des Vergleichs, der den Prozeß überflüssig macht”<sup>9</sup>.

Devo subito avvertire di una cosa. Come si comprende da quanto ho detto or ora, io credo si debba attribuire una certa importanza per la costruzione dommatica della nozione romana di contratto alle riflessioni che i giuristi classici hanno fatto sull'*edictum de pactis*, ma non intendo con ciò certamente seguire – in alcun modo – la vecchia tesi del Magdelain<sup>10</sup>, alla quale, specie dopo la decisiva recensione che a quel volume del 1958 fece seguire Mario Talamanca<sup>11</sup>, pochissimi credono più<sup>12</sup>. Voglio precisamente dire che la trattazione del consenso in generale fu, per i giuristi romani dell'epoca classica, costruita bensì valendosi della nozione di patto, e tese anche, nella letteratura giuridica, ad essere collocata in relazione con la ben più antica clausola edittale *de pactis*, ma ciò deve essere considerato come un fenomeno della dommatica dei giuristi classici, e non venire interpretato come l'indice di una vicenda storica: non si può affatto pensare che l'*edictum* pretorio *de pactis* debba essere posto in relazione con la genesi dei contratti consensuali e delle relative azioni contrattuali, e credo anzi si deva ritenere con certezza che l'inserzione nell'editto pretorio della clausola *de pactis* sia successiva all'inizio della vicenda della costruzione dei contratti consensuali<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> LENEL, EP<sup>3</sup>, 31 s.

<sup>8</sup> Che riguardavano l'*editio actionis* e l'*editio instrumentorum*: La clausola sull'obbligo dell'argentario di *edere rationes* ne rappresentava una pura aggiunta: LENEL, EP<sup>3</sup>, 31.

<sup>9</sup> LENEL, EP<sup>3</sup>, 31 s. Il Lenel, alla n. 3, per un'analogia posizione della transazione nel contesto della sistemazione della materia, cita il Blakestone, ma non fornisce dati e non mi riesce di individuare il luogo preciso nell'opera del padre della moderna letteratura giuridica inglese. Un accenno alla transazione che evita il giudizio era già presente in BRACTON, vol. 2, p. 282 lin. 022 ss. (nella Thorne Edition, che leggo in *Bracton Online - Latin*): *nisi forte ita sit quod ille de quo queritur se gratis posuerit in voluntatem et gratiam conquerentis. Et quo casu aestimatio et taxatio erit in voluntate conquerentis, et aufertur iudici officium et potestas taxandi*. A parte ciò, vedi in proposito l'interpretazione che la BISCOTTI, *Dal pacere* cit., 53 (verso la metà, a partire da “ciò che risulta evidente”) ss., dà delle norme di tab. 1,6-7.

<sup>10</sup> MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris 1958.

<sup>11</sup> TALAMANCA, *La storia dell'edictum de pactis*, in *Labeo*, 6(1960), 268 ss.

<sup>12</sup> Fra gli autori recenti, vi credeva il compianto DIOSDI, *Pacta nuda servabo?*, in *BIDR* 74(1971), 89 ss., e vi credono ora il GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino 1992, 38 ss. con la n. 40 a p. 39 e, in part., p. 56 ss., e il VEGH, *Meditatio de edicto de pactis*, in *Ars boni et aequi (FS Waldstein)*, Stuttgart 1993, 345 ss. Sotto altra forma, più attenuata, la visuale del Magdelain risuscita nel libro della BISCOTTI, *Dal pacere* cit., in part. 419 ss. Ma già vedi BURDESE, *Sul concetto*, in *Dottrine* cit., 134.

<sup>13</sup> Che l'*edictum de pactis* fosse già noto a Cicerone si desume da Cic., de off. 3,24,92. Certo il testo edittale non era allora quello che si legge in Ulp. D. 2,14,7.7 (*Praetor ait: Pacta conventa, quae neque dolo malo neque adversus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo.*). È anzitutto ovvio che non poteva comparirvi l'allusione a

Con le premesse fatte, cerchiamo ora di vedere in che modo il discorso, che i giuristi facevano in relazione all'*edictum de pactis*, possa risultare rilevante come premessa per la dottrina romana del contratto. Dico subito che i testi che qui vengono in particolare considerazione provengono, in modo diretto o indiretto, da La-beone, Pedio, Paolo e Ulpiano, e solo in relazione ai risultati, che l'esame del pensiero di questi autori ci fornisce, dovremo valutare quanto scriveva, nelle sue Istituzioni, Gaio.

Va ancora notato che, almeno nell'editto giuliano, la rubrica della clausola edittale doveva suonare '*de pactis et conventionibus*'<sup>14</sup>. Quest'idea è stata sostenuta, se pur brevemente e in una nota, ma con decisione, dal Lenel<sup>15</sup>. Egli sottolineava come, in effetti, nel commento all'*edictum de pactis* che faceva Ulpiano nel IV dei suoi *libri ad edictum* i termini presi in specifica considerazione siano due –

---

*edicta e decreta principum*. Inoltre, dal passo ciceroniano citato parrebbe doversi trarre che alla menzione del dolo fosse allora premessa quella della *vis* ('*Pacta conventa, quae nec vi nec dolo malo ...*') e che questa sia stata in seguito ritenuta superflua (sulla inserzione e soppressione del richiamo alla *vis* nell'editto, vedi le elucubrazioni che fa la BISCOTTI, *Dal pacere* cit., 472 ss., partendo da quelle dell'Archi (ivi citato a p. 472). Ma nulla ci assicura che l'editto *de pactis* fosse molto più antico del tempo di Cicerone (il quale, come si sa, nacque nel 106 a.C.). Un cosa può dirsi con sufficiente certezza: che l'introduzione dell'*edictum de pactis* precedette quella dei rimedi pretori contro il dolo, che ebbe luogo in vita di Cicerone per opera di Aquilio Gallo intorno all'80 a.C. (come Cicerone stesso ricordava in de off. 3,14,60: vedi CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano* II, I, Torino 2003, 21 ss. con le n. 17-21, dove è menzionato, alla n. 20, l'importante contributo del D'Ippolito). Se l'*edictum de pactis* fosse stato introdotto anch'esso in vita di Cicerone, difficilmente però questi vi avrebbe alluso come fece nel primo passo cit. del *de officiis* (3,24,92), senza rilevarne affatto la novità. Questa considerazione, d'altra parte, concorre a svalutare interamente l'argomento dal quale il Magdelain partiva per tutta la sua costruzione, e cioè quello di un'intrinseca contraddizione nella struttura stessa dell'editto *de pactis* in quanto, se questo avesse avuto alla sua origine la sola portata che aveva all'epoca classica, sarebbe stato come la montagna che partorisce il topolino, perché si tratterebbe del solo caso nel quale l'editto pretorio presenti un *edictum* introdotto soltanto per prevedere un'eccezione (per affermare ciò il MAGDELAIN, p. 77 con n. 16; 78 con n. 15, si rifà a LENEL, EP<sup>3</sup>, 20 n. 1, ma ne interpreta il luogo in modo tendenzioso; vedi anche TALAMANCA, *La storia* cit., 282 ultimo cpv.), e per di più "alors qu'il parle des *pacta conventa* en général, il ne trouve d'autres application que l'*exceptio pacti conventi*". La cosa non potrebbe spiegarsi, secondo il Magdelain, se non pensando che, all'epoca della sua introduzione, l'*edictum de pactis* avesse una portata ben più vasta, e che questa si sia poi ridotta, a seguito di una complessa evoluzione, alla limitata funzione di fondare l'eccezione di patto. Ma tutto ciò non tiene conto dell'enorme importanza pratica che nel diritto romano rivestiva l'*exceptio pacti*, e questa importanza aumenta considerevolmente se si pensa che al tempo dell'introduzione dell'editto *de pactis* non esisteva ancora l'*exceptio doli*: per i casi nei quali i giuristi registreranno un concorso fra *exceptio doli* e *exceptio pacti* (come ad es. Ulp. D. 44,4,2,4), a quel tempo l'*exceptio pacti* costituiva il solo rimedio. La BISCOTTI, *Dal pacere* cit., 194 ss.; 454 ss., pensa che il testo edittale all'epoca di Cicerone recasse *pacta et promissa* (con riferimento alla *stipulatio*) sulla base di Cic., de off. 3,24,92 e 3,25,95. Sulla datazione precisa dell'*edictum de pactis* (per la quale l'autrice propone i primi decenni del I sec. a.C.: dopo la *Rhet. ad Her.* e prima dell'opera di Cicerone) vedi BISCOTTI, 463.

<sup>14</sup> Contro Lenel (vedi n. seg.) la BISCOTTI, *Dal pacere* cit., 452 ss., pensa a *de pactis conventis* (p. 466 ss.), almeno per la forma originaria.

<sup>15</sup> LENEL, EP<sup>3</sup>, 64 n. 6. Per l'insieme della letteratura vedi DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 64 con le n. 3-5.

*pactum e conventio*<sup>16</sup> –, che alla *conventio* si riferiscono anche tre testi di Paolo<sup>17</sup>, scritti nel commentario all'*edictum de pactis* che egli redasse nel III dei *libri ad edictum*, e che ancora nelle *Pauli sententiae* l'intitolazione di Paul.1,1 doveva essere *de pactis et conventionibus*, come prova Cons. 4,3 (malgrado l'aggiunta '*vel transactionibus*').

Anche prima dell'editto giuliano, per altro, Labeone, che doveva occuparsi dell'*edictum de pactis* nel primo libro del suo commentario all'editto del pretore urbano<sup>18</sup>, si riferiva alla *conventio* o almeno al *convenire*. Lo citava Paolo<sup>19</sup>:

D. 2,14,2 (Paul. 3 *ad edictum*): *Labeo ait convenire posse vel re*<sup>20</sup>; *vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse, sed et tacite convenire intellegitur: 1: et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit.*

In questo testo<sup>21</sup> si parla proprio del consenso in generale, per indicare come esso possa esprimersi, in modo anche giuridicamente rilevante, in maniera diversa da quella che evidentemente ne rappresenta il modo parametrico, il quale ovviamente consiste nelle dichiarazioni orali che formano il discorso a ciò appropriato. E appunto Paolo usava la citazione labeoniana per introdurre la sua trattazione casistica del consenso tacito o per fatti concludenti<sup>22</sup>.

Ma il testo più rilevante in questa materia è certo quello, assai noto, con il quale Ulpiano apriva il suo commentario all'editto *de pactis*, e che è dominato dalla famosa "elegante" considerazione di Pedio, giurista che oggi si tende – credo con ragione – a collocare nella seconda metà del primo secolo:

<sup>16</sup> Ulp. D. 2,14, fr. 1 § 1-4; fr. 5; fr. 7 pr.-§ 6.

<sup>17</sup> Paul. D. 2,14, fr. 2; fr. 4 e fr. 6.

<sup>18</sup> Questo risulta anche, si direbbe, da Ulp. D. 50,16,19, che leggeremo più avanti. Sulla collocazione del discorso di Labeone, citato (da Ulpiano) in questo testo, vedi, con lett., BURDESE, *Sul concetto*, in *Dottrine cit.*, 122 s.: GALLO, *Eredità*, ibidem, 143 ss. (*sub b*).

<sup>19</sup> Su D.2,14,2 vedi SANTORO, *Il contratto cit.*, 176 ss. Anche BISCOTTI, *Dal pacere cit.*, 436, con n. 33.

<sup>20</sup> Per il senso, qui, di *re* vedi Ulp. Lab. D. 47,10,1,1, e SANTORO, *Il contratto cit.*, 183 ss. Credo possa avere ragione SANTORO, 180, che integra (vedi già p. 176): *posse vel re vel <verbis>: vel per epistulam etc.* Certo ha ragione nella sostanza, ma la logica detterebbe piuttosto: *posse <verbis> vel re: [vel] per epistulam vel per nuntium etc.* Meglio ancora: *posse [vel re] verbis: vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse: sed tacite convenire intellegitur.* Vedi GALLO, *Eredità*, in *Dottrine cit.*, 145.

<sup>21</sup> Sul quale vedi BURDESE, *Sul concetto*, in *Dottrine cit.*, 124.

<sup>22</sup> A questa casistica si riferisce (frammista con altra analoga, come quella delle dichiarazioni che hanno effetto anche rispetto a persone diverse dai dichiaranti: ad esempio D. 2,14,27 pr. LENEL, n. 127 nella col. 972 di *Pal. I*, ultimo cpv.) la serie di testi raccolta in LENEL, *Pal. I Paul.* 120 ss. (col. 971 ss.).

D. 2,14,1 (Ulp. 4 *ad edictum*): *Huius edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae quam ea quae inter eos placuerunt servare?* 1: *Pactum autem a pacitione*<sup>23</sup> *dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est). 2: Et est pactum duorum pluriumve in idem placitum et consensus. 3: Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt [ id est in unam sententiam decurrunt]. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem sive re sive verbis <sive litteris>*<sup>24</sup> *fiat. nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est. 4: Sed conventionum pleraeque in alium nomen transeunt veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.*

Quel che dobbiamo soprattutto valutare, in questo testo, è l'affermazione di Pedio, che Ulpiano dice esser fatta *eleganter*, certamente non solo lodandone la forma, bensì soprattutto per sottolinearne la pregnanza dommatica<sup>25</sup>. E prima di prenderla in considerazione noi stessi, credo che due precisazioni si rivelino opportune.

La prima precisazione ha forse un'importanza secondaria, ma è spunto per una considerazione in sé rilevante. La dottrina romanistica ha talora, in passato almeno, manifestato l'idea secondo la quale la menzione della *stipulatio* alla fine del § 3, dove si dice che essa, benché la si concluda *verbis, nisi habeat consensum nulla est*<sup>26</sup>, appartenga ad Ulpiano e non fosse presente in Pedio. Sulla esattezza o meno di questa idea si può discutere all'infinito senza arrivare ad una conclusione sicura: ma quel che invece io intendo criticare è lo spirito stesso che, talora almeno, l'ha dettata. Perché deve essere ben chiaro che non solo all'epoca di Pedio, ma da sempre, voglio dire da quando la *stipulatio* fu introdotta come negozio obbligatorio nel diritto romano – e ciò avvenne, per la *sponsio*, prima delle dodici tavole – la *stipulatio* stessa fu considerata un atto fondato nel consenso delle parti, anzi una manifestazione dell'accordo in se stesso, e come tale fu regolata fin dall'inizio. Questa affermazione non deve essere considerata – come potrebbe – banale, in quanto, se la si volesse illustrare, la descrizione giungerebbe al punto più rilevante in relazione ad un connotato dell'atto che ne rappresenta una caratteristica non solo costan-

<sup>23</sup> Si deve intendere: "patto (*pactum*) si dice da *pacisci*". Ulpiano, cioè, usa il sostantivo *pactio* per indicare il verbo nella sua concreta effettuazione materiale: "si dice *pactum* perché esso corrisponde al fatto di patteggiare".

<sup>24</sup> LENEL, *Pal. II*, col. 431 n. 4: "sive litteris *ins.* Ulpianus enim litterarum obligationis hoc loco mentionem non facere non potuit".

<sup>25</sup> Su *eleganter* in questo testo (e insieme in Ulp. Arist. Cels. D. 2,14,7,2) vedi anche DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 101, nonché ID., *Sul responsum*, in *Dottrine* cit., 289 in fine e s. (il cpv. con la n. 28).

<sup>26</sup> Si ricordi, per un classico esempio pratico, Ven. D. 45,1,137,1 (Venuleio è del II sec., attivo fino ad Antonino Pio e i *divi fratres*). Anche alla *stipulatio* pare pensasse Pomponio in D. 44,7,57.

te, ma senza dubbio originaria. Infatti, oltre a quello dell'oralità dell'atto, il solo vero requisito formale della *stipulatio* consiste nell'esigenza che il dialogo stipulatorio s'inizi con la domanda dello *stipulator*, sicché l'effetto obbligatorio si produca solo con la risposta di un *promissor* perfettamente consapevole che rispondendo affermativamente si obbliga, e a quanto si obbliga. Che questa precisa esigenza di forma rappresentasse una garanzia dell'effettiva volontà di obbligarsi del *promissor* e quindi dell'autentico fondamento consensuale dell'obbligazione, è stato – per quanto ne so – ben chiarito per la prima volta soltanto dall'Alciato<sup>27</sup> (1492-1550):

... *in stipulatione enim lex actionem concedit, quia propter praecedentem interrogationem, non temere effutitam*<sup>28</sup> *responsionem arbitratur. ... in pacto contra ... quoniam, ut communiter traditum est, multi ea fiducia re non interveniente nudis verbis offerunt, quia credunt eum, cui offertur, non accepturum*<sup>29</sup>.

Ed il rigore di questa regola formale della *stipulatio* è bene illustrato in una scena plautina. Nel primo atto dello *Pseudolus*, l'astuto protagonista – che era uno schiavo, ma questa circostanza non interessa affatto il commediografo – vuole, in funzione di un suo maneggio, risultare obbligato a dare venti mine d'argento al giovane Calidoro, e pertanto vuole prometterglielo: ma per farlo è necessario che Calidoro glielo chieda; il dialogo è rappresentato così<sup>30</sup>:

*Pse. Roga me viginti minas,  
ut me effecturum tibi quod promisi scias.  
Roga. Obsecro, hercle; gestio promittere.  
Cal. Dabisne argenti mibi hodie viginti minas?  
Pse. Dabo; ...*

La seconda precisazione, anche se dovrebbe risultare dalla semplice lettura, è necessaria per la comprensione dell'enunciato di Pedio, riportato nel § 3 del passo, che è il luogo che particolarmente ci interessa. In quel paragrafo il termine *obligatio* è impiegato nel senso, non raro presso i giuristi, di atto obbligatorio<sup>31</sup>, e preci-

<sup>27</sup> ALCIATUS, *Comment. in Cod., Tit. de pactis*, num. 20-21; lo leggo in ALCIATI, *Operum tomus III*, Francoforti 1617, col. 103. Il testo è ricordato (citandolo, senza riportarlo, dall'edizione di Basilea 1582) già dal NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München 1985, 74.

<sup>28</sup> Il verbo elegante *effutio* significa "spandere all'esterno" e quindi (*ore effutire*) assume il senso del francese "débiter", e precisamente quello di "parlare inconsideratamente, chiacchierare".

<sup>29</sup> Qui l'Alciato citava Ulp. D. 21,1,19,3.

<sup>30</sup> Plaut., *Pseudolus*, 114 ss. La commedia andò in scena nel 191 a.C.

<sup>31</sup> Ha certo ragione il DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 104, a negare l'impiego di *obligatio* in questo senso in Ulp. D. 2,14,7,2 (il dubbio è stato posto per la prima menzione: *Celso respondit esse obligationem*).

samente di “atto consapevolmente effettuato con lo scopo di creare obbligazioni”<sup>32</sup>.

Sulla base di queste premesse possiamo comprendere esattamente quale fosse il pensiero di Pedio. Per altro, quel che ora vorrei sottolineare è una sola cosa. Pedio<sup>33</sup> sta parlando della vasta presenza dell'accordo delle parti (*conventio*) negli atti ad effetto obbligatorio, e parte dalla menzione del contratto, perché il contratto è per antonomasia un atto che si conclude *consensu*, cioè si tratta di un atto che consiste – né più né meno – in una *conventio*, e lo fa per dire che la *conventio* non è presente solo nel contratto, ma anche altrove: e cioè – egli intende dire – «non solo nel contratto, dove la presenza dell'accordo è ovvia, ma in tutti gli atti che si fanno col fine di creare obbligazioni». La frase va dunque tradotta così: “sicché Pedio, con eleganza, viene a dire che non soltanto non c'è contratto che non implichi un accordo, ma senza accordo non esiste alcun atto che si compia al fine di creare obbligazioni, sia che l'atto si realizzi *re*, sia che lo si realizzi *verbis* o *litteris*”. Con ciò Pedio viene dunque ad affermare anche che gli atti diretti a creare obbligazione, ma che la producono con i meccanismi obbligatori del *re obligari*, del *verbis obligari* e del *litteris obligari*, non sono *contractus*.

Ora, non si può non notare che questa stessa idea apparteneva già a Labeone. Come vedremo subito, la prospettiva di Labeone, nel testo di cui disponiamo in proposito, era un poco diversa, ma sul punto che ora ci interessa la concordanza fra i due giuristi era precisa. Il tramite del pensiero è sempre Ulpiano:

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

L'inizio di qualunque esegesi di questo testo parrebbe presentarsi in un modo scoraggiante. Il passo, questo è sicuro, presenta unicamente materiali di Labeone: l'intervento di Ulpiano è rappresentato solo dalle parole *Labeo libro primo ad edictum praetoris urbani definit quod*, che possono semplicemente consi-

<sup>32</sup> Vedi SANTORO, *Il contratto* cit., 14 (ivi lett. alla n. 16) ss., con Paul. D. 5,1,20.

<sup>33</sup> Da quanto scrivo di seguito appare chiaro che non condivido la diffusa idea che nella locuzione ‘*nullum esse contractum, nullam obligationem*’ le parole *contractum* e *obligationem* costituiscano un'endiadi, nel senso di “obbligazioni nascenti da contratto”. Vedi da ultimo DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 67. Vedi invece GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio* cit., 28 ss. Che *contractus* e *obligatio* abbiano un “valore endiadico” ha sostenuto in particolare il BURDESE, *Il contratto*, in *Dottrine* cit., 102 (contro KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* cit., 133; v. però gli altri autori menzionati dal BURDESE, luogo ult. cit., n. 32). Vedi ancora BURDESE, *Sul concetto*, in *Dottrine* cit., 114; GALLO, *Eredità*, in *Dottrine*, 152.

derarsi come una *inscriptio* di quanto segue. E quanto segue è una *divisio* labeoniana, munita dall'autore stesso dei chiarimenti opportuni. Ma di questa *divisio*<sup>34</sup> non viene indicato l'oggetto, e desumerlo da quanto si legge non è possibile con precisione. Descrivere le ipotesi probabili ci impegnerebbe in un discorso lungo, che risulterebbe, alla fin fine, inutile. Io credo, siccome quello che a noi interessa è vedere la posizione che Labeone dava al contratto nell'insieme dei comportamenti leciti rilevanti sul piano delle obbligazioni, io credo, dicevo, che sia meglio, ed anche comunque corretto, considerare la diairesi in questa dimensione.

La diairesi, così considerata, distingue tre genera: *actus*, *contractus*, *gestum*. Se solo il primo di questi tre membri è dall'autore qualificato come *verbum generale*, ciò dipende dal fatto che solo l'*actus* è, nella diairesi proposta, ulteriormente suddiviso in *species*. Già esprimendomi come ho fatto finora, lo devo ammettere, ho in qualche modo modificato il dettato, perché ho sostituito nell'indicazione dei membri dei sostantivi (*actus*, *contractus*, *gestum*) ai verbi (*agere*, *contrahere*, *gerere*) dai quali il discorso di Labeone partiva; ma il procedimento mi pare lecito, ed anche conforme all'insieme del discorso di Labeone stesso.

Procedendo per questa via, possiamo anzitutto alleggerire il campo isolando il *genus* del *gestum*<sup>35</sup>. V'è chi tende a trovarvi un'allusione ai *gesta per aes et libram*, ma ciò è francamente impossibile, perché nessun *gestum per aes et libram* può realizzarsi *sine verbis*<sup>36</sup>. La definizione di Labeone parrebbe semplicemente una definizione del "gesto", "le geste", come il Tommaseo definiva il vocabolo italiano: "Movimento della persona o di parte d'essa persona: il qual movimento ha o può avere una significazione": che è poi anche la definizione del sostantivo latino *gestus*. Ma non siamo di fronte al senso che la parola può avere nel testo che esaminiamo. Da Paul. Lab. 2,14,2 pr. – che già abbiamo letto – abbiamo appreso che un comportamento senza parole poteva realizzare un '*tacite convenire*', e quindi costituire una comune dichiarazione negoziale, riconducibile dunque all'*actus* o al *contractus*; ma evidentemente neppure questa struttura corrisponde al *gerere* di D. 50,16,19. Sembrerebbe dunque che qui Labeone pensasse al *gerere* giuridicamente rilevante di per sé, cioè *sine verbis* nel senso che la sua rilevanza prescinde da dichiarazioni, espresse o tacite che siano, di chi lo compie; il che conduce a pensare

<sup>34</sup> È certo che si tratta di una *divisio*. Il GALLO (*Synallagma* I, 100; 119; 127 ss.), in particolare (ma non da solo: v. anche BURDESE, *Sul concetto*, in *Dottrine* cit., 121, con altra lett. alle n. 122 e 13) ha sostenuto che si tratta di una *partitio*. Ma, nell'esprimere questa opinione, gli autori si basano su di una distinzione fra *divisio* e *partitio* che non è quella semplice e tecnica che in sede dialettica si deve considerare (si può vedere in proposito CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* I, Torino 1997, 222 n. 38; ma vedi sempre NÖRR, *Divisio und partitio*, Berlin 1972, in part. 20 ss.).

<sup>35</sup> Considera insitico nel testo tutto quel che riguarda il *gestum* il GALLO, *Eredità*, in *Dottrine*, 142 s.; *Synallagma* I, 103 ss.; ma non credo si possa seguire la sua argomentazione. Vedi quanto già scrivevo nella mia cit. recensione in *Panorami* 5 (1993), 131 ss.

<sup>36</sup> Cfr. SANTORO, *Il contratto*, 58 (i. f.) s., con richiamo ad Albanese.

al *gerere* come quello della gestione d'affari altrui o della tutela<sup>37</sup>. Leggiamo ad esempio questo testo, dove sul *gerere* Labeone insisteva, come attività produttiva degli effetti giuridici:

D. 3,5,9,1 (Ulp. 10 *ad edictum*): *Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. Et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiam si insula exusta est vel servus obiit, agit negotiorum gestorum: idque et Labeo probat.*

Comunque, quel che più ci interessa è la contrapposizione fra *actus* e *contractus*. Il fulcro della distinzione risiede qui nel modo in cui è concepita la nozione di contratto. Le due nozioni sono infatti espressamente contrapposte con l'*autem* che marca l'inizio della seconda: *contractus autem*; la nozione di *actus* infatti non è definita, ma con quella contrapposizione la successiva definizione di *contractus* serve con completezza a desumere anche la nozione dell'entità che precede. Il *contractus* è definito da Labeone come *ultra citroque*<sup>38</sup> *obligatio*. Anche qui il termine *obligatio* è usato nel suo senso di "atto effettuato allo scopo di creare obbligazioni"<sup>39</sup>; e quanto alla apposizione avverbiale *ultra citroque* la si deve intendere bene, perché è strettamente connessa col termine *obligatio* nel senso or ora visto. Essa, infatti, dà all'intera locuzione il senso di atto d'impegno reciproco. Si deve assolutamente, per intendere questo punto del testo, uscire dal dilemma entro il quale si è a lungo irretita la dottrina romanistica, discutendo se '*ultra citroque obligatio*' significasse "atto risultante da dichiarazioni di entrambe le parti"<sup>40</sup> ovvero "atto produttivo di obbligazioni di entrambe le parti", perché l'espressione che esaminiamo allude certo – come vorrebbe la prima tesi – ad un carattere della conclusione del contratto, ed anche – come vorrebbe la seconda tesi – considera, dell'atto, gli effetti, ma il suo senso non è né l'uno né l'altro di quelli in tal modo proposti. Labeone descriveva il contratto come un atto che le parti concludono con l'intento di impegnarsi entrambe per la realizzazione di un certo affare e si dichiarano dunque disposte ad assumersi ciascuna le obbligazioni funzionali a tale realizzazione, ma le obbligazioni che poi concretamente sorgeranno potranno riguardare entrambe le parti, ovvero una sola, ovvero ancora nasceranno per una dalla conclusione stessa del contratto

<sup>37</sup> Orientati in questo senso, col BURDESE stesso, gli autori da lui citati (Lenel, Albanese) in *Sul concetto*, in *Dottrine cit.*, 122 con le n.t 15 e 16 (e D. 4,2,9 pr. e § 3).

<sup>38</sup> Aggiungo ai testi letterari che si citano di solito a proposito della locuzione *ultra citroque* (vedi per tutti SANTORO, *Il contratto*, 229 n. 55), un bell'esempio dell'idea opposta: Ampix, che voleva trafiggere il petto del valoroso Linceo, alla vista della testa della Gorgone esibita da Perseo, tese la destra armata del gladio, ma questa, impietrita, s'arresta (Ov., *Met.* 5,185 s.): *inque petendo/dextera deriguit, nec citra mota nec ultra est*. "s'irrigidi e non si mosse più né avanti né indietro".

<sup>39</sup> Cfr. BURDESE, *Sul concetto*, in *Dottrine cit.*, 119; GALLO, in *Dottrine cit.*, 147 con n. 2.

<sup>40</sup> Contro questa interpretazione, che è soprattutto del Santoro, vedi le critiche sintetizzate da BURDESE, *Sul concetto*, in *Dottrine*, 124 ss.; GALLO, *Eredità*, in *Dottrine cit.*, 148.

e per l'altra potranno eventualmente sorgere per le vicende della sua esecuzione, a seconda di come l'affare si presenta, con i suoi connotati di fatto, quando il contratto interviene a convertirlo in programma obbligatorio. Il contratto labeoniano è visto, insomma, come un atto obbligatorio aperto alla bilateralità sostanziale. Certo, ad una bilateralità obbligatoria perfetta parrebbe alludere la successiva esemplificazione mediante compravendita, locazione e società: ma l'esemplificazione, che sicuramente non è tassativa, può ben essere stata scelta indicando i tipi più chiari per illustrare il concetto senza bisogno di ulteriori digressioni esplicative.

Ora, se il contratto, definito così, deve servire anche a desumere, per contrapposto, la nozione dell'*actus*, se ne ricava che l'*actus*, secondo Labeone, è pur sempre un'*obligatio*, ma non un'*obligatio ultro citroque*; in altre parole, gli *actus* sono atti diretti a creare obbligazioni, ma non aperti alla bilateralità sostanziale. Sono, dunque, atti inadatti a creare obbligazioni reciproche: creano una sola obbligazione di una parte verso l'altra. Si tratta, in effetti, degli atti conclusi *re, verbis e litteris*, tutti protetti con la *condictio* e non con azioni contrattuali<sup>41</sup>.

Siamo così giunti al punto in cui emerge la coincidenza tra il pensiero di Labeone e il pensiero di Pedio. Ed il punto è fondamentale, sicché dovremo indagarvi un poco.

### III

Parlavo, con riguardo alla diairesi di Labeone riferita da Ulpiano in D. 50,16,19, di una sua contrapposizione precisa fra *actus* e *contractus*, tanto che – dicevo – la nozione corrispondente al primo termine può trarsi dalla definizione espressa per il secondo. La cosa, di cui parlo, risulta ancor più evidente che non dalla sottolineatura dell'*autem*, che prima ho fatto, dalla presenza nel testo di una di quelle che siamo abituati a sentire individuate come “etimologie labeoniane”, ma che in realtà non sono etimologie, ma piuttosto considerazioni semantiche, connesse con la fonetica delle parole. Sicché, individuandole come etimologie<sup>42</sup>, poi se ne reperiscono alquanto meno di quelle che in effetti nei testi sono presenti. Ad un lettore attento del testo che ci sta occupando non deve sfuggire, io credo, che Labeone con-

<sup>41</sup> Per, un poco pedante, compiutezza dovrei dire “e comunque non con azioni contrattuali”, pensando all'*actio ex stipulatu incerti* (che invero non è una *condictio*, ma neppure un'azione contrattuale).

<sup>42</sup> Così intende (respingendola) l'idea che affaccio qui su *contra actus*, DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 114 n. 155; ma l'autore ha ragione, nel senso che in *Der Vertrag* cit., 64 n. 19 mi esprimevo in un modo sintetico troppo rozzo.

siderava un *contractus* come un *contra-actus*<sup>43</sup>. Il *contractus* è una *ultra-citroque obligatio* mentre l'*actus* è un'*obligatio ultra* ma non *citro*. Dunque entrambi – *actus* e *contractus* – sono *obligationes* (atti diretti a creare obbligazioni), ma l'*actus* è *obligatio* in senso unilaterale, il *contractus* è *obligatio* in senso bilaterale.

Se innestiamo a questo punto nel pensiero di Labeone una proposizione di Pedio, arriviamo ad aggiungere questo: siccome la *conventio* è presente in tutte le *obligationes*, tanto l'*actus* quanto il *contractus* implicano una *conventio*, cioè un accordo delle parti. Ma, con riguardo a ciò, dove sta la differenza? La differenza sta essenzialmente qui:

- il contratto, essendo *obligatio* reciproca, si identifica, come atto obbligatorio, con la *conventio* stessa: le obbligazioni, che ne scaturiscono, sono create dal consenso stesso;
- l'*actus*, che implica il consenso, non si identifica col consenso; il consenso è solo una premessa della rilevanza giuridica di un meccanismo obbligatorio ulteriore, che si incardina bensì nel consenso, ma è esso stesso a produrre l'obbligazione.

Gli esempi per illustrare questa concezione del modo di operare di quello che Labeone denomina *actus* e Pedio, in senso strettamente analogo, vedeva come *obligatio* che non è *contractus*, li abbiamo ben chiari nei due testi.

In Pedio l'esempio è quello della *stipulatio*. Le parole rilevanti sono semplicemente queste: *stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*. Dal che si ricava che:

- la *stipulatio* si realizza con le parole dette (*verbis*), e non *consensu* (con l'accordo);
- senza consenso la *stipulatio* è nulla (malgrado le parole siano state dette): quindi essa non produce obbligazione.
- da tutto ciò risulta che, quando la *stipulatio* è valida, l'obbligazione trova bensì il suo fondamento ultimo nel consenso, ma nasce *verbis* (= dalle parole dette<sup>44</sup>) e non dal consenso.

In Labeone l'esempio più rilevante è quello del mutuo (l'altro esempio è quello della *stipulatio*, meno analitico che in Pedio, ma che va inteso nello stesso modo), e vi viene sintetizzato nella semplice parola *numeratione* (che non può riferirsi alla *solutio indebiti*, perché questa non è una *obligatio*<sup>45</sup> e quindi non sarebbe un esempio di *actus*). Quel che dice Labeone è solo che si può 'agere re in *numeratione*' e, dicendo questo subito dopo aver detto che si può 'agere verbis in *stipulatione*', vie-

<sup>43</sup> L'intuizione è del WUNNER, *Contractus* cit., 40 s., sul quale SANTORO, *Il contratto* cit, 31.

<sup>44</sup> Altrimenti detto: dalla realizzazione della forma negoziale orale.

<sup>45</sup> Nel senso che sappiamo, di atto consapevolmente diretto a creare obbligazioni; che tale la *solutio indebiti* non fosse lo vedeva chiaramente Gaio (Gai. 3,91 in fine).

ne a significare che la *numeratio* del mutuo sta, nella struttura obbligatoria relativa, sullo stesso piano sul quale si pongono i *verba* nella struttura della *stipulatio*. Solo che la spiegazione che dobbiamo darne risulta un po' più complessa. Siccome con la parola *numeratio* si fa allusione ad un mutuo di denaro, tratteremo l'esempio di Labeone in tali termini. E osserviamo:

– la *numeratio* non è un atto ad effetto obbligatorio; si tratta di un atto ad effetto reale, precisamente di un atto traslativo di proprietà consistente in una *traditio* del denaro, titolata da un accordo causale sulla *causa credendi*;

– l'accordo causale contiene – in qualunque modo sia espressa o implicata: l'accordo causale ha forma libera – la specifica *conventio* sulla restituzione dell'equivalente del denaro dato. Ma questo accordo non può fondare un dovere giuridico alla restituzione: a) non può fondarlo sul piano dei diritti reali, perché un'attribuzione in proprietà non può subire alcun limite né alcun gravame, se non proveniente da diritti reali di terzi sul bene tasferito; b) non può fondarlo sul piano delle obbligazioni, perché su questo piano l'accordo causale è una *nuda conventio*, inidonea a generare azione;

– l'obbligazione di restituire, come valore (dato che il nuovo proprietario ha il diritto di disporre come vuole delle specie monetarie che ha ricevuto) il denaro mutuato nasce in forza del meccanismo del *re obligari*: cioè in quanto il mutuatario si trova ad avere, dopo la *numeratio*, *aes alienum* (denaro dovuto ad altri<sup>46</sup>) nel proprio patrimonio.

Per questo Labeone indica la *numeratio* come l'*actus* che genera l'obbligazione da mutuo: essa si forma *re*, cioè il debitore risulta obbligato dalla cosa che fa parte (come corpo o come valore) del suo patrimonio, ma l'unico atto (*actus*) compiuto dalle parti per creare questa obbligazione è la *numeratio*, cioè la *traditio credendi causa* del denaro, che crea la situazione del *re obligari*.

Dunque, come conclusione di tutto questo discorso, tanto per Labeone quanto per Pedio, solo il *contractus* produce obbligazioni che nascono direttamente dall'accordo; gli atti *re, verbis, litteris*, in quanto siano compiuti al fine di creare obbligazioni (*actus*), sono anch'essi *obligationes*, ma non sono contratti perché non sono *ultra citroque obligationes* e perché le obbligazioni che producono, anche se esigono una *conventio*, non nascono *consensu*, ma per diversi meccanismi obbligatori (*re, verbis, litteris*).

---

<sup>46</sup> D. 50,16,213,1 (Ulp. 1 reg.). Sul senso che originariamente doveva avere l'espressione *aes alienum* nel pensiero dei giuristi che – a mio modo di vedere – in relazione alla *lex Silia* costruirono la nozione di *re obligari*, rinvio a CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II* (in corso di pubblicazione), dove nel § 3 del cap. V ho cercato di spiegare in un modo più esteso la mia ricostruzione del senso originario (perdurato intatto durante tutta l'epoca classica) dell'*obligari re*, che avevo delineato almeno a partire da CANNATA, *Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen*, in *SDHI* 53(1987), 299 ss.

## IV

In funzione dell'impostazione classica della dottrina del contratto, che sto tentando di delineare, credo necessario considerare ancora il seguente passo di Ulpiano.

D. 2,14,7 (Ulp. 4 *ad edictum*): *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.*

Le *conventiones iuris gentium* di cui parla Ulpiano sono gli accordi informali<sup>47</sup>, e quelle, tra di esse, che producono azione sono i contratti: precisamente i *contractus* di Pedio e Labeone, cioè gli atti obbligatori che producono obbligazioni direttamente con l'accordo delle parti. Ora, leggendo la letteratura romanistica vecchia e nuova, o anche semplicemente parlando con colleghi oggi attivi, accade spessissimo di incontrare qualcuno che si meraviglia del fatto che poi Ulpiano, nell'esemplificazione che nel passo adduce, menzioni, accanto a compravendita, locazione e società, anche il comodato e il deposito: perché questi non sarebbero contratti consensuali come i primi, ma contratti reali, in quanto per la loro conclusione l'accordo non sarebbe sufficiente, essendo anche necessaria la consegna della cosa che del contratto rappresenta l'oggetto e quindi l'obbligazione di restituirla nascerebbe *re* e non *consensu*.

Ma questo modo di vedere è assolutamente falso, se ci si riferisce al pensiero della giurisprudenza classica. L'idea del contratto reale, anche se proviene da una sciatteria di Gaio<sup>48</sup>, è del tutto estranea alla giurisprudenza classica: essa fu costruita dall'autore delle *res cottidianae* (che, per carità, non era certo Gaio!) in epoca epiclassica, e venne ripresa nelle Istituzioni giustiniane.

Per il pensiero classico, che abbiamo visto rappresentato da Labeone e Pedio, ai quali ora possiamo aggiungere Ulpiano, l'obbligazione era individuata come formantesi *re* quando veniva prodotta da quel particolare meccanismo obbligatorio che abbiamo visto operare nel mutuo: ma che appunto operava al di fuori del campo del *contractus*. Nei contratti il solo meccanismo obbligatorio operante è l'accordo delle parti: e l'obbligazione di restituire la cosa comodata o deposta nasce *consensu* e non *re*.

Certo la situazione corrispondente a deposito e comodato (ed anche al pegno,

<sup>47</sup> Questa mia affermazione a me pare ovvia, ma non lo è per la letteratura romanistica: vedi DAL-  
LA MASSARA, *Alle origini* cit., 74 ss.

<sup>48</sup> Lo vedremo nel capitoletto seguente.

ma lasciamolo da parte perché qui la spiegazione sarebbe troppo lunga<sup>49</sup>) presenta aspetti particolari: ma tutte le particolarità si pongono nell'ambito della natura consensuale di quei contratti.

Vediamo: ragionando con riferimento al comodato; per il deposito, comunque, lo schema risulterebbe del tutto analogo.

La situazione che corrisponde al comodato è quella di un prestito gratuito, che si basa su di un accordo, nel quale si prevede quanto segue, con riguardo ad una certa cosa (infungibile, o almeno dalle parti considerata come tale):

- a) il comodante consegna la cosa al comodatario, consentendogli di tenerla presso di sé e di usarla per un certo tempo;
- b) il comodatario, ricevuta la cosa, la custodirà per il tempo in cui la detiene, e poi la restituirà al comodante.

Cerchiamo ora di determinare il contenuto dello schema elaborato dai giuristi che costruirono il negozio. Abbiamo:<sup>50</sup>

- i)* si è escluso che il comodante sia mai obbligato a dare la cosa in comodato;
- ii)* si è voluto che il comodatario sia obbligato alla restituzione della cosa;
- iii)* si è anche voluto che il comodatario sia responsabile della conservazione della cosa per il tempo che corre da quando l'ha ricevuta a quando la restituisce;
- iv)* si è ulteriormente voluto che il comodante risulti obbligato a rifondere al comodatario certe spese che questi abbia sostenuto per la custodia e la conservazione della cosa e a risarcirgli certi danni che egli possa aver sofferto a causa della cosa che deteneva.

Ora, con un minimo di riflessione, appare chiaro che lo schema giuridico appropriato a riversarvi il contenuto così stabilito era quello di un *contractus* – come *ultra citroque obligatio* –, ma applicato in modo che gli effetti obbligatori di questo negozio si producessero a partire dal momento nel quale il comodatario riceve la cosa comodata.

Come dunque si vede, l'esigenza della consegna della cosa per la conclusione del contratto non corrisponde affatto ad uno speciale carattere del meccanismo obbligatorio in gioco, che lo differenzi dal meccanismo consensuale, ma solo ad un aspetto del concreto regime di questa specie di *contractus*. Il comodatario, in conclusione, non è affatto obbligato *re* alla restituzione: egli è obbligato *consensu* a quella prestazione, come alle altre che sono a suo carico. Il fatto è, in parole più po-

<sup>49</sup> E forse Ulpiano ne taceva solo perché l'*actio pigneraticia* aveva solo una formula *in factum*. Sul modo nel quale si producono gli effetti giuridici del pegno vedi CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano I*, Torino 2001, 320 ss. (dove a p. 320, agli inizi della riga 9 si legga “creditore” [invece che debitore] e “234” [per 254]).

<sup>50</sup> La prospettiva che qui propongo è nella linea adottata da Paul. D. 13,6,17,3.

vere, che tutte le obbligazioni che nascono dal comodato – così come lo hanno costruito i giuristi romani – suppongono che la cosa sia stata consegnata, ed è solo questo che determina la regola speciale sulla sua conclusione.

## V

L'impostazione classica della dottrina del contratto, che abbiamo potuto delineare con le osservazioni fatte finora, ci aspetteremmo di vederla rispecchiata nelle diairesi, fatte dai giuristi, delle fonti d'obbligazione. Come è noto, di testi che ne contengono ce ne sono pervenuti due: quello delle Istituzioni di Gaio (Gai. 3,88-89) e quello delle *regulae* di Modestino.

Il testo di Modestino, che era discepolo (*studiosus*)<sup>51</sup> di Ulpiano, si adatta in effetti bene, parrebbe almeno, ai risultati che abbiamo potuto raggiungere. La forma un po' dubitativa, che ho impiegato, dipende dal fatto che il testo dell'ultimo giurista classico compare nel Digesto in uno stato miserando. I paragrafi 1-8, che seguono l'enunciato diairetico del *principium* e dovrebbero spiegarlo *genus per genus*, sembrano provenire piuttosto da cattivo materiale glossematico che non dall'originale. Ma anche l'enunciato iniziale non sembra esente da inserzioni postclassiche. Io sono convinto che la menzione delle obbligazioni da delitto sia un'aggiunta, non tanto per il termine con il quale la si enuncia (*obligamur ... ex peccato*), ma perché la sua presenza non si giustifica più dopo il rinvio a *lex e ius honorarium* per le fonti d'obbligazione che si aggiungono a quelle precedentemente enumerate. Inoltre, nutro molti dubbi sulla genuinità dell'idea dell'*obligari necessitate*:

D. 47,2,52,20 (Mod. 2 *regularum*): *Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque <aut litteris> aut consensu aut lege aut iure honorario [aut necessitate aut ex peccato]*.

Comunque, salva l'aggiunta dell'*obligari re et verbis (simul utroque)*, ben comprensibile presso un discepolo di Ulpiano, e la sicura soppressione giustiniana del *litteris obligari*, la sequenza iniziale corrisponde bene alla serie degli *actus* e del *contractus* labeoniana. Modestino non usava la nozione di *contractus*; e proprio per questo nella sua enumerazione essa si identifica evidentemente con il *consensu obligari*, e solo con questo.

In Gaio le cose vanno diversamente.

Leggiamo anzitutto il testo che contiene la diairesi, che non presenta – come invece quella di Modestino – una classificazione delle fonti d'obbligazione, bensì una

<sup>51</sup> Ulp. D. 47,2,52,20.

classificazione delle obbligazioni fatta impiegando come criterio diairetico il modo in cui esse si formano:

Gai. 3,88: <Nunc transeamus ad obligationes>. *Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.* 89: *Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.*

Gai. 3,188: *Transeamus nunc ad obligationes quae ex delicto nascuntur ... quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio ...*

A prima vista si direbbe che la sistematica impiegata da Gaio non abbia a che fare con quella che abbiamo visto finora: invece l'una con l'altra hanno un rapporto stretto, che è anzi, così mi esprimerei, un rapporto tutto gaiano. Nell'anno 161 l'autore delle *Institutiones* presentava l'insieme del diritto privato romano a dei discenti, considerandoli giuristi in erba, ma pur sempre giuristi; per questo il suo linguaggio è costantemente tecnico. Il suo scopo era di fornire loro informazioni basilari, ma a questo livello il più possibile esaurienti. Il suo sforzo era di ordinare la materia in un modo chiaro e che ne facilitasse anche la memorizzazione; a quest'ultimo scopo egli ricorse all'impiego della sistematica, usando apposite griglie concettuali opportune, anche nuove dove non trovava modelli adatti nella tradizione della giurisprudenza di cui disponeva, e che era stata sempre restia a seguire l'esortazione ciceroniana a *redigere in artem* il diritto civile. Per realizzare questi scopi Gaio poteva valersi, oltre che delle sue notevoli doti di scrittore elegante e chiaro, della sua vasta conoscenza della materia. Si tenga conto che le *Institutiones*, se non sono un'opera della vecchiaia di Gaio<sup>52</sup>, sono pur sempre un lavoro della sua maturità, poiché aveva già prima pubblicato almeno i *libri ad Quintum Mucium* (Gai. 1,188), il commentario all'editto pretorio (Gai. 1,188; Gai. 3,83) e un commento alla *lex Iulia et Papia* (Gai. 3,54). Ma quel che a Gaio mancava era proprio la capacità, anzi del tutto la sensibilità dommatica: di fronte a questo genere di problemi egli, nelle *Institutiones*, appare disarmato e quindi, a dir poco, approssimativo come un dilettante. Il proprio ritratto di giurista egli stesso ce lo fornisce in Gai. 4,36, presentando l'*actio Publiciana*, della quale ci dà – per noi un'informazione preziosa – con precisione la formula, ma la spiega dicendo che in essa l'attore '*fingitur rem usucapisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset*'.

Torniamo alla *divisio obligationum* di Gai. 3,88-89, per vedervi, nella prospettiva che adesso ci interessa, come sia costruita.

Leggendo la *summa divisio* si rileva subito una stranezza. Considerando, infatti, che Gaio presenta la sua *divisio obligationum* come esauriente (*omnis enim obli-*

<sup>52</sup> Gaio risulta ancora attivo nel 178, perché si occupò del senatoconsulto orfiziano (D. 38,17,9), che fu deliberato in quell'anno.

gatio), costituisce una sorpresa vedere che alle obbligazioni da delitto sono contrapposte solo quelle da contratto. La nozione di contratto dovrebbe dunque comprendere tutte le fonti d'obbligazione che consistono in fatti diversi dal delitto, cioè per "obbligazioni da contratto" Gaio dovrebbe intendere tutte le obbligazioni da fatto lecito<sup>53</sup>. Che però non sia proprio così, risulta testualmente da Gai. 3,91, dove Gaio menzionerà il pagamento d'indebito e spiegherà che "*haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*". Con questa affermazione Gaio ammetteva espressamente – anche se, parrebbe, non altrettanto consapevolmente – che la sua *divisio obligationum* era lacunosa, e nel contempo poneva un limite alla nozione di contratto, escludendone gli atti obbligatori con i quali non s'intenda *contrahere negotium*. Ma questo risulta essere il solo limite della sua nozione di contratto, perché egli, pur con il limite ora visto, vi ricomprende tutti i casi di obbligazioni *re, verbis, litteris, consensu* (Gai. 3,89).

In questo modo risulta chiara la prima operazione dommatico-sistemica dell'autore delle *Institutiones*. Egli partiva bensì dal pensiero di Pedio, ma mentre questi distingueva tra *obligatio*, come atto volontariamente diretto alla creazione di obbligazioni, e *contractus*, come atto che crea obbligazioni col semplice consenso, Gaio impiega quella che per Pedio era la nozione di *obligatio* come nozione di *contractus*<sup>54</sup>, sicché le espressioni *re obligari, verbis obligari, litteris obligari* e *consensu obligari* diventano allusive a modi di concludere un contratto. Dunque, anche mutuo, *stipulatio* ed *expensilatio* diventano, per lui, *contractus*.

E vediamo allora come egli tratta la nozione di *consensu obligari*, che nella tradizione che abbiamo prima identificato come costante da Labeone a Pedio e Ulpiano, e pure Modestino, corrispondeva invece alla nozione di contratto. A questo scopo dobbiamo leggere:

<sup>53</sup> Un atteggiamento di questo genere – non precisamente lo stesso – parrebbe presente nel cit. Paul. D. 5,1,20.

<sup>54</sup> È questa operazione di Gaio che verrà poi rispecchiata dalla definizione del contratto in Theoph. 3,13,2: *συνάλλαγμα δὲ ἐστὶ δύο ἢ καὶ πλείονων εἰς τὸ αὐτὸ σύννοδος τε καὶ συναίνεσις ἐπὶ τὸ συστήσασθαι ἔνοχον καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον.* (= *contractus autem est duorum vel plurium in idem conventio atque consensus, ut obligatio constituatur et alter alteri obnoxius efficiatur*). A questo proposito è utile ricordare – ma la cosa è nota e anche naturale – che nel linguaggio delle fonti classiche può trovarsi anche un uso di *contractus* in un ampio senso atecnico (l'esempio più noto è quello dell'*is contractus stipulationum sponsionumque*, che risale a Servio e ci è noto da Gell. 4,4; vedi GALLO, *Synallagma* I cit., 69 s. e la mia cit. recensione in *Panorami* 5, p. 112 n. 9; vedi anche il cit. D. 5,1,20). Ma nella valutazione dei passi bisogna comunque fare attenzione. Per esempio, da Ulp. D. 12,1,1,1 non è necessario (per controbattere quello che dice DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 89 ss., in particolare n. 89, che dal passo si desumerebbe che per Ulpiano il mutuo era un contratto) spiegare il testo come contenente un uso atecnico del termine *contractus*, perché il discorso è impostato diversamente: il mutuo è la tipica *res credita*, e Ulpiano deve giustificare il fatto che nel titolo editale *de rebus creditis* si parli, oltre che del mutuo (che non è un *contractus*), anche di certi *contractus*.

Gai. 3,135: *Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. 136: Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse.*

Questo passo contiene una sottile stranezza. Sembra chiaro che Gaio, dicendo che per la formazione *consensu* di obbligazioni *sufficit* l'accordo delle parti, intendeva che qui il puro consenso basta e null'altro è necessario: non solo una forma orale o scritta, ma neppure la consegna di una cosa. Che egli pensasse così è provato con evidenza dal fatto che in questo *genus* di atti obbligatori colloca solo compravendita, locazione, società e mandato, e non anche deposito, comodato e pegno, dei quali parla altrove nel suo manuale, ma che nella sua *divisio* non hanno posto; e non l'hanno perché non possono averlo: non è previsto. Ciò lascia capire che Gaio dovesse avere in mente di contrapporre i contratti consensuali a tutti e tre i generi precedentemente elencati, e non solo ai due generi di contratti formali *verbis* e *litteris* come ha fatto. Ma contrapporre i contratti consensuali al contratto di mutuo, dove l'obbligazione si forma *re* e perciò è necessaria la *datio* (che, per giunta, non è una semplice consegna) era troppo difficile a spiegarsi in un manuale istituzionale, perché il *re obligari* rappresenta un meccanismo obbligatorio particolare, che non può essere ridotto ad un modo di concludere un atto obbligatorio. Tanto è vero che, quando il parafraste epiclassico delle Istituzioni volle, negli *aurea* (D. 44,7,1,2-6) rimediare al difetto della *divisio* gaiana, per trovare un posto a comodato, deposito e pegno, collocherà questi contratti accanto al mutuo fra i contratti *re*, ma con un'operazione dommatica innovatrice, col costo di sovvertire del tutto la nozione classica del *re obligari*, creando quella moderna di contratto reale. Ma Gaio conosceva troppo bene il senso del *re obligari*, ed una soluzione del genere non gli passò certo affatto per la mente.

Va infine notato ancora che Gaio ricorda, scrivendo dei contratti consensuali, la nozione labeoniana di *ultra citroque obligatio*: che, naturalmente, nel suo contesto non è più una caratteristica definitoria del contratto, ma solo del contratto consensuale:

Gai. 3,137: *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo<sup>55</sup> praestare oportet; cum alioquin in verborum obligationibus alius stipulatur alius promittat, et in nominibus alium expensum ferendo obliget alius obligetur.*

---

<sup>55</sup> Invero, si attenderebbe piuttosto *ex bona fide*. Pare apprezzarlo, invece (con il D'Ors, del cui pensiero l'autore sta parlando), il CASCIONE, *Consensus* cit., 204 presso la n. 146.

## VI

Dovremmo dire che, tutto sommato, per avere un'idea della concezione romana del contratto, al pensiero di Gaio non si dovrebbe attribuire alcuna rilevanza. Esso non può venire considerato se non il prodotto di uno sforzo didattico mal concepito di un giurista mediocre. Ma il discorso si fa tutto diverso se si guarda al diritto romano come "fondamento del diritto europeo". Perché, se è vero che le Istituzioni di Gaio sono entrate nel patrimonio della letteratura giuridica solo all'inizio del XIX secolo, la materia del contratto è stata influenzata fin dai tempi della scuola di Bologna dai testi degli *aurea*, contenuti nel Digesto, e delle Istituzioni di Giustiniano, tutti testi che dalle Istituzioni Gaiane dipendono strettamente. Anzi: questi testi riportano il pensiero di Gaio nella versione riveduta dal suo intelligente revisore epiclassico, che ha saputo rendere coerente il lavoro di Gaio in materia di fonti delle obbligazioni, correggendone gli squilibri e colmandone le lacune, risparmiandogli così le critiche più facili. Purtroppo, però, il lavoro dell'autore degli *aurea* fu fatto, come già accennavo con riguardo ad un punto particolare, con costi molto alti. E i testi dai quali possono risultare questi costi non hanno nella compilazione giustiniana una posizione che goda di un'evidenza comparabile, in questa materia, a quella che occupano i testi di provenienza gaiana.

## L'ACTIO IN FACTUM CIVILIS\*

1. – Leggiamo questo testo, che proviene dai *libri quaestionum* di Papiniano e nel Digesto è stato collocato in apertura del titolo ‘*de praescriptis verbis et in factum actionibus*’:

D. 19,5,1 (Pap. 8 *quaest.*): *Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus<sup>1</sup> ad eas, quae in factum appellantur, sed ne res exemplis egeat, paucis agam. 1: Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit. 2: Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum neque commodatum erit, sed non exhibita fide in factum civilis subicitur actio.*

Nel *principium* del testo parrebbe che Papiniano introducesse un discorso generale sulle azioni *in factum*, e quindi anzitutto sulle azioni *in factum* pretorie, per cui i due paragrafi successivi, che vengono espressamente introdotti come l'esemplificazione di quella premessa, risulterebbero incoerenti, in quanto l'esemplificazione stessa presenta due casi di *actio civilis in factum*, che non possono certo funzionare come illustrativi della nozione generale preannunciata. La soluzione di questo problema si presentava come assai semplice per gli studiosi dell'epoca in cui si riteneva che l'azione contrattuale generale fosse una creazione giustiniana: per loro era infatti sufficiente eliminare, come frutto d'interpolazione, il *civilem* del § 1 e il *civilis* del § 2<sup>2</sup>. Ma il risultato di un cosiffatto intervento introduce, in realtà, nell'esposizione di Papiniano una sciattezza, che proprio un cultore della purezza del pensiero classico non avrebbe dovuto sopportare. Essa si manifesta con chiarezza nel testo del § 2, ove lo si voglia ricostruire emendandolo come si è visto. Il problema ivi posto è quello dell'azione esperibile quando un certo A abbia consegnato ad un B una cosa perché B possa valutarne il prezzo: l'esempio in pratica più semplice è che tra i due si discutesse su di una possibile vendita da A a B, e che B

---

\* Pubblicato in *Iura* 57 (2008-2009).

<sup>1</sup> La lezione, corretta, *descendamus* è dei manoscritti detti *deteriores*. La Fiorentina reca *descendemus*.

<sup>2</sup> Questo è stato essenzialmente l'intervento proposto dal POKROWSKY, nel suo studio che può considerarsi aver dato inizio alla guerra interpolazionistica contro la classicità dell'azione contrattuale generale. Si tratta dell'articolo *Die Actiones in factum des klassischen Rechts*, in *ZSS* 16(1895), 7 ss., e specificamente del suo § 5 III. *Actiones in factum civiles (praescr. verbis)*, p. 80 ss. Per i testi ai quali ora ci riferiamo, vedi p. 81 ss. e 91 ss.

avesse voluto avere la cosa presso di sé prima di decidersi al contratto, per esaminarla bene o farla esaminare da altri onde poterla valutare; e poi B non la restituì né la comprasse. Se nella soluzione esposta Papiniano avesse voluto dire che A, non potendo esperire né l'*actio commodati* né l'*actio depositi*, doveva ripiegare su di un'azione pretoria *in factum* con una *intentio* che descrivesse i fatti senza riferirsi ai contratti, avrebbe dovuto spiegarsi in modo da render chiaro che l'*actio in factum* di cui parlava non era né quella di comodato né quella di deposito, le quali, come si sa, erano previste nell'editto pretorio accanto alle corrispondenti azioni civili (Gai. 4,47).

A noi, che non siamo più limitati dall'ossessione dell'origine giustiniana dell'*actio in factum civilis*, il testo pone solo il circoscritto problema di sapere se il *principium* che vi leggiamo fosse stato da Papiniano scritto altrove nell'ottavo libro delle *quaestiones* – magari alquanto prima – e che egli poi vi distinguesse le azioni pretorie *in factum* e l'*actio in factum civilis*, o se esso fosse direttamente la premessa (magari con qualche diverso atteggiamento della frase) della trattazione dell'azione civile *in factum*. Il problema è, naturalmente (anche perché il testo proviene dai *libri quaestionum*, dove una distribuzione della materia era bensì fatta per argomenti, ma ciascun tema era solo lo strumento per organizzare materiale casistico o dommatico, senza necessità di trattazioni compiute dei singoli oggetti) insolubile, e neppure di soverchia importanza<sup>3</sup>.

Lasciando da parte il problema così posto, qualche osservazione sul *principium* del testo la possiamo tuttavia fare con riguardo a quel che vi si dice, che alle azioni *in factum* si ricorre, o si ricorre anche, *cum proprium nomen invenire non possumus*, una volta, cioè, che si sia constatato che non esiste rimedio appropriato fra i processi le cui formule sono espressamente previste nell'editto (*cessantibus iudiciis proditis*) né fra le *actiones vulgares* (et – sc.: *cessantibus – vulgaribus actionibus*).

Anzitutto, andrebbe precisato che cosa s'intenda per *vulgares actiones*. Altrove l'espressione *vulgaris actio* compare in Afr. D. 28,5,47, dove viene contrapposta ad *actio utilis*; *vulgaris formula* compare in Paul. D. 47,2,42 pr., con il senso di "formula dell'azione normale, corrente, usuale per la situazione in questione"; in Paul.

<sup>3</sup> Dalla palingenesi del libro 8 *quaest.* di Papiniano (LENEL, *Pal.* I, col. 825 ss.) apprendiamo solo che la parte che ora ci interessa (L. fr. 151-155, con i riferimenti alle n. 1 e 2) – perché vi doveva essere collocato il frammento che stiamo leggendo (L. fr. 151) – riguardava comodato e pegno; ma il Lenel ritiene che Papiniano vi trattasse anche delle azioni *in factum* in generale. In realtà, quel che caratterizza il gruppo di frammenti che ci riguarda è il fatto che, lasciando da parte il quarto e il quinto (che si riferiscono al pegno: L. fr. 154-155), gli altri tre trattano tutti del *rem inspiciendam dare* (oltre al frammento che stiamo leggendo L. 151, si tratta di Ulp. Pap. D. 19,5,17,2 L. 152 e Pap. D. 47,2,59 L. 153); dal fr. 152 si ricava pure che, se chi ricevette la cosa dica di averla perduta e chi la diede ignori dov'essa si trovi, gli spetta l'*actio in factum civilis*, nel testo denominata questa volta *actio praescriptis verbis*. Ricordo ancora, in relazione all'insieme di quanto vado considerando sopra, che la rubrica del tit. D. 19,5 (già riportata) non corrisponde, né in tutto né in parte, a quella di un titolo editto o all'instanziazione di una specifica clausola nell'editto.

Vat. 102, trattandosi dell'esperimento dell'*actio rei uxoriae* contro il padre del marito defunto, che aveva concluso il matrimonio e ricevuto la dote in assenza del padre, ma poi era vissuto fino alla morte presso il padre con quella moglie, si contrappone 'ex persona filii eum conveniri posse' a 'rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse'. Più in generale, nel senso generico di "usuale, comune, solito" *vulgaris* (-is, -e) compare in Marcian. D. 30,114,7 riferito a *forma iuris* nel senso di "la comune disciplina giuridica"; in Tryph. D. 23,4,30, dove si deve leggere (come voleva il Mommsen) *vulgare esse exceptionem proficere*, 'vulgare esse' vuol dire che "è normale"; analogamente in Ulp. D. 47,23,3 pr. si afferma che nelle azioni popolari può essere opposta la comune (*vulgaris*) *exceptio rei iudicatae*; ancora Ulp. Treb. D. 30,30,5 parla, nel senso di "usuale", di una clausola negoziale, dicendo che la sua inserzione nell'atto risulta, in certi casi, superflua (*vulgarem hanc clausulam cessare*); riferito a *cautio*, nel senso di "comune", si veda ancora Marcian. (*divi Severus et Antoninus*) D. 30,114,12 (*praestare heredem posse vulgarem cautionem*). Da tutto ciò possiamo concludere che nel nostro testo per *vulgares actiones* debba intendersi "le azioni usuali", o forse più precisamente "le azioni il cui impiego è normalmente acquisito": e ciò in senso assoluto, ovvero – notando il particolare atteggiamento di Afr. D. 28,5,47 e Paul. Vat. 102 – con allusione all'azione nella sua forma di base, contrapposta a quella che subisca speciali adattamenti contingentemente opportuni.

Dunque, *cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus* deve essere inteso così: "quando faccia difetto un'azione proposta nell'editto e comunque un'azione usuale".

Più delicato è il problema che si pone in relazione al senso preciso dell'espressione che segue, e che riassume la condizione generale descritta nelle parole che finora abbiamo cercato d'intendere: *cum proprium nomen invenire non possumus*. A questo proposito va preso in considerazione anche l'altro testo, di Celso, che i compilatori giustinianeî hanno aggiunto a quello di Ulpiano che stiamo leggendo, come ne fosse un parentetico complemento esplicativo:

D. 19,5,2 (Cels. 8 dig.): (*nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est*)

Il problema più importante è qui di stabilire che cosa si debba intendere con l'allusione al *nomen*: che in D. 19,5,2 compare espressamente specificato come "nome dell'azione" (al plurale nel testo: *actionum nomina*), ma evidentemente ha lo stesso significato anche in D. 19,5,1 pr. Con questa precisazione iniziale, che mi pare sicura, è possibile evitare subito la tentazione, che potrebbe manifestarsi<sup>4</sup>, di

<sup>4</sup> E nella quale è caduto il DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* I, Pavia 1913, 341 presso la n. 1 (l'opera comprende un secondo volume, ivi 1916; d'ora in poi la citerò, per semplicità, come DE FRANCISCI, *Synallagma* I e II).

porre in relazione il *nomen* di D. 19.5.1 pr. e D. 19,5,2 con l'impiego dello stesso termine in Ulp. D. 2,14,7,1. In D. 2,14,7,1 il "nome" in discorso non è il *nomen actionis*, bensì il *nomen contractus*, vale a dire la specifica denominazione come contratto che certi accordi informali (*conventiones iuris gentium*) assumono quando, per certe loro caratteristiche, vengono a corrispondere a contratti tipici. La considerazione parallela di questi due diversi impieghi di *nomen* induce subito ad una riflessione. L'impiego di *nomen contractus*, nel senso detto, è perfettamente comprensibile, perché i contratti tipici possiedono invero un nome tecnico: come esemplificava appunto Ulpiano in D. 2,14,7,1, *ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum*; mentre delle azioni – e in D. 19,5,1 pr. e 2 si parla di tutte le azioni edittali e comunque di uso normale –, se molte possono dirsi avere un nome, come la *rei vindicatio*, la *condictio*, la *petitio hereditatis*, l'*actio in iustitia*, l'*actio Publiciana* e via dicendo, ve ne sono anche che una denominazione specifica non l'hanno. In realtà, l'espressione *nomen actionis*, almeno col valore pregnante in cui compare nei due testi dei quali ci stiamo occupando, non mi sembra avere senso nel linguaggio della giurisprudenza classica. Di questo trovo conferma nel fatto che un esame della – alquanto estesa – voce *nomen* nel *Vocabularium iurisprudentiae Romanae* mi sembra porti a concludere che nei testi giurisprudenziali quei due siano i soli nei quali rispettivamente *nomen (actionis)* e *nomen actionum* compaiono<sup>5</sup>. A questo punto viene spontanea una constatazione: se l'impiego di *nomen actionis* risulta difficilmente comprensibile per un giurista classico che si riferiva alla procedura formulare, la stessa locuzione si presenta, con tutta la pregnanza del significato che possiede in D. 19,5,1 e 2, nel linguaggio del processo *per libella* dei tempi di Giustiniano, dove la menzione del *nomen actionis* costituiva un requisito, o almeno una costante esigenza della prassi procedurale, nell'atto di parte introduttivo del giudizio<sup>6</sup>.

Io credo che la soluzione che si presenta logica a questo punto, volendo riavvicinare i testi letti alla loro forma originale, sia quella di sostituire a *nomen* la menzione della *formula*, con un risultato di questo genere:

D. 19,5,1 (Pap. 8 *quaest.*): *Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum [proprium nomen] <propriam formulam> invenire non possu-*

<sup>5</sup> Una prova appariscente di questa conclusione risulta dal fatto che nel VIR, sub voce 'nomen', i due passi che ci interessano, e che compaiono nella seconda parte della sistematica della voce (II = appellatio, significatio, vox, titulus), sono in questa relegati nell'anodina serie finale dei *ceteri loci*: D.19,5,2 (575,11) sub *nominativus* alla col. 174 lin. 17 s. e D. 19,5,1 pr. (575,4) sub *accusativus* alla col. 175 lin. 7.

<sup>6</sup> Sulla prassi – obbligatoria o no che fosse, ma comunque caratteristica del processo giustiniano – di indicare il *nomen actionis* nel libello introduttivo del giudizio vedi ZILLETTI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano 1965, 112 ss., ma soprattutto l'esemplare opera giovanile del SITZIA, *De actionibus. Edizione e commento*, Milano 1973, della quale solo indicativamente cito le pagine 123 ss., perché il libro va comunque considerato tutto nel suo complesso.

*mus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur, sed ne res exemplis egeat, paucis agam. 1: Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit. 2: Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum neque commodatum erit, sed non exhibita fide in factum civilis subicitur actio.*

D. 19,5,2 (Cels. 8 dig.): (*nam cum deficiant [vulgaria atque usitata actionum nomina] <vulgares atque usitatae actionum formulae>, praescriptis verbis agendum est*).

Sottolineo solo che, nel fr. 1 pr., la correzione ‘*propriam formulam*’ rende anche più scorrevole la concordanza con il femminile ‘*ad eas*’ che segue, e che nella forma testuale del Digesto dovrebbe piuttosto essere concordato al maschile con *iudiciis*. E noto ancora, se ce ne fosse bisogno, che l’insieme dei due testi – fr. 1 e fr. 2 – mostra come, tanto per i giuristi classici quanto per i compilatori, *actio in factum civilis* e *actio (agere) praescriptis verbis* alludevano alla medesima nozione.

Ma l’osservazione più rilevante, io credo, che deve farsi, riguarda i paragrafi 1 e 2 di D. 19,5,1, i quali contengono i due esempi, che Papiniano riferisce, d’impiego dell’*actio in factum civilis*. Il primo esempio è espressamente ricondotto a Labeone; che Papiniano traesse da Labeone anche il secondo non può dirsi con certezza, perché non costituisce indizio sufficiente in tal senso l’*item* che introduce il § 2. Resta però il fatto che Papiniano sembrerebbe proprio presentare la problematica dell’*actio in factum civilis* come tema suscitato dal suo illustre predecessore. E ancora, siccome non conosciamo tutto il contesto di Papiniano, non ci è dato di sapere se e quali altri esempi egli aggiungesse per delineare il profilo dell’azione che presentava: ma che intendesse in qualche modo caratterizzarne l’impiego e quindi il carattere pratico, può ritenersi sicuro.

Queste ultime considerazioni, anche se di tenue consistenza, mi paiono sufficienti per desumerne che sia alquanto probabile che la denominazione di *actio in factum civilis* risalisse a Labeone. In proposito vorrei solo aggiungere un’osservazione a proposito di un atteggiamento della dottrina recente. Il Burdese, in una – come al solito – ricca e precisa comunicazione ad un seminario del 1987<sup>7</sup>, trattando alla fine della denominazione che l’azione a tutela dei contratti innominati aveva presso Labeone<sup>8</sup>, incomincia sostenendo che “è probabile che Labeone si limitasse in proposito a parlare di *agere praescriptis verbis*, senza neppure pervenire a qualificare come *praescriptis verbis* la relativa *actio*. Ritengo poi non risalgia a lui, e neppure sia classica, la qualifica di *actio civilis in factum*, attribuitagli nel testo pa-

<sup>7</sup> 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.; ma io lo cito nella ripubblicazione in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova 2006, 113 ss.

<sup>8</sup> Nella versione pubblicata, cit. alla n. prec. si tratta dell’ultimo paragrafo (§ 9; in *Le dottrine*, 134 ss.).

piniano D. 19,5,1,1". Ora, la prima affermazione è bensì astrattamente possibile – la riterrei anche probabile, anche se non è certo provata –; la seconda, invece, è certamente sbagliata. *Aliquando dormitat Omerus*: ma siccome in questo caso i Grandi assonnati sono due, possiamo aggiungere che anche ad Esiodo accade la stessa cosa. Il Burdese si fonda infatti su di un'argomentazione che aveva fatto qualche tempo prima il Voci, nella sua recensione al libro del Santoro<sup>9</sup>. Presso Burdese, l'argomento è espresso così: "Si sarebbe potuta dire *in factum* e contemporaneamente *civilis* l'azione, avendo riguardo alla struttura della *formula*, contenente da un lato una *praescriptio loco demonstrationis* descrittiva della fattispecie in oggetto e dall'altro un'*intentio ex fide bona* come tale ritenuta, almeno in età classica, *in ius concepta* (Gai. 4,47). Ma su queste basi la qualifica di *in factum civilis* si sarebbe tagliata a qualsiasi azione con *intentio incerta in ius concepta*, anticipata da *demonstratio* descrittiva dei fatti, il che non risulta da alcuna fonte". L'incoerenza dell'affermazione contenuta nell'ultima frase è chiara, ma essa diviene evidente se la si legge come compariva già presso il Voci: "Dell'*actio civilis in factum* si dirà meglio che si tratti di una *contradictio in adiecto*, piuttosto che di un termine con cui si vuole indicare che viene esposto il fatto accaduto: La *praescriptio* tiene il posto di una *demonstratio*, con eguale funzione: ma la *demonstratio* narra anch'essa il fatto, e non per questo sono chiamate *civiles in factum* le *aa. venditi, locati*, ecc." Quello che, dicendo queste cose, si dimentica è che le azioni da compravendita, da locazione, mandato, società, come l'*actio incerti ex stipulatu* sono azioni civili, ma non sono *in factum*, perché nella *demonstratio* non si descrivono i fatti del caso concreto, ma la descrizione del caso viene fatta mediante riferimento a tipi negoziali del diritto civile<sup>10</sup>.

Ma quel che più interessa notare – e questo è sicuro, perché la prova fa perno sul § 1 di D. 19,5,1, e cioè sul primo dei casi considerati, che è anche quello espressamente attribuito a Labeone – è che l'azione di cui parliamo viene presentata come azione contrattuale generale, e non tanto come un'azione introdotta con lo sco-

<sup>9</sup> VOCI, *Recensione a Santoro, Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *Iura*, 34 (1983), 129. Il libro recensito (che in seguito citerò col solo nome dell'autore) è SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983 (pubblicato negli *Ann. Palermo* dello stesso anno)..

<sup>10</sup> Nelle formule dell'azione per il deposito, che ci dà Gai. 4,47, la *demonstratio* dell'azione civile menziona il negozio con lo stesso termine impiegato per descrivere il fatto nell'*actio in factum* (con la sola differenza che qui è aggiunta menzione della mancata restituzione): ma ciò rispecchia solo la vicenda del vocabolo *deponere* (e lo stesso dev'essere accaduto per *commodare*), il quale, da voce del linguaggio comune al tempo della escogitazione della prima formula, si fece poi tecnico al tempo della creazione della seconda. Questa osservazione può estendersi assai, se si pensa che il linguaggio tecnico dei giuristi romani – oltre a non essere mai strettamente rigido – è tutto fatto con termini della lingua comune: ma ciò non impedisce di intendere quando i giuristi, con dei termini, richiamano fattispecie generali e astratte o descrivono singoli fatti concreti. Nel caso che esaminiamo subito dopo nel testo (che è quello di D. 19,5,1,1) il problema era appunto quello di permettere all'attore di impiegare una formula dove non si dicesse che egli *conduxit* o *locavit*, ma si descrivesse il caso concreto evitando tali termini.

po specifico di riconoscere protezione alle convenzioni atipiche o – per essere più precisi – ai contratti innominati.

Il primo caso riguarda inequivocabilmente un contratto di locazione. Un soggetto D (*dominus mercium*) ha imbarcato sulla nave, della quale M è *magister*, proprie merci per il loro trasporto. Il problema sta solo nel fatto che D, quando poi intende agire contro M per qualcosa di cui ha da lagnarsi, non è sicuro se l'azione appropriata sia l'*actio locati* o l'*actio conducti*, perché evidentemente non si sente in grado di provare in modo certo di aver dato a M le proprie merci da trasportare o di aver preso in locazione la nave o un posto su di essa per il trasporto, per cui teme, scegliendo l'una o l'altra delle due azioni, che il convenuto, con l'individuazione della natura del contratto, dimostri che quella intentata era priva di fondamento. Il problema in gioco non è qui dunque suscitato della atipicità del contratto dedotto in giudizio, ma dalla tipicità dell'azione impiegata<sup>11</sup>.

Il secondo caso è bensì diverso, ma il giurista – che fosse ancora Labeone ovvero Papiniano – parte da un'impostazione analoga. Il fatto descritto è quello della *traditio* (in senso largo: non si tratta qui di trasferimento del possesso) di una *res facta pretii explorandi causa*, e l'alternativa si pone fra *actio depositi* e *actio commodati*; ma il carattere del problema viene a mutarsi perché tale alternativa iniziale risulta eliminata con l'affermazione che il caso non corrisponde né all'una né all'altra fattispecie: *neque depositum neque commodatum erit*. Di conseguenza la risposta finale, suonando '*sed non exhibita fide in factum civilis subicitur actio*' suppone un ragionamento più complesso, che potremmo enunciare come segue, valendoci della traccia che comunque Papiniano delineava: nel caso proposto non serve né l'*actio commodati* né l'*actio depositi*; e non esiste nessuna altra azione edittale o usuale; ma se l'attore lamenta una violazione della *fides*, cioè un comportamento del convenuto che viola, alla luce dei principi della buona fede oggettiva, il tenore dell'accordo, il caso deve considerarsi appartenere all'ambito che viene protetto mediante l'*actio civilis in factum*.

Da tutto quanto abbiamo osservato, non risulta eliminato lo iato fra il pr. e i due paragrafi seguenti di D. 19,5,1, ma pare chiaro che in questi ultimi due paragrafi Papiniano, partendo da Labeone, presentava l'*actio in factum civilis*, e la presentava – stando almeno all'esemplificazione che all'uopo egli impiegava – come un'azione di buona fede, e precisamente un'azione contrattuale generale che non supera solo la tipicità delle azioni, ma può anche superare la tipicità dei contratti.

Fra le informazioni che possono servirci a delineare un profilo dell'*actio in factum civilis* si devono comprendere anche quelle che riguardano la sua formula. Il dato testuale, a questo fine, ci proviene dallo scolio Μαθών di Stefano, che si legge

<sup>11</sup> Il DE FRANCISCI, *Synallagma* I, 180 (in fine) s. con le n. 1 e 2 – dove cita invano Paul. D. 14,2,2 pr. e si vale di un'osservazione di Calixte ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis*, Paris 1866, 89 n. 1 (il quale invece vedeva perfettamente le cose) – dimostra di non aver capito bene il senso pratico del problema posto nel passo.

in B. 11,1,7<sup>12</sup>. Per poter meglio apprezzare il tenore del testo, credo sia meglio inquadrare brevemente le righe che ci interessano.

Il testo commentato, e tradotto all'inizio di B. 11,1,7, corrisponde ad Ulp. D. 2,14,7 pr.-2. Nello scolio che vi segue dobbiamo raggiungere il punto in cui lo scoliaste considera il luogo del § 2, dove, nel Digesto, leggiamo: *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 facies: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem*. A questo nel Digesto seguono le parole che riguarda il passaggio di Stefano per noi più rilevante: *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*. La parte, che nello scolio precede il riferimento a queste ultime righe – che ho indicato come per noi più rilevanti – si concludeva con l'affermazione (dello scoliaste) che in presenza di una convenzione atipica, ma che deve essere riconosciuta come contratto<sup>13</sup>, si deve dare l'azione civile *praescriptis verbis* in alternativa con la *condictio causa data causa non secuta*. E poi lo scoliaste si concentrava sull'esame dell'*actio in factum civilis* (come si sarà notato, denominata anche, in alternativa, *praescriptis verbis*). La sua frase conclusiva della parte precedente (quella che finora abbiamo riassunto) è dunque: Καθώς εἶπον, δὸς τὴν μφάκτουμ τὴν πολιτικὴν. “Come ho detto, dà l'*actio in factum civilem*”. Con qualche pasticcio sul nome di Mauriciano (che alla fine diventa Marciano) ed anche un po', nella prima frase, con una ricostruzione arbitraria dei rapporti fra i giuristi, lo scolio prosegue in questi termini: “E infatti anche Ulpiano, consultato da Maurizio, decide in questo senso. Vedi il suo responso, e in che modo Marciano lo abbia annotato. Ti ho dato – disse – il mio schiavo Stico perché tu facessi la *manumissio* del tuo schiavo Panfilo. Dopo che tu avevi fatto la *manumissio* di Panfilo, lo Stico, che ti avevo dato, risultò appartenere ad un terzo e (ti) venne evitto. Si chiede: che azione hai tu contro di me? E Giuliano disse: ho l'azione pretoria *in factum*;<sup>14</sup> ma Marciano (annota) presso di lui: non hai deciso correttamente per l'azione pretoria:<sup>15</sup> ciò che è stato concluso fra noi, tra te e me, anche se non venga ad assumere una speciale denominazione di contratto,

<sup>12</sup> Heimb. I, 559 s.; Schelt. BI, 188. Queste indicazioni di pagine si riferiscono solo alla parte che, del lungo scolio, ora ci interessa.

<sup>13</sup> Non mi curo qui delle condizioni alle quali Stefano subordinava il riconoscimento come contratto di una convenzione atipica.

<sup>14</sup> A questo punto Scheltema introduce la frase (della quale non c'è traccia in Heimbach): καὶ τοῦτο γὰρ τὸ πραεσοζίπτις βέσβις. Credo sia corretto tralasciarla, per il suo evidente aspetto di glossema nello scolio, se così posso esprimermi.

<sup>15</sup> A questo punto Scheltema inizia la frase successiva con un Καὶ (nessuna traccia in Heimbach), che ritengo corretto ignorare.

si chiama tuttavia contratto. E se siamo nel campo dei contratti non si dà un'azione pretoria *in factum*, ma quella (*in factum*) civile". A questo che ho tradotto, segue immediatamente:

Διὸ δίδωμι τὴν ἰγκέρταν, τουτέστιν τὴν πραεσκριπτις βέρβις, ἥτις διηγεῖται μὲν ὡς ἐν δεμονστρατίῳ τὸ πρᾶγμα, μετέρχεται δὲ εἰς ἰντεντίονα ἰγκέρταν, καὶ καταλήγει<sup>16</sup> λοιπὸν εἰς τὸ κοινὸν τέλος, τουτέστι τὴν συνήθη κονδεμνατίῳνα.

Che proseguirei a tradurre così<sup>17</sup>: “Pertanto io riconosco l’(*actio*) *incerta*, cioè l’(*actio*) *praescriptis verbis*, la quale descrive l’affare in forma di *demonstratio*, prosegue<sup>18</sup> con un’*intentio incerta*, e conclude infine nel modo comune, cioè con l’usuale *condemnatio*.”

La valutazione dello scolio di Stefano<sup>19</sup> ha conosciuto una vicenda caratteristica nella letteratura romanistica, naturalmente legata alla *Interpolationenjagd* contro la classicità dell’*actio in factum civilis*. Per fortuna oggi non è più necessario criticare quella letteratura interpolazionistica. Per quanto riguarda in particolare lo scolio di Stefano, possiamo limitarci a rilevare l’assurdità dell’idea che guidava quei critici, quando in buona sostanza venivano a pensare che un giurista bizantino, parlando di un’azione che presentava come risalente ai giuristi classici (ed evidentemente, per coloro che quell’idea professavano, consapevole che essa non lo fosse),

<sup>16</sup> Heimbach (p. 560) invece di *καταλήγει* (Skeltema) scrive *καταλύει*. Ma il senso non cambia.

<sup>17</sup> Aggiungo, per un eventuale confronto con la mia italiana, le due traduzioni latine: A) di HEIMBACH (I, p. 560): *Ideo incertam tribuo, id est, praescriptis verbis actionem, quae rem quasi demonstrationis causa enarrat, in intentionem incertam transit, et in fine communi, id est, in condemnatione consueta desinit*. B) di SANTORO (p. 76): *Ideo incertam tribuo, id est, praescriptis verbis actionem, quae factum quasi in demonstratione enarrat, in intentionem incertam transit, et in fine communi, id est, in condemnatione consueta desinit*. E riporto infine quella (italiana) del FERRINI, *Sull'esistenza della formula prohibitoria nell'albo pretorio*, in *Per l'VIII centenario della Università di Bologna. Studi giuridici e storici*, Roma 1888, 88: “[Nel fr. 7, § 2 *de pactis* (2,14) = Ulp. IV *ad edictum*, si fa un’ottima descrizione dell’*actio praescriptis verbis* che] espone a mo’ di *demonstratio* il fatto e poi procede a una *intentio incerta* e termina nel solito modo, cioè nella consueta *condemnatio*”. (Il saggio del Ferrini è ripubblicato nelle sue *Opere* II, Milano 1928, 145 ss.; vedi p. 149 s.).

<sup>18</sup> Il verbo usato (*μετέρχομαι*) contiene l’idea che la clausola alla quale qui si passa (l’*intentio*) sta in mezzo, fra le altre due.

<sup>19</sup> Sulla storia della valutazione dello scolio di Stefano si legga LENEL, *Essai de reconstitution de l'Edit perpétuel* (trad. fr. F. Peltier) II, Paris 1903, 16 ss. (d’ora in poi cit. LENEL, *Edit perpétuel*; sul testo tedesco che il Peltier ha tradotto vedi la *Préface de l'édition française*, scritta dal Lenel, che si legge nel vol. I, Paris 1901, VII s.). Si tratta del § 112 (che corrispondeva al § 110 di EP<sup>1</sup>, e che corrisponde ancora al § 112 di EP<sup>3</sup>) *de Aestimato*. Questo punto della traduzione francese dell’*Edictum* di Lenel è particolarmente interessante (e per questo tengo a riproporne la lettura) perché egli vedeva ancora le cose in modo corretto, prima di seguire, nella terza edizione, la *nouvelle vague* interpolazionistica a proposito dell’a. *praescriptis verbis*. Per il modo di ragionare di questa *vague* a proposito dello scolio di cui ci stiamo occupando, può leggersi come esempio parametrico quanto scriveva il DE FRANCISCI, *Synallagma* II, 24 ss. Per la letteratura recente, si deve far capo a SANTORO, in part. 79 ss.; da ultimo vedi VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 138 ss.

dovesse anche indugiare ad inventarne la formula, quando al suo tempo la formula non serviva comunque più. Non è possibile, ragionando senza pregiudizi, discostarsi dalla posizione che il Ferrini assumeva in poche parole, subito dopo aver tradotto lo scolio, nel luogo che abbaiano da poco citato<sup>20</sup>: “descrizione, che mentre si deve ritenere esatissima, poiché risponde benissimo a tutte le altre testimonianze (cfr. p. es. C. 2,4,6), rivela una buona conoscenza degli schemi formulari e certo deriva da un tempo, in cui tali schemi non erano caduti ancora in dimenticanza”.

Mi limiterò dunque a svolgere alcune considerazioni, che mi paiono poter essere utili anche se inserite nella visuale della letteratura giuridica attuale.

Lo scolio di Stefano presenta una formula dell'*actio in factum civilis* (o *praescriptis verbis*) che è esattamente quella che ci attenderemmo dopo avere determinato la funzione dell'azione stessa<sup>21</sup>. Si trattava di un'azione contrattuale generale, sussidiaria rispetto alle azioni contrattuali tipiche. Dunque, lo schema formulare doveva essere quello di un'azione contrattuale; per essere generale, non doveva contenere l'allusione ad un contratto specifico; la denominazione dell'azione (*actio in factum civilis*) ci dice precisamente come ciò venisse realizzato: con una descrizione *in factum* dell'affare dedotto in giudizio. Dove si trovava, nelle azioni contrattuali, la descrizione dell'affare dedotto in giudizio? Nella *demonstratio*. Dunque l'affare dedotto in giudizio con l'azione civile *in factum* doveva essere descritto nella *demonstratio*. Tutto ciò, precisamente, diceva anche Stefano.

E le notizie di Stefano vengono confermate da un testo che, pur se perfettamente compreso, non credo sia in generale stato valutato esattamente (neppure, in passato, da me stesso). Si tratta di un testo scritto in modo narrativo: vi si racconta come si pensò ad introdurre nell'editto pretorio la clausola *de aestimato*, applicando alla relativa fattispecie la tutela mediante l'*actio praescriptis verbis*:

D. 19,3,1 pr. (Ulp. 32 *ad edictum*): *Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res estimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conventret tamen aliquam actionem dari, dandam [aestimatoriam] praescriptis verbis actionem; est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.*

Questo testo, come ricordava il Lenel nella citata edizione francese del suo *Edict perpétuel*, ha subito critiche interpolazionistiche ancor prima che s'intensificasse la

<sup>20</sup> Vedi sopra, n. 17. In quella sede il Ferrini per primo (come poi confermerà il LENEL, *Edict perpétuel* II cit., 18 con la n. 5) segnalava lo scolio di Stefano come fonte importante, ma “ignorata dai restitutori dell'Editto e dagli scrittori di procedura romana”.

<sup>21</sup> Cfr. CANNATA, *Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura* 21(1970), 65.

guerra contro l'*actio praescriptis verbis*, ed egli stesso – che a quel tempo non aveva ancora assunto la decisa posizione in tal senso che esporrà nell'edizione del 1927<sup>22</sup> – in tale sede manifestava dei dubbi, ed in particolare scriveva: “Le passage qui va des mots «quotiens enim» jusqu'à ceux «bona fide» est, sans aucun doute, interpolé; il est suspecte pour bien des raisons<sup>23</sup>, mais surtout parce qu'Ulpian n'a certainement pas pu dire que, dans tous les cas où il y avait lieu d'hésiter sur l'action à employer, on pouvait se servir de l'*actio aestimatoria*”. Quest'ultima affermazione è certo incontestabile; ma essa richiede solo, direi, di considerare la denominazione specifica dell'azione (*aestimatoriam*) come un glossema – l'ho segnato sopra, come unica modifica del testo –, proveniente da uno di quegli un poco ottusi completomani, dai quali provengono non pochi altri più o meno innocui glossemi sparsi qua e là nelle nostre fonti.

Quel che credo piuttosto si deva ancora sottolineare, è che in questo testo non è in gioco un impiego dell'*actio praescriptis verbis* per la tutela di un contratto innominato. Il problema trattato s'inquadra nell'applicazione dell'azione contrattuale generale descritta nel § 1 di Pap. 19,5,1: il *rem aestimatam vendendam dare* non è un contratto innominato; si tratta di una situazione riconducibile ad un contratto tipico, ma è troppo controverso se si tratti di vendita, *locatio*, *conductio* o mandato perché l'attore possa esser tranquillo scegliendo una delle relative formule. La controversia non è sulla tutelabilità come contratto del relativo accordo (diceva Ulpiano esser certo che *convenit aliquam actionem dari; est enim negotium civile gestum et quidem bona fide*), ma – come diceva ancora il giurista – *de nomine contractus ambigitur*.

Oltre a ciò, il contributo di questo testo è nel senso che esso non soltanto ci assicura che l'*actio in factum civilis* era un'azione di buona fede (lo si desumeva anche da Pap. D. 19,5,1,2), ma ci informa di questo in una prospettiva particolare, che credo dobbiamo tenere ben presente, in quanto ci fa toccare con mano la visuale che un giurista classico come Ulpiano – imbevuto della tradizione di pensiero dei suoi predecessori al punto da apparire in generale come un fedele ed intelligente epigono di limitata originalità – adottava parlando di questi problemi. Egli scriveva, per motivare il ricorso all'*actio praescriptis verbis*, che '*cum res estimata vendenda datur, ... est ... negotium civile gestum et quidem bona fide*', vale a dire che il negozio concluso dalle parti corrisponde ad una fattispecie ne-

<sup>22</sup> EP<sup>3</sup>, 300 ss.

<sup>23</sup> A questo punto il LENEL inserisce una nota (*Edit perpétuel* II cit, p. 16 n. 5) dove cita IHERING, *Jahrb. F. Dogm.* XV, 384 s.; KARLOWA, *das Rechtsgeschäft*, 250 s. (in realtà andrebbe scritto ss.); GRADENWITZ, *Interpolat.*, 109. L'opinione dello Jhering è riportata dal KARLOWA (*Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin 1877, 250 s.); il pensiero del GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin 1887, 109, inserito in un discorso sulla terminologia *iudicium* o *actio bonae fidei*, *iudicium strictum* o *actio stricta*, (p. 195 ss.), ha per noi un interesse molto limitato. Nell'*Ind. Itp.* (dove naturalmente si trova indicata la copiosa letteratura interpolazionistica successiva) l'opinione dello Jhering non è menzionata.

goziale del diritto civile, e precisamente appartenente all'insieme di quelle rette dal principio della buona fede oggettiva. Come abbiamo potuto precisare, Ulpiano si esprimeva in questo modo per un accordo che rientra nell'elenco dei contratti tipici, anche se è controverso se il tipo sia l'uno o l'altro di quelli noti. Ma ciò lascia facilmente desumere che per le situazioni atipiche si ragionasse allo stesso modo: l'azione contrattuale generale è un'azione sussidiaria rispetto alle azioni contrattuali tipiche, e deve impiegarsi se l'affare concluso dalle parti esiga di essere giuridicamente disciplinato come un negozio per il quale è appropriato il regime civilistico fondato nel criterio interpretativo e normativo della buona fede.

A questo punto siamo perfettamente in grado di ricostruire la formula dell'*actio praescriptis verbis*; ma facendolo abbiamo la soddisfazione di constatare che il Lenel già vi aveva provveduto, ed in modo impeccabile, quando scrisse il testo che venne pubblicato nella traduzione francese del suo *Edictum perpetuum* fatta dal Peltier<sup>24</sup>, ed egli credeva ancora alla classicità dell'azione. La sola cosa che il Lenel non vedeva correttamente (o almeno a noi oggi pare così) era la storia del rimedio, perché riteneva che esso fosse stato dapprima introdotto nell'editto per l'*aestimatum*, e che tale formula fosse poi servita come modello per l'*actio praescriptis verbis* generale<sup>25</sup>. Il lettore vorrà prescindere dall'allusione a questa prospettiva storica del Lenel, ma ritengo assai utile rileggere il suo testo, per le considerazioni, anche se brevissime, che contiene:

“Sil l'on admet que l'*actio de aestimato* a servi de modèle à l'*actio praescriptis verbis* générale, il nous est loisible d'utiliser ce que nous savons sur la formule de cette dernière pour reconstituer celle de la première et réciproquement. Or, voici ce que nous savons: l'*actio praescriptis verbis* est très souvent, régulièrement même, qualifiée d'incerti civilis actio par les jurisconsultes classiques; cela suppose une intentio in ius concepta: quidquid d.f.o. Nous n'avons, de plus, aucune raison de nous défier du témoignage des Institutes, quant elles nous disent, au § 28 de action. (4. 6), que l'*actio aestimatoria* et l'action naissant de l'échange étaient de bonne foi. L'expression «praescripta verba» signifie que l'affaire servant de base à l'action devait, puisqu'elle n'avait pas de nom technique, être décrite au seuil de la formule. L'hypothèse d'après laquelle cette description était faite dans une praescriptio n'est point justifiée par le nom donné à notre action. Je ne vois pas pourquoi le préteur aurait abandonné ici la forme usuelle de la demonstratio<sup>26</sup>. Une demonstratio ainsi conçue :

<sup>24</sup> *Edict perpetuel* II, 17 s.

<sup>25</sup> Per quest'idea il LENEL, *Edict perpetuel* II, 17 n. 5, trovava un indizio testuale in I. 4,6, 28, dove nell'elenco dei *bonae fidei iudicia* si legge: *praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit*.

<sup>26</sup> Qui (a p. 18 n. 5), il Lenel cita C. 2,4,6 (a. 230) dove si legge: *actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat*.

*Quod A<sup>s</sup>A<sup>s</sup> N<sup>o</sup>N<sup>o</sup> mensam argenteam aestimatam vendendam dedit, q.d.r.a.*

pouvait parfaitement remplir le but poursuivi. Nous obtenons ainsi une formule conforme à celle des autres b.f. iudicia; et ce résultat est parfaitement confirmé par la schol. 1 in Bas. XI,1,7 (Stéphane?) et sur lequel FERRINI a appelé l'attention<sup>27</sup> ...”

Siamo dunque in grado, a seguito di tutto ciò, di proporre la formula dell'*actio in factum civilis* (o *actio praescriptis verbis*) nel modo più ovvio, e partendo da una base sicura, mettendo a partito la formula, che Gai. 4,47 ci fornisce completa, dell'*actio depositi in ius concepta*, ponendo nella *demonstratio* – come esempio – la descrizione dell'accordo che abbiamo incontrato sopra, leggendo Ulp. D. 2,14,7,2:

*Titius iudex esto. Quod Aulus Agerius Numerio Negidio servum Stichum dedit ut Numerius Negidius servum Pamphilum manumitteret, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius Titius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.*

2. – Le conclusioni che abbiamo raggiunto a proposito della formula dell'*actio in factum civilis* potrebbero essere rimesse in discussione dando rilevanza alla diversa denominazione che, come abbiamo già visto, le è attribuita nelle fonti<sup>28</sup>. In effetti, l'idea è del tutto plausibile, perché la denominazione di *actio praescriptis verbis* fa senza dubbio, ed anche più esplicitamente della sua alternativa, riferimento alla formula. Di conseguenza, se ne potrebbe desumere che la relativa formula non comprendesse una *demonstratio*, perché la descrizione dell'affare dedotto in giudizio le sarebbe stato premesso in una *praescriptio*. Una simile tesi è stata sostenuta più volte, a partire dal Kniep<sup>29</sup>, che – per lo stesso caso sul quale ho costruito la formula da me proposta poc'anzi – indicava la formula seguente<sup>30</sup>:

*Ea res agatur quod A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> Stichum servum suum dedit, cum inter A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> et N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> convenisset, ut hic Pamphilum servum suum manumitteret; quidquid paret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> d. f. o. ex fide bona, eius iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c.s.n.p.a.*

Si vede subito che una formula di questo genere – anche lasciando da parte il suo carattere un po' pletorico – non potrebbe tecnicamente funzionare. La *prae-*

<sup>27</sup> Segue la parte – a cominciare da ἤτις – dello scolio che ci è noto e che abbiamo riportato sopra. Per la citazione del Ferrini, vedi sopra, n. 17.

<sup>28</sup> Non considero qui la terza denominazione (*actio civilis incerti*), della quale ci occuperemo *infra*, nel § 3.

<sup>29</sup> KNIEP, *Praescriptio und pactum*, Jena 1891, 67-82 (il LENEL, *Edit perpétuel*, 18 n. 3 cita p. 69 s., ma è utile leggere tutta la parte che ho indicato).

<sup>30</sup> KNIEP, *Praescriptio* cit., 75.

*scriptio* non fa parte della formula, perché non ne rappresenta una clausola, ma le viene premessa; e siccome la formula s'inizia con la nomina del giudice, quella proposta dal Kniep andrebbe completata così:

*Ea res agatur quod A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> Stichum servum suum dedit, cum inter A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> et N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> convenisset, ut hic Pamphilum servum suum manumitteret.*

*Titius iudex esto. Quidquid paret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> d. f. o. ex fide bona, eius iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c.s.n.p.a.*

Così appare evidente che il Tizio nominato giudice riceverebbe un *iussum iudicandi* nel quale risultano bensì precisate le parti, ma manca l'indicazione dell'oggetto del giudizio. Questo stesso difetto vizia la formula che di recente ha proposto il Varvaro<sup>31</sup>, per l'*actio praescriptis verbis* di cui si parla in C. 2,4,6, un rescritto di Alessandro Severo dell'anno 230, nel quale l'azione è, per altro, espressamente indicata come *actio quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat*, parole che devono essere intese come allusive ad una *demonstratio* che sta, nella formula, al primo posto<sup>32</sup>.

Le considerazioni che, nell'insieme del suo libro, svolge il Varvaro meritano certo di essere valutate in modo più attento, e cercherò fra poco di farlo; ma discutendo queste cose, comunque, non si deve trascurare un dato, che risulta inequivoco da quel che Gaio esponeva nei paragrafi 130-137 del quarto libro del suo manuale, parlando delle *praescriptiones pro actore*, come esse si presentavano nella procedura formulare a lui contemporanea. Tutto quel che vien detto nella sequenza che stiamo considerando si basa su di un'affermazione precisa: quella del § 132<sup>33</sup>, secondo la quale la *praescriptio*, nel testo del decreto col quale il pretore nomina il giudice e gli ordina di giudicare fra certe parti e su di una certa controversia, è scritta prima della *formula*. Quando poi Gaio (nel § 136) spiega che vi sono casi nei quali la formula si presenta con una *praescriptio* inserita dentro il suo contesto, e precisamente nella sua *demonstratio* (*ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis*)<sup>34</sup>, indica un esempio nel quale è necessario inserire nella for-

<sup>31</sup> VARVARO, *Ricerche* cit., 137.

<sup>32</sup> Soluzione che l'autore stesso (VARVARO, p. 137 s.) non trova ragioni serie per respingere. Vedi anche qui sopra, n. 26, per il pensiero del Lenel.

<sup>33</sup> *Praescriptiones autem appellatas esse ab eo, quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est.* Questo testo, come la notizia che esso contiene, sono ovviamente ben noti al VARVARO, che li inserisce come dati del proprio discorso già a partire da *Ricerche* cit., 10 con le n. 6 e 7.

<sup>34</sup> Mi sembra chiaro (anche dall'insieme dell'analisi che Gaio fa – a partire da 4,39 – della struttura della formula) che con le parole citate Gaio intendesse con '*praescriptio*' alludere alle sole parole '*cuius rei dies fuit*', e dicesse che esse – in questo caso – compaiono nella *demonstratio* invece che prima della formula, e non, come intende il VARVARO, *Ricerche* cit., 124 ss. (con la lett. cit. in part. alla n. 479), che la *praescriptio* sarebbe sempre costituita (tanto nel caso del § 136 quanto in quelli del § 137) dall'intera frase *quod AA de NN* etc., che nel caso del § 136 sarebbe inserita nella formula al posto (cioè: invece) della *demonstratio*. Siccome è evidente che nella formula presente in Gai. 3,136 la frase

mula l'indicazione che Gaio stesso considera propria di una *praescriptio*, perché essa in tali casi è assolutamente rilevante per determinare i compiti del giudice: dal che si desume che la presenza di un dato nella *praescriptio* non limita di per se stesso i compiti del giudice. La riprova di questo la si trae da Gai. 4,137: nei due casi di *actio ex stipulatu incerti* esercitata dallo *stipulator* contro lo *sponsor* o il *fideiussor* del debitore, Gaio enuncia i testi delle due *praescriptiones*, e precisa che dopo ciascuna di esse, nel rispettivo impiego pratico, *formula subicitur*, il che significa che la formula dell'azione segue tutta intera, senza varianti; e ciò assume un significato preciso in quanto la formula in questione è sempre quella dell'azione che Gaio aveva enunciato nel § 136<sup>35</sup>, dove compariva *loco demonstrationis* la *praescriptio* '*cuius rei dies fuit*', che compare anche nelle due *praescriptiones* del § 137. Questo significa che, se in un caso, nel quale un soggetto si sia impegnato a prestazioni periodiche, sia intervenuto un garante ed il creditore intenda agire contro il garante per l'inadempimento delle prestazioni scadute, il decreto pretorio conterrà la *praescriptio* con la limitazione '*cuius rei dies fuit*' e la formula con la stessa limitazione<sup>36</sup>.

Valendoci dell'esempio relativo all'azione esercitata contro lo *sponsor*, il decreto assumerebbe dunque una forma di questo genere:

*Ea res agatur quod A. Agerius de L. Titio (incertum)*<sup>37</sup> *stipulatus est, quo nomine N. Negidius sponsor est, cuius rei dies fuit.*

*Titius iudex esto. Quod A. Agerius de N. Negidio (incertum) stipulatus est, cuius rei dies fuit, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet (et reliqua).*

Tutto ciò perché evidentemente la *praescriptio* propriamente detta (cioè pre-messa alla formula) non limita di per se stessa i compiti e i poteri del giudice, ma solo permette all'attore di limitare la propria domanda in modo per lui opportuno.

Secondo Gai. 4,131a, le cose stanno diversamente quando la *praescriptio* '*ea res agatur de fundo mancipando*' venga preposta alla formula dell'*actio empti*. In questo

<sup>35</sup> *'quod A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> de N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> incertum stipulatus est, cuius rei dies fuit'* è nel suo insieme una *demonstratio*, la *praescriptio* vi è inserita (*inserta!*) e non la sostituisce: '*loco*' non può significare "in luogo di", ma "a quel posto", come nell'espressione '*eo loco locatus*' (Cic., Brut. 209; Cic., Lael. 12,40); quindi qui *inserta loco demonstrationis* = "inserita nel contesto della *demonstratio*".

<sup>35</sup> A scanso di equivoci: in Gai. 4,136 Gaio dava la formula dell'*actio ex stipulatu incerti* per il caso di un credito di prestazioni dovute (in modo continuo o periodico) per un certo tempo non ancora interamente trascorso, e tale formula serve tanto per l'azione contro il debitore principale quanto per quella contro un garante; in quest'ultima ipotesi (solo in questa: e Gaio ne fa due esempi) la *res in iudicium deducta* verrà precisata anche con la *praescriptio* che precede la formula.

<sup>36</sup> Che nei casi di Gai. 4,137 le parole '*cuius rei dies fuit*' non fossero inserite nella formula, ma solo nella precedente *praescriptio*, sostiene il VARVARO, *Ricerche* cit, 120 s., ma non adduce ragioni che possano considerarsi argomenti, neppure riprendendo il tema a p. 124 ss.

<sup>37</sup> Ho messo, qui e poco dopo nella formula, *incertum* fra parentesi, perché probabilmente tale parola non era presente nella formula, e Gaio la usava per sintetizzare la concreta indicazione dell'oggetto della prestazione che l'attore intendeva essergli dovuta.

caso della *praescriptio* non è prevista alcuna menzione nella formula: la *praescriptio* permette solo all'attore di far valere il suo solo diritto ad ottenere la *mancipatio* della cosa senza consumare le sue pretese alle altre prestazioni *ex empto*, ma i poteri del giudice non sono limitati. Questo è necessario perché nell'azione da compravendita l'inadempimento anche di una singola prestazione implica la valutazione dell'insieme del rapporto contrattuale<sup>38</sup> e l'*officium iudicis* deve quindi mantenere tutta la sua ampiezza<sup>39</sup>. La *praescriptio*, dunque, in questo caso, vincolerà solo l'attore a non far valere altre pretese – se le facesse risulterebbero dunque irricevibili, perché il giudice deve tener conto dell'intero comportamento negoziale delle parti, la *praescriptio pro actore* è stata richiesta da costui<sup>40</sup>, e questa richiesta fa dunque parte del suo comportamento negoziale – e nel contempo gli permetterà di non consumare, con la *litis contestatio*, l'azione in funzione di tali residue pretese.

Ritornando a considerare il pensiero del Varvaro, devo dire che il suo accanimento nel ricostruire la formula dell'*actio praescriptis verbis* come una formula munita di *praescriptio* e non di *demonstratio* mi pare del tutto ingiustificato nel contesto stesso del suo articolato discorso sulla *praescriptio* in generale.

Devo necessariamente, riassumendo le linee direttrici del libro del Varvaro<sup>41</sup>, premettere che non lo faccio volentieri, in quanto così lo presento – magari a lettori che ancora non lo conoscono – privandolo delle accurate analisi, giuridiche e filologiche, che ne costituiscono il connettivo più vivace. Comunque: la prospettiva generale della sua ricerca mira a ritrovare un'identità nella funzione dei due tipi di *praescriptiones*, quella *pro reo* e quella *pro actore*, reperendola nel fatto che entrambe hanno lo scopo, e infine la portata, di determinare l'estensione e gli effetti della *litis contestatio*. Quel che ci dice Gaio, che al suo tempo non esistevano più *praescriptiones pro reo*, perché queste si erano tutte trasformate in *exceptiones*, è una vicenda che riguardò unicamente eccezioni processuali, e forse esclusivamente quelle pregiudiziali (Gai. 4,133; Gai. D. 10,2,1,1); in questo campo, dunque, la *praescriptio pro reo* svolgeva una funzione determinatrice della *res qua de agitur*, e quindi incideva sugli effetti della *litis contestatio* con riguardo alla *causa actionis*. Ma una funzione analoga il Varvaro la riscontra per la *praescriptio pro actore*, perché sono testimoniate formule con *praescriptio pro actore* nella quale si indicava il

<sup>38</sup> Quel che si legge in Gai. 4,61 non si riferisce precisamente a quel che sto dicendo, ma certo lo implica.

<sup>39</sup> Si veda la nota affermazione di Gai. 4,114, che nei processi di buona fede l'*officium iudicis* è *liberum*.

<sup>40</sup> Lo sottolinea bene ancora il VARVARO, *Ricerche* cit., 108 (il capoverso con le n. 416-418); anche p. 118 presso la n. 460.

<sup>41</sup> Nel suo lavoro il Varvaro – che dimostra una notevole conoscenza di tutta la letteratura sul tema trattato – appare nelle sue conclusioni ispirato in particolare da WLASSAK, *Praescriptio und dingter Prozess*, in *ZSS* 33 (1912), 81 ss.; SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris*, Wien-Köln-Graz 1974; KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup> 1996; e si confronta con i lavori recenti: PELLECCHI, *La praescriptio*, Padova 2003; FIORI, *Ea res agatur*, Milano 2003.

fatto costitutivo dell'obbligazione dedotta in giudizio (Gai. 4,136 e137), e quindi la *praescriptio* vi limitava, e così determinava, la *causa petendi* (e non solo il *petitum*). Ed anche la *praescriptio pro actore* conobbe una storia analoga a quella della *praescriptio pro reo*, nel senso che essa pure tese a diventare parte della formula. L'evoluzione in questo senso della *praescriptio pro actore* sta alla base delle formule con *demonstratio*, e quindi – anche se non eliminò del tutto, come avvenne invece per la *praescriptio pro reo*, il suo modello estraneo alla formula – ebbe un'importanza la cui portata si misura in particolare nel ruolo che essa rivestì nella costruzione del sistema romano dei contratti consensuali.

Ora, ammettiamo senza riserve queste conclusioni del Varvaro, ed in particolare quelle che riguardano l'evoluzione delle azioni contrattuali. Questa ammissione la faccio solo in funzione della considerazione che enuncerò subito: ma voglio sottolineare che essa non vuol contenere un più o meno velato dissenso rispetto alla costruzione dell'autore: se il suo pensiero è troppo complesso perché possa essere accettato integralmente senza discussione, il suo lavoro è anche troppo seriamente condotto per rifiutarne allo stesso modo le conclusioni.

Ma una domanda sorge spontanea.

Il Varvaro ha la sapienza di astenersi, lungo tutto il suo lavoro, dalla tentazione di datare con precisione gli eventi dell'evoluzione che descrive. In sostanza, noi non possiamo apporre date precise non solo all'inizio della vicenda del riconoscimento dei singoli contratti consensuali, né al momento, o ai vari momenti, nei quali le singole azioni per i diversi contratti tipici passarono da una struttura che avrebbe implicato una *praescriptio* scritta prima della formula a quella di formule con *demonstratio*. Ma una cosa appare certa: che l'azione contrattuale generale – cioè l'*actio in factum civilis* o *actio praescriptis verbis* – non poté essere introdotta se non dopo le singole azioni tipiche. A noi non consta un impiego dell'*actio praescriptis verbis* prima di Labeone, ma è certo che essa acquistò solo con l'opera di questo giurista la sua importanza come azione contrattuale generale. Ora, se fu Labeone a crearla o ad estenderne l'uso come azione contrattuale generale, non si vede perché egli avrebbe dovuto adottare una formula con *praescriptio* precedente, e non modellare la formula dell'azione contrattuale generale sulle formule con *demonstratio*, che così ormai certo erano per i contratti tipici. Ammettiamo anche l'assurdo: che l'*actio praescriptis verbis* come azione contrattuale generale abbia preceduto le azioni per i contratti tipici (questo assurdo potrebbe essere ipotizzato aderendo alla vecchia tesi del Magdelain, che taluno ora risuscita, ma senza affrontare i complicatissimi problemi storici che essa comporterebbe<sup>42</sup>): sarebbe mai possibile pensa-

---

<sup>42</sup> Rinvio a quanto brevemente osservavo in proposito nella comunicazione (*La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica*) che ho letto al congresso SIHDA di Friburgo (2008), e che è in corso di stampa in un omaggio previsto per Felix Wubbe. Dai risultati di quel contributo dipende anche il fatto che nello scritto presente io parli sempre, per il diritto romano classico, di "azioni contrattuali" intendendo riferirmi alle azioni a tutela dei soli contratti consensuali.

re che tale azione, adottata e praticata come azione contrattuale generale da Labone in poi, lo sarebbe stata senza adeguarne la formula a quelle delle azioni contrattuali tipiche, delle quali l'azione contrattuale generale era sussidiaria? E si tenga anche conto del fatto che l'*actio praescriptis verbis* non fu azione edittale fino alla sua formulazione per l'*aestimatum*: e anche in quest'occasione si sarebbe inserita nell'editto un'azione con la *praescriptio* fuori della formula, a costituire l'unica azione contrattuale con quella struttura? A rendere assolutamente fantastico tutto ciò basta la semplice osservazione del Lenel, che abbiamo letto sopra: "Je ne vois pas pourquoi le préteur aurait abandonné ici la forme usuelle de la *demonstratio*".

3. – Finora abbiamo considerato due alternative nella denominazione dell'*actio* della quale ci stiamo occupando, ma in realtà esse sono tre: perché in alcuni passi risulta anche impiegata quella di *actio civilis incerti*. Come abbiamo già visto, nella traduzione francese del suo libro sull'editto perpetuo il Lenel<sup>43</sup> diceva che questa denominazione è assai frequente, tanto da potersi considerare, per i giuristi classici, normale. Per quanto riguarda le considerazioni che abbiamo fatto finora, l'appellativo di *actio civilis incerti* non suscita in se stessa alcun problema: come scriveva lo stesso Lenel, essa rinvia ad una formula con *intentio incerta*, in *quidquid dare facere oportet*, e possiamo tranquillamente aggiungere, per le considerazioni che abbiamo fatto, ad una precedente *demonstratio*.

Ora, quanto alla terminologia relativa all'azione contrattuale generale, si deve dire che la letteratura recente – voglio dire quella che ammette ormai che il diritto classico conoscesse una tutela civilistica dei contratti innominati – non c'è una vera unanimità. Già accennavo sopra che ad alcuni non piace la denominazione di *actio in factum civilis*, che a me sembrerebbe invece la più semplice, tecnica e chiara; ma proprio nel luogo già citato, dove il Burdese la criticava, l'autore prosegue formulando una tesi sull'origine dell'azione di cui stiamo parlando, ma la tesi parte dalla denominazione di *actio civilis incerti*, e rivoluziona un poco tutto il problema: sicché è meglio che io esponga le cose con ordine. Il discorso che dobbiamo fare implica la considerazione di due notissimi testi, che ora riporto solo per comodità

<sup>43</sup> LENEL, *Edit perpétuel* II cit., 17 s. I testi da lui addotti come esempio (p. 18 n. 1) hanno però un atteggiamento variamente oscillante: Ulp. Arist. Cels. Iul. Mauric. D. 2,14,7,2 (dove si legge '*civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis*'); Ulp. D. 10,3,23; Pap. D. 19,5,1-2 (dove in realtà si parla, come sappiamo, di *actio in factum civilis* e di *actio praescriptis verbis*); eod. Paul. fr. 5,1 (dove però la menzione vi sarebbe solo, e incompleta, accettando la correzione – che non si accetta in genere più – *civilem [obligationem] <actionem>*); eod. Pap. fr. 8 (dove si legge solo '*civiliter agi*' e '*praescriptis verbis civiliter et hic agi*'), eod. Ulp. fr. 15 (dove si legge '*civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis*' e Pomp. fr. 16 pr. (dove è invece scritto chiaramente '*civilem actionem incerti competere*'); C. 2,4,33 [34] a. 294 (nel § 1: '*praescriptis verbis actione civili subdita*'); C. 4,64,6 imp. Gordianus ('*praescriptis verbis incertam civilem dandam actionem*'); C. 5,13,1,13 a. 513 (*praescriptis verbis civilem actionem*); C. 8,53 [54], 22 a. 294 (*incerta civili actione*).

del lettore: non è mia intenzione occuparmi in questa sede dell'insieme dei problemi che hanno suscitato. E insieme riporto due altri testi, che pure risultano rilevanti in funzione di queste considerazioni, che dobbiamo fare, sull'*actio civilis incerti*, ed in particolare sul pensiero in proposito del Burdese<sup>44</sup>.

D. 2,14,7,2 (Ulp. 4 *ad edictum*): *Sed 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. 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.*

D. 19,5,5,2 (Paul 5 *quaest.*): *At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem <do>, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio. quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive <de>finitum non fuerit et tantum temporis consumptum sit, ut poterit debueritque manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus convenit. 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><sup>45</sup> civilem.*

D. 12,7,3 (Iul. 8 *dig.*): *Qui sine causa obligantur, incerti conditione consequi possunt ut liberentur: nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat an maiorem quam suscipere eum oportuerit, nisi quod alias conditione id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias ut exoneretur: veluti qui decem promisit, nam si quidem nullam causam promittendi habuit, incerti conditione consequitur, ut tota stipulatio accepto fiat, at si, cum quinque promittere deberet, decem promisit incerti consequetur, ut quinque liberetur.*

D. 13,1,12,2 (Ulp. 38 *ad edictum*): *Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum, cui pignori res data sit, incerti conditione acturum, si ea subrepta est*<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Le idee, che esamineremo, del Burdese sono state riprese e sviluppate dal DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, Padova 2004, in particolare 184 ss. (§ 23 del cap. III, ma leggere da p. 177); 227; 362. Tuttavia ritengo opportuno occuparmi in modo adeguato del pensiero di questo autore nel prossimo articolo, che dedicherò a questa tematica del contratto, e che sarà incentrato sulla nozione labeoniana e aristoniana di *synallagma*.

<sup>45</sup> Non dunque interpolazione ma effetto di *omoioteleuton*. Vedi CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obliegenungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio iuris Romani. Etudes Ankum*, Amsterdam 1955, 68 n. 35.

<sup>46</sup> F<sup>2</sup>: *sit*.

Il Burdese, nel luogo che abbiamo già considerato per la sua critica alla denominazione di *actio in factum civilis*, esaurita questa<sup>47</sup>, passa a considerare la denominazione di *actio civilis incerti*, che egli sottolinea comparire – è la menzione che ci riporterebbe più indietro nel tempo – in Ulp. D. 2,14,7,2 come denominazione impiegata da Mauriciano per individuare l'azione che Aristone, criticando Celso (il quale avrebbe accordato solo la tutela mediante *condictio* basata sulla *datio ob causam*), riteneva appropriata per le convenzioni atipiche di *do ut des* e *do ut facias*; Mauriciano riprendeva la soluzione di Aristone e ne sosteneva l'applicazione per un caso di *facio ut facias*, criticando a questo proposito Giuliano, che vi trovava necessaria un'*actio in factum* pretoria. Il Burdese ammette che la soluzione di Aristone potesse avere un "aggancio" – di cui indizio sarebbe l'impiego di *συνάλλαγμα* presso entrambi i giuristi e nei soli due testi qui in questione – alla definizione labeoniana di contratto che si legge in Ulp. D. 50,16,19. Ma, acquisiti questi dati, l'autore si spinge più in là<sup>48</sup>. Anzitutto, dal fatto che in D. 2,14,7,2 Ulpiano ci informi con precisione che Mauriciano, sostenendo contro Giuliano che nel caso esaminato (*dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas, manumisisti, evictus est Stichus*) non era necessario ricorrere ad un'*actio in factum* (pretoria), in quanto era appropriata l'*actio civilis incerti* (*id est praescriptis verbis* sarebbe "un'aggiunta spuria"<sup>49</sup>), non si richiama a Labeone, ma unicamente ad Aristone, il Burdese desume senz'altro che l'azione proposta da quest'ultimo non era la stessa azione che per il *συνάλλαγμα* era stata proposta da Labeone: il che vuol dire – così mi sembra necessariamente da intendersi il suo pensiero – che l'*actio civilis incerti* di Aristone non era l'*agere praescriptis verbis* labeoniano<sup>50</sup>. E questa idea si fa subito più corporosa: l'*actio civilis incerti* "sarebbe piuttosto da identificarsi con la *condictio incerti*". Più chiaramente<sup>51</sup>: sulla base della nozione di *συνάλλαγμα*, Labeone avrebbe concepito un *agere in factum* con *praescripta verba* per le convenzioni atipiche che presentavano una sicura analogia con le figure contrattuali tipiche; Aristone, staccandosi del tutto dalla tipicità, avrebbe applicato l'*actio civilis incerti*, e cioè la *condictio incerti*, per le convenzioni atipiche considerate come tali (senza considerazione di un'analogia con un contratto nominato), sulla base della nozio-

<sup>47</sup> BURDESE, *Sul concetto* cit., in *Le dottrine* cit., 136, dove conclude sul punto richiamando una mia vecchia ipotesi – enunciata in *Sulla divisio obligationum* etc., in *Iura*, 21(1970), 66 n. 38 in fine – che non è sfuggita al suo occhio attento, ma che non mi sentirei più di riproporre.

<sup>48</sup> BURDESE, *Sul concetto* cit., in *Le dottrine* cit., 137.

<sup>49</sup> In ciò il Burdese aderisce a MELILLO, *Il negozio bilaterale romano. Lezioni*<sup>2</sup>, Napoli 1986, 177 n. 479.

<sup>50</sup> Sull'azione labeoniana vedi BURDESE, *Sul concetto* cit., in *Le dottrine* cit., 134 (inizio del paragrafo 9).

<sup>51</sup> E tenendo anche conto di quanto il BURDESE ha esposto nel paragrafo (8) sulla "tutela processuale delle convenzioni atipiche in Labeone", a p. 131 ss. dell'articolo che sto seguendo (*Sul concetto* cit., in *Le dottrine* cit.).

ne di συνάλλαγμα e con l'esigenza che una delle prestazioni previste per la realizzazione dell'affare oggetto dell'accordo fosse già stata eseguita (probabilmente Aristone avrebbe riconosciuto solo le fattispecie di *do ut des* e *do ut facias*; a quelle nelle quali la prestazione eseguita è di *facere* si sarebbe giunti solo più tardi, comunque con Mauriciano).

Per ora dobbiamo limitarci a considerare questa visuale del Burdese unicamente per ciò che riguarda l'azione. Ma sotto questo profilo una critica mi pare implicita nella formulazione stessa della tesi. Intendiamoci bene, non voglio dire che questa critica sia poi senz'altro corretta, ma solo che, esponendo la tesi del Burdese come io l'ho fatto or ora, chi l'ascolti sarebbe portato a formulare una domanda; ed è una domanda alla quale il Burdese poi risponde: ma credo sia utile, per valutare bene quella risposta, considerare la domanda in se stessa. La domanda riguarda la *condictio incerti*: ma la letteratura relativa dobbiamo lasciarla da parte: già il Lenel aveva detto<sup>52</sup> che in proposito un confronto con tutta la sterminata letteratura era "weder möglich noch nötig"; e neppure la letteratura seguente, per quanto ne so, è di molto aiuto. Ma vediamo di impostare il problema in modo il più possibile corretto, incominciando col formulare la domanda che, come dicevo, mi pare suscitata da quanto scrive il Burdese, e cioè: se l'*actio civilis incerti* era la *condictio incerti*, come poteva essa venire impiegata per una situazione giuridica specificamente qualificata come συνάλλαγμα?

Le risposte possibili alla domanda così formulata sono, parrebbe, soltanto due. La prima risposta è negativa: siccome tutte le *condictiones* che conosciamo si riferiscono ad obbligazioni nate da fonti idonee a creare una sola obbligazione, cioè con effetto obbligatorio strettamente unilaterale, l'*actio civilis incerti* di Aristone non poteva avere nulla a che fare con la *condictio incerti*. La seconda risposta è positiva: nella denominazione di *condictio incerti* il termine *condictio* è impiegato nel suo senso generico di *actio in personam* (Gai. 4.5; I. 4,6,15), e quindi *condictio incerti* significa semplicemente 'actio in personam con intentio incerta'.

Prima di scegliere fra le due alternative, o magari uscire dal rigore di questo dilemma, dobbiamo vedere come la *condictio incerti* compare nelle fonti che la nominano espressamente. I testi rilevanti sono più di quelli che citava il Lenel<sup>53</sup>; già sopra ne ho riportati due, che possono considerarsi parametrici. Ma vediamo le cose un poco più ampiamente:

a) In Iul. D. 12,7,3, che già ho riportato sopra, la *condictio incerti* compare come azione con struttura e funzione strettamente analoga a quella della *condictio* che spetta al soggetto che abbia attribuito senza causa ad un altro la proprietà di una cosa, vale a dire dell'azione che i giuristi classici individuavano come un impiego

<sup>52</sup> EP<sup>3</sup>, 156, n. 1.

<sup>53</sup> LENEL, EP<sup>3</sup>, 156 ss.

particolare della *condictio* “delle cose date senza causa” (*condictio sine causa datorum*) e dai compilatori giustinianei viene piuttosto considerata come una specifica azione tipica detta *condictio sine causa*. La particolarità della *condictio incerti* rispetto all’azione ora descritta (che invece è, naturalmente, una *condictio certi*) dipende da un carattere del fatto al quale essa viene applicata; siamo sempre nella materia dell’arricchimento ingiustificato, ma nel caso l’arricchimento non è consistito nell’attribuzione della proprietà di una cosa (o di cose), bensì nell’attribuzione di un credito: il soggetto arricchente ha effettuato senza causa una *stipulatio* a favore dell’arricchito. Di conseguenza, come spiega precisamente Ulp. D. 12,7,1 pr.<sup>54</sup>, il problema che qui si pone è il seguente: *qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem*. Il fatto dell’arricchimento ingiustificato ha creato bensì a carico dello *stipulator* l’obbligazione di restituire l’entità arricchente, ma questa non consiste in cose – nella proprietà di cose – bensì in un credito; egli sarà dunque obbligato a restituire questo vantaggio, ma ciò non può farsi se non eliminando il proprio credito e il corrispondente debito del *promissor*, cioè eliminando il rapporto obbligatorio stesso (*ipsam obligationem*) che la *stipulatio* ha prodotto. L’obbligazione di restituzione dell’arricchito viene perciò ad avere come oggetto l’esecuzione dell’*acceptilatio* e dunque ad assumere la natura di obbligazione di *facere*: la pretesa alla quale non può essere tutelata se non mediante un’azione per un *incertum*. Così la *condictio* in questione cessa di poter essere una *condictio certi* e deve assumere la forma di una *condictio incerti*. Ma questa vicenda dommatica non esce dal campo del diritto dell’arricchimento ingiustificato, cioè di un’obbligazione *re contracta*<sup>55</sup>, e si riferisce dunque ad una fattispecie che rientra nel normale ambito di applicazione della *condictio*, la quale riguarda le fattispecie che in Ulp. Lab. D. 50.16,19 sono classificate come *actus* e contrapposti al *contractus*, al quale solo si riferisce la nozione di *συνάλλαγμα*. La *condictio incerti* presentata in questo modo da Ulp. D. 12,7,1 pr. è applicata nel § 1 dello stesso testo al caso della *promissio ob causam causa non secuta* e nei paragrafi 2 e 3 in generale a tutti i casi di *promissio sine causa* e *promissio causale causa finita vel non secuta*, ma il modello così descritto compare con gli stessi caratteri in altri testi. Senza pretese di compiutezza, si possono vedere i seguenti. Al già cit. Iul. D. 12,7,3, che parla sempre di *qui sine causa obligantur* in generale, si possono aggiungere Iul. D. 39,5,2 § 3-4 e Ulp. Iul. D. 44,4,7 pr.-1, dove, nel caso in cui B, che si credeva debitore di A, abbia promesso il pagamento, seguendo un *iussus* di A, a T, cui A voleva donare, la *condictio incerti* viene riconosciuta (*ut liberetur*) a B con-

<sup>54</sup> Il testo (Ulp. D. 12,7,1 pr.-3) va considerato a partire dalla sua parte genuina, che s’inizia proprio con le parole che sopra riporto a questo punto. Sul testo rinvio alle spiegazioni che si trovano in CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo I*, Torino 2005, 94 ss.; per l’interpolarazione dell’inizio (*Est-indebitum*) vedi ivi, p. 104 ss.

<sup>55</sup> Sulla natura di *obligatio re contracta* del debito da arricchimento vedi CANNATA, *Materiali cit.*, 92 ss.

tro T; ed ancora, nel caso in cui C abbia promesso per *iussus* di B di pagare ad A una somma che B riteneva erroneamente di dovere allo stesso A, è riconosciuta a C la *condictio incerti* contro A per ottenerne l'*acceptilatio*. Nell'opinione di Pomponio, riportata alla fine di Paul. D. 19,1,5,1, si accorda la *condictio incerti ut liberetur* a chi '*falso existimans se damnatum dare promississet*'. In Paul. D. 46,2,12 il caso che ci interessa (che è nella seconda parte del passo) è il seguente: il creditore X ha delegato, per soddisfare un proprio debitore Z, un altro suo debitore Y, il quale ignorava di potersi difendere da X opponendogli l'eccezione di dolo; Y promette il pagamento, voluto da A, al debitore Z; Y non ha rimedi contro Z (perché questi *suum recepit*), ma contro il creditore delegante A: il delegato Y, che abbia promesso a Z ma non ancora pagato, disporrà della *condictio incerti* (in questo caso, evidentemente, affinché A ottenga dal terzo *stipulator* Z l'*acceptilatio* a favore di Y). La *condictio incerti* ha dunque, in tutti questi testi, il carattere di una semplice alternativa della *condictio certi*: e la diretta contrapposizione – ma entro una stretta analogia! – fra le due azioni viene anche chiaramente sottolineata dal modo in cui i giuristi si esprimono: molto significativo è in proposito Paul. D. 12,4,9,1, nel quale si parla di un Tizio che, seguendo il *iussus* di una donna, ha promesso per errore del denaro che non le doveva al fidanzato di lei, e poi le nozze hanno avuto luogo; Tizio non ha rimedio contro il marito, ma può *condicere* contro la donna, pretendendo da lei il denaro pagato o la liberazione dalla promessa di darlo, secondo il caso: *itaque adversus mulierem condictio ei competit, ut repetat ab ea quod marito dedit aut ut liberetur, si nondum solverit*; il che significa “con la *condictio certi* o quella *incerti*”; si veda anche Paul. D. 44,4,5,5, con la chiusa '*itaque conditione tenetur ... mulier, ut vel liberet debitorem vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur*'. Si possono citare altri testi equivalenti, ai nostri fini, a questi che abbiamo sinteticamente letto: in Ulp. D. 12,6,31, dove si tratta della promessa di pagamento della parte dei debiti ereditari spettante ad un erede, si legge: *Is, qui plus quam hereditaria portio efficit per errorem creditori caverit, indebiti promissi habet conductionem*; anche in C. 4,6,4 a. 259: parla ancora (anche se rispetto ad un caso che non è del tutto chiaro) di un normale caso di *condictio liberationis*. In alcuni testi, con i quali possiamo concludere su questo punto, l'impiego della *condictio incerti* diretta ad ottenere la liberazione da un debito, può venir considerata scostarsi dalla casistica caratteristica dell'arricchimento ingiustificato, ma in uno di essi è menzionata una motivazione di Pomponio, che riconduceva a tale criterio la soluzione: si tratta di Ulp. D. 35,3,3,6-10, nel quale si parla della *cautio* che l'erede, che presti al legatario i legati dai quali è gravato a suo favore, ha diritto di pretendere dal legatario, per la restituzione dei legati nel caso l'eredità gli sia “evitta”<sup>56</sup> (cosiddetta *cautio evicta*

<sup>56</sup> Ho messo il termine fra virgolette, perché nella casistica considerata nel passo la nozione di evizione assume un significato alquanto largo: vi si comprende anche, ad esempio (§ 7), il caso nel quale l'erede risulti '*sequenti testamento* (cioè un secondo testamento fatto dallo stesso testatore) *heres scriptus, in quo legatum iste legatarius non acceperat*.

*hereditate legata reddi*), e nel § 10 si pone il quesito ‘*si legatum fuerit praestitum ante interpositam hanc stipulationem, an condici possit, ut cautio ista interponatur?*’: la risposta positiva (*condictionem interponendae satisfactionis gratia competere*) è formulata appunto sulla base del pensiero di Pomponio, e motivata considerando che ‘*hic ergo quasi plus solutum videtur ex eo, quod cautio intermissa est*’. Possiamo, così, a questo punto citare anche un testo (Ulp. Sab. Cels. D. 7,5,5,1) che è in cattivo stato e assai sospetto nella parte che ci interessa, dal quale risulterebbe riconosciuta la *condictio incerti* a favore dell’erede gravato da un legato di usufrutto di una somma di denaro, per permettergli di ottenere dal legatario, qualora non l’abbia prestata, la *cautio* per la restituzione della somma alla fine dell’usufrutto. Ancora Tryph. D. 23,3,76 (testo di lettura incerta, ma col senso seguente) dove si prevede la possibilità di *remittere per condictionem* al *promissor* sopravvissuto l’obbligazione nata da una promessa di dote effettuata *mortis causa*; ed infine Ulp. Arist. Pomp. D. 4,4,16,2 dove si parte dal caso seguente, proposto da Pomponio (28 *ad edictum*; ad tit. *de minoribus*): un erede è stato richiesto (fedecompresso) di dare diverse cose alla figlia del fratello con la condizione che, se essa morisse senza figli, restituisse le cose all’erede, e la donna, defunto l’erede, promise (*cavit*) all’erede di questo: all’opinione di Aristone, che riteneva che la donna (che era evidentemente minore di 25 anni) doveva ottenere la *restituito in integrum*, Pomponio aggiungeva ‘*quod potuit incerti condici haec cautio etiam a maiore*’, precisando che ‘*non enim ipso iure, sed per condictionem munita*<sup>57</sup> *est*<sup>58</sup>’.

b) Un impiego diverso della *condictio incerti* si incontra in Ulp. Ner. Arist. D. 13,1,12,2. Abbiamo già letto il testo sopra, fra i quattro che ho riportato per il loro valore parametrico: con il che seguivo anche l’intenzione del Burdese, che sottolinea la circostanza che la soluzione propostavi risale ad Aristone; ma non credo che questa coincidenza possa in qualche modo rafforzare l’idea che l’*actio civilis incerti* di Ulp. Iul. Maur. Arist. D. 2,14,7,2 possa ritenersi coincidente con la *condictio incerti*. La *condictio incerti* di D. 13,1,12,2, anche se non si tratta propriamente di un’azione d’arricchimento, ha pur sempre il carattere di una *condictio* come azione di restituzione, fondata in un’obbligazione di restituire che nulla ha a che fare con un rapporto sinallagmatico. Il suo modello è qui infatti la *condictio ex causa furtiva*, e l’azione diviene *incerti* perché l’entità da restituire, anche se è sempre una cosa materiale determinata, e questa volta determinata anche nella specie, non viene in considerazione con il proprio valore intrinseco, bensì per quello che corrisponde all’interesse dell’attore connesso con la funzione in cui egli l’ha impiegata: il valore del pegno deve infatti misurarsi valutando la garanzia che esso fornisce al pignoratario: e questo valore è un *incertum*.

<sup>57</sup> Così corregge il Mommsen; la fiorentina ha *munitus*. Il senso di questa precisazione finale si capisce leggendo i §§ 1 e 3 di Ulp. D. 4,4,16.

<sup>58</sup> Ai testi citati può aggiungersi anche Iul. D. 23,3,46 pr. Il testo è però in cattivo stato.

Con una certa originalità, dovuta alla particolare situazione in cui viene applicata, si presenta l'impiego della *condictio incerti* descritto in Paul. D. 19,1,8 pr. Il caso è bensì connesso con una compravendita, ma l'opportunità di impiegare la *condictio* dipende da una situazione determinata dal regime del concreto contratto in questione: ciò che dal contratto (precisamente, dai fatti nei quali si è concretata la vicenda contrattuale) proviene è solo l'opportunità (non la necessità: vedi l'*etiam* del testo) di impiegare la *condictio*, e non il funzionamento di questa. Il testo ha subito le interpolazioni usuali (cioè la sostituzione della *traditio* alla *mancipatio*)<sup>59</sup>, sicché va letto così:

D. 19,1,8 pr. (Paul. 5 ad Sab.): *Si tibi liberum praedium [tradidero] <mancipio dederō>, cum serviens [tradere] <mancipare> deberem, etiam condictio incerti competit mihi, ut patiaris eam servitutem, quam debui[t]*<sup>60</sup>, imponi.

*Ego* ha venduto<sup>61</sup> a *Tu* un fondo, sul quale si era precedentemente obbligato a costituire una servitù a favore di un terzo, e della presenza di questa pretesa del terzo sul fondo si era anche già fatto menzione nel contratto di compravendita tra *Ego* e *Tu*; ma poi, quando in esecuzione della compravendita *Ego* ha mancipato il fondo a *Tu*, le parti (o almeno *Ego*) hanno del tutto dimenticato il problema della servitù, sicché il fondo è stato mancipato libero. *Ego* deve ottenere che il fondo venga gravato della servitù in questione a favore del terzo e, se *Tu* non sia disposto a farlo, *Ego*, basandosi sul contratto di compravendita (dove la servitù era prevista) potrà esperire contro *Tu* la *condictio incerti*, per ottenere la restituzione del fondo al solo scopo di poter così (essendo ritornato proprietario) costituire egli stesso la servitù a favore del terzo: per poi rimancipare subito il fondo a *Tu*. La *condictio* sarà *incerti*, perché l'eventuale condanna del convenuto (ove ci si arrivi) non sarebbe misurata sul valore del fondo, ma su quello della responsabilità di *Ego* verso il terzo insoddisfatto in ordine alla servitù. E il meccanismo, così come l'ho esposto, è compiuto. Non v'è alcuna interferenza, all'interno della *condictio*, del principio di buona fede: non sarebbe neppure necessario che *Ego*, chiedendo a *Tu* la restituzione temporanea del fondo, gli presti di ciò una garanzia: se non rimancipasse tempestivamente, *Tu* avrebbe sempre contro di lui l'*actio ex empto* (con la *praescriptio de fundo mancipando*). Con Iul. D. 43,26,19,2 ritorniamo ad una normale applicazione della *condictio incerti*, perché il *petitum* sostanziale<sup>62</sup> è la restituzione

<sup>59</sup> Per queste due interpolazioni vedi Lenel, Pal. I, 1266 n. 9 e 10 (Paul. Fr. 1721).

<sup>60</sup> La correzione è del Mommsen.

<sup>61</sup> Che il testo fosse in materia di compravendita risulta confermato anche dalla sua collocazione nei *libri ad Sabinum* di Paolo; vedi LENEL, Pal. I, Paul. Fr. 1721.

<sup>62</sup> Usando questa terminologia per il processo formulare romano, intendo per "*petitum* formale" la condanna del convenuto alla somma di denaro prevista nella *condemnatio* della formula, e per "*petitum* sostanziale" l'esecuzione da parte del convenuto della prestazione (che può coincidere o no con

della cosa, ma non della sua proprietà. Nel testo Giuliano affermava infatti che in caso di concessione precaria al concedente spetta, in concorso (esclusivo) con l'apposito interdetto, anche la *condictio incerti*; il testo dice: *non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis*, dove le ultime parole (*id-verbis*) sono certamente un glossema<sup>63</sup>. Siamo dunque, così, ritornati da un lato alla prospettiva di Ulp. Ner. Arist. D. 13,1,12,2, dove la *condictio incerti* del pigno costituiva già un caso di *condictio* del possesso di una cosa, e d'altra parte con questi due esempi (D. 13,1,12,2 e D. 43,26,19,2) ci si apre, come possibile campo di applicazione della *condictio incerti*, quello del *possessionem condicere*. In alcuni testi, dove se ne parla, non si fa menzione del carattere incerto dell'azione, come in Paul. D. 12,6,15,1, che ha un carattere generale<sup>64</sup>, e nel caso finale di Tryph. D. 16,3,31,1<sup>65</sup>; e neppure in Ulp. Sab. Cels. D. 13,3,2 (*Sed ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, si dominus sit qui deiectus condicat. ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait*), dove c'è una contrapposizione netta fra la *condictio* del proprietario, concepita in stretto parallelo con la *condictio furtiva*, e la *condictio* del non proprietario, che è una *condictio* del possesso. La denominazione di *condictio incerti* risalta fuori in Iul. D. 30,60, testo che si comprende solo leggendo la sequenza Pap. D. 30,58 + Ulp. eod. 59 + Iul. eod. 60: A ha istituito erede B gravandolo del fedecommesso di restituire dopo la sua morte un certo edificio ereditario; l'edificio ha subito un incendio senza colpa dell'erede, ed è stato restaurato a spese dell'erede stesso; se l'edificio sia stato poi restituito al fedecommissario 'sine ulla retentione' per le spese di restauro, al soggetto che effettua la restituzione fedecommissaria (cioè, a quanto pare, l'erede dell'erede) *incerti condictione competet, quasi plus debito solverit*; si deve notare però che in questo caso la *condictio* è *incerti* non solo perché si riferisce al possesso, ma anche perché (fr. 68) la *retentio* (che rappresenterebbe il *petitum* sostanziale di questa azione) va calcolata 'viri boni arbitrato sumptuum rationibus deductis et aedificiorum aetatibus'<sup>66</sup>.

Da tutto quanto abbiamo potuto vedere sub a) e b) possiamo, credo con cer-

---

l'oggetto del *petitum* formale) eseguendo la quale dopo la *litis contestatio* e prima della sentenza il convenuto otterrebbe l'assoluzione (in forza di una clausola restitutoria presente nella formula, o del fatto che il *iudicium* è di buona fede, o in generale in virtù del principio *omnia iudicia absolutoria esse*). Si tratta dunque di terminologia analoga a quella, che s'impiega nel linguaggio del diritto processuale moderno, distinguendo *petitum* diretto e indiretto.

<sup>63</sup> Fra l'altro, dalla lettura attuale risulterebbe '*condictio praescriptis verbis*'.

<sup>64</sup> *Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem. ...*

<sup>65</sup> Il caso viene qui in considerazione perché la *condictio* in questione non è *ex causa furtiva*, ma *indebiti*: il derubato, ignaro del furto, ha ricevuto in deposito dal ladro la cosa rubatagli; il deposito è nullo, ma poi il derubato (sempre nella sua ignoranza) restituisce al ladro la cosa '*quasi ex causa depositi*'.

<sup>66</sup> Meglio *statibus*, sec. Wissenbachius (*ed minor ad h. l.*).

tezza, concludere che l'*actio civilis incerti* di D. 2,14,7,2 non può aver nulla a che fare con la *condictio incerti*.

Ma devo aggiungere subito che questa conclusione non può essere anche considerata una altrettanto sicura critica al pensiero del Burdese, che mi sembra contenere elementi per lo meno interessanti. Nel luogo che stavamo considerando<sup>67</sup> il Burdese delinea la struttura dell'*actio civilis incerti* di D. 2,14,7,2, che egli considera identica alla *condictio incerti*, ovvero – penso di interpretare meglio il suo pensiero se mi esprimo così – un'applicazione particolare della *condictio incerti*. Ora, secondo il Burdese, questa *formula qua incertum petimus* doveva<sup>68</sup> incominciare con un'*intentio in quidquid paret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare facere oportere*; inoltre, “una *praescriptio* antecedente la formula sarebbe potuta servire egualmente a determinare la *res de qua agitur*, e cioè nel caso la specifica convenzione innominata, anche se in D. 2,14,7,2 la frase ‘*id est praescriptis verbis*’ parrebbe un'aggiunta spuria”<sup>69</sup>. Ora, si deve notare (anche se si tratta di un esito naturale di tutto il ragionamento del Burdese), questa descrizione della formula viene praticamente e coincidere con quella che lo stesso autore aveva delineato a suo luogo<sup>70</sup> per l'*actio praescriptis verbis* labeoniana: salvo che per un punto, che noterò tra breve.

Tutto questo discorso del Burdese risulta, in se stesso, non solo fondato, ma fecondo. Per trarne le conseguenze è opportuno considerarlo sotto due profili distinti: quello della *condictio incerti* e quello dell'azione contrattuale generale. Non senza però fare una premessa, che liberi da un possibile equivoco.

La premessa è la seguente: non parliamo mai, per le azioni di cui ci occupiamo, di *praescriptio* come entità che precede la formula; tutte quelle che ci interessano sono formule con *demonstratio*: esse possono – astrattamente, come molte altre azioni – avere *praescriptiones* precedenti la formula o inserite nella formula (come quelle *loco demonstrationis*), ma la clausola che definisce l'oggetto della controversia non può stare fuori della formula, e la locuzione *praescriptis verbis* aggiunta ad *actio* o *agere* allude ad una *demonstratio*. Su questo punto credo di avere già scritto a sufficienza.

Vediamo dunque quel che riguarda la *condictio incerti*. Il Burdese, in sostanza (se si accetta la premessa che ho fatto), ne costruisce la formula come quella di un'azione con *demonstratio*, *intentio incerta* (*quidquid ob eam rem ... dare facere oportet*) e *condemnatio* (*eius ... condemnato* etc.). Noi non conosciamo in generale la formula della *condictio incerti*, ma conosciamo bene come il pretore si sia comportato nella costruzione di una formula incerta per adattare la formula di una *condictio certi* ai casi nei quali il *petitum* sostanziale fosse un *incertum*. L'obbligazione da *stipulatio*

<sup>67</sup> BURDESE, *Il contratto* cit., in *Le dottrine* cit., 137.

<sup>68</sup> I supporti testuali dell'autore sono Gai. 4,131; Gai. 4,5; Gai. 4,41.

<sup>69</sup> Riporto testualmente dall'ult. l. cit. del BURDESE (*Le dottrine*, 137).

<sup>70</sup> BURDESE, *Il contratto* cit., in *Le dottrine* cit., 131 s.

era sanzionata, fin dall'inizio della sua tutela formulare<sup>71</sup>, con la *condictio* (astratta) *certae pecuniae* o *certae rei*, ma per le stipulazioni di un *incertum* fu introdotta l'*actio ex stipulatu incerti*, che aveva una formula con *demonstratio* e *intentio incerta*, il cui modello può desumersi da Gai. 4,136 e Gai.4,41: *Titius iudex esto. Quod A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> de N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare facere oportet, eius Titius iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemnato, si non paret absolvito*<sup>72</sup>. La costruzione della formula della *condictio incerti* per i casi che abbiamo visto sopra *sub a)* e *b)* deve essere stata fatta allo stesso modo, apprestando un'opportuna *demonstratio* per ogni singolo caso. Se consideriamo la terminologia che troviamo nelle fonti, possiamo fare una serie di considerazioni, il valore delle quali può superare la loro natura puramente congetturale solo se si tenga ben presente che la terminologia dei giuristi romani, anche quando era recepita come strettamente tecnica, non va mai considerata come rigorosamente fissa: i giuristi scrivevano usando parole del linguaggio comune, cercando di esprimere in modo tecnicamente appropriato i loro concetti, ma non con l'idea di creare nomi di concetti. Con questa premessa possiamo anzitutto osservare che, una volta individuata un'azione che può essere denominata *actio incerti ex stipulatu* – come in Pap. D. 22,1,4 pr. –, per tutti gli impieghi, che abbiamo considerato sopra, della *condictio incerti* può diventar logico parlare di *actio incerti*, e anche dirsi che tali azioni sono, ciascuna, un'*actio civilis incerti*: perché l'*actio incerti ex stipulatu* è stata costruita partendo da una *condictio ex stipulatione*, e le altre sono pure, allo stesso modo, costruite partendo da altri impieghi della *condictio* che allo stesso modo esigevano una formula incerta.

Ma di una terminologia così orientata non mi pare resti una traccia sicura nelle fonti. Vi si parla bensì, parrebbe a prima vista, in generale, di *incerti actio* – che, magari, *competit* – e di *incerti agere*; ma nella più parte dei casi tali espressioni sono sintetiche allusioni ad azioni specifiche. In Pap. D. 7,5,8 con *incerti cum eo agendum* e con *actio incerti* ci si riferisce all'*actio incerti ex testamento*, per un caso non previsto da Gai. 2,209<sup>73</sup>; ancora, e sempre al di fuori della casistica di Gaio, all'*actio incerti ex testamento* fanno allusione l'*incerti actio* di Ulp. Iul. D. 30,75,4<sup>74</sup> e

<sup>71</sup> Vedi CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano* II, 1, Torino 2003, 203 ss.

<sup>72</sup> Ho posto fra parentesi la parola *incertum* che doveva poter essere sostituita da una più precisa determinazione dell'effettivo oggetto della *stipulatio*. Il modello poteva poi subire delle varianti, in particolare per l'aggiunta della *praescriptio loco demonstrationis* (*cuius rei dies fuit*: Gai. 4,136) o della *taxatio* (Gai. 4,51).

<sup>73</sup> Vedi LENEL, *EP*<sup>3</sup>, 367 con la n. 7. Il legato con oggetto incerto, così espressamente qualificato nel testo, disponeva che due, dei tre eredi, facessero la *satisfactio* (Gai. D. 7,5,2 pr. Ulp. D. 7,5,5,1) a favore di un legatario, a favore del quale, a carico di tutti e tre gli eredi, era anche stato disposto un legato (*certi*) di usufrutto della somma di 15.000 HS.

<sup>74</sup> '*incerti actio legatario adversus heredem competit*'. Il caso: il testatore è creditore di un terzo T, per un'obbligazione alternativa con scelta del debitore di dargli "Stico o 10.000 HS"; il testatore ha legato Stico al legatario L. Questi potrà agire con l'*incerti actio* contro l'erede per costringerlo ad agire contro T: se otterrà Stico lo darà a L, se otterrà il denaro non dovrà nulla a L.

l'*incerti actio* di Paul. D. 33,2,1<sup>75</sup>; invece, l'*incerta actio* menzionata in Ulp. D. 4,8,27,7, contro chi in occasione di un *compromissum* semplicemente *sententia stari promiserit* senza aggiungere la pena, è evidentemente l'*actio incerti ex stipulatu*. Fra i testi di questo genere, che ho potuto reperire, uno solo pone un problema, e comunque, come vedremo, si presenta con caratteri particolari. Si tratta di un passo di Papiniano:

D. 19,5,9 (Pap. 11 resp.): *Ob eam causam accepto liberatus, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur. itaque iudicis officio non vetus obligatio restaurabitur, sed promissa praestabitur aut condemnatio sequetur.*

Il caso: A è creditore (da *stipulatio*) di B; A libera B facendogli l'*acceptilatio* del dovuto, ma con l'accordo che B deleghi a pagare ad A un proprio debitore Tizio; se B non fa questa delegazione (cioè B non cede ad A il proprio credito verso Tizio), spetta ad A verso B l'*actio incerti*, diretta ad ottenere – non, precisa il testo, la restaurazione dell'obbligazione estinta con l'*acceptilatio*, ma – la prestazione alla quale B si era impegnato (la delegazione di Tizio a pagare ad A); se non lo farà, sarà condannato (e la *summa condemnationis*, trattandosi di *actio incerta*, sarà all'*id quod actoris interest*). Malgrado l'uso del termine *promissa* impiegato per indicare gli obblighi di B, la locuzione *actio incerti* non allude, nel testo, ad un'*actio incerti ex stipulatu*: se B si fosse assunto con *stipulatio* l'impegno ad effettuare la delegazione, il caso non avrebbe avuto bisogno, per essere risolto, di un responso di Papiniano. È chiaro invece che il giurista imposta la sua soluzione sulla premessa che fra le parti va riconosciuta l'esistenza di un rapporto contrattuale, e che quindi l'*actio incerti* che egli riconosce è un'azione di buona fede (*si fidem contractus non impleat*), l'*actio in factum civilis* o *praescriptis verbis*. È questo aspetto del testo che, come avevo anticipato, gli dà un carattere particolare. Infatti, l'*agere incerti* si riferisce ad un processo che si fonda su di una convenzione contrattuale atipica, o sul cui *nomen* contrattuale possono sussistere dubbi, e la terminologia impiegata è quella di *actio incerti*, che in quest'uso viene però normalmente (o dobbiamo forse solo dire: più spesso) ad assumere la forma di *actio civilis incerti*. Possiamo addurre in proposito Ulp. Arist. Cels. Iul. Mauric. D. 2,14,7,2, che già conosciamo, Pomp. D. 19,5,16 pr. e Ulp. D. 10,3,23, ed anche il § 1 del rescritto diocleziano C. 8,53[54],22 (a. 294)<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> '*incerti actio erit cum herede*'. Il caso: nel testamento è disposto il legato di usufrutto di una servitù prediale; una simile disposizione (che di per sé sarebbe nulla) può essere salvata solo riconoscendo al legatario l'*actio incerti* per ottenere che l'erede si obblighi verso di lui a permettergli per tutta la vita l'esercizio dell'attività che corrisponderebbe al contenuto della servitù, ovvero gli costituisca la servitù ricevendo garanzia (*cautio*) che questa verrà estinta alla morte o *capitis deminutio ex magna causa* del legatario stesso.

<sup>76</sup> In C. 8,53[54],22,1 si parla senza dubbio dell'*actio praescriptis verbis*, anche se la convenzione per la quale la s'impiega riveste un carattere particolare: le obbligazioni, il cui adempimento l'azione

Solo su D. 10,3,23 credo opportuno un chiarimento:

D. 10,3,23 (Ulp. 32 ad ed.): *Si convenit inter te et socium tuum, ut alternis annis fructum perciperetis, et non patiatur te socius tui anni fructum percipere, videndum, utrum ex conducto sit actio an vero communi dividundo. eadem quaestio est et si socius, qui convenerat, ut alternis annis fruere, pecus immisit et effecit, ut futuri anni fructus, quos socius percipere oportuit, corrumpentur. Et puto magis communi dividundo iudicium quam ex conducto locum habere (quae enim locatio est, cum merces non intercesserit?) aut certe actionem incerti civilem reddendam.*

Sintetizzando i fatti: il fondo comune (secondo quote evidentemente uguali) ai due soci è un frutteto, e l'accordo fra loro ne riguarda il prodotto, previsto spettare interamente all'uno o all'altro ad anni alterni; due esempi sono addotti di violazione del patto: che nell'anno in cui il prodotto spetta all'uno, l'altro gliene impedisca la percezione, e che uno dei due, nell'anno in cui gli spetta di fruire, immetta nel fondo del bestiame, il quale rechi alle colture danni che compromettono la produzione dell'anno successivo. Questi danni potranno venire in considerazione nell'*actio communi dividundo* alla fine della società; su ciò non sembra sussistere dubbio<sup>77</sup>, ma quel che a noi interessa è la diversa prospettazione di un'azione contrattuale. Il fatto stesso che il problema venga posto dimostra che per Ulpiano l'accordo fra i due ha il carattere di un contratto specifico, distinto dal contratto di società che già esisteva fra i due soggetti. La prima ipotesi affacciata su questa base è quella di interpretare l'accordo delle parti come un contratto di locazione, accordando al soggetto danneggiato l'*actio conducti*. Questa ipotesi è recisamente esclusa dalla frase parentetica '*quae enim locatio est, cum merces non intercesserit?*', ma essa proviene senza dubbio da un glossema, scritto da un lettore che aveva presente almeno Gai. 3,142: la sua stessa recisione, che le proviene dalla sostanza esclamativa della forma di una domanda retorica, non concreta la sfumata preferenza che il giurista sta esprimendo ('*et puto magis ... quam*'), e non ne rappresenta neppure solo una critica, perché suona come lo sbottare irritato di un impaziente maestro di fronte ad un allievo che parla da ignorante. Ma l'idea della *locatio* non era poi così peregrina: se nella situazione determinata dall'accordo fra i due soci si consideri che ogni due anni il socio che percepisce una volta in più una metà dei frutti che

---

dovrebbe sanzionare, provengono da patti aggiunti ad una donazione e gravano sul donatario (*eum autem, cui certa lege praedia donasti, incerta civili actione ad placitorum obsequium urgueri secundum legem donationibus dictam convenit*). Il sinallagma tutelato sarebbe dunque costituito dalla donazione effettuata dal donante e dagli obblighi assunti reciprocamente dal donatario (dal pr. si vince che il donatario doveva pagare debiti del donante). In questa serie di testi nei quali *actio civilis incerti* allude univocamente all'azione contrattuale generale va compreso anche – benché ad *actio* sia sostituito *intentio* – Ner. (1 resp.) D. 19,5,6: *Insulam hoc modo, ut aliam insulam reficeres, vendidi. respondit nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum est.*

<sup>77</sup> Così a me pare, anche se, nella forma in cui è scritto, il pensiero di Ulpiano è espresso in questa linea: piuttosto l'*actio communi dividundo* che l'*actio ex conducto*, ma comunque l'*actio civilis incerti*.

come comproprietario del frutteto gli spetterebbe compensa l'altro, che ciò gli ha permesso, permettendogli a sua volta di percepirne una metà in più l'anno successivo, il regime adottato si avvicina assai, nella sua concezione, a quello che veniva impiegato per il *colonus partiarius*, che in Ulp. D. 19,2,25,6, anche se con un riferimento analogico al regime della società (*quasi societatis iure*), è considerato conduttore<sup>78</sup>, mentre nel rescritto epiclassico C. 4,65,21 (a. 293) lo stesso rapporto è qualificato come *contractus bonae fidei*, forse proprio seguendo la nuova idea che lo vede come un contratto innominato. La nuova idea era probabilmente proprio questa, che stiamo osservando nel testo di Ulpiano: in ogni modo, per evitare ogni rischio, l'azione da impiegarsi nel caso è l'*actio civilis incerti*. Ma così in Ulp. D. 10,3,23 vediamo percorrere, per giungere alla decisione del caso, lo stesso *iter* che abbiamo visto Papiniano percorrere in D. 19,5,1. E possiamo concludere che l'*actio civilis incerti* è dunque sempre la stessa azione che abbiamo visto là denominata *actio in factum civilis* e altrove *actio praescriptis verbis*. Con la denominazione di *actio civilis incerti* Aristone, in D. 2,14,7,2, non indicava una nuova azione da lui creata, ma sempre l'azione che per un *συνάλλαγμα* atipico o di dubbia identità era adottata già da Labeone.

Restano solo due osservazioni da fare alle considerazioni del Burdese.

Avevo notato, verso l'inizio di quest'ultimo paragrafo, che, quando il Burdese ricostruisce la formula della *condictio incerti*, la descrive in un modo del tutto simile a quella che egli aveva indicato per l'*agere praescriptis verbis* di Labeone. Ma, in realtà, confrontando le sue due descrizioni, una differenza sussiste, anche se l'autore non ne sottolinea l'evidenza. La differenza sta nel fatto che l'*actio praescriptis verbis* è un'azione di buona fede e la *condictio incerti* non lo è. Il Burdese ha certamente ragione a vedere le cose in questo modo: del resto ciò corrisponde anche al fatto che l'altro, parallelo, fenomeno della costruzione di un'*actio incerti* sulla base di una *condictio* – quello della introduzione, che pure abbiamo osservato, dell'*actio incerti ex stipulatu* – ha prodotto un'azione con *demonstratio* e *intentio* incerta fondata nel *ius civile*, ma senza menzione del principio di buona fede. Questo conferma anche che la *condictio incerti* non era idonea a funzionare come azione contrattuale.

Ma a questa osservazione, che già risulta dalla costruzione stessa del Burdese, se ne può aggiungere un'altra.

Tutto il discorso che ho fatto io stesso in quest'ultimo paragrafo è partito da un'ammissione, che credo in astratto essere valida: e cioè che di *actio civilis incerti* sembrerebbe corretto parlare per una gran quantità di azioni, dall'*actio incerti ex stipulatu*, alla *condictio incerti*, a tutte le azioni contrattuali tipiche e atipiche, e magari anche oltre. Ma, esaminando le fonti, abbiamo visto che in realtà le cose non stanno così. Quel che abbiamo visto è che un carattere generale assumono le locuzioni del ti-

<sup>78</sup> Vedi anche *FIRA I*, num. 100 lin. 9 ss.

po *actio incerti*, cioè che alludono ad azioni con *intentio* incerta, e che in questa direzione si può giungere talora anche a trovare delle azioni a tutela di accordi contrattuali innominati alle quali si allude genericamente come ad azioni civili d'*incertum*. Ma l'espressione *actio civilis incerti* come tale è riservata all'azione che troviamo anche denominata *actio in factum civilis* o *actio praescriptis verbis*. Ciò deve dunque dipendere dal fatto che questa azione deve avere un carattere che la differenzia da tutte le altre azioni civili con *intentio incerta*. Ma questo carattere è di tutta evidenza: e si tratta del fatto che solo l'azione contrattuale generale è un'azione civile *in factum*. Tutte le altre azioni recano una *demonstratio* che fa allusione a categorie già acquisite nel *ius civile*; invece la *demonstratio* dell'azione contrattuale generale descrive unicamente dei fatti, la cui rilevanza sul terreno del diritto civile andrà verificata, secondo il pensiero della giurisprudenza che ha affermato la rilevanza civilistica del *συνάλλαγμα*, dal giudice. Il quale dovrà, di volta in volta, verificare che i fatti adottati *in demonstratione*, sono tali che ad essi si possa applicare l'*intentio incerta* che segue.

A questo allude precisamente la denominazione di *actio in factum civilis*, a questo probabilmente alludeva anche l'espressione *agere praescriptis verbis*, la quale divenne poi anche l'espressione corrente, tanto che spesso, quando l'azione è indicata diversamente, per chiarire le cose il giurista, o magari un glossatore<sup>79</sup>, precisava '*id est praescriptis verbis*'<sup>80</sup>, per avvertire che l'*incerti agere* di cui si sta parlando è proprio quella specifica azione, cioè l'azione contrattuale generale<sup>81</sup>. In D. 2,14,17 è questo il senso di '*civilem incerti actione id est praescriptis verbis*'; Mauriciano scriveva così per precisare quel che leggeva in Aristone, oppure è Ulpiano che precisa quel che legge in Mauriciano, ma tutto ciò avveniva per amore di chiarezza a beneficio del lettore: sui concetti non dovevano esserci dubbi. Come, all'inizio di questo lavoro, abbiamo potuto affermare che l'*actio in factum civilis* era la stessa azione che veniva anche detta *actio praescriptis verbis*, così ora possiamo estendere questa conclusione a comprendere anche l'*actio civilis incerti*.

La cancelleria di Diocleziano conosceva certo bene queste cose, quando scriveva, in un rescritto non altrimenti datato:

C. 4,64,6 (Diocl. et Max. Protogeni): *Rebus certa lege traditis, si huic non pareatur, praescriptis verbis incertam civilem dandam actionem iuris auctoritas demonstrat.*

Ed ancora, per concludere, possiamo rileggere, fra i quattro testi riportati all'inizio di questo paragrafo, quello del quale sinora non ci siamo punto occupati. Si

<sup>79</sup> E, se si trattava di un glossatore, magari anche a sproposito, come in Iul. D. 43,26,19,2: vedi sopra, n. 63.

<sup>80</sup> Riterrei del tutto genuina, ad esempio, la precisazione che compare in Ulp. D. 19,5,15 (*ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis*).

<sup>81</sup> Precisazioni del genere si trovano anche in altre forme, dove è difficile ravvisare un carattere insitico dell'allusione ai *praescripta verba*: Pap. D. 19,5,8 (*praescriptis verbis incerti et hic agi posse*); C. 2,4,33[34],1 (a. 294): *praescriptis verbis actione civili subdita*.

tratta di Paul. (5 *quaest.*) D. 19,5,5,1, il quale contiene un discorso, che ruota tutto intorno all'impiego della stessa azione, che è evidentemente l'azione contrattuale generale: ed essa è denominata dapprima *civilis actio in hoc quod mea interest*, che equivale in modo assoluto all'espressione *actio civilis incerti*; poche righe dopo si allude al suo esercizio con le parole *praescriptis verbis agi*; infine – se è corretta la ricostruzione proposta del testo, che però a me pare pressoché necessaria – si impiega, per dire della sua concessione da parte del magistrato, la locuzione *dandam (actionem) in factum civilem*.



## LABEONE, ARISTONE E IL SINALLAGMA\*

1. – È noto che il termine *συνάλλαγμα* risulta impiegato in due soli testi del Digesto, ed in entrambi esso suona come un equivalente della parola latina *contractus*. Ma né nell'uno, né nell'altro caso può pensarsi che l'adozione della voce greca rappresenti unicamente un elegante preziosismo linguistico<sup>1</sup>. I due testi (D. 50,16,19 e D. 2,14,7,2) provengono dai *libri ad edictum* – rispettivamente l'undicesimo e il quarto – di Ulpiano, ma in entrambi la parola greca appartiene ad una citazione che l'autore faceva, riportando il pensiero una volta di Labeone e l'altra di Aristone, e già sarebbe abbastanza curioso che il giurista severiano, preoccupato unicamente, com'era, della sostanza dell'informazione che dava, indulgesse anche a riferire i vezzi letterari che infiorassero gli originali. Ma v'è assai di più. Labeone e Aristone erano senza dubbio due fra i giuristi più colti della storia della giurisprudenza romana<sup>2</sup>, e certo né l'uno né l'altro aveva bisogno di far sfoggi di cultura ingiustificati, né era così volgare da intricare il proprio eloquio scientifico con vanità esterofile<sup>3</sup>.

Una delle cose che dovremo cercar di capire in questo studio sarà dunque la ragione dell'uso di *συνάλλαγμα* da parte di Labeone prima, e poi di Aristone. Questo sarà, dopo una seconda, necessaria premessa, il punto di partenza del presente contributo: ma vorrei subito chiarire ancora a che cosa esso dovrebbe, nelle mie intenzioni, contribuire. Lo stesso scopo avevano già due altri articoli che ho scritto di recente; nel primo<sup>4</sup> mi sono sforzato di dimostrare che, nel linguaggio dei giuristi

---

\* Pubblicato in *Iura*, LVIII (2010).

<sup>1</sup> Vedi anche SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli 1971, 65.

<sup>2</sup> Per Labeone vedi Gell. 13,10,1 (CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea I*, Torino 1997, 311 ss.); per Aristone vedi Plin., ep. 1,22,1,11 (CANNATA, *Lo splendido autunno delle due scuole*, in AAVV, *Pacte convention contrat [Mélanges Schmidlin]*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998, 441 ss.).

<sup>3</sup> Per quanto riguarda Labeone i luoghi a noi noti in cui egli risulta avere impiegato parole greche sono sei (SCHIAVONE, *Studi cit.*, 65 con le n. 54 e 55): oltre a Ulp. Lab. D. 50,16,19 (*συνάλλαγμα*), Paul. Lab. D. 50,16,5,1 (*ἀποτέλεσμα, ἔργον*); Ulp. Lab. D. 47,8,47 (etimologia: *turba* ἀπὸ τοῦ θορυβεῖν); Ulp. Lab. Coll. 2,5,1 (*contumelia* = ὑβριν); *culpa* = ἀδίκημα; *iniquitas et iniustitia* = ἀδικίαν); Ulp. Lab. D. 43,17,3,7 (*κρύπτας*); Paul. Lab. D. 41,9,1 pr. (*κατοχήν*). Per Aristone D. 2,14,7,2 è il solo luogo che viene in considerazione.

<sup>4</sup> *La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica*. Il testo, che ho letto come comunicazione al congresso SIHDA 2008, tenuto a Fribourg (Svizzera), è stato pubblicato nel 2009 a

classici e, lasciando da parte la – un po' singolare, e non molto coerente – costruzione sistematica che fece Gaio esponendo nelle *Institutiones* la materia delle fonti delle obbligazioni, il termine *contractus* alludeva, nella sua accezione tecnica più rigorosa, ai soli contratti consensuali, intesi come i contratti nei quali il consenso stesso delle parti costituisce il solo meccanismo obbligatorio; nel secondo<sup>5</sup> ho voluto dare le ragioni della mia convinzione che con le denominazioni di *actio in factum civilis*, *actio praescriptis verbis* e *actio civilis incerti* i giuristi romani alludessero ad una medesima azione, e che tale azione, almeno a partire da Labeone, era un'azione contrattuale generale, sussidiaria rispetto alle azioni contrattuali tipiche previste nell'editto pretorio. Il presente articolo è dunque il terzo – ed ultimo – di questa serie, con la quale ho inteso non tanto dire delle novità, quanto cercar di reperire alcuni punti fermi che mi sembrano opportuni per orientare la ricerca nella materia del contratto romano. La cosa mi sembra utile perché negli ultimi decenni, in particolare a partire dalla pubblicazione del libro di Raimondo Santoro<sup>6</sup>, la letteratura in proposito ha avuto uno sviluppo assai considerevole, con una partecipazione attiva anche di giovani autori; e si tratta di una letteratura assai valida e spesso, anche presso gli ultimi, di alto livello. Solo che, valutata nel suo insieme, essa lascia – inevitabilmente, a mio parere – l'impressione di essere ancora un'esplorazione di pionieri o, se si vuole, di non essersi ancora concretata in un faro illuminante. La sua luminescenza, che è senza dubbio servita a sgombrare la via da ostacoli che vi si erano accumulati in passato, proviene pur sempre da un faticoso corteo di tedofori esposti al vento: e, beninteso, tra queste fiaccole dalla luce effimera oscillano anche le pagine che ho scritto io stesso. Con questi tre nuovi articoli non pretendo certo di costruire quel faro: solo spero di aiutare a reperire il luogo dove diventi possibile collocarne il progetto.

2. – Il discorso che seguirà esige, come ho accennato, una seconda premessa: perché uno, dei due passi del Digesto che contengono il termine *συνάλλαγμα*, richiede una precisazione particolare. Si tratta di:

D. 2,14,7,2 (Ulp. 4 *ad edictum*): *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut*

---

cura di Pascal Pichonnaz, insieme ad altre comunicazioni, in un volumetto (*Autour du droit des contrats*, Genève/Zurich/Bâle, p. 19-48) dedicato al collega ed amico Felix Wubbe.

<sup>5</sup> *L'actio in factum civilis*, in *Iura* 57(2008-2009), 9 ss.

<sup>6</sup> SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983 (estratto da *AP* 37[1983]). Non si dimentichi però il libro cit. dello SCHIAVONE, pubblicato una dozzina di anni prima (1971), e neppure gli ancora precedenti BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965 e WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klass. röm. Recht*, Köln-Graz 1964. Quanto alla letteratura successiva (alla quale mi riferirò via via), il volume più recente credo sia quello del PARICIO, *Contrato. La formación de un concepto*, Cizur Menor 2008.

*mibi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα 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 συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.*

Per ora, in queste pagine preliminari, intendo meglio chiarire un singolo punto di questo passo: e precisamente cercar di comprendere quale fosse l'opinione di Celso che suscitò la replica di Aristone.

Invero, le semplici parole '*eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem*' potrebbero suscitare l'impressione che Celso non considerasse per nulla accettabile l'idea, che già Labeone aveva proposto, della tutelabilità di convenzioni atipiche mediante l'azione contrattuale generale, e Aristone lo trattasse come uno che ignorava una soluzione già acquisita. Certo non era così<sup>7</sup>.

Il Digesto ci fa conoscere un testo di Celso che contiene l'opinione che Aristone criticava. Non è possibile, certo, dire che la critica di Aristone, che Ulpiano ci riferisce, fosse precisamente diretta contro il dettato che ora leggeremo: tanto più che, come spesso si afferma, l'*Aristo Celso respondit* che leggiamo in D. 2,14,7,2 lascia pensare ad una diretta corrispondenza epistolare fra i due giuristi; e quindi può esser vero che Celso, scrivendo quanto leggeremo nei suoi *Digesta*, abbia anche tenuto conto della replica del suo alquanto più anziano<sup>8</sup> e illustre collega. Ma resta il fatto che il pensiero di Celso che ci risulta contrapposto a quello di Aristone non poteva essere sostanzialmente diverso, anche perché si riferisce allo stesso ambito casistico, da quello che risulta da<sup>9</sup>:

D. 12,4,16 (Cels. 8<sup>10</sup> dig.): *Dedi tibi pecuniam, ut mibi Stichum dares: utrum id con-*

<sup>7</sup> Lo ha già visto lo SCHIAVONE, *Studi* cit., 150 ss. e facevo male io a trascurare la sua sollecitazione nell'articolo *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in AA.VV., *Collatio iuris Romani (Etudes Ankum)* I, Amsterdam 1995, 675.

<sup>8</sup> Se sono corretti i calcoli (per vero basati su congetture, anche se abbastanza giustificate) che ho fatto nell'articolo *Lo splendido autunno* cit., 441 ss. (per Aristone) e 444 ss. (per Celso), Aristone doveva avere una trentina d'anni più di Celso.

<sup>9</sup> Riporto il passo segnando le interpolazioni che vi ha individuato il LENEL, *Pal.* I, 139 s. (Cels. Fr. 73). La letteratura su Cels. D. 12,4,16 è assai ampia; la si veda in CRISTALDI, *Dedi tibi pecuniam ut mibi Stichum dares. A margine di D. 12,4,16*, in *Studi Nicosia* III, Milano 2007, 67 ss.; G. ROMANO, *Nota a margine di Ulp. 26 ad ed. D. 12,4,3,3-4 (A proposito di una nota interpretazione di Filippo Gallo)*, in *AP* 52 (2007-2008), 188 n. 28. Fra gli autori recenti in particolare DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, Padova 2004, 233 ss. Io preferisco (non solo per ragioni di spazio) limitarmi qui ad esporre la mia spiegazione del testo, che certo riprende alcune delle linee della dottrina, ma tende soprattutto a ritrovare la posizione che gli deve essere attribuita nella tematica che tratto in questo articolo (dove si veda ancora la sintesi che lo chiude).

<sup>10</sup> Nel Digesto il testo è indicato come proveniente dal terzo libro; il LENEL, *Pal.* I, 139 n. 4. corregge (giustificando "III pro VIII"). Dato l'ordine della materia nei *Digesta* di Celso, la correzione appare incontestabile. Irrilevanti le argomentazioni contrarie, ricordate (alla n. 2 di p. 159), nel contesto

*tractus genus pro portione emptionis et venditionis est*<sup>11</sup> *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] <mancipasse>, repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus, et [pro evictione eius promittere] <mancipare eum> non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.*

Il passo, come è evidente, contiene una *quaestio* – anche se impostata casisticamente – e non un concreto caso pratico: il che comporta che lo leggiamo con la consapevolezza che esso è costruito con lo scopo di far luce su problemi dommatici. E proprio per ciò si deve fare attenzione al preciso modo in cui il testo è scritto: intendo dire che il caso è scelto – o costruito – in modo da permettere la precisa evidenza del problema che si vuole trattare.

All'inizio vi è descritto un negozio, tra *Ego* e *Tu*; ma, per quel che dicevo or ora, l'enunciato '*dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares*' non deve intendersi come la descrizione di un caso, bensì come l'enunciato di una fattispecie: ed i connotati della fattispecie vanno considerati vincolanti per tutto il ragionare che si farà. Io ti ho dato del denaro, e del denaro dato consiste necessariamente in una somma determinata; e ti ho dato questa somma con l'accordo che tu mi dessi in cambio lo schiavo Stico, cioè che tu mi trasferissi la proprietà non di una qualunque altra cosa, ma di una *res Mancipi* determinata nella specie di un certo schiavo. Subito dopo, per questa fattispecie si pone il problema dommatico della sua natura. E le alternative in proposito sono due (*utrum – an*). La prima alternativa consiste nel riconoscere nella fattispecie un *contractus*: *utrum id contractus genus ... est*. Va notato che qui il segno *genus* non è impiegato nell'accezione rigorosa che esso ha nel linguaggio della dialettica, ma in quella del linguaggio comune, dove la differenza tra *genus* e *species* sfuma fino ad esaurirsi: in lingua italiana vi corrisponde un parlare come: "è questa una sorta di contratto?". Abbiamo un parallelo preciso di questo linguaggio di Celso in un testo di Labeone (Lab. Iav. D. 18,1,80,3), dove il giurista, dopo avere affermato che non può identificarsi in una vendita un accordo nel quale sia stato escluso che la cosa in questione passi in proprietà del compratore, concludeva dicendo che tale accordo sarebbe invece una locazione '*aut aliud genus contractus*'. E tanto presso Labeone quanto presso Celso il *genus contractus* è un contratto innominato.

---

della sua approfondita analisi del passo, dall'ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano* I<sup>2</sup>, Napoli 1946 (ristampa), 150 ss.

<sup>11</sup> Non mi sembra discutibile che nella frase '*utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est*' *id* sia pronome (e non aggettivo di *genus*) e *pro portione* vada scritto così (in due parole, e non leggendo *proportione*). Vedi ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit., 152 n. 1, che, quanto al secondo punto, accetta la lettura *proportione* (che esprimerebbe l'idea dell'analogia invece di quella del contratto misto); ma a me pare che la lettura *pro portione* sia la sola precisa per una sostanza che, leggendo nell'uno o nell'altro modo, non cambierebbe comunque il senso del problema.

Nel nostro Cels. D. 12,4,16 la prima alternativa è ulteriormente precisata. L'enunciato completo è: *'utrum id contractus genus pro portione emptiois et venditionis est'*. Per non dilungarmi in sottigliezze argomentative inutili, credo di poter sintetizzare proponendo una traduzione di tutta la frase con la quale Celso poneva il problema e indicava l'alternativa per la sua soluzione: "si tratta di una sorta di contratto, in quanto partecipa in una certa parte della natura della compravendita (e quindi a tale contratto si deve in misura corrispondente applicare il regime della compravendita), ovvero qui non nasce alcuna obbligazione se non quella che dipende dal *dare ob rem re non secuta* (cioè l'obbligazione sanzionata con la *condictio* che nasce dall'arricchimento ingiustificato)?"

Va notato subito che la prima alternativa doveva essere quella che seguiva Aristone: che Celso, quando scrisse questo passo, conoscesse di già o no il pensiero di Aristone, resta il fatto che questi pensava proprio che per un contratto innominato costruito sulla base della sua parziale analogia con un contratto tipico, si devono desumere dal regime del contratto tipico regole da applicare a quello innominato:

D. 19,4,2 (Paul. 5 *ad Plautium*): *Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptiois, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex <ea><sup>12</sup> causa daretur.*

Ora, la possibile alternativa nella quale sbocca, per la sua soluzione, la *quaestio* dommatica di Celso, va precisata ancora per due suoi aspetti.

Anzitutto, l'alternativa stessa non è omogenea, perché solo la prima ipotesi (quella del contratto innominato) è problematica; la seconda (quella della *condictio ob rem dati re non secuta*) rappresenta una soluzione sicuramente applicabile: una *res* (la *pecunia*) è stata *data ob rem* (*ut mihi Stichum dares*) e quest'ultima *res* non è poi stata data. Questo carattere dell'alternativa viene esplicitamente sottolineato da Celso, esprimendo la seconda ipotesi con le parole *'an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta'*, le quali implicano che questa soluzione concorrerebbe con quella della prima ipotesi, ove la prima si accettasse.

Poi, quando Celso propone la propria soluzione, si pronuncia bensì per la seconda alternativa – escludendo dunque del tutto la prima – ma lo fa scrivendo *'in quo proclivior sum'*. Con ciò egli esprime la sua propensione per la seconda alternativa, il che è ben diverso dal considerare la prima come radicalmente inaccettabile. Precisamente, così scrivendo, Celso non afferma affatto che l'idea di un contratto innominato sarebbe di per sé insostenibile; egli afferma solo che tale soluzione non gli sembra da applicarsi alla fattispecie che sta considerando. E di questo che dico possiamo essere sicuri: perché Celso ammetteva l'impiego dell'*actio praescriptis verbis* e quindi l'idea dell'azione contrattuale generale per gli accordi

<sup>12</sup> Aggiunta, necessaria, dello Haloander.

contrattuali atipici; ce ne forniscono prova sicura Cels. D. 19,5,2 e Pomp. Cels. D. 13,6,13,2<sup>13</sup>.

A questo punto ci resta solo da capire perché Celso preferisse che l'azione contrattuale non venisse applicata alla fattispecie in esame. Nel testo, per quanto ne abbiamo visto finora, segue solo la descrizione della disciplina che risulterebbe per il negozio *'dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares'* se lo si tutelasse solo con la *condictio*. Può darsi che il testo originale contenesse qualche altro chiarimento, che i compilatori possono avere soppresso; ma quel che vi leggiamo è del tutto sufficiente per desumere con precisione le ragioni sulle quali Celso basava la sua preferenza. Egli presentava, infatti, il regime corrispondente all'applicazione della *condictio* come il solo aderente alla struttura del negozio concluso, e quindi come il solo sicuramente aderente alla volontà delle parti.

Cercherò di esplicitare quanto mi pare emergere dal testo.

Tutto il discorso di Celso, da *et ideo* in poi, è orientato a sottolineare come il regime del negozio in questione risulti diverso dal regime della compravendita: e ciò assume un valore particolare perché tale regime è direttamente desunto da quello che le parti hanno fatto per realizzare la fattispecie obbligatoria in questione; ed inoltre per il fatto che (come già notavamo poc'anzi) questo regime della *condictio ob rem dati* è comunque applicabile *re non secuta*. Ciò rivela, secondo Celso, che il negozio *'dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares'* non è una compravendita, con una compravendita non ha nulla a che fare, e quindi tutelarla con un'azione contrattuale in qualunque misura ispirata alle azioni da compravendita tradirebbe, in concreto, il senso della negoziazione avvenuta.

Il regime giuridico della compravendita è del tutto determinato dalle obbligazioni del venditore; il compratore ha soltanto l'obbligazione di pagare il prezzo, e questa nella fattispecie in esame non c'è: ma ciò solo perché il denaro è già stato pagato al momento del contratto; quindi questo dettaglio non turba affatto l'analogia; infatti, un'entità con lo stesso ruolo economico del prezzo esiste anche nella fattispecie in esame, e d'altra parte anche in una compravendita nulla vieta che il compratore paghi quando la conclude<sup>14</sup>. Ma, se guardiamo le obbligazioni del vendi-

<sup>13</sup> Su Cels. D. 19,5,2 vedi CANNATA, *L'actio in factum civilis* cit., 12 ss. Nella citazione fatta da Pomponio in D. 13,6,13,2 Celso indicava l'*actio praescriptis verbis* per il caso in cui un *liber homo bona fide serviens* avesse ricevuto e accettato un incarico del suo *dominus* apparente, con una remunerazione consistente in cosa diversa dal denaro: CANNATA, *Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen*, in *SDHI* 53 (1987), 303 n. 17. Il BURDESE, *Su alcune testimonianze celsine*, in *Mélanges Cannata*, Bâle-Genève-Munich 1999, si mostra d'accordo su questo punto (p. 8), ed anche più in generale sulla posizione di Celso rispetto all'*actio praescriptis verbis* (p. 7 ss., e vedi anche p. 11 s., dove il pensiero di Celso è considerato nel rapporto tra Cels. D. 12,4,16 e Ulp. D. 2,14,7,2).

<sup>14</sup> Questa considerazione fa apparire inaccettabile quanto scriveva lo SCHIAVONE, *Studi* cit., 152: "Probabilmente, è l'aver considerato l'effettivo e materiale trasferimento del denaro come primo atto della vicenda, al posto del reciproco consenso, e della successiva disponibilità della merce garantita dal venditore al compratore, a far credere a Celso di esser fuori dal modello consueto dell'antico contratto del *ius gentium*".

tore, vediamo subito che nel '*do pecuniam ut mihi Stichum des*' la sola obbligazione della parte il cui ruolo corrisponderebbe a quello del venditore è un'obbligazione di *dare*: obbligazione che il venditore non ha, e la cui presenza contraddice tutta la struttura della compravendita romana<sup>15</sup>. Se seguiamo la puntualizzazione, che Celso faceva, del regime della *obligatio ob rem dati re non secuta* la constatiamo concepita come una sequenza delle differenze che questa presenta con il regime della vendita:

i) *si mortuus est Stichus repetere possum quod ideo tibi dedi ut mihi Stichum daret*: se lo schiavo è morto prima che *Tu* lo dia a *Ego*, questi può *condicere* la *pecunia data* (cioè quello che nella compravendita sarebbe il prezzo pagato) in ogni caso, indipendentemente dal fatto che la morte fosse accidentale o dipendesse da fatto colpevole di *Tu*, o anche se sia stata causata da *Ego*<sup>16</sup>; non si pone dunque, in proposito, alcun problema di responsabilità o rischio per il perimento dell'oggetto del negozio.

ii) *finge alienum esse Stichum, sed tamen eum <mancipasse>. repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris*: non si pone alcun problema di evizione (neanche nella forma dell'*obligatio auctoritatis* legata alla *mancipatio*). E questo problema non si può porre proprio perché *Tu* è obbligato a *dare*: in un negozio in cui il soggetto che deve fornire una cosa è obbligato a trasferirne la proprietà, questi, se ha compiuto l'atto traslativo di una cosa altrui, siccome l'atto è inefficace, resta inadempiente, e ne risponde all'altro, senza bisogno che si attenda che il terzo proprietario gliela evinca.

iii) *et rursus, si tuus est Stichus et <mancipare eum non vis>, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim*: quel che qui Celso precisa è che, se l'accordo

<sup>15</sup> Nel diritto romano, la responsabilità del venditore per l'evizione della cosa prestata è stata introdotta proprio per evitar di addossare al venditore l'obbligazione di *dare* la cosa venduta, per le conseguenze indesiderabili alle quali quest'ultima obbligazione può dar luogo (in particolare, nella vendita di cosa altrui il compratore di buona fede, finché non abbia usucapito, potrebbe agire contro il venditore anche senza avere subito l'evizione; questa azione risulterebbe per altro priva di interesse ad agire. Per i casi in cui tale interesse potrebbe esistere – in particolare se il compratore avesse comprato una cosa che intendeva dare a pegno o uno schiavo che intendeva manomettere – i giuristi li risolsero diversamente, sulla base della generale obbligazione del venditore di *purgari dolo malo*: Ulp. D. 19,1,11,2; Paul. D. 19,4,1 pr.; Afr. D. 19,1,30,1. Nei diritti moderni si è dimenticato tutto ciò, ed in genere il contratto è costruito sulla base dell'idea che il venditore è tenuto a trasferire al compratore la proprietà della cosa. Negli ordinamenti dove vige il regime dell'effetto reale del contratto, ciò avviene in modo indiretto, perché tale regime, anche se il venditore non ne risulta obbligato al trasferimento della proprietà, è costruito partendo dall'idea che egli abbia tale obbligazione; ciò traspare chiaramente dalla norma dell'art. 1136 (cfr. 1138) del Code civil francese; negli ordinamenti dove il contratto ha solo effetti obbligatori, talora si prevede l'obbligazione del venditore di trasferire la proprietà della cosa ed insieme la responsabilità per evizione (vedi ad esempio gli arti. 184 e 192, completati dall'art. 221, dell'OR svizzero), ma il BGB tedesco, con maggiore coerenza, prevede l'obbligazione del venditore di trasferire la proprietà (§ 433) ma non la responsabilità per evizione (un discorso diverso andrebbe però fatto sulla giurisprudenza).

<sup>16</sup> In questo caso *Ego* risponderà verso *Tu* *ex lege Aquilia*.

è *'do tibi pecuniam ut mihi Stichum des'*, Tu non sarà liberato compiendo la *traditio* dello schiavo e non la *mancipatio*, anche se lo faccia col consenso di *Ego* o in forza di uno specifico patto<sup>17</sup>. L'occhio acuto del Lenel ha individuato l'interpolazione che il passo ha subito a questo punto: i compilatori, quando cancellavano la menzione, che vi leggevano, della *mancipatio*, pensarono alle conseguenze pratiche che il loro intervento poteva avere sostituendovi semplicemente la *traditio*, e ritennero che la conseguenza grave era che, sostituendo la *traditio* alla *mancipatio*, essi privavano *Ego* della garanzia per evizione che l'atto formale di trasferimento procurava in antico; per cui qui alla *mancipatio* sostituirono, invece della *traditio*, l'assunzione mediante *stipulatio* della garanzia per l'evizione. Ma, come spesso, i compilatori pensavano troppo poco: non si erano accorti che – anche nel loro diritto vigente – in un negozio concepito come quello in questione, i problemi di evizione (come abbiamo visto sopra) non si pongono, e neppure si accorsero (constatazione in sé carente in generale, ma che nella loro ottica doveva appalesarsi), che se lo schiavo era di Tu (*si tuus est Stichus*) non c'è da preoccuparsi di evizione, perché l'atto traslativo appropriato (la *traditio* causale, al loro tempo) rende *Ego* proprietario.

Dall'esame, che abbiamo condotto, di Cels. D. 12,4,16, possiamo, io credo, trarre un chiarimento riguardo alla contrapposizione tra Aristone e Celso in Ulp. D. 2,14,7,2. Per ora, con la riserva dunque di ritornare sul punto in seguito, possiamo dire che la controversia fra i due giuristi non riguardava in generale il problema dell'ammissibilità dei contratti innominati, bensì un punto assai particolare di quella problematica: e cioè se un pagamento con un accordo su di un corrispettivo consistente nel trasferimento di una *res Mancipi* potesse considerarsi come un contratto innominato il cui regime si sarebbe modellato, in quanto applicabili, sulle regole proprie a quello della compravendita. Potremmo giungere a generalizzare questo dissenso fino a pensare che esso si estendesse a riguardare qualunque accordo di *do ut des* quando la prestazione eseguita fosse pecuniaria. Arrivare a questa generalizzazione pare lecito, perché nei termini generali, che abbiamo ora definito, il problema ricompare presso Paolo (anche se Paolo scriveva più di mezzo secolo dopo Aristone e Celso). Ma presso Paolo il problema non è più neppure un problema. La sua soluzione, infatti, è recisa e radicale:

D. 19,5,5,1 (Paul. 5 *quaest.*): *Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est ...*

Così tutto il discorso di Celso viene interamente dimenticato, e si va anche oltre Aristone: se io *dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares*, ho concluso con te una compravendita. Il problema sarebbe qui di stabilire se questo sia il risultato di

<sup>17</sup> Il consenso di *Ego* o il patto fornirebbero solo a *Tu* l'eccezione di patto (o eventualmente di dolo).

un'evoluzione, o se si tratti piuttosto di uno dei frutti degli schematismi dommatici, con i quali non di rado Paolo intendeva semplificare una realtà che sarebbe stato meglio analizzare con maggiore finezza.

3. – Dopo queste premesse, affrontiamo il primo dei problemi che, all'inizio, ho indicato come motivi di questo scritto. Incominciamo col leggere, anzi rileggere per l'ennesima volta, il testo più noto di tutta la tematica del diritto contrattuale romano<sup>18</sup>:

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

Nella prima premessa (§ 1), ho già detto che il problema che intendo qui porre è quello di cercar di stabilire perché Labeone impiegasse, nel punto che si vede, quel vocabolo greco. E, prima d'iniziare qualunque considerazione in proposito, una domanda si pone – a mio modo di vedere – con evidenza. Il segno greco è introdotto nel discorso del giurista impiegando una proposizione incidentale (*quod Graeci συνάλλαγμα vocant*), che s'inizia con il pronome *quod*, e questo – che lo si consideri relativo (“che”) o dimostrativo (“il che”) – si deve riferire a qualcosa che lo precede. Ora, quel che precede è ‘*contractum autem ultro citroque obligationem*’, ed il problema che si pone è quello di stabilire se *συνάλλαγμα* si riferisca a *contractum* ovvero a *ultro citroque obligationem*, o all'espressione complessiva che potrebbe considerarsi composta dalle due locuzioni. Forse giova, per chiarire le cose, considerare la struttura grammaticale della frase di Ulpiano, nella quale tutti questi elementi sono compresi: *Labeo definit actum verbum generale esse ... contractum autem (esse) ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant*. Esaminando questo testo in un precedente lavoro<sup>19</sup> avevo già avvertito che *actum* era qualificato (da Labeone) *verbum generale* unicamente perché nella diairesi proposta era poi il solo a subire una suddivisione in *species*: per cui lo schema logico della frase che stiamo studiando può essere ulteriormente chiarito così:

*Labeo definit actum verbum generale esse* (perché l'*actum* può essere *verbis, litteris, re*), *contractum autem (esse)* [= mentre il *contractum* è (comunque)] *ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant*.

<sup>18</sup> Riporto il testo nella forma in cui l'ho già presentato in *La nozione* cit., 30, con le integrazioni che risultano necessarie (ed anche ovvie) per avvicinarlo alla sua forma originaria.

<sup>19</sup> Si tratta del già cit. *La nozione* cit. 31.

Vista così la proposizione, e considerando che essa appartiene bensì ad Ulpiano, ma contiene un'affermazione che questi estraeva da Labeone e riportava nel modo più letterale possibile, compatibilmente con la sua trasformazione in discorso indiretto (proposizione oggettiva), appare chiaro che con *'quod Graeci συνάλλαγμα vocant'* Labeone spiegava *'ultra citroque obligationem'* e non *contractum*, perché questo è un soggetto, unito con una copula (anche se qui sottintesa<sup>20</sup>) al suo predicato nominale *ultra citroque obligationem*. Siccome dunque l'incidentale *quod-vocant* non può riferirsi a *contractum*, dato che non gli è unita<sup>21</sup>, ma segue il predicato nominale, resta solo una possibilità ulteriore: che l'incidentale *quod-vocant* non sia una proposizione relativa, ma sia inserita per spiegare l'intera locuzione *contractum (esse) ultra citroque obligationem*, e quindi il *quod* vi sia un pronome dimostrativo, e il suo senso sia "il che (cioè che "essere *contractus* significa essere *ultra ciroque obligatio*) presso i Greci si esprime col termine *συνάλλαγμα*". Questa interpretazione risulta forse un poco forzata, ma alla fine il suo senso non cambia: se Labeone richiama un termine greco per spiegare non un termine latino, ma la definizione che dà di un termine latino, la spiegazione greca non può riferirsi al termine latino in se stesso; se non si volesse ammettere che essa si riferisca solo alla definizione, si referirebbe pur sempre al termine latino in quanto definito in quel modo.

Naturalmente, per impostare il problema al quale ora ci dobbiamo dedicare – e che, ripeto, è di stabilire perché Labeone si valesse, nella sua spiegazione, di quel termine greco – dobbiamo cercar di capire che senso assumesse per Labeone la voce *συνάλλαγμα*. A questo scopo può pensarsi che si deva determinare quale fosse il significato della parola nel greco del tempo nel quale Labeone scriveva: ed è questa, in effetti, la posizione assunta dal Santoro<sup>22</sup>, il quale si basa sul tenore stesso del testo, intendendo le parole *'quod Graeci συνάλλαγμα vocant'* come "un chiaro riferimento" al linguaggio comune del tempo. Ma la frase citata non è affatto quel che l'autore pretende, perché essa non è per nulla univoca; resta infatti sempre (dato che Labeone non precisava *Graeci vocant* con *vulgo* o altro) da determinare chi fossero i Greci ai quali Labeone pensava. D'altra parte, a quest'idea del Santoro possono formularsi due obiezioni che, se non sono sufficienti come critica radicale, mi pare la indeboliscano assai. In primo luogo deve notarsi che il Santoro sce-

<sup>20</sup> E neppure sottintesa in modo assoluto: è sottintesa solo per evitare la ripetizione dell'*esse* già scritto in precedenza: *et actum quidem generale verbum esse contractum autem (esse) ultra citroque obligationem*.

<sup>21</sup> Riferire il *quod* a *contractum* implicherebbe di considerare *contractum* come l'accusativo del participio passato neutro *contractum*, e non come l'accusativo di *contractus*; ma ciò sarebbe, nella grammatica della frase, del tutto corretto. Vedi sul punto anche (molto brevemente) *La nozione* cit., 31.

<sup>22</sup> SANTORO, *Il contratto* cit., 37 s. con la n. 86, in particolare contro SCHIAVONE, *Transactio* cit., 82 ss. Non va taciuto però che questo atteggiamento del Santoro – che vedremo inaccettabile – è inserito in un dotto e ricco esame (p. 35 ss.) del problema della semantica di *συνάλλαγμα* e della sua evoluzione.

glie la sua posizione perché questa lo condurrebbe a definire il contratto come atto consensuale (perché tale sarebbe stato il senso corrente del termine greco a quel tempo); ma se così fosse stato, perché mai Labeone avrebbe dovuto ricorrere al greco, per dire qualcosa che avrebbe potuto dire in modo del tutto naturale e chiaro nella sua lingua, per esempio scrivendo: “*contractum autem ultro citroque obligationem, quod* (o meglio, in questo caso, *quae*) *nudo consensu contrahitur*”. La seconda obiezione dipende, in certa misura, da questa prima: è molto difficile pensare che Labeone, impiegando un termine greco per spiegare un proprio concetto e proponendo la sua soluzione linguistica come significativamente pregnante, sfruttasse la sua conoscenza pratica del linguaggio volgare o commerciale greco del suo tempo e non le sue conoscenze del pensiero greco e dei suoi autori classici. Aggiungerò che noi non sappiamo neppure se Labeone – benché, senza dubbio, conoscesse benissimo il greco – sia mai stato in Grecia, e che, se pure è vero che l’evoluzione semantica di *συνάλλαγμα* è stata bensì segnata da un intensificarsi dell’uso del termine nel senso dell’accordo contrattuale, non è affatto sicuro che con ciò il vocabolo abbia unicamente alluso al carattere consensuale dell’atto, e non comprendesse piuttosto, almeno in linea di massima, il suo carattere sostanzialmente bilaterale<sup>23</sup>; un ulteriore indizio – per quanto può valere – è fornito dal fatto che il vocabolo rimane nel greco moderno, ma non come corrispondente di contratto, bensì di “cambio di valuta”, e che “scambio” in generale significa il suo derivato *συναλλαγματική*.

Credevo che l’insieme delle considerazioni ora fatte giustifichi coloro che prendono in considerazione, per stabilire il senso che Labeone dava a *συνάλλαγμα* in D. 50,16,19, il famoso passo dell’*Etica nicomachea*, dove Aristotele, pur parlando – naturalmente – da filosofo, si occupa di concezioni giuridiche, e precisamente della giustizia particolare, cioè del senso specifico che questa assume nel mondo del diritto<sup>24</sup>.

Aristot., EN V.2.12. *Τῆς δὲ κατὰ μέρος δικαιοσύνης καὶ τοῦ κατ’ἀντὴν δικαίου ἐν μὲν ἐστὶν εἶδος τὸ ἐν ταῖς διανομαῖς τιμῆς ἢ χρημάτων ἢ τῶν ἄλλων ὅσα μεριστὰ τοῖς κοινωνοῦσι τῆς πολιτείας (ἐν τούτοις γὰρ ἔστι καὶ ἄνισον ἔχειν καὶ ἴσον ἕτερον ἐτέρου)*<sup>25</sup>, ἐν δὲ τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν. 13: *τούτου δὲ μέρη δύο· τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἐκούσια ἐστί, τὰ δ’ἀκούσια· ἐκούσια μὲν τὰ τοιάδε οἷον προῶσις,*

<sup>23</sup> Per ciò si veda la stessa esposizione del Santoro, che ho cit., nonché BENHÖR, *Das sogenannte* cit., 8; SCHIAVONE, *Transactio* cit., 66 ss., e ora in particolare BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*, Milano 2002, 64 con le n. 100-101.

<sup>24</sup> Il passo è Arist., EN 5,2,12-13 (1130 b - 1131 a); lo trascivo dall’edizione LOEB (Rackham), dove si legge a p. 266. Sul testo si vedano in particolare: MAFFI, *Synallagma e obbligazioni in Aristotele. Spunti critici*, in *Atti del II seminario gardesano. Promosso dall’istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti antichi* (1978), Milano 1980; BISCARDI, *Quod Greci synallagma vocant*, in *Labeo* 29(1983), 127 ss. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*. Milano 2002, soprattutto 65 ss.

<sup>25</sup> Il Rackham annota che secondo il Ramsauer si può leggere ἐτέρω invece di ἐτέρου.

ὠνή, δανεισμός, ἐγγύη, χρῆσις, παρακαταθήκη, μίσθωσις (ἐκούσια δὲ λέγεται ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἐκούσιος), τῶν δ' ἀκουσίων τὰ μὲν λαθραῖα, οἷον κλοπή, μοιχεία, φαρμακεία, προαγωγεία, δουλαπατία, δολοφονία, ψευδομαρτυρία, τὰ δὲ βίαια, οἷον αἰκία, δεσμός, θάνατος, ἀρπαγή, πῆρσις, κακηγορία, προπηλακισμός.

Del brano propongo anzitutto una traduzione<sup>26</sup>, nella quale lascio per ora in greco le menzioni del συνάλλαγμα, mantenendo il termine declinato come compare nell'originale:

“12. Della giustizia particolare e del giusto che la concerne, un genere è quello delle distribuzioni di onori o denaro o di tutte le altre cose divisibili fra i consorti della cittadinanza (tra costoro, infatti, sussiste il caso che uno rispetto ad un altro abbia sia il giusto, sia l'ingiusto), altro genere quello del correttivo nei συναλλάγματα. 13. Questo ha due specie: dei συναλλαγμάτων infatti gli uni sono volontari, gli altri involontari; volontari quelli come vendita, compera, prestito ad interesse, garanzia (= fideiussione), prestito<sup>27</sup>, deposito (pegno)<sup>28</sup>, locazione (si dicono volontari perché l'inizio di questi συναλλαγμάτων è volontario); degli involontari gli uni clandestini, come furto, adulterio, veneficio, lenocinio, corruzione di schiavi, assassinio proditorio, falsa testimonianza, gli altri violenti, come aggressione, imprigionamento, omicidio, rapina, mutilazione, diffamazione, maltrattamento ingiurioso”.

Come si vede, la diairesi proposta da Aristotele ha un oggetto che può definirsi “il luogo nel quale si pone il problema della giustizia e del giusto in senso giuridico”, e si tratta del testo che diverrà basilare per la scolastica medievale nella costruzione delle nozioni di giustizia distributiva, commutativa e retributiva. Ma noi dobbiamo cercar di leggere il brano con l'occhio che possiamo immaginarci essere stato quello di Labeone. Il testo aristotelico tratta temi in se stessi giuridici, ma non è scritto da un giurista, e non solo perché l'autore (\*384 †322 a.C.) era – già per Labeone – un autore antico, ma soprattutto perché era del tutto estraneo culturalmente, anche al suo tempo, all'elaborazione scientifica romana del diritto. Risulta, per esempio, evidente, leggendo la pagina che abbiamo letto, che Aristotele non risentiva per nulla dell'esistenza delle due fondamentali nozioni di atto giuridico e di obbligazione, le quali certo per i giuristi romani del IV secolo a.C. erano da tempo chiari strumenti concettuali (anche se non definiti)<sup>29</sup> e sul fondamento delle quali Labeone intese il suo discorso riportatoci da

<sup>26</sup> Una traduzione completa è stata proposta dal BISCARDI, *Quod Graeci* cit., 136; la BISCOTTI, *Paccere* cit., 65, l'ha perfezionata almeno in un punto; la mia, che tiene ben conto anche di quella inglese del Rackham (edizione cit., p. 267), spera di essere precisa, ma ha solo la pretesa di essere il più possibile letterale.

<sup>27</sup> Il termine greco, come il verbo χράω, allude al prestito gratuito, sia mutuo che comodato.

<sup>28</sup> Il vocabolo greco esprime il fatto dell'affidamento, non in uso, di qualcosa a qualcuno, e quindi tanto il deposito quanto il pegno.

<sup>29</sup> Vedi CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* I, Torino 1997, 30 ss. per l'atto giu-

Ulpiano in D. 50,16,19. Quando Labeone definisce il *contractus* (o *contractum*) come *ultra citroque obligatio* lo qualifica come un atto obbligatorio caratterizzato dal fatto di essere *ultra citroque* e cioè dal fatto che nella sua conclusione le parti si impegnano entrambe, reciprocamente, a quel che serve per realizzare l'affare sul quale si sono accordate<sup>30</sup>. In questa prospettiva a Labeone non doveva dir nulla il primo genere, dell'equa o iniqua ripartizione fra i cittadini dei beni della comunità, perché la sua stessa definizione aristotelica rappresenta piuttosto una constatazione di fatto, che può magari suscitare un problema politico, ma non è posta come problema giuridico, e comunque non in modo da suscitare problemi di diritto privato. Il genere dei *συναλλάγματα* invece è posto diversamente, perché fa perno su di un criterio che opera in essi, precisamente di un correttivo che deve operare nel senso della giustizia; ma un giurista romano non poteva avere in questa prospettiva interesse alla sostanziale equiparazione che Aristotele vi faceva fra le situazioni connesse con gli atti negoziali e quelle connesse con gli illeciti, contaminando per di più in questi ultimi (anche se ne fa una suddivisione, ma non sotto questo profilo) gli illeciti di diritto pubblico con quelli di diritto privato. Perché per Aristotele il correttivo era veramente comune; egli ne distingueva bensì due specie, ma non per il diverso carattere del correttivo in se stesso: le due specie – volontari e non volontari – sono specie dei *συναλλάγματα* e non del rimedio; se la diairesi può applicarsi anche a questo, il rimedio risulta differenziato unicamente perché posto a funzionare negli uni o negli altri *συναλλάγματα*: Aristotele, cioè, distingue due specie, ma solo basandosi sulla natura degli atti ai quali il correttivo appartiene, e non a caratteri del correttivo stesso; per lui non sembra avere alcuna rilevanza il fatto che con riguardo agli atti negoziali il correttivo nel senso della giustizia è elemento dell'atto stesso, laddove negli illeciti tale correttivo spetta alla sanzione, e quindi non appartiene all'atto.

Se si vuole ammettere l'ipotesi, che è stata spesso proposta e che sto cercando di mostrare come sia condivisibile, che Labeone, parlando del contratto nel luogo citato da Ulpiano in D. 50,16,19, avesse in mente EN V. 2,12, si deve anche pensare che Labeone avesse operato una rimediazione interpretativa del testo aristotelico, concentrandosi sulla specie del *συνάλλαγμα* volontario, anzi del tutto isolando nella sua mente tale nozione, perché questa gli diceva qualcosa in relazione alla sua propria idea del contratto. Se così era, quello che interessava a Labeone doveva precisamente essere l'incidenza che il correttivo aristotelico aveva nel determinare la natura, e quindi la definizione, di tali atti.

Dato il carattere della diairesi labeoniana presente in Ulp. D. 50,16,19, il campo d'applicazione del contributo che il giurista romano traeva da Aristotele era già

---

ridico; 73 ss. per l'obbligazione, sulla quale vedi anche CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II*, Torino 2008, 11 ss.

<sup>30</sup> Per questa spiegazione vedi il cit. *La nozione*, 33 s. (colgo l'occasione per avvertire che in questo articolo il richiamo della n. 40 di p. 33 va spostato alla riga precedente, sempre dopo la parola "parti") e *Der Vertrag* cit., 64 s.

definito in modo assai più preciso che non nel precedente greco. Labeone teneva presente Aristotele pensando al *contractus*, e quindi aveva già escluso, denominandoli prima in altro modo, gli *actus*, cioè gli atti obbligatori idonei a creare una sola obbligazione. Con ciò la tipologia di Aristotele veniva di per sé depurata delle figure dei negozi di garanzia e del prestito di denaro, che fosse con interesse o no, perché nel diritto romano classico un negozio di mutuo con interesse non esiste come tipo negoziale, constando della combinazione di due *actus* distinti. E questo per Labeone rappresentava un vantaggio nell'elaborazione della sua idea. Per determinare la quale dobbiamo infine cercar di capire quale fosse il "correttivo nei συναλλάγματα." aristotelico.

Torniamo dunque, per un momento, al testo di Aristotele. Per il punto che ora interessa, non ho bisogno di intraprendere una ricerca particolare, perché esso è già stato chiarito da una letteratura del tutto esauriente, che va dai lessici più approfonditi della lingua greca a tutta una serie di interventi della letteratura romanistica<sup>31</sup>; ne riassumo solo il risultato, esponendolo in specifica relazione col discorso che sto facendo qui. Quanto al "correttivo" in se stesso, si tratta evidentemente di un criterio che permette al *συνάλλαγμα* di funzionare come strumento per realizzare un giusto assetto in certi interventi, i quali o modificano situazioni che in se stesse già erano giuste e devono continuare ad esserlo anche dopo la modifica, o hanno lo scopo di ricondurre a giustizia situazioni che erano divenute ingiuste perché, da giuste che erano, sono state poi una prima volta modificate in modo ingiusto. Così il *συνάλλαγμα* risulta dunque essere un intervento di modifica di una situazione giusta o ingiusta già esistente, operato secondo un criterio che gli permetta rispettivamente di conservare la giustizia della situazione nel modificarla (*σινάλλαγμα* volontario), o di ricondurla a giustizia modificandola (*σινάλλαγμα* involontario). Questo criterio – che in questo quadro generale non è necessario definire ulteriormente – è τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν: viene, cioè, inserito nel *συνάλλαγμα* perché esso possa funzionare correttamente nel senso anzidetto. E ciò perché, come si è visto, il *συνάλλαγμα* è operante in quanto genera una modifica. Il senso del termine greco ci dice esattamente quale sia l'operazione attribuita al *σινάλλαγμα*. Tale senso, presso Aristotele, non può essere quello di contratto: questo è chiaro a prima vista, perché esso risulta proprio anche per la specie degli "involontari", che con i contratti nulla hanno a che fare; il cambiamento operato dal *συνάλλαγμα* è visto invece come uno scambio: seguendo un chiarimento del *Thesaurus linguae Graecae*, "*id propriae quod permutatione exercetur*"<sup>32</sup>; il che, applli-

<sup>31</sup> Per i lessici si deve partire dal *Thesaurus Graecae linguae* (ThGL), nell'edizione in otto volumi di Parigi 1831-1865. Per la letteratura mi limito qui a citare l'ultima trattazione, con l'ampia bibliografia che mette a partito, della BISCOTTI, *Dal pacere* cit., 61 ss.

<sup>32</sup> ThGL VIII (reprint Graz 1954), s. v. *Συνάλλαγμα* (col. 1199 s.), dove il vocabolo è spiegato (all'inizio, sinteticamente) così: "*Commercium, Id propriae quod permutatione exercetur. Item Contractus*". Lo ricorda anche la BISCOTTI (*Dal pacere* cit., 64 n. 101), che poi opportunamente conferma le sue conclusioni – e cioè che, nel linguaggio aristotelico, alla nozione di *συνάλλαγμα ἐκούσιον* (*σινά-*

cato al συνάλλαγμα volontario, lo lascia intendere come uno scambio economico, dominato dal criterio secondo il quale fra le parti si vuole un cambiamento concepito in modo che il risultato sia l'effetto di un'operazione che distribuisce equamente i vantaggi e i sacrifici che implica.

Ora, seguendo l'ipotesi che stiamo facendo, quando Labeone definiva il contratto come *ultra citroque obligatio* si deve essere reso conto che, benché egli stesse ragionando in termini di obbligazioni, anzi precisamente stesse discorrendo di un atto ad effetto obbligatorio, la nozione di contratto che usava poteva ben essere precisata col riferimento al sinallagma aristotelico: anzi, la terminologia di Aristotele – tenendo presente che per Labeone il solo impiego greco che interessava era quello del sinallagma volontario – gli offriva la possibilità di esprimere il suo concetto con una sola parola: “*contractus*, cioè *ultra citroque obligatio*, è quello che i Greci chiamano συνάλλαγμα”. Ma, a rendere verosimile tutto il discorso che ho fatto – non certo nei suoi dettagli narrativi, dei quali mi sono valso solo per rendere più chiaro quel che pensavo – sussiste una considerazione: se veramente Labeone intendeva definire il contratto come un atto di scambio, la lingua latina non gli forniva uno strumento appropriato, diverso da quell'*ultra citroque obligatio* che egli usava, ma che era una locuzione descrittiva e non una sola parola direttamente espressiva. Un problema analogo a quello, che Labeone aveva trovato e analogamente risolto, volendo spiegare l'*opus locatum* (Lab. D. 50.16.5.1): ... *his verbis Labeo significari ait id opus quod Greci ἀποτέλεσμα vocant, ... id est ex opere facto corpus aliquod perfectum*.

In effetti, gli interpreti latini del testo di Aristotele ricorrono per tradurre συνάλλαγμα a *permutatio*<sup>33</sup> o *commutatio*<sup>34</sup>, ma Labeone non se ne sarebbe potuto valere: ‘*permutatio*’ significava bensì “scambio”, ma nel linguaggio giuridico esso era già, per così dire, occupato, in quanto indicava una specifica figura di contratto atipico, e si usava anche per indicare operazioni monetarie che noi chiameremmo “di cambio”<sup>35</sup>; quanto a *commutatio*, la parola è assai vicina alla preceden-

---

lagma volontario) corrisponde quella di “(rapporto di) scambio” (in part. p. 65 ss.) – con l’esame di Arist., *Ars rhet.* 15, 1376b, 7-14 (p. 70 ss. cioè il § 22).

<sup>33</sup> Paradigmatico è l’impiego di *permutatio* nella voce συνάλλαγμα del ThGL, riferito presso la nota precedente. Non prendo in considerazione, per quanto sto dicendo, il segno *commercium*, col quale pure si traduce il termine greco, ma che non può naturalmente venire in considerazione come vocabolo disponibile per Labeone.

<sup>34</sup> Un esempio significativo (che deve riferirsi all’autore della traduzione dell’EN, della quale l’Aquinata si valeva) è in Thom. Aq., *Summa th.*, 2<sup>a</sup> 2<sup>ae</sup> partis, quaest. LXI, art. III, dove il correttivo dei sinallagmi è detto: *directiva commutationum, quae attendi possunt inter duas personas: quorum quaedam sunt involuntariae, quaedam vero voluntariae*. Vedi BISCOTTI, *Dal Pacere* cit., 73.

<sup>35</sup> Cic., *Fam.* 3,5,4 ... *Paucos dies, dum pecunia accipitur, quae mihi ex publica permutatione debetur*. ... ; Cic., *Att.* 5,13,2. ... *Ego praeterea rationem Philogeni permutationis eius quam tecum feci, edidi*. Il primo di questi due testi è citato (sebbene come *ad divers. lib. III epist. 5*) nel breve saggio di Georg Heinrich Ayrer (di Meiningen, \*1702 †1774): GEORGII HENRICI AYRERI, *De cambialis instituti vestigiis apud Romanos diatribae*, disputata nel 1735, e che leggo (per la cit. menzionata vedi p. 106 no-

te, e non valeva di più, anche perché doveva già essere in atto all'epoca di Labeone la sua pratica fungibilità con *permutatio*<sup>36</sup>.

Possiamo dunque concludere, rispondendo alla domanda dalla quale eravamo partiti, che Labeone, nel luogo che abbiamo considerato, ricorreva al segno greco per precisare il concetto che stava esprimendo – che cosa sia un contratto – meglio di quanto gli permettesse la lingua latina. Preciserei questa conclusione riprendendo quella specie di sintesi schematica<sup>37</sup> della frase di Labeone riportata da Ulpiano, che avevo proposto all'inizio di questo § 3, per ripeterla esplicitando il suo pensiero, come siamo giunti infine a ricostruirlo<sup>38</sup>: “Labeone definisce che *actus* può essere *verbis*, *litteris* o *re* (e quindi in quei tre modi si realizza e in quei tre modi produce la sua obbligazione), mentre il contratto è comunque un atto obbligatorio che si conclude con un impegno reciproco ad uno scambio”.

Ma questa conclusione, aggiungerei, è subito confermata da Ulp. D. 2,14,7,2. Perché se, accettando l'idea – che tutti i romanisti riconoscono fondata – secondo la quale l'impiego di *συνάλλαγμα* attribuito ad Aristone in tale testo proverrebbe dal pensiero di Labeone, si traduca il passo rendendo *συνάλλαγμα* con “impegno reciproco ad uno scambio”, o anche semplicemente con “scambio”, il senso correbbe impeccabilmente.

4. – Ma su Ulp. D. 2,14,7,2 è necessario ritornare ancora, anche perché la seconda delle domande, alle quali mi sono sopra proposto di dare risposta, riguarda la ragione dell'impiego di *συνάλλαγμα* in tale testo da parte di Aristone. E credo, prima di ogni altra considerazione, sia necessario stabilire bene che cosa vi sia detto. Cercherò di farlo nel modo più semplice, incominciando con una traduzione e ricordando che le prime parole (*sed et-transeat*) costituiscono solo il collegamento con quel che Ulpiano diceva nel *principium* e nel § 1, e cioè che (pr.) “degli accordi informali (*conventiones iuris gentium*) alcuni generano azione altri eccezione” e che (§ 1) “quelli che generano azione non vengono più genericamente denominati *conventiones*, ma passano ad assumere ciascuno quella ad esso appropriata fra le denominazioni specifiche dei contratti (*contractus*), come compravendita, locazio-

ta d) pubblicata in quarta edizione, come appendice (alla p. 93 ss.) di HEINECCIUS, *Elementa iuris cambialis*, Francofurti ad Viadrum 1748.

<sup>36</sup> Il fenomeno è espressamente registrato da Fest. 234 L.: *Permutatur id proprie dici videtur, quod ex alio loco in alium transfertur: at commutatur, cum aliud pro alio substituitur. Sed ea iam confuse in usu sunt.* Nei testi giuridici tardi si trovano sicuri impieghi di *commutatio* in luogo di *permutatio*: C. 1,2,14,3 (a. 470): l. Rom. Burg. 35.5.

<sup>37</sup> La riscrivo, per comodità del lettore: “*Labeo definit actum verbum generale esse* (perché l'*actum* può essere *verbis*, *litteris*, *re*), *contractum autem (esse)* [= mentre il *contractum* è (comunque)] *ultra citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant*”.

<sup>38</sup> In questa, che dunque propongo come una sorta di parafrasi della citazione labeoniana fatta da Ulpiano in D. 50,16,19 costruita nell'intento di rendere evidente il pensiero di Labeone, ho tenuto conto anche di quel che ho scritto sul testo nel cit. *La nozione*, 30 ss.

ne-conduzione, società, comodato deposito etc.” Per questo, l’inizio del § 2, che sarebbe letteralmente “ma se la cosa non passi in un altro contratto”, deve essere intesa come la propongo qui di seguito all’inizio della traduzione, nella quale poi aggiungerò – oltre che richiamando fra parentesi tonde alcune parole dell’originale o aggiungendone, italiane, per esplicitare sottintesi del testo – qualche chiarimento che credo utile fare subito, fra parentesi quadre:

(§ 2) “Ma (anche) se la fattispecie (*res*) non possa assumere una di quelle specifiche denominazioni contrattuali, qualora tuttavia (vi) sussista una causa (*causa*), con eleganza Aristone rispose a Celso che si tratta pur sempre di un atto obbligatorio [cioè di un atto che genera azione, e quindi di un contratto nel senso anzidetto], come per esempio: io ti ho dato una cosa con l’accordo che tu me ne dia un’altra, io (ti) ho dato (qualcosa) con l’accordo che tu faccia qualcosa (per me); in questi casi siamo in presenza di un *συνάλλαγμα*, e ne nasce un’obbligazione civile. E dunque [= ammettendo, come deve ammettersi, questa affermazione] ritengo che Giuliano sia stato correttamente criticato da Mauriciano con riguardo a questo caso: io ti ho dato lo schiavo Stico con l’accordo che tu manometta lo schiavo Panfilo, tu lo hai manomesso e poi Stico ti è stato evitto. Giuliano scrive che dal pretore ti si deve dare un’azione (pretoria) *in factum*; egli [cioè: Mauriciano] dice che [non c’è bisogno di creare un’apposita azione *in factum*, perché] basta<sup>39</sup> l’*actio civilis incerti*, cioè (l’*actio*) *praescriptis verbis*<sup>40</sup>. Infatti siamo in presenza di un contratto, che è quel che<sup>41</sup> Aristone chiama *συνάλλαγμα*, dal quale nasce questa azione.”

La lettura attenta di questo brano ci permette di stabilire abbastanza precisamente quale fosse il pensiero di Aristone. Voglio dire che, valendoci di quanto ne riferisce Ulpiano, e di quanto Ulpiano riferisce della descrizione del pensiero di Aristone fatta da Mauriciano, è possibile non tanto ricostruire interamente quel che scrisse Aristone in proposito, ma determinare quel ch’egli scrisse sicuramente, isolandolo da quel che, anche se talora glielo si attribuisce, non risulta testualmente egli l’abbia scritto. In questa operazione dobbiamo però anche valerci di quel che abbiamo potuto già apprendere sul contrasto fra Aristone e Celso, leggendo<sup>42</sup> Cels. D. 12,4,16.

Da quest’ultimo testo sappiamo che la critica di Aristone a Celso riguardava la soluzione che questi dava al caso *dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares*, e ora, da quel che ci riferisce Ulpiano all’inizio di D. 2,14,7,2, possiamo aggiungere che Ari-

<sup>39</sup> Per l’uso di ‘*sufficere*’ e della sua traduzione con “basta” (nonché della spiegazione parentetica che precede) vedi CANNATA, *Der Vertrag* cit., 69 con la n. 36.

<sup>40</sup> Sulla genuinità dell’intera dizione ‘*civilem incerti actionem id est praescriptis verbis*’ vedi nel mio articolo *L’actio in factum civilis* cit., 41 ss., con conclusione a p. 54 [pagine di questa raccolta].

<sup>41</sup> Traduco così il *quod*, che qui è senz’altro un pronome dimostrativo, in quanto si riferisce a *contractum*, che in questo caso Ulpiano (e forse già Mauriciano) impiegava certamente come accusativo di *contractus*.

<sup>42</sup> Sopra, nel nostro § 2.

stone affermava che un accordo del genere è pur sempre un atto ad effetto obbligatorio con rilevanza civile, ma questa affermazione Aristone la fondava su di un principio, o regola se si vuole, che risulta dalle parole seguenti: (a) *subsistit tamen causa*; (b) *hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem* (c) *esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio (civilem incerti actio id est praescriptis verbis)*. Sono tutte parole attribuite ad Aristone, le frasi (a) e (b) direttamente da Ulpiano, la frase (c) da Mauriciano nella citazione fatta da Ulpiano.

Il principio di Aristone può dunque restituirsi così: “se un accordo informale non può identificarsi con un contratto nominato, ma gli è inerente una causa, si tratta di un συνάλλαγμα, e ne nasce un’obbligazione civile sanzionata con l’*actio civilis incerti (praescriptis verbis)*”<sup>43</sup>. Potremmo anche, su questa base e tenendo insieme presenti i risultati raggiunti sopra (nel § 2) con l’esegesi di Cels. D. 12,4,16, immaginare quale dovesse essere nel suo insieme il tenore approssimativo della “elegante critica” di Aristone a Celso, immaginandolo come il seguente: “Tu dici che, se ‘*dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares*’, il regime della *condictio ob rem dati re non secuta* si deve, a tale negozio, applicare senz’altro e naturalmente, mentre il regime contrattuale sarebbe inappropriato; io dico invece che il regime contrattuale è per tale fattispecie altrettanto naturale e senz’altro applicabile. Infatti, l’accordo che la fattispecie ha comportato, siccome gli soggiace una *causa*, è un συνάλλαγμα, e quindi genera un’obbligazione civile tutelata con l’*actio civilis incerti (cioè l’actio praescriptis verbis)*”. Quest’ultima ricostruzione presuntiva della critica di Aristone a Celso non l’ho certo fatta per introdurre nuovi elementi di argomentazione, ma unicamente per chiarire meglio quel che intendo dire. Nelle considerazioni che ora farò tengo dunque unicamente conto della ricostruzione dell’enunciato regolare di Aristone, per la quale non ho messo a partito che elementi chiaramente attribuiti ad Aristone stesso in D. 2,14,7,2.

Notiamo anzitutto che nelle frasi di D. 2,14,7,2 certamente attribuibili ad Aristone la parola *contractus* non ricorre mai: essa compare nella mia ricostruzione del suo pensiero, ma solo in punti dove ho dovuto io stesso aggiungere premesse di chiarimento. Comunque, nella regola da lui proposta tale segno non compare, e ritengo si deva proprio credere che Aristone non se ne valesse, perché Mauriciano, ricordando l’enunciato di Aristone, risulta scrivesse proprio ‘*esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit*’, parole che sembrano dipendere appunto dal fatto che Aristone, invece di *contractus*, impiegava συνάλλαγμα. Ciò – se è vero – non può ovviamente significare che Aristone evitasse l’uso del segno *contractus* perché lo considerava inappropriato o perché in qualche modo pensasse che tra *contractus* e συνάλλαγμα esistesse una differenza; del resto Mauriciano è chiaro, in quanto dice precisamente che Aristone impiega συνάλλαγμα per dire *contractus*. Ne risulta,

<sup>43</sup> Pongo fra parentesi queste parole perché la precisazione ‘*id est praescriptis verbis*’ può essere di Mauriciano: vedi il citato *L’actio in factum civilis*, 54 [pagina di questa raccolta].

evidentemente, che Aristone si esprimeva in modo che il suo lettore capisse immediatamente che egli si riferiva alla nozione labeoniana di contratto: usando il termine che aveva il suo precedente nella nozione di contratto definita da Labeone, Aristone sottolineava, allo stesso modo dell'autore al quale si riferiva, che il contratto è "impegno reciproco ad uno scambio"; e questo serviva anche ad Aristone per richiamare il requisito – *'subsit causa'* – che secondo lui permetteva all'accordo informale innominato di essere considerato atto civilistico protetto con l'azione contrattuale generale. Ciò che muta in Aristone rispetto a Labeone è la parte latina della definizione di contratto: tanto per lui quanto per Labeone il contratto è un *συνάλλαγμα*, come per entrambi esso è impegno reciproco ad uno scambio, ma mentre Labeone esprimeva l'idea parlando di *ultra citroque obligatio*, Aristone preferisce parlare di accordo al quale *subest causa*.

Se ne può concludere che tutto ciò lasci pensare che Aristone aderiva interamente alla concezione labeoniana del contratto, solo preferendo perfezionarla con l'introdurre la nozione di causa contrattuale come causa di scambio ed impiegando per esprimerla il semplice termine *causa*.

5. – Credo che quanto ho esposto nel paragrafo precedente sia, da un lato, sufficiente per dare ragione del fatto che Aristone, nel luogo richiamato da Ulpiano in D. 2,14,7,2, facesse ricorso al vocabolo greco del quale ci stiamo occupando, e d'altra parte sintetizzi pure tutte le informazioni sicure che sul pensiero di Aristone, in merito alla problematica che stiamo trattando, vengono fornite dallo stesso passo. Il problema, che resta aperto, è quello di stabilire il rapporto preciso che poteva sussistere tra la concezione di Aristone e quella di Labeone. E siccome questa tematica è stata fatta oggetto di un esame specifico in uno dei libri più impegnati che siano stati pubblicati di recente, è opportuno esaminarne attentamente le proposte. Alludo al volume che il Dalla Massara ha dedicato alla formazione della nozione di causa del contratto<sup>44</sup>: e comincerò dunque col sintetizzarne le considerazioni con le quali il discorso che sto conducendo deve necessariamente confrontarsi.

La parte del libro del Dalla Massara che dobbiamo considerare attentamente è quella dedicata all'esegesi di Ulp. Arist. Mauric. D. 2,14,7,2; essa rappresenta, del resto, il fulcro di tutta la ricerca: un lungo lavoro esegetico, esteso su tutto un capitolo di 130 pagine<sup>45</sup>.

I primi quattro paragrafi<sup>46</sup> rivestono un carattere preliminare, e io mi occuperò

<sup>44</sup> Il già più volte cit. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, Padova 2004; d'ora in poi lo citerò col solo nome dell'autore. La parte del volume che qui specialmente ci interessa è quella compresa fra le pagine 61 e 190.

<sup>45</sup> Il capitolo (III) è intitolato: "Alle origini del concetto di causa. La costruzione aristoniana" (p. 61-191), ed è diviso in 23 paragrafi (numerati 1-23).

<sup>46</sup> §§ 1-4: p. 61-90.

solo delle pagine che l'autore dedica alla naturale premessa testuale all'esegesi di Ulp. D. 2,14,7,2, che si legge nel § 2 e consiste nell'esame di D. 2,14,1,3 e segnatamente della seconda parte di quel paragrafo, dove Ulpiano scriveva:

D. 2,14,1,3 (Ulp. 4 *ad edictum*): ... *adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est*<sup>47</sup>.

Dirò subito che ciò che compromette il discorso del Dalla Massara sul brano ora letto è il fatto che, nella frase che Ulpiano attribuisce a Pedio, egli adotta l'idea<sup>48</sup> secondo la quale i termini *contractum* e *obligationem* costituirebbero un'endiadi. Per vero il Dalla Massara scrive prudentemente che, nella frase, gli pare plausibile una lettura degli accusativi *contractum* e *obligationem* in endiadi «nel senso di 'obbligazioni nascenti da contratto'»<sup>49</sup>, ma questa sua prudenza è solo di forma, perché poi quell'interpretazione sarà alla base di considerazioni rilevanti che vedremo; e, d'altra parte, come già ho notato altrove<sup>50</sup>, l'idea dell'endiadi è insostenibile. Cercherò di esplicitare qui meglio le ragioni che sintetizzavo nel luogo or ora citato, aggiungendo qualche chiarimento, anche se forse sarebbe sufficiente notare che i due termini *contractum* e *obligationem* non sono scritti – con la replica dell'aggettivo *nullum-nullam* – nella forma che l'endiadi normalmente assume. Ma vi è assai di più. Il segno *obligationem*, nella frase in esame, non può avere se non il significato di “atto obbligatorio”<sup>51</sup>. Ciò risulta espressamente dal testo, perché le parole ‘*quae non habeat in se conventionem*’ costituiscono una proposizione relativa dipendente unicamente – e inequivocabilmente – da *obligationem*, cui è unita dal pronome relativo femminile singolare *quae*: e ciò che può avere un accordo ‘*in se*’ non può essere l'obbligazione – come risulterebbe invece dalla lettura endiadica – ma solo l'atto obbligatorio. Letta dunque correttamente, quella che il Dalla Massara chiama “la sentenza di Pedio” viene a significare che “senza accordo non c'è contratto, (anzi) non c'è alcun atto volontariamente obbligatorio”, con il che si perviene a capire che secondo Pedio – e Ulpiano che lo cita aderendo al suo pensiero, e Labeone, ancora citato da Ulpiano in D.

<sup>47</sup> Nel trascrivere il testo ho mutato lievemente – ma solo per chiarezza: il mio intervento non cambia assolutamente il senso – la punteggiatura del Mommsen (Krüger), ripresa anche dal Dalla Massara: il luogo è (con la punteggiatura del Mommsen): *nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*.

<sup>48</sup> Che condivide soprattutto (vedi p. 67 n. 17) col Burdese e con diversi altri autori (Gallo, Schiavone, Voci), contro Wunner e me stesso (vedi da ultimo *La nozione*, 29 s.).

<sup>49</sup> DALLA MASSARA, 67.

<sup>50</sup> *La nozione*, 29 s.

<sup>51</sup> Precisamente nel senso di “atto consapevolmente effettuato con lo scopo di creare obbligazioni”, come scrivevo in *La nozione*, 29.

50,16,19<sup>52</sup> – gli atti diretti a creare obbligazione ma che, pur se implicano il consenso, la producono non *consensu*, ma *re* o *verbis* (o *litteris*), non sono contratti. Non devo insistere qui nelle conclusioni che ho già tratto in *La nozione*; solo le ricordo. Lasciando da parte le elucubrazioni pseudo-sistematiche a fini didattici di Gai. 3,88, tutta la giurisprudenza classica impiegò tecnicamente la denominazione di *contractus* per i soli atti obbligatori che creano obbligazioni *consensu*, e per tutti questi atti; il che implica la precisazione complementare che anche deposito, comodato e pegno sono contratti, in quanto le rispettive obbligazioni nascono *consensu* e non *re*, perché il meccanismo del *re obligari* è quello dell'obbligazione creata dalla *res*, e precisamente da una cosa che, entrata nel patrimonio di un soggetto B, spetta invece ad un altro soggetto A, il quale tuttavia, la cosa essendo di B, non può rivenderla<sup>53</sup>. Fra le *obligationes*, nel senso di “atti” – tale è il caso del mutuo.

Tornando alla frase di Ulp. Ped. D. 2,14,1,3, di cui ci stiamo occupando, e proseguendo la lettura oltre il punto al quale eravamo arrivati (*nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*), vediamo subito che quel che segue è riferito ancora all'*obligationem*: ... *sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est*. Pedio sta proprio, con palmaria evidenza, illustrando caratteri delle *obligationes* che non sono *contractus*. Il senso dell'intero passaggio con la citazione di Pedio risulta insomma il seguente: “sicché dice con eleganza Pedio che non vi è contratto, anzi non v'è alcun atto obbligatorio che non abbia in sé un accordo, anche se l'atto si realizzi vuoi *re*, vuoi *verbis*: infatti la *stipulatio*, che si realizza *verbis*, è nulla se non contenga il consenso”.

La contrapposizione fra il *contractus* e l'atto obbligatorio che non è *contractus*, dunque, non solo è presente in Ulp. Ped. D. 2,14,1,3, ma vi è spiegata e commentata. E questa stessa contrapposizione condiziona ancora la struttura della frase del § 4 dello stesso frammento:

Ulp. D. 2,14,1,4: *Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: velut in emptionem, in locationem, in pignus, vel in stipulationem.*

Qui si fa un'enumerazione esemplificativa (*velut*) degli atti obbligatori che implicano l'accordo e che posseggono anche una denominazione speciale, oltre che rientrare nell'ambito semantico del *verbum generale* ‘*conventio*’ (vedi anche l'inizio di D. 2,14,1,3). L'enumerazione si sarebbe potuta costruire senza congiunzioni – è il caso in cui noi siamo abituati a mettere delle virgole – o con una sequenza di *et*, ovvero con una sequenza di *vel*; ma Ulpiano ha fatto diversamente. I termini

<sup>52</sup> Vedi ancora *La nozione*, 30 ss.

<sup>53</sup> L'ultima volta che ho tentato di chiarire questa spiegazione della nozione di *re obligari* è stata quella di *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II*, Torino 2008, 43 ss.

dell'enumerazione sono quattro, ed egli ha impiegato un solo *vel*, che risulta così separare i primi esempi senza congiunzioni (*emptio, locatio, pignus*) dall'ultimo (*stipulatio*): perché i primi sono esempi di *contractus*, mentre l'ultimo è un atto obbligatorio che non è *contractus*.

Come già avevo accennato, l'interpretazione, basata sull'idea dell'endiadi, dell'enunciato che Ulpiano fa risalire a Pedio ha prodotto conseguenze nel pensiero del Dalla Massara. Già nella parte (preliminare rispetto all'esegesi di Ulp. Arist. Mauric. D. 2,14,7,4) della sua ricerca, sulla quale ora mi sto soffermando, egli scrive che l'inclusione della *stipulatio* nell'elenco di D. 2,14,1,4 lascia concludere che Ulpiano vedesse integrata nella *stipulatio*, considerata la sua necessaria base consensuale, un'ipotesi di contratto<sup>54</sup>, e ancora peggio, poco dopo, arriva a scrivere che, sempre nello stesso testo, "l'esemplificazione dei *nomina* speciali si articola ... nei contratti di *emptio, locatio, pignus* e *stipulatio*, tratti dal novero delle *obligationes consensu* (con riferimento a *emptio* e *locatio*), *re* (per quanto riguarda il *pignus*) e *verbis* (rispetto alla *stipulatio contractae*": una frase dove cose corrette e scorrette sono pericolosamente accostate insieme. Più avanti, in un contesto di cui ci occuperemo fra poco, il Dalla Massara<sup>55</sup>, come prova del fatto che Ulpiano avrebbe considerato il mutuo come contratto, adduce Ulp. Cels. D. 12,1,1,1: ma il testo ha tutt'altro senso. Come si sa, il passo contiene quella che si usa indicare come la *laudatio* dell'editto commentato nei *libri ad edictum*, ma in questo caso il testo è piuttosto una giustificazione del titolo rispetto al suo contenuto:

D. 12,1,1,1 (Ulp. 26 ad edictum): *E re est, priusquam ad verborum interpretationem perveniamus, pauca de interpretatione ipsius tituli referre. 1: Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi appellatio generalis est: ideo sub hoc titulo et de commodato et de pignore edixit. Nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. Rei quoque verbum ut generale praetor elegit.*

Per comprendere bene questo testo si deve considerare quale fosse il chiarimento che Ulpiano intendeva fornirvi; ma questo vi è scritto espressamente: il giurista voleva in particolare dar ragione del fatto che nel titolo *de rebus creditis* il pretore '*et de commodato et de pignore edixit*'. Del mutuo Ulpiano non si preoccupava affatto, perché il mutuo è il modello dei negozi di credito, ed era perfettamente logico che il titolo ne prevedesse la tutela, che infatti vi era posta all'inizio, con la formula della *condictio* per una *certa pecunia* e una *certa res*, anche se in tali formule – come pure nella specifica rubrica che le precedeva (*si certum petatur*) – il mutuo

<sup>54</sup> DALLA MASSARA, 68.

<sup>55</sup> DALLA MASSARA, 89 n. 89, su cui vedi già *La nozione*, 45 n. 57 in fine.

non era menzionato, e del resto le formule non erano utili solo per il mutuo. Ma il mutuo era certo il tipico negozio di credito, perché si effettuava con una *traditio* effettuata *credendi causa*; ma questa *causa credendi* non era propriamente la causa dell'atto obbligatorio: essa era l'accordo causale della *traditio*, che permetteva il trasferimento della proprietà delle cose date a mutuo. L'obbligazione di restituirle nasceva *re*, dalla presenza delle cose (rappresentate dal loro valore) nel patrimonio del mutuatario; l'accordo giocava solo nel senso di qualificare le cose ricevute come cose da restituire, appunto perché date *credendi causa*. Comodato e pegno obbedivano ad uno schema diverso, perché l'obbligazione di restituirle nasce *consensu*, donde l'opportunità di giustificarne la presenza nel titolo edittale retto dall'idea del *credere*: e Ulpiano fa ciò valendosi dell'affermazione di Celso, che '*credendi appellatio generalis est*', e che Ulpiano spiega scrivendo '*cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur*'. Questa spiegazione è fatta pensando sempre a comodato e pegno: non sarebbe appropriata, in particolare, per la *stipulatio* – la quale rientrava pure nella materia dell'*edictum de rebus creditis* – dove chi *assentitur* è il debitore.

Si comprende facilmente come, adottando le premesse descritte, il Dalla Massara si trovi a disagio non solo con l'esemplificazione che Ulpiano faceva in D. 2,14,1,4, ma anche con quella di D. 2,14,7,1, che sempre si legge in un testo di Ulpiano, ma il Dalla Massara tende a considerare che Ulpiano vi riferisse fondamentalmente un'enumerazione risalente ad Aristone<sup>56</sup>.

Quello che il Dalla Massara scrive a proposito dell'enumerazione di D. 2,14,7,1 ha, naturalmente, un peso particolare perché, la si consideri o no proveniente da Aristone, essa appartiene direttamente all'ambito nel quale si pongono i problemi dell'esegesi di D. 2,14,7,2. Per ora, comunque, mi occuperò specificamente di quel che l'autore dice della esemplificazione del § 1<sup>57</sup>, prescindendo provvisoriamente dal contesto nel quale il suo discorso s'inserisce.

Egli ha certo ragione di dare per indiscusso il fatto che, fin dall'inizio, leggendo D. 2,14,7 ci si colloca "nell'ambito delle *conventiones (ex privata causa) iuris gentium*, di cui Ulpiano aveva parlato in D. 2,14,5<sup>58</sup>"; ma è più difficile seguirlo quando subito dopo rinuncia ad identificare con rigore l'ambito che ha individuato, ricordando che altrove gli era sembrato "di dover ritenere che la classe delle *conventiones iuris gentium* fosse da intendere in senso ampio, tale da ricomprendere *stipulatio* e mutuo". Il proprio precedente, cui l'autore rinvia, è quello nel quale aveva esaminato Ulp. D. 2,14,5<sup>59</sup>: ma anche là il suo discorso consiste soprattutto

<sup>56</sup> DALLA MASSARA, 87 ss.; 89 s. Invece – ovviamente – l'autore non dubita che l'esemplificazione di D. 2,14,1,4 sia "ulpianea"; lo riafferma nella frase che passa da p. 87 a p. 88.

<sup>57</sup> DALLA MASSARA, 85 ss.

<sup>58</sup> DALLA MASSARA, 85.

<sup>59</sup> DALLA MASSARA, 70 ss. (è il § 3 del cap. III); la trattazione delle *conventiones iuris gentium* è a p. 73 ss.

in un resoconto delle opinioni dell'oscillante letteratura, e la conclusione che ne trae (e che è sempre quella che ho già riferito<sup>60</sup>) è tutt'altro che dimostrata. Invece, io credo che il vero punto di partenza in questa materia stia nel fatto che, in generale e in Ulp. Arist. D. 2,14,7 in particolare, riesca assai arduo pensare che dicendo *conventiones iuris gentium* i giuristi non volessero alludere agli accordi informali<sup>61</sup>; il che esclude direttamente che alla categoria possano appartenere la *stipulatio* e i *nomina transscripticia*; ma ne resta escluso anche il mutuo<sup>62</sup>, perché l'accordo di mutuo<sup>63</sup> non è, sul piano delle obbligazioni, individuabile in tale modo: come già dicevo, l'accordo inerente nel mutuo è l'accordo causale della *traditio*, e quindi non ha un ruolo autonomo sul piano delle obbligazioni, dove s'inserisce nel meccanismo più complesso dell'*obligatio re contracta*. Ed è lo stesso Dalla Massara a ritenere che "il discorso ulpiano rimanesse circoscritto all'ambito delle *conventiones* da cui risultano effetti obbligatori<sup>64</sup>.

Siccome il Dalla Massara non vede le cose in questo modo, si trova in difficoltà anche con l'esemplificazione di D. 2,14,7,1, che è espressamente indicata come un elenco di contratti: ma qui è l'autore stesso a complicarsi le cose perché, oltre ad affermare che l'esemplificazione "accomuna contratti rientranti nella tipicità", aggiunge che "la scelta cade su tipi contrattuali che presentano tutti una caratteristica: quella della causalità"<sup>65</sup>; e ribadisce in modo reciso: "Detto *a contrario*, risulta quindi escluso l'ambito dell'astrattezza". Il discorso sulla *stipulatio* resta, presso il Dalla Massara, francamente strano: egli afferma che per Ulpiano la *stipulatio* "rappresentava senza dubbio una figura contrattuale<sup>66</sup>, sostiene, come già ho ricordato, che l'esemplificazione ulpiana di D. 2,14,7,1 è basata su materiale proveniente da Aristone, ma Ulpiano l'avrebbe adeguata (togliendo la *stipulatio*?) al discorso generale, che era basato sull'idea generale di contratto improntata sulla causalità<sup>67</sup>. Quanto al mutuo, esso sarebbe potuto mancare perché, come mandato e pegno, era fatto rientrare fra i *ceteri similes contractus*<sup>68</sup> (ma a quale contratto il mutuo poteva ritenersi *similis*?).

Detto tutto questo, è tempo di considerare l'impiego che di queste due enumerazioni fa il Dalla Massara in funzione della lettura di D. 2,14,7,2. In questa pro-

<sup>60</sup> Vedi, nel luogo cit. alla n. prec., la p. 77.

<sup>61</sup> Cfr. FREZZA, *Ius gentium*, in *Mél. De Visscher I* [RIDA 2(1949)], 303.

<sup>62</sup> Allo stesso risultato, se pure per altra via, perviene in particolare il TALAMANCA, *Conventio e stipulatio*, in BELLOCCI (ed.), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, Napoli 1991, 212 s.

<sup>63</sup> Che per il mutuo esista un problema, lo avverte anche il DALLA MASSARA, 90 n. 93.

<sup>64</sup> DALLA MASSARA, 74.

<sup>65</sup> DALLA MASSARA, 85.

<sup>66</sup> DALLA MASSARA, 88.

<sup>67</sup> DALLA MASSARA, 88.

<sup>68</sup> DALLA MASSARA, 89.

spettiva egli si occupa in particolare di Ulp. Ped. D. 2,14,7,1<sup>69</sup>. Quel che in particolare egli tiene a chiarire è il significato dell'espressione – che ha per oggetto le *conventiones iuris gentium – transeunt in proprium nomen contractus*.

Naturalmente, non manca di notare che il verbo *transire*<sup>70</sup>, anzi, tutta la locuzione *transire in nomen*, compariva già, con un significato parallelo, in Ulp. D. 2,14,1,4, e sottolinea anche, più volte e in vario modo<sup>71</sup>, che in D. 2,14,1,4 essa aveva un valore semplicemente linguistico – cioè di vocabolario –, mentre in D. 2,14,7,1 riveste un pregnante significato tecnico sul piano giuridico: le *conventiones* che *transeunt in proprium nomen contractus* sono quelle che, di per se stesse, sono dotate di azione.

Questo è senz'altro vero, perché in D. 2,14,1,4 Ulpiano diceva semplicemente, come abbiamo già notato, che molte delle entità che meritano il *nomen generale* di *conventio* ottengono anche una denominazione speciale come quello di vendita o *stipulatio*. Non c'è dubbio, insomma, che una cosa sia dire '*in aliud nomen transeunt*' (D. 2,14,1,4) ed altra invece '*transeunt in proprium nomen contractus*' (D. 2,14,7,1). Anche perché – lo noto in funzione dei problemi, che già abbiamo delibato, degli elenchi – che nel primo testo il segno '*contractus*' è del tutto assente, sicché poi è del tutto naturale la menzione della *stipulatio*. Ma quel che intende ricavare il Dalla Massara dal *transire in proprium nomen contractus* è che Ulpiano, con questo § 2, imposta il problema in un'ottica processuale: e il problema è quello centrale, tanto nel suo libro quanto in questo mio articolo: cioè il problema della tutela delle convenzioni atipiche. È ben vero che il § 2 si occupa solo dei contratti tipici, ma questi, che nella prospettiva di D. 2,14,7 non sono problematici, vengono in considerazione proprio, come risulterà dal seguito del testo, in funzione della grave questione, rispetto ad essi "simmetrica, rappresentata dalla tutelabilità di quelle *conventiones* che invece non passano *in proprium nomen contractus*"<sup>72</sup>.

Anche se l'insistenza dell'autore sull'ottica processuale si dovrebbe modificare in quella "del diritto delle azioni"<sup>73</sup>, quella sua affermazione è senz'altro esatta; come bene orientato è certo quel che scrive poco dopo: "In questo caso mi pare corretto ritenere che il riferimento al *nomen contractus* debba intendersi nel senso che un certo numero di *conventiones* trova riferimento in una formula contenuta in editto: sussiste pertanto una corrispondenza tra *nomen contractus* e formula editale". Ma quel che proprio risulta sorprendente è quel che l'autore scri-

<sup>69</sup> DALLA MASSARA, 79 ss. (nel contesto del § 4 del III cap.).

<sup>70</sup> DALLA MASSARA, 79 s.

<sup>71</sup> Ma vedi in particolare p. 80 s.

<sup>72</sup> DALLA MASSARA, 80.

<sup>73</sup> Seguendo il preciso monito dello SCHULZ, *Prinzipien*, München u. Leipzig 1934, 28: Der oft wiederholte Satz: „Die Klassiker behandeln das Privatrecht vom Standpunkt des Prozesses“ ist ungenau: ... Die klassische Jurisprudenz ist nicht schlechthin prozeßrechtlich orientiert, sondern aktionenrechtlich.

ve poi<sup>74</sup>, parlando della scelta dell'aggettivo *proprius* con riferimento al *nomen contractus* nel quale le *conventiones* sarebbero potute *transire*. Qui egli sostiene che sarebbe da escludersi “che per Ulpiano fosse richiesta una formula specifica” e da ritenersi “che fosse sufficiente, genericamente, almeno una formula (anche comune a più contratti o addirittura ad altre situazioni giuridiche sostanziali, nonché pure, all'opposto, riferibile soltanto ad una parte delle fattispecie rapportabili a un contratto). In effetti, il significato di ‘esclusivo’, ‘peculiare’, connotante l'aggettivo *proprius*” sembra al Dalla Massara “che per Ulpiano dovesse in questo caso intendersi, pena l'esclusione dall'ambito della tipicità dei contratti non tutelati con una formula specifica (come ad esempio il mutuo o il *nomen transscripticium* ... oppure la *stipulatio* ...), nel senso più ampio che si è prospettato...”. Dall'ultima frase che ho riportato risulta bene che tutto ciò è l'estremo residuo della cattiva attitudine del Dalla Massara di fronte alla nozione di *contractus* e alle relative esemplificazioni.

In effetti, la locuzione ‘(*conventiones*), *quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*’, anche se inserita nel più elaborato letto di Procuste, non potrà mai essere ridotta a significare che “una *conventio* avrebbe dovuto comunque trovare almeno una formula (in tal senso *proprium nomen*) a sua protezione”<sup>75</sup>, cioè una formula applicabile a quel contratto anche senza nominarlo.

In realtà, con ‘*proprium nomen*’ Ulpiano doveva riferirsi alle denominazioni delle azioni contrattuali che comparivano sotto vari titoli dell'editto, come indicazioni dei singoli diversi *edicta* speciali, e che per i contratti erano, secondo la ricostruzione del Lenel, nel titolo (XIX) *de bonae fidei iudiciis, depositi*<sup>76</sup>, *mandati, pro socio, empti venditi, locati conducti*<sup>77</sup>, nel titolo *de rebus creditis* (XVII) *commodati, de pigneraticia actione*.

Tutte queste critiche, che ho fatto finora al Dalla Massara, risultano anche utili – ne sono convinto<sup>78</sup> – per sfrondare il suo discorso da qualche orpello, che pesa-

<sup>74</sup> DALLA MASSARA, 81 s.

<sup>75</sup> DALLA MASSARA, 82.

<sup>76</sup> Qui nell'editto era collocata anche l'*actio fiduciae*, ma non risulta che i giuristi romani l'abbiano mai considerata un'azione contrattuale.

<sup>77</sup> Forse a partire da una certa epoca fu a questo punto inserito l'*edictum de aestimato* con l'*actio praescriptis verbis*, che il LENEL, nella terza edizione dell'*Edictum perpetuum* (p. 300 ss.) escluse, seguendo le posizioni interpolazionistiche a proposito di tale azione.

<sup>78</sup> E questa convinzione me la rafforza il Dalla Massara stesso, quando, a p. 91 s., riprendendo il tema dell'elencazione nell'impegnarsi più decisamente nell'esegesi di D. 2,14,7 e considerando – anche se ancora in modo generico – la presenza nel testo dell'allusione al *συνάλλαγμα*, scrive: “si sarebbe tentati di ritenere che il modello aristoniano di contratto, comprensivo non solo dell'atipicità ma anche della tipicità, fosse fondato non solo sulla necessaria presenza, oltre che della causa, anche del *συνάλλαγμα*. Così, in quanto quest'ultimo fosse richiesto, ... in tanto rimarrebbe escluso dall'elenco il mutuo: vi sarebbe poi un'ulteriore ragione per ritenervi estranea la *stipulatio* (che già non vi sareb-

va e non contribuiva alla nettezza del suo discorso esegetico su D. 2,14,7,3, che ora incomincerò a seguire nella sua linea essenziale.

Prenderò le mosse dalla considerazione che egli fa meditando<sup>79</sup> su certi rilievi del Perozzi, a proposito della locuzione che Ulpiano impiegava in D. 2,14,7,2: ‘(conventiones) quae pariunt actiones, transeunt in proprium nomen contractus’. Quelle parole rivelano, in effetti, che a questo punto si manifesta, nel testo, sottesa “un’ambiguità di piani”<sup>80</sup>: (I) “Se l’accento cade sul *proprium nomen* (ossia sul *nomen* di ogni singolo contratto) l’attenzione appare incentrata sulla diretta riconducibilità delle *conventiones* alle formule previste in editto”, vale a dire che la prospettiva risulta – nel senso in cui il Dalla Massara impiega l’espressione – quella processuale; (II) “se si sofferma lo sguardo sul *nomen contractus* (ossia il *nomen* dell’intera categoria) si vede che le *conventiones* transitanti in *proprium nomen contractus* appartengono tutte alla medesima e comune idea di contratto, travalicante i tipi e sovraordinata rispetto ad essi: la prospettiva risulta allora quella sostanziale”.

In questo modo il Dalla Massara è pervenuto a chiarire<sup>81</sup> che il carattere ambiguo del discorso di Ulpiano (processuale – sostanziale) si risolve nell’impostazione del § 2 del passo, dove la prospettiva è mutata in quella puramente sostanziale, e ciò per effetto del ricorso che Ulpiano fa al pensiero di Aristone, che è animato dalla presenza di un’idea generale di contratto. Nel *principium* e § 1 del testo sembrerebbe ancora che le *conventiones* potessero distinguersi solo fra quelle tutelate da azione – e cioè quelle tipiche, che *transeunt in proprium nomen contractus* e quindi sono contratti – e quelle atipiche – che *non transeunt in un proprium nomen*, e quindi non sono contratti e non sono protette da azione –. Invece la nuova prospettiva, quella che Ulpiano deriva da Aristone, permette di rendersi conto che “vi sono delle *conventiones* prive di *nomen*” (vale a dire di azione edittole) “che pure possono chiamarsi contratti e che sono ugualmente idonee a ricevere tutela in via di azione”. Così si giunge, accettando dunque la prospettiva di Aristone, ad un’impostazione della problematica del contratto che si basa su di un’idea generale di contratto “che travalica i tipi”<sup>82</sup>; e l’espressione ‘*et ceteri similes contractus*’, che Ulpiano impiega alla fine del § 1 per concludere il suo elenco dei contratti tipici, non prova soltanto che l’elenco è aperto, ma “suggerisce anche che l’identificazione dei vari contratti risponda ad un criterio coerente”. E quindi il testo pone a chi lo legge il problema di stabilire quale fosse – per Aristone, che Ulpiano segue – tale criterio.

---

be potuta rientrare per la sua astrattezza)”. E nel seguito (fino a p. 95) si dedica anche a dimostrare la sinallagmaticità di deposito e comodato.

<sup>79</sup> DALLA MASSARA, 82 s.

<sup>80</sup> DALLA MASSARA, 83.

<sup>81</sup> Per questo vedi soprattutto DALLA MASSARA, 84.

<sup>82</sup> DALLA MASSARA, 84 s.

Ero già giunto, da un diverso punto di vista, a considerare questo passaggio del Dalla Massara, quando consideravo la sua interpretazione dell'elenco dei contratti presente nel § 1 del testo in esame. Ora riprendo il suo discorso nella diversa prospettiva che sto seguendo. Pur con le difficoltà che nel precedente riferimento vi avevo scorto<sup>83</sup>, il Dalla Massara afferma recisamente che l'elenco (e in questo caso egli si riferisce all'elenco che in effetti compare nel testo), che è un elenco di contratti tipici, comprende unicamente "tipi contrattuali che presentano tutti una caratteristica: quella della causalità"<sup>84</sup>. Dal seguito del discorso del Dalla Massara si desume che quello della causalità – cioè della presenza della causa – rappresentava, e già per Aristone, il primo requisito della fattispecie contrattuale considerata in se stessa: per i contratti tipici si tratta di una causa determinata (a priori), e si può dunque parlare di una tipicità causale accomunante i contratti tipici<sup>85</sup>. Ma dal § 2 di D. 2,14,7 si desume che il modello aristoniano di contratto (sempre seguito da Ulpiano), che non riguardava solo i contratti tipici, ma serviva anche come parametro per il riconoscimento degli atipici, era fondato sulla presenza, oltre che della causa, che in questo caso non è più una causa tipica, ma una *causa in concreto*<sup>86</sup>, anche dal *συνάλλαγμα*<sup>87</sup>. Ne deriva ancora che la nozione generale di contratto, impiegata da Aristone e riferita da Ulpiano in D. 2,14,7,1-2, e che permetteva il riconoscimento delle figure atipiche, si fondava sulle due nozioni di *causa* e *συνάλλαγμα*.

Per approfondire questa visuale del Dalla Massara, ed insieme verificarne la portata, credo opportuno soffermarsi soprattutto su quanto egli scrive in modo specifico sulle nozioni aristoniane di causa<sup>88</sup> e *συνάλλαγμα*<sup>89</sup>.

Al proposito della nozione di *causa*, le conclusioni alle quali giunge il Dalla Massara sono nel senso che il termine era impiegato da Aristone nel senso di "funzione"<sup>90</sup>, cioè di scopo giuridicamente rilevante che il contratto è volto a realizzare<sup>91</sup>.

<sup>83</sup> Si ricorderà, quelle provenienti dalla convinzione del Dalla Massara che l'elenco dovesse contenere anche *stipulatio* e mutuo.

<sup>84</sup> DALLA MASSARA, 85 s.

<sup>85</sup> Cito ad esempio DALLA MASSARA, 91 ss., ma soprattutto 169 ss.

<sup>86</sup> Ancora si veda DALLA MASSARA, 99 ss. e 169 ss. (in part. 175 s.).

<sup>87</sup> Come si vedrà, di questo il DALLA MASSARA scrive specialmente a p. 134 ss.

<sup>88</sup> DALLA MASSARA, cap. III § 10, 127-133.

<sup>89</sup> DALLA MASSARA, cap. III § 11, 134-136.

<sup>90</sup> Impiegando per la prima volta questo termine (p. 132) il DALLA MASSARA lo inserisce in una prudente cornice parentetica: "mi pare che tutte le osservazioni svolte fin qui inducano a pensare che il segno *causa* sia impiegato da Aristone nel significato (per il quale bisogna certamente tenere in conto l'inevitabile approssimazione intrinseca nell'impiego in senso storiografico del nostro linguaggio) di 'funzione' ...".

<sup>91</sup> DALLA MASSARA, 89 s. Alla p. 149 l'autore noterà anche che la concezione aristoniana della *causa* era influenzata dall'idea filosofica di *causa finalis*.

Questo impiego di *causa* rappresenterebbe un'innovazione di Aristone, che fondava il prodursi, per un contratto atipico, degli effetti obbligatori civili “proprio sul sussistere di una funzione che si reputi riconoscibile”<sup>92</sup>: così, la volontà manifestata dalle parti, in quanto diretta verso un obiettivo unico e comune alle parti (questa è precisamente quel che il Dalla Massara intende per “funzione”) “giustifica l'estensione di una tutela contrattuale e, con ciò, fonda la facoltà di perseguire l'adempimento della controparte”<sup>93</sup>. Queste ultime parole rivelano che il Dalla Massara pensa sempre che la struttura di un contratto innominato riconosciuto come fonte di obbligazione implicasse l'esecuzione, contestuale con la sua conclusione, di una delle prestazioni previste. Ma egli ha cura di dimostrare, contro la letteratura del tutto prevalente, che questa esigenza non è implicata dalla nozione di *causa*. Alla dimostrazione di questo punto egli dedica quasi tutto il § 10 (che è quello di cui sto riferendo). In altre parole, egli dice che la *causa* di cui si parla in D. 2,14,7,2 non è la *causa data*: e lo dice consapevole di adottare con ciò, come formulazione generale per un'esigenza di breviloquio, un'espressione impropria<sup>94</sup>, perché la *datio* cui si allude può non essere affatto traslativa di proprietà e magari può anche essere l'esecuzione di una del tutto diversa prestazione di *facere*. Io lo seguo in questa approssimazione, ragionando – a mo' di esempio – di *datio* e di *dare* nelle osservazioni che faccio seguire.

Osserverò anzitutto – e questo non contro il Dalla Massara, ma contro la letteratura che egli stesso critica – che per provare che in D. 2,14,7,2 la *causa* non è la *res data* basta una semplice considerazione filologica. Aristone diceva ‘*subsit tamen causa*’, usando il verbo *subesse*, e usandolo al presente: cioè, per rendere tutelabile l'accordo, è necessaria una causa che *subest*. Ora: *a*): il verbo *subesse*, semanticamente, non ha nulla a che fare con il verbo *dare*. ‘*Subesse*’ significa “esser sotto” o “essere al disotto”, e ancora “essere al fondamento”, ovvero, in modo più attenuato, “essere ad un livello inferiore”; tutto ciò in senso materiale<sup>95</sup>, o nel senso di “sottostare”, “essere nascosto o latente dentro o sotto”<sup>96</sup>; *b*) in ogni caso, ci si accorge subito che nel nostro testo, se si volesse sostituire *dare* a *subesse*, non si potrebbe usare il presente. Con *dare*, Aristone (Ulpiano) avrebbe dovuto scrivere ‘*sed si in alium contractum res non transeat, causa tamen data sit*’: se la causa presente è una *causa data*, è una causa che *data est*, non una causa che *datur* (o *detur*). La cau-

<sup>92</sup> P. 133. Qui, come poi altrove, per “funzione riconoscibile” il Dalla Massara intende una funzione apprezzabile alla stregua dei valori riconosciuti dall'ordinamento giuridico.

<sup>93</sup> DALLA MASSARA, 133.

<sup>94</sup> DALLA MASSARA, 129 con la n 193.

<sup>95</sup> Verg., G. 3,387 s.: *quamvis aries sit candidus ipse, nigra subest udo tantum cui lingua palato*; Hor., Ep. 1,1,95 s: *si forte subucula pexae trita subest tunicae*.

<sup>96</sup> Cic., p. Roscio Amer. 10,28: *in qua re nulla subesset suspicio*; Cic., off. 1,11,38: *causas omnino subesse tamen oportet easdem*; Cic., nat. 3,28,71: *si his vitiis ratio non subesset*; Cic., inv. 1,28,42: *pars est, quae subest generi* (= a un livello inferiore rispetto al genere).

sa che *subest* (*subsit*) è invece una causa presente sempre, in tutta la storia del negozio in questione<sup>97</sup>.

In conclusione, la causa che *subsit* (*subest*) ad un negozio non può intendersi come *causa data* (= che è stata data = prestazione eseguita), ma solo come elemento immateriale della fattispecie.

Ma quello che mi preme qui in particolare di notare è che il Dalla Massara, dopo essere comunque giunto per una sua via esegetica e critica della letteratura dominante alla stessa conclusione che credo di avere or ora confermato, arricchisce il suo discorso con un argomento, fondato su “alcune ragioni di carattere ricostruttivo”<sup>98</sup>. Espongo qui in sintesi questa sua dimostrazione, che ha un peso notevole, come vedremo, per valutare il seguito della sua costruzione.

Egli prende come punto di partenza una certezza, già chiara nel suo discorso precedente complessivo, e del resto comune alla dottrina, che “il punto d’approdo” del ragionamento di Aristone era quello di “fondare la tutelabilità di una pretesa diretta all’adempimento dei contratti atipici”<sup>99</sup>. Di conseguenza, per valutare il discorso del giurista, ci si deve collocare “in una prospettiva pienamente contrattuale”. Ora – prosegue l’autore –, se la causa di cui si parla nel testo fosse una prestazione eseguita (*causa data*), l’impostazione non uscirebbe da quella della *condictio* per la restituzione di quanto *datum ob rem* o *ob causam* (*re* o *causa non secuta*): solo se la causa è intesa come la funzione (nel senso che si è visto), essa risulta idonea a fondare non la pretesa alla restituzione del *datum*, ma la pretesa alla controprestazione prevista<sup>100</sup>.

Detto tutto ciò, possiamo ad apprendere come il Dalla Massara concepisca la nozione aristoniana di *συνάλλαγμα*. Il luogo principale del suo discorso è costituito dal § 11<sup>101</sup>, ma nell’impostarlo egli si avvale di conclusioni che già aveva raggiunto, o sinteticamente presentato, in precedenza. Si tratta, in particolare, delle seguenti:

a) è da escludersi l’idea, abbastanza diffusa nella dottrina romanistica, secondo la quale *συνάλλαγμα*, nel linguaggio di Aristone, rappresentasse un sinonimo di *contractus*<sup>102</sup>: per Aristone i due termini non risultano affatto fungibili; per Mauriciano, che ri-

<sup>97</sup> I traduttori tedeschi di D. 2,14,7,2 (li cita anche il DALLA MASSARA, 128 n. 191), che pure credono nella *causa data*, traducono ‘*subsit tamen causa*’ così: “jedoch eine Zweckbestimmte Leistung vorliegt”; con “vorliegt” traducono *subsit*, ma *vorliegen* in tedesco significa “esser presente”: se è una prestazione (Leistung) che “vorliegt”, significa che essa è stata prestata, e quindi, se si passa al *dare*, si arriva anche qui alla *gegebene Leistung* (etwas, das geleistet wurde).

<sup>98</sup> DALLA MASSARA, 130-132.

<sup>99</sup> DALLA MASSARA, 130.

<sup>100</sup> DALLA MASSARA, 130 ss.

<sup>101</sup> Del cap. III; DALLA MASSARA, 134-136.

<sup>102</sup> DALLA MASSARA, qui a p. 134, ma già prima a p. 106 ss. (è il § 7), dove l’autore fa capo in particolare alla seconda menzione del *συνάλλαγμα* in D. 2,14,7,2.

portava (per noi sempre, infine, tramite Ulpiano) il pensiero di Aristone, un sospetto in proposito potrebbe sussistere<sup>103</sup>, ma si deve piuttosto ritenere che su questo punto Mauriciano aderisse del tutto al pensiero di Aristone<sup>104</sup>;

b) le parole del testo: *'dedi tibi rem ut aliam mihi dares, dedi ut aliquid facias'* andrebbero precisamente intese come una definizione aristoniana del *συνάλλαγμα*: “con Aristone si dice” (allusione alla prima menzione del *συνάλλαγμα* in D. 2,14,7,2) “che il *συνάλλαγμα* consiste (*hoc est*) nel *dedi tibi rem ut aliam mihi dares, dedi ut aliquid facias*”<sup>105</sup>.

Ma a questo punto la sua ricerca del preciso senso di *συνάλλαγμα* si fonda anche su altre affermazioni, che emergono via via nel suo argomentare<sup>106</sup>. Ne enumero qui – proseguendo dalle lettere dell'alfabeto che già ho usato per le prime due (*a*, *b*) – quelle che mi sembrano veramente significative nell'*iter* costruttivo del Dalla Massara:

c) come abbiamo visto (*sub a*) che nel linguaggio di Aristone la nozione di *contractus* e di *συνάλλαγμα* vanno tenute distinte (anche se si può dire “che il *συνάλλαγμα* è nel contratto”, non si può dire che esso “è il contratto”), così “sarebbe insensato ritenere che il distinto riferimento a *causa* e *συνάλλαγμα* fosse un'inutile duplicazione ... il loro richiamo si colloca su piani differenti eppure al contempo ... integrabili”<sup>107</sup>;

d) nella costruzione di Aristone (accolta da Mauriciano) la nozione di *συνάλλαγμα*

<sup>103</sup> Si tratterebbe, comunque, di una pura “equiparazione a livello linguistico ... non di un'equiparazione tra concetti”: DALLA MASSARA, 109 s.

<sup>104</sup> Vedi ancora DALLA MASSARA, 126. Un'originalità di Mauriciano il Dalla Massara la trova (p. 189) nell'indicazione dell'azione (*id est praescriptis verbis*).

<sup>105</sup> Così DALLA MASSARA, 107; già 106, dove l'autore affermava che per questo punto del testo non esistono problemi esegetici; vedi ancora qui (§ 11) p. 134. Ancora p. 119 (dove si afferma che invece per Labeone il contratto poteva essere detto *συνάλλαγμα*); solo, alla p. 103, ipotizza che i due casi espressi (*do ut ...*) possano considerarsi esemplificativi e dunque completati con *facio ut des* e *facio ut facias*. In questo modo il Dalla Massara continua ad aderire all'opinione dominante (tradizionale fin dal tempo dei Glossatori, come ho cercato di spiegare – secondo una linea che nel complesso mi pare ancora accettabile – nel contributo *Contratto e causa nel diritto romano*, in VACCA [ed.], *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica (atti del congresso ARISTEC 1995)*, Torino 1997, 36 ss.), opinione secondo la quale l'esecuzione di una delle prestazioni pattuite sarebbe stato requisito essenziale, nel diritto romano, della conclusione di un contratto innominato. Il Dalla Massara sembra aderire almeno alla versione più attenuata di tale tesi, che postula il vigore di tale esigenza solo a partire da Aristone; vedi in proposito BURDESE, *Contratto e convenzioni atipiche da Labeone a Papiniano*, in *SDHI* 62 (1996), 515 ss.; *Ultime prospettive romanistiche in tema di contratto*, in *Atti del II convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano 1998, 32 ss.; *Divagazioni* (in *Studi Talamanca I*) cit., 334 ss. e pure GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto II*, Torino 1995; *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in VACCA (ed.), *Causa cit.*, 63 ss.; *Agere praescriptis verbis e editto alla luce di testimonianze celsine*, in *Labeo* 44 (1998), 7 ss.

<sup>106</sup> E non solo nel § 11 (che sto in particolare seguendo), ma anche nel successivo § 12 (p. 136 ss.), dove si studiano i rapporti (in Aristone) tra *causa* e *συνάλλαγμα*.

<sup>107</sup> DALLA MASSARA, 136 (nel § 12).

risultava essenziale in relazione al prodursi di effetti obbligatori civili per i contratti atipici<sup>108</sup>.

Tenendo conto di tutto ciò, si comprende<sup>109</sup> “che il *συνάλλαγμα* indica precisamente il vincolo di scambio tra le prestazioni di dare e di fare delle parti”. Ma subito dopo il Dalla Massara aggiunge: “Al contempo, la scansione dei tempi verbali” (l’autore si riferisce, come è chiaro, alla lettera di D. 2,14,7,2) “– *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*, per Aristone; *dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas* per Mauriciano – impone di pensare che lo scambio debba essere qualificato dall’esecuzione della prima prestazione. La *datio* segna allora l’iniziale attuarsi del contratto, l’avviarsi del meccanismo di scambio in base al quale è riconosciuta la pretesa all’adempimento della controprestazione”.

6. – Anche se il libro del Dalla Massara contiene molte altre cose, possiamo, in questo resoconto particolareggiato, fermarci qui, ponendoci anche subito la domanda che si presenta naturale dopo le sue affermazioni delle quali ho dato conto nell’ultimo capoverso del paragrafo che precede: se il Dalla Massara pensa che così stessero le cose, perché far tanta fatica – come abbiamo visto egli ha fatto – per distinguere la logica del *συνάλλαγμα* da quella della *datio ob rem*? L’esecuzione della prestazione darebbe luogo alla tutela dell’una fattispecie e dell’altra – rispettivamente mediante azione contrattuale e *condictio* – secondo un’identica logica.

Con quanto ho esaminato risulta chiaro, credo, il risultato della sua esegesi di Ulp. D. 2,14,7,2 ed in particolare della sua valutazione del pensiero di Aristone che vi è riportato. Ma così emerge anche chiaramente che il giovane autore, che procede costantemente con enorme acribia, e meditando tutte le sue asserzioni, sempre dimostrate o, dove sufficiente, illustrate in modo accurato anche dove possono restare discutibili, nell’ultima parte che abbiamo considerato giunge ad una conclusione del tutto gratuita; per dir chiaramente, affatto estranea al testo che sta interpretando.

Mi riferisco alla sua idea che la nozione di *συνάλλαγμα* implichi l’esecuzione di una delle prestazioni previste per un contratto innominato, e in generale che l’esecuzione di una prestazione si deva considerare come un requisito delle convenzioni atipiche, affinché queste risultino obbligatorie, sul piano del *ius civile*, all’esecuzione delle prestazioni che implica l’affare gestito dalle parti, e affinché, di conseguenza, esse ricevano tutela mediante l’azione contrattuale generale.

In realtà, di questo problema nel passo non si parla per nulla: gli esempi considerati da Aristone sono bensì due accordi concepiti come contestualmente ac-

<sup>108</sup> DALLA MASSARA, 135.

<sup>109</sup> DALLA MASSARA, 135.

compagnati dalla *datio* di una cosa, ma questo dice solo che il problema era posto con riguardo a quei casi, e non altro. Per sostenere quel che scrive, il Dalla Massara deve valersi di una particolare interpretazione di un punto del passo, ma nel far ciò commette un evidente errore d'interpretazione. Come abbiamo visto, infatti, nella frase '*sed 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*', il Dalla Massara considera le parole '*dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*' come una sorta di definizione di *συνάλλαγμα*, mentre invece è palese che è la categoria del *συνάλλαγμα* (non definita, perché data per nota) che il giurista impiega per qualificare il *do ut des (facias)*, onde poter concludere che ne (*hinc* = dall'accordo così qualificato) nasce un'obbligazione civile. Per confermar questa sua interpretazione il Dalla Massara vuole anche che '*ut puta*' venga inteso in senso imperativo<sup>110</sup>, mentre è evidente che la locuzione non è impiegata al di fuori del suo normale significato di "per esempio". Se ricordiamo il tenore di Cels. D. 12,4,16 e il commento che ne abbiamo fatto a suo luogo, possiamo dire che la materia di cui Aristone si occupava – nella sua polemica con Celso, alla quale Ulpiano si rifaceva in D. 2,14,7,2 – riguardava appunto il campo degli accordi *do ut des (facias)*. Il discorso di Ulpiano è questo: «Se non si tratta di un contratto tipico, ma c'è *causa*, come dice Aristone contro Celso, nasce un'obbligazione civile: per esempio nelle fattispecie *do ut des, do ut facias*; queste costituiscono un *συνάλλαγμα* (= accordo su di un affare di scambio) e (quindi c'è *causa*, per cui) ne nasce un rapporto obbligatorio civile». Comunque – ripeto –, gli esempi hanno una prestazione eseguita, ma questa circostanza non appartiene affatto al modello concettuale che serve a fondare la soluzione. Aristone e Celso discutevano di queste fattispecie in particolare perché non si preoccupavano della tutelabilità degli accordi atipici in generale, ma si occupavano della tutelabilità con azione contrattuale di quegli accordi (*do ut des-facias*) che già avevano una tutela diversa da quella contrattuale. E non è un caso, dunque, che queste due sole fattispecie siano considerate da Aristone in D. 2,14,7,2: *facio ut des-facias* non presentavano questo tipo di problema.

7. – A proposito del significato di *συνάλλαγμα* come "scambio già iniziato con l'esecuzione di una prestazione" il Dalla Massara richiama anche il dissenso fra Mauriciano e Giuliano, con il pensiero di Mauriciano, che sarebbe identico a quello di Aristone. Ma, se questo è vero, non fornisce affatto l'argomento che l'autore vorrebbe.

Riprendo la parte di D. 2,14,7,2 che ora ci interessa:

<sup>110</sup> DALLA MASSARA, 103: *ut puta* = così ritieni che debba essere.

... 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.

Non si può iniziare l'esame di questo caso con la considerazione che la fattispecie, la quale si configurava come un'ipotesi di *do ut facias*, si sarebbe risolta in un *facio ut des*, perché la *datio* di Stico si era rivelata non traslativa di proprietà<sup>111</sup>. L'accordo delle parti era *do ut facias*, e quindi la sua struttura esigeva l'esecuzione della prestazione di *dare* al momento dell'accordo. Se il *dare* non è eseguito, l'accordo non può produrre alcun effetto, perché un'obbligazione di *dare* del proprietario di Stico non è voluta dalle parti, e l'obbligazione di manomettere Panfilo non può sorgere in capo all'altra parte, perché le parti hanno voluto che sorgesse a carico di quella che aveva ricevuto, in esecuzione dell'affare, la proprietà di Stico.

Così ragionava Giuliano, il quale, in conseguenza, non vedeva esperibile alcuna azione basata sull'accordo. Restava da risolvere il problema della tutela del proprietario di Panfilo, che aveva manomesso il proprio schiavo, e la manomissione era irreversibile. È ben vero che di Stico era stata fatta la *mancipatio* al proprietario di Panfilo, ma costui non si sarebbe potuto valere del meccanismo dell'*auctoritas*, perché evidentemente la *mancipatio* era stata fatta *nummo uno*. Non restavano dunque che due rimedi: l'*actio de dolo* o un'azione *in factum*. Che Giuliano preferisse l'*actio in factum* si spiega agevolmente, perché il caso richiedeva una semplice sanzione consistente nel risarcimento del danno senza ulteriori possibili conseguenze. Ma osserviamo qual'era il senso della diversa soluzione di Mauriciano. Per far ciò devo indugiare in una premessa. La chiave (una piccola chiave, che non apre alcuna porta sul piano generale, ma solo uno sportello che facilita la lettura) è quel *sufficit*<sup>112</sup>, che regge la decisione per l'*actio civilis incerti, id est praescriptis verbis*. Mauriciano voleva dire: non c'è bisogno di confezionare un'apposita azione pretoria (*in factum*), né di far ricorso, invece, a quell'estrema azione sussidiaria (l'*actio de dolo*), che rappresenta l'ultima risorsa di un sistema d'obbligazioni che non ne possiede più altra. Il che significa – come direbbe il Dalla Massara: trasportando il problema da un'impostazione processuale a quella sostanziale – che, se si comprende bene la natura della situazione, l'azione è bella e pronta. L'accordo delle parti prevede un *συνάλλαγμα*, e dunque esso rientra nello *Schutzbereich* dell'azione contrattuale generale. Si tratta di un *συνάλλαγμα* perché l'affare oggetto dell'accordo interessa entrambe le parti e le parti lo hanno concluso con l'intento di obbligarsi

<sup>111</sup> Così DALLA MASSARA, 105 con n. 134, seguendo BURDESE, *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa.*, in *Iuris vincula (Studi Talamanca)* I, Napoli 2001, 322.

<sup>112</sup> Come già ricordato, ho cercato di chiarire il senso del verbo nella nota alla fine del mio cit. *Der Vertrag* (69 n. 36); il DALLA MASSARA la conosce (p. 181 n. 31), ma non mi sembra l'abbia capita: forse è colpa mia.

ciascuna a tutto ciò che la realizzazione dell'affare comporta; l'accordo, in altre parole, è un accordo di scambio: al proprietario di Stico interessa che il proprietario di Panfilo manometta Panfilo, e al proprietario di Panfilo interessa che il primo gli trasferisca la proprietà di Stico. Vedendo la cosa in questa prospettiva, il fatto che il proprietario di Stico col suo atto traslativo non abbia trasferito la proprietà di Stico non significa, come invece per Giuliano, che l'accordo non si è realizzato, ma solo che il proprietario di Stico è inadempiente rispetto alla prestazione principale che doveva eseguire. Se ne desume dunque che l'inesecuzione della prima prestazione prevista non ha influenza sulla validità e l'efficacia dell'accordo. È ben vero che, in concreto, era stata eseguita la seconda prestazione, ma questo non ha rilevanza nel senso che questa esecuzione convalida per prima l'accordo: essa ha rilevanza solo nel senso che senza la sua esecuzione nessun problema pratico si porrebbe. Infatti, l'accordo, nella sua struttura, era concepito come da eseguirsi incominciando dalla *datio* di Stico al proprietario di Panfilo. Se le cose si fossero svolte in questo modo: se  $A_S$  (chiamiamo così il proprietario di Stico, come poi chiameremo  $B_P$  il proprietario di Panfilo), se  $A_S$ , dicevo, al momento dell'accordo non avesse fatto la *mancipatio* di Stico, e poi avesse continuato a non farla, e  $B_P$  si fosse parimenti astenuto dal manomettere Panfilo, nulla poteva succedere. Siccome  $A_S$  non era, secondo l'accordo, obbligato a mancipare Stico a  $B_P$ , e  $B_P$  non era obbligato a manomettere Panfilo prima di avere ottenuto Stico, la situazione sarebbe rimasta in ristagno perenne. Ma, nel caso osservato da Mauriciano, è intervenuto un fatto di  $A_S$  che ha indotto  $B_P$  a manomettere:  $B_P$  ha ricevuto Stico nel contesto di una *mancipatio* per la quale credeva di averne acquistato la proprietà. Questa circostanza può essere valutata, per la sua particolare rilevanza di fatto ed al fine di generare una responsabilità di  $A_S$ , solo in un giudizio di buona fede. Per questo Mauriciano trova una soluzione che permetta l'impiego dell'azione contrattuale generale. Ma tutto il ragionamento di Mauriciano, se è quello che ho suggerito, prescinde interamente da un principio che, per la rilevanza civilistica delle convenzioni atipiche, esiga l'esecuzione di una prestazione (e tanto meno, come costruisce la sua regola il Dalla Massara, sulla base di pressoché tutta la dottrina, della prima prestazione).

8. – Con quel che ho detto nel paragrafo che precede non volevo certo intendere che la struttura del *do ut des* e del *do ut facias*, e più in generale che la concezione di un accordo contrattuale atipico la cui efficacia almeno dipenda dall'esecuzione di una prestazione, fosse estranea al pensare della giurisprudenza romana. Quel che intendo è invece che l'idea che l'esecuzione di una prestazione non costituiva per i giuristi un requisito generale della fattispecie contrattuale atipica meritevole di tutela. La struttura di un contratto innominato, una volta che esso fosse riconosciuto tutelabile con l'azione contrattuale generale, dipendeva dalla volontà che le parti avevano manifestato concludendolo.

Mi spiego direttamente con due esempi.

In un passo di Ulpiano si parla di una pratica diffusa (*solent*). Quando uno schiavo fosse fuggito, e qualcuno venisse a sapere dove questi si trovava, andava ad informare il proprietario allo scopo di riceverne un compenso. Ma questa operazione poteva anche dar luogo ad un contratto. Seguiamo Ulpiano:

D. 19,5,15 (Ulp. 42 *ad Sabinum*): ... *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 ideo 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.*

Questo accordo è presentato da Ulpiano come un contratto innominato: la *pactio* non è *nuda*, perché è munita di causa<sup>113</sup> in quanto *habet in se negotium aliquod*, e dunque in forza di essa può esperirsi l'azione contrattuale generale. Per stabilire che si tratta di un contratto con effetti civili (*civilis actio oriri potest*) il giurista non fa alcuna allusione all'esecuzione di una prestazione: anzi, l'accordo contrattuale non è affatto un accordo del tipo *facio ut des*, non è prevista alcuna prestazione da eseguirsi contestualmente con la conclusione dell'accordo nel quale il contratto giuridicamente si concreta. Eppure è chiaro che qui tutto dipende dal fatto che poi lo spione fornisca l'informazione (*indicium*) sul luogo dove lo schiavo si nasconde. Quando l'indicazione sarà stata fornita, il meccanismo contrattuale incomincerà a funzionare: solo allora, ma subito allora. Per esempio, se il compenso era previsto solo per il caso in cui l'*indicium* abbia consentito la cattura del fuggitivo (*si indicasset adprehensusque esset fugitivus*), lo spione potrà far valere in giudizio la colpevole negligenza del proprietario nello sfruttare l'informazione ricevuta: il giudizio essendo di buna fede, sarà adatto alla valutazione di simili circostanze.

Diverse considerazioni può suscitare la lettura di un altro testo di Ulpiano:

D. 19,5,17,3 (Ulp. 28 *ad edictum*): *Si, cum unum bovem haberem et vicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et ille mihi bovem commodarem, ut opus faceret, et apud alterum bos periit. commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est.*

Il caso è molto semplice: i due comodati (Ulpiano li denomina pur sempre così), per il fatto di essere connessi come reciproche prestazioni in un singolo negozio, non possono appartenere allo *Schutzbereich* dell'*actio commodati*. Dunque, per le conseguenze dell'incidente avvenuto si deve impiegare l'azione contrattuale generale. Il caso descritto nel testo non suscita neppure problemi sulla struttura del negozio, perché una prestazione è stata eseguita, anzi magari entrambe, se la precisazione che *apud alterum bos periit* vuole indicare che l'incidente si è verificato

<sup>113</sup> Cfr. Ulp. D. 2,14,7,4.

“presso quello che non è *ego*”, ma presso il secondo che ha ricevuto in prestito la bestia. Però una domanda si presenta naturale: e se, dopo concluso l'accordo, giunto il giorno nel quale la parte che doveva prestare per prima il proprio bove non lo facesse, quali sarebbero le conseguenze? Una volta ammesso, come fa Ulpiano, che il negozio da lui descritto è un contratto, sicché l'azione che lo sanziona è l'azione contrattuale generale, è mai possibile che tale tipo di tutela non si estendesse all'inadempimento della prima prestazione che le parti avevano previsto come dovuta? Oppure che la parte danneggiata dovesse, prima di agire, eseguire la propria prestazione? O invece che questa stessa parte dovesse valersi dell'*actio de dolo* invece che della – già prevista come appropriata al negozio – azione contrattuale? Il carattere antieconomico della costruzione che esige, per la tutelabilità dei contratti innominati, l'esecuzione di una prestazione emerge così, mi pare, in tutta la sua evidenza. E l'accusa di non essere attenti all'economicità delle loro soluzioni, contro i giuristi romani non può sicuramente essere concepita.

9. – Detto tutto ciò, si deve tuttavia constatare che la costruzione che ho criticato è inequivocabilmente contenuta in un testo di Paolo. Non penso ora al *tractatus* proveniente dal quinto libro delle *quaestiones* di quel giurista e che si legge in D. 19,5,5, perché lì non viene affrontato in generale il problema dei contratti innominati, ma specificamente quello del *datum ob rem*, articolato nelle sue species '*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*'<sup>114</sup>. Il passo esplicito nel senso della necessità dell'esecuzione di una prestazione perché una convenzione atipica produca obbligazioni proviene dal libro 33 del commentario all'editto<sup>115</sup> ed è scritto in tema di permuta, nel contesto della trattazione relativa alla compravendita. Quello che ci interessa è in particolare il § 2, ma credo meglio leggere l'intero frammento:

D. 19,4,1 (Paul. [32] <33> *ad edictum*): *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx neutrius. sed cum debeat et res et pretium esse, non potest <permutatio emptio venditio esse quoniam non potest><sup>116</sup> inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptio. 1: Unde si ea res, quam acceperim vel*

<sup>114</sup> Vedi Paul. D. 19,5,5 pr.

<sup>115</sup> Nella fiorentina l'*inscriptio* attribuisce il passo al libro 32 *ad edictum*, ma vedi LENEL, *Pal.* II, col. 1034 n. 2 (Paul. fr. 502).

<sup>116</sup> Integrazione del Mommsen, basata sui Basilici.

*dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur. 2. 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, <locatione> conductione, mandato. 3: Ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem. 4: Igitur ex altera parte traditione facta si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, ut res <tradita nobis reddatur, sed in id quod interest><sup>117</sup> nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est quasi re non secuta.*

Rileggendo questo testo, rispetto a quel che ne scrissi in passato, quando sospettavo anche della sua intera genuinità<sup>118</sup>, mi sento apostrofato come Dante da Virgilio all'inizio del terzo canto dell'Inferno<sup>119</sup>: perché non c'è alcuna ragione per dubitare che il dettato risalga interamente a Paolo, e si deve anche capire che esso testimonia della presenza, nella giurisprudenza romana, dell'epoca adrianea e poi fino a Paolo, di una visione del problema delle convenzioni atipiche assai diversa da quella del filone che, partendo da Labeone, passa per Aristone, Mauriciano e Ulpiano.

Non farò propriamente un'esegesi del testo; credo più utile analizzarlo per cercar di individuare ciò che esso implica, piuttosto che quel che dice; quel che dice, del resto, è ben chiaro.

Dunque:

(I: Considerando il pr. e i §§ 1 e 4): Se si considera il *principium* e il § 1 si vede subito che queste due parti iniziali sono strettamente connesse, perché nel *principium* si enuncia la premessa della conclusione contenuta nel § 1; l'*item*, che apre il § 2, conferma che solo lì si passa a parlare di un'altra cosa: connessa, ma appartenente ad una tematica ulteriore. Ora, l'elaborata argomentazione del *principium* è fatta per illustrare un unico dato: che la permuta non può essere considerata una compravendita<sup>120</sup>. Nel § 1 Paolo ne deduce che, se si verifici l'evizione di una delle cose permutate, l'azione esperita sarà un'*actio in factum* pretoria (*in factum dandam actionem*). Non mi pare possano sussistere dubbi sul fatto che Paolo intendesse che questa soluzione – che egli attribuisce genericamente a interventi giurisprudenziali (*respondetur*) – non debba essere intesa come limitata al caso (quello dell'evizione) che impiegava per enunciarla: Paolo voleva dire che la permuta è tutelata con *actio in factum*. La logica del suo discorso è: dato che la permuta non è

<sup>117</sup> Integrazione del Mommsen, basata sui Basilici.

<sup>118</sup> In particolare con riguardo al § 2, in *Contratto e causa* cit., 42.

<sup>119</sup> DANTE, Inf. 3,13 s.: "Qui si conven lasciar ogni sospetto:/ogni viltà conven che qui sia morta".

<sup>120</sup> È la stessa tematica che Paolo trattava in D. 18,1,1 pr.-1, pure proveniente dal libro 33 *ad edictum* (v. sopra, n. 115). Il LENEL, *Pal.* I, col. 1034, ha sapientemente congiunto i due testi. Cfr. Gai. 3,141. Paolo seguiva (come del resto lo stesso Gaio) l'opinione di Nerva e Proculo: D. 19,1,1,1.

una vendita, se, conclusala, ne scaturisca una lite, le azioni *empti* e *venditi* non possono essere impiegate, e dunque il pretore darà un'*actio in factum*. Se si accetta la conclusione che ho proposto, se ne deduce inevitabilmente che l'azione di cui Paolo fa parola nel § 4 è sempre un'*actio in factum* pretoria come quella del § 1. Questa ulteriore conclusione è confermata da una serie di ragioni:

a) l'azione del § 4 è prevista per il caso in cui una parte abbia dato la cosa che gli toccava di dare e l'altra rifiuti di dare la cosa corrispettiva, secondo i termini dell'accordo (*rem ... de qua convenit*): e l'azione non è la *condictio ob rem dati re non secuta* (che pure, dice il testo, spetta alla stessa parte, in concorso alternativo), ma un'azione per il risarcimento del danno (*id quod interest*) subito dall'attore per l'inadempimento del convenuto. Ora, se questa azione non fosse un'azione *in factum* pretoria, non potrebbe essere che l'*actio in factum civilis*, cioè l'*actio praescriptis verbis*: ma nel testo non v'è alcun cenno in questo senso; neppure si lascia in qualche modo intendere che si trattasse di un'azione di buona fede.

b) Del resto, se l'azione in *id quod interest* del § 4 fosse l'*actio praescriptis verbis*, non si capirebbe perché l'azione per l'ipotesi del § 2 (evizione) dovesse essere un'azione *in factum* pretoria, perché l'*actio praescriptis verbis* sarebbe stata appropriata anche per quel caso: usando la terminologia di Mauriciano, che abbiamo letto in Ulp. D. 2,14,7,2: *civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis, sufficere*. Può aggiungersi anche che Paolo sembra esprimersi proprio in modo da lasciar intendere che l'azione del § 2 e quella in *id quod interest* del § 4 sono due azioni diverse, il che risulterebbe perfettamente comprensibile se egli alludesse a due azioni pretorie *in factum*, nella prima delle quali il *factum* descritto nell'*intentio* (l'evizione) era diverso dal *factum* previsto nell'*intentio* della seconda (la mancata *datio* del soggetto che aveva già ricevuto una *datio*). Se invece l'azione fosse stata quella *praescriptis verbis* essa avrebbe avuto sempre la stessa formula, perché l'*actio in factum civilis* descriveva in ogni caso, nella *demonstratio*, il contratto intervenuto fra le parti<sup>121</sup>.

(II: Considerando ora i §§ 2 e 3) Dall'insieme dei §§ 2 e 3 si desume inequivocabilmente che per Paolo un accordo di permuta in se stesso è una *nuda conventio*, cioè un *nudum pactum*, assoggettato alla ferrea regola che esso non può dar luogo ad azione, neppure ad un'*actio in factum*. Questa asserzione è confermata, al di là di ogni dubbio e sottraendola a qualsiasi limite, con la citazione del parere di Pedio addotto nel § 3: se, a seguito di un accordo di permuta, la parte che lo esegue per prima effettua l'atto traslativo di una cosa altrui, il negozio di permuta non risulta per nulla concluso. Per "vestire" – come avrebbe detto un giurista medievale – il nudo patto di permuta non c'è che una *datio* effettiva. Nel § 2 Paolo aveva già enunciato questa conclusione, anzi l'aveva formulata in termini generali: il nudo consenso può produrre obbligazioni se ha *nomen suum*, cioè ove sussista un'azione edittale espressamente prevista con la denominazione tecnica della relativa fat-

<sup>121</sup> Vedi CANNATA, *L'actio in factum civilis* cit., 20 ss. [in questa raccolta, 32 ss.].

tispecie. Al di fuori di questi casi è possibile agire solo se il patto non è nudo, cioè viene rivestito da una forma negoziale opportuna (Paolo non ne parla perché nelle ipotesi come la permuta una forma specifica non esiste), oppure se è completato da una *datio*.

Ma, giunti a questo punto, non possiamo esimerci da una semplice constatazione: tutto il ragionamento di Paolo risulta, alla fin fine, seguire le linee di quello che abbiamo visto in D. 2,14,7,2 essere quello di Giuliano<sup>122</sup>, che Mauriciano superava facendo leva sulla costruzione di Aristone: là si trattava di una convenzione atipica *do ut facias*, Giuliano la considerava nulla per mancanza della *datio*, e risolveva con un'*actio in factum* la difficoltà sorgente dall'evizione, perché l'esecuzione del *facere* rendeva necessario tenere in qualche modo conto della causa dell'accordo.

Si affaccia così naturale l'ipotesi che Paolo seguisse, almeno in una certa misura, la posizione di Giuliano. Ma per adagiarsi in questa conclusione crea forti difficoltà il *tractatus* di Paolo *ob rem dati*, al quale mi sono già riferito poco sopra<sup>123</sup>. Come cercherò di mostrare, le difficoltà di cui parlo non sono insormontabili, ma per eliminarle si devono ipotizzare notevoli guasti nel testo (D. 19,5,5); per vero, tuttavia, il testo stesso è sicuramente in cattivo stato ed alcune mende risultano con certezza necessarie.

Il *tractatus* proviene dal quinto libro delle *quaestiones* di Paolo, e viene introdotto con la presentazione di un caso, la soluzione del quale compare solo alla fine di tutto il *tractatus* stesso<sup>124</sup>: un mio figlio naturale è tuo schiavo e un tuo figlio naturale mio schiavo; ci accordiamo nel senso che tu manometta mio figlio e io il tuo; io ho manomesso e tu no. Dopo di che scrive Paolo:

D. 19,5,5 pr. (Paul. 5 *quaest.*): ... *qua actione mihi teneris, quaesitum est. in hac quaestione totum ob rem dati tractatus inspicitur 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.*

Quel che seguirà rispetta effettivamente l'ordine della materia indicato in questa premessa, nella quale possiamo già scorgere un difetto: si indica il *tractatus* come relativo a *ob rem dati* – che, fra l'altro, è la qualificazione tarda della *condictio* e *tractatus* vi è costruito con un poco elegante genitivo oggettivo – dicendo che lo si scorge nella *quaestio* enunciata in relazione all'esempio, ma nell'esempio non c'è alcuna *res data*. E poi, dopo finita la trattazione del primo punto (D. 19,5,5,1), si legge (sempre nel § 1) '*explicitus est articulus ille, do ut des*', modo di chiudere e passare ad altro punto che meraviglia in uno scritto giuridico romano, e d'altra parte

<sup>122</sup> Vedi all'inizio del mio § 7.

<sup>123</sup> All'inizio del mio § 9.

<sup>124</sup> In D. 19,5,5,5: la si vedrà infra, nel luogo con la n. 132.

non riappare, nella forma rispettivamente adeguata, alla fine degli altri tre *articuli*. Questo dico solo per segnalare che interventi estranei all'originale non possono certo meravigliare nella versione del testo. Il quale, dopo la premessa di cui si è detto (*principium*), prosegue (§ 1) con l'affermazione che abbiamo già riportato nel nostro § 2, secondo la quale un accordo di *do ut des*, nel quale il *datum* sia una somma di denaro e l'*accipiendum* una *res*, sarebbe una compravendita; dopo di che la stessa frase continua con una specie di riassunto di quanto avevamo letto in Paul. 33 *ad edictum* (D. 19,4,1):

D. 19,5,5,1 (Paul. 5 *quaest.*): ... : *sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta.*

Con le prime parole viene riassunto quel che in D. 19,4,1 era detto nel *principium* (che la permuta non è una compravendita), poi subito – con *dubium non est* – si parla della conseguenza dell'inadempimento e dell'azione, come nel § 4 di D. 19,4,1. Lasciamo pure da parte il fatto che in D. 19,5,5,1 non viene fatta parola del fatto rilevante (nel fr. 4.4 si diceva: *Igitur ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere ...*), sicché la comprensione del dettato risulta menomata. Quel che marca la differenza fra i due passi è che nel fr. 5,1 si afferma recisamente che dalla permuta, adempiuta la prima prestazione e non la seconda, nasce un'obbligazione civile, per cui poi l'azione in *id quod interest* contro la parte inadempiente risulta inequivocabilmente essere l'azione contrattuale generale. Resta però altrettanto inequivocabile che il testo, a questo punto, ha subito un guasto. Vi si legge infatti: '*dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas ... sed ut damneris mihi, quanti interest mea ...*' Se mi ostinassi a tener ferma l'impressione che ho manifestato leggendo D. 19,4,1, dovrei supporre che l'originale dicesse qualcosa come '*dubium non est in factum dandam esse actionem, in qua id veniet ...*'; ma ciò significherebbe voler far parlare Paolo proprio come io penso avrebbe parlato Giuliano. Invece, che Paolo si fosse staccato da quella che io presumo essere stata la rigida avversione di Giuliano contro l'*actio praescriptis verbis* risulta – a mio modo di vedere – provato da un altro punto del fr. 5, che stiamo leggendo. Vi perverremo subito, alla fine dell'esame del § 2, dopo averne riassunto la prima parte. Dopo esaurita (sempre nel § 1, e con una frase finale – *sed si sciphos* etc. – alquanto slegata dal contesto e che prova che il testo ha subito un taglio) la trattazione del *do ut des*, Paolo procede (§ 2) a quella del *do ut facias*, e la trattazione è strutturata in modo analogo a quella del § 1; anche qui vi è anzitutto la riconduzione di certe fattispecie nell'ambito, questa volta, della *locatio*, e poi l'individuazione di quelle che invece devono essere viste come contratti atipici, questa volta non solo con un'inequivoca affermazione della loro efficacia sul piano del *ius civile*, ma anche della loro tutela con l'azione contrattuale generale. Riporto la sola parte veramente rilevante:

D. 19,5,5,2 (Paul. 5 quaest.): *At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest*<sup>125</sup>, *vel ad repetendum conductio. quod si tale sit factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas...* [se la manumissione non ha luogo]<sup>126</sup>, *condici ei potest vel praescriptis verbis agere: quod his quae diximus convenit. ...*

Ed è la frase, che segue a questo punto, a fornirci, forse, un'informazione interessante:

D. 19,5,5,2 (Paul. 5 quaest.): *sed et 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 civilem.*

Questo passaggio è strettamente parallelo alla parte finale di Ulp. D. 2,14,7,2, dove nello stesso caso con la soluzione di Giuliano si confrontava Mauriciano, argomentando sulla base di Aristone. Ma, prima di confrontare i due testi, analizziamo da solo D. 19,5,5,2, per verificarne la coerenza; e così vediamo subito che la fine del passo, e precisamente la soluzione attribuita a Giuliano, è inverosimile. Infatti, se Giuliano avesse ritenuta applicabile l'*actio in factum civilis*, cioè l'azione contrattuale generale, per il caso nel quale la *datio* di uno schiavo altrui era stata fatta senza dolo, la stessa azione sarebbe evidentemente stata applicabile anche nel caso della *datio* effettuata con dolo, il che avrebbe in tale caso esclusa la sussidiaria *actio de dolo*. La soluzione, spesso suggerita, di questo dilemma, è quella di considerare spuria la parola *civilem*, ma con ciò non si risolve nulla: che *civilem* avesse origine in un glossema o in un'interpolazione, resterebbe sempre il fatto che i compilatori del Digesto vi avrebbero scritto una frase che contrastava anche con il diritto giustiniano, perché è ben dal Digesto che noi conosciamo il regime della sussidiarietà dell'*actio de dolo*; e questo regime era nel senso che l'esperimento era impedito dall'esperibilità di un'altra azione, che questa fosse civile o pretoria<sup>127</sup>. Ma questa azione, naturalmente, per poter escludere l'*actio de dolo*, doveva essere, anche se non editale, individuabile come un'azione usuale<sup>128</sup>: tale era certo l'*actio in*

<sup>125</sup> Cioè *actio civilis incerti*, che è un modo d'indicare l'azione contrattuale generale. Vedi CANNATA, *L'actio in factum civilis* cit., *passim*.

<sup>126</sup> Preferisco omettere, sostituendolo col breve riassunto fra parentesi quadre, la casistica che qui si legge sulla previsione negoziale di un termine per la manomissione: ai nostri fini essa appesantisce solo il discorso.

<sup>127</sup> Solo delle azioni mi occupo ovviamente qui, e non dei rimedi d'altra natura (Ulp. Ped. Pomp. D. 4,3,1,4).

<sup>128</sup> Uso la terminologia di Cels. D. 19,5,3, dove per vero l'*actio praescriptis verbis* è contrapposta ai '*vulgaria atque usitata actionum nomina*'; ma è chiaro che Celso la considerava come un'azione che si aggiunge al genere delle predette.

*factum civilis*, mentre non lo era la speciale *actio in factum* per il caso del soggetto che eseguisse con una cosa altrui la *datio* di una permuta. In altre parole, l'*actio de dolo* è impedita da un'azione che rappresenti, prima che l'attore richieda l'*actio de dolo*, una scelta alternativa; non è così se il pretore può scegliere di confezionare un'*actio in factum* apposita, invece di dare l'*actio de dolo*. Se così fosse stato, l'*actio de dolo* non si sarebbe potuta applicare praticamente mai.

Per ragioni di questo genere, avevo anni or sono proposto<sup>129</sup> di intervenire in D. 12,5,5,2 supponendo che nella chiusa lo scrivano che redasse l'esemplare del Digesto abbia, a causa di un *omoioteleuton*, saltato una riga, e che la parte finale dell'originale approvato dai compilatori suonasse così:

D. 19,5,5,2: ... *si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans in factum <: sed ego puto omnimodo dandam in factum> civilem*<sup>130</sup>.

Naturalmente, quel che mi confortava in questa ipotesi era anche il dato, che dal passo parallelo appare inequivocabile, che Mauriciano attribuiva a Giuliano unicamente l'impiego dell'*actio in factum*:

D. 2,14,7,2: (Ulp. 4 *ad edictum*): ... *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 pretore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere ...*

E non meraviglia affatto che qui, della speciale soluzione di Giuliano per la *datio* dolosa, né Mauriciano né Ulpiano si siano preoccupati.

Dunque, se è corretta questa mia ricostruzione della chiusa del § 2 di D. 19,5,5, essa permette di desumere con particolare evidenza una circostanza che già avevamo constatato leggendo il § 2 stesso: Paolo, al contrario di Giuliano, ammetteva – almeno in certi casi – l'impiego dell'azione contrattuale generale.

Il resto del passo è meno significativo. Il *facio ut des* è liquidato con una semplice affermazione perentoria:

D. 19,5,5,3: (Paul. 5 *quaest.*): *Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.*

Dove almeno non capisco perché un *tabulam pingo ut pecuniam des* non dovesse potersi, per Paolo, alla stregua di quanto detto sopra nel § 2, recuperare come *locatio*.

<sup>129</sup> CANNATA, *Der Vertrag* (1995) cit., 68 n. 85.

<sup>130</sup> L'aggiunta potrebbe essere certamente scritta in altri modi, per esempio: *<sed ego puto competere omnimodo in factum>*.

Passando infine al *facio ut facias* (§ 4), dopo aver detto che *'haec species tractatus plures recipit'*, si propongono due esempi: *'pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae'* e *'tu in meo, ego in tuo solo aedificem'*; Paolo si dilunga sulla prima ipotesi, preoccupato perché *in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest* ed elucubra in modo analogo anche sulla seconda, che però risulta incomprensibile senza le aggiunte che il Krüger propone nell'*editio minor*. Comunque, per quel che ci interessa, l'*articulus* è chiuso in questo modo:

D. 19,5,5,4 (Paul. 5 *quaest.*): ... *sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni*<sup>131</sup>. 5: *Si ergo*<sup>132</sup> *haec sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit, et in proposita quaestione idem dici potest et necessario sequitur, ut eius fiat condemnatio, quanti interest mea servum habere quem manumisi. an deducendum est quod libertum habeo? sed hoc non potest aestimari.*

Questa chiusa ci dice poco, ma almeno una cosa: l'accentuazione, alla fine del § 4, della simiglianza fra l'*actio praescriptis verbis* proposta e le azioni di mandato, compravendita e locazione ci assicura che l'autore sta parlando di un'azione di buona fede, e che quindi si tratta proprio dell'azione contrattuale generale che conosciamo.

Se vogliamo a questo punto chiederci che cosa ci suggerisca il confronto fra l'abbastanza chiaro e lineare frammento dei *libri ad edictum* di Paolo (D. 19,4,1) e il faticoso *tractatus* (D. 19,5,5) del quinto libro delle *quaestiones* dello stesso giurista, possiamo solo parlare sempre di impressioni: e si tratta di impressioni neppure misurabili con considerazioni cronologiche, perché le nostre conoscenze sulla datazione delle opere di Paolo non ci permettono di stabilire quale dei due testi possa essere più antico.

Dalla lettura che io ho dato di D. 19,4,1 sembrerebbe che là Paolo esprimesse piuttosto il pensiero di Giuliano, e che in D. 12,5,5 se ne distaccasse soprattutto per il fatto di accettare l'impiego dell'azione contrattuale generale per la tutela delle convenzioni atipiche. Anche chiaro appare che in entrambi i testi il contratto innominato è accettato solo se una prestazione sia stata eseguita. Ma non si può francamente dire che per Paolo questa fosse una regola. Le cose, piuttosto, sembrano essere così, ma per un'altra ragione: che per Paolo, e anche per Giuliano forse, il problema non fosse posto come un problema delle convenzioni atipiche, ma come problema di aggiungere una tutelabilità mediante azioni dirette al risarcimento del danno per inadempimento della controprestazione, alla tutela mediante *condictio*

<sup>131</sup> Scriverei piuttosto *locationis et emptionis*.

<sup>132</sup> Questo § 5, come già dicevo (vedi sopra, il luogo con la n. 124), contiene la soluzione del caso proposto, come premessa del *tractatus*, nel *principium* (D. 19,5,5 pr.).

restitutoria di cui già godevano le *dationes ob rem*. Per questa ragione forse Paolo non riconosceva tutela contrattuale alle convenzioni *facio ut des*: perché lì non c'era nulla da *condicere*. Ma se così era, non si capisce più l'apertura finale alla tutela del *facio ut facias* con l'azione contrattuale generale, perché tale certamente è l'azione di cui si parla nel § 5, in quanto l'enunciato è tutto collegato con la conclusione del § 4.

10. – È tempo che riprenda il filo del discorso che avevo svolto nei primi quattro paragrafi di questo interminabile articolo, e precisamente che risponda alla domanda che mi ero posto all'inizio del § 5, dicendo che, per concludere, mancava solo di stabilire il rapporto che esisteva tra il pensiero di Labeone e quello di Aristone. Al tema il Dalla Massara dedica un intero paragrafo del suo libro<sup>133</sup>; ne esporrò poi il contenuto, ma dopo avere precisato alcuni dubbi di fondo sulla sua ricostruzione del pensiero di Aristone in generale.

Come penso risultasse chiaro dal resoconto, che ho cercato sopra<sup>134</sup> di fare, del pensiero del Dalla Massara, egli ha cura di tenere ben distinte – pur considerandole integrabili<sup>135</sup> – le nozioni di *contractus*, *causa* e *συνάλλαγμα*. Ma questo, alla fin fine, lo conduce a quello che egli stesso chiamerebbe una “fuorviante dogmatizzazione”<sup>136</sup>. Il suo schema, che considero soprattutto nella sua applicazione al problema del riconoscimento di una convenzione atipica, è il seguente<sup>137</sup>:

a) la causa è la funzione del contratto, e consiste nell'obbiettivo per il quale i soggetti si sono impegnati. La causa è un elemento di tutti i contratti: nei contratti tipici essa è pure tipica, e serve ad individuarli (evidentemente, in funzione della disciplina a ciascuno applicabile); per le convenzioni atipiche essa costituisce un'esigenza, nel senso che la tutela contrattuale viene accordata solo agli accordi sostenuti da una funzione giudicata meritevole<sup>138</sup>.

b) Quello del *συνάλλαγμα* è un requisito dei soli contratti atipici, e non riguarda più la funzione dell'accordo, ma la struttura dell'atto. Col richiamo al *συνάλλαγμα* si richiede che sussista un vincolo di scambio fra le prestazioni, qualificato dall'esecuzione della prima: perché solo in questo modo il vincolo di scambio viene a contenere in sé l'imperativo alla controprestazione.

<sup>133</sup> Cap. III § 8, p. 111 s.

<sup>134</sup> In particolare nel mio § 5.

<sup>135</sup> Il termine “integrabili” il DALLA MASSARA, 136, lo impiega, per vero, solo per *causa* e *συνάλλαγμα*.

<sup>136</sup> Questa espressione egli impiega alla p. 143, ovviamente non per qualificare il proprio lavoro.

<sup>137</sup> Per tutto quanto segue vedi in particolare DALLA MASSARA, 136 ss.

<sup>138</sup> Come ho già notato, il DALLA MASSARA usa in genere l'aggettivo “riconoscibile”: ma lo muta nel più chiaro “meritevole” (*sc.*: di tutela) a p. 137.

Il punto nel quale il Dalla Massara, nel suo libro, indugia espressamente in un confronto tra i contributi di Labeone ed Aristone<sup>139</sup> precede quello dove egli fa le precisazioni dommatiche che ho or ora riferito, ma ciò non toglie che esso ne sia già nutrito. L'autore dice anzitutto<sup>140</sup> che per Labeone le nozioni di contratto e *συνάλλαγμα* sono identiche e dunque i due termini sono sinonimi. Questa sinonimia egli la mette in relazione col fatto che, come sostiene la dottrina tradizionale, "l'idea labeoniana di contratto consisterebbe nella reciprocità obbligatoria"<sup>141</sup>. Non sarebbe stato così invece per Aristone, dove il *συνάλλαγμα* (definito come abbiamo visto sopra) è "nel contratto" e semmai può dirsi ne costituisca un profilo caratterizzante<sup>142</sup>. Passando alla tematica delle convenzioni atipiche<sup>143</sup>, l'autore riconosce che dalle fonti risulta l'apertura di Labeone alla possibilità della loro tutela, ma lo fa in termini che non sembrerebbero proprio riferirsi all'inventore dell'azione contrattuale generale. Il Dalla Massara sembra assai preoccupato di riservare tutti i meriti ad Aristone. Labeone avrebbe, in sostanza, il merito di avere proposto una definizione del contratto; ma questa definizione (già sappiamo che il Dalla Massara la interpreta così) avrebbe proposto un modello basato sulla reciprocità delle obbligazioni e concepito sull'osservazione dei contratti tipici, anzi solo di *emptio venditio*, *locatio conductio* e *societas*, che sono gli esempi che compaiono in D. 50,16,19<sup>144</sup>. L'apertura di Labeone resterebbe così legata a tale modello, sebbene con qualche elasticità. Così, secondo il Dalla Massara<sup>145</sup>, si realizzerebbe un superamento della tipicità senza uscire dalla tipicità, "nel senso – direi metodologico – per cui la soluzione è centrata ancora in un procedimento di costruzione per tipi. In una parola, per Labeone, si permane nell'ottica del Typenzwang". Così scrive l'autore, volendo significare che Labeone procedeva per via d'analogia, riconoscendo accordi atipici come contratti sulla base della loro "vicinanza" ad un modello previsto nell'editto. Come egli possa dir questo, a me resta del tutto oscuro, specie considerando che i due testi da lui addotti come particolarmente significati-

<sup>139</sup> Il discorso s'inizia in effetti in DALLA MASSARA, 111 ss.

<sup>140</sup> DALLA MASSARA, 113 ss. In ciò egli segue il SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 38 (1987), 50. Il testo, per Labeone, è naturalmente Ulp. Lab. D. 50,16,19. Il DALLA MASSARA ha anche cura di precisare che in D. 50,16,19 il termine (*contractum*) è voce verbale (p. 114 con la n. 153), mentre in D. 2,14,7,2 *contractus* è sostantivo.

<sup>141</sup> DALLA MASSARA, 115 s. L'autore, in proposito, non considera per nulla la mia idea che con *ultra citroque obligatio* Labeone alludesse ad un atto concluso dalle parti come impegno reciproco alla realizzazione di un affare (CANNATA, *La nozione*, 33 s., ma già prima in *Der Vertrag*, 64 s.) Perciò egli deve poi (p. 118) ricorrere a GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto* I, Torino 1992, 188 s., per attenuare la sua premessa e ritenere che Labeone sia passato ad "una visione elastica della sinallagmaticità" per ammettere anche casi di bilateralità eventuale.

<sup>142</sup> DALLA MASSARA, 119.

<sup>143</sup> DALLA MASSARA, 120.

<sup>144</sup> Dove, in realtà, non hanno alcun carattere tassativo. Vedi CANNATA, *La nozione* cit., 34.

<sup>145</sup> DALLA MASSARA, 120 (in fine)-121.

vi in proposito sono Lab. Iav. D. 18,1,80,3 e Ulp. Lab. Ulp. Lab. D. 19,5,19 pr., i quali non mi paiono contenere alcun indizio nel senso da lui voluto.

Di contro a questa visione del lavoro – ridotto dunque ad un intervento pionieristico – di Labeone, acquista particolare significato, per il Dalla Massara, quello di Aristone, il quale avrebbe del tutto creato una categoria generale di contratto, capace di risolvere il problema dei contratti innominati senza dipendere da una loro analogia con i tipi nominati, basata sulla nozione di *causa*, struttura dommatica centrale per i contratti nominati (come causa tipica) e innominati (come “*causa in concreto*”), e suscettibile, con la nozione di *συνάλλαγμα* – per la quale il Dalla Massara ammette un legame di Aristone con Labeone –, di funzionare come guida sicura per la disciplina delle convenzioni atipiche.

Le (parziali) critiche, qui formulate all’idea che il Dalla Massara ha concepito sui rapporti fra il pensiero di Labeone e quello di Aristone, intendono costituire una premessa alle conclusioni che, in proposito, esporrò nei paragrafi che seguono.

11. – È veramente ora di concludere questo discorso. E le conclusioni saranno commisurate con quel che dicevo all’inizio – nel primo paragrafo – quando avvertivo che il mio scopo, nello scrivere queste cose, era unicamente di reperire qualche barlume che permetta di riprender fiato in una vicenda di ricerca che si avvia a prendere le dimensioni di una corsa all’oro. E se, per questo mio tentativo, ho fatto leva in particolare sul lavoro del Dalla Massara, ciò è avvenuto perché il suo libro sulla causa, per il tema centrale che l’autore ha scelto e per l’impiego vasto e meditato della letteratura, per l’intelligenza penetrante e vivace, mi è parso rappresentare veramente il luogo per misurarvi lo stato attuale della romanistica sulla tematica, che intendo a mia volta, in dimensioni ben più modeste, toccare. Come già ho detto, sono convinto che i risultati ai quali questa letteratura è pervenuta vanno considerati provvisori e incerti, come lo è quel che io stesso sto scrivendo; la letteratura sul contratto romano ha bisogno di un freno che induca a dei ripensamenti, e io cerco solo di azionare quel freno.

Con questo atteggiamento propongo qui, dicevo, come conclusione, una lettura, diversa da quella del Dalla Massara, di D. 2,14,7,2. La giustificazione di questa diversità si trova già nelle considerazioni che ho via via fatto in precedenza. Aggiungerò solo qualche precisazione. Come si vedrà, la mia lettura del testo sarà alquanto semplice: può anche essere considerata un ritorno alla banalità. La presento come una parafrasi del testo, con la libertà di esplicitare alcuni elementi, che a mio parere si devono considerare presenti nella mente di chi lo scrisse.

Dunque. Nel *principium* e nel § 1 di Ulp. D. 2,14,7 si era detto che le *conventiones iuris gentium*, che sono gli accordi puri e semplici in materia di obbligazioni, possono generare azioni o eccezioni, e quelle munite di azione – in linea generale – sono i contratti nominati: nominati nel senso che nell’editto del pretore vi sono editti speciali che prevedono, appunto, azioni per tali accordi, e in quegli editti ogni contratto considerato viene designato con una sua propria denominazione.

Detto ciò si perviene al § 2, dove Ulpiano, in qualche modo, rettifica quanto detto in precedenza, e introduce la sua rettifica mostrando di intenderla così: “però, nel caso in cui l'affare<sup>146</sup> sul quale le parti si accordano non corrisponda ad uno dei contratti nominati nell'editto, non si può senz'altro dire che non ne nasca azione; sul punto i giuristi hanno discusso e pensato diversamente. Vediamo”. E continua Ulpiano<sup>147</sup>: “Dunque se, come dicevo, l'accordo concluso non corrisponde ad un contratto nominato, Aristone, in una sua polemica con Celso a proposito di un accordo ‘*do pecuniam ut mihi Stichum des*’ – siccome Celso aveva sostenuto che, contro colui che aveva ricevuto il denaro senza poi dare lo schiavo, la sola azione da ammettersi era la *condictio* per la restituzione del denaro – replicò nel modo seguente: se all'accordo soggiace la causa vi è obbligazione: ne è esempio proprio il caso ‘*do tibi rem ut mihi aliam dares*’ ovvero ‘*dedi ut aliquid facias*’; questo accordo è un *συνάλλαγμα*, come Labeone<sup>148</sup> dice che i Greci chiamano l'accordo di scambio (*ultra citroque obligari*), cioè l'impegno reciproco su di un affare che interessa entrambe le parti, vale a dire il contratto: e dunque ne nasce un'obbligazione civile. Per questo ritengo anche<sup>149</sup> che abbia avuto ragione Mauriciano a criticare Giuliano con riguardo a questo caso: io ti ho dato Stico con l'accordo che tu manometta Panfilo, tu lo hai manomesso e poi Stico ti è stato evitto; Giuliano scrive che il pretore deve dare un'azione *in factum*, invece Mauriciano dice che non c'è ragione di ricorrere ad un'azione *in factum*, perché c'è già l'*actio civilis incerti*, cioè l'*actio praescriptis verbis*, l'azione contrattuale generale; infatti, sempre si tratta di un contratto, quello che – abbiamo visto – Aristone chiama *συνάλλαγμα*, dal quale nasce appunto quest'azione”.

Se “di tal genere, se non tali appunto, erano i pensieri di”<sup>150</sup> Ulpiano e questi riportava fedelmente l'argomentazione di Aristone, ne risultano alcune conseguenze.

Premetto una constatazione, non molto importante, ma comunque vera: tra le parole che in Ulp. D. 2,14,7,2 possono con sicurezza essere considerate provenire da Aristone<sup>151</sup>, il termine *contractus* non ricorre mai; la sola allusione al contratto che in qualche modo è connessa con Aristone è la frase finale del passo, che con-

<sup>146</sup> Con “l'affare” intendo tradurre *res*, come DALLA MASSARA, 97.

<sup>147</sup> Si tenga sempre presente che non sto traducendo, ma cerco di mettermi nella testa dello scrivente.

<sup>148</sup> Sono del tutto convinto che l'impiego del termine *συνάλλαγμα*, anche se Ulpiano sta citando Aristone, implicasse automaticamente per Ulpiano l'idea che Aristone, nel luogo ch'egli leggeva, riprendesse la nozione labeoniana di contratto.

<sup>149</sup> Con “Per questo ritengo anche” credo di rendere esattamente *et ideo puto*.

<sup>150</sup> Mi si perdoni questa, ovvia, citazione manzoniana, dalla chiusa dell'ottavo capitolo dei promessi sposi.

<sup>151</sup> Cfr. DALLA MASSARA, 106; 124.

tiene una citazione testuale di Mauriciano, il quale scriveva ‘*esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit*’, e questa frase, comunque la si intenda<sup>152</sup>, prova, per Aristone, l’uso di *συνάλλαγμα*, ma non quello di *contractus*. Malgrado ciò è evidente che al contratto Aristone doveva pensare, tanto che è in relazione col suo pensiero che i due giuristi, che nel testo – in modo diverso – comunque incorniciano il suo pensiero (Ulpiano e Mauriciano), di *contractus* parlavano entrambi. Posto ciò – magari per una precisazione pedante –, non è affatto vero che nel pensiero di Aristone possa trovarsi che i termini (*contractus*), *causa* e *συνάλλαγμα* erano strettamente distinti: non sono certo puramente sinonimi, ma, in modo e misura diversi, vengono a confluire l’uno nell’altro.

Prendiamo le mosse da *συνάλλαγμα*. Il Dalla Massara ammette che, quando Aristone scrisse quel che Mauriciano riferiva in Ulp. D. 2,14,7,2, egli certamente aveva presente la *definitio* di Labeone (Ulp. D. 50,16,19)<sup>153</sup>. In effetti non potrebbe essere altrimenti: in D. 2,14,7,2 tutti gli autori implicati – Ulpiano, Aristone e Mauriciano – appaiono usare disinvoltamente il termine *συνάλλαγμα* senza spiegare la ragione di tale impiego “raro” e di gusto “ricercato”, per dargli un significato “preciso, dommaticamente rilevante”, corrispondente ad una “nozione autonoma, non esprimibile attraverso la consueta terminologia della lingua latina”<sup>154</sup>. Noi stessi possiamo renderci conto dell’uso di *συνάλλαγμα* in D. 2,14,7,2 perché conosciamo D. 50,16,19. Risulta dunque sicuro che Ulpiano, Aristone e Mauriciano, con l’uso di *συνάλλαγμα*, recepivano semplicemente la costruzione che esso rappresentava in Labeone.

Ora, dalla semplice lettura di D. 2,14,7,2 risulta evidente che il segno *συνάλλαγμα* non vi individuava un elemento del contratto. Se, da quel che risulta da D. 50,16,19, per Labeone si trattava della parola adatta per indicare il contratto in quanto definito come *ultra citroque obligatio*, cioè come accordo obbligatorio di scambio, per Aristone – come per Ulpiano e Mauriciano, che ne riferivano – *συνάλλαγμα* è l’appropriato termine col quale Labeone indicava l’accordo contrattuale di scambio.

Imboccata questa via, è necessario procedervi: anzitutto rendendosi conto, da un lato, che l’idea dello scambio è un elemento causale, e notando dall’altro che quando Aristone parla della *causa* – e proprio per sottolinearne l’esigenza (*subsistit causa*) – non dice di quale causa si tratti. Ma non lo dice semplicemente perché, adottando la nozione labeoniana di *συνάλλαγμα*, per lui è ovvio che il contratto è un accordo munito di causa di scambio. Se la *causa* aristoniana fosse solo la funzione, non altrimenti determinata, la sua presenza non potrebbe garantire l’obbligatorietà dell’accordo atipico e la sua azionabilità civile, mentre tutto ciò è garanti-

<sup>152</sup> Vedi DALLA MASSARA, 106 ss.

<sup>153</sup> DALLA MASSARA, 134.

<sup>154</sup> DALLA MASSARA, 134 s.

to dalla causa intesa come causa di scambio<sup>155</sup>. Io credo che il Dalla Massara abbia buone ragioni per attribuire ad Aristone questo impiego del termine *causa*, in quanto non risulta che esso sia stato usato in questo senso prima di lui<sup>156</sup>, ma risulta bene che esso venne usato in seguito. Particolarmente significativo è Ulp. D. 2,14,7,4: *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*<sup>157</sup>. Qui, se *causa* non significasse causa di scambio, il testo non avrebbe senso: un patto remissorio – per esempio – è certo munito di causa, ma non produce che eccezione perché la sua causa non è una causa di scambio.

12. – Tracciare una storia della vicenda dommatica che s'iniziò con la concezione di una nozione generale di contratto e il conseguente riconoscimento della possibilità di estendere la tutela giudiziaria del contratto alle convenzioni atipiche è molto difficile, perché le fonti relative al tema, anche se, come ha rivelato la prima volta la vasta ricerca del Santoro<sup>158</sup>, sono assai numerose, risultano poi avere nel fornire indizi sull'evolversi di una discussione fra i giuristi, ma nel contempo sufficienti per lasciarci intendere che il *ius* in materia fu *controversum*. Leggendole sembra però, a me almeno, che non costituisca una buona impostazione quella di considerare come poli di un dissenso le due personalità di Labeone ed Aristone. Essi vissero, ciascuno più di sessant'anni, circa o poco meno di un secolo l'uno dall'altro, ma il secondo appare veramente un continuatore del pensiero del primo: anche se non possiamo certo pensare che una personalità come quella di Aristone abbia mancato di approfondire ed arricchire quello che dal suo altrettanto gigantesco predecessore aveva appreso. Ci restano indizi – abbiamo avuto occasione di notarlo – di una sua elaborazione della nozione di causa del contratto, non solo come causa di scambio per i contratti atipici, ma forse anche nel senso di una più preci-

<sup>155</sup> Il Dalla Massara, per vero, arriva a questa stessa conclusione per mezzo della sua idea dell'integrabilità di *causa* e *συνάλλαγμα*, che egli infine integra talmente, da farne in realtà un'unica nozione: vedi ad esempio DALLA MASSARA, 138; 144 ss. Alla fin fine egli viene infatti a dire che quel che fa dell'accordo atipico un contratto è qualcosa di simile ad una addizione di *causa* e *συνάλλαγμα*; ma la somma di tale addizione è appunto la causa di scambio.

<sup>156</sup> Non basta certo per attribuire a Labeone questo specifico impiego di *causa* Ulp. Lab. D. 17,1,8 pr.: anche se la chiusa del passo è certo di Labeone e *causa* vi è impiegato nel senso di "affare gestito dalle parti", cioè quello che il Dalla Massara chiama "funzione". Vedi DALLA MASSARA, 122 e l'inaccettabile esegesi a p. 215 ss.

<sup>157</sup> Il DALLA MASSARA non è preciso su questo testo a p. 127, perché vede nell'ipotesi del testo un caso di nullità (o assenza) della causa in generale, e non della causa di scambio. La tematica generale dell'illiceità e assenza di causa è ripresa dall'autore nel cap. VII, p. 326 ss., ma non posso occuparmene qui.

<sup>158</sup> SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit.; si veda anche, dello stesso autore, l'articolo preliminare (prima presentato oralmente al congresso SIHDA di Palermo 1979) *Riflessioni sul contratto nel pensiero di Labeone*, in *Studi Arena*, Palermo 1980.

sa limitazione dell'ambito della gratuità come contrapposto all'impegno reciproco<sup>159</sup>. E per Aristone sembrerebbe pure che la causa, come vuole il Dalla Massara, rappresenti l'elemento che individua il contratto, e questo in misura tale che il termine *causa* possa essere impiegato nel senso di "specifico contratto"<sup>160</sup>; ma la base labeoniana del pensiero di Aristone era vasta: incominciava, soprattutto, dal fatto che fu Labeone ad individuare l'azione contrattuale generale. Non possiamo dire con certezza che egli abbia costruito l'*actio in factum civilis* o se questa escogitazione formulare fosse già stata impiegata prima di lui, ma sicuro è che Labeone l'impiegò per risolvere, sulla base di una nozione generale di contratto, tanto problemi scaturenti dalla struttura dei contratti tipici, quanto quelli di situazioni contrattuali atipiche, e l'azione contrattuale generale, anche se variamente denominata, restò sempre la stessa<sup>161</sup>.

Se si scorge che la linea di pensiero che parte da Labeone passa poi ad Aristone, possiamo senza esitazione aggiungervi Mauriciano<sup>162</sup> e Ulpiano; il dissenso fra Celso e Aristone, che risulta dalla combinazione di Ulp. D. 2,14,7,2 e Cels. D. 12,4,16<sup>163</sup>, non pone Celso al di fuori di questa corrente, ma solo ne rivela una controversia interna.

Il vero contraddittore appare essere stato Giuliano, che abbiamo ragioni di vedere come un ostinato avversario dell'impiego dell'azione contrattuale generale e, come parrebbe, orientato a limitare la tutela civile delle situazioni diverse dai contratti tipici alla sola possibilità di esperire la *condictio* restitutoria, ammettendo, per il resto dei problemi, solo una tutela pretoria con azioni *in factum* decretali, alternate al ricorso all'azione – sempre pretoria, ma edittale e sussidiaria – *de dolo*.

Una posizione a sé, ma piuttosto basata sulle idee di Giuliano, sembrerebbe ancora stata quella di Paolo, che ammetteva, ma con una vera renitenza, l'impiego dell'azione contrattuale generale in una serie di casi: *do ut des, do ut facias, facio ut facias*.

Ho voluto tentare una panoramica tratta dagli indizi delle fonti: non sono affatto sicuro che non si possa dire di più, o che invece si debba dire di meno.

<sup>159</sup> Ho cercato, in passato, in modo per più versi discutibile, di richiamare l'attenzione su questa tematica in *Contratto e causa nel diritto romano* cit., in part. 52 ss.

<sup>160</sup> Come in Paul. Arist. D. 19,4,2, sia che lo si legga com'è, sia che lo si integri, come fece il Meltzer (Haloander), con *ex <ea> causa*. (Non si occupa di questo profilo il DALLA MASSARA, 194 ss.).

<sup>161</sup> Ho trattato questo tema nell'articolo *L'actio in factum civilis* cit., dove ho avuto occasione di prendere posizione sull'idea che l'azione labeoniana non sia stata la sola azione contrattuale per le convenzioni atipiche. In quella sede mi ero anche proposto di occuparmi specificamente poi, nel presente articolo, della versione che, di quella tesi, il DALLA MASSARA dà nel libro *Alle origini della causa del contratto*, 184 ss. Ma infine ho deciso di rinunziarvi. Le pagine, che nel libro l'autore dedica alla contrapposizione e poi fusione di un'*actio* labeoniana e di una diversa azione aristoniana si manifestano come il frutto di un'elucubrazione talmente eccessiva, che ne risultano criticate da se stesse.

<sup>162</sup> Mauriciano fu vivo e operoso sotto Antonino Pio: D. 31,57; D. 33,2,23.

<sup>163</sup> Vedi sopra il § 2 del presente articolo.

Un'ultima osservazione mi sembra che però s'imponga.

Per Labeone abbiamo la prova che il suo atteggiamento nell'impiego dell'azione contrattuale generale per convenzioni non identificabili con un contratto tipico era del tutto libero da schematizzazioni ed impacci. Se così non fosse stato, egli non avrebbe potuto adottare la decisione che si legge in:

D. 18,1,50 (Ulp. 11 *ad edictum*): *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 est dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit*<sup>164</sup>.

L'accordo concluso fra *ego* e la sua controparte (che possiamo chiamare *tu*) è senza dubbio una compravendita; non può essere altro, e neppure un preliminare di vendita: non vi è prevista una vendita futura, perché l'accordo stesso è sottoposto ad una condizione all'avveramento della quale la compravendita verrebbe automaticamente in essere. La condizione stessa risulta descritta come potestativa, e puramente potestativa: se *ego* chiederà all'autorità amministrativa di vendergli il locale ove porre la biblioteca, egli la otterrà senza dubbio. Il fatto è che *ego* non fa le sue diligenze per ottenere il locale, sicché la condizione rimane pendente e la compravendita, così, non viene in esistenza. Il parere di Labeone si riferisce a questo stato di cose.

Il ragionamento di Labeone è stato evidentemente il seguente: l'accordo concluso fra *ego* e *tu* era già di per se stesso un atto di impegno reciproco (*ultra citroque obligatio*, συνάλλαγμα); interpretato secondo buona fede, esso lascia intendere che *ego* si è anche impegnato a fare le proprie diligenze per ottenere dall'autorità amministrativa il locale in questione: anche questa attività è infatti necessaria alla realizzazione dell'affare. Il contegno omissivo di *ego* ha dunque impedito la realizzazione dell'affare, sicché questi ne risponde a titolo d'inadempimento contrattuale, subendo l'*actio praescriptis verbis*.

Come si vede, nel caso nessuna prestazione era stata eseguita e neppure c'è analogia con un contratto tipico (affermare questo sarebbe una pura contraddizione, perché l'unico contratto tipico considerabile sarebbe la vendita, ma questa è proprio il contratto che qui manca).

L'esempio che ho fatto è forse il più «arioso» che ci offrono le fonti, ma la casistica dell'azione contrattuale generale, con casi che non possono essere ricondotti a schemi del tipo *do ut des*, *do ut facias*, e non vengono comunque risolti con ra-

<sup>164</sup> Del testo (che già esaminavo brevemente in *Contratto e causa*, 39 s.) ho riportato qui solo la parte che contiene la decisione di Labeone. Ometto dunque, in quanto ora non c'interessa, la frase finale, nella quale Ulpiano aggiungeva la possibilità di agire *ex empto* sulla base di una finzione dell'adempimento della condizione potestativa: soluzione che altrove risulta essere stata suggerita da Pomponio (D. 18,1,8 pr.).

gionamenti formalistici o comunque meccanici, è sempre presente fino ad Ulpiano, anche se forse è più ricca all'inizio della vicenda<sup>165</sup>.

Solo che ad un certo punto, e proprio nei testi che particolarmente riflettono occasioni di controversie fra giuristi, si affacciano gli schemi *do ut des* e *do ut facias*: Cels. D. 12,4,16; Ulp. D. 2,14,7,2, poi seguiti da Paul D. 19,4,1,2, dove non ricorrono gli schemi, ma c'è l'esigenza della prestazione eseguita, che quegli schemi richiama, e Paul. D. 19,5,5, che di tali schemi è la *sedes materiae*.

L'emergere degli schemi *do ut des* e *do ut facias* – e si ricordi che solo questi sono menzionati in Ulp. D. 2,14,7,2 – ai tempi di Aristone e poi Celso può forse spiegarsi in un modo, che concorda bene col tenore di Cels. D. 12,4,16 e non contrasta affatto con quello di Ulp. D. 2,14,7,2, che anzi lo suggerisce, perché il dissenso fra Celso e Aristone – che abbiamo visto con ogni probabilità essere quello di D. 12,4,16 – vi è espressamente richiamato. In effetti – vi avevo già accennato – per le fattispecie *do ut des* e *do ut facias* la disponibilità dell'azione contrattuale generale poneva un problema particolare. Tali fattispecie avevano già una propria tutela nella disciplina dell'arricchimento ingiustificato, mediante la *condictio ob rem dati, re non secuta*. La tutela mediante azione contrattuale non si presentava come necessaria; essa poteva risultare solo opportuna per il *dans*, in quanto gli poteva permettere un risultato più favorevole se la condanna del convenuto misurata sull'interesse del *dans* alla controprestazione superasse il valore del suo *datum*. La tutela contrattuale aveva poi un vantaggio anche per l'*accipiens* che avesse eseguito, quando il *datum* avesse difetti rilevanti, in particolare gli fosse stato evitto. In ogni caso, la tutela contrattuale avrebbe fornito un'azione all'*accipiens*, il quale, nel sistema della *condictio*, non ne avrebbe avuta alcuna e quindi, nei rari casi in cui risultasse necessario proteggerlo, lo si sarebbe potuto fare solo con azioni pretorie *in factum*. La soluzione nel senso di ammettere, per i casi di *do ut des* e *do ut facias*, il concorso elettivo per il *dans* fra la *condictio* e l'azione contrattuale, per l'*accipiens* l'azione contrattuale, sembrerebbe una soluzione di Aristone. Celso gli si oppose, ma, per quanto ne sappiamo, con riguardo ad un caso particolare (*do pecuniam ut mihi Stichum dares*), ma la motivazione che Celso diede alla sua posizione poteva avere una portata più ampia: egli avvertiva infatti che convertendo interpretativamente una

<sup>165</sup> Vedi ad esempio: Ulp. Lab. Pomp. D. 19,5,17,1 (*si margarita tibi estimata dedero ut aut eadem mihi adferres aut pretium earum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit?*); Ulp. Lab. D. 19,5,20 (*si tibi equos venales experiundos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his concurreris et viceris, deinde emere nolueris ...*); anche Ulp. Mela D. eod. 20,1; ancora il già cit. Ulp. D. 19,5,17,3 (che è un accordo simile a un *facio ut facias*, ma senza dubbio, come si è visto, da considerarsi obbligatorio senza l'esecuzione di una prestazione). Particolarmente significativo è il pure già cit. Ulp. D. 19,5,15, dove l'ipotesi parrebbe, ad una visione superficiale, un *facio ut facias*, ma Ulpiano chiarisce bene che la situazione non va costruita così (in pratica non funzionerebbe: è facile constatarlo solo che ci si pensi), perché l'accordo obbligatorio deve essere valido prima che qualunque prestazione venga eseguita (dunque l'accordo non sarà: *indico tibi ut pecuniam des, bensì: si tibi indicavero, pecuniam mihi dabis*).

*datio ob rem* in un contratto si rischiava di costruire un negozio che non corrispondeva all'affare inteso dalle parti. Ma la forte opposizione ad Aristone – ed alla maggioranza dei giuristi, che pare abbiano in genere seguito le sue indicazioni – venne da Giuliano, che sappiamo essere stato più o meno contemporaneo di Celso (nato poco dopo di lui, ma sopravvissutogli a lungo).

A quanto abbiamo potuto capire, l'opposizione di Giuliano era radicale; non solo non aderiva ad Aristone sul punto che abbiamo visto in discussione, ma non seguiva neppure quel che proveniva da Labeone e sembrerebbe da tempo recepito: del tutto Giuliano rifiutava gli effetti civili delle convenzioni atipiche e ne ammetteva la tutela solo con gli strumenti del *ius honorarium*.

Nel tempo che seguì, però, con Mauriciano e fino ad Ulpiano, la dottrina di Labeone e Aristone ebbe un sicuro sopravvento. Anche se non possiamo escludere eccezioni: in particolare è significativo che Gaio, che doveva essere contemporaneo di Mauriciano ed era sabiniano come Giuliano, non faccia parola nelle sue Istituzioni (e neppure, per quanto ci risulta, altrove, ma ciò è meno significativo) dell'azione contrattuale generale o comunque del problema delle convenzioni atipiche.

Resta da collocare, in questo contesto, il lavoro di Paolo. Cercherò anzitutto di sintetizzare il suo pensiero come risulta dai due testi che ce lo presentano, prescindendo dalle riflessioni che ho fatto sopra (che possono anche essere considerate una mia elucubrazione) sulla natura dell'azione descritta in D. 19,4,1,4, e lasciamo pure da parte l'idea che le alterazioni, che certo ci sono state, in D. 19,5,5 vi abbiano cambiato in qualche punto il senso del pensiero (questo è un rischio, ma credo sia meglio correrlo, perché lasciarsi andare a immaginar correzioni rappresenterebbe un rischio maggiore).

In D. 19,5 Paolo presenta, nel fr. 5, una sistematica degli schemi *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, e li considera nella prospettiva dei loro effetti obbligatori o – se si vuole – della loro tutela<sup>166</sup>. In questo fr. 5 si studiano solo quei quattro schemi, che tutti e quattro, per definizione, vengono conclusi con l'esecuzione di una prestazione. Ma quando egli, in D. 19,4, nel fr. 1,2 afferma che per l'effetto obbligatorio degli accordi innominati è sempre necessaria l'esecuzione di una prestazione, viene evidentemente ad identificare i contratti innominati con le convenzioni effettuate *do ut des/facias*, *facio ut des/facias*. Questa identificazione, però soffre di uno squilibrio: mentre tutti i contratti innominati vi risultano collocati nel campo degli schemi *do/facio ut des/facias*, non tutti gli atti effettuati in uno dei quattro schemi sono contratti innominati. Infatti, un accordo *do ut des*, se si concreta in un *pecuniam do ut rem accipiam* (D. 19,5,5,1) è una compravendita, e un accordo *do ut facias*, se si concreta in un *pecuniam do ut facias quod locari solet* (D. 19,5,5,2) è una locazione: e ancora: un accordo *facio ut des* (D. 19,5,5,3) non costi-

<sup>166</sup> Ma, secondo la dommatica dei giuristi romani, è la stessa cosa. Per questo ho sempre trascurato le considerazioni del DALLA MASSARA (per esempio a p. 124 ss.) quando pone come problema se dal contratto, o dalla *causa* o dal *συνάλλαγμα* (rispettivamente) nasca l'*actio* o la *civilis obligatio*.

tuisce contratto (e Paolo non dice neppure che, se il *facere* sia un'attività che può essere oggetto di locazione, l'accordo realizzi tale contratto nominato).

Quanto alle azioni, credo si possa senza esitazione dire (benché Paolo non lo espliciti) che per i casi di *do ut des-do ut facias* che corrispondono rispettivamente a vendita e locazione spettano le relative azioni contrattuali tipiche; quanto al *facio ut des* Paolo dice espressamente (D. 19,5,5,3) che chi abbia eseguito il *facere* avrà l'*actio de dolo* contro l'altro che non dia. Per le fattispecie che costituiscono contratti innominati c'è, per tutte e tre, l'*actio praescriptis verbis* (D. 19,5,5,1; 2,4-5), con la quale concorre, nelle ipotesi di *do ut des* e *do ut facias*, la *condictio* del *dans* rimasto insoddisfatto. Paolo precisa anche<sup>167</sup> che per l'ipotesi di *do ut facias* concretatasi in *dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas*, in caso di evizione dello schiavo dato ed esecuzione della *manumissio*, Giuliano dava l'*actio de dolo* contro il *dans sciens* e un'*actio in factum* contro il *dans ignorans*. Ancora sembra ammettere, ma non consigliare, le azioni di mandato per i casi di *facio ut facias* che implicano un mandato.

Da tutto questo, possiamo tentar di delineare una congettura sullo svolgersi della vicenda che ci interessa. È una congettura che tiene conto di tutti gli elementi che mi sono parsi particolarmente rilevanti: ma resta una congettura, perché i dati non sono sufficienti per tracciare una linea dal percorso certo. Essa vale solo, dunque, come una proposta per orientare nuove ricerche. Articolerò la mia esposizione lungo cinque linee, che non devono considerarsi cronologicamente l'una in successione dell'altra, ma tutte parallele, anche se il parallelismo cronologico è naturalmente da rapportarsi alla diversa epoca nella quale operarono i giuristi che a ciascuna linea appartengono. Come giuristi che diedero inizio ad ogni orientamento, credo si devano considerare Labeone, Aristone, Celso, Giuliano e Paolo.

I. *Labeone*. Labeone trovò una definizione generale di contratto (*ultra citroque obligari*, συνάλλαγμα) come atto d'impegno reciproco, e l'azione per sanzionare tale struttura obbligatoria (*actio in factum civilis*, detta anche *actio praescriptis verbis* o *actio civilis incerti*), la quale era dunque un'azione contrattuale generale, sussidiaria rispetto alle azioni contrattuali tipiche.

II. *Aristone*. Aristone accettò interamente i risultati di Labeone, ed anzi li arricchì dommaticamente (idea della *causa* del contratto) e precisò sul piano pratico (opposizione tra scambio e gratuità). La specifica operazione di Aristone consistette però nel riconoscere che le *dationes ob rem* (*do ut des*, *do ut facias*), già protette con la *condictio* per la restituzione del *datum re non secuta*, meritavano pure la tutela contrattuale mediante l'azione contrattuale generale labeoniana, la quale veniva così ad essere a disposizione del *dans* per la pretesa alla controprestazione, ma anche dell'*accipiens* ove occorresse. Questa linea aristoniana rimase definitiva, e prevalente fino alla fine della giurisprudenza classica (Mauriciano, Ulpiano).

III. *Celso*. Celso si muoveva anch'egli nella prospettiva di Labeone, però ebbe da ri-

<sup>167</sup> Alludo al testo di D. 19,5,5,2 con la correzione che ho proposto sopra.

dire ad Aristone che la sua idea, di estendere alle *dationes ob rem* la tutela contrattuale, poteva portare ad applicare a tali fattispecie, ed in concorso alternativo con quella – pur sempre applicabile – della *condictio*, una disciplina che non corrispondeva più alla struttura dell'affare voluto dalle parti.

IV. Giuliano rifiutava radicalmente tutta la dottrina che si rifaceva a Labeone. Per Giuliano, quindi, secondo il *ius civile* le convenzioni atipiche sono tutte, semplicemente, nudi patti, a meno che non siano accompagnate da *datio*, e se sono accompagnate da *datio* hanno unicamente tutela mediante la *condictio* per la restituzione del *datum re non secuta*. Casisticamente, Giuliano si preoccupò di certi casi, nei quali la soluzione mediante *condictio* non era possibile, ma li risolse tutti ricorrendo a strumenti del *ius honorarium*. In particolare: a) un accordo *facio ut des* non è un nudo patto, ma, se il *facere* è eseguito e non lo è il *dare*, la *condictio* non è possibile; ma l'ordinamento, proprio in assenza di azione, dispone dell'*actio de dolo*<sup>168</sup>; b) se in seguito ad un accordo *do ut facias*, concretatosi in *do Stichum ut Pamphilum manumittas*, dopo l'intera esecuzione Stico sia stato evitto, siccome la *condictio* non serve ed una soluzione contrattuale s'impone, si deve accordare un'*actio in factum*<sup>169</sup>.

V. Paolo. Paolo, nel quarto libro delle *quaestiones* (D. 19,5,5), delineò una sintesi, le cui basi dommatiche si trovano in un passo in tema di permuta (D. 19,4,1), del trentaduesimo libro *ad edictum*. A quanto pare, la sua dottrina dei contratti innominati è diversa da quella degli altri giuristi, suoi contemporanei – come Ulpiano – o del passato, perché, a quanto almeno mi par di vedere, egli operò un amalgama di due posizioni: quella della tradizione di Labeone ed Aristone e quella di Giuliano. I presupposti dommatici sono giulianei: gli accordi innominati sono nudi patti e quindi la loro tutela viene in discussione solo se una delle prestazioni previste sia stata eseguita: quindi la tipologia dei contratti innominati viene a ridursi agli schemi *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*<sup>170</sup>, *facio ut facias*. Ciò implica già l'idea labeo-aristoniana che l'accordo riguardi un affare consistente in uno scambio, ma non implica necessariamente che Paolo si valesse della dottrina del *συνάλλαγμα* come tale. Quel che Paolo prende dalla tradizione labeo-aristoniana è l'impiego dell'*actio praescriptis verbis* per la tutela degli accordi di scambio: impiego che però, data la costruzione che Paolo faceva dell'intera materia, risultava limitato agli accordi ai quali l'esecuzione di una prestazione aveva tolto il carattere di nudi patti.

È solo in questa operazione di Paolo che l'esecuzione di una prestazione venne a risultare come un requisito per l'ammissibilità della tutela civile delle convenzioni contrattuali atipiche<sup>171</sup>. I compilatori del Digesto misero in particolare evidenza

<sup>168</sup> Con ciò oso attribuire a Giuliano la risalenza di quanto Paolo dice in D. 19,5,5,3.

<sup>169</sup> Questa soluzione è attribuita a Giuliano in Paul. D. 19,5,5,2, se si accetta la mia ricostruzione del passo. Comunque vedi Ulp. D. 2,14,7,2.

<sup>170</sup> Per vero, al *facio ut des* è negata poi da Paolo (D. 19,5,5,3) la tutela mediante l'azione contrattuale generale: e la cosa, benché difficilmente spiegabile, non può essere attribuita ad un taglio o un'omissione dei compilatori, perché non solo manca nel testo la menzione dell'azione contrattuale generale, ma vi è espressamente scritto che, nell'ipotesi in questione, *nulla erit civilis actio*.

<sup>171</sup> Con questa modifica (o, se si vuole, questo chiarimento) mi sento di ribadire la mia opposizio-

i due testi, dai quali la costruzione di Paolo risultava: e l'evidenza dipendeva dal fatto che l'uno (D. 19,5,5) è decisamente il più lungo di quelli che le Pandette contengono in materia ed offre anche un contenuto che si presenta con un'apparenza sistematica, l'altro (D. 19,4,1,2-3) attira l'interesse per il carattere dommatico dell'affermazione che contiene. Che i commissari di Giustiniano intendessero con ciò aderire in generale alla dottrina di Paolo può restare problematico, ma indubbiamente essi indussero gli esegeti della compilazione ad orientarsi in questa direzione.

---

ne alla tesi, secondo la quale l'esecuzione di una delle prestazioni previste nell'accordo avrebbe rappresentato un requisito dell'accordo atipico ai fini del suo riconoscimento come fonte d'obbligazione in tutto il diritto dell'epoca classica (o almeno a partire da Aristone: vedi sopra, n. 105). Un buon indizio, che lascia sperare in un prossimo ripensamento di quella tesi, tuttora dominante (vedi in particolare GAROFANO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Studi Nicosia IV*, Milano 2007, 15 ss.), mi è offerto dal recente articolo di Giuseppe ROMANO, *Nota a margine di Ulp. 26 ad ed. D. 12,4,3,3-4 cit.*, 179 ss. Non perché l'autore attacchi codesta tesi, ma proprio perché vorrebbe confermarla: quando si avverte il bisogno di dimostrare una tesi dominante (e con un lavoro impegnato come quello del Romano), ciò significa che la tesi lascia insicuri. Non è questo il luogo per analizzare il pensiero del giovane autore, ma mi sembra che le sue considerazioni esegetiche – certo in se stesse non irrilevanti – non possano incidere sulla consistenza del tema centrale, che qui interessa.



ALCUNI CONTRIBUTI AI CONVEGNI  
DELL'ARISTEC



## SCIENZA GIURIDICA E PRASSI\*

### I

Per le epoche più antiche non abbiamo alcuna prova d'alcun genere, ma possiamo asserire con naturale certezza che il diritto vi è nato nella prassi e vi è stato applicato nella prassi; che una scienza giuridica vi era assente, e lo fu per lunghissimo tempo. Come dicevo, di questo non abbiamo alcuna prova diretta, ma si tratta pur sempre di un'idea ben radicata nella nostra cultura. Si ricorderà come, in una piccola chiosa al luogo dove il Mommsen<sup>1</sup> aveva affermato che "Alle Wissenschaft ist Luxus wie alle Kunst", lo Schulz<sup>2</sup> incalzò scrivendo che, se ciò è vero, la scienza giuridica lo è in modo speciale: "Auch eine hochkultivierte Zeit kann ohne Rechtswissenschaft auskommen". Ricordo ancora che il grande egittologo giurista Théodoridès, immancabilmente presente, fino alla sua morte, ai congressi della SIHDA, una volta ebbe a dirvi, dopo aver presentato documenti giuridici egizi sottolineandone i pregi particolari, di essere certo che non potevano mancare in quella cultura testi che superassero il carattere pratico, e che egli era certo, pur non avendone mai trovati, che ne avrebbe trovato qualcuno con riflessioni teoriche. Ma, in realtà, non se ne incontrano in quel che ci resta di alcuna delle più antiche civiltà mediterranee, anche se la cultura greca conobbe legislazioni della finezza delle leggi di Gortina<sup>3</sup> e i filosofi, in particolare Platone e Aristotele, non mancavano di meditare su giustizia e diritto. La prima cultura che produsse una scienza giuridica fu, come si sa, quella romana, dove l'impulso venne da un'operazione politica che sboccò nella creazione della figura del giurista, cioè del personaggio che pensa sul diritto, nella sua dimensione positiva, come tale. L'operazione di cui parlo, la tradizione l'attribuisce al re Numa Pompilio<sup>4</sup>, il cui regno secondo la stessa tradizione – ricalcolata con i nostri parametri cronologici – si dovrebbe collocare

---

\* Pubblicato in: L. VACCA (ed.), *Scienza giuridica e prassi (convegno ARISTEC Palermo 2009)*, Napoli 2011.

<sup>1</sup> Nella *Rede* del 1852: *Die Bedeutung des römischen Rechts*, ora in MOMMSEN, *Gesammelte Schriften* III, Berlin 1907, 598.

<sup>2</sup> SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München und Leipzig 1934, 7 n. 4 della p. 6.

<sup>3</sup> Dal VII secolo a.C.; il corpo fondamentale è del V a.C.

<sup>4</sup> CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* I, Torino 1997, 47 (in fine) s.

tra il 716 e il 674 a.C. Numa creò il pontificato, che era un sacerdozio senza funzioni di culto, ma con quella del controllo tecnico della correttezza degli atti di culto effettuati o da effettuarsi da altri. L'evoluzione del nuovo organismo, da individuale divenuto presto collegio, fu rapida: oltre che degli atti di culto esso si occupò presto di tutti gli atti rilevanti nella vita della comunità, distinguendo subito accuratamente quelli che appartenevano alla sfera religiosa del *fas* da quelli laici del *ius*; siccome fra questi ultimi selezionò quelli per i quali era opportuna una forma, provvide anche a determinare le forme che dovevano assumere. Qui nacque la scienza giuridica, che assunse dunque dal suo inizio uno degli atteggiamenti che le resteranno propri: la scienza giuridica nacque, infatti, come scienza dell'atto giuridico, negoziale e processuale.

Con ciò una cosa risulta chiara: che la scienza giuridica nacque nella gestione della prassi e con il preciso scopo di indicare una corretta gestione della prassi: una scienza, dunque, che s'immedesima nella sua propria tecnologia. I giuristi romani, prima i pontefici e poi, a partire dall'inizio del III secolo a.C., i loro successori laici, si assunsero il compito – in modi diversi, anche se in fondo non molto, a seconda dei tempi, ma comunque funzionalmente omogenei – di istruire tutto l'insieme degli utenti del diritto sul modo di fare le cose, sul significato che ha quel che si fa; in sintesi potremmo dire sul modo di trattare i problemi per rendere le situazioni pratiche conformi al *ius*, inteso come *ius civile*, vale a dire l'ordinamento giuridico della città, espressione dei valori politici della giustizia. In questa prospettiva va letta ancora l'affermazione di Celso<sup>5</sup>, che nel II secolo d.C. definiva il *ius* – inteso nel testo come *iurisprudencia*, cioè come scienza del diritto – ‘*ars boni et aequi*’; ed ancora espressione della stessa idea, vista con diversa angolazione, è nel modo in cui Pomponio, nel suo *Enchiridium*, introduceva l'elencazione dei giuristi<sup>6</sup>, se del testo si dà la lettura proposta dallo Scialoja e da ultimo difesa da par suo dal nostro sempre presente amico Mario Talamanca. Pomponio diceva, parlando dei giuristi in generale: ‘*Post hoc dein de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in medium<sup>7</sup> produci*’. Noi siamo abituati, come gli antichi Greci che esponevano in un edificio al centro della città le sue leggi, a considerare i testi normativi come il veicolo pubblico fondamentale della conoscenza del diritto; per un Romano questo ruolo era svolto invece dall'opera dei giuristi: con il che si sottolinea la funzione informativa, anzi educativa, che la giurisprudenza si assunse fin dall'opera dei pontefici. Funzione che non può certo essere riferita ad una giurisprudenza teorica, ma neppure ad una mera comunicazione di proposizioni normative o di istruzioni burocratiche, bensì alla cultura giuridica come tale, all'osservazione giuridica dei fatti, del loro senso e dei loro effetti.

<sup>5</sup> Ulp. Cels. D. 1,1,1 pr.

<sup>6</sup> Pomp. D. 1,2,2,13.

<sup>7</sup> La lettura della Fiorentina – che credo giusto considerare erronea – è ‘*in melius*’.

Questa compenetrazione culturale di scienza e prassi restò un parametro indiscusso fino a circa la metà del terzo secolo d.C. Poi, il rapporto tra scienza giuridica e prassi non seppe più mantenere costantemente questa forma. Naturalmente, quanto alla prassi, essa continuò ad operare. Ma quel che varia è la presenza della scienza e il suo rapporto con la prassi. Anzitutto si deve notare che la scienza giuridica conobbe periodi di silenzio: anche se lo stesso silenzio della scienza giuridica assunse due modi fundamentalmente diversi. Esso può consistere in un'assenza totale, ovvero può essere assente nel senso che la scienza non viene nutrita da menti creative, ma si limita a sfruttare il patrimonio già acquisito in passato, magari – nel peggiore dei casi – ricordandolo male, obliandolo anche in parte, involgendolo e comunque sempre inaridendolo. Naturalmente, un'assenza totale è difficile che si verifichi, ma se le menti dei gestori intellettuali della prassi hanno perso il senso del lavoro scientifico, gestiscono la prassi in modo irrazionale, o almeno in modo giuridicamente irrazionale. La storia conosce pure il fenomeno inverso. Esistono periodi nei quali la scienza giuridica ha smarrito il senso della sua natura tecnologica di scienza applicata, col rischio di chiudersi in se stessa o, come si usa dire, nella sua torre d'avorio concettuale, rendendosi, se non insensibile alla propria funzione, inadatta a svolgerla in modo soddisfacente. È di prammatica riferirsi, come esempio caratteristico, alla vicenda di quella fase della pandettistica tedesca, che Rudolph von Jhering investì con il suo geniale umorismo. Qui i rischi sono certo minori di quelli che provengono dal silenzio della scienza, perché l'eccesso di scienza, o meglio la crisi della concezione tecnologica della scienza del diritto, non elimina la presenza di una base scientifica elementare, nella quale i giuristi pratici pur sempre si formano; ma può avere comunque conseguenze gravi, in quanto allontana i pratici dall'impiego della scienza ai livelli più alti, e in ogni caso comunque diseduca i giuristi, teorici o pratici che siano, attutendo la loro sensibilità per l'inquadramento giuridico dei problemi concreti, il quale costituisce sempre un'attività fondamentale del giurista, e la più importante per l'attività del giurista in relazione alla prassi, attività che rappresenta il luogo apicale della presenza del diritto nella realtà del consorzio umano.

Un altro punto va considerato. Non è affatto necessario che la scienza e la prassi siano gestite dalle stesse persone. Talora si tende apertamente ad evitare il connubio o almeno a limitarlo. Come è noto, per esempio, ai nostri tempi vi sono Paesi nei quali ai professori universitari è interdetto o alquanto limitato l'esercizio dell'attività forense. Queste situazioni non devono in genere essere interpretate come emergenza di una volontà politica di separare scienza e pratica, e del resto esistono in alcuni degli stessi paesi norme che permettono ai professori certe attività forensi indipendentemente da un controllo sulla loro capacità professionale in tale attività. Resta il fatto che in queste regole una prospettiva di differenziazione fra scienza e prassi è tuttavia presente. Si deve comunque ammettere una cosa. Se da un lato rappresenta sempre una menomazione il fatto che un giurista – voglio dire una persona accreditata come conoscitore del diritto in se stesso, sia esso un professore o un professionista del diritto come tale, giudice, avvocato o notaio che sia – non abbia una

preparazione scientifica compiuta, non è affatto necessario che una simile preparazione debba averla un cancelliere, un ufficiale giudiziario o un maresciallo dei carabinieri, e neppure un contabile che redige i bilanci di una società commerciale. Questi semplici esecutori devono avere una preparazione settoriale precisa e completa, ma è sufficiente che alle loro spalle abbiano un giurista che possano, se del caso, consultare o dal quale vengano, magari, controllati. Così, del resto, è sempre stato: e nell'antica Roma la cosa ha sempre funzionato anche con riguardo ai giudici, che normalmente non erano giuristi, come non lo erano necessariamente neppure i magistrati giusdicenti.

## II

Nell'esposizione, che ho fatto, si collocano certi fenomeni che credo degni di essere considerati, per sottolineare qualche aspetto, che mi sembra significativo, dei rapporti fra scienza e prassi. Me ne occuperò accostandoli, come una serie di esempi, senza alcuna intenzione di farne un sistema.

Incomincerò col notare l'atteggiamento abbastanza normale degli operatori puramente pratici del diritto che professionalmente esercitano un'attività di sua natura essenzialmente giuridica, i quali pensano che la loro conoscenza tecnica puntuale sia del tutto sufficiente per quel che fanno, sicché la scienza sia, ai loro fini, inutile. E non dico che non abbiano magari, costoro, ragione.

Fra le epigrafi funerarie romane, che l'archeologia ci ha restituito, ve n'è una, di un *testamentarius*, cioè di uno scriba<sup>8</sup> specializzato nella redazione di testamenti, il quale – o qualche suo erede, ma, è facile pensare, interpretando così uno spesso palesato orgoglio del defunto – volle scritto sulla propria tomba, come descrizione sintetica della sua vita, che egli, per 25 anni, *testamenta scripsit sine iurisconsulto*. Con ciò egli esprimeva un'idea del tutto compiuta: riconosceva che la redazione di un testamento è propriamente affare da giurista, e che egli giurista non era stato; ma che aveva saputo fare il suo lavoro senza bisogno del giurista; in materia di redazione di testamenti, dunque, quando si sa quel che lui sapeva, il giurista non serve.

Questo atteggiamento del nostro *testamentarius* lo ricordo e l'annoto solo con simpatia, perché non è solo comprensibile, ma è anche corretto. Non contiene alcuna avversione per la scienza, anzi: non mette assolutamente in discussione il fatto che se un *testamentarius* sa il suo mestiere, questo suo sapere è sapere dei giuri-

---

<sup>8</sup> L'epigrafe si legge in DESSAU, *Inscriptiones Latinae selectae* II, 2<sup>2</sup>, Berolini 1955, num. 7750 (p. 821). Il defunto vi è indicato come *scriba*, cioè "scriba".

sti, e che comunque, alla fin fine, è dai giuristi che i *testamentarii* lo hanno appreso; la sua affermazione, se tradotta in massima generale, significa solo che per certi settori specifici della prassi il ricorso ad un giurista è inutile, è sproporzionato; modesti operatori settoriali sono disponibili, con tutte le conoscenze normalmente necessarie, ed anzi sanno rendersi conto, se del caso, che il ricorso al giurista è necessario, ma se vi ricorrono loro stessi e non il loro cliente la soluzione corretta si troverà più agevolmente.

Peso ben diverso possiede l'atteggiamento dei pratici, quando costoro si oppongono precisamente alla scienza, rifiutandole spazio e dignità nel mondo del diritto. L'esempio che mi piace presentarvi ha il pregio di essere del tutto estremo, e proprio a questo suo carattere si fa riferimento quando lo si ricorda come l'episodio di Frauenfeld. Si riferisce ad un'udienza, nella quale si discuteva di una questione di successione davanti ad una corte, al tempo in cui nei paesi svizzeri (nel caso si trattava della Turgovia, all'epoca in cui era terra autonoma) si affacciava l'interesse per le fonti romane e la presenza del loro studio universitario. L'episodio non è datato, ma la fonte più antica che ce lo riferisce è del 1646<sup>9</sup>, e vi allude come ad un episodio alquanto precedente ("Auf eine Zeit ..."). Una delle parti aveva scelto come difensore un *Doctor* e avvocato di Costanza, il quale nella sua arringa allegava Bartolo, Baldo e numerosi altri *doctores*. Ora, il Landmann, che presiedeva l'udienza, reagì interrompendo il suo discorso, con queste parole: "Ascolti, dottore, noi confederati non consultiamo *Barthele und Baldele* e altri dottori: abbiamo le nostre proprie consuetudini patrie e il nostro diritto. Fuori dottore, se ne vada!", con il che l'avvocato venne dunque estromesso, e non gli restò che effettivamente andarsene. Qui il rifiuto della scienza è netto. Naturalmente la cosa può avere diverse ragionevoli giustificazioni, come il timore che si fosse in presenza di un pericoloso tentativo di far applicare in quel luogo un diritto straniero che non vi si doveva ritenere applicabile, o la meno nobile paura che, dando voce nei giudizi ai giuristi, i pratici locali del diritto avrebbero infine perso il loro lavoro. Ma resta il fatto in sé, del divieto al giurista di parlare, ed anzi della sua materiale estromissione dall'aula.

Io non vorrei che questo episodio fosse recepito da chi mi ascolta come un aneddoto che riguarda amenità passate, di significato marginale. Vorrei, in proposito, precisare una cosa. Uno dei modi in cui praticamente si afferma l'inutilità della scienza giuridica, e quindi il suo rifiuto, è quello di coloro che pretendono che, siccome il diritto consiste di norme, o comunque di regole, l'esclusiva conoscenza di queste deve esaurire la scienza del giurista. Ogni dottrina sarebbe dunque superflua ed anzi dannosa. Tesi di questo genere sono state e sono anche sostenute; l'atteggiamento che le detta è quello di chi privilegia la pratica rispetto alla scienza,

---

<sup>9</sup> KREYDENMANN, *Kurzer tractatus* etc., 147 s. Vedi in VACCA (ed.), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, Torino 2008, 18 n. 7.

ma non sono solo i pratici a proporle. La prima volta che mi avvenne di udirne una testimonianza, fu per bocca di un libero docente di storia del diritto italiano, anziano assistente ordinario, che della pratica non aveva neppure esperienza, ma che ebbe ad affermarmi con convinzione (eravamo, poco meno di mezzo secolo fa, a Milano): “Se non ci fosse stata la scuola di Bologna e la riscoperta del diritto romano, chissà che diritto di buon senso avremmo oggi!”. Dal punto di vista della dottrina, quel mio vecchio collega fu in qualche misura profeta. Se io, al tempo in cui ero giovane assistente e già alquanto ignorante, non potei replicargli nulla, qualche anno più tardi una precisazione alla sua affermazione di allora mi apparve chiara: che il modello di un sistema giuridico formatosi – se non del tutto indipendentemente – fondamentalmente al di fuori della tradizione bolognese è quello del Common Law; e nei tempi più vicini a noi è anche avvenuto che giuristi del nostro Civil Law considerino, o anche propongano, il Common Law come un sistema giuridico particolarmente aderente alla pratica e che, se si fosse evoluto in tutta l’Europa senza fare i conti col *Corpus Iuris*, ci si presenterebbe ora come un diritto già praticamente uniforme per l’Europa unita. Giunta a questo punto, la visuale che, nella mia esperienza, è partita da quell’affermazione del libero docente milanese, non risulta più propriamente idonea ad illustrare la fenomenologia che qui ci interessa, dei rapporti tra scienza e prassi: per una numerosa serie di ragioni, prima fra tutte quella che il Common Law non può certo considerarsi un sistema non scientifico. Possiamo però ridurre il confronto alla considerazione che certo nella costruzione del Common Law la preoccupazione puramente tecnologica è sempre stata prevalente su quella scientifica, come rivela in particolare il fatto che nella stessa manipolazione tecnica delle sue soluzioni si inserisce come normale l’impiego delle finzioni (finzioni vere e proprie, che nessuna simiglianza hanno con le *fictiones* che il pretore impiegava a Roma nel costruire le sue *formulae*)<sup>10</sup>, le quali non possono essere certo considerate uno strumento coerente con una mentalità scientifica. Ma, tenuto conto di tutto ciò, l’inutilità della scienza da quel confronto non risulterebbe per nulla provata, perché l’insieme del Common Law, se comparato con il diritto romano e quindi con i sistemi romanistici, rivelerebbe pur sempre il difetto che lo Schulz attribuiva in generale alla mentalità germanica rispetto a quella greco-latina, e cioè quello della complicatezza rispetto alla semplicità. Questo che dico mi fa ricordare un simpatico personaggio, che conobbi come bidello di un istituto nel quale lavorai a lungo. Egli aveva impiegato tutti i suoi risparmi e diversi anni della sua vita per costruirsi una casa su di un terreno sito in campagna, che era di sua proprietà. Valendosi di sue particolari capacità di muratore, acquistate, credo, in gioventù facendo quel lavoro, si era costruito la casa comprandosi i materiali necessari e realizzando con questi un proprio progetto non scritto; e quando

---

<sup>10</sup> Su questo punto rinvio alla semplice precisazione, che ho pubblicato col titolo *Finzioni*, nel volume *Le finzioni nel diritto* (Milano 2002, 43 ss.), curato da F. BRUNETTA D’USSEAU, (*Annali Genova*, Collana di monografie 80).

l'edificio, con un piano terreno e un primo piano, fu finito, per le necessità amministrative dovette sottoporlo alla dovuta perizia da parte dell'autorità amministrativa. Egli stesso mi raccontò con entusiasmo il trionfale svolgersi della perizia, e come l'ingegnere che vi provvedeva constatò che tutto quel che doveva oscillare oscillava perfettamente. Dal suo stesso racconto mi resi conto di una cosa, quando egli stesso mi riferì – ma me lo disse come se si trattasse di un ulteriore pregio della sua opera – che l'ingegnere gli aveva detto che egli aveva usato molto più materiale di quello che sarebbe stato necessario per arrivare allo stesso risultato. Contro il senso che io attribuisco a questa rimembranza potrà tuttavia sempre argomentarsi col dire che comunque era il bidello ad avere ragione, perché l'eventuale risparmio di materiale, e magari anche di tempo, non avrebbe certo coperto la differenza di costo che egli avrebbe dovuto sostenere se avesse fatto costruire la sua casa dai normali professionisti.

Ma torniamo a considerare in generale il senso della gestione scientifica del diritto rispetto ad esperienze nelle quali la scienza giuridica è assente, facendo un esempio storico con il quale vorrei illustrare i guasti che l'assenza della considerazione scientifica può comportare.

Mi è già avvenuto di notare che i giuristi romani operarono con una mentalità scientifica fin dall'inizio, assai prima che l'autocoscienza del carattere scientifico della giurisprudenza si manifestasse, al tempo dei tre giuristi che, secondo Pomponio<sup>11</sup>, *fundaverunt ius civile*, parole con le quali l'autore dell'*Enchiridium* alludeva con certezza all'inizio della gestione consapevole della *scientia iuris*. Una delle prime operazioni che si devono attribuire agli antichi pontefici fu certo quella della costruzione dei formulari delle *actiones* processuali, e fra queste *actiones* quella che Gaio denominava *legis actio sacramento in rem* fu certo fra le più antiche. Ora, se si analizza il formulario, che conosciamo, di questa azione, si vede con chiarezza – come credo di avere mostrato una volta – che esso concepisce la situazione processuale dell'azione di rivendicazione come impostata sulla base del principio che la prova della proprietà deve essere fornita dall'attore, e che la prova stessa ha per oggetto dei fatti. Questo principio ha un carattere strutturale. Esso non è frutto di una scelta, ma desunto dai caratteri della situazione in gioco, e la riflessione sulle strutture che ha permesso di dedurlo si mostra di per se stessa feconda di altre applicazioni. Per esempio, la regola dell'acquisto della proprietà per occupazione, che verrà sistemata nel senso che la presa di possesso di una cosa che non appartiene a nessuno ne fa acquistare al possessore la proprietà, non si vede come possa avere la sua origine – come talora si vede asserito<sup>12</sup> – nel mondo primitivo dove la

---

<sup>11</sup> Pomp. D. 1,2,2,39.

<sup>12</sup> Certo più articolata, ma sempre rimane non propriamente giuridica, l'impostazione di questi problemi che risulta da SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, 270 ss. e soprattutto 273 ss., dove il discorso complessivo dipende da un amalgama di dati su di una realtà storica costruita in modo arbitrario (per esempio prendendo come prove sicure della realtà primordiale la situazione attuale

sola legge era la forza, anche supponendo che un simile mondo sia mai esistito, e comunque che esso possa considerarsi in qualche modo suscettibile di una valutazione giuridica. La regola dell'acquisto della proprietà per occupazione discende in se stessa dalla considerazione che il possessore, che sia tale in seguito all'occupazione di una *res nullius*, non può essere sconfitto in un processo di rivendicazione, perché non esiste alcun soggetto in grado di provare, contro il possessore attuale, che la cosa sia sua. Ma, se procediamo nell'analisi, o meglio nell'osservazione storica dell'altro aspetto della vicenda che ora stiamo considerando, possiamo trovare un esempio dei guasti che l'assenza della visione scientifica può indurre nelle strutture pratiche del diritto: e precisamente, questa volta, siamo in presenza di problemi generati non tanto dall'assenza di una qualunque considerazione razionale, ma dall'assenza di una specifica valutazione giuridica della realtà. Il problema riguarda il periodo durante il quale in Europa la scienza giuridica, pur senza sparire del tutto, si attenuò molto e vieppiù nella sua capacità creativa e nella sua diffusione. Il fenomeno al quale faccio riferimento – pensando in particolare al suo verificarsi in materia di proprietà – è quello della pratica delle prove ordaliche ed anche quello della pratica della prova che si vale di *coniuratores*. La seconda pratica sembrerebbe più razionale della prima, ma giuridicamente più razionale non è, anche se parrebbe meno arbitraria. Entrambi i sistemi comportano soluzioni che non hanno fondamento nella natura delle strutture giuridiche in gioco. Ora, la ragione del ricorso alle ordalie o alla *coniuratio* dipende da un ragionamento ed anche – se si vuole – un ragionamento sottile: in giudizio si invocano dei diritti, per essere riconosciuti esistenti; ma i diritti sono entità immateriali, e dunque per provarne l'esistenza non si può ricorrere a constatazioni materiali dirette; la conseguenza necessaria è che la prova di un diritto non può essere raggiunta se non con mezzi che possono considerarsi indici conoscibili di una realtà inconoscibile; il problema si riduce a quello di reperire quali siano i mezzi più attendibili o quelli che – in base a considerazioni variabili per ragioni varie – si vogliono preferire: il semplice caso, l'intervento della divinità, il successo personale di una o ciascuna delle parti nell'ambiente in cui vive, la sua forza personale o la sua capacità di procurarsi collaboratori abili o forti, quindi in ultima analisi la sua ricchezza o il suo potere e via dicendo. Ma tutti questi ragionamenti non appartengono alla scienza giuridica, che da tempi antichi, come avevamo visto, definiva la prova in giudizio come prova unicamente di fatti. La norma, che compare in tutte le codificazioni moderne e qui da noi è ripetuta nell'art. 2697 del codice civile, riprende una struttura di pura razionalità giuridica: i diritti non si devono provare; oggetto di prova sono solo i fatti; i diritti si stabiliscono deducendoli con argomentazione giuridica dai fatti che chi li invoca è in grado di addurre e provare.

---

delle comunità cosiddette primitive, per non parlare dell'osservazione della vita delle bestie) ed elementi storico-giuridici isolati dal loro contesto, dove talora trapela anche una contaminazione di problemi dommatici e pratici. Naturalmente il discorso dell'autore può essere apprezzato altrimenti ove lo si intenda come una considerazione filosofica.

Certo, la scienza giuridica, come guida della prassi, è esposta ad un pericolo notevole: ed è proprio in questo pericolo la ragione della diffidenza che, come un pochino abbiamo visto, può suscitare. Il *quivis de populo*, che si trova a dover far valere i suoi diritti o difendersi da un'aggressione che altri fondi nei propri, deve affidarsi ad un professionista dotato della scienza giuridica; ed ancora verrà, normalmente almeno, giudicato da un professionista della scienza giuridica. Il rischio, che così il nostro *quivis* corre, può presentarsi sotto due aspetti diversi: ma il primo è troppo banale, e comunque non possiamo considerarlo nel discorso che sto facendo adesso. Si tratta della possibilità che il difensore o il giudice, che dovrebbero ragionare sui fatti con mentalità scientifica, di scienza ne posseggano troppo poca. Ma questo è un problema che riguarda tutte le professioni umane che si presentino sostanziate da un apparato tecnico. Per quel che riguarda il diritto, già lo aveva bene inquadrato Cicerone, quando nel *de oratore* indugiava a mostrare come gli avvocati debbano conoscere il diritto, per non comportarsi come quell'avvocato, che davanti al pretore si accaniva in richieste favorevoli non al suo assistito, ma alla parte avversa<sup>13</sup>. L'apogeo di questa considerazione del fenomeno della cattiva giustizia per mancanza di scienza o per il suo impiego distorto e quindi ignorante, lo troviamo celebrato nel *Tiers livre* di Rabelais, quando Pantagruel viaggiava per completare le sue conoscenze. Ricordo in particolare quel processo, al quale Pantagruel assistette e in qualche modo partecipò a Myrelingues, contro un anziano giudice<sup>14</sup> che, dopo una vita che gli aveva meritato la fama di giudice egregio, pronunciò una sentenza assolutamente assurda, sicché egli fu chiamato a renderne conto davanti alla corte del luogo, dove, senza l'ombra di pensare che quel che diceva fosse men che normale, egli spiegò che quell'ultima, disgraziata sentenza, doveva essere attribuita all'indebolimento della sua vista, che gli aveva cagionato errore nella lettura dei numeri sui dadi con i quali l'aveva decisa: perché, come tutti sanno e precisano le fonti – e qui snocciolava la ricca serie di testi del *Corpus iuris civilis* e *canonici* e di molti *doctores*, che si riferiscono direttamente o indirettamente, all'*alea iudiciorum* –, le cause si devono decidere con i dadi.

Ma il rischio di cui intendo trattare, e che si riferisce specificamente alla scienza giuridica, sta nel fatto che, come tutte le scienze, essa è discutibile; essa, dunque, può dar luogo a *ius controversum*, e dunque a zone di incertezza; per cui, una volta stabilito che la scienza è il luogo dell'incertezza, l'antidoto sarebbe quello di eliminarla. Nella storia questo problema, come sappiamo tutti, è stato posto più volte e in vario modo. Nel vigore del sistema del diritto comune esso venne inquadra-

<sup>13</sup> Il luogo è Cic. de orat. 1,36,166-37,168, dove il personaggio che parla è Crasso, dialogando in particolare con Quinto Mucio. Gli esempi adottati sono diversi, ma qui mi riferisco specialmente al più grazioso, che è quello del § 168: Crasso stesso dice di esserne stato testimone mentre sedeva in *tribunali Q. Pompei praetoris urbani*.

<sup>14</sup> Si tratta del giudice Bridoye, nel capitolo XXXIX del *tiers livre*. Il racconto prosegue nei cap. fino al XLIII, ma vedi poi ancora, in tema, il cap. XLIV.

to nella distinzione tra *casus legis* e *casus dubii*, il che non ne permetteva una soluzione generale, ma solo di restringere il reperimento discutibile della decisione ai casi dei quali la *lex* non la fornisse esplicitamente. Quest'idea, in se stessa, non poteva comunque valere se non per un giudice chiamato ad applicare le fonti romane, nelle quali la casistica è molto ricca; ricondotta ad una massima generale, essa non significa altro, se non che non può e non deve esservi *ius controversum* se la legge è chiara. E fu questo un punto di partenza per i giusnaturalisti. La loro idea fu, in generale, proprio questa: di provvedere a comporre una legge chiara e comprensibile a tutti, la quale, come legge certa, non avrebbe dato luogo a *ius controversum* e, quindi, non avrebbe avuto bisogno di scienza.

Naturalmente, nel valutare questo fenomeno, si devono fare i conti con la sua complessità, e proprio collocandoci nella prospettiva che sto adottando: perché è evidentemente chiaro, anzitutto, che il pensiero della scuola del diritto naturale non può essere considerato come una corrente che proponga di privilegiare la prassi rispetto alla scienza, e neppure che possa in qualche modo venire interpretato come un luogo del dissidio fra teoria e prassi. La scuola giusnaturalistica ha nutrito una propria dottrina genuinamente scientifica, ed anzi, pur se con punte antiromanistiche, ancora costruita sulla base delle fonti romane, e non solo presso i suoi autori di base squisitamente romanistica a cominciare da Domat, Pothier e anche Ugo Grozio, ma anche presso i protagonisti più accanitamente critici del diritto romano e delle sue fonti, come il Thomasius. Il fatto è, però, che l'atteggiamento antidottrinale venne più o meno naturalmente ad inserirsi, come già accennavo, nel discorso giusnaturalistico sulla codificazione. L'idea stessa della codificazione era legata ad un atteggiamento già presente prima del fiorire della scuola del diritto naturale, presso i giuristi del '500 come Donello: si tratta dell'idea della sistematica, che coincise dapprima con una rivalutazione "cultura" dell'idea ciceroniana del *ius civile in artem redigere*, la quale, in se stessa, si presenta con una veste storica ambigua: Cicerone, infatti, la coltivò come critica all'operare dei giuristi del suo tempo (eccettuandovi il suo amico Servio Sulpicio), proponendo la costruzione sistematica del *ius civile* proprio come lo sbocco scientifico che presso i giuristi mancava; ma la sua proposta non fu seguita dai giuristi proprio perché non corrispondeva al loro metodo scientifico<sup>15</sup>; e quando alla fine anch'essi l'adottarono, lo fecero solo per esposizioni di carattere elementare, a partire da Gaio, e magari già prima, come io credo, da Nerazio nei suoi *libri regularum*. Comunque, presso i giusnaturalisti, l'idea della sistematica venne a coincidere, piuttosto che con un'operazione di carattere dommatico, semplicemente con quella di un criterio per ordinare la materia del diritto in modo che una sua esposizione complessiva offrisse anche un criterio per ritrovare, nel complesso, il singolo punto che via via al lettore interessasse. E questa concezione divenne elemento dell'idea del codice – del codi-

---

<sup>15</sup> Su questo problema si può leggere quel che scrivevo in *Per una storia I* cit., 288-291.

ce civile in particolare – che intendeva appunto presentare un testo scritto in lingua volgare, che raccogliesse unicamente norme e non dottrina, che fosse chiaro ed univoco, e direttamente consultabile da qualunque utente. Una volta pervenuti a questa idea del codice, il suo modello astratto si presenta anche come uno strumento antidottrinale: concepito appunto nella mentalità che permise al Landmann di Frauenfeld di cacciar dall'aula della giustizia il *Doctor* con i suoi *Barthele und Baldele*.

In realtà, però, è facile constatare che il modo, ora descritto, di vedere le cose non corrispose affatto all'atteggiamento comune a corti e avvocati nei paesi che adottarono codici provenienti dall'attività dei cultori dell'idea giusnaturalistica del codice. Tracce se ne sono manifestate, specialmente in Francia, il cui codice civile non solo fu storicamente un frutto delle idee del secolo dei lumi, ma fu praticamente realizzato da uomini del foro. Un emblema di questo atteggiamento rappresenta sempre la dichiarazione di J.J. Bugnet<sup>16</sup>, che teneva a precisare che egli non conosceva *le droit civil*, e insegnava solo *le code Napoléon*; ma alla stessa mentalità corrisponde bene l'uso delle sentenze francesi, che per non breve tempo erano motivate con un *attendu que*, il quale normalmente si presentava come un elenco degli articoli del *code civil* in applicazione dei quali la sentenza veniva pronunziata. Lo stesso atteggiamento vorrebbe rispecchiare la denominazione della stessa corrente dottrinale che aprì la letteratura sul *code civil* nella prima metà del XIX secolo: *l'école de l'exégèse*. Ma tutto ciò non toglie che la stessa *école de l'exégèse* fu una corrente scientifica, che la giurisprudenza francese della stessa epoca adottò soluzioni innovative basate su analisi scientifiche, e che l'una e l'altra si nutrono sempre di letteratura di alto livello scientifico, come i due grandi autori della tradizione francese, Domat e soprattutto Pothier, nonché lo Zachariä. Un carattere pratico la dottrina francese lo ha sempre, certo, mantenuto, ma questo non equivale affatto ad un carattere antiscientifico: la "giurisprudenza pratica" francese aveva già trovato apprezzamento presso il Savigny<sup>17</sup>. Del resto, tutto ciò era perfettamente conforme alla visuale adottata, e dichiarata come vedremo subito, dagli autori – come già ricordavo, uomini del foro – del *code civil* stesso. Nel *discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet*, preparato nel 1803 appunto da Portalis, Tronchet, Bigot-Préamneux e Maleville, per escludere con recisione il ricorso al le-

---

<sup>16</sup> CANNATA/GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea* II<sup>4</sup>, Torino 1989, 246 con la n. 16.

<sup>17</sup> Non certo nel *Vom Beruf* (1814), dove la cultura giuridica francese moderna è trattata dal Savigny molto severamente, ma in alcuni scritti successivi, quando egli ebbe allargato la sua conoscenza della letteratura francese. Il diverso atteggiamento – comunque soprattutto consistente nell'apprezzamento della giurisprudenza pratica – è testimoniato anche in edizioni successive del *Vom Beruf*, specie nella nota alla prima parte del capo VI (*I tre codici moderni*), che qui devo citare da una traduzione italiana: si tratta del primo volume (Verona, s. d.) della *Biblioteca giuridica teorico-pratica*, pubblicata per cura dell'avv. GIUSEPPE TEDESCHI. La nota (del Savigny) vi si legge alla p. 139; si veda anche l'avvertenza del curatore alla p. 95 s.

gislatore come mezzo per colmare le lacune che il codice avrebbe presentato, essi dissero precisamente: “*C’est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application. ... 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?*”.

### III

Poniamoci ora, infine, da un diverso punto di vista. Vorrei osservare, in particolare, come scienza e prassi reagiscano l’una sull’altra quando vengono, senza porsi problemi particolari, accettate entrambe come dimensioni normali dell’operare concreto del giurista; con l’idea, cioè, che il diritto vive nella sua applicazione concreta, cioè nella prassi, e che la prassi deve sempre essere suscettibile di precisa analisi, o in generale di calzante considerazione nel quadro della scienza.

Di questo discorso costituisce soltanto una premessa la considerazione – che voglio fare, anche se con ciò rischio di mettermi a parlare fuori tema – dell’ignoranza. L’ignoranza del giurista all’opera, io credo, effettivamente non appartiene alla problematica dei rapporti fra scienza e prassi, ma risulta rilevante rispetto ad essa in quanto compromette la corretta relazione fra le due entità. Vorrei che fosse subito ben chiaro che non voglio limitarmi a considerare l’ignoranza scientifica dell’operatore del diritto, ma anche la sua ignoranza della consistenza dei fatti ai quali si deve riferire nel suo operare concreto o nella sua costruzione astratta.

Mi spiegherò meglio partendo da un esempio, o meglio un aneddoto esemplificativo. Anni or sono, quando entrambi avevamo finito i nostri studi universitari da circa venticinque anni, venne da me un mio vecchio compagno di studi, che aveva poi sempre esercitato la professione di avvocato a Milano, dicendomi che voleva un consiglio per una questione non solo difficile, ma che gli stava particolarmente a cuore perché l’interessata era una sua zia. E mi espose subito la sostanza del tema: la zia e lui stesso erano particolarmente preoccupati delle conseguenze che avrebbe comportato il fatto che la zia era subentrata come erede nella titolarità di un usufrutto, non ricordo più di che cosa. Io mi meravigliai alquanto, e mi feci precisare le cose, ma solo per apprendere che proprio egli si preoccupava del fatto che il *de cuius* della zia era stato un usufruttuario, e che la zia, come sua erede, si trovava ad essere titolare di tale – per non so quali versi noioso – usufrutto. Naturalmente gli dissi subito che nell’usufrutto non si subentra, perché questo si estingue alla morte dell’usufruttuario: ma lui non lo voleva credere, e non lo credeva perché non lo sapeva proprio: e non era neppure andato a consultare il codice, tanto lontana dalla sua testa era la regoletta dell’art. 979 c.c. insieme a quello che avevamo studiato in diritto romano. Io non so come quel mio povero amico

potesse fare da tanto tempo l'avvocato; in effetti si era specializzato nei problemi di locazione, e forse in materia sapeva tutto e nulla altrove: ma resta il fatto che aveva lacune tali che non gli permettevano di inquadrare un semplice problema pratico. Il fatto è, però, che il risultato sarebbe stato lo stesso se, nell'occuparsi di problemi di locazione, egli ignorasse anche a che cosa allude, ad esempio, l'espressione "spurgo di pozzi e latrine" contenuta nell'art. 1610. Questo problema dell'ignoranza, sulle regole e sulla dommatica, ovvero sulla consistenza concreta dei fatti e sul senso che i fatti assumono nel contesto sociale e culturale in cui si verificano, esiste; ma non è a questo che penso ora. Si tratta di un difetto facilmente riparabile, perché consiste solo nell'ignoranza, che si evita con il lavoro serio e la fatica che l'apprendere esige.

Quel che piuttosto intendo lamentare è l'attenuarsi, che talora si constata, e già nelle aule dell'università, dell'educazione del giurista alla valutazione giuridica precisa del fatto.

Mi si può rimproverare perché in questo modo io vengo a porre il problema del rapporto fra scienza giuridica e prassi come se esso coincidesse col problema dei rapporti tra fatto e diritto. Posso accettare il rimprovero, ma devo cercare piuttosto di evitarlo spiegandomi meglio. La scienza giuridica si pone di per se stessa di fronte ai fatti, e l'insieme dei fatti, cioè di quel che accade al mondo: per un giurista è prassi quel che si pratica al di fuori della scienza. Ma quando il giurista guarda l'insieme di questa realtà non può che fare una duplice considerazione. La prima è la stessa che verso l'inizio di *L'être et le néant* faceva Sartre guardando una tazza, e pensando quello che egli era in grado di dirne con certezza, e cioè "*qu'elle est là et que ce n'est pas moi*"; ma la seconda considerazione che la scienza giuridica deve fare è che questo "altro da lei" che essa osserva è quel che rappresenta la sua stessa ragion d'essere, perché essa sussiste solo per averne conoscenza in modo kantiano, cioè scoprendo quale, di quella realtà estranea, sia l'ordine intrinseco secondo le categorie che alla scienza stessa appartengono: perché la ragione di vita della scienza giuridica stessa consiste nella sua funzione di capire così la realtà, per conservarla, se essa si pone secondo il parametro di quell'ordine, per modificarla, se quell'ordine manca, riducendola ad esso, o individuando nuovi puntuali ordini suppletivi che possano farla ridiventare accettabile anche così com'è. Ma per far ciò la scienza deve fornire anche gli strumenti per effettuare queste operazioni: e questi strumenti sono anche le leggi e le altre fonti minori, come i regolamenti e simili, e i processi, con tutta la loro complessità delle attività delle parti e dei loro difensori, ed anche l'opera dei consulenti. Dunque, anche le leggi, che come tali sono fatti politici, appartengono alla prassi, come le appartengono i processi e le consulenze. Le leggi stesse possono, agli occhi della scienza giuridica, essere formulate male, o persino agli occhi della scienza rappresentare contraddizioni con altre leggi che la nuova legge non abroga o non vuole o non può abrogare; o possono anche essere solo scientificamente assurde; così i processi possono esser fatti male in più sensi; così le consulenze possono essere erronee o fraudolente. Questi sono tutti disordini dei quali la scienza giuridica deve occuparsi. E la consapevolezza della

scienza, che altro non è poi che l'autocoscienza del giurista, il quale opera nella prassi stessa come *viva vox iuris civilis*, è inequivocabilmente definita dalla sua stessa natura di scienza: come tale essa non può essere strumento di conservazione, ma strumento per la sistemazione scientificamente ordinata di qualunque istanza, sistemazione che si pone in una gamma di possibilità che comprende certo quella di respingere l'istanza stessa, ma giunge fino a quella di auspicare o magari proporre una nuova legge che permetta di accoglierla. Tutto ciò ha come effetto che il divenire della società umana sia estremamente complesso e giunga anche a diventare caotico; ma a questo punto l'ufficio della scienza giuridica è proprio soprattutto, se non persino il solo, quello di intervenire evitando il caos. Questo è, in fondo, l'ufficio di ogni scienza: per la scienza il caos non esiste, perché suo ufficio è proprio quello di scoprire l'ordine delle cose, e di spiegare agli uomini qual è l'ordine che il caos ha invece in se stesso, ovvero quali siano, nel caos stesso, le vie che lo possono condurre verso una sistemazione ordinata della realtà che gli corrisponde. Questo mio discorso è fatto di parole grosse o magari drammatiche: ma la sua casistica è molto umile: quante volte è avvenuto che i giudici si ostinassero ad interpretare scorrettamente delle norme perché i valori socialmente acquisiti di giustizia urtavano contro il loro tenore: e la scienza, in questi casi, considerati tutti gli elementi in gioco, imponeva semplicemente che si provvedesse, quelle norme, ad abrogarle o modificarle. E quante altre volte, in situazioni analoghe, il rispetto della scienza esigeva solo che si riconsiderasse un principio o un concetto, che i giuristi avevano già elaborato in passato, ma i pratici – o i giuristi stessi! – avevano semplicemente dimenticato, oppure che i casi, ai quali si applicava una norma, avevano un elemento di fatto che la fattispecie normativa non comprendeva, e che cambiava il senso del fatto rispetto alla norma e quello della norma rispetto al fatto. Può anche, certo, essere necessaria l'individuazione o la creazione di nuovi concetti giuridici: ma questa esigenza ricorre ormai molto di rado: prima di costruire una nuova soluzione o anche un nuovo istituto si deve ricorrere alla costruzione di nuovi dogmi solo se si è certi che nel grande patrimonio della scienza non giacciono già, magari nascosti, gli strumenti adatti ed opportuni; l'inconsapevole duplicazione dei concetti crea inevitabilmente disordine, e la scienza dal disordine viene direttamente contraddetta. L'idea che ebbe il giurista Aquilio Gallo, poco prima del 77 a.C., di proporre i rimedi contro il dolo fu un'operazione puramente scientifica e puramente tecnica: egli non inventò né la nozione di *actio*, né quella di *exceptio* e neppure quella stessa di dolo, ma semplicemente trovò nelle strutture processuali già esistenti al suo tempo gli strumenti già pronti per realizzare una soluzione, essa pure – benché in se stessa nuovissima<sup>18</sup> – già in armonia con i contenuti della tradizione giuridica che egli era chiamato a gestire. Così è già avvenuto più volte nel-

---

<sup>18</sup> Cfr. Cic., de off. 3,14,60, dove Cicerone, presentando un caso accaduto prima dell'innovazione di Aquilio Gallo, descrive così la difficoltà che si sarebbe incontrata per risolverlo: *Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas.*

la storia. Il moderno diritto del lavoro è stato il frutto di un albero seminato da movimenti sociali, ma che ha incominciato ad entrare nel mondo del diritto per opera di decisioni dei giudici, nelle quali si sono elaborate le motivazioni scientifiche che hanno portato alle riforme legislative, per interpretare le quali la precedente giurisprudenza aveva già elaborato gran parte dei criteri adatti ad interpretarle.

#### IV

Forse dal mio discorso può desumersi che nella mia testa un'opposizione fra scienza giuridica e prassi non può porsi senza snaturare le realtà che si pongono a corrispondere ai due concetti. La scienza è certo cosa del giurista, e la prassi è comune a tutti gli operatori del diritto, ma già da questo si desume che anche i giuristi possono operare nella prassi, ed anzi necessariamente ne devono essere contaminati; e si desume anche che i pratici possono essere giuristi, e comunque fare in qualche modo capo all'opera dei giuristi. Ciò non toglie, naturalmente, che, osservando le attività in se stesse, siano individuabili operazioni di scienza e operazioni di prassi. Ma se poi vogliamo contrapporre queste a quelle, non potremo mai farlo con l'idea che le une siano operazioni perfette e le altre imperfette. C'è la buona e la cattiva scienza, come la buona e la cattiva prassi. Non si deve dimenticare che nientemeno che il giurista Celso se la prendeva, e con particolare intensità, con le soluzioni – e nel caso si trattava anzi di una definizione di principio – nelle quali si sottovaluta l'equità, o meglio la giustizia, in nome della scienza: *esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque (= troppo spesso!) sub auctoritate iuris scientiae (!) perniciose erratur (!!)*<sup>19</sup>. E quanto alla cattiva prassi, non bisogna cadere nel facile equivoco di considerare tale qualunque cosa si faccia in pratica. La categoria dei pratici non è popolata da chiunque operi praticamente nel mondo del diritto. Gli assoluti ignoranti di diritto che compiono atti per sé o per altri senza veramente “aver pratica” sono soltanto degli abusivi. Come quel mio lontano parente che, accordatosi col proprietario per l'acquisto di un'area urbana, che egli già usava come conduttore per depositarvi le pietre e i marmi che gli servivano nella sua attività di pavimentatore, pensò seriamente di concludere il contratto semplicemente versando a mano al proprietario il prezzo concordato. Per fortuna quel mio parente nocque soltanto a se stesso, ma favorì quell'imbroglione che poi non ammise mai neppure di aver ricevuto il denaro. Potremmo procedere per vari gradi su questa strada, e io credo che arriveremmo semplicemente a concludere che il buon funzionamento del diritto esige una buona scienza e una buona prassi.

---

<sup>19</sup> Paul. Cels. D. 45,1,91,3.

si; e che chi crede di fare della buona scienza deve avere un'altrettanto buona conoscenza della prassi, e chi vuole agir bene nella prassi deve o sapere quel tanto di scienza che lo concerne o comunque sapersi rendere conto quando quel che fa ha bisogno di una consulenza, nella quale poi il consulente dovrà, per rispondere bene, essere in grado di capire quale sia precisamente il fatto pratico sul quale lo si interroga. Ma con ciò siamo venuti a dire le cose più ovvie e banali che esistano. Meno ovvia e banale è forse l'idea che sta sotto tutto ciò: idea che riguarda la scienza. La scienza giuridica opera sui fatti, e non può esistere senza la prassi, come nessuna scienza è tale senza l'esperienza: "provando e riprovando", come diceva Galileo, che col secondo verbo alludeva precisamente al rifiuto scientifico di ciò che in pratica non funziona<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Nel motto galileiano – al contrario di quanto si pensa quando se ne fa un uso volgare – il verbo "riprovando" non significa "provando ancora, di nuovo", bensì "disapprovando", cioè "conformandosi all'esito negativo dell'esperienza effettuata per verificare una certa idea".

## INTRODUZIONE GENERALE \*

Lo scopo, che ci ha riuniti in questo convegno, può essere identificato con un orientamento verso una ricerca: vogliamo cercare quali siano in realtà, all'interno delle strutture dell'ordinamento giuridico stesso, i fenomeni che concorrono alla costruzione di una regola giuridica vigente. Se a questa mia "introduzione generale" dovessi dare un titolo più preciso, dovrei dire che essa riguarda "le fonti della regola giuridica". Ma – senza voler cominciare a perdersi in considerazioni di parole, anzi proprio per cercar di uscire da ogni impaccio derivante da un qualche nominalismo – voglio subito sottolineare che il modo nel quale ho creduto di enunciare l'argomento del nostro convegno, che è pure quello di questa mia esposizione iniziale, non vuol essere impreciso o generico, ma piuttosto aperto. Avrei, per esempio, potuto indicarlo come riferito a "i formanti della norma giuridica": e, se il secondo sostantivo – la norma – l'ho evitato perché mi pare possa essere facilmente inteso in un senso troppo ristretto, il primo – i formanti – l'ho evitato perché, nell'attribuirgli un senso preciso che al termine stesso manca – anche se molti, impiegandolo, gliel'attribuiscono –, si rischia al contrario di farvi rientrare fenomeni che qui non vogliono venire in considerazione: i fenomeni sociali ed economici o quelli culturali in particolare. Per restare fedele ad un linguaggio più tradizionale e strettamente tecnico, direi che il nostro proposito è quello di ricercare quali siano, nel diritto vigente in un ordinamento, le fonti della regola giuridica, per verificare in particolare se la fonte che in genere s'individua per una certa regola sia in realtà sufficiente per descriverne giuridicamente l'esistenza e per determinarne il senso e la struttura: per esempio quando si parla di "norma di legge", individuando dunque nella legge la fonte esclusiva di una norma.

Credevo, così, che il discorso possa guadagnare in chiarezza iniziandolo proprio con un esame del senso più ristretto che, almeno nel nostro linguaggio di giuristi del *civil law*, assume la nozione di «norma di legge». Aggiungerò ancora soltanto una precisazione a quanto ho detto sopra, che, se il tema di questo mio discorso è quello stesso che io vedo per tutto il convegno – e ciò è necessariamente vero, trattandosi della sua introduzione –, ciò non può ovviamente significare che le cose

---

\* Pubblicato in: L. VACCA (ed.), *Scienza giuridica, interpretazione e sviluppo del diritto europeo (convegno Aristec, Roma 2011)*, Napoli 2013.

che dirò contengano già delle risposte, o peggio delle conclusioni: questo ufficio spetterà, nelle rispettive competenze, ai vari relatori, ed in misura più ampia a chi terrà la relazione finale. A me spetta solo di chiarire a chi ascolta quali siano le intenzioni del nostro lavoro. E dico subito che, se pure io sono capace di farlo, le mie capacità non andranno comunque oltre una modesta serie di suggerimenti tematici. In sostanza, io dirò cose già note; se forse talora parrà che poi così note non siano, ciò dipende solo dal fatto che, ripensando alle cose note, esse acquistano una parvenza meno scontata.

## I

Consideriamo anzitutto, dunque, l'idea della norma legislativa. Per semplificare il discorso, mi riferirò, parlando, ad una norma contenuta in un codice civile.

A tutti noi avviene di dire, per esempio, «La norma dell'art. 2044 del codice civile», con ciò riferendoci alle parole che nel detto codice sono scritte a seguito del numero citato – prescindendo, come spesso si precisa, dalla sua rubrica (che nel caso è: *Legittima difesa*) – e che suonano: *Non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri*. Ora, noi possiamo benissimo affermare che queste parole rappresentano una norma del codice civile italiano del 1942, ma da questo a dire che nella realtà del diritto positivo italiano vige una norma che corrisponde a tale dizione corre una notevole distanza.

Credo venga anzitutto qui a proposito la frase, tratta dal libro 59 dei *digesta* di Giuliano, riportata in D. 1,3,10: *Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri*. Quale ce la propongono i compilatori del Digesto giustiniano, la frase suona come un criterio per la confezione della legge: ma la sua collocazione originaria ci permette di dire che certamente nel contesto dei *Digesta* di Giuliano la frase citata aveva tutt'altro senso. Come ha impeccabilmente visto il Lenel<sup>1</sup>, essa apparteneva, nell'opera giuliana, all'introduzione della seconda parte, la quale era dedicata al commento di leggi e senatoconsulti: commentario che consisteva, essenzialmente, in un'analisi della casistica che quegli atti normativi suscitavano nella loro applicazione. Considerata in questa prospettiva, la frase di Giuliano assume un significato diverso: essa appare come una motivazione circa la necessità di considerare attentamente la casistica relativa all'interpretazione degli atti normativi generali e astratti, perché la loro considerazione esegetica sarebbe del tutto insufficiente. La frase di Giuliano conterrebbe, dunque, un monito di

<sup>1</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I, Lipsiae 1889, 464 (Iul., fr. 740).

questo genere: non fidatevi della legge, voi che dovete applicarla; essa vi dice troppo poco per il lavoro che dovete fare!

Il fatto è che per i giuristi romani nella *scientia iuris*, e segnatamente in materia di diritto privato, non si procede senza casistica: e la legge è proprio il contrario della casistica. L'analisi della casistica risulta dunque parte integrante del lavoro diretto alla determinazione del *ius*, vale a dire degli esiti pratici dell'applicazione di una norma. Su questo ritorneremo più avanti, ma a quanto già detto consegue che, se una norma trova espressione in una frase dal tenore cristallizzato, come un enunciato legislativo, il suo senso non può essere identificato con tale enunciato.

Con ciò non siamo pervenuti semplicemente a dire che l'enunciato normativo della legge necessita, per trovare un senso, dell'interpretazione: perché lo studio della casistica è molto di più della semplice interpretazione. Ma dell'interpretazione dobbiamo pur sempre parlare, perché anch'essa aggiunge qualcosa ad un testo scritto. Questo discorso esige una premessa un poco generica, ma che a mio avviso non va tralasciata.

Intanto, dunque, si deve considerare che una norma scritta è evidentemente scritta per essere letta. Ma la lettura non è sempre uniforme. Nella sua *Reine Rechtslehre*, la dottrina pura del diritto, il Kelsen, come tutti sanno, spiegava che la norma giuridica deve considerarsi un giudizio; tale giudizio – che nel campo del diritto corrisponderebbe alla norma primaria – implicherebbe bensì un imperativo, che vi rappresenterebbe la norma secondaria: ciò a differenza delle norme morali, che sarebbero già di per se stesse imperative (altrimenti dicendo: nel campo della morale la norma primaria è imperativa: come il *du sollst* della critica kantiana della ragion pratica). Io sono ben lungi dal voler criticare questa impostazione del principe fra i teorici generali del diritto; ma mi sentirei di aggiungere la considerazione seguente: che una norma di legge (di questa sola mi sto qui occupando) appare come l'enunciato di un giudizio – o di un criterio di giudizio – quando viene letta da un giudice, mentre suona come un imperativo quando viene letta dal cittadino al quale, o in favore del quale, deve applicarsi. La differenza, che mi pare da sottolineare, risulta dalla concezione stessa che della legge avevano coloro che hanno inventato la nozione del codice moderno, e cioè gli autori della scuola del diritto naturale: per i quali il codice – in particolare il codice civile – non era destinato solo alla lettura da parte dei giudici (o dei giuristi), ma anche a quella della gente comune: e soprattutto per costoro doveva essere scritta in lingua volgare, chiara, senza *subtilitates* dottrinali né articolazioni casistiche. La differenza fra questi due modi di leggere una norma può anche emergere chiara dal suo tenore letterale: come esempio possiamo prendere quella dell'art. 1176 c.c.: «*Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia*»: il giudice ne trae un'informazione per giudicare, il debitore ne riceve una minacciosa direttiva di comportamento, che pure il creditore potrebbe minacciosamente leggergli.

La lettura da parte del diverso soggetto corrisponderebbe necessariamente anche ad un diverso suono della voce, ma il diverso suono può sfumare sensibilmente il senso dello scritto. Faccio un esempio che non si riferisce ad un testo lettera-

rio, ma musicale, e che perciò credo più pregnante e dotato di un alto grado di generalità. Come tutti sanno, il movimento finale della sinfonia *Jupiter* di Mozart ha complessivamente la struttura di una grande e complessa fuga, il cui tema si compone di quattro battute con ciascuna una nota lunga 4/4 quanto la battuta stessa: *do re fa mi*; l'insieme del movimento occupa poco meno di 400 battute; il tema, che ho menzionato, ricorre, naturalmente, con notevole frequenza durante tutto il discorso contrappuntistico, ed è sempre perfettamente riconoscibile; ma verso la fine, presso la battuta 360, esso entra ad introdurre la parte cadenzale dell'opera, enunciato in modo praticamente scoperto come all'inizio, ma, con una dinamica assai forte, enunciato dai corni con un rincalzo dei fagotti: il movimento (cioè: il tempo) è sempre lo stesso, sempre le stesse sono le note, nella stessa tonalità dell'inizio, solo un'ottava più in basso, come comportano gli strumenti impiegati: l'effetto è come quello di un urlo, che introduce perentoriamente il discorso finale, mentre prima aveva sempre introdotto un discorso enunciativo. Quello che volevo dirvi è che io ho constatato, interrogando ascoltatori colti – anche se non professionisti della musica – che magari possedevano un disco della composizione, diretta da un eccellente direttore, e l'avevano ascoltato più volte, ho constatato – dicevo – che in generale costoro non si erano mai accorti che quella melodia urlata dai corni nell'enunciato conclusivo era esattamente la stessa del tema iniziale e delle sue successive riprese, ma la prendevano per un'idea tematica nuova.

Forse potrebbe pure accadere che, se letta da un giudice nel suo pacato ragionare o recitata da un creditore che proclama e reclama il proprio diritto da un debitore renitente, la frase «*chi ha ricevuto indebitamente una cosa determinata è tenuto a restituirla*» dell'art. 2037 c.c. potrebbe, nel secondo caso, non aver più l'aria di una norma di legge. Eppure si tratta dell'identico testo legislativo, letto sempre con l'intenzione di recitare quel testo legislativo.

Tutto questo ho detto per introdurre un discorso un po' banale, ma che non può essere sottovalutato. Il senso di una norma di legge non può prescindere dalla sua interpretazione. E non mi si venga a dire che l'interpretazione viene sempre fatta dopo una lettura pacata come quella che prima ho attribuito al giudice, e il discorso interpretativo è caratterizzato dalla stessa pacatezza: rinvio chi volesse farmi questa obiezione alle pagine interpretative di certe norme, in particolare quelle che contengono clausole generali, le *Leerformeln* di cui parlava Talamanca, dove gli imperativi, gli ottativi ed anche le prediche morali o moraleggianti sono disseminati di punti esclamativi graficamente espressi o sottintesi.

Dell'interpretazione delle norme parla, nel codice civile stesso, l'art. 12 delle cosiddette preleggi: essendo anch'esso un testo normativo, non parla semplicemente del tema, ma dispone in proposito. Il testo è in realtà abbastanza stupefacente, sicché conviene rileggerlo:

art. 12. INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE. – *Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.*

*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili, o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.*

Come si vede, il comma 1 dell'articolo parrebbe disporre in modo pressoché assoluto che un testo legislativo deve essere inteso in senso rigorosamente letterale: cosa che credo nessuno abbia mai seriamente pensato. La sola attenuazione a questo rigore consiste nell'allusione all'intenzione del legislatore: proposizione che – come si sa – è più problematica che chiara, e fra l'altro lascia aperto il problema che può scaturire quando avviene che l'intenzione del legislatore possa in effetti determinarsi, ma si debba intanto constatare che il senso “*fatto palese dal significato proprio delle parole*” alla “*intenzione del legislatore*” non corrisponde affatto (come mi è avvenuto una volta di dimostrare per l'art. 1173 c.c.)<sup>2</sup>.

Quanto al comma 2, esso non parla di un problema d'interpretazione delle norme, ma di quello della loro applicazione analogica: che la dottrina ha da tempo chiarito non essere identificabile con un problema interpretativo.

Vorrei soffermarmi un momento su questo punto, ma prendendo le mosse da un problema più ampio, che interessa in generale la problematica della determinazione della regola giuridica, prendendo in esame quel particolare del lavoro decisionale dei giudici del *Common Law*, che consiste nella ricerca delle *rationes decidendi* nei precedenti giudiziari. Ricercare la *ratio decidendi*, qualunque sia poi il risultato dell'operazione (una frase regolare, una definizione dommatica, l'adozione di una finzione, l'eccezione ad una regola altrimenti certa, etc.), significa precisamente individuare un elemento normativo (non necessariamente una norma nella sua interezza) che è stato impiegato da un giudice precedente per decidere un caso concreto. Questo procedimento di ricerca della *ratio decidendi* non consiste necessariamente nella ricerca di una norma, ma nella ricerca di una struttura concettuale che già ha determinato la decisione di un caso in un determinato senso. Ma la natura di questo procedimento è duplice: il giudice che lo fa, lo fa per due scopi diversi, che per lui poi vengono a coincidere, ma ciò non toglie che siano diversi. Da un canto, il procedimento di individuazione della *ratio decidendi* è un procedimento conoscitivo, in quanto serve al giudice per individuare la regola già esistente nel suo *Law* come *rule of Law* nel cui *Schutzbereich* si colloca il caso già precedentemente deciso; d'altro canto l'operazione è ragionativa, in quanto la *ratio decidendi* che il giudice così cerca, è ricercata come argomento per risolvere il caso da decidere. Questa contemporaneità dei due scopi fa sì che la (duplice) operazione che abbiamo finora considerato comporti un'ulteriore operazione: si deve determinare che la *ratio decidendi* del caso precedente deve poter essere impiegata come *ratio decidendi* del caso attuale, il che vuol dire che nello *Schutzbereich* della regola

---

<sup>2</sup> Vedi CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II*, Torino 2008, 2336 s.

precedente deve potersi comprendere anche il caso attuale, il che significa infine che, rispetto alla *ratio decidendi* trovata (come *ratio decidendi* del primo caso), il caso attuale presenta identità o analogia col primo caso. Ora, questo che abbiamo osservato in rapporto ad un'operazione caratteristica del *Common Law*, si presenta anche nel nostro *civil Law*, ed in particolare risulta illuminante quando si osserva il procedimento dell'applicazione analogica delle norme. Quando si ritiene che una norma debba applicarsi per analogia ad un caso che l'enunciato normativo non comprenderebbe, l'operazione che si viene a fare è duplice: anzitutto si viene a modificare l'enunciato legislativo della norma, definendone l'oggetto in modo diverso, più ampio nel senso che esso sia adatto a comprendere anche il nuovo caso. Ma questo si fa mediante una definizione giuridica del nuovo caso, che ne rivela l'analogia con quello risultante dalla descrizione legislativa della norma. Quello che si viene a modificare è il grado di astrattezza della norma legislativa; e qui siamo evidentemente in presenza di un'operazione normativamente creativa operata da un giudice (che in genere si basa sulla dottrina, ma l'operazione normativa è formalmente fatta dal giudice). Operazioni di questo genere si verificano anche in casi opposti. Quando un giudice rifiuta l'applicazione analogica di una norma, negando l'analogia fra il nuovo caso e quello della descrizione legislativa della norma, può farlo dicendo che il nuovo caso non è analogo a quello legislativo semplicemente perché è diverso, ma può anche farlo dicendo che esso è diverso nel senso che è caratterizzato da un particolare, in forza del quale la norma legislativa non è applicabile perché il caso munito di quel particolare costituisce eccezione all'applicabilità della norma legislativa; in questo modo l'operazione costruttiva della norma, fatta dal giudice, si fa ancora più complessa (per esempio la norma di legge si applica a dei contratti; la parte chiede l'applicazione analogica al comodato; ma la norma non si deve applicare ai contratti a titolo gratuito).

Il comma 2 dell'art. 12 cit. non contiene, per vero, soltanto l'allusione all'applicazione analogica propriamente detta, della quale ho discorso finora, ma anche quella alla cosiddetta *analogia iuris*. Le si riferiscono le parole seguenti, il cui senso letterale può essere sintetizzato come segue: "*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, [né ricorrendo all'applicazione analogica di un'altra norma,] si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*". Come si vede, il senso preciso della frase normativa, se lo si osserva con gli occhi abituali di un giurista italiano attuale, suona come le campane di Pier Capponi che elevassero i loro rintocchi contro le trombe dei fedeli all'idea della divisione dei poteri: esse vogliono dire, né più né meno, che il giudice, constatata una lacuna assoluta dell'ordinamento in relazione ad un caso concreto, deve creare la norma appropriata valendosi dei principi generali dell'ordinamento, senza vincolo che in questi, ed in particolare senza considerare i precedenti giurisprudenziali; neanche lo vincola la dottrina, che gli potrà solo, di fatto, servire per la sua ricerca dei principi generali ai quali conformarsi: ma tra i principi generali dell'ordinamento italiano non è certo presente quello, secondo il quale la dottrina sia dotata di una particolare autorità di fonte del diritto. La norma, che stiamo osservando, del comma

2 dell'art. 12 prel. viene così ad essere assai più ampia di quella dell'art. 1 ZGB (svizzero), sulla quale avremo poi occasione di ritornare.

Ma ritorniamo ora a considerare l'interpretazione della norma (legislativa): per sottolineare come una norma non sia sufficiente a se stessa senza l'interpretazione. Per questo basta pensare che la norma di un codice si nutre sempre almeno del suo rapporto col sistema al quale appartiene, il che significa che essa acquista senso dal suo rapporto almeno con tutte le norme del codice al quale appartiene. Ma è un altro il punto, che mi pare cruciale in questa materia: il punto è quello della relazione fra una norma e la prassi della sua applicazione.

Si deve partire da una constatazione. Quando il giudice, nel giudicare, applica una norma, compie un'operazione che sbocca in un atto della prassi. Il prodotto del giudicante, infatti, è un'entità della prassi. Anche se si voglia negare qualunque valore di precedente alla decisione del giudice, resta pur sempre il fatto che la sua decisione è fatta per essere applicata ad un caso concreto, e questo caso concreto ha posto un problema che si pone sul piano della prassi, e la decisione del caso stesso acquisterà una dimensione effettiva sul piano della prassi. Ciò implica necessariamente che il giudice, nella sua operazione istituzionale, compie un atto che si pone come realtà su due piani: quello della scienza giuridica e quello della pratica del diritto. Ciò implica non solo che il giudice deve conoscere scienza e prassi, ma anche che deve operare tanto come scienziato quanto come pratico. Ora, il legame naturale fra scienza e prassi è rappresentato dalla casistica. E l'essenza della casistica, in questo suo ufficio, si concreta nella capacità (professionale) di saper capire e valutare il caso concreto secondo le categorie razionali della scienza. Il che implica pure che il giudice, che possiamo magari tranquillamente supporre conoscitore della scienza, deve anche essere altrettanto capace di capire il caso nella sua stessa materialità, e deve ancora essere capace di sapere come i fatti materiali facciano risuonare le corde dell'arpa della scienza: e questa è taccia alla quale (senza voler imitare Catone, lo ridico ogni volta che mi capita di poterlo fare) le nostre Facoltà giuridiche non preparano sufficientemente i loro studenti. Lacuna grave, perché la scienza giuridica, essendo una scienza con un coesenziale carattere tecnologico, senza lo studio tecnologico di cui parlo viene insegnata in modo decisamente lacunoso.

Comunque, per il discorso che qui sto facendo, il quale si era iniziato con l'affermazione secondo la quale una norma non è sufficiente a se stessa senza interpretazione, viene a precisarsi nel senso che l'enunciato normativo contenuto in una legge (di questo sto, come ho detto più volte, parlando) non può essere identificato con la nozione di norma finché non ne venga compiutamente chiarita la possibilità e la dimensione del suo impiego casistico. Come pensava – lo abbiamo visto sopra – il nostro antico maestro Giuliano.

## II

La frase, scritta in una legge ad esprimere una norma, non può dunque essere la norma.

Credo sia qui il caso di prendere in considerazione l'art. 1 del Codice civile svizzero (ZGB), dove viene presentato un sistema particolarmente ricco di fonti del diritto, che comprende legge, consuetudine, dottrina, giurisprudenza e persino il potere creativo del giudice: ma non si tratta del punto di vista che ci interessa in questa revisione delle nozioni. L'esposizione dello ZGB è sempre quella tradizionale. In fondo può analizzarsi come assai vicina all'eredità del diritto naturale. I vari formanti (come si usa spesso dire adesso, ma ho già detto che il vocabolo non mi piace) sono presentati come dominati dalla legge e tutti gli altri servirebbero a colmare le lacune ovvero (come in particolare la consuetudine) a presentare fonti, o almeno quell'unica fonte, come concorrente con la legge negli spazi che la legge lascia scoperti. Il nostro problema è tutt'altro: è quello di individuare la norma, e cercare quali sono le entità che in concreto la determinano e che devono essere considerate quando se ne vuole determinare il contenuto. Perché – e questa è una parte importante del nostro tema – la norma solo assai di rado può essere ridotta ad una frase, corrispondere ad un brocardo, o anche ad un enunciato regolare: questa è la forma che essa assume nel contesto di una legge (o nelle formulazioni scritte della consuetudine, problema che ha le sue peculiarità e che ora devo lasciare da parte), ma noi stiamo proprio osservando che gli articoli di una legge, nella maggior parte dei casi, e specialmente in materia civile, non costituiscono una norma, ma solo un testo che deve costituire la base di un lavoro di determinazione, le cui conclusioni indicheranno la norma, ma non saranno più un enunciato sintetico, ma una trattazione. Una "norma" come "il contratto ha forza di legge tra le parti" permette di dire immediatamente soltanto che il contratto ha efficacia vincolante fra le parti, ma questo rappresenta solo l'ambito entro il quale l'ulteriore interpretazione della norma deve porsi.

Da questo diverso punto di vista – procedendo un poco – che un ordinamento permetta o non permetta ai giudici di citare in modo preciso (autore, opera e pagina) i singoli giuristi non conta molto: la dottrina viene a concorrere alla determinazione nello stesso modo, anche formalmente nella più parte dei casi, perché le dottrine, che i giudici poi seguono, in genere le trovano citate negli atti di parte, dove gli avvocati fanno le citazioni con precisione. Oppure si tratta di opinioni che i giudici adottano per loro particolare conoscenza, e tale conoscenza proviene dalle loro letture.

Il nostro problema parte invece dalla constatazione della concorrenza obiettivamente necessaria della prassi, e soprattutto della prassi giudiziaria, e del pensare giuridico dei giuristi per la determinazione della norma. E dobbiamo anche tenere conto che visioni del genere sono già presenti nel pensare filosofico sul diritto, dove si è giunti a sostenere che il diritto positivo è quello che si può prevedere che i

giudici applicheranno nelle loro decisioni. Questa definizione, quando è così formulata, non ha però consistenza alcuna, perché la previsione non è un modo della conoscenza – se non per i profeti –, ma può essere solo il frutto di una conoscenza: l'astronomo non viene a conoscenza delle leggi sul moto degli astri quando prevede un'eclissi, ma prevede un'eclissi perché conosce le leggi del movimento degli astri. Un giurista non sa il diritto se prevede come deciderà una corte, ma solo se sa come la corte dovrebbe decidere, ed ha argomenti contro la sentenza che decida poi di fatto diversamente. Un'idea come quella che qui contrasto, fra l'altro, svaluta il *ius controversum*, e il *ius controversum* è un elemento coesistente del procedere scientifico nel diritto.

Quando noi ci poniamo il problema, contrapponendo – nell'*iter* per la determinazione delle norme – la concezione del diritto come legata alla sola legge a quella risultante da un altro, più complesso concorrente di fattori, veniamo a contrapporre l'idea della certezza del diritto che avevano i giusnaturalisti ad un'altra idea della certezza del diritto. L'idea della certezza del diritto dei giusnaturalisti era quella del codice preciso, chiaro ed univoco, senza casistica o dottrina, cioè senza gli elementi che minano la certezza; la nostra idea è che la certezza della proposizione normativa codicistica (o in genere legislativa) è assolutamente illusoria (ricordo ancora il pensiero di Giuliano), e più in generale che la controversia interpretativa è elemento coesistente alla certezza del diritto. Il diritto non può – se non in certi sparuti margini – escludere la controversia, perché la controversia è proprio la constatazione dell'incertezza ed il modo per superarla; ma il superamento dell'incertezza non può essere sempre lo stesso per tutti i casi che hanno un referente in una certa norma in sé certa perché scritta in termini chiari. La controversia è il mezzo principale per la decantazione della norma, per la verifica della sua idoneità a soddisfare gli scopi socio-economici in funzione dei quali la si è proposta, e per risolvere il problema magari riscrivendo la norma in altra forma, o stabilendovi delle distinzioni, o prendendo atto della necessità di aprire un'elaborazione casistica della sua applicazione o disapplicazione, magari in modo da sostituire alla norma dei criteri direttivi di natura non precisamente normativa. E non si dimentichi – lo dico qui *en passant*, ma si tratta pure di un argomento che, anche se certo non ignoto, andrebbe sempre preso daccapo in considerazione – che gli elementi interpretativi di una norma subiscono profonde mutazioni nel tempo durante il quale il testo dell'enunciato normativo resta fisso: i valori sociali che animano una legislazione civile come la nostra sono passati dalla sua appartenenza ad uno Stato assoluto a quello della sua metamorfosi in una repubblica democratica, dove sono mutati persino il senso della famiglia, della persona umana, dell'eguaglianza, dei rapporti corrispondenti alla posizione dei soggetti nel rapporto di lavoro; ma il problema è più vasto di quel che si pensi: perché i nostri codici sono disseminati di regole che riprendono o traducono fedelmente testi risalenti non solo a più di cento anni fa, ma anche a più di venti secoli: e il pensiero giuridico, nonché la prassi, che in questo passato si è accumulato su quelle frasi, può bensì rappresentare un or-

pello ormai inutile alla loro interpretazione, ma può anche essere non solo ancora calzante, ma persino, per chi lo riscopra, una guida insostituibile per la corretta prassi attuale.

### III

C'è un discorso particolare che si imposta bene con riferimento ai diritti del *civil law*, dove è più netto il vigore del principio della separazione dei poteri, in particolare nel suo aspetto di distinzione fra il potere legislativo e il potere giudiziario.

A prima vista sembrerebbe doversi qui dire che qualunque innovazione normativa sia preclusa al giudiziario, perché la creazione delle norme spetta al parlamento e non ai giudici; i giudici sono semplicemente soggetti alla legge.

Ma, per quello che abbiamo visto sopra, questa proposizione, per lo meno se presa in modo assoluto, è inaccettabile. Abbiamo visto che la legge non esprime norme, ma proposizioni normative che anzitutto necessitano di interpretazione; e non vale dire che vi sono possibilità interpretative che spettano al potere legislativo: è vero, infatti, che il parlamento può fare leggi interpretative, ma l'adozione della legge interpretativa è un'attività apparentemente interpretativa: essa è attività legislativa, di modifica di una proposizione normativa precedente, che si concreta in un'altra proposizione legislativa che esige interpretazione. (Non voglio complicare qui il discorso, aprendo la finestra sul cortile di Palazzo Madama per considerare l'interpretazione della corte costituzionale, che ha bensì efficacia normativa, ma è atto del giudiziario, anche se di un organo giudiziario tutto particolare: capace di abrogare le leggi, e in questo dotato di potere legislativo, come ama sottolineare il mio amico Filippo Gallo). Riprendendo il filo del mio dire, dunque, il giudiziario è bensì vincolato dalla legge, ma è al giudiziario che spetta l'interpretazione della legge. A questo punto si pone il problema di stabilire in che misura quello di interpretare la legge costituisca un ufficio del giudiziario ovvero concreti un suo potere. Potremmo certo dire, in linea di massima, che il giudiziario non può interpretare la legge modificandone il senso e la portata, ma ha il potere di interpretare la legge per applicarla ai casi concreti ai quali essa si riferisce. Questa proposizione non è chiarissima per tutto il suo ambito di applicazione, ma potremmo enunciarla in modo sintetico e con un grado di precisione più vasto, riducendola a questi due punti: al giudiziario spetta la gestione della casistica, al legislativo la scelta dei valori da tradurre in norme. Siamo sempre abbastanza nel vago, ma si vede subito che in questo stesso vago si inserisce un buco profondo: le norme che consistono in clausole generali, in particolare in quelle *Leerformeln* che indicano valori senza definirli (buona fede oggettiva, equità, giustizia, etc.), non possono essere applicate senza venir riempite di un contenuto definito mediante interpretazione. E qui è il punto: l'interpretazione di queste norme non può essere fatta per via semplice-

mente esegetica, ma mediante scelta dei valori da inserire nel contenuto delle norme: e questa scelta non può che essere fatta dal giudice, il quale non trova normalmente qui soccorso nella legge, perché appunto la legge si è valsa delle *Leerformeln* come espressive dei valori che in forza di esse rinunciava a definire. Per quel che possiamo dire nel contesto del nostro discorso, dobbiamo limitarci a constatare che questo è un settore che necessariamente attende soluzione dal giudice: e in pratica possiamo solo fare un discorso di buon giudizio o cattivo giudizio, indicando che il buon giudice dovrà nutrirsi del meglio della dottrina, essere ben conscio dei valori presenti indiscutibilmente nella tradizione culturale del suo ordinamento (poniamo: protezione del contraente più debole: Cels. D. 45,1,99 pr.), ma essere anche attento alle nuove istanze che si affacciano nei nuovi orientamenti della società nella quale giudica (poniamo: tutela del consumatore, protezione dell'ambiente). Ma con questo perveniamo a constatare – storicamente – che è ben per via giurisprudenziale che certi valori sono entrati fra quelli che stanno a fondamento degli ordinamenti attuali, anche se poi sono stati recepiti nella legislazione (la storia del moderno diritto del lavoro ne è ancora un campo emblematico).

#### IV

A questo punto si inserisce una constatazione, che rivoluziona un poco la scala dei rapporti sui quali abbiamo ragionato finora. Quando, nelle strutture comunitarie, si inserisce una giurisdizione comunitaria che prende decisioni, le quali in qualche modo vincolano il diritto dei paesi membri, abbiamo una situazione nella quale la decisione di un giudice (comunitario) vincola i giudici dei singoli stati come se fosse legge (parlo dal punto di vista del grado del suo valore: ma ciò corrisponde anche alle strutture formali del meccanismo, perché all'interno dello Stato la sentenza della corte comunitaria vincola il giudice per forza della conversione in legge interna del trattato internazionale che riconosce quel giudice comunitario), e che magari influenza direttamente la legislazione interna, nel senso che essa deve adeguarsi agli orientamenti delle corti comunitarie anche con modifiche della propria legislazione.

Tuttavia, se in questo discorso introduttivo che sto facendo non doveva mancare un'allusione a questa problematica, che riguarda in particolare l'attività della Corte internazionale di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo e gli effetti delle loro decisioni, aggiungo subito che non mi sembra il caso che io mi metta a trattare di questo argomento: sia per il carattere speciale che esso presenta, sia perché esso verrà specificamente trattato in appositi contributi. Voglio solo sottolineare qui che esso rappresenta oggi, per noi, un modo nuovo di atteggiarsi di certi elementi del discorso generale sulla tematica che ho tentato di presentare. Un modo che, per la sua novità stessa, potrebbe proiettare una luce diversa anche sul-

le premesse generali di tutto il discorso: in quanto essa, alla fin fine, viene a proporre per l'ordinamento di un paese una realtà che viene in contatto diretto e concreto – voglio dire non solo filosofico – con la problematica della pluralità degli ordinamenti giuridici, in misura ben maggiore di quella nella quale essa stessa può già rivelarsi nella realtà degli Stati federali.

## IL DANNO RISARCIBILE NEL DIRITTO ROMANO \*

1. – Nel discorso che segue, mi riferirò in particolare al diritto romano del periodo che si denomina classico; per esprimermi più chiaramente, i problemi – che devo trattare – del danno risarcibile li osserverò come si ponevano nell’ambito della procedura formulare. Questa posizione iniziale, che assumo, non è per nulla limitativa con riguardo all’ampiezza della problematica trattata. Essa ne risulta condizionata solo dal fatto che le azioni formulari sboccavano sempre nell’alternativa tra l’assoluzione e una condanna pecuniaria del convenuto: ora, il fatto che l’eventuale condanna potesse consistere unicamente in una somma determinata di denaro rappresenta proprio il filtro più adatto a decantare la problematica della risarcibilità del danno. Anche nelle *legis actiones* le cose si dovevano porre – almeno con riguardo alle azioni personali – allo stesso modo, ma per trattare il problema della risarcibilità del danno in quell’antica procedura – ammesso che si possa superare positivamente il problema di stabilire se esso vi si potesse porre – non solo dovremmo fare troppo ampio ricorso a congetture o alla critica di congetture già fatte e che restano comunque tali, ma il nostro campo d’indagine risulterebbe di per se stesso troppo limitato, perché le azioni che il nostro tema esige di prendere in considerazione sono praticamente tutte azioni formulari. Così pure se volessimo considerare anche l’ambito di applicazione della cosiddetta *cognitio extra ordinem*, che accompagnò la procedura formulare a partire dall’epoca imperiale e infine la soppiantò: essa, infatti, della procedura formulare replicava gli schemi dommatici processuali, rendendoli magari solo meno evidenti anche per la possibilità, che vi s’introdusse, della pronunzia di sentenze di condanna non pecuniaria.

Ora, ragionando con riguardo alla procedura formulare, si potrebbe esser tentati di dire in generale che il carattere pecuniario della sentenza di condanna ci assicura che qualunque pretesa portata in giudizio da un attore, ove fosse accolta dal giudice, veniva sempre considerata come relativa al risarcimento di un danno risarcibile. La stessa obiezione che in generale potrebbe farsi a questa proposizione, rafforza invece il senso che essa riveste ai nostri fini. L’obiezione, alla quale penso, è la seguente. In molte azioni formulari, ed anzi praticamente in tutte se si consideri l’estensione che va attribuita al principio *omnia iudicia absoluoria esse*<sup>1</sup>, il convenuto che, a seguito dei risultati dell’istruttoria dibattimentale, sarebbe potuto es-

---

\* Pubblicato in: L. VACCA (ed.), *Il danno risarcibile (congresso ARISTEC Baia delle Zagare 2007)*.

<sup>1</sup> Gai. 4,114. In proposito CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano I*, Torino 2001, 148 ss.

sere condannato, aveva la possibilità di evitare la condanna – ed essere quindi assolto – effettuando prima della sentenza la *restitutio* a favore dell'attore, cioè ripristinando, in forma specifica o per equipollente, o prestando idonee garanzie per l'una o l'altra soluzione, la situazione dell'attore alla quale egli aveva cagionato danno. Ma questo aspetto della procedura significava invece precisamente che nel processo si poteva giungere ad una definizione precisa dei danni cagionati dal convenuto all'attore, e che questa situazione complessiva era comunque aperta ad una quantificazione in denaro, perché questo *quantum* sarebbe comunque stato preso come valore del danno nel calcolo della condanna, se la restituzione non avesse poi avuto luogo.

In realtà l'obiezione fondamentale all'affermazione, che ho fatto sopra, è piuttosto un'altra: e, come vedremo, essa si pone in maniera alquanto articolata.

Come si sa, i giuristi romani distinguevano le azioni reipersecutorie dalle azioni penali. Le prime, come le definiva Gaio (Gai. 4,6-7), erano quelle con le quali *rem tantum persequimur*, vale a dire quelle nelle quali l'attore reclama una *res* nel senso più ampio, cioè un'entità materiale che gli spetta, e che il convenuto gli ha in qualche modo sottratto o fatto mancare; l'attore persegue dunque la reintegrazione di un proprio interesse patrimoniale che il convenuto, per una ragione che l'attore stesso vanta, sarebbe tenuto ad effettuare. E questo è propriamente il meccanismo del risarcimento del danno o della restituzione. Ma accanto alle azioni reipersecutorie esistono le azioni penali: con le quali, come diceva ancora Gaio (Gai. 4,6 e 8), *poenam persequimur*. L'attore, mediante queste azioni, vuole che il giudice infligga al convenuto la pena pecuniaria che l'ordinamento prevede come punizione per un delitto privato che costui ha commesso ai suoi danni. Ed è chiaro che, se ci fermiamo a questa definizione, con queste azioni l'attore non persegue il risarcimento del danno: anzi, in linea di principio, l'esperimento dell'azione penale non preclude all'attore l'esercizio ulteriore dell'azione reipersecutoria eventualmente disponibile nel caso. L'esistenza, nel diritto romano, delle azioni penali private è dipeso da una scelta politica, precisamente da una soluzione di politica del diritto, che risale ad un'epoca assai antica, e che possiamo descrivere nel modo seguente. L'ordinamento giuridico romano disponeva, ovviamente, di un diritto e di un processo penale pubblico, mediante il quale venivano sanzionati i delitti – denominati specificamente in questo caso, anche se con qualche oscillazione, *crimina* – che colpivano direttamente interessi della collettività come tale, e la sanzione dei quali rappresentava senza dubbio un interesse pubblico, per cui la sua applicazione poteva essere richiesta da soggetti che agivano come pubblici accusatori; tali sanzioni, che tutte erano giuridicamente delle pene, potevano avere natura diversa, e se si trattava di pene pecuniarie venivano comminate ed applicate a titolo di multa. Se invece l'infrazione poteva risentirsi specificamente come lesione dell'interesse privato, trattandosi pur sempre di delitto – e in questo caso veniva denominato *delictum* appunto –, l'interesse pubblico alla sanzione continuava a sussistere, ma si ritenne opportuno lasciare al privato leso l'iniziativa per l'applicazione della sanzione, qui sempre una pena pecuniaria. La soluzione era parsa oppor-

tuna ed economica. Anzitutto, così si demandava al privato leso la decisione circa l'opportunità di applicare in effetti una sanzione penale nel caso specifico; in secondo luogo si sgravava la comunità – cioè il patrimonio dello Stato – dell'attività e delle eventuali spese necessarie per l'individuazione del colpevole e per il reperimento delle prove contro di lui; accanto a ciò, ed anche come salvaguardia dell'interesse pubblico alla persecuzione dei delinquenti, si attribuiva alla parte lesa il diritto – che venne considerato infine un suo credito nei confronti del reo – di lucrare dell'ammontare della pena che sarebbe stata dal giudice applicata. E come conseguenza di tutto ciò, l'organo giurisdizionale competente era il magistrato competente per i processi privati.

Questa netta distinzione fra *rei persecutio* e *poenae persecutio* venne turbata con la promulgazione della legge aquilia (che credo di dovermi ostinare a datare intorno al 200 a.C.)<sup>2</sup>. Per il discorso che stiamo facendo è sufficiente che mi riferisca ai capi I e III della legge stessa. Come tutti sanno, vi si sanzionava il danneggiamento colpevolmente prodotto ad una cosa altrui, ed all'azione che essa prevedeva era attivamente legittimato il proprietario dell'oggetto leso. Ora, questa legge era senza dubbio una legge penale, e penale era l'azione in essa prevista, come prova inequivocabilmente – e senza dubbio per l'epoca almeno in cui la legge entrò in vigore – il fatto che per il delitto commesso da uno schiavo era prevista l'azione nossale; ma la pena aveva un evidente carattere risarcitorio. Questa apparente antinomia era in realtà perfettamente coerente con la funzione della disciplina aquiliana: la legge introduceva uno strumento per la tutela della proprietà, in un settore nel quale il sistema dei diritti reali non poteva soccorrere; infatti – mi riferisco per semplicità al solo caso nel quale il danneggiamento consistesse in una soppressione della cosa, che del resto era il solo al quale si riferiva la legge quando fu promulgata<sup>3</sup> – i diritti reali prevedono azioni a tutela della proprietà, e il loro *Schutzbereich* non può estendersi alla tutela di una situazione nella quale la proprietà non esiste più essendo perita la cosa che ne era oggetto. Che la pena aquiliana avesse carattere risarcitorio non può essere messo in dubbio. La giurisprudenza giunse, prima di quanto spesso si è pensato, a riconoscere che il convenuto si sarebbe dovuto, se del caso, condannare al pagamento di una somma di denaro corrispondente all'interesse dell'attore, ma già la legge stessa era nella stessa linea, in quanto per l'ipotesi più rilevante, quella prevista nel primo capo e consistente nell'uccisione di uno schiavo o di una *pecus* altrui, prevedeva che il danneggiante venisse condannato ad una

---

<sup>2</sup> Su questa datazione della legge aquilia vedi il riassunto e i rinvii in CANNATA, *Il terzo capo della lex Aquilia*, in *BIDR* 98-99(1995-1996), 132, in particolare con la n. 96. Nel testo dico che “insisto” nella mia idea specialmente con riferimento all'inconcludente (così dico, nel senso che l'autrice non perviene a conclusioni in qualche modo definite) revisione della CURSI, *Iniuria cum damno*, Milano 2002, 147-165.

<sup>3</sup> Devo rinviare all'articolo (citato alla nota prec.) *Il terzo capo della lex Aquilia*, in part. il § 2 (p. 112-119).

somma pari al maggior valore che la cosa avesse avuto nell'ultimo anno precedente il fatto delittuoso, criterio evidentemente inteso ad assicurare al danneggiato la possibilità di ricomparsi una cosa come quella che aveva perduto, tenendo conto del fatto che le cose previste in quel primo capo erano soggette a variazioni notevoli nel prezzo di mercato in funzione del variare della domanda con l'alternarsi delle stagioni e quindi dell'intensità dei lavori agricoli durante l'anno.

Ora, la giurisprudenza risolse il dilemma suscitato dal contrasto fra il carattere penale che formalmente aveva l'azione e la funzione sostanziale della pena cui essa conduceva, salvaguardando il carattere penale dell'azione con riguardo alla funzione punitiva dell'illecito, che l'interesse pubblico connetteva con la pena, ma impedendo che la parte lesa potesse avvantaggiarsi del concorso fra l'azione aquiliana penale ed altra azione reipersecutoria. La soluzione fu dunque la seguente. L'azione era penale, e quindi in caso di correatà era esperibile per l'intero contro ciascuno dei correi<sup>4</sup>; la legittimazione passiva all'azione non era trasmissibile agli eredi del colpevole, ma sostituita da una speciale azione nei limiti dell'eventuale arricchimento di questi<sup>5</sup>; d'altra parte, in caso di concorso dell'azione aquiliana con un'azione reipersecutoria, il concorso doveva considerarsi alternativo, e il pretore provvedere a fornire alle parti i rimedi eventualmente necessari a questo scopo<sup>6</sup>.

2. – Per quanto riguarda i problemi che stiamo trattando, il tema più significativo, almeno nel senso che possiamo sceglierlo come punto di partenza, è quello del concorso fra l'*actio ex lege Aquilia* e l'*actio iniuriarum*.

Il delitto di *iniuria*, come si sa, consisteva nell'aggressione che un soggetto operasse ad una persona umana: alla persona di un uomo libero in linea di massima, ma – come avremo modo di vedere almeno occasionalmente – poteva essere rilevante anche l'*iniuria* rivolta ad uno schiavo. Poteva trattarsi di un'aggressione fisica o di un'aggressione – diciamo in modo sintetico e approssimativo – morale. L'editto pretorio conteneva un *generale edictum* ed una serie di editti specifici, che il LENEL (EP, 401 ss.) ha potuto individuare nei seguenti: *de convicio, de adtemptata pudicitia, ne quid infamandi causa fiat, de iniuriis quae servis fiunt, de noxali iniuriarum actione, si ei qui in alterius potestate erit iniuria facta esse dicetur, de contrario iniuriarum iudicio*.

<sup>4</sup> Ulp. Iul. D. 9,2,11,2.

<sup>5</sup> Ulp. D. 9,2,23,8.

<sup>6</sup> Nelle fonti sono previsti diversi casi di concorso di un'azione reipersecutoria con l'azione aquiliana (per esempio: della *rei vindicatio*: Ulp. Lab. 6,1,13; dell'*actio pigneraticia, commodati* o *depositi*: Gai. D. 13,6,18,1; Paul. D. 44,7,34,2; Paul. D. 9,2,18;), ma la soluzione tecnica è specialmente chiara (Gai. D. 19,2,25,5; Paul. D. 19,2,43) per il concorso fra azione aquiliana e azione *ex locato* (si pensi in particolare al caso enunciato in Ulp. D. 9,2,7,8); vedi però anche la citata opinione di Labeone in Ulp. D. 6,1,13. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996, 10 con le n. 42-45 (che si leggono a p. 37).

L'*iniuria* era un delitto doloso, ma la sua fattispecie comprendeva anche quello che noi chiameremmo un dolo specifico: il fatto previsto costituiva *iniuria* solo se fosse stato commesso con lo scopo di recare offesa. Leggendo le fonti, incontreremo per esprimere in generale questo concetto, locuzioni come *contumelia*, *iniuria ex affectu fit*, operare *iniuriae faciendae causa*. L'azione che ne scaturiva era un'azione civile priva di *intentio*<sup>7</sup>, e invece munita di una *demonstratio* concepita *in factum*, con una descrizione del contegno che l'attore pretendeva esser stato quello con il quale il convenuto lo aveva offeso; la condanna era prevista *in bonum et aequum*, in un senso che vedremo come precisare.

Un problema di concorso fra *actio ex lege Aquilia* e *actio iniuriarum* si poneva in particolare con riguardo all'editto *de iniuriis quae servis fiunt*, e, nel caso in cui le malversazioni inflitte allo schiavo avessero avuto luogo per recare *contumelia* al suo *dominus*, questi non agiva *servi nomine*, ma *suo nomine*<sup>8</sup> e la formula doveva suonare<sup>9</sup>:

*Quod Stichum, Auli Agerii servum, Numerius Negidius verberavit Auli Agerii infamandi causa, qua de re agitur, quantam pecuniam recuperatoribus bonum aequum videbitur ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio condemnari, tantam pecuniam, dumtaxat HS ..., si non plus quam annus est, cum de ea re experiundi potestas fuit, recuperatores Numerium Negidium Aulo Agerio condemnanto [s. n. p. a].*

In questo modo ho inquadrato il problema che ci interessa nei suoi contorni più evidenti, cioè con riferimento al caso nel quale l'*iniuria* sia stata fatta allo schiavo ma con l'intento di offenderne il *dominus*; ma il problema del concorso fra *actio iniuriarum* e *actio ex lege Aquilia* si poneva allo stesso modo se l'*iniuria* fosse stata diretta contro lo schiavo stesso. Fra i due casi vi erano solo differenze, che non riguarderebbero i nostri problemi attuali: a) Se, come voleva il Lenel, per il caso dell'*iniuria* destinata al *dominus* la formula conteneva le parole '*Ai Ai iniuriandi causa*', queste dovevano mancare nella formula per l'altro caso; b) La condanna per un'*iniuria* fatta unicamente allo schiavo doveva essere sanzionata in misura più lieve di quella fatta al *dominus*.

Comunque, i testi che ora leggeremo sono scritti in modo generico, senza precisare la circostanza ora discussa: e quindi devono valere per entrambi i casi.

Tutto ciò posto, possiamo leggere i due testi seguenti<sup>10</sup>:

<sup>7</sup> Per l'assenza d'*intentio* nell'*actio iniuriarum*, vedi la spiegazione che ne proponevo in CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano II*, Torino 1982, 92-94.

<sup>8</sup> Ulp. D. 47,10,15,35; 45; 48. LENEL, *Das edictum perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig 1927 (d'ora in poi, come già sopra nel testo, cit. LENEL, EP), 401.

<sup>9</sup> Cfr. LENEL, EP, 397 (in part. 401) ss.

<sup>10</sup> Sui due testi LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht II*, 1, Berlin 1922, 182 ss.; (anche 222 s. su Pap. D. 48,5,6 pr.). Sul concorso fra *actio iniuriarum* e *actio ex lege Aquilia* vedi anche Ulp. D. 47,10,17,2; Ulp. D. 47,10,25; Ulp. D. 9,2,41 pr.

D. 47,10,15,46 (Ulp. [77] <57><sup>11</sup> *ad edictum*): *Si quis servo verberato iniuriarum egerit, deinde postea damni iniuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertinet culpa datum, altera ad contumeliam.*

D. 44,7,34 pr. (Paul. *lib. singul. de concurrentibus actionibus*): *Qui servum alienum iniuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem iniuriarum: iniuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa et ideo possunt utraeque competere. Sed quidam altera electa alteram consumi. Alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit: sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. Sed haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur. Rationabilius itaque est eam admitti sententiam, ut liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est [hoc] <postea> consequi<sup>12</sup>.*

Come ha esattamente precisato il Levy, il parere di Labeone riportato da Ulpiano nel frammento 15,46 riguardava unicamente il punto preliminare del problema del concorso fra le due azioni: e cioè se – con riferimento al caso nel quale l'*iniuria* avesse materialmente colpito lo schiavo – l'*actio ex lege Aquilia* e l'*actio iniuriarum* fossero *de eadem re*: perché se così fosse, l'esercizio dell'una consumerebbe anche l'altra; e, che tale possibilità fosse da prendere seriamente in considerazione, era evidente, perché le due azioni sono entrambe penali, riguardano gli stessi fatti, hanno luogo fra le stesse parti e sono pure entrambe previste dal *ius civile*. Ma Labeone ritiene '*eandem rem non esse*', e motiva che l'una si riferisce al danno colpevole e l'altra all'ingiuria dolosa (*contumelia*), il che significa precisamente che con l'una si persegue la pena per il danno materialmente subito dall'attore, con l'altra la pena per l'offesa che gli è stata fatta.

Il testo di Paolo si apre con la stessa affermazione, pur se espressa con altre parole: chi abbia frustato<sup>13</sup> *iniuriose* lo schiavo altrui incorre tanto nell'azione aquiliana quanto nell'*actio iniuriarum*, perché l'*iniuria* è il risultato dell'*affectus*, vale a dire che la si risente sul piano dei sentimenti, mentre il *damnum* risulta da una violazione colpevole della proprietà, e quindi appartiene ad un'altra sfera del sogget-

<sup>11</sup> La correzione del numero del libro è sicura. Vedi LENEL, *Pal.* II, 771 n. 3 (ad Ulp. 1349) e a p. 871 l'annotazione alla fine del lib. 77 di Ulp. *ad edictum* (in calce ad Ulp. 1706).

<sup>12</sup> Così va indicata, per essere evidente, la correzione del testo che opero: essa è la stessa dell'*Editio minor*, che però la presenta partendo da un testo '*hoc exequi*', mentre il *consequi* appartiene già al manoscritto, dove la correzione – come ho potuto controllare nell'edizione di CORBINO e SANTALUCIA – è chiarissima e, direi anche, certamente originale.

<sup>13</sup> *Verberare* significa in effetti "frustare", ed era la parola impiegata nell'Editto (Ulp. D. 47,10,15,34); ma l'editto prevedeva anche la sottoposizione dello schiavo a tortura (Ulp. D. 47,10,15,35 e 41); il verbo *verberare* stesso veniva interpretato comprendendo il fatto di prender lo schiavo a pugni (Ulp. eod. § 40). L'editto stesso prevedeva poi genericamente altri casi (*si quid aliud factum esse dicetur*) e disponeva che in essi si desse azione *causa cognita*: per la casistica relativa vedi Ulp. eod. § 43-44.

to che ne è vittima. Ma dal seguito del testo di Paolo apprendiamo che, se questo punto di partenza deve considerarsi indiscutibile, una controversia esisteva fra i giuristi sul modo di considerare e dunque gestire le conseguenze pratiche che tale proposizione poteva avere. Il testo, da questo punto in poi, è stato alquanto discusso dalla dottrina romanistica<sup>14</sup>, che non ha mancato di trovarvi svariate interpolazioni: ma devo dire che nel complesso i tentativi di ricostruzione mi paiono valere meno del dettato che leggiamo nel Digesto, che ha un andamento del tutto logico, e comunque prospetta una serie di soluzioni che mostrano bene la prospettiva nella quale i giuristi si ponevano. Prendiamo dunque il testo com'è, e vediamo se ci riesca di approfondirne il senso.

Notiamo anzitutto che Paolo non riferisce di alcuno che abbia semplicemente sostenuto che nel caso il soggetto passivo del comportamento considerato – cioè il proprietario dello schiavo – beneficiasse puramente e semplicemente del concorso cumulativo delle due azioni. La prima opinione presentata è quella di coloro che dicevano che, malgrado il concorso teorico delle due azioni, l'esercizio dell'una esclude quello dell'altra. Qui si potrebbe obiettare, mettendoci dal punto di vista della critica interpolazionistica, che la frase con la quale Paolo enuncia questa prima tesi, sarebbe in diretto contrasto con la premessa, che poco sopra egli considerava acquisita: se chi ha commesso i fatti descritti '*incidit et in Aquiliam et in actionem iniuriarum*' non è vero che '*altera electa alteram consumi*'. Ma non si può ragionare così. Abbiamo nelle fonti un esempio parametrico in proposito, che è quello del concorso fra *actio ex lege Aquilia* e *actio ex locato* per il caso in cui un medico, al quale era stata affidata (con un contratto di locazione) la cura di uno schiavo ferito, abbia effettuato maldestramente un'operazione<sup>15</sup>. Qui, in linea di principio, il concorso cumulativo delle due azioni è sicuro, trattandosi di un'azione reipersecutoria e di un'azione penale, ma i giuristi lo hanno escluso; e non si può neppure dire che per rendere elettivo il concorso essi abbiano impiegato esclusivamente strumenti pretori; uno strumento pretorio era necessario solo se la prima azione esperita fosse l'*actio ex locato*, ma non se la prima fosse stata l'*actio ex lege Aquilia*. In quest'ultima ipotesi, quando l'attore esperisse poi l'azione *ex locato*, essendo

---

<sup>14</sup> Si veda l'*Ind. itp.* La letteratura più recente (MARTINI, *Sul risarcimento del danno morale*, in *Studi Antonelli*, Napoli 2002, 425 ss.; CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell'art. 2059 c.c.*, in AA.VV. *Modelli storici e metodologici nella storia del diritto privato I*, Napoli 2003, 103 ss.; SICARI, *Gli interessi non patrimoniali in Giavoleno. Studio su D.38,2,36*, Bari 2007) si è posta i problemi che stiamo affrontando come quelli della risarcibilità del danno morale (partendo da una magari compiuta, ma assai arida rassegna della tematica, effettuata all'inizio del '900 dal MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *BIDR* 16 [1904], 206 ss.; per i temi che tratterò vedi in particolare p. 218 ss.; 222 ss). La mia impostazione della problematica risulta alquanto diversa, sicché i testi che nella mia esposizione rivestono un ruolo importante, in quella letteratura non ne hanno in genere alcuno. Per la linea che io seguo solo presso la CURSI cit., p. 122 ss., si trovano alcuni spunti, anche se piuttosto impliciti.

<sup>15</sup> Vedi i testi citati sopra, alla n. 6 e in particolare Ulp. Proc. D. 9,2,7,8; Paul. D. 19,2,43.

questa un'azione di buona fede dove le obbligazioni del convenuto venivano determinate in quanto costui dovesse dare o fare *ex fide bona* a favore dell'attore, il giudice, visto che il convenuto stesso era già stato condannato a pagare la pena aquiliana e, considerato che questa pena *rei persecutionem continet*<sup>16</sup> perché è misurata sul danno sofferto dall'attore, avrebbe dovuto assolvere il convenuto, in quanto ormai nulla egli doveva più *ex fide bona*. Nel caso inverso questa impostazione non sarebbe stata possibile, perché l'*actio ex lege Aquilia* non dava luogo a un *iudicium bonae fidei*, e quindi il giudice non avrebbe potuto tenervi conto che dei fatti e delle loro conseguenze dannose; così, in questo caso, il convenuto si sarebbe dovuto cautelare già nel precedente giudizio *ex locato*, chiedendovi al giudice che, prima di condannarlo, imponesse – com'egli ben poteva fare in un giudizio *ex fide bona* – all'attore l'onere di garantirgli che non avrebbe esercitato poi più l'azione aquiliana contro di lui.

Teniamo presente l'esempio ora fatto, perché esso ci aiuterà a proseguire nell'esame del testo di Paolo.

Per quanto già abbiamo sinora letto, possiamo dunque dire che, esponendo la prima delle opinioni che adduce con le parole '*sed quidam altera electa alteram consumi*', Paolo intendeva semplicemente dire che alcuni avevano sostenuto che quel concorso delle due azioni doveva in pratica considerarsi alternativo, qualunque fossero i mezzi opportuni per giungere a tale risultato. Ma da quel che subito segue nel testo vediamo che almeno in un caso strumenti pretori potevano non considerarsi in proposito necessari. Ciò vediamo considerando la tesi successiva che Paolo presenta, e che rappresenta una versione attenuata della prima. Gli autori che sostenevano la seconda tesi facevano – come abbiamo visto farsi per il caso del concorso fra *actio ex lege Aquilia* e *actio ex locato* – una distinzione che considerava l'ordine in cui le azioni fossero esperite. La tesi era la seguente: se l'attore avesse esperito l'*actio ex lege Aquilia*, si sarebbe con ciò stesso preclusa la possibilità di agire con l'*actio iniuriarum*, perché in questa il convenuto sarebbe dovuto essere condannato *in bonum et aequum*, e condannare chi già abbia pagato – o sia stato condannato a pagare – l'*aestimatio* del danno cagionato non sarebbe stato *bonum et aequum*; se invece l'attore avesse esperito per prima l'*actio iniuriarum*, avrebbe potuto ancora esperire l'azione aquiliana. Ma Paolo aggiunge subito che questa soluzione deve essere corretta con riguardo alla seconda proposizione: se è vero che *ipso iure* l'esperimento dell'*actio iniuriarum* non può escludere l'*actio ex lege Aquilia* – perché questa non è in *bonum et aequum*, ma ha condanna all'interesse dell'attore dipendente dal danno sofferto – il pretore deve intervenire ad impedire il cumulo delle condanne a suo favore, solo permettendo che egli ottenga sperando l'azione aquiliana quanto con la condanna che gli spetterebbe superi quanto già ot-

<sup>16</sup> Si vedano Paul. D. 17,2,50 [leggendolo nella sequenza Ulp. Cels. Iul. Pomp. D. 17,2,47,1 + 48 (Paul.) + 49 (Ulp.) + 50] e Paul. D. 44,7,34,2.

tenuto in sede di *actio iniuriarum*. (Ricordo che il meccanismo tecnico per limitare la seconda azione al *quod amplius in altera est* era quello dell'*exceptio doli*, come risulta espressamente da Iul. D. 9,2,47<sup>17</sup>).

E come tesi finale, in modo da correggere tutti i difetti che il sistema aveva via via rivelato, Paolo propende per una tesi che prevede il concorso delle due azioni, ma per un unico ammontare, nel senso che, esperita la prima – qualunque essa fosse – l'attore potrebbe ancora esperire l'altra per il residuo che questa gli permetterebbe di ottenere. Quest'ultima soluzione è quella che più generalmente si ritiene giustiniana: ma ciò solo per la vecchia abitudine di attribuire ai compilatori giustinianeî tutte le soluzioni perfezionate che si trovano nel Digesto: come se i campioni dell'equità e delle soluzioni economiche fossero i Bizantini e non i loro grandi maestri storici.

Ma dobbiamo riflettere ancora su questa discussione fra i giuristi classici, per cercar di capire le idee che l'hanno ispirata, che sono quelle che con riguardo alla nostra tematica ci interessano di più.

La proposizione più pregnante che abbiamo incontrato è quella su cui si basava la seconda tesi, cioè la frase che rappresenta la prima parte del suo enunciato:

*Alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit:*

Dire che non sarebbe equo condannare alla pena per l'*iniuria* chi già abbia pagato la stima dei danni inferti, non avrebbe senso per chi pensasse che la pena per l'*iniuria* non abbia alcun rapporto con il valore del danno cagionato. L'esclusione del concorso fra *actio ex lege Aquilia* e *actio ex locato*, che abbiamo considerato poc'anzi, si basava proprio sul fatto che la condanna nelle due azioni si sarebbe sempre riferita a *id quod actoris interest*, e quindi sarebbe stata la stessa.

Ora, la prima proposizione della seconda tesi esposta da Paolo – cioè la proposizione che abbiamo or ora riletto – era nel senso che alcuni ritenevano che l'esercizio dell'azione aquiliana escludesse *ipso iure* l'esercizio dell'*actio iniuriarum*, perché non era equo condannare NN nell'*actio iniuriarum* dal momento che era già stato condannato nell'azione aquiliana. Ciò parrebbe presupporre ovvero che la condanna per l'*iniuria* comprendesse almeno parte della somma alla quale NN era già stato condannato come risarcimento del danno aquiliano, ovvero che la condanna nell'azione aquiliana comprendesse almeno parte della somma alla quale

---

<sup>17</sup> Il testo si riferisce al caso analogo nel quale il proprietario di uno schiavo ferito da un terzo abbia agito *ex lege Aquilia* 'de homine vulnerato', ma poi, essendo lo schiavo morto in seguito alle stesse ferite, egli intenda agire 'de homine occiso' (cfr. Ulp. D. 9,2,46), e Giuliano vi scriveva: *Sed si priore iudicio aestimatione facta, postea mortuo servo, de occiso dominus agere instituerit, exceptione doli mali opposita compelletur, ut ex utroque iudicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de occiso homine egisset.*

NN potrebbe essere condannato nell'*actio iniuriarum* come pena per la contumelia; ma quest'ultima alternativa non può essere presa in considerazione, perché è chiaro che nell'azione aquiliana non v'era spazio alcuno per una considerazione della contumelia. Concludiamo dunque: [ $\alpha$ ] è probabile che, in qualche modo, la condanna nell'*actio iniuriarum* comprendesse una valutazione del danno materiale cagionato col comportamento che costituiva iniuria.

La seconda proposizione della seconda tesi (secondo la quale deve ammettersi che chi abbia esperito prima l'*actio iniuriarum* possa poi ancora agire con l'azione aquiliana: *sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia*) possiamo lasciarla da parte, perché essa suscita una sùbita e recisa contestazione di Paolo. Il tenore della precisazione – secondo la quale deve ammettersi che se AA ha prima esercitato l'*actio iniuriarum*, possa poi ancora esercitare l'azione aquiliana unicamente se con questa poteva ottenere di più e limitatamente a questo di più (*haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur*) –, lascia intendere anzitutto che [ $\beta$ ] la condanna nell'*actio iniuriarum* poteva essere superiore, uguale o inferiore a quella nell'azione aquiliana. Vediamo come ciò potesse avvenire, ed anzitutto ragioniamo tralasciando la conclusione che avevamo stabilito in [ $\alpha$ ]: la cosa potrebbe, in questa prospettiva, dipendere dal fatto che la valutazione della contumelia risultasse maggiore, uguale, o minore di quella del danno; se invece consideriamo anche [ $\alpha$ ], e cioè che la condanna nell'*actio iniuriarum* potesse comprendere anche una valutazione del danno materiale, dovremmo pensare che la condanna nell'*actio iniuriarum* (contumelia + danno materiale) potesse tuttavia risultare uguale o inferiore alla condanna nell'azione aquiliana, perché la valutazione del danno nell'*actio iniuriarum* poteva in concreto risultare inferiore a quella che si poteva ottenere nell'azione aquiliana e, nel caso concreto, questo difetto non venisse compensato dalla valutazione della contumelia; ciò è ben possibile, in particolare, se si tiene conto che nell'*actio iniuriarum* sono soltanto i fatti dolosi che vengono in considerazione, e quindi non vi sussiste spazio per una valutazione della parte del danno che dipenda solo da colpa.

Questa interpretazione della seconda tesi connessa in un tutt'uno con la correzione di Paolo vale certo ad eliminare la soluzione proposta con la prima tesi, che, alla luce così fattasi, viene ad apparire come rudimentale: ma i suoi autori dovevano pensare che le due azioni portano comunque ad una condanna con una parte comune, e sta all'attore scegliere quella che ritiene più conveniente; però così appare anche che la soluzione finale di Paolo somiglia non poco ad un perfezionamento della prima tesi: Paolo veniva infatti a dire che sta all'attore scegliere l'azione da esperire, salva la sua possibilità di valersi poi ancora dell'altra azione se – o se in concreto si accorgesse che – con la prima azione non aveva potuto ottenere qualcosa che poteva ottenere con la seconda. Paolo sembra comunque adottare un punto di vista [ $\gamma$ ], secondo il quale è comunque possibile che la condanna nell'azione aquiliana risulti inferiore o superiore alla condanna nell'*actio iniuriarum*. Naturalmente, Paolo poteva pensare che ciò potesse dipendere unicamente dall'*alea iu-*

*diciorum*, ma è difficile pensarlo in un discorso con carattere di discorso strutturale come il suo. Si deve piuttosto pensare che la superiorità della condanna nell'*actio iniuriarum* potesse normalmente dipendere dal solo fatto che la pena per la contumelia potesse superare la valutazione del danno, ovvero che la pena inflitta nell'*actio iniuriarum* contenesse oltre alla pena per la contumelia anche una valutazione del danno; e che la superiorità della condanna nell'azione aquiliana potesse dipendere dal fatto che in concreto la valutazione del danno che si aveva nell'*actio iniuriarum* potesse essere inferiore a quella che si poteva ottenere nell'azione aquiliana, e in concreto questo difetto potesse risultare non compensato dalla pena che veniva irrogata nell'*actio iniuriarum* per la contumelia.

Ora, tutta questa elucubrazione che ho fatto aveva lo scopo di rendere verosimile che nella condanna *in bonum et aequum* dell'*actio iniuriarum* si tenesse conto in qualche modo anche dei danni materiali subiti dall'attore per i fatti offensivi posti in essere dal convenuto. Un'impressione in questo senso è suscitata dai testi che abbiamo letto, perché la discussione della quale vi si dà notizia non sembra giustificarsi senza un presupposto del genere. Vediamo dunque se e come quest'impressione possa essere confortata da altre fonti, partendo dalla conclusione – che deve ritenersi sicura – relativa al suo inverso: che nell'*actio ex lege Aquilia* non venivano in considerazione che i danni materiali, nel senso più stretto. E cominciamo da questo punto.

Dicendo che nell'*actio ex lege Aquilia* non venivano in considerazione se non i danni puramente materiali nel senso più stretto voglio intendere che il giudice non poteva considerarvi i danni che i giuristi non consideravano risarcibili perché non materiali, e non che la nozione di danno materiale che i giuristi usavano fosse formalisticamente ristretta. Per questa conclusione basterebbero i due testi seguenti, rispettivamente di Gaio e Ulpiano, relativi all'uccisione di uno schiavo come prevista dal capo I della legge aquilia:

Gai. 3,212 : *non solum corpus in cautione huius legis aestimatur ....*

D. 9,2,21,2 (Ulp. 18 *ad edictum*): *Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? Et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio.*

La portata di questo criterio è illustrata nelle fonti mediante una casistica ricchissima, che trova la sua *sedes* nei testi che seguono quello ora citato, e cioè in Paul. D. 9,2,22 pr.-1; Ulp. D. 9,2,23 pr.-7; ma essa si trova sparsa anche altrove nel Digesto. Ne riporto il solo esempio emblematico di un passo di Giavoleno<sup>18</sup>:

<sup>18</sup> Del passo esiste una elaborata ed informata analisi esegetica in VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992, 80-101 (se ne può leggere un riassunto nella recensione che ho pubblicato in *SDHI* [58] 1992, 390 s.) che giunge purtroppo ad una ricostruzione assai discutibile del testo.

Iav. D,9,2,37,1: *Si quadrupes, cuius nomine actio esset cum domino, quod pauperiem fecisset, ab alio uccisa est et cum eo lege Aquilia agitur, aestimatio non ad corpus quadrupedis, sed ad causam eius (in quo de pauperiae actio est) referri debet et tanti damnandus is qui occidit iudicio legis Aquiliae, quanti actoris interest noxae potius dedizione defungi quam litis aestimatione.*

Ma una distinzione fra danni materiali e no era ben chiara ai giuristi, e proprio come distinzione fra i danni rilevanti come aquiliani e i danni rilevanti sul terreno dell'*iniuria*. Particolarmente significativo è questo testo di Ulpiano, che incomincio a trascrivere dalla *Collatio*, e proseguo trascrivendo dal Digesto, dal punto in cui, con *et reliqua*, il testo della *Collatio* s'interrompe:

Coll. 7,3,4 (Ulp. 8<sup>19</sup> *ad edictum*) [parla della legge aquilia e della relativa azione] *Iniuriam autem accipere hic nos oportet non, quemadmodum et circa iniuriarum actionem, contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, [hoc est contra ius,]<sup>20</sup> id est si culpa quis occiderit. Et reliqua.*

D. 9,2,5,1 (Ulp. 18 *ad edictum*): [dopo *occiderit* del passo come nella Coll. cit., prosegue]: *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.*

Qui viene fatta l'affermazione che conosciamo già, che l'*aestimatio* aquiliana si riferisce al *damnum*, quella dell'*actio iniuriarum* alla *contumelia*, e che le due cose sono diverse: e interessa, per quanto seguirà, sottolineare la frase finale: "Dunque qui (nella legge aquilia) considereremo (in conformità con i termini usati dalla legge) *iniuria* il danno dato con colpa anche (se dato) da chi non intendeva nuocere".

Ma dobbiamo considerare subito un aspetto di questo problema, suscitato sempre dal confronto fra Ulpiano e la *Collatio*:

D. 9,2,27,17 (Ulp. 18 *ad edictum*): dove ci interessa solo ... : *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 quidam non sit*

<sup>19</sup> Il libro di provenienza è certo indicato con esattezza nel passo parallelo del Digesto. Che si trattasse del libro 18 e non dell'ottavo era già stato visto dal Pithou (Pithoeus: 1539-1596), come si ricava da SCHULTING: nella *Iurisprudentia vetus ante-justiniana ex recensione et cum notis A. SHULTINGII, Job. Fil. ... editio nova, ... praefatus est D. Georgius Henricus Ayser, Lipsiae 1737*, a proposito di Coll. 7,3, alla p. 759 nota 5 (che è richiamata all'inizio dell'*inscriptio* del frammento) si legge: "[Ulpian. Lib. VIII.] Legendum arbitror lib. XVIII. ..." e la nota è attribuita allo stesso autore (IDEM) della n. 4 e cioè al PITHOEVS.

<sup>20</sup> Le parole fra parentesi quadre rappresentano senza dubbio un glossema: vedi CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano 1969, 307 s. con la n. 1 (cfr. *Sul problema cit.*, 187 n. 21).

*deterior servus factus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec mihi videri damnum datum: atque ideoque lege Aquilia agi posse.*

col quale contrasta:

Coll. 2,4,1 (Ulp. 19<sup>21</sup> *ad edictum*): ... *Ceterum si in nullo servum pretium viliores deteriorumve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum. Ergo et si pretio quidem non sit deterior factus servus, verum sumptus in salute eius et sanitatem facti sunt, in haec nec mihi videri damni Aquilia lege agi posse.*

Il problema che qui si discute può essere inquadrato come segue. a) Premesso che: Se un soggetto ha malversato lo schiavo altrui, l'azione aquiliana spetta contro il terzo al suo *dominus* solo se lo schiavo abbia subito danni effettivi, intesi precisamente nel senso che si tratta di danni che hanno lasciato conseguenze che diminuiscono il valore di mercato dello schiavo; se danni così caratterizzati non sussistono, non c'è azione *ex lege Aquilia*, ma solo l'*actio iniuriarum*. b) che dire nel caso in cui le malversazioni del terzo abbiano nuociuto alla sanità dello schiavo nel senso che questi ha dovuto essere curato e quindi il *dominus* ha subito il danno di tali spese mediche?

Ora, sul problema (b) la soluzione del Digesto differisce da quella della *Collatio*: nel Digesto si dice: “in queste (cioè nella misura delle spese mediche) mi sembra sia stato dato danno: e dunque può agirsi in base alla legge aquilia”; nella *Collatio* si legge: “in queste (cioè nella misura delle spese mediche) neanche a me sembra possa agirsi di danno in base alla legge aquilia”.

Noi romanisti siamo abituati, in un contrasto testuale fra *Collatio* e Digesto, a seguire la *Collatio*, che è fonte pregiustiniana; ma in questo caso io non sarei affatto sicuro di questa soluzione, dal momento che certo le spese mediche rappresentano il danno dall'aggressione del terzo, perché esse hanno avuto luogo per evitare conseguenze che il terzo avrebbe dovuto risarcire, e che sarebbero normalmente state più gravi delle spese stesse. Comunque, per quel che ci interessa, sembra chiaro che Ulpiano – in tutto il passo, e qualunque sia la soluzione che si sceglie per la frase finale – pensasse che se l'aggressione del terzo allo schiavo non ha cagionato danni rilevanti *ex lege Aquilia*, il proprietario dello schiavo avrà l'*actio iniuriarum*; anzi, proprio nell'ultima frase, se intesa nel senso in cui essa compare nella *Collatio*, sembra dirsi addirittura che, se lo schiavo non abbia subito danni deprezzanti, per il risarcimento di questi danni non serve l'azione aquiliana, ma unicamente l'*actio iniuriarum*: questa conclusione parrebbe doversi considerare limitata da un elemento implicito, ma solo da questo: che i danni non deprezzanti il terzo deve averli cagionati con un comportamento doloso nel senso del delitto di *iniuria*.

<sup>21</sup> Anche qui l'indicazione esatta del libro è certo quella del Digesto: cfr. LENEL, *Pal. II*, 529 (Ulp. fr. 624):

Qualche indicazione, nella via che stiamo percorrendo, può fornirci l'analisi, un po' più complicata dal punto di vista testuale, di un caso nel quale il concorso fra *actio iniuriarum* e *actio ex lege Aquilia* si pone in modo particolarmente significativo: proprio perché in concreto di concorso non si trattava, in quanto l'agente non aveva intenzioni offensive, ma – d'altra parte – l'oggetto leso era una persona libera (un figlio dell'attore), per cui l'*actio ex lege Aquilia* non poteva esser applicata se non per analogia. Il caso è questo: un soggetto, che chiamiamo *pater*, ha collocato il proprio figlio, ancora sotto la sua potestà paterna (lo chiameremo *filius*), come apprendista presso un calzolaio (che chiameremo alla latina *sutor*); il relativo contratto è stato concluso, ovviamente, fra il *pater* e il *sutor*, ed è un contratto di locazione, nel quale il *pater* è locatore e il *sutor* conduttore (ciò perché il servizio richiesto è un'attività d'insegnamento che riguarda il *filius*, e il *filius*, per l'esercizio dell'attività contrattuale è stato messo dal *pater* presso il *sutor*). Ora, è avvenuto che, mostrandosi il *filius* alquanto restio ad apprendere, un giorno il *sutor*, esasperato, lo picchiò con gran violenza con una forma di calzare, da cavargli un occhio. Di questo caso parla un testo (D. 9,2,5,3 + D. 9,2,7 pr.) proveniente dal XVIII libro *ad edictum* di Ulpiano, in tema di *actio ex lege Aquilia*, nel quale i compilatori hanno inserito una precisazione di Paolo (22 *ad edictum*, D. 9,2,6), che parrebbe relativa allo stesso caso; ne riparla un altro testo di Ulpiano (D. 19,2,13,4), proveniente dal XXXII libro *ad edicum*, in tema di locazione; si aggiunge un documento membranaceo, pubblicato nel 1957<sup>22</sup>, con un testo nel quale la dottrina romanistica riconosce la versione originaria, munita di alcune annotazioni marginali in lingua greca, di D. 19,2,13,4, con il mio solo dissenso: a me è parso, quando vi scrissi nel 1960<sup>23</sup>, che il dettato sia troppo diverso da quelli Ulpianeî per poter permettere l'identificazione: le sole parole pressoché identiche sono infatti praticamente quelle che riferiscono una citazione di Giuliano, presente in tutti e tre i testi, sicché mi era parso, e confesso che mi pare ancora, che qui si sia di fronte alla versione di un diverso giurista, o comunque diversa, anche se di Ulpiano stesso. Ma non è qui il luogo di indugiare in queste considerazioni filologiche, perché i tre testi concordano nella sostanza e si completano reciprocamente.

PSI 1449 r

Σημείωσαι οὖν ὅτι  
ἢ τοῦ πατὸς  
καὶ οὐχ ἢ τῶν ini-  
uriarum

\*g\*[\*]\*\* esse actionem ex]  
locato pa[tri eius Iul(ianus)]  
dicit, iniu[riarum a(u)t(em) ne-]  
gat, quia no[n iniuriae fa-]  
ciendae c(ausa) id [fecerit,]  
sed praeci[piendi. Sed

<sup>22</sup> PSI XIV(1957), num. 1449 r.

<sup>23</sup> CANNATA, *Alcune osservazioni ed ipotesi su PSI 1449*, in AG 159 (1960), 25 ss.

ἔστι	et de Aquil[ia quid sen-]
Ἐν τῷ Aquil-	tiamus alio [(com)m(en)tario tradi-]
lio τῶν de	dimus. [
iudiciis: ἐδέξα-	Si servum * [
το δὲ ἐκ	s* fecero * [
τούτου εἶναι	rius scribit [
Aquil(ιον) οἴτ(ἰλιον)	esse actio[nem]
	si cus[t]o [

D. 19,2,13,4 (Ulp. 32 *ad edictum*): *Item Iulianus libro octagesimo sexto digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius: quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse: sed et de Aquilia supra diximus. iniuriarum autem actionem competere Iulianus negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praecipienda.*

D. 9,2,5,3 (Ulp. 18 *ad edictum*): *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 duntaxat castigatio concessa est docenti. sed lege Aquilia posse agi non dubito.*

D. 9,2,6 (Paul. 22 *ad edictum*): *praeceptoris enim nimia saevitia culpa designatur.*

D. 9,2,7 pr. (Ulp. 18 *ad edictum*): *Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit.*

Il giudizio sui fatti è sicuro: l'aggressione mancava del dolo specifico dell'*iniuria*, perché il *sutor* aveva agito nell'ambito della sua attività d'insegnante, dove si ammette anche che il docente possa infliggere castighi fisici ai discenti<sup>24</sup>; tuttavia il *sutor* è in colpa, in quanto la *castigatio* che gli spetta è una *modica castigatio* – una “punizione che va mantenuta entro una certa misura” – mentre egli ha certamente oltrepassato i limiti. Queste due considerazioni permettono, rispettivamente, di escludere l'*actio iniuriarum* e di ammettere l'*actio ex locato*. Ma, una volta stabilito che il comportamento del *sutor* è stato dannoso ed era colpevole, si pone anche il problema dell'*actio ex lege Aquilia*; come tale – cioè come *actio directa ex lege Aquilia* – essa non può ovviamente venire in considerazione, l'entità danneggiata essendo una persona e non una cosa: a tale azione si pensa tuttavia nella sequenza D.

<sup>24</sup> Cfr. Paul. D. 47,10,15,38. (in relazione all'*adversus bonos mores* dell'editto speciale *Qui servos alienos ...*).

9,2,5,3-7 pr., dove Ulpiano esprime il parere che essa spetti senza dubbio al *pater*, pur non precisando la particolare modalità formulare che deve assumere per essergli concessa: ma in Ulp. D. 19,2,13,4 il giurista rinviava in proposito alla propria trattazione specifica in tema di azione aquiliana, e un analogo rinvio compare in PSI 1449, dove la seconda annotazione marginale greca ci informa che nel luogo del rinvio si precisava che l'azione doveva essere accordata come *actio utilis*<sup>25</sup>.

La concessione di un'*actio utilis ex lege Aquilia* per i danni prodotti con colpa alla persona di un uomo libero era prevista dalla giurisprudenza. Si può vedere in generale:

D. 9,2,13 pr. (Ulp. 18 *ad edictum*): *Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur.*

dove viene enunciato il principio nella sua struttura di base, dell'azione concessa ad un soggetto contro chi abbia cagionato danni alla sua stessa persona: e si precisa che l'azione disponibile nel caso non potrà essere l'*actio ex lege Aquilia directa*, perché la legge attribuisce l'azione al proprietario delle cose danneggiate, e del corpo di un uomo libero non esiste un proprietario. Nel nostro caso, del principio si fa un'applicazione particolare, dando al *pater* l'azione *in factum ad exemplum actionis ex lege Aquilia* – qualificata genericamente *actio utilis* – per i danni che il *pater* stesso abbia subito dalla malversazione inferta dal *sutor* al *filius* (cfr. Ulp. D. 9,2,7 pr.).

Ciò significa che l'azione si concepiva come concessa al padre, per il danno che gli proveniva dalle lesioni subite dal suo figlio *in potestate*, in modo analogo a quel che avrebbe per lui economicamente significato il danno che egli avrebbe sofferto se invece di un suo figlio la persona lesa fosse stata un suo schiavo. Ma questa trasposizione della lesione ad una persona libera nel campo coperto dalla disciplina aquiliana, se ben giustificato dall'analogia fra i due accadimenti, poneva dei problemi di adattamento della disciplina, dei quali in Ulp. D. 9,2,7 pr. si legge la soluzione, ma noi possiamo forse giungervi esplicitando quello che deve essere stato il ragionamento del giurista.

Rileva anzitutto una considerazione radicale: presso i giuristi era opinione indiscussa che<sup>26</sup>: ... *corporum liberorum aestimationem nullam fieri posse*. Ma lo spiraglio, per giungere alla soluzione che ci interessa, ci è fornito da:

Paul. 5,1,1: *Qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non praeiudicant: homo enim liber nullo pretio aestimatur. Idem nec pignori ab his aut fiduciae dari possunt: ex quo facto sciens creditor deportatur. Operae tamen eorum locari possunt.*

<sup>25</sup> Che, in dissenso con la dottrina dominante (Albanese) credo fosse un'*actio in factum*: cfr. Paul. D. 9,2,33,1. Ma non posso indugiare qui nella trattazione di questo particolare tecnico.

<sup>26</sup> Ho tratto la frase da un testo qualsiasi (si tratta di Ulp. D. 14,2,2,2, scritto in relazione alla tematica della *lex Rhodia de iactu*), scegliendolo per la formulazione elegante e precisa.

Da questo testo risulta che l'inestimabilità del corpo di un uomo libero è assoluta, sicché esso va considerato al di fuori del campo delle cose che possono rappresentare un'entità economicamente rilevante: ma non così è per le *operae* dell'uomo libero stesso, cioè per la sua attività produttiva.

Queste affermazioni dei giuristi sull'inestimabilità del corpo di un uomo libero erano fatte in contrapposizione con l'idea dell'estimabilità del *corpus* di uno schiavo, per la quale si può vedere ad esempio Ulp. D. 9,2,21,2; Paul. D. 9,2,22,1 (*causae corpori cohaerentes*). Che la determinazione del danno si facesse, nel processo, in contraddittorio fra le parti risulta bene da Paul. D. 9,2,26: questo testo riguarda un processo esercitato contro un soggetto che avesse ucciso (o ferito) uno schiavo, e vi avesse confessato la propria causazione colpevole del danno; in questo caso (Ulp. D. 9,2,25,2:) ... *iudex non rei iudicandae, sed aestimandae datur: nam nullae partes sunt iudicandi in confitentes*; e Paolo, nel testo seguente cit., fornisce come esempio: *Putat enim, quod qui convenitur fateatur se occidisse et paratus sit aestimationem solvere, et adversarius magni litem aestimat*.

La cosa è chiarita ancor meglio da un testo gaiano, scritto trattando dell'azione pretoria *de effusis et deiectis*<sup>27</sup>:

D. 9,3,7 (Gai. 6 *ad edictum* prov.): *Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum <aestimationem>*<sup>28</sup> *quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. cicatricium autem aut deformitatus nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam habet aestimationem*.

Qui si vede chiaramente<sup>29</sup> quanto possa ritenersi risarcibile nel caso sia stato danneggiato il *corpus* di un uomo libero: i compensi del medico o di altri che abbiano curato il ferito, nonché le altre spese che ciò abbia richiesto, come i costi delle medicine, le *operae*, cioè, come sappiamo, l'attività di lavoro che a causa della malattia conseguente alla ferita la vittima non abbia potuto effettuare, il valore dell'eventuale invalidità futura dipendente dalle lesioni: ma non le cicatrici o le malformazioni che ne risultino come esiti permanenti: chiaramente, s'intende, queste in se stesse, perché una valutazione esse pure avrebbero se, data la professione della vittima, gliene compromettessero l'esercizio.

Ora, tutto ciò concorda perfettamente con quanto, nel caso dal quale siamo partiti, Ulpiano (D. 9,2,7 pr.) diceva che il *pater* avrebbe potuto conseguire con l'*actio utilis ex lege Aquilia* esercitata contro il *sutor* che gli aveva reso guercio il *filius*: il valore della diminuzione della sua capacità di lavoro e le spese mediche (in questo caso di Ulp. D. 9,2,7 non erano menzionate le occasioni di lavoro remunere-

<sup>27</sup> Parte di questo testo è ripresa alla fine di I. 4,5,1.

<sup>28</sup> L'aggiunta è del MOMMSEN.

<sup>29</sup> Le stesse cose Gaio scriveva trattando dell'*actio de pauperie* in Gai. 7 *ad ed.* prov. D. 9,1,3.

rato già perse, perché il soggetto leso era un giovane apprendista immaturo, e quindi materialmente ancora incapace di lavoro economicamente apprezzabile).

E possiamo forse anche perfezionare il quadro della distinzione tra i danni risarcibili e i danni non risarcibili aggiungendo qui alcune considerazioni dei giuristi sulla irrilevanza, in sede di *aestimatio*, delle componenti affettive che potrebbero aumentare l'entità della perdita subita dal danneggiato. Particolarmente significativo è un testo (Ulp. D. 7,7,6) scritto in materia di usufrutto di schiavi, dove, con riguardo alle *operae servorum*, in particolare, si legge:

D. 7,7,6,2 (Ulp. 55 *ad edictum*). *Item voluptatis vel affectionis aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus aut in deliciis habuerit.*

E che lo stesso criterio s'impiegasse anche nella valutazione del danno *ex lege Aquilia* risulta da:

D. 9,2,33 pr. (Paul. 2 *ad Plautium*)<sup>30</sup>: *Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quantum omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi: itaque qui filium naturalem possidet, non eo locupletiores esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. In lege Aquilia damnun consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.*

Il fatto, dunque, che lo schiavo ucciso o danneggiato fosse figlio naturale del suo *dominus*, o che questi comunque lo amasse, o magari egli fosse persino il suo amante, non rileva ai fini del danno risarcibile: il quale dunque si presenta unicamente come danno pecuniario.

Fra i beni non valutabili in denaro deve annoverarsi anche la libertà:

Paul. (13 *ad Plautium*) D. 50,17,176,1: *Infinita aestimatio est libertatis et necessitudinis.*

Ven. (15 stip.) D. 46,8,8,2: *Si quis a procuratore status controversiam patiat, satis accipere debet a procuratore, ne impune saepius pro suo statu conveniretur et, si dominus venientesque ab eo personae ratum non habuerunt, quod procurator eum in servitute petierit vel adversus procuratorem ex servitute in libertatem petitus fuerit, quanti ea res est, ei praestetur, scilicet cum de libertate eius constiterit, id est quanti interfuerit eius de statu suo rursus non periclitari, et propter impendia, qua in litem fecerit. sed Labeo certam summam comprehendendam existimabat, quia aestimatio libertatis ad infinitum extendere-*

<sup>30</sup> Cfr. Paul. 2 *ad legem Iuliam et Papiam*, D. 35,2,63 pr.

*retur. ex quo autem dominus ratum non habuerit, committi videtur stipulatio, sed non ante ex ea agi poterit, quam de libertate iudicatum fuerit, quia, si servus sit iudicatus, inutilis fit stipulatio, cum et, si qua sit actio, eam domino acquisisse intellegitur.*

Se non vedo male, da questi testi risulta, con riguardo alla libertà, un profilo particolare: la libertà, e quindi le aggressioni – anche se infruttuose – ad essa non è che non siano suscettibili di valutazione pecuniaria, ma questa è *infinita*, vale a dire senza limiti e pertanto non determinabile.

Però, questa conclusione non deve essere troppo semplificata: perché abbiamo anche un altro testo dove il danno risarcibile è bensì proprio indicato come *damnum pecuniarium*, e del danno che non corrisponda a questa nozione si dà per scontata ancora una volta la non risarcibilità, ma non se ne sostiene affatto l'irrilevanza. Il testo è ancora in materia di *actio de effusis et deiectis*: si tratta dell'ultima frase di Ulp. D. 9,3,5,5.

Prima di leggerla, è bene che la inquadrino nella disciplina edittale complessiva. L'editto *de effusis et deiectis* recitava, a tenore dell'informazione che ce ne dà il Digesto<sup>31</sup>, come segue:

D. 9,3,1 pr. (Ulp. 23 ad edictum): *Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: 'Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. si eo ictu homo liber perisse dicetur, [quingenta aureorum]<sup>32</sup> iudicium dabo. si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo, ...'.*

Più avanti, nello stesso suo libro, Ulpiano spiegava ancora:

D. 9,3,1,5 (Ulp. 23 ad edictum): *Sed, cum homo liber perit, damni aestimatio non fit in duplum, quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest, sed [quingenta aureorum] condemnatio fit. 6: Haec autem verba 'si vivet nocitumque ei esse dicetur'<sup>33</sup> non pertinent ad damna, quae in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta eius vel quid aliud scissum corruptumve est, sed <ad> ea, quae in corpus eius admittuntur.*

e poi ancora:

D. 9,3,5,5 (Ulp. 23 ad edictum): *Haec autem actio, quae competit de effusis et deiectis, perpetua est et heredi competit, in heredem vero non datur. quae autem de eo competit,*

<sup>31</sup> Vedi LENEL, EP, 173 s.

<sup>32</sup> Si ritiene in genere che la pena originariamente prevista nell'editto fosse 'sesterium quingenta milium nummorum' (cioè 50.000 HS), e così ricostruisce il testo (insieme col parallelo Ulp. D. 9,3,1,5) il LENEL, EP, 173 con la n. 11, valendosi anche di Coll. 14,3,4.

<sup>33</sup> Nell'editio minor manca – per evidente errore – la chiusura dell'apice.

*quod liber perisse dicitur, intra annum dumtaxat competit, neque in heredem datur nec heredi [similibusque personis]<sup>34</sup>: nam est poenalis et popularis: dummodo sciamus ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere cuius interest, vel qui ad finitatem cognationeve defunctum contingat. Sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim heredibus iure hereditario competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quia non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur.*

Dall'insieme dei testi che abbiamo or ora considerato, si desume, in sintesi, il regime seguente<sup>35</sup>. Si considerano tre ipotesi:

*i)* (1 pr.): Se le cose gettate dall'appartamento abbiano cagionato un danno materiale, nel senso di un danno a cose, il danno verrà dal giudice valutato in una somma di denaro, e il soggetto che abita nell'appartamento verrà condannato al doppio di tale somma. (5,5:) L'azione relativa spetta al proprietario delle cose danneggiate, è perpetua e trasmissibile agli eredi, ma la legittimazione passiva all'azione non si trasmette all'erede del soggetto che abitava nell'appartamento al tempo del fatto (e questo è una conseguenza del carattere penale dell'azione, che per altro, non essendo *vindictam spirans*, ammette senza difficoltà la trasmissibilità attiva).

*ii)* (1 pr.): Se le cose gettate dall'appartamento abbiano cagionato la morte di un uomo libero, il soggetto che abita nell'appartamento verrà condannato in una somma fissa di denaro, dell'ammontare di 50.000 HS<sup>36</sup>. (1,5:) Questa somma fissa di denaro non va considerata una valutazione (*aestimatio*) del danno sofferto – e quindi non se ne fa il *duplum* – per la ragione che non è possibile una valutazione pecuniaria del corpo di un uomo libero. (5,5:) Questa azione, che nasce nel caso di perimento di un uomo libero, è un'azione penale popolare, quindi può essere esercitata da chiunque, ma può essere esercitata solo entro l'anno, e non si dà contro l'erede della persona che abitava nell'appartamento al tempo dei fatti, né si dà ad alcuno in quanto erede della vittima<sup>37</sup>. Quan-

<sup>34</sup> Considerato interpolato (forse non del tutto a ragione) secondo la classica indagine del LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti del diritto romano*, in *BIDR* 14 (1902), 159.

<sup>35</sup> Per i particolari, che specialmente interessano questa messa a punto del regime, si vedano soprattutto: FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano ed attuale I: Parte storica – Diritto romano*, Torino 1894, 18 ss. (soprattutto sulle azioni popolari in generale; poi anche sul *iudicium ex lege Plaetoria*, 26 ss.; sull'*actio de effusis et deiectis*, 33; sull'*actio de posito et suspensio*, 33); CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le 'actiones populares'*, Napoli 1958, 156 ss. (in particolare p. 161 ss.; 163 ss.; 165 ss.; 172 ss. – su Gai. D. 9,3,7, con menzione del testo parallelo Gai. D. 9,1,3 alla p. 174 –; 176 ss.). Sulla condanna *in bonum et aequum* vedi VOGLI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano 1939, 20 n. 3; 84 ss.

<sup>36</sup> Cfr. sopra, la n. 32.

<sup>37</sup> Ulp. D. 42,27,8: *Omnes populares actiones neque in heredes dantur neque supra annum extenduntur*. (CASAVOLA, *Studi cit.* (sopra, n. 35), 162 (dove cita anche Ulp. D. 2,3,1,4, che però è diverso), e precisa: "Tuttavia non riteniamo che sia la perpetuità ad escludere il carattere popolare dell'azione, per quanto tra poco diremo a proposito dell'azione per il ferimento del libero, ma piuttosto la trasmissibilità agli eredi. Discende infatti immediatamente dalla natura dell'*actio popularis*, estranea al patrimonio e proprio per questo carattere in tipica opposizione all'*actio privata*, la intrasmissibilità ereditaria").

to alla legittimazione attiva generale, dipendente dal carattere popolare dell'azione, va tenuto presente che al suo esperimento si ammetterà con precedenza la persona che vi abbia interesse (cioè abbia sofferto un danno per la morte della vittima) o che abbia avuto con essa rapporti di parentela o affinità.

*iii*) (1 pr.): Se le cose gettate dalla finestra abbiano colpito un uomo libero senza ucciderlo, ma cagionandogli dei danni, il soggetto che abita nell'appartamento verrà condannato ad una somma determinata secondo equità dal giudice. (1,6:) I danni di cui qui si parla sono i danni che abbia sofferto la persona dell'uomo libero, e non le cose che egli eventualmente avesse con sé, come per esempio i danni ai suoi abiti o ad altre cose che recasse seco: i danni a queste cose verranno dunque valutati secondo il criterio *i*). (5,5:) L'azione prevista all'inizio di questo punto *iii*) è perpetua a favore della vittima; ma (siccome essa è sempre un'azione popolare, salva la precedenza assoluta della legittimazione attiva della vittima), se voglia esperirla un soggetto diverso, essa è annua: come azione popolare, esperibile da chiunque, potrà magari essere anche esperita da un erede della vittima, ma non a questo titolo, in quanto essa si riferisce ai danni prodotti al corpo di un uomo libero, che non sono danni pecuniari e quindi la relativa pretesa non si trasmette agli eredi.

Come si vede, per le conseguenze della caduta di cose dalla finestra dell'appartamento di un'*insula* l'editto pretorio proponeva tre azioni. Le prime due non interessano particolarmente il discorso che stiamo facendo qui. La prima riguardava i danni materiali, cioè i danni a cose, nell'ampio senso che questo termine assume riferito all'ambiente dell'antichità, comprendente cioè anche gli schiavi; si trattava dunque di un'azione affine a quella aquiliana, che differiva da questa per la considerazione del comportamento dannoso – che si limitava alla constatazione del fatto che degli oggetti dannosi erano stati buttati da una certa finestra –, del nesso causale – che consisteva nell'accertamento della provenienza da quella finestra – e per la valutazione della colpa, che era sostituita da un criterio oggettivo d'imputabilità del danno al soggetto che abitava nell'appartamento al quale la finestra apparteneva; ma non differiva dalla disciplina aquiliana per la valutazione del danno sofferto dal proprietario delle cose danneggiate: solo che la condanna poi era pronunciata sempre *in duplum*, indipendentemente dalla circostanza che il convenuto avesse o no assunto in giudizio la posizione di *infitiants*, com'era invece per l'azione aquiliana. La seconda azione possiamo pure – in questa sede ed almeno per ora – lasciarla da parte, perché la pena che essa prevedeva era una pena fissa, e come tale non solo prescinde da qualunque *aestimatio* del danno cagionato e sofferto, ma presenta – data la sua immutabilità per qualunque caso – un marcato carattere di punizione e non di risarcimento.

Ma per la terza azione le cose sono diverse. Essa – per l'espressa precisazione di Ulpiano in D. 9,3,2,6 – si riferisce unicamente ai danni che hanno colpito l'uomo libero sopravvissuto: se anche cose sono state nel contesto di fatto danneggiate, questi danni appartengono all'ambito d'applicazione della prima delle tre azioni. Ora, questa azione per i danni cagionati alla persona dell'uomo libero è un'azione popolare, ma riservata con assoluta priorità alla vittima stessa, e consideriamola dunque in se stessa in questa sua applicazione. In questa azione, come precisava il

pretore nell'editto (lo si legge alla fine di Ulp. D. 9,3,1 pr.): il convenuto veniva condannato a *'quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari'*, frase che riecheggia precisamente la stessa formulazione che avevamo visto appartenere alla formula dell'*actio iniuriarum*<sup>38</sup> (*quantam pecuniam recuperatoribus bonum aequum videbitur ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio condemnari*): si trattava dunque – del resto la dottrina romanistica non mi pare abbia dubbi in proposito – di un'azione *in bonum et aequum*. Ma, che cosa in pratica la vittima potesse ottenere con questa azione, lo sappiamo, perché già lo abbiamo letto nel testo gaiano – che ripropongo –:

D. 9,3,7 (Gai. 6 *ad edictum* prov.): *Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum <aestimationem> quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. cicatricium autem aut deformitatus nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam habet aestimationem.*

Notiamo subito, a questo punto, che quanto qui Gaio ci dice che l'attore otterrà sperando l'azione *de effusis et deiectis* per i danni alla persona di un uomo libero viene presentato come corrispondente ad un calcolo che è identico a quello che abbiamo letto in Ulp. D. 9,2,7 pr. per la condanna nell'*actio utilis ex lege Aquilia* esperita dal *pater* per i danni che il *sutor* aveva prodotto al suo *filius* percuotendolo con la *forma calcei*. Eppure l'*actio de effusis et deiectis* per i danni ad un uomo libero non era un'azione per i danni materiali come l'azione aquiliana – che fosse diretta o utile –, bensì un'azione *in bonum et aequum* come l'*actio iniuriarum*. Ma il fatto che essa comportasse una condanna *in bonum et aequum* non impediva che per determinarne l'ammontare si tenesse conto delle spese mediche, del mancato guadagno contingente e della diminuzione permanente della capacità di lavoro che le lesioni fisiche avevano cagionato alla vittima. Anzi, questa soluzione non è soltanto enunciata nei testi che abbiamo già considerato: essa vi viene pure dommaticamente inquadrata nelle parole finali del citato Ulp. D. 9,3,5,5:

*... quippe, quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quia non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur.*

Qui Ulpiano, che parlava appunto delle conseguenze economiche dell'*effusum vel deiectum* che abbia toccato un uomo libero, descrive i fatti come un *'damnum dari in corpore libero'*, precisa che non si tratta di *damnum pecuniarium*, ma per dire che *ex bono et aequo oritur*: e ciò faceva per spiegare come esso potesse venire in considerazione in un'azione, ma la relativa pretesa non possa far parte della successione che avvenga dalla vittima stessa ai suoi eredi.

<sup>38</sup> LENEL, EP, 399. Cfr. Ulp. D. 47,10,17,2.

Dobbiamo prestare attenzione a questa nozione di *damnum* che *ex bono et aequo oritur* e non è un *damnum pecuniarium*. Si tratta dunque, anzitutto, di un *damnum*: questo significa che si tratta, per la vittima, di una perdita subita; ma si tratta di un danno del tutto personale, tanto personale che non si può ammettere che gli eredi possano pretendere che la sua entità possa in qualche modo trasmettersi a loro; non è un danno pecuniario, perché non è valutabile in denaro; da ciò si conclude che esso non può essere risarcibile sulla base di un'*aestimatio*: esso può solo essere compensato col criterio del *bonum et aequum*. Le parole '*ex bono et aequo oritur*', che nel testo hanno appunto come soggetto la parola *damnum*, sono particolarmente significative: esse vogliono evidentemente dire che il danno di cui si tratta rappresenta una nozione di perdita soggettiva che non appartiene alla categoria dei danni apprezzabili con criteri esclusivamente o prevalentemente economici, perché è un danno valutabile solo con criteri diversamente concepiti, e precisamente concepiti in funzione di una giustizia sapienziale del giudice nel caso concreto.

Le conseguenze di questa prospettiva risultano, io credo, più chiare adottando come punto di vista il comportamento che il decreto pretorio che accorda l'azione richiede al giudice. In questa prospettiva si deve tener conto anzitutto che l'azione è penale: e ciò significa che la *summa condemnationis* deve essere adatta a rappresentare la punizione per un concreto delitto commesso. Però l'azione penale in questione è un'azione penale privata, e rappresenta lo strumento per sanzionare un comportamento antigiuridico dannoso, per il quale il privato non dispone di altra specifica tutela; sotto questo profilo l'azione è simile all'azione aquiliana, ma non può spingersi l'analogia al punto di dire che anche quest'azione *rei persecutionem continet*, perché una sanzione *in bonum et aequum* non ha la sostanza di una *rei persecutio*; resta però il fatto che possono esistere delle perdite pecuniarie del soggetto leso, per le quali egli non dispone di altri mezzi di soddisfazione.

Come si pongono in questo contesto le somme erogate dalla vittima per le cure mediche, il mancato guadagno per le attività di lavoro che la vittima non ha potuto svolgere a seguito delle lesioni subite, e la diminuzione della sua capacità di lavoro a seguito degli esiti di tali lesioni? Qui si tratta di danno pecuniario, che viene anche in considerazione nell'azione aquiliana come danno materiale, come interesse del proprietario dello schiavo ferito. Nell'azione *in bonum et aequum* devono però venire ugualmente in considerazione, sebbene sotto altro profilo: il colpevole deve essere punito per il male che ha fatto, e tali entità economiche rappresentano una prima valutazione sicura del male che egli ha fatto: di questo male sono le sole componenti per le quali nei fatti esiste una misura implicita. Ed in questa misura almeno il colpevole deve essere condannato: è sicuramente *bonum et aequum* condannarlo a queste somme.

Vediamo ora di trasportare questo ragionamento nel contesto delle azioni che abbiamo potuto in qualche modo esaminare.

Nell'*actio de effusis et deiectis* per il caso di lesioni non mortali all'uomo libero, le somme suddette rappresentano tutto quanto può servire a concretare la condan-

na del convenuto. La sua è una responsabilità senza colpa; non solo; ma non si richiede neppure che sia accertato che il soggetto colpito dalla sanzione sia l'autore materiale dell'*effusio* o della *deiectio*. Ragioni di polizia urbana esigono la sua condanna, ma il carattere punitivo della sentenza resta tale e non assume per nulla carattere risarcitorio. Ciò perché l'azione è popolare, cioè può essere esercitata da chiunque: il che significa, da un lato, che la condanna egli la subirà certamente: se non agirà l'interessato, qualcun altro lo farà di sicuro, magari uno degli attenti profittatori, che sono numerosi in agguato, forse deplorabili ma utili all'ordinamento. Questo *quivis* che agisca, s'intascherà lui la pena: tanto peggio per l'interessato, se non si è manifestato tempestivamente: ma, come dice un vecchio brocardo, il diritto è fatto per i *vigilantes*; comunque la pena sarà sempre quella, calcolata in relazione alla parte lesa, perché l'autore dei fatti sanzionati dovrà essere condannato per quel che precisamente ha fatto.

Se l'azione esperita sia invece l'*actio ex lege Aquilia utilis*, essa spetterà solo al soggetto lesa, e quelle somme rappresenteranno il solo oggetto della condanna in quanto le conseguenze dell'atto che non si sono concretate in spese mediche o in diminuzione della capacità di lavoro, come cicatrici e deformità, riguardando il corpo di un libero e non quello di uno schiavo, non sono valutabili come deprezzamenti dell'oggetto lesa, perché un oggetto lesa non c'è.

Quanto all'*actio iniuriarum*, dobbiamo trasferirvi la stessa logica. Quello, che l'indagine che abbiamo svolto ci permette di aggiungere alle informazioni dirette che ci danno le fonti, è il fatto che anche qui il calcolo che il giudice deve fare in funzione della determinazione della pena doveva partire dall'acquisizione delle somme del tipo di quelle che abbiamo visto considerate nelle altre azioni: e cioè le spese, il mancato guadagno e il valore delle prospettive di mancato guadagno che il fatto ingiurioso avesse cagionato; a queste si aggiungeva la valutazione equitativa dell'offesa, che sappiamo essere valutata nella prospettiva della gravità dell'offesa come tale. Penso soprattutto al fatto che la gravità dell'ingiuria poteva prescindere del tutto dal danno che essa poteva avere cagionato. Così, per esempio:

– che l'*iniuria* è maggiore quanto più numerose sono le persone che la commettono:

Gai. D. 47,10,34. ... *et tanto maior iniuria, quanto a pluribus admessa est*

– che un'ingiuria, che sarebbe lieve se commessa da un uomo libero, può diventare grave se commessa da uno schiavo:

Ulp. D. 47,10,17,3 *Quaedam iniuriae a liberis hominibus factae leves (non ullius momenti) videntur, enimvero a servis graves sunt. Crescit enim contumelia ex persona eius qui contumeliam fecit.*

– che un'ingiuria fatta ad un *filiusfamilias* in un modo per cui l'*actio iniuriarum* ne risulti acquistata tanto al figlio quanto al padre, non viene valutata allo stesso

modo nell'azione che poi venga esperita dall'uno o dall'altro, e può anche esser maggiore quella fatta al *filius*, perché la *dignitas* di questi può essere superiore a quella del padre:

Ulp. D. 47,10,30,1: *Si filio iniuria facta sit, cum utrique tam filio quam patri acquisita actio sit, non eadem utique facienda aestimatio est,*

Paul. eod. 31: *cum possit propter filii dignitatem maior ipsi quam patri iniuria facta esse.*

3. – Da tutto lo sparpagliato discorso che ho fatto fino a questo punto possono, io credo, trarsi alcune considerazioni dotate di un carattere generale, nel senso che mi pare possano fornire un'idea intorno alla prospettiva che la giurisprudenza romana adottò con riguardo alla tematica della risarcibilità del danno e dei criteri che la concreta riparazione del danno ingiusto potevano governare. Prima di tentare questa sintesi, premetto che essa riguarderà unicamente i concetti basilari, senza toccare i diversi argomenti specifici che pure potrebbero essere implicati, come quello – che pure riveste un certo carattere generale – della risarcibilità del danno indiretto, oltre a quello del danno diretto, o i numerosi spunti – che pure potrebbero sbocciare in lineamenti generali della disciplina – i quali, come sempre avviene nella ricerca di diritto romano, si rinvergono nella casistica delle fonti, come ad esempio:

D. 9,2,29,3: *... idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis [piscatorum] inciderat, aestimarunt, plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur.*

Vengo dunque alla considerazioni generali, che mi ero proposto.

Possiamo partire dalla semplice constatazione che abbiamo potuto fare: che i giuristi operavano una chiara distinzione fra danni risarcibili e menomazioni non risarcibili; e leggendo alcuni testi, si potrebbe anche desumere una tendenza ad usare il termine *damnum* per i soli danni risarcibili come danni materiali (questa tendenza potrebbe ravvisarsi ad esempio nei primi due passi che abbiamo letto in materia di concorso fra *actio ex lege Aquilia* e *actio iniuriarum*: Ulp. Lab. D. 47,10,15,46 e la prima frase di Paul. D. 47,10,34 pr.) ed una seconda tendenza ad usare il termine *aestimatio* per la sola valutazione dei danni materiali risarcibili, perché *homo enim liber nullo pretio aestimatur* (Paul. 5,1,1). Ma queste stesse tendenze non costituiscono poi una scelta assoluta né rigorosa, perché abbiamo visto il termine *damnum* impiegato pure per il *damnum non pecuniarium* che *ex bono et aequo oritur* (Ulp. D. 9,3,5,5), e possiamo anche leggervi frasi come questa di Ulp. Lab. D. 47,10,17,2: *... quia de damno, quod per iniuriam factum est, agatur*, in coerenza con l'impiego del verbo *aestimare* e del sostantivo *aestimatio* per indicare il

complesso dell'operazione effettuata dal giudice per determinare la condanna del convenuto nell'*actio iniuriarum*<sup>39</sup>.

La prospettiva che, alla fin fine, le fonti rivelano è, io credo, da impostare nel modo seguente.

Partiamo dalla constatazione che comunque, il giudice dell'*actio iniuriarum*, procede ad una quantificazione pecuniaria dell'*iniuria* subita. Come diceva infatti Ulpiano:

D. 47,10,28 (Ulp. 34 *ad Sab.*): *Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur.*

Ciò vuol dire chiaramente che i fatti ingiuriosi non sono fonte di un credito, ma solo ci legittimano ad un'*actio*, la cui funzione è quella di punire il colpevole: però, una volta esperita l'azione, si è concretata nell'attore un'aspettativa giuridicamente protetta come un credito, ad ottenere una somma di denaro dal convenuto. Con ciò non si può dire affatto che l'*actio iniuriarum* '*rei persecutionem continet*' come l'*actio ex lege Aquilia*, perché in essa non v'è alcuna *res* che possa *persequi*; tuttavia la condanna nell'*actio iniuriarum*, una volta instaurato il rapporto processuale, è pur sempre una somma di denaro che spetta all'attore in forza dell'*iniuria* subita. Questa somma dovrà essere determinata dal giudice in modo composito: la valutazione dell'offesa in se stessa sarà fatta come determinazione della pena che si è meritato di subire l'ingiurioso convenuto, ma essa comprenderà anche le spese e i danni quantificabili in denaro che l'attore ingiuriato ne abbia sofferto. Ma si tenga pure conto del fatto che la valutazione stessa dell'offesa, e cioè la determinazione della sua gravità, vale a dire del male inflitto, dipende pure dal male sofferto: non aveva certo perso, la giurisprudenza classica, il senso della disciplina decenvirale, che puniva con 25 assi uno schiaffo, con 300 assi una frattura e con il taglione la mutilazione, il quale taglione poi in pratica venne sostituito da una somma determinata d'accordo fra le parti (le dodici tavole – è noto – prevedevano le due soluzioni come alternative), nel quale accordo certo giocava l'entità della mutilazione. E si tenga d'altra parte conto del fatto che per i danni materiali vi sarebbe stata anche l'*actio ex lege Aquilia utilis* che, come abbiamo potuto desumere, per questa parte della rispondenza dell'ingiurioso non poteva cumularsi con l'*actio iniuriarum*.

La disciplina complessiva che ne discende risulta, in realtà, semplice, e per descriverla possiamo impiegare delle classificazioni, che i giuristi romani non hanno fatto, ma che mi sembra siano implicite nella loro impostazione, ed anzi nella lettura dei testi abbiamo potuto scorgerne gli spunti.

Incominciamo da una classificazione del danno, il quale – sotto il profilo che ci interessa – può essere distinto in danno risarcibile e non risarcibile.

<sup>39</sup> Vedi ad esempio: Iav. D. 47,10,21; Ulp. D. 9,2,5,1.

Risarcibile è il danno materiale, ed il suo risarcimento si valuta con *aestimatio* in senso proprio, cioè con quantificazione pecuniaria delle manchevolezze che gli corrispondono.

Non risarcibile è il danno non materiale, come le menomazioni che riguardano il corpo di un uomo libero. Questo danno non può essere valutato in se stesso, ma viene in considerazione nella determinazione della condanna del convenuto, quando questi deva subire una pena per il fatto in se stesso dal quale il danno è stato cagionato.

Complementare a questa classificazione del danno risulta una classificazione delle azioni che vengono in considerazione al proposito. La divisione relativa dobbiamo farla fra l'azione *in id quod interest* – che si tratti di azione penale o di azione reipersecutoria – e l'azione *in bonum et aequum*, che è sempre azione penale.

Nell'azione *in id quod interest* vengono in considerazione unicamente i danni risarcibili.

Nell'azione *in bonum et aequum* vengono in considerazione i danni non risarcibili, e vengono anche in considerazione danni risarcibili, nei limiti in cui questi devano considerarsi dipendenti dal fatto individuato con i connotati che gli rendano applicabile la pena che l'azione ha lo scopo d'irrogare. Questo spiega, ad esempio, perché, in se stesse, le malformazioni del corpo dell'uomo libero siano rilevanti nell'*actio iniuriarum*, che punisce l'offesa in una misura rapportata alla sua gravità, e non nell'*actio de effusis et deiectis*, dove il fatto punito non viene individuato come offesa, per cui esse potranno venirvi in considerazione unicamente se costituiscono la causa di una diminuzione della capacità di lavoro.

4. – Quanto ho detto finora rappresenta, a mio modo di vedere, l'insieme degli elementi che permettono di impostare in un modo che considererei corretto il problema del danno risarcibile nel diritto romano. Ma non posso esimermi, prima di considerar concluso – pur nei suoi limiti – il discorso, dal prendere in considerazione un altro settore del diritto classico, nel quale potrebbe sembrare far capolino una sorta di previsione del risarcimento di qualunque danno, senza possibilità di distinguere danni risarcibili e non risarcibili. Il campo che viene così in considerazione è quello delle azioni la cui formula era munita di clausola restitutoria, e di conseguenza la condanna risultava subordinata alla mancata restituzione. Ora, se, dopo che il giudice avesse già pronunciato contro il convenuto, ordinandogli la restituzione con specificazione analitica del da farsi, il convenuto non restituisse potendo restituire, il giudice stesso avrebbe deferito all'attore il giuramento sul valore dell'oggetto della restituzione, ed avrebbe poi emanato la sentenza di condanna in quell'ammontare. Questo regime processuale è ben delineato in un testo di Ulpiano, che è scritto con un riferimento iniziale alla *rei vindicatio*: io devo però presentare il passo omettendovi le consistenti aggiunte, che i compilatori del Digesto vi hanno interpolato per adeguarlo al regime del processo dei loro tempi, che prevedeva anche la condanna *in ipsam rem* e la relativa esecuzione *manu militari*:

D. 6,1,68 (Ulp. 51 *ad ed.*): *Qui restituere iussus iudici non paret [...], si quidem habeat rem [...], si<ve> [quidem] dolo fecit quo minus possi<dea>t, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti ea res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet.*

Nelle fonti compaiono diverse attenuazioni al rigore della disciplina, come presentata da Ulpiano, soprattutto nel senso che il giudice potesse deferire all'attore il giuramento munendolo di una *taxatio*. Questa soluzione è certo da escludersi, e da ritenersi interpolata nei testi nei quali la si legge; io credo che si possa solo ammettere che il giudice avesse la possibilità, per ragioni particolari dipendenti dalla qualità delle parti, dal carattere dei fatti oggetto del giudizio, e magari dalla natura dell'azione, di disattendere, nella sua decisione finale, la pretesa dell'attore attenuandola<sup>40</sup>. Per altro verso, di una qualsiasi responsabilità dell'attore per falso giuramento non esiste traccia. In questa sede, comunque, a noi interessa solo considerare il sistema nella sua struttura di base, che deve pure considerarsi corrispondere al suo normale significato pratico, come vedremo.

Per chiarire bene come intendo possa pensarsi alla possibilità che la disciplina processuale descritta si connetta in qualche modo col problema della risarcibilità del danno, ritengo opportuno ragionare su di un esempio, e scelgo quello dell'azione di rivendicazione di uno schiavo. La formula che un Aulo Agerio impiegava per rivendicare il proprio schiavo Stico da un Numerio Negidio suonava così.

*Titius iudex esto. Si paret hominem Stichum q. d. a. Auli Agerii esse ex iure Quiritium, neque is homo arbitrato iudicis a Numerio Negidio Aulo Agerio restituetur, Titius iudex, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.*

Sulla base di questo decreto il giudice, dopo esaurita l'istruttoria dibattimentale, se avesse maturato il convincimento che l'attore doveva considerarsi aver provato la sua proprietà dello schiavo controverso, interveniva con una pronuncia favorevole ad AA – nel senso che dichiarava '*hominem Stichum q. d. a. Auli Agerii esse ex iure Quiritium*' – e conseguentemente ordinava al convenuto NN di restituire ad AA il possesso dello schiavo Stico. (Poniamo, per semplicità, che non vi fossero altri elementi da aggiungere alla *restitutio*, come somme di denaro corrispondenti a frutti percepiti dal convenuto o al valore di menomazioni che questi avesse cagionato allo schiavo durante il suo possesso). E poniamo che il convenuto fosse perfettamente in grado di effettuare tale restituzione (lo schiavo Stico non era nel

<sup>40</sup> Ho delineato questa problematica nel mio *Corso I* (cit. sopra, n. 1), 427.

frattempo morto, né era stato rapito da terzi ecc.), ma rifiutasse di farlo. Allora il giudice deferirà ad AA il giuramento estimatorio. Poniamo ancora, a questo punto, che AA fosse particolarmente affezionato a Stico perché questi era suo figlio naturale, e che pertanto tenga conto di questa importanza che lo schiavo aveva per lui, proponendo come valutazione una somma enormemente più alta del suo valore venale. In questo modo l'irrilevanza dei sentimenti personali di AA verso lo schiavo, che abbiamo visto comparire nelle fonti come entità irrilevante ai fini di un risarcimento, ne diverrebbe invece componente effettiva se NN, persistendo nel suo rifiuto a restituire, venisse condannato in quell'ammontare.

Il fatto è però che il meccanismo del *iusiurandum in litem* non era stato creato a questo scopo, e di conseguenza funzionava anche, in pratica, in modo diverso.

Si deve partire dalla considerazione del fatto che il *iusiurandum in litem* veniva deferito all'attore solo se la restituzione permaneva possibile, e che quindi il convenuto aveva una scelta effettiva fra il soggiacere a tale *aestimatio* e la restituzione. E si tenga ulteriormente conto che, quando l'alternativa si pone, la restituzione è già stata dal giudice accertata come dovuta, e quindi la presenza di Stico nel possesso di NN risulta già inequivocabilmente illecita nei confronti di AA. Il meccanismo di cui parliamo appare così escogitato al solo fine di tutelare AA nel suo diritto alla restituzione. Faccio un esempio per chiarire questo punto. Poniamo che, quando ancora, alquanto prima del processo, lo schiavo era nel possesso del suo *dominus*, NN gli avesse chiesto di venderglielo, ed AA avesse rifiutato, ed in seguito, venutosi in qualche modo NN a trovare nel possesso dello schiavo, pensasse di approfittare di questa situazione: se, di fronte alla rivendica di AA, NN venisse, non restituendo, condannato al valore venale di Stico, avrebbe semplicemente ottenuto l'effetto della compravendita che AA aveva rifiutato di concludere con lui. Ma tutto il problema va visto in una prospettiva ancor più ampia. Come mi è già avvenuto in altra sede di sottolineare<sup>41</sup>, gli strumenti giurisdizionali della procedura formulare erano concepiti in generale come schemi per la risoluzione delle controversie che lasciavano chiaramente intendere, agli interessati in una lite concreta, quale sarebbe stato l'esito del processo a seconda della misura nella quale i fatti rilevanti sarebbero potuti essere provati: si trattava di azioni destinate a non essere esercitate se non in casi nei quali la realtà – di fatto e solo talora di diritto – del caso poteva essere dibattuta. Ora, nel nostro problema, siamo nella stessa linea: la condanna altissima, magari esagerata, alla quale si espone il convenuto in un processo che implica il *iusiurandum in litem*, ha la sola funzione di assicurare che il convenuto, una volta accertatosi che ha torto, restituirà per essere assolto; l'alternativa della condanna al valore della lite non è previsto che egli la scelga mai. È proprio per questo che il processo formulare venne costruito con una condanna sempre pecuniaria e senza prevedere l'esecuzione in forma specifica: l'esecuzione

---

<sup>41</sup> Nel cit. *Corso* I, 148 ss.

*manu militari* rappresenta un'inutile onere per lo Stato, perché in pratica sempre meno giovevole per l'attore di una restituzione eseguita volontariamente dal convenuto, controllata dall'attore e verificata dal giudice come condizione per l'assoluzione di chi in sostanza ha perso il processo.

Tutto questo ci permette di dire che il sistema del *iusiurandum in litem* non può venire in considerazione sotto il profilo del risarcimento del danno: si tratta di un meccanismo puramente processuale, che tende ad assicurare a una serie di giudizi l'esito che si ritiene in pratica più funzionale.

ALTRI SCRITTI IN ORDINE CRONOLOGICO



## FINZIONI \*

La finzione non è uno strumento dommatico: essa non reca in sé alcun apporto conoscitivo; suppone la padronanza tecnica della realtà giuridica, ma non contribuisce alla sua conoscenza. Si tratta di un puro espediente tecnologico.

Per colui che la impiega, la finzione ha sempre lo scopo di raggiungere un certo risultato pratico, che senza la finzione non sarebbe giuridicamente possibile: diciamo, ad esempio, munire di una certa azione un soggetto che di tale azione non disporrebbe.

Tutto ciò spiega il diverso carattere che la finzione ha assunto nelle due grandi esperienze europee della giurisprudenza, il diritto romano e il *Common Law* inglese.

Il diritto romano fu il prodotto dell'attività di giuristi che si ponevano, quando davano i loro *responsa*, anche se cautelari, in atteggiamento imparziale; essi, se dovevano indicare come fosse possibile dare ad un soggetto un'azione che non gli sarebbe spettata, rispondevano nel modo seguente: anzitutto si rivolgevano non alla parte, ma al magistrato giudicante, e per prima cosa stabilivano che la parte in questione non aveva l'azione perché il diritto non la prevedeva, ma l'equità o l'interesse pubblico esigevano che la parte fosse ugualmente protetta; e, se la protezione poteva essere accordata mediante una finzione, dicevano al magistrato di istruire il giudice nel senso che egli giudicasse considerando veri certi fatti che non lo erano. Il risultato era che il pretore ordinava al giudice di giudicare come se certi fatti che non erano veri lo fossero stati. La finzione è scoperta. Quando il pretore, concedendo l'*actio Publiciana*, ordina al giudice di giudicare dando ragione all'attore si anno *possedisset, tum si eum hominem q. d. a. ex iure Quiritium eius esse oporteret*, usa i tempi dell'irrealtà, e cioè gli dice di giudicare come se così fosse, sapendo bene che così non è.

Il *Common Law* fu il prodotto del dibattito giudiziario. Le soluzioni erano escogitate dagli avvocati, e quindi concepite nell'interesse di parte. I giudici erano imparziali, ma non inventavano soluzioni: accettavano o no quelle che gli avvocati avevano escogitato. Gli avvocati consigliavano i loro clienti inducendoli a compiere atti che avevano il solo scopo di creare situazioni inesistenti al so-

---

\* Pubblicato in F. BRUNETTA D'USSEAU (ed.), *Le finzioni nel diritto (Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova. Collana di monografie, 80)*, Milano 2002.

lo scopo di ottenere certi risultati. Quando i giudici erano convinti che la cosa era utile e opportuna, ammettevano che le parti facessero a meno di compiere quegli atti inutili fingendo che li avessero compiuti: cosicché agli atti del processo risultavano avvenuti fatti non avvenuti, e magari presenti soggetti inesistenti.

Il discorso fatto finora può servire come premessa generale, ma in realtà la casistica – o tipologia – delle finzioni si presenta con connotati più complessi. Farò, d'ora in poi, riferimento al solo diritto romano, nel quale possiamo concentrare il discorso intorno a tre punti:

a) Una finzione può semplicemente risultare dal fatto che le parti – beninteso, istruite in ciò da un giurista – compiono atti i quali, secondo le regole vigenti, producono un effetto voluto, ma essi non sono, per loro natura, destinati a produrre tale effetto. La scelta di adottare la finzione dipende in questo caso dal fatto che tale via appare più economica (più semplice, più rapida, o piuttosto più sicura, per esempio perché è suscettibile di più agevole prova o è munita di maggiore pubblicità) che non la via normale per giungere allo stesso effetto. Un esempio caratteristico nel diritto romano è quello della *in iure cessio*, processo *in rem* fittizio impiegato per trasferire la proprietà, costituire un diritto reale frazionario o effettuare la manumissione di uno schiavo. Il processo si svolgeva solo *in iure*, e si concludeva con l'*addictio* (con valore di giudicato), pronunciato sulla base di una confessione giudiziale del convenuto, che accettava la *vindicatio* dell'attore. L'effetto – chiarisco con riferimento al trasferimento di proprietà – realizzava un acquisto a titolo derivativo (data l'efficacia *inter partes* del giudicato) munito di tutta la pubblicità connessa col processo.

b) Una finzione può consistere in una dichiarazione non vera di una parte, ma effettuata in un modo o in circostanze che la rendono efficace senza possibilità di controllo o di prova contraria. Un esempio romano è quello dell'*accepti latio*, che realizzava la remissione di un'obbligazione nata da *stipulatio*. L'atto era formale, e consisteva in un dialogo tra debitore e creditore, il quale ultimo, a domanda del primo, ammetteva di avere ricevuto quanto dovutogli (*Quod ego tibi promisi acceptum habes? Habeo*); l'atto presupponeva l'efficacia estintiva del pagamento reale, e produceva, malgrado il difetto di questo in concreto, l'effetto estintivo (remissorio) in quanto consisteva in una confessione stragiudiziale, che estingueva l'azione.

Va notato che l'antica giurisprudenza pontificale, che operò fin verso il 300 a.C. e creò, per scelta di metodo, molti atti giuridici formali, diffidò sempre dall'impiego della finzione nel contesto degli atti stessi. L'*accepti latio*, di cui si è detto, appartiene già alla giurisprudenza laica (questa – per altro – in genere non propensa alle invenzioni formalistiche): una volta che vi ricorse, creando la *mancipatio familiae* per render possibile l'adozione del testamento scritto, la quale consisteva in una vendita fittizia del patrimonio (*familia*) del testatore ad un fi-

duciario, adottò per l'atto un formulario che indicava chiaramente che la *mancipatio*, nel caso, non era diretta al trasferimento della proprietà, e che la si faceva solo per quel particolare scopo. Infatti, secondo la forma del negozio, l'acquirente non diceva (come nella normale *mancipatio*) 'aio [che l'oggetto] *meum esse ex iure Quiritium isque mihi emptus esto* etc.' bensì «il tuo patrimonio mi sia comprato per essere in mia custodia e mandato» e precisava che ciò era fatto «perché tu possa correttamente fare testamento secondo la legge» (*familia pecuniae tua endo mandatelam custodeamque meam*) *quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere esto mihi emptus*: Gai. 2,104).

c) E veniamo infine alle finzioni processuali. Queste finzioni sono proprie della procedura formulare; il loro impiego s'iniziò probabilmente nel primo secolo a.C. e durò per tutto il periodo in cui il processo formulare fu impiegato, fin verso la metà del III secolo d.C., dunque sin verso la fine del periodo che usiamo qualificare «classico». Scopo generale della finzione processuale era quello di realizzare l'applicazione analogica di regole proprie di una situazione A ad una situazione B, che si vuol considerare analoga ad A, ma che l'interprete del sistema non potrebbe considerare analoga. Con ciò si comprende che alla finzione processuale corrisponde un ordine, quindi un atto precettivo, ma emanato in funzione di un disegno normativo. L'ordine proviene dal magistrato giurisdicente ed è diretto al giudice, in un concreto, singolo processo. La finzione è collocata nella *formula*, la quale, come si sa, costituisce il *decretum* (scritto) col quale il magistrato nomina il giudice per la controversia sottopostagli, ed ordina al giudice di giudicare, formulandogli esattamente il quesito, che egli doveva risolvere assolvendo o condannando il convenuto a favore dell'attore, ed indicandogli anche, se del caso, particolari criteri che egli doveva seguire o particolari misure che egli doveva adottare nel suo procedere e nella sua decisione. Le formule munite di finzione (*fictio*) erano tutte previste anche in generale nell'editto pretorio: ciò è connesso col carattere normativo della finzione stessa – come dicevo sopra: imposizione di applicare ad una certa situazione le regole proprie di un'altra – e tutte le *actiones ficticiae* erano azioni pretorie, per cui la regola che con esse si applicava apparteneva al *ius honorarium*.

Un esempio varrà a spiegare il meccanismo. Pensiamo che il soggetto N sia debitore di A per la somma di 100 HS (= sesterzi) che A gli ha dato a mutuo. Se A agisse contro N, che non gli ha restituito la somma, la formula che egli otterrebbe dal pretore conterrebbe il seguente *iussum iudicandi* diretto al giudice Tizio, all'uopo nominato: «Se risulta che N deve dare 100 HS ad A, il giudice Tizio condanni N a dare 100 HS ad A, se non risulta lo assolva». Poniamo ora che, prima che il creditore A agisca, N sia morto, e gli sia succeduto H come unico erede; siccome, in questo caso, H è divenuto *iure civili* per successione debitore di A, la formula dell'azione che A potrà esperire contro H sarà, salvo il nome del diverso convenuto, identica alla precedente («Se risulta che H deve dare 100 HS ad A, il giudice Tizio condanni H a dare 100 HS ad A, se non risulta lo as-

solva»). Poniamo ora invece il caso che, morto N, la sua successione non sia stata regolata secondo il sistema della *hereditas* – cioè di eredità del *ius civile* – bensì secondo il sistema della *bonorum possessio* del *ius honorarium*: i beni ereditari sono questa volta pervenuti al *bonorum possessor* BP a seguito di un provvedimento del pretore, e dunque BP non è erede di N; perciò, se in questo caso A agisse contro BP sulla base di una formula concepita come quella che abbiamo da ultimo considerata con il convenuto H («Se risulta che BP deve dare 100 HS ad A, il giudice Tizio condanni BP a dare 100 HS ad A, se non risulta lo assolva»), BP risulterebbe alla fine assolto, perché «non risulta che BP deve dare 100 HS ad A». Ma, siccome il sistema successorio della *bonorum possessio* era stato introdotto dal pretore per modernizzare i criteri dell'attribuzione *mortis causa* dei patrimoni e non per frodare i creditori, è ovvio che il pretore dovesse pure provvedere ad applicare poi al *bonorum possessor* le stesse regole sulla successione nei debiti, che il *ius civile* dettava per l'*heres*. E dunque, in un caso come quello che stiamo considerando, egli avrebbe accordato ad A contro BP un'azione nella cui formula visarebbe stato il seguente *iussum iudicandi*: «Se BP fosse erede di N, se allora risultasse che egli dovrebbe dare 100 HS ad A, il giudice Tizio condanni BP a dare 100 HS ad A, se non risulta lo assolva». È chiaro che la finzione (*si BP heres Ni esset tum si pareret BPm A° CHS dare opoteret*: Gai. 4,34) non vuol cambiare la realtà dei fatti, né occultarla: l'ordine del pretore al giudice di applicare norme relative ad un caso diverso non è mascherato facendo apparire diverso il caso e magari imponendo al convenuto di ammettere i fatti così come presentati se non vuol vedersi negato il diritto di difendersi.

## BONA FIDES E STRUTTURE PROCESSUALI \*

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Il *liberum officium* del giudice nei *iudicia bonae fidei*. – 3. Caratteri del criterio della buona fede. – 4. In particolare sulla domanda riconvenzionale. 5. Criterio di buona fede ed *exceptio doli*. – 6. Conclusione: *bona fides* e *mala fides*.

### 1. *Il problema*

In Gai 4,114 si dice, alludendo ai giudizi di buona fede, che '*in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis*'. Il lettore di questa affermazione si pone, naturalmente, due domande: che cosa vuol dire Gaio con ciò? Perché nei giudizi di buona fede l'*officium iudicis* è *liberum*?

### 2. *Il liberum officium del giudice nei iudicia bonae fidei*

Cominciamo dalla prima domanda, e vediamo anzitutto che cosa si trae dal passo in esame. Gaio si sta occupando di un problema, che ha posto nei termini seguenti:

Gai 4,114: *Superest ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is cum quo agitur post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat.*

Il problema posto è dunque questo: il convenuto, dopo la *litis contestatio* (*post acceptum iudicium*) e prima della sentenza (*ante rem iudicatam*), ha dato soddisfazione all'attore (*satisfaciat actori*), vale a dire ha eseguito la prestazione corrispondente a quel che l'attore lamentava intentando l'azione. Il problema di sapere se in tal caso il convenuto vada assolto o condannato si pone per una ragione di tecnica processuale. Infatti: per una regola della procedura formulare, il giudice deve giudicare con riferimento alla situazione, dedotta in giudizio, quale essa era al momento della *litis contestatio*; nel caso in esame, al momento della *litis contestatio* è

---

\* Pubblicato in L. GAROFALO (ed.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* I, Padova 2003.

chiaro che la pretesa dedotta in giudizio dall'attore era fondata; essa risulta comunque fondata perché il convenuto ha offerto la prestazione relativa: ed egli l'ha offerta o per ordine del giudice, quindi dopo che il giudice ne aveva stabilita la fondatezza, o spontaneamente, nel quale secondo caso con l'offerta della prestazione il convenuto ha ammesso il suo dovere di eseguirla. Pertanto, è chiaro che il giudice dovrebbe condannarlo. Ma una simile condanna sarebbe evidentemente ingiusta, perché l'attore è già stato soddisfatto e precisamente il convenuto lo ha già soddisfatto. Una tutela del convenuto, dunque, s'impone.

Dal seguito del testo di Gaio, benché lacunoso, ma in modo – per un fortunato caso, questa volta – abbastanza innocuo, appare chiara l'impostazione che al problema davano i giuristi delle due scuole. Tutti erano, anzitutto, d'accordo nel senso che il problema non si poneva se la formula dell'azione esercitata fosse stata munita della clausola che noi usiamo chiamare *arbitratus de restituendo*, o clausola arbitraria, quando cioè le parole stesse della formula espressamente indicassero – secondo un'acuta integrazione del Krüger – *ita demum reum condemnandum esse, nisi arbitrato iudicis rem restituerit*; il che avviene in tutte le *actiones in rem*, nonché nelle azioni *in personam*, nelle quali la clausola arbitraria sia presente. Con riguardo alle azioni con formula priva della clausola restitutoria il problema si poneva, ed i giuristi delle due scuole erano in dissenso: i cassiani sostenevano che il giudice dovesse direttamente assolvere in ogni caso, in forza del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*', tradizionale nell'insegnamento di Sabino e Cassio – e di questo principio non è il caso di parlare qui –; dell'opinione proculiana Gaio non sembra parlare, ma essa doveva evidentemente corrispondere alla sola alternativa pensabile a quella cassiana: la condanna del convenuto era inevitabile; con il che la tutela del convenuto, impossibile sul piano processuale, veniva trasferita su altro piano. È evidente, infatti, che la prestazione del convenuto rappresentava un pagamento indebito, per la ripetizione del quale il convenuto stesso avrebbe avuto a disposizione la *condictio*; ed egli avrebbe comunque avuto a disposizione l'*exceptio doli* contro l'*actio iudicati* dell'attore vittorioso ma già altrimenti soddisfatto. Ma, dice ancora Gaio, cassiani e proculiani erano pure d'accordo che l'assoluzione del convenuto sarebbe stata da adottare nel caso in cui il processo in questione fosse stato un *iudicium bonae fidei*, perché in questi processi l'*officium iudicis* è libero: il che, nel caso specifico, significa che in questi giudizi il giudice avrebbe avuto il potere di comportarsi come se la formula contenesse la clausola restitutoria.

Questa impostazione che ho adottato nell'espone l'ultimo punto – che è quello che ora ci interessa – mi sembra cogliere esattamente il senso di quell'aggettivo *liberum*, usato da Gaio: il *iudex* di un *iudicium bonae fidei* è *liberum* rispetto alla formula ed al suo tenore. Ma una libertà rispetto alla formula, per i principi del processo formulare, non può a sua volta provenire che dal tenore stesso della formula, perché è dalla formula che il giudice trae i suoi poteri. E, che cosa v'è, dunque, nella formula dei *iudicia bonae fidei*, che rende il giudice libero rispetto al tenore della formula stessa? Evidentemente ciò che, nella formula, fa del *iudicium* un *iudi-*

*cium bonae fidei*, e quindi l'*intentio* fondata nella *bona fides*: '*quidquid ob eam rem NmNm AoAo dare facere oportet ex fide bona*'.

Beninteso, questa libertà del giudice non può essere intesa se non nel senso che egli dispone, in forza di una formula che contenga un'*intentio* che aggancia il suo giudizio al criterio della *bona fides*, del più ampio potere discrezionale: egli potrà valersi di ogni strumento che una formula può consentire ad un giudice, anche se la formula non ne faccia espressa menzione. Questo suo potere discrezionale conoscerà certo dei limiti: ma solo nel senso che, provenendogli esso dal criterio della buona fede, si estenderà a tutta la zona funzionale a tale criterio di giudizio, ma i confini di tale zona saranno i suoi stessi confini. Egli potrà prendere in considerazione le eccezioni formulate dalle parti, purché si tratti di eccezioni funzionali ad un giudizio secondo buona fede; ma il campo è assai vasto, perché comprende, come punto di partenza, l'eccezione di dolo, e ciò comporta che la zona penetri nel campo dell'*exceptio metus*<sup>1</sup>, dell'*exceptio pacti* e di tutte le *exceptiones in factum*<sup>2</sup>; da Gai 4,61 risulta poi che egli potrà prendere in considerazione le domande riconvenzionali del convenuto. La presa in considerazione da parte del giudice di queste istanze di parte implicherà spesso l'impiego di speciali meccanismi processuali, che si baseranno soprattutto sul potere, riconosciuto al giudice di un giudizio di buona fede, di imporre oneri ad una parte, in ispecie all'attore.

### 3. Caratteri del criterio della buona fede

Ma, se dobbiamo dunque prendere atto di tutto ciò, ci si deve pur chiedere perché ciò avvenga. Perché, in sostanza, il fatto che in una formula il magistrato imponga al giudice – è questo, infatti, il senso dell'*intentio* '*quidquid dare facere oportet ex fide bona*' – di determinare quanto il convenuto debba all'attore, facendo riferimento al parametro della buona fede, comporti la descritta ampiezza del potere discrezionale di costui. Ora, la ragione risiede soprattutto nel fatto che il criterio della buona fede ha carattere casistico e dimensione relativa. Quando si deve determinare quel che NN deve *dare facere ex fide bona*, il criterio in gioco è certo quello che noi chiamiamo della buona fede oggettiva; esso dunque non fa riferimento alla coscienza del soggetto, alle sue consapevolezza, ma al suo comportamento; ciò non toglie che l'espressione impiegata per alludere a tutto questo abbia una connotazione soggettiva, che si concreta con evidenza nell'aggettivo; la *fides* che è *bona* invece che *mala* è certo un parametro per giudicare solo un contegno, ma un contegno che lascia presumere un *habitus* interiore; la differenza tra la buona fede soggettiva e la buona fede oggettiva sta certo nel fatto che la prima può an-

<sup>1</sup> Cfr. Pomp. D. 4,2,14,13.

<sup>2</sup> Ulp. D. 44,4,2,5.

che non trasparire dal comportamento e la seconda si rivela solo nel comportamento: ma ciò solo perché quando è in gioco la buona fede soggettiva essa viene determinata per poter qualificare un comportamento che non varia, mentre la buona fede oggettiva serve a discriminare comportamenti varianti. Un possessore di buona o di mala fede si comporta sempre da possessore, e bisogna appunto stabilire se facendo così lo fa sapendo di ledere diritti altrui o no. Un venditore o un conduttore si comportano secondo buona fede o no se si comportano in modo conforme o difforme da un modello di venditore o conduttore consapevole dei suoi doveri sociali. Dunque, nella buona fede soggettiva, viene in rilevanza il foro interno del soggetto in questione; nella buona fede oggettiva, il foro interno che viene in considerazione è quello del modello, non quello del soggetto: ma la comparazione col comportamento del modello permette, anche se non di attribuirgli l'anima del modello, bensì di trattarlo come si dovrebbe trattare uno che tale animo abbia. Il mondo dei traffici, degli scambi, ha bisogno di parametri oggettivi, ma tali parametri funzionano, nel loro complesso, se costruiti su modelli conformi ad una tipologia ideale di uomini buoni ed onesti. Il risultato è quello della determinazione dei comportamenti buoni ed onesti nella dimensione concreta. E questa dimensione, come dicevo prima, nel campo degli affari è relativa: qui il comportamento rilevante non è tanto il comportamento in genere, ma quello relativo alla controparte, da valutarsi dunque anche con riguardo al comportamento della controparte stessa. Quando il pretore ordina al giudice di stabilire quel che NN deve ad AA *ex fide bona*, non gli dice di valutare quel che NN avrebbe fatto e farebbe se fosse buono ed onesto, ma quel che NN avrebbe fatto rispetto a quel che ha fatto AA se fossero entrambi vissuti in una dimensione esistenziale di buoni ed onesti. Ebbene, per questo tipo di giudizio, osservare quel che le parti hanno fatto può non rivelarsi sufficiente: quel che è accaduto può non permettere di capire come stiano le cose: non sono successe, magari, proprio le cose che sarebbero dovute accadere per rivelare il carattere del comportamento di entrambi. Prendiamo l'inizio di un testo d'Ulpiano:

D. 19,1,13,8 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur ...*

AA ha comprato qualcosa da NN per un certo prezzo, e poi nessuno dei due ha eseguito: né NN ha fornito la cosa ad AA, né costui ha pagato. Si sono comportati in modo scorretto entrambi, o correttamente entrambi, o uno correttamente e l'altro scorrettamente? Quel che ora succede è che AA agisce contro NN, reclamando che NN non gli ha dato la cosa, e per questo si è comportato scorrettamente; ma NN controbatte che lo scorretto è AA, perché non gli ha pagato il prezzo: e sostiene di essere correttissimo, perché nulla gli impone di rischiare di perdere la cosa dandola ad un compratore che poi non lo pagherà. In questa diatriba si può continuare all'infinito, ed il giudice non ha elementi per giudicare, senza metter le parti alla prova. Egli lo farà nel modo più semplice: imponendo al compratore-attore l'onere di offrire il prezzo alla controparte: questi sarà assolto solo se, accettata l'of-

ferta del prezzo, presterà a sua volta la cosa. In questo caso l'impasse è superata: le parti non si fidavano l'una dell'altra, ma nulla di scorretto v'era stato; ma se il convenuto accetti il prezzo e non presti la cosa, sarà condannato in misura conveniente, perché il suo comportamento scorretto si è manifestato. Come si vede, il giudice non avrebbe potuto giudicare questo caso, se non avesse avuto il potere di mettere alla prova le parti, e di assolvere il convenuto adempiente in corso di giudizio. Ma, osserviamo ancora, il giudice deve intervenire in modo intelligente, altrimenti rischierebbe di compromettere tutto. In particolare, nel nostro caso, doveva ben guardarsi dal commettere l'errore di imporre all'attore l'onere di pagare il prezzo, invece che semplicemente di offrirlo. Se egli avesse imposto al compratore-attore di pagare il prezzo, il venditore-convenuto, rifiutando l'offerta che l'altro gliene avesse fatta, avrebbe potuto uscire assolto: perché l'attore, non avendo pagato, non avrebbe adempiuto l'onere impostogli dal giudice e quindi non avrebbe potuto ottenere la sentenza favorevole; così il convenuto avrebbe ottenuto il risultato che, col suo comportamento, ha rivelato essere sua intenzione, e cioè di liberarsi dal vincolo di un contratto non più di suo gradimento; e questo sarebbe stato un comportamento scorretto, che l'insipiente intervento del giudice avrebbe permesso di realizzare. Gli interventi del giudice possono essere invero delicati e talora alquanto difficili. Leggiamo il paragrafo successivo di Ulpiano:

D. 19,1,13,9 (Ulp. 32 *ad ed*): *Unde quaeritur, si pars sit pretii saluta et res tradita postea evicta sit, utrum eius rei consequatur pretium integrum ex empto agens an vero quod numeravit? Et puto magis id quod numeravit propter doli exceptionem.*

Il testo è scritto in modo talmente sintetico, che il filo conduttore può non apparire evidente. Anzitutto, per semplicità e per rendere il meccanismo più evidente, vi si ragiona supponendo che il valore dell'evizione della cosa equivalga al suo prezzo. Il compratore aveva pagato solo una parte del prezzo quando aveva ricevuto la cosa che poi gli è stata evitta, ed ora agisce con l'*actio empti* chiedendo i danni da evizione nella misura intera, ma la controparte intende liberarsi pagando solo un ammontare pari alla parte del prezzo ricevuta. Il giudice, secondo Ulpiano, deve dar ragione al venditore, e motiva dicendo che la soluzione è questa '*propter doli exceptionem*'. Con ciò egli vuol dire che il convenuto-venditore, sostenendo di potersi liberare pagando solo una somma pari al prezzo ricevuto, ha in sostanza fondatamente opposto un'*exceptio doli* alla richiesta dell'attore tendente ad ottenere la restituzione del prezzo nella misura intera. È evidente che Ulpiano non considera la pretesa dell'attore in se stessa infondata: essa verrà respinta, ma non perché infondata, bensì perché viziata da dolo. Infatti: allo stato presente delle cose, la pretesa dell'attore è del tutto fondata; con l'evizione – sempre supposto, come ho precisato sopra, che il valore dell'evizione equivalga al prezzo – il compratore ha subito il danno in quella misura: egli ha perso la cosa comprata, e quindi ha perso l'intero prezzo, perché, se pur del prezzo egli ha pagato solo una parte, del resto egli è pur sempre debitore, e il venditore ha azione contro di lui per ottenerlo. Il

suo dolo nel chiedere l'intero sta nel fatto che egli così si comporta nel senso precisato da Paolo in D. 44,4,8 pr.: *Dolo facit, qui petit quod redditurus est*. Se egli, con la presente azione, ottenesse l'evizione nella misura intera, graverebbe il venditore della necessità di tornare a chiedergli il resto non pagato del prezzo, e magari agire contro di lui per ottenerlo: e questo non rappresenta che una pura "chicane" da parte del compratore, con l'ulteriore conseguenza di gravare il venditore del rischio della propria insolvenza, se magari, non appena ottenuto l'intero prezzo, egli lo usasse per tacitare suoi pressanti creditori pronti ad aggredirlo non appena sentito l'odor del denaro pervenuto nella sua cassa. Il nostro giudice deve essere attento: egli ha, nel suo *liberum officium*, il potere di ammettere anche l'*exceptio doli*: ma deve pure riconoscere quando la richiesta di una parte rappresenta l'opposizione di un'eccezione: perché non dispone di una formula, nella quale la natura delle singole circostanze rilevanti è ben identificata dai modi di composizione di questa.

#### 4. In particolare sulla domanda riconvenzionale

Abbiamo visto che nei giudizi di buona fede il giudice può prendere in considerazione la domanda riconvenzionale del convenuto. Questo problema della domanda riconvenzionale merita di essere un poco approfondito. Consideriamo dapprima un testo dal quale risulta un caso nel quale la domanda riconvenzionale è espressamente esclusa: l'azione di cui si tratta è una *rei vindicatio*, e dunque un *iudicium strictum*, ma munito di clausola restitutoria.

D. 39,22,9,2 (Ulp. 53 *ad ed.*): *Alfenus quoque scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto, idque Labeo probat: nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri, nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa. ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit, nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit. sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est.*

Dobbiamo limitarci, per non uscire dal nostro seminato, a considerare il testo soltanto da un punto di vista specifico. Ma incominciamo dal fatto: da un fondo superiore è scivolata in un fondo inferiore una spessa massa di terra, posandovisi così com'era, con tutti i vegetali che vi crescevano: la massa stessa ha un valore consistente, e cadendo ha cagionato anche danni consistenti al fondo inferiore e le sue culture. Il proprietario del fondo superiore, e quindi della massa che se ne è staccata, ha interesse a recuperarla; il proprietario del fondo inferiore ha interesse a liberare il suo terreno dalla massa che vi si trova ed ha inoltre interesse a farsi risarcire i danni cagionati dall'incidente. A tutela dei tre interessi individuati vi sono tre azioni: il proprietario superiore ha la *rei vindicatio* della sua massa con le relative

accessioni (*si paret crustam AiAi esse*); il proprietario inferiore ha la *negatoria servitutis* per ottenere la ripulitura del suo terreno (*si paret ius NoNo non esse ita crustam habere*); queste due sono azioni reali, e potranno essere esperite solo finché non si realizzi l'accessione della massa al terreno in cui è caduta, cioè finché i vegetali che vi si trovano non protraggano le loro radici a prender nutrimento dal terreno del proprietario inferiore; il proprietario inferiore ha poi ancora l'azione '*in personam de damno iam facto*' per ottenere il risarcimento dei danni che l'incidente gli ha cagionato. Le due esigenze contrapposte tutelate con azione reale potranno essere entrambe soddisfatte con l'esercizio di una sola azione: se il proprietario inferiore esercita la sua *negatoria*, la *restitutio* del proprietario superiore convenuto coinciderà con l'interesse del proprietario inferiore alla completa ripulitura del suo terreno e nel contempo coprirà la soddisfazione del suo proprio interesse al recupero della massa; se il proprietario superiore esercita la sua *rei vindicatio*, per tutelare entrambi gli interessi sarà necessario bensì un intervento, ma si tratterà di un intervento pretorio: *nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa*. Come si potesse tecnicamente realizzare questo scopo, di non accordare la *rei vindicatio* al proprietario superiore se non si impegnasse a togliere ben bene «tutto quanto era caduto giù», è difficile dirlo: ma comunque era certo un intervento pretorio quello che regolava la questione: una stipulazione pretoria rappresenta la soluzione per noi più facile da immaginare. Per la pretesa del proprietario inferiore al risarcimento dei danni, invece, non esiste che la menzionata *actio in personam de damno iam facto*: non solo tale pretesa non potrà esser fatta valere con l'azione negatoria – questo è ovvio – ma il testo esclude espressamente che essa possa costituire l'oggetto di una domanda riconvenzionale nel contesto della *rei vindicatio* della massa, esercitata dal proprietario superiore. La motivazione, che Ulpiano sembra leggere presso Labeone – '*nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri*' afferma precisamente che la presa in considerazione di quel punto risulta estranea alla competenza del giudice della *rei vindicatio*.

Ora, noi sappiamo invece che, nella *rei vindicatio*, una domanda riconvenzionale del convenuto poteva essere possibile, e precisamente lo era soprattutto nel caso, che con quello di D. 39,22,9,2 presenta sensibili analogie, in cui il possessore di buona fede avesse, durante il suo possesso, sostenuto spese che avessero aumentato il valore della cosa rivendicata. Vi sono anzitutto alcuni passi che hanno perno, in modo diverso, in testi di Paolo, dei quali leggeremo ora soltanto<sup>3</sup>.

D. 44,4,14 (Paul. 3 resp.): *Paulus respondit eum, qui in alieno solo aedificium extruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam possideat et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.*

<sup>3</sup> Ma vedi pure: Paul. Proc. D. 6,1,27,5; Gai. eod. 28; Pomp. eod. 29; Gai. eod. 30; Paul. D. 19,1,45,1.

Ed un testo<sup>4</sup> di Papiniano, dal quale risulta non solo la competenza del giudice alla considerazione della domanda riconvenzionale, ma anche l'ampiezza del suo *officium* nella definizione dei contenuti di tale suo intervento:

D. 6,1,48 (Pap. 2 resp.): *Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bonae fidei 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.*

Come si vede, quel che attribuisce, in questi casi, al giudice la competenza a prendere in considerazione la domanda riconvenzionale è la presenza, nella formula, di un'eccezione di dolo. Due problemi ci si pongono dunque: di spiegare come la presenza dell'*exceptio doli* nella formula possa avere tali conseguenze, e perché nel caso della *crusta lapsa* (D. 39,22,9,2) della possibilità di intervenire con questo strumento i giuristi – si trattava di Alfeno, Labeone e Ulpiano – non facessero cenno alcuno.

Incomincerò dall'ultimo punto: il primo problema esige una considerazione attenta, alla quale dedicherò il paragrafo seguente.

Non credo si possa pensare che nel caso della *crusta lapsa* si debba attribuire all'antichità della soluzione del caso la mancata presa in considerazione delle possibilità dell'*exceptio doli*. Il caso, è ben vero, è presentato come trattato sulla base di un testo di Alfeno, e quindi esso faceva parte della casistica di scuola serviana: alla semplice obiezione che la scuola serviana conosceva già i rimedi basati sul dolo, che da Cicerone sappiamo essere stati introdotti da Aquilio Gallo, e che, secondo l'acuta anche se non certissima deduzione che ne ha elaborato il D'Ippolito debbono essere stati escogitati da Gallo prima, e ben prima, del 77-76 a.C.<sup>5</sup>, potrebbe certo opporsi che a quel tempo non si fosse ancora pensato allo specifico impiego dell'*exceptio doli*, che qui ci interessa. Ma anche così, non si spiegherebbe il silenzio di Ulpiano. La ragione che cerchiamo sta semplicemente, io credo, nella struttura pratica del caso in esame.

In un caso di smottamento, come quello descritto in D. 39,22,9,2, è ben possibile, anzi è pensabile sia questa l'ipotesi più frequente, che il valore della massa caduta risulti inferiore a quello dei danni che essa ha cagionato al fondo inferiore. Si deve pure pensare che il rapporto fra i due valori in questione non possa essere ap-

<sup>4</sup> Vd. anche Pap. D. 6,1,65 pr.

<sup>5</sup> D'IPPOLITO, *Sulla data dell'actio de dolo*, in *Labeo*, XLI, 1995, 247 ss. Il D'Ippolito si riferisce solo all'astio *de dolo* che secondo lui, dunque, Servio avrebbe conosciuto non ancora trentenne (vd. pagina 250). Ma io credo che tutto il discorso vada automaticamente esteso anche all'*exceptio doli*, perché Cicerone, se parla solo del *iudicium de dolo malo* in *nat.* 3,30, 74, con le parole *C. Aquilius ... protulerat de dolo malo formulas* di *off.* 3, 14, 60 si doveva riferire anche al testo dell'eccezione.

prezzato con precisione prima che i lavori di recupero della terra caduta siano stati effettuati. In ogni caso, è normalmente prevedibile che il proprietario inferiore non possa essere compensato dei danni subiti trattenendosi semplicemente la terra caduta nel suo terreno. Questa considerazione diviene decisiva, se si pensa che il meccanismo dell'*exceptio doli* avrebbe come naturale conseguenza che il proprietario superiore rivendicante potrebbe liberarsi dell'obbligazione di risarcire i danni, che la sua *crusta* ha cagionato, rinunciando a rivendicarla. Perché se, come stiamo vedendo, la proposizione di una domanda riconvenzionale era possibile nei processi che stiamo esaminando, su di essa il giudice avrebbe potuto provvedere solo mediante imposizione di oneri all'attore, i quali oneri avrebbero potuto arrecare al convenuto unicamente il beneficio consistente nel non dover soggiacere agli esiti negativi del giudizio in cui egli era convenuto. Il giudice, in altre parole, non ha mai – comunque, in nessuna procedura formulare – la possibilità di condannare l'attore. Per ottenere la condanna dell'attore al convenuto non resta altra via, se non quella di farsi attore egli stesso esercitando un diverso giudizio. Nel caso della *crusta lapsa* il diverso giudizio esiste, ed esso solo offre al proprietario inferiore tutte le garanzie necessarie. Del tutto diverso è il caso del possessore di buona fede che abbia costruito sul fondo altrui: qui, non solo la situazione normale è inversa, perché il valore dell'oggetto rivendicato supererà sempre le spese sostenute per l'edificio, in quanto questo stesso viene rivendicato insieme al fondo, ma una diversa azione, per ottenere il rimborso delle spese sostenute, non è disponibile per il possessore. Come dicono i testi che abbiamo letto, e come risulta dal regime dell'arricchimento ingiustificato: perché un negozio di attribuzione tra le parti non è intercorso:

D. 12,6,33 (Iul. 39 dig.): *Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, conditio 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.*

##### 5. Criterio di buona fede ed *exceptio doli*

La possibilità, nei casi che abbiamo esaminati, di proporre una domanda riconvenzionale, dipende dal fatto che il convenuto abbia ottenuto l'inserzione dell'*exceptio doli* nella formula della *rei vindicatio*. La presenza dell'eccezione di dolo nella formula attribuisce dunque al giudice uno dei poteri, che abbiamo visto essergli attribuiti dal fatto che la formula avesse un'*intentio* riferita al principio di buona fede. Ora, la ragione per la quale l'eccezione di dolo ha l'effetto processuale descritto, e cioè di ampliare l'*officium iudicis* nel senso indicato, dipende esattamente dal fatto che con l'*exceptio doli*, in relazione alla domanda riconvenzionale del convenuto in funzione della quale l'*exceptio doli* è stata inserita nella formula, il giudice viene investito di un'indagine che egli dovrà condurre in relazione al principio di buona fede.

Vediamo precisamente come la situazione si presenta.

Il testo – edittale – dell'*exceptio doli*<sup>6</sup> era il seguente: '*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat*'. Con questa formulazione, la clausola formulare attribuiva al giudice il potere di prendere in considerazione specifiche deduzioni del convenuto consistenti nel far valere il comportamento doloso dell'attore, e specificamente tanto i comportamenti di questo genere tenuti prima del processo, in relazione all'affare dedotto in giudizio, quanto il fatto che l'esercizio dell'azione stessa fosse viziato da dolo. Tutto ciò è perfettamente noto. Mi limiterò dunque ad una serie di osservazioni puntuali.

La prima cosa che va precisata, si è che quel che viene sottoposto all'attenzione ed alla considerazione del giudice non è il dolo dell'attore, ma un comportamento doloso dell'attore: *dolo malo AiAi factum sit* ovvero *dolo malo AiAi fiat*, Ora, è ben vero che «quel che sia stato fatto» o «venga fatto» con dolo appare definito come un comportamento determinato da intenzione fraudolenta: questo senso dell'espressione parrebbe risultare anche dalle definizioni classiche del dolo, che le fonti ci forniscono. Quella di Aquilio Gallo, di cui ci informa Cicerone:

Cic. *off* 3, 14,60: *Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur quid esset dolus malus respondebat: cum esset aliud simulatum, aliud actum. ...*

Cic. *nat.* 3,30,74: *... iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius familiaris noster protulit, quem dolum idem Aquilius tum teneri putat cum aliud sit simulatum aliud actum.*

Quella di Servio, che riprendeva la definizione di Gallo, nonché quella di Labeone, che Ulpiano, dopo averle riportate entrambe, approvava:

D.4,3,1,2 (Ulp, 11 *ad ed.*): *Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicut faciunt, qui per eiusdem dissimulationem [deserviant] <se servant> et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. 3: Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.*

Il fatto è, però, che tutte queste definizioni si riferiscono al modello, alla stregua del quale si deve determinare il concreto comportamento doloso del soggetto di volta in volta in questione. Questa conclusione diviene incontestabile, se si leggono le fonti: ai fini del giudizio, tanto in relazione al dolo del convenuto nell'*actio de*

<sup>6</sup> Gai 4,119; O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum* 3 Leipzig, 1927, 512.

*dolo*, quanto dell'attore in presenza dell'*exceptio doli*, il dolo viene dai giuristi sempre desunto dal comportamento del soggetto come tale, e la casistica del dolo si concreta così in una gamma di situazioni tipizzate, come quella che abbiamo visto sopra, leggendo in Paul. D. 44,4,8 pr. *dolo facit, qui petit quod redditurus est*, oppure, senza incontrare un'espressione sintetica e caratteristica del concetto come questa, quando abbiamo appreso da Paul, D. 44,4,14 e Pap. D. 6,1,48 che si comporta con dolo chi rivendichi una cosa propria dal possessore di buona fede, che ne abbia aumentato il valore a proprie spese, senza offrirgliene il rimborso. La casistica è immensa: è in dolo l'erede che, gravato da un legato di usufrutto di un'*area*, vi abbia costruito un edificio prima di trasferirne la detenzione all'usufruttuario estinguendo così l'usufrutto con la *mutatio rei*<sup>7</sup>, è in dolo chi rivendichi una servitù costituita con un termine iniziale prima della scadenza del termine, con un termine finale dopo la scadenza del termine, o analogamente costituita sotto condizione sospensiva o risolutiva<sup>8</sup>, è in dolo il legatario, se il fondo legatogli sia stato liberato da una servitù per effetto della *confusio* intervenuta a causa dell'addizione dell'eredità, se non consenta a costituirla di nuovo<sup>9</sup>, e via dicendo con una casistica di decine di situazioni. Anche se talvolta la descrizione del fatto pare colorarsi di considerazioni soggettive, risulta sempre chiaro che solo l'apprezzamento delle circostanze potrà avere una rilevanza pratica: come quando Ulpiano<sup>10</sup> riferiva l'opinione di Marcello, secondo il quale non può agirsi *de dolo* contro colui che *in suo fodiens vicini fontem avertit*, finché egli l'abbia fatto *non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi*: perché è chiaro che il giudizio dipenderà dalla considerazione oggettiva dell'utilità dei lavori eseguiti per il fondo nel quale sono stati eseguiti.

In sostanza, l'indagine del giudice in tutti questi casi sarà impostata allo stesso modo di quella che abbiamo visto aver luogo nel contesto dei giudizi di buona fede: quel che viene in considerazione è il comportamento del soggetto in questione, ed il comportamento viene considerato alla stregua di modelli considerati caratteristici di soggetti di mala fede qui, come là di buona fede.

Perché il *dolus malus* è precisamente l'opposto della *bona fides*: Paul. D. 17,2,3,3: ... *bona fides contraria est fraudi et dolo*. Questa proposizione non ha bisogno di essere dimostrata: mi posso limitare qui ad illustrarla con la rilettura di un passo che abbiamo già considerato: quello del *de natura deorum*, nel quale Cicerone stava parlando del dolo, per sottolineare che esso non sarebbe possibile senza il dono della ragione, ed il discorso lo porta ad enumerare strutture giudiziarie sanzionatorie, pervenendo a scrivere come segue:

<sup>7</sup> Ulp. D. 7,4,5,3.

<sup>8</sup> Pap. D. 8,1,4 pr.

<sup>9</sup> Paul. D. 8,1,18.

<sup>10</sup> D. 39, 3,1,12.

Cic. nat. 3, 30, 74: ... *inde tota iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, inde iudicium publicum rei privatae lege Laetoria, inde everriculum malitiarum omnium iudicium de dolo malo, quod C. Aquillius familiaris noster protulit ...*

È certo vero che, per la struttura del suo discorso, Cicerone fa in questa pagina d'ogni erba un fascio, ma ciò non toglie che in queste righe che ne concludono la parte che egli dedica, della sua trattazione del dolo<sup>11</sup>, alle istituzioni processuali, egli tratta i *iudicia bonae fidei* come *iudicia de fide mala*, e li enumera in una sequenza che converge nel *iudicium de dolo malo* quale *everriculum* (ramazza) *malitiarum omnium*.

## 6. Conclusione: bona fides e mala fides

Bona fides e *mala fides*, cioè *dolus malus*: si tratta delle due facce dello stesso Giano: '*Quidquid dare fecere oportet ex fide bona*' e '*nihil in ea re dolo malo factum sit neque fiat*' individuano due zone complementari; e si tratta di zone che comprendono, ciascuna, una gamma di comportamenti. Non esistono comportamenti intermedi, nel senso che, per il diritto, i comportamenti indifferenti – il *barbam fricare* della Scolastica – sono semplicemente irrilevanti. Ma individuare una sfera di comportamenti umani con queste qualifiche, significa caricare il mondo del diritto di una dimensione in più. La Weltanschauung del giurista non è più quella bidimensionale del vietato e del permesso, dell'illecito e del lecito, del valido e del nullo; sul colonnato di questi dati normativi si pone la cupola del *bonum et aequum*, come sul virgulto dell'uva fragola s'innestano i rami del Cabernet o del Merlot, ed il giudice chiamato a muoversi nel nuovo ambiente che ne risulta deve essere egli stesso in grado di esercitare l'*ars boni et aequi*. Egli dovrà dunque essere in grado di creare uno spazio nuovo, nel quale le parti possano ancora agire, e questo nuovo agire egli deve poterlo controllare perfettamente. Il criterio della buona fede oggettiva, necessariamente munito del suo criterio complementare della mala fede oggettiva, una volta che la formula li abbia introdotti nel *iudicium*, hanno l'effetto di far continuare nel processo la vicenda che il giudice deve giudicare, sicché il suo giudicare, da semplice atto sanzionatorio della vicenda bloccata dalla griglia della *litis contestatio*, deve potersi trasformare in un impulso a far sì che quella stessa vicenda prosegua fino a concludersi, sotto i suoi occhi, in modo effettivamente giusto. L'esito finale, certo, non è garantito: compito del diritto processuale è solo, nei casi in cui esso si prospetta come possibile, di renderlo possibile in effetti.

<sup>11</sup> Il tema ne è enunciato in Cic. nat. 3,29,73: ... *quid ergo isti doli, quid machinae, quid fallaciae praestrigiaeque num sine ratione esse potuerunt?*

## GIOVANNI NICOSIA: INSEGNAMENTO E RICERCA \*

In un passato non molto lontano, quando più spesso che non oggi degli studiosi dedicavano loro opere a colleghi – come fece Paul Koschaker del suo *Europa und das römische Recht* a Salvatore Riccobono –, avveniva talora di leggere che il destinatario della dedica venisse qualificato dall'autore come “Lehrer und Forscher”: maestro e scienziato, o più precisamente, secondo il preciso senso delle parole, “persona che insegna e ricerca”. I due termini, presi nella loro sequenza come un'enumerazione, vengono a tratteggiare abbastanza banalmente l'attività di una persona che lavori in modo compiuto alla sua professione di docente d'alto livello. Ma se piuttosto le due parole si considerino come espressione unica dei due aspetti di una personalità, quasi questa si presenti come un Giano bifronte, si alluda cioè a chi insegna perché ricerca e ricerca perché insegna, se ne otterrebbe un profilo fedele della personalità scientifica di Giovanni Nicosia.

Naturalmente, se posso dir questo che ho detto, dipende anche dalla conoscenza diretta che ho del mio amico Giovanni, dai colloqui che abbiamo avuto, dalla partecipazione, che egli mi ha permesso di sperimentare, al suo contatto con i suoi studenti catanesi (scoprendo anche in concreto la laboriosa genesi dei famosi “quaderni”). Ma si tratta di cose delle quali ciascuno può rendersi conto anche solo percorrendo le pagine della sua opera edita. E già per certi caratteri esteriori di questa. I volumi pubblicati e ripubblicati dal Nicosia passano ampiamente la ventina – e non preciso il numero perché non sono sicuro di possederli, o comunque di averli reperiti tutti – ma, fra questi, di opere monografiche destinate solo alle biblioteche non ve ne sono che due: l'estesa trattazione del-*L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti* del 1960 e la densa e difficile, ma estremamente chiara, analisi dei problemi relativi agli interdetti *de vi* e *de vi armata*, pubblicata nel 1964 col titolo *Studi sulla deiectione I*. Gli altri volumi sono tutti connessi in modo diretto con l'insegnamento.

Un nucleo è rappresentato dalla sintetica – che non s'intenda come abbreviata – esposizione dei *Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma*, che partì nell'anno 1955/56 da una serie di corsi ciclostilati, poi ripresa in fascicoli a stampa e riedita in volume nel 1971, quindi accompagnata da un secondo volume, e infine (credo almeno) pubblicata come terza edizione nel 1995.

---

\* Pubblicato in: *Iura*, LVI (2006-2007).

Un secondo nucleo, anch'esso con una complessa storia di edizioni parziali varie, è quello della trattazione istituzionale del diritto privato, che si presenta con il titolo di *Institutiones* ed il sottotitolo “*profilo del diritto privato romano sulla base di passi scelti delle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano*”, seguito dalla compiuta rielaborazione edita nel 2001 con il titolo *Nuovi profili istituzionali essenziali di diritto romano*, edito l'ultima volta in due volumi nel 1997/98 col titolo *Institutiones. Profili di diritto privato romano*. (In proposito mi si permetta una specie di parentesi autobiografica: nella pagina di guardia del primo fascicolo delle *Istitutiones* nell'edizione 1990, riprendendo in mano la mia copia quando preparavo questo discorso che vi sto facendo, ho trovato che vi avevo scritto, a suo tempo: «come tutto diviene chiaro, senza perdere la sua complessità»; e non vi avevo aggiunto un punto esclamativo, perché, secondo le mie abitudini, se una frase ha in se stessa carattere esclamativo, il punto esclamativo le darebbe un colorito retorico o comunque ne attenuerebbe la precisa univocità).

Un terzo nucleo è rappresentato dai libri sul processo privato romano. Questi volumi sono tutti corsi: e ciò corrisponde al fatto che il discorso sul processo romano, che vi si svolge, non è affatto soltanto descrittivo, né pure consiste in una *summa* delle nostre conoscenze attuali, con puntuali precisazioni magari innovative, ma consiste nella problematica proposta e nella dimostrazione di una tesi del tutto nuova, anzi – per valerme di un termine abusato ma qui del tutto pertinente – una tesi rivoluzionaria sui primordi del processo romano, la quale serve d'impostazione per un nuovo punto di vista sul divenire dell'intero fenomeno considerato. Eppure tutta questa costruzione è affidata a tre corsi ciclostilati, dei quali i primi due sono stati poi ripubblicati a stampa – ma sempre come corsi – in due edizioni ciascuno (rispettivamente nel 1980 e nel 1985 il primo, e il secondo nel 1984 e nel 1986), mentre il terzo è rimasto nella sua veste ciclostilata del 1982. Con questi corsi è ancora connesso un volume dedicato specialmente all'origine ed all'evoluzione della *iurisdictio*, pubblicato in veste di dispensa, e col semplice titolo *Dispense dalle lezioni di diritto romano*, nel maggio 1995, ma con l'indicazione *Catania – Anno accademico 1994/95*.

Il quarto, ed ultimo nucleo in questa mia enumerazione, corrisponde al volume su *Il possesso*, indicato come volume *I*, e sottotitolato *Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995/96*, che rappresenta in modo singolare la prova del legame stretto fra l'attività scientifica e l'attività didattica del Nicosia, perché – come noteremo ancora – la sua stesura è contemporanea alla redazione della voce *Possesso nel diritto romano*, che uscì nel 1996 nel vol. XIV del *Digesto (quarta edizione)* della Utet.

Questa, già lunga – ma lunga perché Giovanni Nicosia ha lavorato molto, e non per un difetto che possa attribuirsi al carattere pletorico del mio dire – questa già lunga, dicevo, conferma della connessione intima della *Lehrtätigkeit* e del *Forschergeist* di Giovanni Nicosia, tratta dall'insieme dei libri da lui pubblicati, potrebbe trovare ulteriore, se pur più sottile conferma, estendendo l'esame agli articoli ch'egli ha scritto. Ma io credo valga meglio cercar di coglierne più intimamen-

te le ragioni profonde nel suo modo di pensare la scienza o, forse meglio, di pensare nella scienza.

\* \* \*

Mi rendo conto che il discorso, che a questo proposito intenderei fare, rischia di risultare arbitrario e soggettivo. Ma sento il dovere di impegnarmi, perché io credo che con il suo *modus operandi* stesso Giovanni Nicosia fornisca a tutti, e quindi in particolare possa fornire ai giovani, una lezione esemplare.

Leggendo i suoi lavori, risulta evidente che la sua prima preoccupazione, nell'affrontare una ricerca di diritto romano, è quello di conoscere in modo esauriente tutte le fonti che riguardano il tema, e tutta la letteratura che lo concerne. Questo, si dirà, è ovvio. Ma per nulla ovvio è il modo nel quale egli compie queste operazioni. Quanto alle fonti, dal modo in cui egli le tratta, si vede benissimo che queste non costituiscono una serie di passi rilevanti, bensì una tessitura di testimonianze che formano insieme un discorso corale contrappuntistico. Considerate così, nel loro insieme, le fonti vengono a coordinarsi secondo certi rapporti, in particolare si ordinano in linee corrispondenti ad un processo storico o in gruppi che rivelano connessioni sistematiche. Ma v'è anche altro, perché nel coro si avvertono voci stonate, e se le stonature sono numerose può avvenire che, facendole cantare da sole coll'imporre silenzio al resto del coro, esse risultino da sé sole perfettamente o almeno sufficientemente armoniche. In questo modo l'insieme può essere scisso e ricondotto a gruppi con un nuovo ordine, idonei a ricomporre un insieme diversamente modulato.

Anche la letteratura per il Nicosia non è una serie di opinioni più o meno uguali o variamente diverse, o confliggenti, sui vari argomenti. Leggendo le pagine in cui Giovanni parla della dottrina, ci si accorge immediatamente che egli non sta dando conto di tesi o argomenti, e neppure che stia riferendosi a libri o articoli. Gli autori egli li tratta come persone: sono persone che egli conosce bene anche nel loro aspetto – beninteso, nel loro aspetto di pensatori scientifici – con i loro tratti fisionomici; e ciò non solo per i personaggi che conosce personalmente o che ha potuto conoscere così in passato, ma anche per i vecchi classici, quelli che per la nostra generazione sono soltanto dei predecessori. Non voglio con ciò dire – mi s'intenda bene – che il Nicosia ceda mai alla tentazione, non dico certo di esprimere giudizi sugli uomini, ma neppure di adottare un approccio anedddotico con gli autori che cita: intendo qualcosa di più sottile e di più profondo. Mi spiego forse meglio con il semplice esempio di quel piccolo capolavoro che il Nicosia pubblicò in *Labeo* 1968, nel quale si ravvisa bene il suo desiderio di rimediare ad una lacuna del nostro comune patrimonio di fonti, lacuna di cui egli aveva sofferto redigendo il contributo relativo agli *animalia quae collo dorsove domantur*, pubblicato in *Iura* l'anno precedente. Nell'articolo di *Labeo* 1968 egli ha provveduto all'integrazione di Gai. 2,15, giungendo ad un risultato che può considerarsi sicuro, e che comunque – come ha espressamente giudicato il Guarino – è impeccabile: il testo ricostruito si presenta in

effetti come affatto coerente, conforme allo stile gaiano nella forma, e del tutto corrispondente ai dati che l'apografo dello Studemunt ci presenta quanto al numero delle lettere in lacuna, alle lettere presenti entro le lacune stesse ed all'esatta posizione di queste, il tutto calcolato tenendo anche conto delle abbreviazioni che potevano esservi presenti secondo le abitudini del redattore del manoscritto veronese. Ora, per quanto interessa adesso il discorso che vado facendo, la letteratura che il Nicosia aveva a disposizione relativamente all'integrazione era rappresentata soprattutto dai grandi editori classici, i quali avevano proposto le soluzioni che il Nicosia dimostra essere sicuramente inaccettabili, anche se magari solo per ragioni paleografiche. Ma quando egli li critica, questi autori, si avverte benissimo, in particolare per quanto riguarda il Krüger e lo Huschke, che egli vede nel primo il grande maestro della trattazione critica dei testi, dotato di ogni cognizione necessaria per il lavoro ricostruttivo, di una mente capace ed equilibrata e di un'esperienza vastissima, e nello Huschke riconosce uno studioso che può anche esser stato meno paziente, ma che possedeva un'intelligenza penetrante con bagliori di acuta genialità.

Ma per dare a questo mio discorso sul *modus operandi* di Giovanni Nicosia un aggancio più concreto, passerei ad analizzare – nel modo più rapido possibile, perché il tempo ha pur sempre le sue esigenze – due filoni dominanti della sua produzione scientifica.

\* \* \*

Il primo dei lavori che egli dedicò alla materia del possesso è stato il libro del 1960, *L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti*. Il problema che, in materia, gli si proponeva dipende dal fatto che, pacifico essendo che il *pater familias*, quindi *pater* o *dominus* dei suoi sottoposti, acquistava il possesso per mezzo di costoro – figli che fossero, o schiavi –, le fonti sono però discordanti sul punto della rilevanza della *scientia* (o della volontà) dell'avente potestà ai fini dell'acquisto. Vi sono testi che ammettono semplicemente l'acquisto al *paterfamilias* del possesso acquistato dallo schiavo o dal *filius* con un proprio atto, senza condizione alcuna, altre che lo ammettono solo al *pater sciens*, ma per il *pater ignorans* l'acquisto avrebbe luogo ugualmente se l'atto del sottoposto avesse avuto luogo *ex causa peculiari*, in altri ancora l'esigenza della *causa peculiari* dell'atto del sottoposto giocherebbe solo ai fini dell'usucapione da parte del *pater*. In questo stato delle fonti la dottrina – che si è di solito concentrata sul problema dell'acquisto per atto di uno schiavo – ha sostenuto pressoché tutte le tesi possibili: a partire da quella del Cuiacio, il quale ritenne che il possesso, per atto dei sottoposti, si acquistava *ex omnibus causis* all'avente potestà anche ignaro, ma che ai fini dell'usucapione la sua *scientia* era necessaria: però, se l'acquisto del sottoposto aveva avuto luogo *ex causa peculiari*, l'usucapione poteva compiersi *domino etiam ignoranti*. Nella letteratura dei nostri tempi, il tema della contraddizione fra i testi fu affrontato come tale e in tutta la sua estensione anzitutto dal de Francisci, che nel 1907 propose una soluzione valendosi dei metodi della critica interpolazionistica: mentre i giuristi

classici avrebbero ammesso l'acquisto del possesso *domino ignorantibus* solo *ex causa peculiari*, i Giustiniani avrebbero eliminato l'esigenza della *causa peculiaris*, e quindi i compilatori di Giustiniano provvidero a sopprimerne la menzione nei testi che escerpivano, ma eseguirono male questo lavoro, lasciandone sussistere alcune. La tesi del de Francisci ebbe successo, malgrado qualche riserva da parte del Solazzi (1911), che in particolare si mostrò propenso ad ammettere che già in epoca classica qualche giurista, come in particolare Ulpiano, avesse abbandonato la distinzione tra acquisti peculiari e non peculiari. Ma nel 1920 una nuova tesi con una visione opposta a quella del de Francisci fu proposta dal Beseler. Questi riprese la vecchia idea del Cuiacius, ma dimensionata nei nuovi parametri della *Interpolationenjagd*: in diritto classico il *potestatis subiectus* acquistava il possesso all'avente potestà senza che alcun rilievo avesse la scienza o la volontà di questi, né la circostanza che l'acquisto fosse avvenuto o no *peculiaribus nomine*; i Giustiniani introdussero il principio secondo il quale si acquistava *domino ignorantibus* solo *ex causa peculiari*, e interpolarono in vari testi tale limitazione; però l'idea della *causa peculiaris* risaliva al diritto classico, e quindi la sua menzione sarebbe genuina nei testi relativi, perché i giuristi l'esigevano ai fini dell'usucapione, in quanto il sottoposto non sarebbe stato da loro considerato idoneo a rappresentare il *paterfamilias* nella buona fede al di fuori del caso degli atti peculiari. La tesi del Beseler venne poi (1933) criticata dal Bonfante, che si riallacciò alla concezione del suo allievo de Francisci, componendo però una visione più sfumata: all'autore parve di poter scorgere un dissenso fra gli stessi giuristi classici, dove una soluzione, forse nata nella scuola proculiana e comunque seguita da Ulpiano, doveva avere oltrepassato, almeno in tesi generale, i confini della *causa peculiaris*, mentre la tesi più restrittiva, che deve ritenersi di scuola sabiniana e fu seguita da Paolo, venne comunque poi accolta dai compilatori di Giustiniano, che – come si sa – in materia di possesso si valsero soprattutto, nel Digesto, di materiale paolino; ma le concezioni proculiane vi fanno qua e là capolino, anche se la soluzione più larga (cioè che per l'acquisto del possesso non necessiti né la *scientia domini* né la *causa peculiaris*) ebbe sicuro e generale accoglimento solo ove il *dominus* fosse del tutto incapace di agire (infante, *furiosus*, *municipes*). L'intervento del Bonfante ebbe decisamente l'effetto di togliere pressoché totalmente seguito alla tesi del Beseler, e di lasciare come dominante l'idea del de Francisci, e cioè che i classici, in linea generale, ammettessero l'acquisto del possesso *per servum vel filium* al *dominus ignorans* solo *ex causa peculiari*.

Sintetizzando alquanto, ho voluto esporre lo stato della dottrina, come esso si presentava al Nicosia quando affrontò il tema. Ma ho dovuto farlo, perché l'atteggiamento da lui assunto nella sua ricerca è del tutto caratteristico del suo stile e del suo metodo, ed è nel contempo esemplare.

Il Nicosia valuta la vicenda della letteratura nel suo insieme: in questo modo non solo potrà poi, nel corso di tutto il libro, scorgere contraddizioni interne negli atteggiamenti dei singoli autori o dell'insieme degli autori che adottano certe linee interpretative; la visione complessiva del lavoro della dottrina gli ha permesso di

constatare che il complesso della ricerca svolta soffre tutto di una lacuna: non ci si è posta, o comunque non si è adeguatamente presa in considerazione la domanda iniziale, che avrebbe dovuto precedere ogni operazione costruttiva o interpretativa in materia di acquisto del possesso mediante i *potestati subiecti*.

E la domanda è: posto che, comunque, prescindendo dai problemi particolari che possono porsi, l'avente potestà può acquistare il possesso per effetto di un atto di acquisto realizzato da un sottoposto, qual è il fondamento dell'acquisto da parte dell'avente potestà? La risposta a questo interrogativo è raggiunta dal Nicosia per via esegetica: e qui lo soccorre la conoscenza complessiva dei testi in materia, dove egli può reperire quelli, numerosi, che concernono specificamente quel punto. E la risposta è univoca e sicura: per i giuristi classici il fondamento dell'acquisto del possesso mediante i sottoposti è costituito dal possesso che a sua volta il *paterfamilias* acquirente abbia sul sottoposto che realizza l'atto di acquisto. Il principio generale che si scorge reggere questa conclusione era già stato individuato dallo Jhering, come espressione della sua teoria della *juristische Symmetrie*: "Recht erzeugt Recht, Besitz Besitz"; come si può acquistare un diritto, per mezzo del sottoposto, solo in virtù del diritto che si ha su di lui, così si può acquistare il possesso solo in virtù del possesso che su di lui si esercita. A questo risultato il Nicosia aggiunge però una considerazione essenziale. Da quanto già accertato, risulta che il meccanismo dell'acquisto dei diritti mediante un sottoposto è diverso da quello dell'acquisto del possesso: ma si deve tener conto del fatto che anche qui va riconosciuta al sottoposto la capacità di porre in essere l'intera fattispecie acquisitiva; quindi, come nell'acquisto dei diritti, sono solo gli effetti dell'atto che non possono prodursi in capo al sottoposto agente, ma si producono in capo al *pater* o *dominus*. Ora, la buona fede dell'acquisto fa parte della fattispecie acquisitiva, e quindi anche l'effetto dell'usucapione si può produrre in capo al *dominus ignorans*, ove il sottoposto abbia compiuto in buona fede l'atto acquisitivo: se il *dominus* stesso fosse in mala fede, l'usucapione non potrebbe aver luogo, ma solo perché la mala fede del *dominus* impedirebbe di attribuire a lui l'effetto acquisitivo. Con quest'ultima precisazione, si toglie fondamento alla riserva ultima del Beseler, che esigeva l'acquisto peculiare per il possesso *ad usucapionem*. Così dunque, ogni possibilità di attribuire al diritto classico una rilevanza della *causa peculiaris* viene meno. E la conclusione del Nicosia è che tutta la costruzione del limite della *causa peculiaris* è giustiniana.

\* \* \*

Da tutto ciò appare anche chiaro che, in questa sua ricerca, Giovanni Nicosia si vale ampiamente dei metodi della critica interpolazionistica. E questo è un aspetto del suo metodo che non si può, oggi, non valutare attentamente. E devo premettere anche una cosa. All'epoca nella quale Giovanni Nicosia scrisse il libro di cui ora sto parlando, tutti i romanisti, anche i giovani come noi eravamo allora, davamo spazio nei nostri lavori ai problemi delle interpolazioni, anche se, ov-

viamente, la tendenza alla caccia all'interpolazione era marcata presso alcuni più o meno che presso altri; qualche volta, la tendenza era anche inversa, nel senso che v'erano ricerche nelle quali il problema che si poneva era quello di recuperare a certi testi parti che gli eccessi della critica precedente aveva voluto togliere a Celso o Ulpiano per attribuirle a Triboniano. Ma più tardi si è creata una vera moda, chiamiamola – volendo esser più rispettosi – corrente antiinterpolazionista, che è sboccata in vere e proprie affermazioni metodologiche, che negano, in linea generale almeno, l'esistenza tout court di interpolazioni (lasciando solo spazio ad alterazioni postclassiche, magari legate al fenomeno delle nuove edizioni delle opere giuridiche a partire dalla seconda metà del terzo secolo). Il Nicosia non sembra avere risentito affatto di queste vicende della critica testuale. L'interpolazionismo e l'antiinterpolazionismo dei suoi primi lavori (penso anche all'articolo *Donazione fra coniugi e usucapio pro donato* in AG 1956, a quello su *La responsabilità del locator per i vizi della cosa locata* in RISG 1957/58, a quello sull'*exceptio utilis* in ZSS 1958 e *Acquisto del possesso per procuratorem e reversio in potestatem domini delle res furtivae* in Iura 1960) è ancora lo stesso che si ritrova impiegato nel corso sul possesso del 1995/96. Ma ciò non dipende affatto da una sorta di inerzia dell'autore o di una sua insensibilità di fronte al problema dell'evoluzione delle tecniche esegetiche. Il fatto è che, da quando il Nicosia incominciò a lavorare come romanista, egli aveva compiutamente assimilato la lezione di Salvatore Riccobono, e che tale insegnamento seppe da subito metterlo in pratica in modo esemplare. Nessuna delle interpolazioni da lui individuate deriva da preconcetti o da incontrollata fantasia; le mende formali del testo che si suppone interpolato non costituiscono mai la ragione dell'ipotesi interpolazionistica, ma vengono solo rilevate come indizi di una modifica che si propone su altre basi, o come sussidi per una eventuale ricostruzione del testo originale, se la ricostruzione si appalesi possibile per ulteriori, diversi elementi; ma soprattutto, l'interpolazione viene individuata per ragioni sostanziali che impongono di supporla, e viene giustificata con l'accertare le ragioni che l'hanno suggerita e gli scopi per i quali è stata effettuata.

Se torniamo ora al libro sull'acquisto del possesso mediante i *potestati subiecti*, vi troviamo che per l'intervento interpolatorio dei compilatori giustiniani il Nicosia ha cercato ed individuato con precisione ragione e scopo. Infatti: Tale intervento, come già abbiamo visto, si concretò nel limite della *causa peculiaris* per l'acquisto del possesso all'avente potestà ignaro; ed il Nicosia ha in proposito chiarito che lo scopo dei compilatori era quello di ricondurre ad un unico meccanismo l'acquisto del possesso mediante il sottoposto e quello effettuato *per extraneam personam*, prendendo quest'ultimo come parametro. Per i giuristi classici la *persona estranea* che poteva acquistare il possesso ad un soggetto era essenzialmente il *procurator*, e ciò perchè la procura permetteva di considerare che l'atto di acquisto del possesso effettuato dal *procurator* fosse riferibile alla volontà del *dominus*. Nel diritto giustiniano questa idea della necessità di riferire alla volontà del *dominus* l'acquisto del possesso fu – per una precisa decisione normativa – adottata anche per l'acquisto

mediante un sottoposto: per cui, come equivalente della procura nell'ambito della relazione fra un *pater* e i suoi sottoposti, essi videro la concessione del peculio – e della sua *libera administratio* –. Ciò facendo, essi, senza magari rendersene ben conto, cambiavano il fondamento dell'acquisto del possesso *per servum aut filium*, dimenticando od obliterando il fondamento dommatico proprio di questo acquisto, che stava nel possesso che il *pater* avesse sul sottoposto stesso: ma essi così fecero, escludendo l'acquisto del possesso al *dominus* o *pater ignorans*, a meno che l'atto d'acquisto del sottoposto non fosse già di per sé riferibile all'avente potestà per via della concessione del peculio.

Una Interpolationenjagd gestita in questo modo, come si comprende, non può essere né contestata né messa da parte nell'indagine romanistica: essa le è semplicemente uno strumento connaturale, perché i testi della compilazione interpolazioni ne hanno sicuramente subite. Chi lo voglia negare o anche solo sottovalutare dovrebbe comunque poi considerare interpolati da qualcuno *Deo auctore*, 7 e *Tanta*, 10.

È certo che anche il problema interpolazionistico è un problema esegetico, e per affrontarlo si deve possedere una preparazione filologica adeguata: ma che Giovanni Nicosia la possedeva, è, anche per chi non lo sappia per via diretta, cosa che emerge dai suoi lavori.

\* \* \*

La tematica del libro sull'acquisto del possesso mediante i *potestati subiecti* era, in se stessa, puntuale, ma, per il modo in cui la ricerca fu impostata, ha implicato la trattazione di una gamma assai ricca di profili e problemi collaterali, non solo implicati nelle esegesi dei testi, ma anche comportati dalle argomentazioni che l'autore ha svolto e i ragionamenti nei quali si è continuamente impegnato. In conseguenza di tutto questo, la tematica del possesso è venuta ad occupare uno dei posti preminenti nell'ambito degli interessi scientifici di Giovanni Nicosia.

Questo si capisce bene anche tenendo conto di una caratteristica, che è propria del suo modo di pensare. Una volta entrato, anche se di lato, in un tipo di problematica, egli tende a seguirvi a scrutarvi, finché non lo abbia tutto chiarito, o almeno lumeggiato fino ai suoi nuclei centrali. Perciò ritorna sull'argomento, spingendosi oltre nei sensi che più gli paiono scuri. A questo punto interviene un altro degli aspetti della sua personalità scientifica, un aspetto che conosco bene, perché l'ho colto già molti anni or sono, e mi ha fatto enorme piacere leggerlo descritto da lui stesso, quasi come una confessione, nella prefazione che ha posto all'inizio dei due volumi della *Silloge* dei suoi articoli, pubblicata nel 1998. A Giovanni, scrivere costa molto. Nella prefazione citata egli adduce solo, come ragione, la sua enorme cura della chiarezza espositiva: ma io sono certo di poter completare questa specificazione, sottolineando che il problema della chiarezza gli si pone, perché quel ch'egli scrive sono soprattutto ragionamenti, e in genere ragionamenti assai complessi: e non complessi perché com-

plicati, ma complessi per la vastità degli elementi messi a partito e per la finezza (e non la sottigliezza) del suo ragionare. In uno scritto del Nicosia non c'è nulla di complicato o di sottile: c'è invece la finezza di un prosatore di classe – di un classico – che ha saputo già prima dominare la complessità riducendola alla semplicità del classico, appunto, dove la complessità non si è persa, ma si è tradotta in ricchezza.

Per questo, come scrive egli stesso nella prefazione che citavo, Giovanni si decide a scrivere solo quando ritiene “di avere effettivamente qualcosa da dire”.

Nella materia del possesso, già nel libro sull'acquisto mediante i *subiecti* è presente un'appendice – uno studio autonomo, ma strettamente connesso col tema principale – su *L'acquisto mediante il servus fugitivus*; già prima del libro aveva pubblicato (AG 1956) un contributo su *Donazione fra coniugi e usucapio pro donato* – che già ricordavo –, lo stesso anno del libro uscì (*Iura* 1960) lo studio, pure già menzionato, su *Acquisto del possesso per procuratorem e reversio in potestatem domini delle res furtivae*, e nel 1965 (*St. Zingali*) apparve il contributo su *Propter usumfructum possidere*. Come si vede, tutti contributi puntuali, sulla cui indiscutibile importanza non posso dare conto oggi solo per l'inesorabile incalzare del tempo che mi è concesso. Ma questi contributi, per così dire, brevi, furono accompagnati ancora da un libro, per più versi significativo. Parlo del volume che reca un titolo – vedremo in che senso – esso pure significativo: “*Studi sulla deiectio I*”. Il legame con il libro sull'acquisto mediante i *subiecti* è chiaro: il nuovo volume studia problemi relativi agli interdetti *de vi* e *de vi armata*, e consta di tre capitoli, uno “sul concetto di *deiectio*”, uno sulla legittimazione passiva e uno sulla legittimazione attiva agli interdetti in questione. E nel libro precedente (p. 342 ss.) l'autore si era già occupato del problema della legittimazione passiva dell'avente potestà, anche ignaro, all'interdetto *de vi* per una *deiectio* compiuta dalla sua *familia*. Il nuovo libro s'incanalava appunto in un ulteriore approfondimento della tematica del possesso già impostata nella mente dell'autore. E non si deve trascurare un aspetto particolare del nuovo contributo. Infatti, la sua tematica ha in se stessa un carattere processuale, ma leggendo il volume si vede bene che l'interesse dell'autore è concentrato sulla tematica sostanziale, sul possesso più che non sul procedimento possessorio, come emerge già dal contenuto del primo capitolo, il quale imposta tutta la ricerca, e che studia il fenomeno della *deiectio* in se stessa, cioè un fatto al quale corrisponde una perdita del possesso ed un suo acquisto. Ma eloquente in questo senso è pure il titolo, che indica il lavoro come *Studi sulla deiectio* e non sugli interdetti. Anche se poi di questi, naturalmente, si parla assai, ma soprattutto per determinare il tenore della loro formula ed anzi l'evoluzione che questo ha avuto. Al qual proposito sottolineo che, per un particolare di questa evoluzione – quello della presenza o meno della menzione della *familia* e del *procurator* come *deiectus* nella formula del *de vi armata* all'epoca di Cicerone –, siccome gli autori, in particolare l'Ubellohde, attribuivano decisiva rilevanza alle date delle orazioni ciceroniane *pro Tullio* e *pro Caecina*, collocate rispettivamente negli anni 71 e 69 a.C. dal Drumann, seguito da tutti gli storici, il Nicosia ha saputo intervenire, correggendo la

data dell'orazione *pro Caecina*, col dimostrare in modo inequivocabile che essa può venire, al più tardi, attribuita all'anno 71 a.C., e quindi non può considerarsi posteriore alla *pro Tullio*.

Tornando al titolo del libro sulla *deiectio*, va osservato bene che esso è indicato come "volume I": e quindi il lettore si attenderebbe almeno un secondo volume, che – sono passati ormai, se non calcolo male, 43 anni – non è mai uscito. Ma quel "I" della copertina aveva per Giovanni un significato particolare. Posso dirlo perché, quando ebbi la mia copia del libro, chiesi a Giovanni che intenzioni avesse in proposito, ed egli mi rispose nel senso che il "I" lo aveva messo perché non si sentiva di presentare la ricerca che pubblicava come un lavoro in qualche modo compiuto: il che significava che in quel modo il libro voleva essere l'apertura di una porta, verso strade che potevano percorrersi ancora; ma non voleva esprimere il proposito di percorrerle subito. Così, Giovanni aveva ancora molte cose in testa, e non solo in materia di *deiectio*, ma in materia di possesso. E soprattutto ci si poteva attendere da lui un discorso sul possesso in se stesso, sull'origine dell'individuazione di questo istituto giuridico di una raffinatezza incommensurabile.

Il silenzio del Nicosia riguardo alla tematica del possesso durò a lungo: finché – mi si perdoni questa affermazione, non soltanto perché forse inopportuna autobiografica, ma perché certamente presuntuosa – finché, dicevo, non fui io a risvegliarlo. Trovandomi nel comitato scientifico per la preparazione e pubblicazione della "quarta edizione" del *Digesto* della UTET come responsabile delle voci storiche (fra parentesi, un lavoro disperante, per il miserabilmente poco spazio che al mio settore veniva accordato), chiesi a Giovanni di redigere la voce "*Possesso nel diritto romano*" (che nella precedente edizione, il *Novissimo Digesto italiano*, avevo redatta io stesso).

Nella prefazione, che ho già richiamato più volte, alla sua *Silloge*, il Nicosia dichiara che alla sua preoccupazione di scrivere solo quanto ritenga di avere effettivamente qualcosa da dire, egli ha obbedito anche quando è stato sollecitato a redigere voci d'enciclopedie, accogliendo l'invito solo nei casi in cui riteneva "di poter apportare chiarimenti essenziali al tema da trattare". Ora, per la voce *Possesso*, il caso era proprio questo: dato il carattere dell'opera enciclopedica, si trattava di spiegare a tutti i giuristi che cosa fosse il possesso secondo i giuristi romani, e come la sua nozione e la sua disciplina si siano formate e assestate.

Giovanni ha svolto il compito da par suo, e come sempre da *Lehrer und Forscher*. I prodotti sono stati, in effetti (già l'ho ricordato), due: la voce, pubblicata nel vol. XIV della *sezione civile* del *Digesto* (quarta edizione), uscito nel 1996, e il volume delle dispense "dal corso di diritto romano" 1995/96, intitolato *Il possesso I*.

Va notato che nella ripubblicazione, con solo qualche adattamento grafico e d'impaginazione, della voce enciclopedica alla fine del secondo volume della *Silloge*, l'autore l'ha provveduta di un titolo che si attaglia meglio alla sua consistenza: *Il possesso nella plurisecolare esperienza romana. Profilo storico-domatico*. Il disegno, infatti, parte da una individuazione dell'origine dell'istituto. L'entità iniziale si

ritrova nell'*usus*, figura giuridica che si deve intendere nella pura dimensione che risulta da (XII) tab. 6,3: si tratta di un meccanismo acquisitivo che, come tale, diede poi anche luogo alla sua successiva denominazione di *usucapio*, e che permetteva all'utente di concretare nel termine di un anno con riguardo ai fondi (poi l'*interpretatio* vi aggiunse anche le *aedes*), e di due per le *ceterae res*, l'acquisto del diritto o del potere corrispondente all'*usus* stesso. Ma l'*usus* non riguardava solo l'acquisto della proprietà, bensì anche quello di poteri diversi, come certo già all'epoca delle dodici tavole la *manus* e la *hereditas*, mentre poi, quando esso si trasferì, o si combinò con la *possessio*, l'*usucapio* che ne risultò rimase strettamente limitata all'acquisto del *dominium*. Ma neppure questa è la vera differenza fra l'*usus* e la *possessio*, perché il vero salto ha luogo quando viene non solo riconosciuto l'effetto acquisitivo all'esercizio della situazione realizzata in pratica senza il corrispondente diritto, ma quando tale situazione di esercizio trovò una propria tutela processuale. La tutela di questa situazione venne realizzata mediante l'impiego di *interdicta*, e fu in relazione a questa tutela che nacque l'idea, e forse il termine stesso, di *possessio*, come situazione corrispondente all'esercizio della proprietà, e spettante al possessore senza considerazione alcuna del fatto che questi fosse o non fosse proprietario. L'inizio della tutela interdittale deve riconoscersi legata al problema di proteggere contro le usurpazioni violente i possessori di particelle dell'*ager publicus*, i quali tenevano legittimamente, esercitandone appieno lo sfruttamento, terre che non potevano proteggere con la *rei vindicatio*. E dunque, come si vede, la costruzione romana della *possessio*, come istituto privatistico, si inquadra in una elaborazione del regime dell'*usus*, cioè della *usucapio*, combinata con la tutela interdittale di una situazione non tutelabile mediante azione: e questo processo deve anche essere valutato tenendo conto del carattere pubblicistico tanto della situazione di partenza (le concessioni di *ager publicus*), quanto dello strumento processuale nelle sue applicazioni originarie.

Un altro punto assai importante della trattazione che il Nicosia fa nella voce enciclopedica è quello della natura del possesso nel pensiero della giurisprudenza classica: ed in particolare dove egli spiega, e dimostra, che quando, come spessissimo si fa, si afferma che il possesso – secondo i giuristi romani appunto – non è un diritto, ma una *res facti*, si combinano due affermazioni, una senz'altro vera, con una altrettanto sicuramente falsa. Perché, quel che i giuristi, parlando del possesso, qualificavano come *facti*, o *res facti*, non è mai il possesso in se stesso, ma l'esercizio fisico (*corpore*) del possesso, compresi il suo acquisto e la sua perdita. Del possesso in sé dicono invece, come in particolare Papiniano, che *plurimum ex iure mutuatur*, o che esso *et iuris est*. Dunque, in conclusione, “per i giuristi romani il possesso non era un diritto, ma neppure era una situazione di fatto (*res facti*) produttiva di conseguenze giuridiche, bensì una situazione giuridicamente rilevante” (*Silloge*, p. 812).

Rispetto alla voce enciclopedica, il contemporaneo corso sul possesso rappresenta un complemento importante per la comprensione compiuta del pensiero dell'autore. Quel che il corso aggiunge alla voce è soprattutto, a mio parere, l'analisi

della bibliografia relativa a certi punti importanti. In particolare è, sotto questo profilo, esemplare il primo capitolo del corso, che parte dalla lunga – iniziata presso i giuristi medievali – e difficoltosa ricerca del senso preciso dell'espressione *possessio naturalis*. Il Nicosia la segue in modo preciso soprattutto a partire dall'opera del Savigny, ed il fulcro della successiva chiarificazione lo trova – come è del resto ammesso in generale – nell'intervento del Riccobono, apparso nella Savigny del 1910 col titolo: *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse (naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta)*. Il Nicosia riconosce il grande contributo che il Riccobono fornì partendo dall'esegesi interpolazionistica di Ulp. D. 43,16,1,9, esegesi che pure in buona parte condivide (apprezzando anche molto, fra i contributi successivi, in specie quelli della Bozza e del Bonfante), ma finisce poi col discostarsi molto dalle conclusioni del Riccobono, che aveva impostato l'analisi del possesso sulla individuazione di una serie di tipi di possesso, per di più determinati con locuzioni che le fonti non conoscono (com'è in particolare per l'espressione *possessio ad interdicta*), o impiegano in modo non allusivo a un tipo (come per la locuzione *possessio ad usucapionem*), o che comunque non possono essere considerate come allusive a tipi di possesso come categorie generali (come quelle di *possessio iusta* e *iniusta*, o *possessio vitiosa*). Egli percepisce bene il carattere di queste espressioni che non hanno, quando pur sono impiegate, valore sistematico, ma sopravvivano ai giuristi per descrivere o precisare in modo dommatico elementi dei casi che andavano esaminando.

\* \* \*

Un'altra tematica dominante nell'opera di Giovanni Nicosia riguarda il processo privato romano: e questa volta si tratta di un tema affrontato direttamente in dimensione vasta. Si potrebbe dire che l'argomento studiato sia quello dell'origine; ma una simile definizione del suo lavoro sarebbe miseramente riduttiva. Lo si può constatare osservando come le tesi tradizionali – quella dell'origine arbitrale del processo privato romano, quella della cosiddetta giurisdizione pontificale, e quella del progressivo controllo e inquadramento nel sistema degli atti di difesa privata –, sebbene ovviamente il Nicosia le prenda in considerazione e le valuti precisamente nei loro aspetti positivi e negativi, vengano in considerazione, nella linea del suo discorso, con valore alquanto marginale, e siano piuttosto sommerse dalla concezione che egli propone. Ancora va osservato che il pensiero del Nicosia in materia sembra essersi formato in un tempo relativamente recente, perché esso apparve compiuto in tre corsi pubblicati in ciclostile negli anni tra il 1978 e il 1982 (i primi due, come ho già ricordato, poi ripubblicati a stampa), e nell'edizione del 1971 dei *Lineamenti* i luoghi dove si parla di argomenti che toccano quelli dei futuri corsi sul processo non hanno un'impostazione che permetta di inquadrarli in quelle che saranno le sue nuove vedute. Prima dell'epoca dei corsi, del resto, il Nicosia aveva scritto poco che riguardasse espressamente materia processuale. Di questo genere era praticamente solo l'articolo sulla *exceptio utilis* del 1958; del libro sulla *deiectio*

ho già detto; l'articolo su *La distinzione tra iudicia legitima e iudicia quae imperio continentur*, che ora chiude il primo volume della Silloge, è tratto dalla dispensa del 1981/82, ed una rielaborazione di questo stesso corso rappresentano le *Dispense dalle lezioni di diritto romano* del 1995.

La novità del pensiero del Nicosia si misura in particolare leggendo il primo dei corsi ai quali ora mi riferisco, uscito in forma definitiva nella edizione (la seconda a stampa) pubblicata a Torino nel 1986.

La sua idea è ormai nota: ma vorrei riesporla in un modo che possa coglierne, se mi riesca di farlo, il nucleo essenziale, che spesso non viene capito: e non certo per colpa del Nicosia, che qui è di una chiarezza, come sempre, adamantina.

Possiamo partire da una constatazione – con la quale faccio a lui un poco torto, perché anche a questo punto di partenza egli perviene in modo problematico e delicato –. Tutte le notizie che la tradizione romana – rappresentata in particolare da Gaio e Gellio – ci fornisce sul processo romano più antico, e cioè sulle *legis actiones*, postulano la presenza di un magistrato giurisdicente per tutti gli atti processuali non attribuiti ad un giudice, con l'eccezione della *in ius vocatio* secondo la possibile ricostruzione della norma iniziale delle dodici tavole e della *pignoris capio* come descritta da Gai. 4,26-29. Ma d'altra parte, la tradizione romana stessa colloca concordemente l'introduzione di una magistratura investita del compito della *iurisdictio* nel 367 a.C., con la creazione del *praetor minor* mediante le *leges Liciniae Sextiae*. Per colmare la lacuna, che risulta da queste notizie confliggenti – e si tratta di una lacuna che riguarda circa quattro secoli – i romanisti hanno supposto, anzi dato per certo, che prima della creazione della pretura la *iurisdictio* venisse esercitata dai magistrati cittadini supremi. Ma, in relazione a quest'idea, il Nicosia opera un'altra constatazione, e cioè che “né per il *rex*, né per i consoli, né per altre magistrature quali il *magister populi* o *dictator* e i *tribuni militum consulari protestate*”, e cioè per nessuna delle magistrature che fino al 367 a.C. si alternarono nella gestione del supremo potere cittadino, l'esame degli elementi a nostra disposizione fornisce la prova di un esercizio della *iurisdictio*.

Per la soluzione del problema, in conseguenza di tutto ciò, il Nicosia batte un'altra strada: o direi meglio, apre una nuova, diversa strada, che consiste nel pensare che, durante quei lunghi quattro secoli che rimangono scoperti, i processi si svolgessero senza intervento magistratuale alcuno. Preciso subito che egli non pensa affatto che l'esperienza del processo senza *iurisdictio* statale sia durata fino al 367 a.C. e le leggi *Liciniae Sextiae* abbiano d'un tratto cambiato le cose. La sensibilità storica, ch'egli rivela in ogni sua ricostruzione e domina il volume dei *Lineamenti*, lo fa sempre diffidare dall'idea dei cambiamenti repentini. L'anno 367 a.C. resta per lui un punto di riferimento temporale approssimativo: può darsi che la creazione del pretore giurisdicente fosse proprio – oltre che dalle ragioni politiche che essa ebbe a suo tempo – suggerita da un'esigenza, già da qualche decennio magari, emersa nella nuova temperie sociale che la *res publica* andava vivendo, o che la stessa esigenza abbia determinato l'impiego normale della nuova magistratura,

una volta creata per quelle altre ragioni, nel nuovo compito, avendo essa un carico di compiti diversi abbastanza ridotto.

Comunque sia di ciò, la validità della nuova strada imboccata dal Nicosia non poteva certo ritenersi dimostrata dalle sole considerazioni che ho riferito: essa esige una verifica mediante l'analisi delle strutture processuali del *lege agere*, per stabilire se “le strutture e i meccanismi di funzionamento” del processo romano antico implicassero o esigessero quell'intervento magistratuale che siamo abituati a supporvi e che sono presenti nella procedura delle *legis actiones* descritta da Gaio – osservatore, non lo si dimentichi, di almeno cinque secoli successivo alla fine dei tempi cui la tesi del Nicosia si riferisce –. Questo lavoro di verifica, il Nicosia lo compie nel modo più minuzioso, nei due primi volumi del corso: il primo concentrato sulle origini, dove analizza soprattutto la *legis actio sacramento* e la *manus iniectio*, ed anche, attentamente, la *iudicis* e la *arbitri postulatio*; il secondo sulla legislazione decenvirale. Solo la *legis actio per condictionem* ne resta fuori, perché fu certo introdotta dopo le *leges Liciniae Sextiae*. Naturalmente, non posso dare qui conto delle sue analisi, che sono di una raffinatezza inaudita e capaci di dare autentico piacere intellettuale al lettore, che ne resta francamente affascinato. Mi limiterò ad alcune annotazioni.

Per la corretta intelligenza dei testi, sono poste due premesse semantiche essenziali: che l'espressione *lege agere* significa ‘*certis verbis agere*’, e che nelle espressioni ‘*in ius*’ ‘*in iure*’ il termine *ius* alludeva alla “contesa giudiziaria formalizzata”, come ad esempio nell'ablativo che la parola assumeva nella locuzione *rebus iure iudicatis*. In questo modo le fonti vengono a restituirci la visione di un processo strutturato in modo rigoroso, con parole e gesti precisamente previsti in un formalismo di perfetta intelligenza ed intelligibilità funzionale, e con conseguenze giuridiche altrettanto precisamente determinate: ma tutto ciò è gestito dalle parti stesse e svolto – ancora per esigenza formale – in pubblico. Ed è proprio la presenza del pubblico, che non è una semplice folla di astanti, ma è la comunità cittadina garante della correttezza del procedere e custode dei suoi esiti: pronta ad intervenire se una parte violi le regole dell'*actio*, e a dare, se del caso, man forte alla parte che correttamente pretenda un certo comportamento dall'altra, e questa recalcitri o si opponga a torto.

Nella sua analisi, il Nicosia riesce anche a trovare strutture, nelle quali la presenza di un organo giurisdicente sarebbe assurda. Ne faccio un esempio. Nella tab. 3, dopo l'affermazione che al *confessus* per una somma di denaro e al *iudicatus* sono accordati 30 *dies iusti*, si precisa nel § 2: ‘*post deinde manus iniectio esto. In ius ducito*’, e in tab. 3,3 la legge proseguiva stabilendo che se poi il *iudicatus* non pagava la somma o non interveniva per lui un *vindex*, l'attore ‘*secum ducito*’. Come sappiamo, il Nicosia intende l'espressione *in ius ducito* nel senso di “(lo) porti nel procedimento formalizzato”, quello cioè della *manus iniectio iudicati*, il quale si doveva svolgere senza intervento di un magistrato. Quest'ultima affermazione è fatta in conformità con la concezione del Nicosia, ma che essa rappresenti l'unica interpretazione possibile del meccanismo processuale descritto, è provato dalla considera-

zione seguente, basata sulla coerenza interna – possiamo dire sulla sistematica – delle previsioni processuali della legge decenvirale. Sempre nelle dodici tavole (tab. 8,13) era prevista la possibilità di uccidere il *fur diurnus* ‘*si telo se defendit*’, con la semplice cautela dell’*endoplorare*, cioè di un processo sommario, eseguito con la partecipazione della collettività, e qui indubbiamente senza intervento magistratuale. Ora, qui siamo di fronte ad una punizione capitale: tale essa è, e non reazione giustificata dalla difesa legittima, perché tra la situazione pericolosa e la reazione, a giustificare questa, si inserisce il procedimento dell’*endoplorare*. E come avrebbe potuto, questa esecuzione capitale, non esigere alcun intervento di un organo pubblico, se questo venisse invece richiesto per la più tenue conseguenza della *domum ductio* del *iudicatus* insolvente?

Questa tesi di Giovanni Nicosia, della quale in questa sede non ho potuto se non dare un’idea molto approssimativa, non ha forse trovato ancora molti seguaci, ma non mi risulta essere stata ancora criticata in modo da intaccarla. Mi sono già tempo fa espresso in proposito considerando la critica che ne fece il Buti nel 1984. Ma anche se si dovesse giungere – è il solo dubbio che vedo possibile – ad arretrare un poco la fine – o magari, piuttosto, l’inizio di una fine graduale – della vicenda del processo senza magistrato giudicante, l’insieme della visione del Nicosia non perderebbe il suo valore. Giovanni ha pienamente dato ragione di una sua fondamentale intuizione, che possiede una portata generale nella considerazione storica del diritto: che sussiste una differenza radicale tra *iudicia publica* e *iudicia privata*, o meglio tra gli strumenti giuridici della repressione penale e quelli della giustizia civile, perché mentre all’esercizio del potere punitivo non è coesistente il processo, alla soluzione delle controversie private non è necessario l’intervento pubblico.

Ma alla soluzione delle controversie private è coesistente il processo. E in quest’ultima prospettiva si deve intendere tutto il discorso che egli ha fatto nelle due prime parti del suo corso, dove la fase del *iudicium privatum* senza magistrato giudicante è considerata, senza ombra di dubbio, come una fase della storia del processo. E con ciò si perviene ad un’altra conclusione generale corollaria: che la storia della *iurisdictio* non coincide con la storia del processo privato.

L’ultima parte del corso, come già accennavo, uscì in forma di dispensa ciclostilata nel 1982, con il sottotitolo *Dalla nascita della iurisdictio all’avvento del processo per formulas*, ma poi, nelle (così sono semplicemente intitolate) *Dispense dalle lezioni di diritto romano* del 1995, l’autore ne riprese, rivedendola ed ampliandola, la prima parte, quella specificamente dedicata alla *iurisdictio*. La tematica del corso, nel suo complesso, parte dalla introduzione della funzione giurisdizionale pubblica, che nelle prime dispense (quelle intitolate *Dalla nascita* ecc.) è rigidamente posta fra il 449 e i 367 a.C., mentre nelle seconde con maggiore elasticità e coerenza, la data del 367 diventa un punto di riferimento più generico, con possibile approssimazione prima o dopo (nel senso cui accennavo già prima parlando di queste cose), ma – mi sembra – con maggior distacco dall’epoca della confezione e promulgazione delle dodici tavole in se stesse. Il fenomeno socio-politico che ha portato al

concretarsi dell'esigenza di affidare ad un organo del potere pubblico, e non più lasciarlo alla presenza attiva della comunità stessa, il controllo del rispetto delle regole concernenti l'attività processuale dei singoli, viene inquadrato così nella storica, progressiva manifestazione della tendenza all'allargamento dei compiti del potere pubblico: al tempo che ci interessa e nello specifico campo del processo romano, favorito dall'enunciazione in forma normativa scritta, nelle dodici tavole, di rilevanti norme processuali precedentemente vigenti nella forma dei *mores*, cioè di consuetudini custodite ed interpretate per l'attività dei pontefici. In questo quadro va inserito, e trova la propria ragion d'essere stessa, il permanere per lunghissimo tempo poi ancora del carattere privato del processo romano: perché il controllo magistratuale riguardò solo, ancora per tutta l'epoca del processo formulare, la fase iniziale dell'*agere*, cioè la fase che definiamo *in iure*, mentre il *iudicium* vero e proprio, cioè la fase *apud iudicem*, non perse il suo carattere privato. Questa estraneità, rispetto alla *iurisdictio*, della funzione giudicante, rappresenta già un limite, che s'incontra quando si voglia definire la nozione romana di *iurisdictio*, prima che fosse modificata per giungere alle dimensioni che assunse nel diritto giustiniano, dal quale noi l'abbiamo ricevuta, e dove essa pervenne influenzata anche dalle strutture della *cognitio*, campo che nell'epoca classica restava comunque fuori da quello della *iurisdictio*, che si riferiva unicamente alle *legis actiones* e al processo formulare, come pure estraneo le era l'ambito dei processi penali pubblici.

Di tutta l'accurata esplicazione della nozione di *iurisdictio* che fa il Nicosia, e della sua trattazione del fenomeno – di vaste implicazioni storiche generali – del progressivo aumentare degli organi pubblici con funzioni giurisdizionali, non mi è possibile qui neppure far cenno. Ma non posso esimermi dal dare conto, seppure in modo maldestramente sintetico, dei suoi rilievi sul mutamento della configurazione stessa della *iurisdictio* nel passaggio dalle *legis actiones* alla procedura formulare, o meglio – come preferisce dire – dal *lege agere* all'*agere per formulas*, o ancor più precisamente, dall'*agere certis verbis* all'*agere per concepta verba*.

Questo stesso passaggio, il Nicosia lo presenta in un modo assai chiaro. La procedura formulare si formò – dopo l'introduzione della magistratura giudicante, e con un'essenziale attività anche del pretore peregrino, aggiunto all'urbano nel 242 a.C. – per provvedere di processi le controversie che non potevano essere prese in considerazione nelle strutture del *lege agere*, e quindi essenzialmente per i processi in cui fosse parte un *peregrinus*, o anche fra *cives*, ove i rapporti da dedurre in giudizio non fossero riconosciuti dal *ius* civile. La nuova procedura così strutturata dipendeva interamente dal magistrato, che ne creò le strutture e ne dirigeva lo svolgimento, fino alle soglie del *iudicium*; ed egli ne regolò anche, in particolare, le regole per impedire la replica di un processo, mediante l'escogitazione dell'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. Soluzione necessaria, in quanto l'irripetibilità di una *legis actio* era automatica, ma ai nuovi processi, dipendendo questi unicamente dall'autorità del pretore e non appartenendo al sistema giuridico coesistente alla *civitas*, non potevano applicarsi senz'altro le stesse regole. Il problema si venne a complicare per il successo stesso che incontrò la nuova procedura, il

quale portò i magistrati ad accordare alle parti, che d'accordo lo volessero, un processo formulare anche quando una *legis actio* risultasse possibile. Per un certo periodo si ebbe dunque una situazione particolare, nella quale fra cittadini e per controversie note al *ius civile* esisteva un'alternativa fra *lege agere* e *agere per concepta verba*. Il difetto cruciale di questa situazione si rivelava quando un processo fra cittadini relativo ad un rapporto civilistico fosse stato celebrato *per formulas*, perché in questo caso l'attore insoddisfatto del risultato avrebbe potuto proporre la *legis actio* come se nulla, sul piano processuale, fosse già prima avvenuto: egli, infatti, non sarebbe potuto essere contrastato con un'*exceptio rei iudicatae*, perché al *lege agere* lo strumento dell'eccezione era estraneo. A questa situazione provvede il disposto della – controversa ed in sostanza finora abbastanza misteriosa – *lex Aebutia*. Questa legge, come ben precisa il Nicosia, non legalizzò la procedura formulare nel suo complesso: la sua disposizione fondamentale – come già avevano visto alcuni autori – doveva essere nel senso che, in relazione alle situazioni per le quali era possibile la procedura formulare in alternativa alla *legis actio*, l'esperimento dell'azione formulare escludeva *ipso iure* la riproponibilità dell'azione in qualsiasi forma. In questo modo, risultava legislativamente sancito che, per i casi nei quali l'alternativa tra *lege agere* e *agere per concepta verba* fosse possibile, l'*agere per concepta verba* produceva gli stessi effetti dell'*agere lege*. E fu per questo – e non con riferimento alla *lex Iulia* augustea – che i processi formulari fra cittadini relativi a rapporti civilistici vennero denominati *iudicia legitima*.

Lo svolgersi stesso di questa vicenda – o meglio, l'attenta analisi valutativa che il Nicosia ne ha fatto, confrontandosi costantemente con le posizioni della vasta e ora meditata, ora intuitiva, ora fantasiosa, ora sbrigativa letteratura in proposito – permette di individuare alcuni nodi caratteristici della struttura del processo formulare. Ed anzitutto, già all'inizio, un *agere per concepta verba* non trovava giustificazione in un riconoscimento legislativo di tale forma di procedura, e questa situazione durò a lungo: neppure la *lex Aebutia* la sanzionò in generale; semmai può intendersi che ciò sia avvenuto per effetto – e neppure qui per espressa disposizione innovativa – con la *lex Iulia*; il singolo processo formulare si basava congiuntamente sul concorde intento delle parti di scegliere quella via per la soluzione della controversia e sull'organizzazione autoritativa da parte del magistrato giudicante di una tale via processuale. Per questa impostazione, il Nicosia si riconosce debitore del Wlassak, e della sua tesi dell'origine arbitrale e del carattere arbitrale del processo romano. Ma in realtà, quel che il Nicosia riconosce al Wlassak è una semplice intuizione, perché poi dalla concezione complessiva di quell'autore egli si discosta assai. Infatti, il Wlassak immaginava un'origine arbitrale tanto del processo *per legis actiones* quanto di quello *per formulas*, mentre il Nicosia nega recisamente, per il *lege agere*, tanto l'origine quanto ogni struttura arbitrale. Ancora, la tesi del Wlassak, anche riferendola soltanto al processo formulare, vede l'origine in arbitrati privati volontari, che sarebbero divenuti in un secondo tempo obbligatori per l'intervento degli organi del potere politico della *civitas*. Ma il Nicosia osserva che “il ricorso alla nuova procedura (e la sua stessa organizzazione) per i rapporti non tute-

labili con le *legis actiones* può essere considerato come un arbitrato necessitato”, e solo, invece, “proprio il ricorso alla procedura formulare per controversie che si sarebbero potute svolgere *per legis actiones* si presenta all’origine come un vero arbitrato volontario”.

Interpretando queste obiezioni e precisazioni che il Nicosia formula al pensiero del Wlassak, credo emerga anche come la sua concezione diverga dalla visuale che il Wlassak aveva sul carattere materiale del fenomeno. Gli originari arbitrati del Wlassak erano arbitrati in senso proprio, e dunque non propriamente processi, ma soluzioni d’iniziativa privata che sostituivano il processo, ovvero che permettevano la soluzione di controversie per le quali un processo non esisteva; mentre per il Nicosia le azioni formulari sono comunque processi, in quanto la struttura arbitrale è creata e gestita dal magistrato giudicante, anche se al di fuori o in alternativa rispetto al sistema processuale in vigore. Il pretore, in altre parole, creando i nuovi arbitrati, crea nuove forme processuali, magari al di fuori degli schemi del *ius*, ma non al di fuori della sua *iurisdictio*.

Credo che questa mia interpretazione sia corretta, perché il Nicosia stesso scrive, verso la fine del suo terzo corso: “Fu appunto la creazione di un congegno processuale organizzato completamente al di fuori del *ius* (e perciò sganciato dalle pastoie e dalle solennità rituali dell’*agere lege*) che diede un nuovo contenuto alla *iurisdictio* e un diverso e crescente spazio d’intervento al magistrato giudicante. Quella che era stata un’attività concretantesi in un solenne ‘*dicere*’ rituale ... [e cioè il *ius dicere* dell’*agere certis verbis*] ... veniva a trasformarsi radicalmente in un’attività creativa, di organizzazione e direzione autoritativa del nuovo tipo di processo”.

La serie dei corsi sul processo si chiude con una prospettiva: sull’opportunità di studiare ancora come, per attuare questa svolta nel modo di esercitare la *iurisdictio*, il pretore si sia valso anche del ricorso a misure che non rientravano nel suo potere giurisdizionale, ma gli spettavano in quanto istituzionalmente munito dell’*imperium*, intervenendo nel contesto dalla sua attività giurisdizionale con gli atti che i giuristi qualificavano *magis imperii quam iurisdictionis*, come le varie *cautiones*, le *in integrum restitutiones* e le *missiones in possessionem*, nonché con l’impiego degli *interdicta*, necessari talora, ad esempio, per costringere il convenuto ad accettare il processo, che di per sé, nel rito formulare, non poteva aver luogo senza il suo consenso.

\* \* \*

E mi piacerebbe poter concludere questo mio omaggio all’amico Lehrer und Forscher con questa nota di speranza sul suo operare futuro. Ma devo invece farlo denunciando una lacuna grave nella mia esposizione, che il tempo non mi permette di colmare. È questa, della tirannia di *Xρόνος*, la sola ragione per la quale ho omesso di menzionare almeno alcuni dei contributi che si trovano in molti articoli che non ho potuto nemmeno citare – come l’ultimo, sui termini *erus* e *dominus* – e soprattutto quelli che sono gestopft nei volumi dei *Lineamenti* e delle *Institutiones*:

come, in queste ultime, le pagine dedicate all'atto, che, nella loro semplicità lineare, contengono una vera revisione chiarificatrice della teoria dell'atto giuridico.

Ma qui devo proprio fermarmi: e del resto so bene che tutto quanto in quest'occasione a lui dedicata risulterà detto o scritto per rimeditare la sua opera, Giovanni non lo intenderà come un bilancio, ma come uno impulso a proseguire. Per parte mia, non penso neppure a stimolarlo, perché quel che tutti ci attendiamo da lui è che continui a pensare: ma un Giovanni Nicosia non pensante è di per sé affatto inconcepibile.



## TUSCIANUS\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I personaggi. – 3. Un problema e una proposta di soluzione.

### 1. Premessa

Nel passo che conclude il lungo frammento dell'*enchiridium* riportato nel Digesto si legge che l'autore attribuirebbe l'ultima leadership della scuola sabina collettivamente ad Aburnio Valente, Tusciano e Salvio Giuliano. Nel frammento di frase, che riporto, evidenzio, ponendolo fra parentesi, il *successit*, che vi si deve sottintendere perché compariva già all'inizio del testo, una volta per tutte<sup>1</sup>, riferito insieme alle vicende dei vertici delle due scuole, che – intricandole l'una nell'altra – Pomponio indicava a seguire quelli di Cassio e Proculo.

D. 1,2,2,53 (Pomponius, *libro singolari enchiridii*): ... *Iavoleno Prisco (successit) Aburnius<sup>2</sup> Valens et Tuscianus, item Salvius Iulianus.*

La notizia è scritta in un modo che lascerebbe intendere che ai primi due Giuliano si sia aggiunto in seguito: *Iavoleno Prisco (successerunt) Aburnius Valens et Tuscianus, item* (= nonché) *Salvius Iulianus.*

Per datare approssimativamente questa successione, dobbiamo farci un'idea circa l'uscita di scena di Giavoleno.

*C. Octavius Titius Tossianus L. Iavolenus Priscus*<sup>3</sup> fu *legatus Augusti pro prae-*

---

\* Pubblicato in: *Studi in onore di Remo Martini* I, Milano 2008.

<sup>1</sup> Il *successit* compare invero solo all'inizio del § 53 (*Cassio Caelius Sabinus successit ...*), e viene così ad essere sottinteso in tutto il resto del passo, anche se in due casi il verbo appropriato sarebbe al plurale (*successerunt*): ciò precisamente per ... *Celso patri Celsus filius et Priscus Neratius ...*, nonché nella frase che ci interessa. Imperfezioni grammaticali, come è noto, non sono rare nel brano dell'*Enchiridium* di D. 1,2,2: solo si discute talora se si tratti della cattiva tradizione manoscritta o di guasti attribuibili ai compilatori del Digesto, ovvero di sciatterie di Pomponio.

<sup>2</sup> Da correggere così, perché la Fiorentina reca – sicuramente per errore – *Aburnus* invece di *Aburnius*.

<sup>3</sup> P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*<sup>2</sup>, Leipzig 1912, 176 ss.; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*<sup>2</sup>, Graz-Wien-Köln 1967, 138 ss.; G. VIARENGO, *Riflessioni su Giavoleno Prisco*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 10, 1,

tore e comandante della *legio III Augusta* in Africa nell'anno 83<sup>4</sup>; *iuridicus provinciae Britanniae*; *consul suffectus* nell'86<sup>5</sup>; *legatus pro praetore* della Germania superiore nel 90<sup>6</sup>; *legatus Augusti pro praetore* della Siria; proconsole d'Africa; *pontifex*<sup>7</sup>. Siccome è stato statisticamente calcolato<sup>8</sup> che (tralasciando gli appartenenti alla famiglia imperiale e, d'altra parte, gli *homines novi*) un aristocratico romano giungeva di regola al consolato tra i 30 e i 42 anni, il consolato di Giavoleno nell'86 collocherebbe presumibilmente la sua nascita fra il 44 e il 56; siccome, se egli fosse nato nel 56 avrebbe avuto a soli 27 anni le alte cariche ricoperte nell'83, riterrei ragionevole una data di nascita attorno all'anno 50. L'ultima notizia che abbiamo di lui lo vede ancora vivace nel 106 o 107. Così si data un'epistola di Plinio il giovane, indirizzata all'amico Voconio Romano<sup>9</sup> e che val la pena di leggere:

Plin., ep. 6,15: C. *Plinius Romano suo s.* 1: *Mirificae rei non interfuisti, ne ego quidem; sed me recens fabula excepit. Passennus Paulus, splendidus eques Romanus et in primis eruditus, scribit elegos. gentilicium hoc illi: est enim municeps Propertii atque etiam inter maiores suos Propertium numerat.* 2: *Is cum recitaret, ita coepit dicere: 'Prisce, iubes ...?' ad hoc Iavolenus Priscus (aderat enim ut Paulo amicissimus): 'ego vero non iubeo'. cogita, qui risus hominum. qui ioci! 3: Est omnino Priscus dubiae sanitatis, interest tamen officiis, adhibetur consiliis atque etiam ius civile publice respondet: quo magis, quod tunc fecit, et ridiculum et notabile fuit.* 4: *Interim Paulo aliena deliratio aliquantum frigoris attulit. tam sollicite recitaturis providendum est, non solum ut sint ipsi sani, verum etiam ut sanos adhibeant. Vale.*

E vale anche la pena di tradurre:

1980, 4 ss. Sul nome, e in particolare sul *praenomen L(ucius)*: CIL XVI,36 = DESSAU 1998; CIL III,9960 = DESSAU 1015, e KUNKEL, *Herkunft*, cit., 138 n. 173.

<sup>4</sup> CIL VIII, 22165; CIL VIII, 27854 = DESSAU 9089; CIL III, 9960 (*legatus legionis III Aug.*: vedi KUNKEL, *Herkunft*, cit., 138 n. 175).

<sup>5</sup> W. KUNKEL, *Herkunft*, cit., 138 n. 177.

<sup>6</sup> CIL XVI,36 = DESSAU 1998 cit.; W. KUNKEL, *Herkunft*, cit., 138 n. 177.

<sup>7</sup> CIL III,9960 = DESSAU 1015 cit. È difficile pensare che Giavoleno sia vissuto sufficientemente a lungo per potersi identificare con il *Diabolenus* menzionato in SHA [Capitolinus] Ant. Pius 12,1 come membro del *consilium* di Antonino Pio: vedi W. KUNKEL, *Herkunft*, cit., p. 139 n. 178.

<sup>8</sup> TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I<sup>3</sup> (repr. Graz 1952), 563 (572) ss.; D. NÖRR, *Zur Biographie des Juristen C. Cassius Longinus*, in *Sodalitas (scritti Guarino)*, VI, Napoli 1984, 2959.

<sup>9</sup> Personaggio che compare più volte nell'epistolario: Plin., ep. 1,5; 2,13 (lettera scritta forse prima della morte dell'imperatore Nerva, nella quale Plinio raccomanda Voconio Romano a un *Priscus*, che potrebbe essere identificato con Giavoleno); 10,4 (lettera del 98, indirizzata all'imperatore Traiano, con altra raccomandazione per Romano). Vedi A. N. SHERWIN-WHITE, *Pliny, the man and his letters*, in *Greece & Rome*, 16, 1969, 76 ss.

C. Plinio saluta l'amico Romano. 1: Hai mancato una scena straordinaria; anch'io, del resto: ma me n'è tosto giunta la voce. Passenno Paolo<sup>10</sup>, brillante cavaliere romano e, soprattutto, erudito, scrive elegie. Gli discende per i lombi: infatti, non solo è concittadino di Properzio, ma pure conta Properzio stesso fra i suoi antenati. 2: Mettendosi dunque a recitare, attaccò dicendo: «O Prisco, vuoi tu ...?» Al che Giavoleno Prisco (che era in effetti presente, perché grande amico di Paolo): «Veramente, io non vo' nulla». Figurati le risate e le facezie! 3: Prisco è proprio un po' fuori di testa, anche se ricopre uffici pubblici, è chiamato nei consigli, e dà pure responsi pubblici di diritto civile: e proprio per questo ciò che fece risultò ancor più decisamente ridicolo. 4. Intanto, per la demenza dell'altro, Paolo era rimasto alquanto congelato. Quelli che sono così propensi ad esibirsi in recitazioni, devono ben stare attenti non solo d'esser sani di testa essi stessi, ma anche a procurarsi un pubblico di cervelli a posto. Stammi bene.

Qualunque persona di senso comune legga questa lettera, sono convinto, non può non rendersi conto del fatto che Plinio non aveva capito nulla: magari già non aveva capito il tipo che gli aveva riferito l'episodio, ma Plinio avrebbe dovuto rendersene conto dalle parole stesse che stava scrivendo all'amico Romano. Giavoleno aveva invece, naturalmente, ben capito l'apostrofe manieristica *Prisce, iubes ...?*, e solo ne aveva approfittato per prendere in giro un intellettualoide, chiarendo di non aver nessuna voglia di lasciarsi render corresponsabile di quel forse pietoso, e certo noioso strapazzamento dei distici. Le risate e i motteggi che la battuta di Giavoleno suscitò fra gli astanti dovevano avere lo stesso senso<sup>11</sup>, a meno che non si trattasse di una riunione di impenetrabili ignoranti. Ma ancora più stupefacente è il fatto che i romanisti abbiano seguito Plinio: almeno, come ricordava il Ferrini<sup>12</sup>, i "vecchi romanisti", che si sono persin messi a cercare fra i frammenti noti di Giavoleno qualche segno della sua *dubia sanitas*, trovandolo magari in D. 17,1,52<sup>13</sup>, che in realtà contiene invece una soluzione impeccabile. Siccome così sappiamo che Giavoleno era ancora vivo e vegeto nel 106 o 107, quando doveva avere un poco meno di 60 anni, ne avrebbe dunque avuti poco meno di 70 nel 117, alla morte di Traiano, che regnò dal 98 al 117, e quindi all'avvento al trono di Adriano. Possiamo ragionevolmente supporre che il cambio della guardia nella leadership dei sabiniani abbia avuto luogo nello stesso torno di tempo.

<sup>10</sup> Il personaggio è presente in un'iscrizione d'Assisi (DESSAU, 2925), evidentemente (Plin., ep. 6,15,1) sua città natale, perché città natale di Properzio.

<sup>11</sup> La battuta di Giavoleno possedeva anche una sottile eleganza di forma, che non poteva sfuggire ad un pubblico romano di qualche cultura o comunque di classe sociale elevata, qual'era quello dei presenti: perché la replica '*non iubeo*' a '*iubes?*' suona come risposta negativa ad una *interrogatio* stipulatoria di garanzia: '*(fide)iubes? Ego autem non (fide)iubeo!*'. Quest'osservazione che faccio, la devo in realtà alla sensibile arguzia del mio dotto amico e collega James Caimi.

<sup>12</sup> C. FERRINI, *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana*, Milano, 1885, 70.

<sup>13</sup> Iav., 1 *epistularum*. Nel testo va naturalmente sostituito lo *sponsor* all'interpolato *fideiusor*.

## 2. I personaggi

Dei due personaggi, che secondo D. 1,2,2,53 furono riconosciuti come corifei dei Sabiniani immediatamente dopo Giavoleno, Aburnio Valente (*Aburnius Valens*)<sup>14</sup> ci è sufficientemente noto. Egli risulta con certezza autore di un'opera *de fideicommissis* in sette libri<sup>15</sup>, che erano noti a Paolo (D. 32,78,6 L. 5; D. 31,82,2 L. 7; D. 40,5,25 L. 21) e nei quali vengono citati Nerva e Atilicino (Val. D. 32,19 L. 14), Ottaviano (Val. D. 36,1,69,1 L. 12), Campano (Val. D. 38,1,47 L. 20), Pegaso (Val. D. 32,12 L. 2), Giavoleno (Val. D. 33,1,15 L. 22) e Giuliano (Val. D. 32,94 L. 10; Val. D. 4,4,33 L. 18)<sup>16</sup>. Elementi abbastanza precisi per una datazione risultano da Val. D. 49,14,42 (L. 17), nel cui *principium* si legge:

D. 49,14,42 pr. (Valens 5 fideic.): *Arrianus Severus praefectus aerarii, cum eius, qui tacite rogatus fuerat non capienti fideicommissum reddere, bona publicata erant, pronuntiavit nibilo minus ius deferendi ex constitutione divi Traiani habere eum cui fideicommissum erat relictum.*

Il prefetto dell'erario *Arrianus Severus*, che Aburnio Valente cita, appare essere posteriore a Traiano<sup>17</sup>; che Aburnio Valente scrivesse il passo alquanto tempo dopo la costituzione di Traiano risulta del resto anche dal § 1 del testo (dove per altro si parla ancora dell'imperatore come *divus*). Possiamo dunque concludere con sufficiente certezza che Valente scriveva al tempo di Adriano.

<sup>14</sup> Secondo l'opinione ormai prevalente, e che credo senz'altro corretta, il giurista viene identificato con il *L. Fulvius C. fil. Popin. Aburnius Valens* – menzionato nell'iscrizione DESSAU (ILS I) num. 1051 – il quale iniziò la carriera sotto Adriano come *praefectus urbi feriarum latinarum* nell'anno 118 (*Hadriano Aug. LL. cos.*) e all'epoca dell'iscrizione (non datata) era *tribunus plebis designatus*. La proposta alternativa d'identificazione è stata con l'*Aburnius Valens* menzionato nei fasti consolari (*Notizie degli scavi*, 1932, 109), che fu console nel 109, ed era con ogni verosimiglianza il padre del *prefectus f. L.* di cui sopra. Si veda (con altre esaurienti indicazioni bibliografiche): P. KRÜGER, *Geschichte* cit., 188 s.; W. KUNKEL, *Herkunft* cit., 151 ss.; R.A. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the Early Roman Empire*, München 1989, 231 ss.; D. LIEBS, il paragrafo *Fulvius Aburnius Valens, fideicommissorum libri VII*, nella *Nouvelle histoire de la littérature latine*, IV, Turnhout 2000, 143 s.

<sup>15</sup> O. LENEL, *Pal. II*, 1202 ss. Nel Digesto, un frammento (D. 36,4,15) reca l'*inscriptio* 'VALENS, libro septimo actionum'; dei *libri actionum* di (Aburnio) Valente non sono altrimenti attestati, e neppure menzionati nell'*index Florentinus*, dove invece si menzionano (12,1) i *libri fideicommissorum*, sicché il KRUGER ha proposto di attribuire D. 36,4,15 a Venuleio: cfr. O. LENEL, *Pal. II*, 1202 n. 1.

<sup>16</sup> Le due citazioni di Giuliano vengono riferite al libro 39 dei *digesta* di questi da H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*<sup>2</sup>, Halle 1908, 33 (così pure fa LENEL per D. 4,4,33 = L. Iul. 548; non viene invece considerato D. 32,94 in L. Iul.): vedi W. KUNKEL, *Herkunft* cit., 152 n. 223.

<sup>17</sup> Il *divus* attribuito a Traiano pare qui proprio da attribuirsi al testo originale ed anzi far parte del testo della pronunzia del prefetto. Cfr. P. VON ROHDEN, in *RE II*, 1, 1229 (s. v. *Arrianus* num. 3 e 5), che considera post-traiano il *praefectus aerarii* di D. 49,14,42 e propone di identificarlo con l'*Arrianus Aper Veturius <S>everus* di CIL XIV 3587, iscrizione di Tibur.

Ma, se dunque Valente si chiamava *L. Fulvius Aburnius Valens*, allora diviene perfettamente coerente accettare la correzione proposta<sup>18</sup> per SHA [Capitolinus] Ant. Pius 12,1 (passo che va certo corretto, perché esso non poteva non menzionare Giuliano), dove si dice dell'imperatore Antonino Pio: '*ususque est iuris peritis Vindio Vero, Salvio <Iuliano Fulvio> Valente, Volusio Maeciano, Ulpio Marcello, et Diabolenno*'. Aburnio Valente avrebbe operato dunque ancora, e come membro del *consilium* imperiale, sotto Antonino Pio<sup>19</sup>.

Di Tusciano (*Tuscianus*), l'altro dei due personaggi, non sappiamo invece assolutamente nulla<sup>20</sup>.

### 3. *Un problema e una proposta di soluzione*

I dati raccolti nel paragrafo precedente suscitano un problema.

Noi non sappiamo come venisse attribuita all'uno o all'altro dei seguaci di ciascuna delle due scuole la particolare posizione preminente che ebbero i diversi co-rifei, che vi si succedettero dopo Labeone e Capitone; e forse non lo sappiamo semplicemente perché questa risultava di fatto appartenere in ciascuna al membro che, all'uscita di scena del leader attuale, già era contornato da stima e dotato di un'autorevolezza di consistenza tali da designarlo alla successione, o che magari già lo avevano posto accanto al predecessore quando ancora era attivo. Ma tutto lascia comunque credere, osservando la storia delle due *sectae*, che stima all'interno della scuola ed autorevolezza pubblica erano condizioni imprescindibili. Possiamo anche pensare che, venuta meno la presenza di Giavoleno, l'autorità di Giuliano fosse già tale da permettere di attribuirgli la qualità di leader che tosto gli fu comunque riconosciuta, e quindi la designazione di altri abbia avuto un carattere, per così dire, provvisorio ed abbia avuto luogo per ragioni contingenti e magari effimere. Su di ciò è del tutto inutile elucubrare. Ma quel che risulta veramente enigmatico è il fatto che la soluzione, per quanto potesse considerarsi un ripiego, abbia associato all'operoso e titolato Aburnio Valente l'altro personaggio, Tusciano, che ci risulta inconsistente sotto ogni profilo. È ben vero che dell'assenza, quando ci tocca di constatarla, di dati su di un personaggio non possiamo mai fidarci per desumerne concreti caratteri della sua posizione reale nell'ambiente del suo tempo: tuttavia per il mondo dei giuristi romani le cose non stanno proprio così. Per l'epoca clas-

<sup>18</sup> Vedi, con letteratura, V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, Milano 1988, 67 (fra i testi elencati nella pagina, è il num. 6); R. SYME, *The Jurists Approved by Antoninus Pius*, in AA.VV., *Bonner Historia-Augusta-Colloquium*, Bonn 1991, 201 ss.

<sup>19</sup> Vedi anche D. NÖRR, *Pomponius oder "Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen"*, in ANRW II.15, 513 con la n. 74.

<sup>20</sup> P. KRÜGER, *Geschichte* cit., 189; W. KUNKEL, *Herkunft* cit., 153 s.; D. NÖRR, *Pomponius* cit., 514 lo dice "rätselhaft".

sica ed anche già per la tarda repubblica, al nome di un giurista a noi noto da testi giuridici si associa sempre qualcosa: almeno una citazione del suo pensiero, pur se limitato all'adesione al pensiero di un altro. Un personaggio "ohne Schatten" come Tusciano rappresenta una rara eccezione, e il fatto che, dove lo si nomina, ci venga presentato come leader della scuola sabiniana lo rende veramente, come annotava il Nörr, "rätselhaft".

Un paio di tentativi di identificazione di Tusciano con personaggi noti da epigrafi è stato fatto – e, per vero, senza convinzione – dal Kunkel<sup>21</sup>: ma uno dei suoi reperti apre, io credo, la via ad un'idea diversa. Egli riconsiderava l'iscrizione di DESSAU, 9471, che già aveva citato trattando di Aburnio Valente<sup>22</sup> (perché, in effetti, riguarda personaggi della famiglia degli *Aburnii* ai tempi di Traiano e Adriano), per desumerne la possibilità – in astratto, essendo egli ben consapevole del fatto che i due ufficiali di Alabarda dell'epigrafe non possono essere identificati con i giuristi che ci interessano – che in Pomp. D. 1,2,2,53 si possa scorgere un'allusione a due fratelli leggendovi *Aburn<i>[us] Valens et Tuscianus*, cioè "gli (= i due) Aburni Valente e Tusciano". Tutto ciò non ha molto valore di per sé, ma sottolinea un dato: che il *cognomen* 'Tuscianus' era impiegato nella famiglia degli *Aburnii*. Questo dato è sicuro, perché uno dei personaggi dell'iscrizione di DESSAU 9471 – che è in lingua greca – viene denominato Λ. Αβούρνιος Αβουρνίου Τουσκιανού υἱὸς Τορκουᾶτος ἑπαρχος etc., e cioè *L(ucius) Aburnius Aburnii Tusciani filius Torquatus*.

Abbiamo così la seguente serie di indizi: un giurista Tusciano non è noto; costui sarebbe identificato da Pomponio col solo *cognomen*, il che per un personaggio senza notorietà rappresenta un'ulteriore stranezza<sup>23</sup>; nella famiglia degli *Aburnii* sappiamo che venne usato il *cognomen* *Tuscianus*.

Mi sembra che da tutto ciò risulti possibile, ed anche logica, l'ipotesi che l'*et*, scritto in D. 1,2,2,53 prima di *Tuscianus*, sia stato inserito – in un manoscritto dell'*Enchiridium* o nel Digesto – per errore da uno scriba che considerava troppi i tre appellativi per un solo individuo, e che Pomponio avesse scritto 'Iavoleno Prisco (*successit*)<sup>24</sup> *Aburnius Valens Tuscianus, item Salvius Iulianus*'. Così, dunque, *L. Aburnius Valens Tuscianus* risulterebbe essere un solo personaggio con due *cognomina*.

<sup>21</sup> W. KUNKEL, *Herkunft* cit., 153 n. 225.

<sup>22</sup> KUNKEL, *Herkunft* cit., 152.

<sup>23</sup> Nel brano dell'*Enchiridium* relativo alla *scientia iuris* Pomponio menziona bensì alcuni personaggi con un unico appellativo (*Brutus*, *Manilius* § 39; *Cinna* § 44; *Trebatius* § 45; *Volusius* – ma *Volcacius* – § 45; *Tubero* § 46; *Proculus* § 53; *Pegasus* § 53), ma si tratta sempre di personaggi di una sicura notorietà, nell'ambiente almeno dei *iuris studiosi*, già consolidatisi nel passato.

<sup>24</sup> Così il *successit* iniziale (vedi sopra, n. 1) risulterebbe anche calzante a questo punto; ma non voglio impiegare questo argomento come prova della mia ricostruzione del testo, perché rimane sempre l'incoerenza con il caso di Celso il giovane e Nerazio.

In questo modo, la frase di Pomponio che chiude il brano dell'*Enchiridium* verrebbe ad avere il senso seguente: "A Giavoleno Prisco successe L. Aburnio Valente Tusciano, e contemporaneamente a costui la leadership appartenne pure a Salvio Giuliano". Il che farebbe pensare che alla morte di Giavoleno il personaggio che per dignità e autorità gli fu considerato successore fosse Valente, cioè un giurista, tutto sommato, minore; ma presto emerse la personalità di Giuliano, che venne pure considerato come leader della scuola, assieme all'altro: perché – non c'è bisogno che mi addentri qui nei dettagli delle discussioni che concernono la biografia di quel grande giurista – la vita di Giuliano deve considerarsi durata quanto – più o meno – quella che abbiamo potuto determinare per Valente. Quanto a Tusciano, infine, deve ammettersi – fino a nuova prova contraria – che il giurista di tal nome, che appare menzionato nel testo di D. 1,2,2,53 come lo si legge nella *littera* Fiorentina ed in tutte le edizioni delle Pandette, non sia mai esistito<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> La domanda «Esistè veramente un giureconsulto *Tuscanus*, successore di Giavoleno Prisco e collega di Aburnio Valente nella direzione della *statio* sabiniana?» se l'era già posta A. GUARINO (vedi *Ann. Cat.*, I, 1946-47, 331 s.; *Labeo*, 27, 1981, 431 s.; ora in A. GUARINO, *Pagine di diritto romano*, V, Napoli 1994, 421 ss.), e già due secoli prima – come ho appreso da lui stesso (in *Pagine V* cit., 423) – se l'era posta G. De Cristofaro. Ed il Guarino, come ora mi avviene di fare, ha anch'egli dato una risposta negativa. In questo mio breve articolo, offerto al collega Remo Martini, illustre discepolo di A. Biscardi, ho dunque cercato solo di trovare per la tesi una dimostrazione diversa da quella che ha proposto il maestro napoletano (basata sulla corruzione e trasposizione dell'appellativo *Tossianus* di Giavoleno per errore di un primo amanuense e incomprensione di un successivo copista), che mi è sembrata invero, come già al KUNKEL, *Herkunft* cit., 153 n. 225, troppo intricata e in pratica (intendo dire nella prassi della scrittura e ricopiatura dei testi antichi) difficilmente comprensibile.



## SULLE FONTI DELLE OBBLIGAZIONI \*

SOMMARIO: 1. Nozione di fonte d'obbligazione. – 2. La classificazione delle fonti d'obbligazione. – 3. Sul testo dell'art. 1173 c.c. – 4. In particolare sul riferimento all'ordinamento giuridico nell'art. 1173 c.c. – 5. Una precisazione sui rapporti contrattuali di fatto. – 6. Sulla differenza tra l'obbligazione da contratto e l'obbligazione da fatto illecito.

### 1. *Nozione di fonte d'obbligazione*

Comunemente si considerano come fonti delle obbligazioni i fatti che in un certo ordinamento giuridico sono riconosciuti come produttivi d'obbligazione o, se si vuole, di rapporti obbligatori. Traendo da questa considerazione una precisa definizione, si può dire che per «fonte d'obbligazione» s'intende qualunque fatto giuridico che un ordinamento riconosce come produttivo d'obbligazione. L'idea che corrisponde a tutto ciò è senz'altro corretta: potremmo anche dirla indiscutibile, ed invero non viene neppure discussa. Essa, del resto, per il diritto italiano, si trae anche dal dettato dell'art. 1173 c.c.: perché, riassumendone il senso partendo insieme dal tenore della rubrica e da quello del testo normativo, se ne desume che per «fonti delle obbligazioni» il legislatore intende «gli atti o fatti idonei a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico». Il binomio «atto o fatto» impiegato nell'art. 1173 c.c. non cambia le cose perché, come si sa, il codice civile italiano del 1942 impiega in genere (non senza eccezioni, spiegabili di volta in volta, come quella degli atti d'emulazione dell'art. 833 c.c.) il termine «atto» per indicare specificamente l'atto negoziale<sup>1</sup>, ed il termine «fatto» per indicare qualunque altro accadimento giuridicamente rilevante, che sia fatto materiale o atto umano (com'è per il fatto dannoso, secondo l'art. 2043 ss.): per cui è chiaro che quando – come, riportando la definizione comune di fonte d'obbligazione, ho fat-

---

\* Si tratta di uno scritto civilistico, pubblicato in: *Trattato della responsabilità contrattuale diretto da Giovanna Visintini*, I: *inadempimento e rimedi*, Padova 2009.

<sup>1</sup> Vedi anche *Relazione al Re Imperatore sul libro «Delle obbligazioni»* n. 263 (d'ora in poi citerò questa *Relazione al Re* con l'abbreviazione R.R.). Sull'impiego di «atto» o «fatto» per gli illeciti si vedano anche le considerazioni dell'ALPA, *Istituzioni di diritto privato. Nozioni*, Torino 2001, 495. Non solo su questo punto, ma per tutto quanto, nella trattazione che segue, si riferirà alla gestazione delle norme del codice civile ed ai suoi lavori preparatori, va in particolare tenuto in conto quanto in proposito si trova in ALPA, *Trattato di diritto civile*, I, Milano 2000, e per altro verso, specie per la ricca messe di notizie che contiene, anche RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano 2003.

to sopra – si usi il termine «fatto» per indicare ogni accadimento giuridicamente rilevante, l'atto negoziale viene solo ad essere un fatto con una propria denominazione specifica.

Tutto ciò non riveste un particolare interesse, se non come premessa ad un'altra considerazione. In alcune delle indicazioni codicistiche delle fonti d'obbligazione, dove queste vengono presentate come oggetto di una classificazione (precisamente, di una *divisio* per *genera* e *species*, come vedremo fra poco), fra i generi classificati compare anche quello delle obbligazioni prodotte dalla legge. Il prototipo moderno di queste norme è quello dell'art. 1370 del code civil francese, dove, parlando degli obblighi che si formano senza accordo fra le parti, è scritto che alcuni *résultent de l'autorité seule de la loi*; e la stessa classificazione, esposta anche in forma più lineare, era ripresa dall'art. 1097 del codice civile italiano del 1865, che recitava: «Le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto». Ma i codici – ormai abrogati o ancora in vigore – nei quali risulta prevista l'esistenza di obbligazioni create dalla legge, sono alquanto più numerosi di quelli che già ho citato: fra quelli abrogati vanno annoverati nella loro generalità i codici italiani pre-unitari e quelli cantonali svizzeri precedenti la codificazione federale delle obbligazioni del 1883/1911 (date di promulgazione) influenzati dal code civil francese, ed ancora il WB olandese del 1838 (art. 1269; cfr. art. 1388); fra i codici ancora vigenti l'ABGB austriaco del 1811 (§ 859) e il código civil spagnolo del 1889 (art. 1089).

Ora, ripensando a quella che sopra ho presentato come la nozione comune e corretta di «fonte d'obbligazione», risulta senz'altro evidente – e del resto la cosa è stata sottolineata da un'infinità di autori – che la legge non può essere considerata un fatto produttivo d'obbligazione. Perché una legge possa esserlo, se ne dovrebbe concepire una che contenga una norma del tipo: «Il cittadino Tizio è tenuto a pagar 100 euro al cittadino Caio», la quale per altro non potrebbe valere come legge già a far tempo da quella delle dodici tavole, proprio perché la regola mancherebbe del carattere della generalità<sup>2</sup>. La dottrina è da tempo, del resto, giunta a precisare bene che, se da un lato è ovvio che la legge possa prevedere fattispecie obbligatorie, in tali casi la fonte dell'obbligazione non sarà la legge stessa, ma il fatto concreto che la legge individua in termini astratti e generali in tali fattispecie. Così viene superata anche una dottrina che fu presente almeno presso certi autori del XVIII secolo, come in particolare lo Heinecke, che scrisse<sup>3</sup>: «Tutte le obbliga-

<sup>2</sup> La norma delle dodici tavole (tab. 9,1), che suonava: «*Privilegia ne inroganto*», era appunto spiegata così da Cicerone (*de legibus*, 3,19,44): *in privatos homines leges ferri noluerunt; id est enim privilegium; quo quid est iniustius, cum legis haec vis sit, scitum et iussum in omnes?* Cioè: «[gli autori della legge delle dodici tavole] non vollero che s'introducessero leggi con riguardo a singoli privati; questo è infatti un *privilegium*, del quale nulla è meno conforme al diritto, poiché la forza della legge è questa: che si preveda e si ordini con riguardo a tutti».

<sup>3</sup> Il nome latinizzato che Johann Gottlieb Heinecke usava nelle sue pubblicazioni era quello di *Heineccius*. Il passo che riporto, lo traduco dal § 771 dei suoi *Elementa iuris civilis secundum ordinem*

zioni provengono dall'equità o dalla legge: esse consistono infatti in un vincolo giuridico. Ma tuttavia alcune nascono in modo immediato dall'equità naturale o dalla legge civile, altre in modo mediato, per l'intervento di un fatto obbligatorio; per esempio, il padre è obbligato verso il figlio agli alimenti immediatamente dall'equità naturale, cioè senza l'intermediazione di alcun fatto obbligatorio; il possessore è tenuto immediatamente, senza l'intervento di alcun fatto, ad esibire a colui che vi ha interesse<sup>4</sup>. Invece i contraenti e i delinquenti risultano immediatamente obbligati da un loro fatto, e in modo mediato dalla legge». In questa prospettiva si vede da un lato che la legge (o l'equità naturale: ma ai nostri fini possiamo ragionare concentrandoci solo sulla legge) è vista piuttosto come base generale, fondamento giuridico dell'obbligatorietà di qualunque fatto obbligatorio; ma il fatto è che ancora si ritiene esistente un settore nel quale la legge produce obbligazioni senza intermediazione di un fatto: e questa idea è dommaticamente scorretta, come si può facilmente constatare considerando gli esempi stessi che l'autore proponeva: il padre è infatti obbligato verso il figlio agli alimenti perché è padre di quel figlio e il figlio necessita degli alimenti, il possessore è tenuto ad esibire perché è possessore e la controparte ha interesse all'esibizione, il cittadino è tenuto a pagare i tributi perché è cittadino e si trova nelle condizioni che la legge fiscale prevede (prescindendo anche, in questo caso, dal problema se il dovere di pagare i tributi sia un'obbligazione o un dovere giuridico d'altra natura).

Sembra chiaro, dunque, che la presenza, anche in testi normativi, dell'idea di «obbligazioni che provengono dalla legge» non deve modificare la nozione di fonte d'obbligazione che sopra ho enunciato e che generalmente si adotta. Resta solo da individuare la ragione della sua adozione in quei testi e quindi il senso preciso che essa può assumervi. Nel paragrafo seguente, partendo da un altro chiarimento di carattere generale, incontreremo già, alla fine, uno spunto in tale senso.

## 2. La classificazione delle fonti d'obbligazione

Le trattazioni del diritto delle obbligazioni, che si tratti di esposizioni istituzionali o trattatistiche, s'iniziano spessissimo – qualunque sia poi la misura che alla trattazione di ciascun punto è riservata – con una definizione dell'obbligazione, seguita da un'indicazione delle sue fonti. Anche i testi legislativi adottano sovente lo stesso schema: solo che qui la definizione viene normalmente tralasciata, ma essa era del resto assente anche nella prima trattazione istituzionale, cioè le *Institutiones*

---

*Institutionum*, che fu pubblicato nel 1725. Io mi sono basato sulle edizioni di Venezia 1749 e su quella di Napoli 1778, della quale ultima seguo la numerazione dei paragrafi.

<sup>4</sup> Aggiungo la traduzione del diverso esempio che compare qui nell'edizione del 1749: «il cittadino è tenuto immediatamente in forza della legge civile a pagare i tributi, senza l'intermediazione di alcun fatto».

che il giurista romano Gaio scrisse intorno all'anno 161, nonché – a quanto almeno ci risulta – nella parafrasi, nota col titolo di *res cottidianae* o *aurea*<sup>5</sup>, che della stessa opera fece un altro ignoto giurista romano epiclassico, circa un secolo e mezzo più tardi o poco meno. Nell'anno 534 fu pubblicata un'altra opera col titolo di *Institutiones*: l'aveva fatta redigere da un'apposita commissione l'imperatore Giustiniano, ed era destinata alla scuola – come testo per gli studenti del primo anno dell'Università di Costantinopoli – ma la pubblicazione ebbe luogo mediante promulgazione come legge, per cui il testo assumeva anche valore normativo: e qui compariva tanto la definizione d'obbligazione, quanto l'indicazione delle fonti. Aggiungo subito – servirà per intendere quanto brevemente dirò qui di seguito – che la scienza giuridica medievale e moderna non conosceva delle *Institutiones* di Gaio se non i pochi testi (nessuno dei quali riguarda specificamente la tematica che stiamo trattando) riportati nel Digesto giustiniano, perché l'opera integrale venne scoperta solo nel 1816. Le *Institutiones* giustiniane le conoscevano invece perfettamente i glossatori – che incominciarono il loro lavoro scientifico verso la fine del secolo XI –; essi, naturalmente, le inserirono nella serie dei *libri legales*, cioè dei testi che rappresentavano il patrimonio normativo del diritto che essi intendevano come universalmente vigente, e che verrà a costituire il *ius commune* nel sistema del diritto comune, elaborato dai commentatori a partire dal XIV secolo e rimasto vigente praticamente in tutta l'Europa continentale fino all'avvento delle codificazioni moderne. Quanto alle *res cottidianae* i giuristi dell'epoca intermedia non conoscevano – come del resto noi – se non i testi che i compilatori di Giustiniano avevano riportato nel Digesto, ma con ciò, per loro, tali testi venivano a condividere il valore normativo che al Digesto, il principe dei *libri legales*, spettava in forza della promulgazione che ne aveva fatto Giustiniano nell'anno 533. E nelle *res cottidianae* i testi relativi ai problemi delle fonti delle obbligazioni sono numerosi.

Ora, nelle tre opere che abbiamo or ora menzionato, le fonti delle obbligazioni sono presentate in modo sistematico, mediante una diairesi, cioè una divisione (*divisio*) dialettica in generi (*genera*), cui segue eventualmente una suddivisione di ciascun genere (*genus*) in specie (*species*). Considerata in se stessa, la classificazione dialettica, che si impiega ancor'oggi – come è evidente nella sistematica delle scienze naturali –, ha lo scopo di presentare secondo un criterio scientifico il settore della realtà che s'intende esaminare, in modo da poterne considerare tanto l'insieme quanto le singole entità che ne fanno parte, nei rapporti reciproci che queste ultime hanno fra loro e con l'insieme stesso. Una *divisio* che concerne le fonti d'obbligazione può essere costruita – così avviene in pratica – o come *divisio* della materia «obbligazione», impiegando come criterio diairetico il modo in cui l'obbligazione

<sup>5</sup> È certo che l'opera, a suo tempo, circolò in diverse edizioni ora con l'uno, ora con l'altro dei due titoli. Il titolo di *res cottidianae* la indicava come un *vademecum* per il giurista; quello di *aurea* la qualificava come il «libro d'oro» o il «tesoretto». Sembra chiaro che, in entrambi i casi, i destinatari naturali erano tanto gli studenti, quanto i pratici.

può formarsi, ovvero direttamente come *divisio* della materia corrispondente alla nozione di «fonte d'obbligazione». Nel primo caso (prendo, come esempio, un'ipotetica classificazione manualistica attuale) avremmo come inizio della diairesi: «obbligazione»; come prima *divisio*: i due generi delle obbligazioni da contratto e delle obbligazioni da fatto illecito; come seconda *divisio*, partendo dall'obbligazione da contratto: le specie dei contratti formali, consensuali e reali: e la diairesi potrebbe procedere, ad esempio partendo dalla specie dei contratti reali e considerandola daccapo come genere, avremmo le ulteriori specie del mutuo, del comodato, del deposito e del pegno. Nel secondo caso, se oggetto della diairesi è direttamente la «fonte d'obbligazione», avremmo una prima diairesi nei generi del contratto e del fatto illecito; ed è qui superfluo che ne esemplifichi ancora la prosecuzione.

Prima di abbandonare questo discorso, che ha il solo scopo di richiamare al lettore alcune informazioni che magari egli già possiede, per tornare – anche se, come si conviene, per gradi – alla problematica del nostro diritto positivo, è opportuna una considerazione.

Una classificazione delle fonti d'obbligazione – o, come si è visto, una classificazione delle obbligazioni operata impiegando come criterio discretivo (diairetico) quello del modo in cui si formano –, può avere di per se stessa il solo scopo di inquadrare sistematicamente una realtà interamente già nota. In questo caso, la classificazione assume una funzione meramente teorica. Non è che con ciò le si debba negare del tutto un valore euristico, ma questo emergerà solo in qualche caso, e normalmente si ridurrà ad un ausilio per la gestione pratica del materiale classificato. Ma una classificazione delle fonti d'obbligazione può anche avere di per se stessa un intenso valore euristico. Ciò dipende dal modo in cui la diairesi viene impostata. Una, il più possibile rapida, scorsa nella storia del problema<sup>6</sup> può chiarire quanto vado dicendo.

La prima volta che i giuristi si posero un problema di *divisio obligationum* fu al tempo in cui a Roma l'ordinamento giuridico si identificava con il contenuto della legge delle dodici tavole, promulgate – come si sa – giusto alla metà del quinto secolo dell'evo antico, precisamente nell'anno 449 a.C.: l'inizio della vicenda che ci interessa lo possiamo porre alquanto più di recente, nella prima metà del terzo secolo a.C., al tempo in cui l'impegnarsi di Roma nell'avventura delle guerre puniche basta a dimostrare la grande espansione raggiunta della sua economia e quindi la

---

<sup>6</sup> Di quanto riguarda le notizie storiche sulla creazione della nozione giuridica di obbligazione e la storia della determinazione e della classificazione delle sue fonti mi limiterò, nello scritto presente, ad un'esposizione sintetica, strettamente funzionale al discorso sul diritto positivo attuale, che ne costituisce il solo oggetto. Una trattazione più articolata e documentata si trova nel mio volumetto *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo* II, Torino, 2008. Anche CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano* II, 1, Torino 2003, 38 ss. (sull'origine dell'obbligazione); CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico (I parte)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da G. Tarello, IV (1974), 37 ss.

necessità di sovrastrutture giuridiche più elaborate in materia di regime dei beni e specialmente dei traffici, e dunque soprattutto in materia di obbligazioni. Nelle dodici tavole era presente una sola fattispecie obbligatoria, quella della *sponsio*, promessa unilaterale di forma consensuale (richiesta di prestazione effettuata dal creditore seguita da assenso del debitore), protetta da una specifica azione causale (la *iudicis postulatio*). Ora, i giuristi vollero applicare analogo regime (il che significava impiegare la nozione e il meccanismo dell'obbligazione) in altre situazioni, per esempio – e anzitutto – per il prestito informale (mutuo) di somme di denaro. A questo fine i giuristi promossero ed ottennero l'introduzione, mediante una legge (la *lex Silia*), di un'azione astratta (la *condictio*), a tutela dei crediti di una somma determinata di denaro, nel sistema di forme d'azione tutte causali in vigore a quell'epoca. In questo modo essi potevano riconoscere l'esperibilità della nuova azione in tutte le situazioni che potessero dimostrarsi spiegare un'efficacia obbligatoria pari a quella della *sponsio*. Il meccanismo obbligatorio della *sponsio* – che restava il modello – venne così identificato in quello della realizzazione di una forma orale (*verbis*), ed il primo meccanismo analogo risultò quello dell'obbligazione che si forma *re*, cui poi si aggiunse il meccanismo della formazione *litteris* dell'obbligazione. Ne venne così il primo schema di fonti d'obbligazione, che non era certo chiaramente inteso da coloro che l'idearono come una diairesi, perché la dottrina di questi strumenti dialettici greci entrò nella cultura romana solo nel corso del secondo secolo a.C. Ma la triade *re-verbis-litteris* la troviamo ancora, e qui espressamente impiegata come *divisio obligationum*, con certezza nel pensiero giuridico di Quinto Mucio Scevola (140-82 a.C.). Come si vede, in questa *divisio* i generi non sono individuati come tipi di fonti (fattispecie), ma come meccanismi obbligatori: sicché ogni genere risulta naturalmente aperto alla recezione di ogni nuova fattispecie che si possa considerar realizzare il meccanismo obbligatorio che definisce il genere. Questa fecondità dei *genera* della prima *divisio* si manifestò soprattutto con riguardo alle obbligazioni che nascono *re*, vale a dire per la presenza nel patrimonio di un soggetto di un'entità destinata ad un altro soggetto (*aes alienum*): il meccanismo fu individuato per giustificare l'azionabilità del mutuo, ma venne facilmente esteso al pagamento indebito e poi a tutti i casi di arricchimento ingiustificato. Naturalmente, questa *divisio* '*re-verbis-litteris*' non riguardava se non lo *Schutzbereich* della *condictio* (anche se una seconda legge, la *lex Calpurnia*, di poco posteriore alla *lex Silia*, lo aveva esteso a comprendere tutti i crediti di *certa res*), sicché cessò di essere esauriente man mano che nuove fonti d'obbligazione venivano riconosciute, che con la *condictio* non erano tutelabili. Il fenomeno più rilevante fu quello del riconoscimento del carattere obbligatorio dei contratti consensuali. Esso ebbe luogo nel terzo e secondo secolo a.C., con i contratti di compravendita, locazione, società e mandato, e proseguì nel primo secolo a.C. col riconoscimento di deposito, comodato e pegno. Questi contratti erano protetti con specifiche azioni causali previste nell'editto pretorio, per cui a dare forma sistematica al loro riconoscimento non era necessaria la loro inserzione in una *divisio obligationum*: si trattava di fonti d'obbligazioni riconosciute sulla base della presenza

dell'azione (ormai si trattava di azioni formulari) che per ciascuna era prevista nell'editto pretorio, ma per conoscerle non c'era che da enumerarle (Typenzwang). Le cose rimasero così finché un'operazione particolare non fu compiuta da Labeone (siamo tra la fine del primo secolo a.C. e l'inizio dell'era volgare). Il fulcro dell'operazione di Labeone<sup>7</sup>, per quel che qui in particolare ci interessa, fu il seguente: nel campo degli atti obbligatori egli individuò un insieme di fonti, che individuava come *actus* – si trattava delle fonti già prima classificate nei generi *re-verbis-litteris* – le quali risultano caratterizzate dal fatto di produrre solo un'obbligazione di una parte verso l'altra; a questo insieme egli contrapponeva quello del *contractus*, atto caratterizzato dal fatto di essere aperto alla produzione di obbligazioni reciproche fra le parti. Nell'ambito del contratto, Labeone formulò una nozione particolarmente rigorosa di esso, che doveva valere come categoria generale di contratto, e quindi essere identificata in una fattispecie meritevole in se stessa di tutela anche se non corrispondente alle fattispecie per le quali l'editto pretorio prevedeva azioni tipiche; Labeone prevede anche la relativa tutela, mediante un'azione contrattuale generale, non prevista nell'editto pretorio (*actio in factum civilis*, poi denominata anche *actio praescriptis verbis*). Questa azione, nella formula della quale il pretore avrebbe semplicemente descritto la situazione di fatto (Sachverhalt) che l'attore deduceva in giudizio, aveva carattere sussidiario rispetto alle azioni contrattuali previste nell'editto, ed era soprattutto destinata a permettere la tutela di situazioni contrattuali innominate, quando queste venissero a corrispondere alla fattispecie della definizione rigorosa del contratto, di cui si è detto, e che può esprimersi come segue: deve considerarsi contratto l'accordo delle parti su di un affare con carattere economico, che interessa entrambe le parti: e l'effetto di tale accordo è quello di creare in capo a ciascuna parte le obbligazioni necessarie alla realizzazione dell'affare (determinate secondo il principio della buona fede oggettiva). Da questa definizione restano dunque esclusi – a questa precisazione contribuì il giurista Aristone circa un secolo dopo – gli accordi che concernono un affare caratterizzato dalla gratuità. Per questi (come il comodato e il deposito) continuava a vigere il Typenzwang del sistema precedente legato alle azioni edittali. Un intervento ulteriore di carattere diverso, ma sempre nel senso della individuazione di categorie di obbligazioni con caratteri particolari, fu opera di Celso<sup>8</sup> (nella prima metà del secondo secolo, poco dopo Aristone). Senza, a quanto risulta, occuparsi di problemi di classificazione, egli individuò fra le fonti d'obbligazione una serie di casi nei quali l'obbligazione nasce *tacita* (cioè prescindendosi dalla presenza di dichiarazioni delle parti, anzi dalla loro volontà di obbligarsi, perché l'obbligazione nasce *extra id quod ageretur*); per questa serie egli considerava come pro-

---

<sup>7</sup> Vedi in particolare Ulp. Lab. D. 50,16,19 e, sull'insieme dell'operazione di Labeone, CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligerungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio iuris Romani (études Ankum)* I, Amsterdam 1995, 62 ss.

<sup>8</sup> Pomp. Cels. D. 13,6,13,2.

totipo quello del pagamento d'indebito, ma il giurista individuò la categoria per giustificare la tutela di situazioni nelle quali, senza che sia intervenuto un consenso contrattuale, sia opportuno (equo) dare tutela contrattuale alla situazione che si è verificata. Con ciò Celso individuava dunque la categoria delle obbligazioni non contrattuali da atto lecito, di cui già alcune figure trovavano tutela mediante azioni previste nell'editto (pagamento d'indebito mediante *condictio*, legato obbligatorio protetto con azione tipica basata sul testamento, gestione d'affari protetta con azione di buona fede simile alle azioni contrattuali), ma si trattava di figure tipiche (non classificate) mentre quella della *tacita obligatio* si presentava come categoria generale aperta.

Fino a questo punto, come credo sia risultato chiaro, il lavoro dei giuristi relativo alle fonti delle obbligazioni, che fosse o non fosse direttamente connesso con operazioni diairetiche, fu condotto sempre in funzione della soluzione di problemi pratici, precisamente per giustificare razionalmente il riconoscimento di nuove fonti d'obbligazione, individuando cioè in certe situazioni di fatto dei meccanismi da riconoscersi come strutture giuridiche obbligatorie. E appunto allora, per la prima volta, avvenne che un giurista ebbe l'idea di comporre una classificazione organica delle obbligazioni, fatta sulla base del loro modo di formarsi: una *divisio obligationum* complessiva, la quale, tenendo conto di tutti gli interventi precedenti, ciascuno in se stesso settoriale, ne presentasse un quadro chiaro ed esauriente. Il giurista che si assunse questo compito fu Gaio, che, come sappiamo, eseguì il suo compito precisamente intorno all'anno 161. Si deve però tener presente che Gaio era un giurista di livello assai inferiore a quello dei suoi colleghi; soprattutto era un dommatico alquanto approssimativo: e per di più scriveva – questo sapeva farlo assai bene – le sue *Institutiones* per informare i giovani principianti della scienza giuridica e fornir loro schemi facilmente memorizzabili delle strutture istituzionali: egli tendeva perciò anche a semplificare le cose il più possibile. La sua *divisio obligationum* risulta dunque armonicamente concepita, ma popolata di sconessioni

Oggetto della classificazione di Gaio sono le obbligazioni, ed il criterio diairetico scelto è quello del modo in cui queste si formano. Come termini della diairesi Gaio parte dalle specie, che suddivide in generi, dei quali risultano specie le entità finali, rappresentate dalle singole fattispecie creative d'obbligazioni. La prima diairesi (*summa divisio*) è quella fra le obbligazioni che nascono da contratto (*ex contractu*) e quelle che nascono da delitto (*ex delicto*). Queste due prime specie non sono definite, ma dal complesso del discorso gaiano risulta chiaro che egli era influenzato da una nota precisazione di Pedio (un giurista che operò verso la seconda metà del primo secolo), secondo il quale qualunque atto volontariamente diretto alla creazione di obbligazioni contiene come elemento essenziale il consenso delle parti: e tale è l'atto per il quale Gaio impiega la denominazione di contratto (*contractus*), e che trova praticamente sanzione mediante un'azione reipersecutoria. Quanto al delitto (*delictum*): – che consiste nel fatto illecito di diritto privato, sanzionato con azione penale privata –, la sua inserzione in una classifica-

zione delle fonti d'obbligazione fu, per quanto ci risulta, una novità della sua versione gaiana. L'idea dell'obbligazione da delitto era stata introdotta dalla *lex Aquilia* (che deve datarsi intorno all'anno 200 a.C.), ma anche quando il relativo concetto dommatico (*obligatio ex delicto*) fu esteso alle altre figure analoghe, anche più antiche, esso non diede mai luogo a problemi d'individuazione delle fonti: i delitti sono sempre previsti da fonti autoritative (la legge, e semmai l'editto pretorio), e quindi possono determinarsi semplicemente per elencazione. Passiamo alla diairesi successiva, in *genera*. Le obbligazioni da contratto sono divise in quattro generi: i tre dell'antica diairesi *re-verbis-litteris*, alle quali è aggiunto il *genus* delle obbligazioni che si formano *consensu*, e Gaio ha cura nel definire queste obbligazioni come quelle che nascono dal semplice accordo delle parti, precisando che non è necessaria alcuna forma specifica, orale o scritta (differenziandole così dai contratti che si formano *verbis e litteris*), ma pensando anche che per il loro sorgere non è richiesto neppure alcunché d'altro, come in particolare la consegna della cosa, necessaria alla nascita dell'obbligazione da mutuo, la cui obbligazione è per lui contrattuale, ma si forma *re*. Quanto alle obbligazioni da delitto, Gaio afferma semplicemente che queste appartengono tutte ad un unico *genus*. L'ulteriore, ultima diairesi, è fatta in specie: ai contratti che si formano *re* viene assegnato il mutuo, a quelli che si formano *verbis* la *stipulatio* (cioè le varie forme di atto consensuale orale nelle quali si dilatò l'antica *sponsio*), a quelli che si formano *litteris* l'*expensilatio* (cioè le varie forme di *nomina transscripticia*, strutture obbligatorie che consistevano in particolari scritture nei libri contabili familiari del creditore), a quelli che si formano *consensu* i contratti consensuali di compravendita, locazione conduzione (schema contrattuale assai ampio, che comprendeva ogni scambio di servizio contro corrispettivo in denaro), società e mandato (schema parallelo a quello della locazione, consistente nell'assunzione dell'obbligazione di prestare un servizio senza remunerazione); quanto alle obbligazioni da delitto, Gaio vi enumera il furto, la sua variante pretoria della rapina, l'*iniuria* (aggressione personale dolosa, specificata dall'intento di recare offesa), il danneggiamento aquiliano (di cose altrui).

Si è già detto che questa classificazione, fatta da Gaio, aveva diversi difetti. La cosa migliore è che noi incominciamo a scoprirli esaminando il riassetto che essa subì – come dicevo, verso la fine del terzo secolo – ad opera del parafraste delle Istituzioni di Gaio, autore delle *res cottidianae* o *aurea*. Scelgo questa via per una ragione precisa: come già si è detto, le Istituzioni di Gaio non pervennero alla giurisprudenza medievale e moderna, per cui gli esiti moderni della diairesi gaiana si produssero per il tramite della classificazione delle *res cottidianae*, che risulta dal Digesto, e della classificazione delle Istituzioni di Giustiniano, che dipende direttamente da quella delle *res cottidianae*.

Un primo difetto palese della diairesi di Gaio dipendeva dalla nozione ristretta che egli adottava per i contratti consensuali: i contratti di deposito e comodato (questi considero in particolare, ma il discorso vale anche per il pegno manuale) ne risultavano esclusi. Questi contratti, per i giuristi classici, erano semplicemente

contratti consensuali<sup>9</sup>: la consegna della cosa vi era necessaria solo perché l'obbligazione principale (quella del depositario o del comodatario di restituire la cosa) non poteva formarsi se la cosa oggetto del contratto non era stata consegnata; ma tale obbligazione non nasceva *re* (cioè «dalla cosa»), perché la consegna della cosa stessa non la faceva entrare nel patrimonio dell'accipiente, che quindi non diventava «proprietario di una *res aliena*»; l'obbligazione di restituire nasceva dunque *consensu*, dall'accordo delle parti. A causa della sua imprecisa concezione del contratto consensuale, Gaio non trovò un posto nella sua diairesi delle obbligazioni né per il deposito, né per il comodato, né per il pegno, benché in altre parti del suo manuale di questi contratti trattasse alquanto. La soluzione del parafraste fu effettuata con un'ardita innovazione dommatica: modificando la nozione di contratto che si conclude *re*. Egli la concepì come quella di «contratto per la perfezione del quale è necessaria la consegna di una cosa (della cosa oggetto del contratto)», creando così la nozione moderna di contratto reale: in questo modo deposito, comodato e pegno vengono accostati al mutuo nel genere dei contratti che si formano *re*. Il costo di quest'operazione fu la perdita definitiva, per la scienza giuridica, della nozione di *obligatio re contracta* nel suo senso autentico di obbligazione prodotta dalla presenza, nel patrimonio di un soggetto, di un'entità economica giuridicamente destinata ad altri.

Il secondo difetto palese della diairesi di Gaio risiedeva nel fatto che, avendo egli impiegato la nozione di *obligatio re contracta* per definire un genere di contratto (cioè per una fattispecie in cui l'obbligazione nasce dalla presenza di una *res aliena* nel patrimonio di un soggetto, ma nella quale questa presenza è il frutto di uno specifico accordo negoziale delle parti), la sua diairesi mancava del luogo dove inserire, in particolare, l'obbligazione da pagamento indebito: e questo Gaio, in un certo modo, lo confessava apertamente perché, menzionando la *solutio indebiti* proprio dopo aver presentato lo schema della sua diairesi – in relazione alla trattazione di un certo problema pratico – afferma che tale obbligazione si forma *re* ma non da contratto. Questo problema fu – con notevole intuizione, e certo avendo in mente anche la costruzione celsina della *tacita obligatio* – risolto dal parafraste con l'individuazione di una categoria di obbligazioni che nascono «come da contratto» (*quasi ex contractu*), cioè producono effetti sanzionati con azione reipersecutoria, come fossero contrattuali, ma la fattispecie che le produce non contiene un consenso delle parti; e in questa categoria enumerò la gestione d'affari, il pagamento indebito e il legato obbligatorio. Va aggiunto a questo punto che il parafraste aggiunse anche, a quello delle obbligazioni da delitto, una categoria delle obbligazioni che nascono «come da delitto» (*quasi ex delicto*), la cui nozione generale non è chiara, ma che contiene casi di illecito nei quali un soggetto risponde prescindendosi dalla prova che il fatto dannoso sia stato commesso da lui (responsabilità del

---

<sup>9</sup> Cfr. Ulp. D. 2,14,7,1.

soggetto che abita in un appartamento per le cose gettate da una finestra o appese od esposte in modo pericoloso), o risponde solo se il fatto dannoso non è stato commesso da lui (responsabilità del comandante della nave o dell'armatore per il furto operato da membri dell'equipaggio, o dell'albergatore per il furto commesso dal personale o dagli ospiti permanenti), o in un caso (quello del *iudex qui litem suam fecit*) che verrà interpretato nel senso del giudice che giudica male cagionando danno alla parte, ma per semplice imprudenza. Ho parlato, in questa esposizione del sistema delle *res cottidianae*, genericamente di «categorie» di fonti, perché nella diairesi generale – estremamente succinta, come vedremo ad altro proposito – che l'autore presentava all'inizio, egli classificava le fonti, e le identificava nel contratto e nel delitto (*maleficum* è il termine da lui usato in proposito), aggiungendo che esistono altre fonti «diverse, con un proprio regime», e quindi non classificate: e come tali presentava tutte quelle che abbiamo visto come differenziate rispetto a contratto e delitto, ma assimilate ad esse per i loro effetti.

I compilatori delle Istituzioni giustinianee ripresero questa sistemazione delle fonti delle obbligazioni, che già avevano impiegato nella compilazione del Digesto, ma ve l'esposero presentandola con un senso sistematico diverso. Classificando le obbligazioni col criterio della loro fonte, gli autori ne costruiscono una diairesi in quattro specie<sup>10</sup>: le obbligazioni da contratto (*ex contractu*), le obbligazioni come da contratto (*quasi ex contractu*), le obbligazioni da delitto (*ex maleficio*), le obbligazioni come da delitto (*quasi ex maleficio*). Si tratta, come si vede, di una ripresa dello schema delle *res cottidianae*, senza variazioni sostanziali (si può menzionare solo la più importante: che nella tipologia delle obbligazioni come da contratto è aggiunta, rispetto a quella delle *res cottidianae*, la cosiddetta *communio incidens*<sup>11</sup>, che venne praticamente poi intesa come la società di fatto), ma con un decisivo salto nella concezione dommatica: le obbligazioni come da contratto e come da delitto, da allusioni ad una tipologia non classificabile com'erano nelle *res cottidianae*, diventano qui *species* diairetiche, cioè nozioni classificatorie. E già dalla Parafrasi di Teofilo (una versione greca, con qualche complemento, delle Istituzioni di Giustiniano, scritta subito dopo la compilazione delle Istituzioni giustinianee certo da un maestro delle Università del tempo, che fosse o no il Teofilo coautore delle Istituzioni stesse) alla denominazione di «obbligazioni come da contratto» e «come da delitto» si accosta già la denominazione della fonte in se stessa come «quasi contratto» (*quasi contracton*, alla greca ma in caratteri latini) e *quasi delicton*. Il quasi-contratto e il quasi-delitto sono entrati a far parte del catalogo delle categorie generali di fonti delle obbligazioni, come il contratto e il delitto.

Nel Digesto è presente un'altra *divisio obligationum*, che non si pone esattamente nella linea del pensiero sistematico che lega, come abbiamo visto, le diairesi

<sup>10</sup> I. 3,13,2.

<sup>11</sup> I. 3,27,3.

di Gaio, delle *res cottidianae* e delle Istituzioni giustinianee, e che non influenzò sensibilmente la scienza giuridica dal medio evo fino a noi, se non per una singola traccia: in funzione della quale ce ne occupiamo qui, in questo paragrafo dedicato appunto a reperire il materiale idoneo ad impostare in modo compiuto il discorso sul diritto attuale. La *divisio obligationum* di cui sto ora parlando compare in un passo che i compilatori del Digesto presentano come tratto dal secondo libro delle *Regulae* di Erennio Modestino, giurista che risulta operoso nella prima metà del terzo secolo e si considera l'ultimo dei giuristi classici. Ma il passo (D. 44,7,52) che riferisce il testo è certamente pervenuto ai compilatori del Digesto in un pessimo stato, e soprattutto infarcito di glossemi postclassici. In questa sede tutto ciò può essere lasciato da parte: quel che ci interessa è solo il tenore della *divisio obligationum* che Modestino proponeva, e che sembra possibile ricostruire con una certa sicurezza nella serie seguente di generi: «Risultiamo obbligati o *re* o *verbis*, o insieme *re et verbis*, o *litteris* o *consensu*, o *lege*, o *iure honorario*». Come si vede la diairesi di Modestino non dipende da quella di Gaio; essa parte con gli *acta* di Labeone (*re-verbis-litteris*), completata con la figura dell'obbligazione nascente *re et verbis*: una nozione che forse Modestino aveva appreso dal suo maestro Ulpiano; essa faceva allusione al mutuo contestualmente confermato da una *stipulatio* per la restituzione della somma mutuata – secondo una prassi assai diffusa a Roma – e, come avevano chiarito i giuristi, produceva una sola obbligazione, benché fosse composta da due atti obbligatori, e precisamente produceva l'obbligazione da *stipulatio* (perché la promessa che nella *stipulatio* si concretava poteva comprendere oltre alla somma mutuata anche gli interessi pattuiti). Dopo le fonti corrispondenti agli *acta* erano menzionate quelle prodotte dall'accordo delle parti (*consensu*), con allusione ai contratti consensuali (nel senso ulpiano, cioè compresi deposito, comodato e pegno). Delle obbligazioni da delitto non si parlava (benché nel testo queste compaiano espresse alla fine della serie con la strana indicazione di obbligazioni *ex peccato*, ma certo l'aggiunta è del glossatore del testo) perché queste erano comprese nelle due menzioni successive: *ex lege* e *ex iure honorario*. E sono queste due aggiunte che qui particolarmente ci interessano.

Risulta assolutamente evidente che fra la serie precedente (*re, verbis, simul utroque, litteris, consensu*) e le menzioni della legge e del *ius honorarium*, espressione qui indubbiamente allusiva alle clausole dell'editto pretorio, esiste una discrepanza profonda. Mentre la prima serie è composta da una sequenza che allude a meccanismi obbligatori, la coppia finale nomina fonti del diritto, e non fonti delle obbligazioni. Il senso complessivo dell'enunciato di Modestino viene dunque ad essere il seguente: le obbligazioni si formano, anzitutto, nei cinque modi *re, verbis, re et verbis, litteris, consensu*; ma esistono altre fonti d'obbligazione, che non è utile classificare, perché si trovano ciascuna specificamente indicata nella legge o nell'editto del pretore. Siccome questo testo di Modestino rappresenta il prototipo della menzione della legge (il complemento dell'altra fonte autoritativa rappresentata dal diritto pretorio è puramente romano, e non poteva lasciar tracce in seguito) in un enunciato che presenta il sistema delle fonti d'obbligazione, risulta rile-

vante constatare che tale menzione non allude né ad un meccanismo obbligatorio, né comunque ad un tipo di fonte d'obbligazione, ma solo indica il luogo dove reperire altre fonti, rispetto a quelle che nella *divisio obligationum* non sono classificate.

### 3. *Sul testo dell'art. 1173 c.c.*

L'art. 1173 c.c., che apre il libro delle obbligazioni e così anche il primo titolo di questo («delle obbligazioni in generale») nonché il relativo capo primo – con la discutibile<sup>12</sup> intitolazione di «disposizioni preliminari» – reca come rubrica «fonti delle obbligazioni» e come enunciato normativo il seguente: «Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico». Il suo precedente immediato, e cioè l'art. 1097 che nel codice civile del 1865 apriva il capo primo («delle cause delle obbligazioni») del titolo quarto del terzo libro, recitava: «Le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto».

Tenendo conto delle informazioni che abbiamo raccolto nel paragrafo precedente, risulta chiaro che l'operazione compiuta dai codificatori del 1942 è stata quella di abbandonare, nell'indicazione delle fonti delle obbligazioni, il modello del code civil francese (art. 1370), a sua volta dipendente da quello delle Istituzioni giustinianee (I. 3,13,2) completato con la menzione delle obbligazioni che derivano dalla legge (secondo Mod. D. 44,7,52 pr.), per adottare l'enunciato delle *res cottidianae* (D. 44,7,1 pr.), il quale in effetti suonava precisamente così: *Obligatio-nes aut ex contractu nascuntur aut ex malefico aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*. Questa frase significa precisamente: «Le obbligazioni nascono o da contratto o da delitto ovvero, con un regime giuridico proprio a ciascuna, da (altre) diverse figure di fonti».

La scelta del legislatore italiano del 1942 parrebbe assai semplice, ed evidente il suo carattere così come la portata della regola. Ma in realtà le cose non stanno esattamente così: sicché per giungere a stabilire la portata pratica dell'art. 1173 c.c., o almeno a considerare in modo compiuto gli aspetti problematici della sua regola, è necessario reperire tutto quanto può avere indotto gli autori del nostro codice a formularla come risulta formulata. A questa ricerca è dedicato il presente para-

---

<sup>12</sup> Non si capisce bene, in effetti, perché le tre norme che tale capo contiene (quella sulle fonti, quella che esige il carattere patrimoniale della prestazione e la presenza di un interesse del creditore alla prestazione stessa, e quella che stabilisce il fondamentale dovere di correttezza per il comportamento delle parti del rapporto obbligatorio) debbano considerarsi «disposizioni preliminari» rispetto alla disciplina del diritto delle obbligazioni. Solo la seconda (art. 1174 c.c.), semmai, può vedersi come preliminare in quanto riguarda un connotato della definizione di obbligazione.

grafo, considerando in particolare quanto ci lasciano apprendere i lavori preparatori del codice civile<sup>13</sup>.

Un sicuro interesse presenta un passaggio della relazione al Re (R.R. n. 21): «Non si è considerata (art. 3)<sup>14</sup> la duplice figura dei quasi-contratti e dei quasi-delitti, che non ha mai potuto giustificarsi né dal lato tradizionale essendo ignota al diritto romano classico, né dal lato sostanziale essendo priva di un contenuto determinato. I cosiddetti quasi-contratti e quasi-delitti non sono istituti giuridici simili ai contratti e ai delitti; sono fatti di natura varia che la legge considera quali fonti di obbligazioni, e che, appunto per la loro diversità, non sono suscettibili di classificazione. In particolare poi, per i quasi-delitti, la circostanza che l'obbligato non abbia cooperato materialmente alla produzione dell'evento appare un estremo irrilevante ai fini della loro classificazione separata dai fatti illeciti, posto che l'evoluzione della dottrina della responsabilità ha messo in luce che anche la responsabilità indiretta deriva, di regola, da un comportamento (omissione) di chi è tenuto al risarcimento, e al quale, sotto particolari aspetti, potrebbe ugualmente ricondursi la produzione dell'evento lesivo».

Da questo passo si ricava anzitutto un dato esteriore. Benché non vi si dica espressamente che il tenore dell'art. 1173 ricalca la *divisio obligationum* delle *res cottidianae*, ciò risulta in modo preciso dalla frase nella quale si afferma che i quasi-contratti e i quasi-delitti «sono fatti di natura varia che la legge considera quali fonti di obbligazioni, e che, appunto per la loro diversità, non sono suscettibili di classificazione», dove appunto, come in D. 44,7,1 pr. che abbiamo letto poco sopra, si fa delle fonti d'obbligazione solo una diairesi fra contratto e delitto, aggiungendovisi la serie delle altre *figurae*, «*variae*» e pertanto non classificate (delle quali poi il parafraste di Gaio trattava dopo aver trattato di contratto e delitto, raggruppandole nella casistica delle obbligazioni non contrattuali che producono effetti di tipo contrattuale e delle obbligazioni non delittuali che producono effetti di tipo delittuale<sup>15</sup>). Ma certo non possiede la stessa coerenza l'affermazione del relatore, secondo la quale «la duplice figura dei quasi-contratti e dei quasi-delitti» non avrebbe «mai potuto giustificarsi ... dal lato tradizionale essendo ignota al diritto romano classico»: a meno che chi scrisse questa frase, intendendo a suo modo – ma molto a suo modo – la posizione dei romanisti del suo tempo che adottavano nelle loro ricerche il metodo interpolazionistico, non volesse intendere che tutto ciò che nelle fonti romane non può dirsi classico sia interpolato, e quindi bizantino, e che il pensiero dei giuristi e legislatori bizantini non faccia parte della nostra tradizione

<sup>13</sup> L'art. 1173 c.c. era presente con lo stesso testo, come art. 5, nel *Progetto ministeriale. Libro delle obbligazioni*.

<sup>14</sup> Questo era il numero che l'articolo recava nell'edizione separata del libro delle obbligazioni. Le edizioni separate vennero pubblicate prima dell'approvazione del codice (r.d. 16 marzo 1942, XX, n. 262), in funzione della quale furono riuniti i diversi libri e resa continua la numerazione degli articoli.

<sup>15</sup> D. 44,7,5.

giuridica. Ma anche così quel che è scritto nella relazione non regge. Le *res cottidianae*, che contengono la diairesi che il nuovo codice accettava, sono attribuite a Gaio nel Digesto, dove si leggono i relativi passi, e furono sempre ritenute di Gaio, autore classico, fino a che nel 1930 l'Arangio-Ruiz non dimostrò che l'autore era un parafraste postclassico di Gaio<sup>16</sup>. Ora, delle due l'una: o l'autore della Relazione al Re non conosceva la tesi dell'origine postclassica delle *res cottidianae* e le riteneva dunque opera classica, e con ciò doveva ammettere che il discorso che sta alla base della costruzione delle nozioni di quasi-contratto e quasi-delitto, e che Giustiniano non farà che riprendere, apparteneva al diritto romano classico, perché nelle *res cottidianae* tale discorso è ampiamente presente<sup>17</sup> (troppo sarebbe chiedergli che egli tenesse anche conto, per i quasi-contratti, di Pomp. Cels. D. 13,6,13,2); ovvero egli non credeva alla classicità delle *res cottidianae*, e in questo caso anche l'impostazione della sistematica delle fonti adottata nell'art. 1173 c.c., essendo quella delle *res cottidianae*, sarebbe fuori dalla nostra tradizione giuridica. Ma ciò che più disturba, dell'affermazione – di cui stiamo parlando – contenuta nella Relazione al Re, è quell'idea che il diritto romano classico sia il luogo esclusivo della nostra tradizione giuridica: la nostra tradizione giuridica è assai più ricca e composta, ma anche se la si voglia limitare – e questo punto di vista sarebbe senza dubbio degno di considerazione – alla tradizione della scienza giuridica, questa tradizione s'inizia prima del diritto romano classico, e continua per tutti i secoli che l'hanno seguito: e, in particolare per il tema dei quasi-contratti, essa rivela una grande continuità, specie dopo che Bartolo da Sassoferrato seppe conciliare bene la *divisio obligationum* delle *res cottidianae* (cioè quella del Digesto) con quella delle Istituzioni di Giustiniano, e dopo che la giurisprudenza elegante olandese seppe riprendere le indicazioni di Celso sulla *tacita obligatio*.

Una diversa consistenza deve riconoscersi al giudizio tecnico che il relatore formulava sui quasi-contratti e quasi-delitti in se stessi. Dei quasi-contratti egli dice poco: solo che (come i quasi-delitti egli dice, ma la stessa affermazione per i due concetti non può essere fatta con lo stesso senso: ma lasciamo da parte per ora questo problema) quello dei quasi-contratti non è un istituto simile a quello del contratto: e avremo occasione più avanti di constatare la veridicità di questa affermazione. Quanto ai quasi-delitti, il discorso che egli fa è più complesso, e merita di essere preso espressamente in considerazione.

Nella sua critica alla nozione di quasi-delitto il relatore ha di mira unicamente l'idea che il quasi-delitto si differenzi dal delitto perché il soggetto che risponde del quasi-delitto «non ha cooperato materialmente alla produzione dell'evento dannoso»: ed afferma che questo «appare un estremo irrilevante ai fini di una loro classi-

<sup>16</sup> Lo studio dell'Arangio-Ruiz (pubblicato in *Studi Bonfante* I, Milano 1930, 495 ss.) ebbe un precedente in un altro lavoro dello stesso autore, del 1926. Oggi qualche autore torna a considerare le *res cottidianae* come opera di Gaio, ma la tesi è francamente insostenibile.

<sup>17</sup> Si veda il già cit. Res. cott. D. 44,7,5 pr.-6.

ficazione separata dai fatti illeciti». In se stessa, quest'affermazione può essere senza dubbio condivisa. La distinzione tra delitti e quasi-delitti appariva già mal determinabile nel testo delle *res cottidianae*, dove essa compare per la prima volta. Quel che è certo è che il parafraste trattò così le figure di fatto illecito di diritto privato che egli aggiungeva a quelle elencate nel luogo corrispondente delle Istituzioni gaiane, che egli rimaneggiava: in Gai. 3,182 si enumeravano il furto, la rapina, il danneggiamento aquilano e l'*iniuria* (aggressione personale); come *variae causarum figurae* egli – già se n'è accennato nel paragrafo 2 – aggiunse (D. 44,7,5,4-6) la fattispecie del *iudex qui litem suam fecerit*, quelle dell'*effusum vel deiectum*, e quelle delle azioni che sanzionano la responsabilità dell'armatore nonché dell'albergatore per i danneggiamenti e i furti commessi dal personale o dagli ospiti fissi dell'albergo. Una spiegazione puramente romanistica – nel senso che essa intenderebbe spiegare l'operazione con un argomento puramente storico e non dommatico o sistematico – è stata quella di pensare che il parafraste volesse arricchire la tipologia dei delitti presente in Gaio, e che sarebbe stata composta da figure appartenenti al *ius civile*, con una serie di ipotesi pretorie: ma tale spiegazione non aderirebbe bene alla realtà, perché nell'elenco gaiano è presente la rapina, bensì ipotesi aggravata di furto – che era figura civilistica –, ma in se stessa sanzionata con azione pretoria. Un'altra idea, che era stata proposta nell'epoca intermedia, intendeva che i delitti fossero fattispecie dolose e i quasi-delitti colpose<sup>18</sup>: spiegazione che si presentava come gravemente claudicante perché la figura più importante di delitto privato è quella, tipicamente costruita sulla nozione stessa di colpa, del danneggiamento aquiliano: sicché la soluzione non prese coerenza finché non venne riveduta dallo Heinecke<sup>19</sup>, il quale considerava i delitti come fattispecie dolose ma con possibilità di estenderne la responsabilità alla colpa, e i quasi-delitti come fattispecie puramente colpose (sicché il dolo dell'autore trasforma un quasi-delitto in delitto). Ma la posizione che, per criticarla, il relatore prendeva di mira era quella, ormai prevalente al suo tempo, che proveniva dall'*Usus modernus Pandectarum* e si trovava enunciata in termini assai chiari in quella grande sintesi del lavoro di quella corrente scientifica tedesca che fu il Codex Theresianus (1766), com'è noto il primo e più cospicuo prodotto dei lavori preparatori dell'ABGB austriaco. Ne traduco il passo che ci interessa (Cod. Ther. III,I,[§8],91): «Gli atti illeciti producono l'obbligazione per una colpa o dolo. Questa colpa appartiene o alla persona di colui che commette il delitto, ed è una vera colpa, dalla quale risultano i delitti veri e propri, ovvero essa viene dalle leggi attribuita a qualcuno, che per vero non ha commesso il delitto, ma nel cui potere era di evitarlo, e questa è solo una colpa attribuita, e gli atti del genere non sono veri delitti, ma solo vengono considerati come

<sup>18</sup> Questa impostazione compariva ancora nel *Traité des obligations* del Pothier (n° 116-117).

<sup>19</sup> HEINECCIUS, *Elementa iuris civ. sec. ord. Instit.*, § 1034 (nella cit. edizione di Napoli 1778; § 1035 in quella, pure cit., di Venezia 1749).

delitti». Del resto, tutte queste elucubrazioni erano, quando il relatore scriveva, strascichi dottrinali che si manifestavano quando si volesse giustificare la doppia terminologia di delitti e quasi-delitti nei testi legislativi: perché già nel code civil francese (artt. 1382-1383) e nel codice civile italiano del 1865 (art. 1151 ss.) tale duplice denominazione appariva solo nelle classificazioni delle fonti d'obbligazione o nelle intitolazioni che precedevano le norme sui fatti illeciti nel loro insieme, perché poi, negli enunciati normativi, la disciplina degli illeciti extracontrattuali era unitaria<sup>20</sup>. Tutto ciò dipendeva dal fatto che ormai la materia degli illeciti contrattuali non era più considerata come composta da una serie di figure tipiche, perché la sua disciplina era retta dall'enunciato di una clausola generale, che a sua volta era stata concepita partendo dal disposto del terzo capo della *lex Aquilia*<sup>21</sup>, esteso a comprendere non più il solo danneggiamento di cose altrui, ma anche le aggressioni alla persona. Di tale evoluzione l'enunciato letto poc'anzi nel Codice teresiano rappresenta uno dei prodotti finali: la tipologia, che nell'opera veniva enunciata in relazione alle fattispecie per gli «atti che non sono veri delitti», era ancora quella tradizionale (vi era aggiunto, in particolare, il danno da animali<sup>22</sup>, corrispondente alla figura romana della *pauperies* di D. 9,1), ma rappresentava ormai solo una tipologia casistica, anche se, per queste figure corrispondenti ai vecchi quasi delitti, si tratta di una tipologia coperta da un Typenzwang, trattandosi, come risulta dalla definizione generale che abbiamo letto (Cod. Ther. III,I,[§8],91), di ipotesi nelle quali la colpa «viene dalle leggi attribuita a qualcuno» che non è l'autore del fatto dannoso. Ma la terminologia del quasi-delitto non è più impiegata e, d'altra parte, anche se all'inizio del passo, nella menzione generale dei fatti illeciti, la menzione del dolo è ancora presente accanto a quella della colpa, in tutta la spiegazione che segue del dolo non si parla più. Ed è curioso notare che il codice civile italiano del 1942 seguirà ancora questa impostazione, aggiungendo la pleonastica menzione del dolo nel testo dell'art. 2043.

Ma veramente notevole è un altro punto della Relazione al Re che stiamo leggendo. Partiamo dalla considerazione che anche nel nostro codice civile le figure che corrispondono a casi di responsabilità di un soggetto per un fatto non proprio sono espressamente previste nella legge, e significativamente lo sono in una serie di articoli che seguono la norma (art. 2046) sull'imputabilità del fatto dannoso: «An-

<sup>20</sup> Si possono vedere anche i codici civili italiani pre-unitari: le *leggi civili* delle due Sicilie art. 1336; il codice parmense art. 2085 ss., il codice albertino art. 1500 ss., il codice estense art. 1393 ss. Con riguardo al codice albertino (per il Regno di Sardegna), l'affermazione che si legge nel *Manuale forense, ossia confronto fra il Codice Albertino il diritto romano e la legislazione anteriore etc. compilato da una Società di Avvocati* VI, Torino 1841, 807, secondo la quale i quasi-delitti sarebbero da identificarsi con la fattispecie del solo art. 1501 di tale codice (che corrisponde a quella dell'art. 1383 del *code civil* francese), deve considerarsi solo scorretta.

<sup>21</sup> Gai. 3,217; I. 4,3,13; Ulp. D. 9,2,27,5. CANNATA, *Il terzo capo della lex Aquilia*, in *Bull. dell'Istituto di dir. rom.*, 98-99 (1995/1996), 111 ss.

<sup>22</sup> Cod. Ther. III,22, § 6.

che da noi si è consentito a fare qualche strappo al rigido principio che non vi ha responsabilità senza colpa ...»<sup>23</sup>. La tipologia, anche se ora più ricca ed impostata un poco diversamente, non tradisce la sua origine nell'idea del quasi-delitto, anche se ormai – e certo con buone ragioni – privata non solo della sua denominazione, ma anche della sua pretesa connotazione dommatica unitaria. Quello che può stupire è che, invece, l'autore della Relazione al Re (n. 21, che stiamo considerando) sembri cercare un modo di considerare unitariamente queste figure, anche se proprio nell'affermare che non vi è ragione sufficiente per distinguerle dalle figure di delitto: perché egli scrive che «la circostanza che l'obbligato non abbia cooperato materialmente alla produzione dell'evento» non potrebbe considerarsi rilevante a questo fine, perché «l'evoluzione della dottrina della responsabilità ha messo in luce che anche la responsabilità indiretta deriva, di regola, da un comportamento (omissione) di chi è tenuto al risarcimento; e al quale, sotto particolari aspetti, potrebbe ugualmente ricondursi la produzione dell'evento lesivo». Dicendo questo, il relatore viene ad individuare l'elemento comune – per carità, egli stesso ammette che ciò non può valere in tutte le ipotesi previste – in nozioni come quelle della *culpa in eligendo* e della *culpa in vigilando*, che proprio l'evoluzione successiva al codice civile del 1942 della dottrina della responsabilità ha ridotto entro confini assai ristretti, proprio interpretando la disciplina normativa contenuta negli artt. 2047 ss. c.c., e dando invece spazio alla diversa visuale della responsabilità oggettiva o a quella – in genere a mio parere più corretta – della responsabilità per colpa altrui<sup>24</sup>. È difficile dire se il relatore, scrivendo cose di questo genere, dimostrasse solo inconsapevolezza del lavoro effettivamente presente nella codificazione, o se tentasse invece di occultarne, per ragioni politiche, la vera natura. Lo stesso problema si pone anche con riguardo a certi punti particolari, come nel n. 656 della Relazione del Guardasigilli, a proposito della norma sulla responsabilità di padroni e committenti (art. 2049 c.c.), che configura un caso lampante di responsabilità per fatto altrui, mentre il Guardasigilli scrive di avere avuto un dubbio: le norme, allora vigenti, «dell'ordinamento fascista per l'assunzione dei lavoratori» possono togliere a chi assume lavoratori «un diritto di scelta di fronte all'ufficio di collocamento», e come si potrebbe allora fondare questa responsabilità dei padroni per *culpa in eligendo*? E la risposta è: la norma dell'art. 2049 c.c. non si fonda solo sulla *culpa in eligendo*, ma anche su quella *in vigilando*, e se non c'è l'una rimane pur sempre l'altra.

---

<sup>23</sup> L'inizio di frase, che riporto, si legge alla p. 25 della *Relazione della commissione reale al progetto del libro «obbligazioni e contratti»* (abbrevierò: R.C.R.), a proposito di quello che sarà l'art. 2047 c.c.

<sup>24</sup> Le due nozioni di responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa altrui vanno tenute distinte. Vedi CANNATA, *Inadempimento delle obbligazioni*, Padova 2008, 69 s.

#### 4. In particolare sul riferimento all'ordinamento giuridico nell'art. 1173 c.c.

Verso l'inizio del precedente paragrafo 3 avevo descritto l'operazione compiuta dai codificatori del 1942 nel pervenire alla nuova – rispetto al codice del 1865, allora in vigore – formulazione della norma sulle fonti delle obbligazioni, cioè a quella dell'art. 1173 c.c., la quale, come già si è ricordato, rappresentava l'art. 5 del *Progetto ministeriale. Libro delle obbligazioni*. Per introdurre il discorso sulla portata normativa della nuova norma, è assai opportuno leggere, nella Relazione del Guardasigilli<sup>25</sup>, il passo nel quale tale operazione è sinteticamente descritta, e dove vengono indicati anche le ragioni e gli scopi che tale operazione hanno motivato.

Il passo è il seguente: «Nell'enumerare le fonti dell'obbligazione ho rifiutato di accogliere la tradizionale classificazione giustiniana, trasfusa nell'art. 1097 del codice vigente<sup>26</sup>. In realtà tale classificazione era stata sottoposta a critiche<sup>27</sup> così decisive che la maggior parte delle legislazioni moderne l'avevano abbandonata: qualcuna 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 uno dei cardini del sistema sorto dalla Rivoluzione del 1922. Con riferimento a tali premesse l'art. 5 dichiara che le obbligazioni sorgono dal contratto, dagli atti illeciti e da ogni altro atto o fatto che l'ordinamento giuridico dichiara idoneo a produrle».

Per comprendere bene il tenore di questo contesto, è necessario tener conto di certi connotati e certe attitudini del pensiero giuridico europeo – in dottrina e nella prassi – ai tempi nei quali esso fu scritto e il codice del 1942 fu composto. Beninteso, mi riferisco qui ad un momento della vicenda del diritto privato e del pensiero civilistico: i quali ebbero, nell'Europa occidentale almeno, una loro coerenza e continuità transnazionale, che le vicende politiche e persino la terribile guerra che v'imperversarono non influenzarono se non marginalmente. È un fenomeno, questo della marcata autonomia della vicenda del diritto privato rispetto alla vicenda umana in generale, praticamente costante nella storia: come se le sovrastrutture giuridiche fossero una sorta di ombrello adatto a riparare quanto esso copre e comunque si trasformi la cosa che copre, da certe intemperie, che queste siano sole o pioggia o anche neve e grandine.

<sup>25</sup> Abbrevierò R.G. Il passo, che si riferisce all'art. 5 del *Progetto preliminare*, è R.G. 19.

<sup>26</sup> Nel testo della *Relazione* qui si va a capo, come ancora più avanti, prima della frase finale che s'inizia «Con riferimento ...».

<sup>27</sup> Per queste critiche, alle quali si allude nella relazione, ed una serena contro critica, si legga soprattutto il secondo capitolo di DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, Catania 1929, specialmente a partire dalla p. 18 (questo libro, del valente pratico e professore catanese, nato nel 1891, rappresenta, credo, la più lucida trattazione dei quasi-contratti nel vigore del codice civile del 1865).

La diffidenza manifestata dal guardasigilli nei confronti delle legislazioni moderne che avevano rinunciato ad una norma che disciplinasse le fonti d'obbligazione si riferiva in particolare al BGB tedesco (in vigore dal primo gennaio 1900) e al codice svizzero delle obbligazioni (OR o CO, in vigore, come quinto libro del codice civile svizzero<sup>28</sup>, dal primo gennaio 1912). Ma la preoccupazione espressa dal guardasigilli, che può esprimersi più chiaramente come il timore che l'assenza di un'indicazione tassativa delle fonti d'obbligazione renda possibile che i giudici riconoscano fonti d'obbligazione non previste espressamente dalla legge, gli era suscitata da una vicenda che riguardava la Germania: in Svizzera, per vero, lo stesso problema si pose pure, ma molti anni dopo l'epoca nella quale il guardasigilli scriveva. Anche in Germania, negli anni '40 del secolo passato, la vicenda era ancora soltanto dottrinale: essa consisteva in una proposta dommatica con rilevanti conseguenze pratiche, ed una sanzione giurisprudenziale l'ebbe solo nel 1946. Ma la discussione suscitata era importante, e le sue conseguenze pratiche in qualche modo prevedibili.

Osservando questa vicenda, i timori del guardasigilli si materializzano in modo comprensibile.

Nel 1937, in occasione della propria lezione inaugurale nell'Università di Lipsia, il civilista tedesco Günther Haupt parlò *Über faktische Vertragsverhältnisse*, cioè «sui rapporti contrattuali di fatto». Così egli denominava alcune situazioni, frequenti nella moderna massificazione delle attività economiche (*Massenverkehr*), nelle quali deve riconoscersi il formarsi di un rapporto giuridico da assoggettare alla disciplina dei rapporti contrattuali indipendentemente dal fatto che un accordo contrattuale sia intervenuto tra le parti. Il prototipo di tali situazioni è rappresentato dall'impiego, da parte dei singoli, di un mezzo di trasporto pubblico, il cui servizio è offerto dall'imprenditore a titolo oneroso: il fatto che un passeggero si valga del servizio crea, indipendentemente dal fatto che egli abbia acquistato il biglietto o simili, una relazione contrattuale fra lui e l'imprenditore con tutte le obbligazioni reciproche corrispondenti. Lo Haupt pubblicò in materia, con lo stesso titolo della prolusione lipsiense, una monografia nel 1941, e, recensendo questo libro l'anno seguente, Heinrich Lehmann, un più anziano giurista che si era formato prima dell'entrata in vigore del BGB e quindi quando in Germania era ancora vigente il diritto romano, raccontò<sup>29</sup>: «Quando ascoltavo la lezione inaugurale, la mia prima impressione fu: Haupt ha riscoperto i quasi-contratti!».

Il guardasigilli non poteva conoscere la recensione del Lehmann, ma certo aveva notizia delle idee dello Haupt: e comunque quel ch'egli mostra, nella sua relazione, di temere è il contratto di fatto o in generale il quasi-contratto come cate-

---

<sup>28</sup> L'OR (CO) svizzero era già stato composto e promulgato nel 1881 e messo in vigore dal 1883, ma la versione del 1911/1912 è quella (salve evidentemente le modifiche successive) attualmente vigente.

<sup>29</sup> Traduco da *Jherings Jahrb.* 90 (1942), p. 133.

goria aperta. Del resto, analizzando la norma che egli proponeva e confrontandola con quella del 1865 che abbandonava, non c'è altro modo di collocare i suoi timori.

Non nella materia del contratto, perché il sistema contrattuale tradizionale è interamente recepito nel nuovo codice, anche con gli aspetti che contrasterebbero nel modo più stridente con la sua avversione a riconoscere la volontà individuale come atto «a essere fonte autonoma di effetti giuridici»: alludo a norme come quella dell'art. 1322 c.c. sull'autonomia contrattuale o quella dell'art. 1362 c.c. sull'interpretazione del contratto secondo l'intenzione delle parti, norme che, se valutate in quella prospettiva, risulterebbero decisamente eretiche. Ed a questa obiezione non si potrebbe opporre che, dove l'idoneità della volontà individuale a produrre effetti giuridici è prevista dalla legge, la volontà non è più «fonte autonoma», perché la mediazione della legge ne elimina l'autonomia; questo sarebbe un semplice sofisma: la norma che riconosce gli effetti di un atto non crea tali effetti, ma li sanziona; e non può neppure pensarsi che le regole che citavo possano considerarsi norme speciali rispetto ad un principio generale della idoneità della volontà individuale a produrre effetti giuridici, perché il principio della libertà contrattuale non può certo essere considerato una regola speciale, rappresentando invece un cardine della disciplina del contratto, figura che, del resto, consiste essa stessa in un riconoscimento della idoneità della volontà negoziale a produrre effetti giuridici (cfr. l'art. 1372 c.c.). Né i timori del guardasigilli potrebbero supporre collocati nella materia dei fatti illeciti extracontrattuali, perché questa era già nella tradizione precedente ed è ancora regolata nel nuovo codice sulla base di una clausola generale, accompagnata, per la casistica di natura corrispondente a quella dei vecchi quasi-delitti, da una serie di previsioni espresse.

Dunque, l'idea della quale si diffidava era che la categoria delle obbligazioni non contrattuali da fatto lecito potesse avere un'espansione nuova, lasciata all'opera della giurisprudenza, sorretta e nutrita dall'elaborazione della dottrina. Ed il timore non era astratto, perché ai tempi della gestazione del codice civile del 1942 un'aria nuova non spirava solo attorno all'idea del *faktisches Vertragsverhältnis* di provenienza tedesca, ma da alquanto tempo prima un ruolo importante aveva assunto in Inghilterra la figura del *quasi contract*, in particolare con la casistica del *quantum meruit*, la quale offriva un criterio idoneo a risolvere, fra l'altro, il problema delle prestazioni di lavoro effettuate ed accettate senza contratto: ed il *Leading case* più importante in materia, noto dal 1936, era tutto imperniato sulla nozione di quasi contratto come essa era stata elaborata dai giuristi olandesi del XVII e XVIII secolo<sup>30</sup>.

Ma, se l'idea, che dobbiamo riconoscere come nutrita dal guardasigilli, di impedire ai giuristi italiani di respirare la diffusa aria permeata dal profumo postumo del quasi contratto, fosse stata semplicemente realizzata nella codificazione sop-

---

<sup>30</sup> In particolare Arnold Vinnius (Vinnius 1588-1652) e Johannes Voet (1647-1713).

primendo la menzione di questa figura nell'elenco delle fonti delle obbligazioni, si sarebbe verificato un guasto che avrebbe rischiato di compromettere la soluzione adottata stessa: perché l'idea del contratto di fatto, o in generale del quasi-contratto – cioè dell'atto lecito unilaterale produttivo di obbligazioni – era utile per risolvere problemi pratici che altrimenti sarebbero rimasti scoperti. Ma, nella logica che abbiamo visto essere quella del guardasigilli, la soluzione del problema era *in re ipsa*: si trattava semplicemente di introdurre le singole figure di fatto lecito non contrattuale, che si volevano adottare, come fattispecie tipiche in norme espresse. L'inizio dell'operazione era già delineato. Anche il *code civil* francese aveva espressamente elencato le figure del *quasi-contrat* (definito nell'art. 1371) prevedendo la gestione d'affari altrui (artt. 1372-1375) e il pagamento indebito (artt. 1376-1381), e così aveva fatto pure il codice civile italiano del 1865 (artt. 1140; 1441-1144; 1145-1150), ma la soluzione (la vicenda alla quale accenno è quella francese)<sup>31</sup> si era dimostrata presto insufficiente, in quanto la sola previsione della *condictio indebiti* non era sufficiente a coprire tutta la casistica dell'arricchimento ingiustificato, per cui, su di una proposta dottrinale – interpretativa dell'insieme delle norme del *code civil* che considerano l'arricchimento a vario proposito – che fu iniziata già da C.S. Zachariä<sup>32</sup>, la giurisprudenza francese giunse ad ammettere, anche nel silenzio della legge, l'*actio de in rem verso* come azione generale di arricchimento<sup>33</sup>. Il codice civile italiano del 1942 provvede in proposito, inserendo espressamente nel codice l'azione generale di arricchimento (artt. 2041-2042), che altro non è se non l'*actio de in rem verso*; ma i suoi autori non solo curarono diligentemente la redazione della serie di norme che nel codice occupano la *sedes materiae* tradizionale dei quasi-contratti, e cioè il gruppo di norme collocato (artt. 1987-2042) dopo la fine di quelle sui contratti e prima di quel-

<sup>31</sup> La vicenda italiana presenta connotati analoghi a quella francese. Ne è specchio fedele la trattazione che si legge in DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, cit., 122 ss. L'autore, senza accennare ai dettagli della vicenda francese (la cui impostazione egli certo conosceva, perché cita, alla p. 124 n. 4, la dottrina francese in materia di *enrichissement sans cause*, ed in particolare la quinta edizione del *Cours* di Aubry e Rau, opera che, come si sa, altro non era, ai suoi inizi, se non una rielaborazione della traduzione dello *Handbuch* dello Zachariä, pubblicata come opera dei traduttori stessi), ripercorre nel codice italiano (e nella relativa prassi) la gamma delle soluzioni nelle quali si riscontra l'applicazione del principio *natura aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem* (Pomp. D. 50,17,206), per desumerne che lo si deve considerare come un principio generale vigente nel diritto italiano, e applicabile secondo il modello dell'*actio de in rem verso* (dell'*usus modernus pandectarum*).

<sup>32</sup> Già nella prima edizione (1808) del suo *Handbuch des französischen Zivilrechts* (II, p. 269 s.). Su quest'opera, e su tutta la vicenda alla quale qui faccio allusione, vedi CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, I, Torino 2006, 125 ss.

<sup>33</sup> La decisione (che confermava una sentenza del 1890 del tribunale di Chateauroux) è nota come "Arrêt Boudier", e fu pronunciata il 15 giugno 1892 dalla *Court de Cassation*, in causa *Patureau-Miran c. Boudier*. La si legge in *Rec. Sirey*, 1893, I, 281 ss. (con nota di Labbé); *Dalloz pér.*, 1892, I, 596.

le sui fatti illeciti, disciplinando ancora, oltre alle figure tradizionali del pagamento d'indebito (art. 2033 ss.) e della gestione d'affari (art. 2028 ss.), anche le promesse unilaterali (art. 1987 ss.) e i titoli di credito (art. 1992-2027). Ma fonti d'obbligazioni di stampo quasi-contrattuale fanno capolino anche in altre parti del codice civile: come quell'evidente sedimento di *quantum meruit* che risulta recepito nell'art. 2126 c.c.

Tutte le considerazioni, che abbiamo fatto sinora, permettono di affermare che, prendendo il discorso del guardasigilli come espressione di quella che usiamo denominare «la volontà del legislatore», risulta chiaro che lo spirito dell'art. 1173 c.c. può essere sintetizzato nella frase seguente: le obbligazioni derivano da contratto o da fatto illecito o da qualunque altro atto o fatto previsto dalla legge. Si potrebbe aggiungere, stando così le cose, che il legislatore del 1942 avrebbe potuto semplicemente ricalcare la dizione del codice precedente, scrivendo: le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o da fatto illecito: perché nel codice civile del 1865 la menzione della legge tra le fonti d'obbligazione andava sicuramente intesa nel senso di rinvio alla legge per l'individuazione delle fonti d'obbligazione non classificate. Ma, siccome tanto nel codice attuale quanto nel suo precedente ottocentesco, come del resto anche nel prototipo rappresentato dal codice civile, le fonti classificate sono poi anche espressamente previste dalla legge, la loro menzione nella norma generale sulle fonti diventa pleonastica: essa rappresenta unicamente il perpetuarsi di un atteggiamento letterario della prosa normativa, nel quale ha preso corpo un modo di indicare le fonti delle obbligazioni secondo una classificazione che non enumerava una tipologia legislativa, ma scientifica, e le ipotesi ulteriori previste in leggi formali risultavano effettivamente aggiunte a quelle della classificazione. La metamorfosi del significato avvenne ancora nel vigore del diritto romano come diritto comune, quando i libri della compilazione giustiniana erano bensì sempre considerati come legge, ma si veniva differenziando da quell'idea della legge un diverso senso per la legge formalmente adottata dai legislatori del tempo. Ma le codificazioni moderne, mano a mano che ciascuna veniva adottata, erano accompagnate dall'abrogazione delle fonti romane come leggi: sicché ormai, quando si menziona la legge in una norma sulle fonti d'obbligazione, questa è la stessa legge che prevede le fonti che vi sono elencate (o altra legge speciale promulgata nello stesso modo). Ne risulta che, se l'idea del legislatore è quella di non ammettere che le obbligazioni possano sorgere da atti o fatti non previsti, con tale effetto, dalla legge, il solo tenore logico della norma è quello recentemente adottato dal codice civile dei Paesi Bassi del 1992<sup>34</sup>, e che possiamo tradurre così: «Le obbligazioni possono nascere unicamente se ciò risulta dalla legge».

Ma, a questo punto, se – come dicevo sopra – dobbiamo prendere quel che scriveva il guardasigilli come specchio fedele della volontà del legislatore, un interro-

---

<sup>34</sup> WB 6:1 *Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit.*

gativo si pone: chiaro e necessario. Perché se si voleva che le fonti d'obbligazione fossero solo quelle previste dalla legge non lo si è semplicemente detto con i termini univoci, e per di più già usuali per esprimere quell'idea, e si è invece impiegata la locuzione «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico»? Del fatto che le due espressioni non siano equivalenti, mostrava di rendersi conto il guardasigilli stesso quando, alla fine del passaggio che stiamo considerando della sua relazione, descrivendo quel che alla fin fine si è deciso di codificare, non conclude la sua frase con le parole del testo legislativo «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità con l'ordinamento giuridico», ma scrive invece «ogni altro atto o fatto che l'ordinamento giuridico dichiara idoneo a produrle», dove compare un ordinamento giuridico che «dichiara»: l'ordinamento che dichiara è bensì un'elegante metafora dell'ordinamento che legifera; ma questa immagine nell'art. 1173 c.c. è assente.

Il problema si pone in modo assai serio, perché – diciamolo subito – dire «in conformità dell'ordinamento giuridico» non significa affatto «secondo espresse previsioni della legge» e qui, per tutto ciò che abbiamo considerato, siamo precisamente di fronte al fatto che l'allusione alla conformità con l'ordinamento giuridico è stata sostituita all'allusione alla legge. Ne abbiamo anche un riscontro testuale in una delle norme che riguardano proprio le fonti delle obbligazioni. Si tratta dell'art. 1322 c.c. sull'autonomia contrattuale. Nel comma 1 si dice che il contenuto del contratto può essere liberamente determinato dalle parti «nei limiti imposti dalla legge»<sup>35</sup>; nel secondo comma si stabilisce che le parti possono anche concludere contratti innominati, «purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico»: e qui il linguaggio è chiaro: il contenuto di un (concreto) contratto – nominato o innominato – non deve mai contrastare con quanto la legge dispone; per i contratti innominati, l'affare che con esso le parti concretamente concludono e gestiranno deve realizzare interessi che rientrino nella gamma di quelli che l'ordinamento nel suo complesso apprezza, nel senso che tali interessi potranno anche venire in considerazione come interesse ad agire in giudizio. L'allusione all'ordinamento giuridico non è dunque allusione a specifiche norme di legge, ma all'insieme di tutti quei valori dei quali l'ordinamento è custode, difensore o promotore. E non si vede proprio come la presenza del richiamo all'ordinamento giuridico nell'art. 1173 debba avere un senso diverso. Sembrerebbe proprio emergere, infine – per usare i termini correnti di un deteriore latinaccio giusfilosofico – che, se dovessimo prendere il pensiero del guardasigilli come *mens legislatoris*, dovremmo necessariamente considerarci di fronte ad uno dei non frequenti casi nei quali è certo che la *mens legis* si dimostra diversa.

<sup>35</sup> Nel testo originale era aggiunto «e delle norme corporative» (parole considerate soppresse in forza del noto r.d.l. 9 agosto 1943, n. 721), ma la cosa non riguarda il discorso che stiamo facendo.

Per avvalorare quest'ultima conclusione, che potrebbe essere giudicata azzardata, esiste un argomento rilevante. Rileggiamo quello che il guardasigilli scriveva per giustificare l'esigenza di non seguire l'esempio dei codici che hanno rinunciato ad una norma che elenchi le fonti delle obbligazioni. Egli vi scriveva precisamente che «quest'ultimo indirizzo, a mio avviso, può ingenerare dubbi sull'attitudine della volontà individuale a essere fonte autonoma di effetti giuridici», e noi abbiamo potuto stabilire – ma credo che proprio non possano sussistere dubbi in proposito – che quel che con queste parole si paventava era precisamente, o almeno soprattutto, la possibilità che in materia di diritto civile s'impiegasse, da parte dei giudici, una categoria aperta di quasi-contratto o, se si vuole, di faktisches Vertragsverhältnis. Ma, se ciò è vero, l'affermazione del guardasigilli risulta affatto incoerente: perché il quasi-contratto tradizionale, così come il moderno faktisches Vertragsverhältnis si definiscono proprio come fatti giuridici che producono obbligazioni di tipo contrattuale senza che – o comunque prescindendo dal fatto che – fra le parti abbia avuto luogo la manifestazione di volontà corrispondente e persino che esistesse, anche senza manifestazione, una volontà corrispondente. Nel II secolo Celso diceva<sup>36</sup>: *nec obstat, quod non hac mente cum eo ... contraheremus quasi eum obligatum habituri: plerumque enim id accidit ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur*. Alla metà del XVII secolo il Vinnen<sup>37</sup> definiva il quasi contratto nel modo seguente: *sic autem non male quasi contractum definiemus, factum omne non turpe, quo aut is, qui fecit, alteri, aut alter ei, aut uterque alteri, sine conventione obligatur*, dopo aver ben precisato che con *sine conventione* deve intendersi «senza accordo», e non «in presenza di accordo tacito», ed avere anche chiarito che «*quasi ex contractu inviti quoque et ignorantes obligamur*». Nel 1956 la Corte federale tedesca decideva<sup>38</sup> che un soggetto che avesse posteggiato il proprio autoveicolo in un parcheggio pubblico posto su suolo pubblico doveva al gestore del servizio di posteggio custodito, che operasse in forza di una regolare concessione dell'autorità cittadina, la retribuzione secondo il tariffario esposto in loco, malgrado avesse espressamente dichiarato al personale addetto al parcheggio stesso di farlo valendosi solo del suo diritto di usare il suolo pubblico e che non intendeva affatto concludere un contratto per la custodia del suo veicolo o altro, e motivava in proposito<sup>39</sup>: «Chi, du-

<sup>36</sup> Pomp. Cels. D. 13,6,13,2 cit.

<sup>37</sup> ARN. VINNIUS, *In quattuor libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus et Forensis*, in lib. III, tit. XXVIII. Lo consulto nell'edizione di Lione (Lugduni) del 1666, p. 841 s. La più nota delle definizioni di quest'epoca è quella settecentesca dello Heinecke (Heineccius), ricordata anche dal DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, cit., 6; i *quasi contractus* vi sono definiti *acta honesta quibus et ignorantes obligamur ex consensu ob aequitatem vel utilitatem praesumpto*.

<sup>38</sup> La sentenza (terzo grado), sulla quale avremo occasione di ritornare, è del 14 luglio 1956 (BGHZ 21, 319 ss.); il caso era del 1953.

<sup>39</sup> La frase, che ho tradotto dalla sentenza citata, si legge in BGHZ 21, p. 324 s. (giusto alla fine).

rante i tempi di custodia, usa per parcheggiare l'area di parcheggio specificamente resa riconoscibile produce, già con il fatto stesso di far ciò, un rapporto giuridico contrattuale che lo obbliga al pagamento di un corrispettivo corrispondente al tariffario del parcheggio. Il suo eventuale atteggiamento interiore – gli sia pure stata data espressione da parte dell'automobilista parcheggiatore beffardo all'inizio del parcheggio di fronte agli incaricati dell'attrice – non ha rilevanza alcuna». Vi è dunque una continuità secolare, della più sicura aderenza alla tradizione giuridica europea, che indica il quasi-contratto, nonché la sua veste moderna del *faktisches Vertragsverhältnis* come un istituto che con «l'attitudine della volontà individuale a essere fonte autonoma di effetti giuridici» non ha proprio nulla a che fare.

Come conclusione operativa, o – possiamo anche dire – semplicemente pratica, si deve dire, io credo, quanto segue. Il testo dell'art. 1173 non contiene un enunciato normativo che imponga di considerare il sistema delle fonti d'obbligazione come composto unicamente di fattispecie espressamente previste dalla legge. Nella relazione del guardasigilli appare bensì chiaramente sostenuta questa interpretazione del testo normativo; ma non solo è chiaro che la relazione del guardasigilli, come ogni altro dato dei lavori preparatori, non vincola l'interprete e comunque non può indurre a superare l'univocità del testo in questione (che, come abbiamo visto, ha certo tenore univoco). Ma v'è molto di più, come passiamo subito a vedere.

L'atteggiamento del guardasigilli si basa sull'idea che non si debba ammettere che la volontà individuale sia fonte autonoma di effetti giuridici. Ora, siccome la portata pratica dell'interpretazione dell'art. 1173 coincide in realtà con un divieto di riconoscere quasi-contratti (o contratti di fatto) al di fuori dei casi previsti dalla legge, si deve constatare – come ho già dimostrato – che dal punto di vista dommatico non vi è corrispondenza alcuna fra la struttura quasi-contrattuale e la produzione autonoma di effetti giuridici da parte della volontà individuale. Ma d'altra parte, quando poi il guardasigilli indica i valori dell'ordinamento che il suo atteggiamento intenderebbe salvaguardare, li esprime precisamente così: «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 uno dei cardini del sistema sorto dalla Rivoluzione de 1922». Ed è ben chiaro che questi valori, se potevano essere presenti nell'ordinamento giuridico italiano del 1942, non sono certamente valori oggi attuali: le allusioni alla «società fascista» e a «i cardini della Rivoluzione del 1922» hanno perso ogni significato col superamento dell'impostazione politica dalla quale dipendevano, e sono stati sostituiti dalla Costituzione della Repubblica del 28 dicembre 1947, nella quale il «principio-cardine del sistema» proclamato dal guardasigilli non compare affatto. L'assemblea costituente, che si è precisamente preoccupata di stabilire una riserva di legge per la determinazione dei modi di acquisto della proprietà (art. 42, comma 2, Cost.) ed ha direttamente previsto le due forme della successione legittima e testamentaria (art. 42, ult. comma, Cost.), non ha fatto nulla di simile per quanto riguarda le fonti del-

le obbligazioni<sup>40</sup>. Per altro, come già abbiamo avuto occasione di sottolineare, il principio della idoneità della volontà privata a creare rapporti giuridici è ben presente proprio nel codice civile (e non solo in materia di obbligazioni: si pensi semplicemente anche al testamento): anche se, ribadisco, questo col quasi-contratto non c'entra proprio.

### 5. Una precisazione sui rapporti contrattuali di fatto

Possiamo dunque ammettere che l'art. 1173 non impedisce affatto di riconoscere fonti d'obbligazione non previste espressamente dalla legge. E io credo, per quanto detto in precedenza, che questa interpretazione dell'art. 1173 c.c. sia la sola corretta, anche se non può ancora considerarsi unanime in dottrina, né consolidata in giurisprudenza; su di ciò torneremo brevemente, ma più avanti, perché resta ancora da valutare meglio che cosa praticamente significhi l'apertura interpretativa che propongo<sup>41</sup>. Siccome, lo abbiamo visto, tale apertura si ridurrebbe alla possibilità di riconoscere come fonti d'obbligazione degli atti leciti non contrattuali, e neppure negoziali, il problema che a questo punto si propone è quello di considerare un poco il senso che può avere il riconoscimento di quella particolare categoria di fonti che ha avuto, almeno a partire dalle prime interpretazioni delle Istituzioni giustinianee, denominazione di quasi-contratto, ed ora ha assunto quella di contratto di fatto, con la quale s'intende in genere tradurre la locuzione tedesca *faktisches Vertragsverhältnis*. Va detto subito che tanto la denominazione di quasi-contratto quanto la traduzione italiana di quella tedesca sono molto imprecise. Quella di quasi-contratto, e la sua antenata latina *quasi contractus*, rappresentano abbreviazioni scolastiche – un passaggio che ha creato una denominazione dalla descrizione di un fenomeno – della locuzione *obligationes quae quasi ex contractu nascuntur*, che significava «obbligazioni che nascono come da contratto», cioè obbligazioni che nascono senza accordo contrattuale da un fatto che produce effetti assoggettati a regime contrattuale. L'espressione tedesca *faktisches Vertragsverhältnis* significa letteralmente «rapporto contrattuale di fatto», che ha senso molto simile alla precedente: rapporto contrattuale prodotto da un fatto che non è un contratto, vale a dire «rapporto (che è) contrattuale nei suoi effetti». Aggiungerò, per quanto può valere, che l'elaborazione dommatica dei due concetti è leg-

---

<sup>40</sup> Non si può certo addurre in proposito l'art. 23 Cost., che non è dettato in materia di diritto privato.

<sup>41</sup> La quale ha comunque ormai una consapevole base nella letteratura giuridica. Si veda, per questo «passaggio evolutivo», la sintesi (con esaurienti indicazioni bibliografiche, comprese quelle che mi riguardano) che si trova nel § 2 (*Il quadro generale delle fonti delle obbligazioni*) del lavoro del ROLFI, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giur. merito*, 2007, 2, 555 ss., dove si legga in particolare il passaggio con le nn. 18-26.

germente diversa. Quella più antica, che si fondava sull'enunciato celsino che conosciamo, veniva a comprendere qualunque fonte d'obbligazione che non consistesse in un accordo delle parti obbligate né in un fatto illecito extracontrattuale; quella più recente (per la quale, malgrado quel che ho appena detto, continuerò ad impiegare la locuzione contratto di fatto) è stata elaborata invece partendo da situazioni che, se fossero fondate sul consenso, sarebbero contratti: sicché, da questo *genus*, restano escluse fattispecie come quelle del pagamento d'indebito e dell'arricchimento ingiustificato. Ciò dipende dal fatto che l'elaborazione tedesca del *faktisches Vertragsverhältnis* è stata fatta solo in vista della soluzione di situazioni non previste espressamente nel BGB<sup>42</sup>, e senza intenti di classificazione in generale.

Ma, nel discorso che segue, tratterò insieme di tutte queste figure, usando, senza voler fare una differenza sostanziale ma unicamente secondo la convenienza, «quasi-contratto» o «contratto di fatto».

Per la precisazione che mi accingo a fare e che ritengo necessaria per concludere il discorso svolto finora, partirò ancora da un'affermazione contenuta nella Relazione al Re (R.R. n. 21), che è certo – già lo avevo notato – esatta. Nel suo più complesso contesto, il relatore, ad un certo punto, affermava che «i cosiddetti quasi-contratti ... non sono istituti giuridici simili ai contratti». Forse egli non aveva in mente la precisa portata della sua affermazione – che d'altronde faceva insieme anche per quasi-delitti e delitti, dove essa avrebbe un senso ben diverso – ma è molto importante avere ben chiaro che la nozione di quasi-contratto come categoria di fonte d'obbligazione funziona in modo del tutto diverso da quella di contratto.

La nozione di contratto – parlo della nozione generale di contratto – individua un meccanismo obbligatorio. Quando Labeone diede la sua definizione di contratto in funzione della possibilità di riconoscere tipi innominati (al suo tempo: non dotati di specifica azione prevista nell'editto pretorio), egli definiva una fattispecie generale, alla stregua della quale era possibile verificare se una certa situazione concreta potesse considerarsi contratto e quindi venir protetta con l'azione contrattuale generale; così pure oggi, la definizione che si trae componendo quanto si trova negli artt. 1321 e 1322 insieme con gli artt. 1174 e 1372 c.c., serve direttamente a stabilire quando un certo atto deva considerarsi contratto e quindi essere assoggettato all'insieme della sua disciplina normativa. Per i quasi-contratti le cose non stanno affatto così. La definizione del quasi contratto non ne delinea punto la fattispecie, ma si concentra unicamente sui suoi effetti: il quasi-contratto si definisce come un fatto

<sup>42</sup> Dove è prevista invece tutta la serie delle *condictiones* in materia d'arricchimento: BGB § 812 (*condictio sine causa, causa data causa non secuta, causa data causa finita*), § 813 (*condictio indebiti*), § 817 (*condictio ob turpem causam*). La contrapposizione fra la fattispecie del *faktisches Vertragsverhältnis* e quella della *ungerechtfertigte Bereicherung* (arricchimento ingiustificato) risulta bene nella decisione cit. del caso del parcheggio (BGHZ 21, 319 ss.), dove l'attrice fondava la propria domanda sull'arricchimento della convenuta (le parti erano due società), ma la Corte federale, dandole ragione, lo fece mutando il fondamento della pretesa in quello del contratto di fatto.

lecito che non consiste in un accordo contrattuale delle parti e che ha l'effetto di produrre fra le parti stesse un rapporto giuridico assoggettato alla disciplina del contratto<sup>43</sup>; come può dirsi ancora, le parti, da un certo fatto che non consiste in un accordo contrattuale valido come tale, risultano obbligate *quasi ex contractu*, cioè come se avessero concluso un contratto. La definizione generale dunque non serve a stabilire quando ci si trovi in presenza di un quasi-contratto. In altri termini, la definizione di quasi-contratto non rappresenta l'individuazione di uno certo meccanismo obbligatorio, ma solo la descrizione generica di un accadimento, identificato per di più, per il suo carattere più pregnante, in modo negativo: deve bensì trattarsi di un fatto lecito, ma – in particolare – non deve trattarsi di un contratto.

Ne risulta che ammettere la figura del quasi-contratto o del contratto di fatto come fonte d'obbligazione non significa offrire lo spunto per una casistica. Quella del quasi contratto, in se stessa, non può funzionare se non come categoria classificatoria di fattispecie la cui efficacia obbligatoria si giustifica altrimenti, e deve essere stabilita già prima che la fattispecie stessa possa essere inserita in quella specifica casella della griglia delle fonti delle obbligazioni. Ma tutto ciò non deve portare a ritenere che la conclusione che abbiamo potuto raggiungere, e cioè che ai sensi dell'art. 1173 c.c. si deve ammettere che nel diritto civile italiano sia presente una categoria aperta di obbligazioni non contrattuali da fatto lecito, risulti inutile: la proposizione significa che la categoria in questione esiste nell'ordinamento giuridico italiano, e che le situazioni che le si devono attribuire non sono solo quelle previste dalla legge. Evidentemente, il primo criterio che può permettere di considerare un certo fatto come fonte di obbligazioni non contrattuali da fatto lecito è quello della previsione legislativa espressa della fattispecie corrispondente. Ma, se la categoria si considera aperta, ciò significa appunto che si deve ammettere che possano esistere situazioni suscettibili di un'interpretazione di fatto, effettuata «in conformità dell'ordinamento giuridico», che devono essere ascritte alla suddetta categoria, e trattate come produttive di effetti contrattuali: ed il regime contrattuale specifico sarà pure desunto dagli elementi del fatto, valutati secondo il principio della buona fede (naturalmente, della buona fede oggettiva). L'analisi del fatto, normalmente, potrà portare alla conclusione positiva mediante considerazioni di equità: non tanto intesa qui come la giustizia del caso singolo (come in genere gli esegeti del codice civile tendono, non sempre a ragione, a ridurre codesto concetto), ma nel senso dell'*aequitas* come giustizia distributiva<sup>44</sup>, valore generale che appartiene alla scienza giuridica<sup>45</sup> ed opera – è sempre il dettato effettivo dell'art.

---

<sup>43</sup> Alla disciplina del contratto, invece, non potrà essere assoggettato, o almeno non potrà essere assoggettato senz'altro – quanto alla capacità delle parti, in particolare –, il fatto nel quale il quasi-contratto si concreta. Ma non è questo il luogo per trattare questa tematica.

<sup>44</sup> Cioè l'*aequitas* come *bonum et aequum*: Ulp. Cels. D. 1,1,1 pr.-1; Paul. Cels. D. 45,1,91,3.

<sup>45</sup> Si veda la sinteticissima, nondimeno fondamentale, vigorosa affermazione polemica di Celso, riportata nel cit. Paul. D. 45,1,91,3.

1173 c.c. che sorregge il nostro discorso – «in conformità dell'ordinamento giuridico». Potremmo fare degli esempi pratici, a partire da quelli di Pomponio e Celso in D. 13,6,13,2 fino a quello della sentenza tedesca che risolse il caso del parcheggio di Amburgo. Certo, notevoli aperture sono ormai presenti in giurisprudenza. Già da tempo si è ammessa, nel silenzio della legge, la società di fatto (una laboriosa costruzione di dottrina e giurisprudenza<sup>46</sup>, ispirata da un più o meno conscio ricordo di I. 3,27,3 e della sua interpretazione nel diritto comune), e non mancano decisioni giurisprudenziali di marcato carattere casistico. Anche se, nelle decisioni delle corti, non sempre è adeguato l'inquadramento dommatico. Si dovrebbe anzitutto avere ben chiaro il senso dei concetti generali in gioco: e, dicendo questo, non mi riferisco alle sentenze che negano semplicemente che l'art. 1173 c.c. ammetta l'esistenza di fonti d'obbligazione non previste espressamente dalla legge<sup>47</sup>, ma piuttosto a quelle dove sembra dimenticarsi che, quando si parla di obbligazioni *ex lege*, si allude ad obbligazioni la cui fonte è espressamente prevista nella legge, per cui quello di considerare obbligazione *ex lege* un'obbligazione la cui fonte si giustifica con la sua «conformità all'ordinamento» in assenza di una previsione espressa ha tutta l'aria di rappresentare un sofisma (o un paralogismo)<sup>48</sup>. Ed è ancora auspicabile che le decisioni, nelle quali l'esistenza di un contratto di fatto viene riconosciuta, motivino in modo adeguato e dommaticamente corretto<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Il punto di partenza legislativo, per più versi alquanto tenue, è rappresentato dagli artt. 2297, 2317, 2332 c.c. (v. poi la legge 23 dicembre 1982 sulla regolarizzazione delle società di fatto). SACCO, *Sulla società di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 59 ss.; ROSSETTI, *Società di fatto: ecco gli indici rivelatori. Inadempimenti bilaterali. Ipotesi a rischio*, in *Dir. e giur.*, 2005, 10, 39 ss.

<sup>47</sup> Come Cass. 26 luglio 2002, n. 6588 (il principio è addotto in motivazione come enunciato dalla parte, ma viene accolto dal giudice) dove si legge: «è stato violato l'art. 1173 c.c., che non consente la creazione di fonti d'obbligazione diverse da quelle previste dalla legge».

<sup>48</sup> Ad esempio, in una serie di sentenze in tema di equa riparazione per la non ragionevole durata del processo, si legge, ripresa sempre pressoché letteralmente, questa frase: «quella avente ad oggetto l'equa riparazione per la non ragionevole durata del processo non si configura come obbligazione *ex delicto*, ma come obbligazione *ex lege*, riconducibile, in base all'art. 1173 cc., ad ogni altro atto o fatto idoneo a costituire fonte di obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico». Cfr. Cass. 26 luglio 2002, n. 11046; Cass. 8 agosto 2002, n. 11987; Cass. 22 ottobre 2002, n. 14885; Cass. 19 gennaio 2005, n. 1094.

<sup>49</sup> Un esempio è offerto da Cass. 13 gennaio 2003, n. 298, la nota sentenza con la quale la Corte – dopo una lunga ostinazione nel senso della responsabilità da fatto illecito – ha riconosciuto la natura contrattuale della responsabilità del gestore del servizio autostradale verso l'utente che abbia subito danni per lo stato della carreggiata; la natura contrattuale della responsabilità vi è, ovviamente, desunta dalla natura contrattuale del rapporto che lega le parti, ma il complicato discorso, che si legge nella motivazione, della fonte del rapporto non dice praticamente una parola; tale discorso viene condotto intorno alla natura del pedaggio, ma è chiaro che una soluzione in tale linea non poteva essere trovata (e l'estensore stesso si sarebbe dovuto rendere conto di come, con eccessiva fatica e senza adeguato successo, egli aveva già all'inizio della motivazione tentato di liberarsi dall'idea che, basando la decisione sul pedaggio, essa non sarebbe poi potuta valere per le autostrade o i tratti di esse non soggetti a pedaggio). Un secondo esempio: Cass. 14 giugno 2006, n. 13762. Il fatto: a seguito di un incidente su di un'autostrada, un veicolo danneggiato ingombrava la carreggiata; la Polizia stradale ri-

Un'ultima considerazione. Tutto sommato, l'idea del contratto di fatto (o del quasi-contratto) non si trova più oggi in Italia in una situazione miserevole nella quale si trovava alcuni decenni or sono. Come si è visto, la giurisprudenza vi si riferisce in sostanza e la dottrina – come vedremo sinteticamente fra poco – se ne occupa. Ma essa mostra sintomi di crisi in altri paesi: il citato art. 6:1 del WB dei Paesi Bassi – un codice che è stato pensato come un codice veramente moderno, non solo in relazione alla tradizione giuridica olandese, ma a quella dell'insieme del *Civil Law* europeo – ne rappresenta un sintomo chiaro. Nella stessa Germania essa ha subito forti opposizioni<sup>50</sup>, ed anche in Inghilterra ha vita meno facile che in passato<sup>51</sup>. Ma io credo che questo atteggiamento sfavorevole, almeno nei paesi dell'Europa continentale, provenga da un timore, che dipende in buona parte proprio da un certo atteggiamento dei fautori dell'idea del contratto di fatto. Un atteggiamento che trova la propria radice nel fatto che non si è saputo riconoscere che la dottrina del *faktisches Vertragsverhältnis* altro non è che una versione moderna di quella del quasi-contratto. Il richiamo del Lehmann, che abbiamo visto a suo luogo, non è stato preso troppo sul serio, se non dal Mayer-Maly<sup>52</sup>, al quale forse io solo mi sono aggiunto<sup>53</sup>, con lo stesso risultato<sup>54</sup>. Il fatto è che già nelle pagine che

---

chiese alla Elettrogarage s.p.a., di provvedere alla rimozione e alla custodia del veicolo incidentato; la Elettrogarage eseguì, e quindi richiese alla società Autostrade s.p.a. il compenso per l'opera prestata. Avendo questa rifiutato, la Elettrogarage la citò davanti al giudice di pace di Monza, che accolse (17 luglio 2002) la domanda della Elettrogarage decidendo secondo equità. La Autostrade s.p.a. ricorse per cassazione, ma la Suprema Corte ha rigettato il ricorso e condannato la Autostrade s.p.a. La sentenza della Corte di Cassazione (che è scritta in modo chiaro e, per i temi che tratta, esauriente) non fa parola alcuna della sola costruzione giuridica che avrebbe potuto giustificare la sua decisione: perché fra la Elettrogarage e la Autostrade non esisteva alcun contratto, ma la Elettrogarage aveva effettuato un'attività che risultava sicuramente nell'interesse della Autostrade, che era tenuta ad operare lo sgombero e la custodia, ma si sarebbe comunque dovuta valere di un'altra impresa, non disponendo essa stessa dei mezzi necessari; l'intervento della Elettrogarage non poteva essere (o non poteva facilmente essere) considerato gestione d'affari altrui, perché era stato richiesto dalla polizia; siamo dunque in un'altra situazione quasi-contrattuale, che l'equità impone di tutelare come tale.

<sup>50</sup> Una rassegna complessiva – sintetica, ma molto precisa – delle posizioni di dottrina e giurisprudenza si legge in MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*<sup>21</sup>, Köln-Berlin-München 2007, 120 ss.

<sup>51</sup> Una ricomposizione di tutta la materia di *quasi contract* e *unjust enrichment* è stata operata da Peter BIRKS, *An Introduction to the Law of Restitution*, New York 1985 (riedita con modifiche come *paperback* nel 1989, ristampata nel 1993). Vedi anche Antonino D'ANGELO, *L'errore senza rimedio*, Milano 2006, 23 ss.

<sup>52</sup> MAYER-MALY, *Divisio obligationum*, in *The Irish Jurist*<sup>2</sup> (New Series) Part 2, 1967, 376 ss.

<sup>53</sup> Brevemente nel capitolo *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino 1999, 27 (stesse pagine nella seconda edizione, 1984); poi, in modo più elaborato, CANNATA, *Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 53, 1987, 298 ss.

<sup>54</sup> Una seria attenzione al mio articolo *Das faktische Vertragsverhältnis* (cit. nella nota precedente) ha prestato il civilista svizzero Eugen Bucher, che ne ha tratto argomenti per la critica delle tesi (decisamente contrarie all'idea del contratto di fatto) sostenute in Germania da P. LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis. Entstehung, Rezeption und Niedergang*, Tübingen 1994. Si veda la

scrisse lo Haupt il faktisches Vertragsverhältnis è presentato come una novità assoluta, nel senso che si tratta di un portato dell'attuale Massenverkehr, senza agganci con tutto il passato che precedette la rivoluzione industriale. Per questo, gli autori che ne hanno trattato e che ne trattano rivelano spesso una tendenza a inserirne la dottrina in quella del contratto, invece che vederla com'è: una dottrina autonoma, che possiede una secolare dignità nella scienza del diritto civile. Sicché poi alcuni autori vengono a considerare la figura del contratto di fatto come inutile, perché tutto potrebbe risolversi considerando più attentamente la disciplina normativa della conclusione del contratto; ma questa è un'idea facilmente criticabile, perché si troverebbe irrimediabilmente inefficiente in molti casi, palesemente in quelli nei quali (come nel caso del parcheggio di Amburgo) una delle parti ha espressamente dichiarato di non voler concludere un contratto. Ma più preoccupante è una seconda tendenza, questa propria esclusivamente degli autori favorevoli alla innovazione, i quali – sempre vedendo nel contratto di fatto un'esclusiva conseguenza dell'economia moderna – arrivano a ritenere che, una volta riconosciuti che rapporti contrattuali possono nascere senza l'accordo delle parti, si deve ammettere che la nozione di contratto fondata sull'accordo delle parti sia una decrepita anticaglia, sicché ad essa vada sostituita una nozione nuova e moderna, che fonda l'idea del contratto sui suoi effetti e non sui modi della sua conclusione<sup>55</sup>. Non ho bisogno, quest'idea, di criticarla, perché basta notare che essa intenderebbe sostituire alla dottrina del contratto, con la sua compiuta ed articolata elaborazione, caratterizzata fin dai suoi inizi dalla chiarezza e dalla funzionalità, una nuova dottrina basata su presupposti in sé notevolmente problematici: e tutto ciò in funzione del solo inquadramento (non della soluzione, perché i problemi pratici resterebbero tali) di una casistica alquanto marginale. Questa dottrina va certo isolata e combattuta, ma non credo proprio che comunque essa possa avere la forza di porre il giurista moderno di fronte ad un'alternativa del tipo: o rinunzi al quasi-contratto o rinunzi al contratto. Si tratta di rendersi ben conto dei problemi del quasi-

---

recensione fattane dal Bucher in *ZEuP*, 4, 1996, 715 ss. (in part. p. 718). Per la dottrina italiana credo di poter citare come caratteristico l'atteggiamento del ROLFI, *Le obbligazioni da contatto sociale* cit., che considera all'inizio del suo lavoro dei riferimenti storici (anche se li cita un po' come se si trattasse di mie opinioni personali: v. nel suo § 2 il punto con la n. 36), ma li limita alle allusioni al diritto romano, e non ne tiene poi alcun altro conto. Le notizie storiche, nel discorso che qui stiamo facendo, hanno una cittadinanza soprattutto in quanto risultino utili a dar conto della dignità storica e della correttezza dommatica della costruzione complessiva dell'idea del quasi-contratto, da Celso a noi, perché soltanto così la sua acquisizione al patrimonio dommatico del nostro diritto può essere semplice e chiara.

<sup>55</sup> Come esempio caratteristico di questo modo di vedere si può leggere quanto ha scritto G. STELLA-RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, 194, sostenendo che, nel contesto economico e sociale d'oggi, si dovrebbe «ritenere che si abbia un contratto anche al di fuori delle ipotesi che ad esso vengono tradizionalmente assegnate nell'alternativa tra ricorrenza del consenso, e quindi esistenza del contratto, e mancanza del consenso, e quindi difetto della fattispecie contrattuale (anche se poi, obiettivamente, sussiste un rapporto e si producono effetti tipicamente contrattuali)».

contratto, o del contratto di fatto che dir si voglia. I problemi di quest'ultimo, se lo si considera come una categoria aperta, si riducono in sostanza ad uno solo, veramente impegnativo: si tratta di sollecitare i giudici ad una più efficiente creatività nell'analisi casistica. Un altro degli errori della dottrina del quasi contratto si è rivelata nella tendenza a ricercare un principio generale in materia: perché questo contraddirebbe la natura stessa del quasi contratto. Principi se ne possono trovare diversi, ciascuno per singoli gruppi di casi, magari con l'esito finale di costruire una norma da inserire nella legge. Ma il quasi-contratto, per avere un senso, deve restare una struttura definita solo per i suoi effetti, da applicarsi a situazioni che si ritengono di volta in volta meritevoli di avere quegli effetti. Si tratta di una delle valvole che l'ordinamento giuridico possiede per adeguare le sue strutture alla casistica cangiante e talora effimera, e che deve essere manovrata dai giuristi e dai giudici con la perizia e la sensibilità che costoro devono essere educati ad avere.

Il primo tentativo di formulare una regola per l'individuazione degli eventi che materializzano la fattispecie del contratto di fatto è stato quello, notissimo, del Larenz, quando identificò il campo d'applicazione del contratto di fatto com'era stato individuato dallo Haupt, con gli *Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten* cioè i «rapporti obbligatori da comportamento socialmente tipico», vale a dire comportamento caratterizzato da una tipicità sociale. Questa operazione, naturalmente, era stata fatta in relazione al contratto di fatto come sovrastruttura giuridica di una realtà economico-sociale legata al *Massenverkehr* e prescindendo del tutto dall'idea – che sappiamo essere già appartenuta al Lehmann – che il contratto di fatto non sia se non una versione moderna del quasi-contratto; essa aveva però il pregio di indicare un connotato preciso del fatto che, nell'ambito della realtà considerato, doveva ritenersi produttivo di un rapporto contrattuale anche senza un accordo contrattuale valido tra le parti. Questa concezione ebbe un notevole seguito, ed in conformità con essa il Bundesgericht decise nel 1946 lo *Hamburger Parkplatzfall*, che conosciamo. Nella motivazione della sentenza si legge anche la forse più precisa esposizione sintetica di tale dottrina<sup>56</sup>: «Il Larenz indica che, nel moderno traffico di massa, si producono rapporti obbligatori, il cui fondamento non va trovato in un accordo negoziale delle parti, bensì nell'offerta pubblica, puramente di fatto, di una prestazione e nell'impiego, puramente di fatto, di tale prestazione da parte del partecipante al traffico. Tale comportamento, in assenza di una corrispondente consapevolezza declaratoria non sarebbe da considerarsi come dichiarazione di volontà bilaterale, ma come un accadimento che per il suo significato socialmente tipico ha gli stessi effetti di un comportamento negoziale». Ma si tratta, lo ribadisco, non di una sorta di regola per individuare in generale la casistica del quasi-contratto, bensì di una regola per individuare un settore specifico di tale possibile casistica. Il fatto di averla presa per una regola ge-

---

<sup>56</sup> Traduco, qui di seguito nel testo, un brano (della sentenza del 14 luglio 1956), che si legge in *BGHZ* 21, 334.

nerale<sup>57</sup> ha avuto come conseguenza il desiderio di dare alla sua formulazione un più marcato carattere generale ed una corrispondentemente diversa denominazione, e credo proprio che di qui provenga l'idea, assai diffusa ancor oggi in Italia (mentre il Larenz, per altro, aveva praticamente abbandonato la sua) delle «obbligazioni da contatto sociale»<sup>58</sup>, che ha trovato accesso anche presso la giurisprudenza<sup>59</sup>. Ma quando la dottrina descrive il contenuto di questa nuova idea, non giunge – quando parla in generale della categoria proposta – a definire un parametro sufficientemente rigoroso, che possa in qualche modo avvicinarsi a quello che il Larenz aveva escogitato per il settore ch'egli osservava. La nozione stessa dell'obbligazione da contatto sociale, come la denominazione che le è stata data, non appare in grado di servire come criterio per reperire una casistica; perché è della più vasta genericità possibile. Nozione e denominazione di «obbligazione da contatto sociale», come parametro di qualificazione dei singoli casi pratici, hanno esattamente lo stesso valore di quella di «quasi-contratto»; anzi, quest'ultima denominazione fa almeno riferimento alla natura non contrattuale del fatto che rappresenta la fonte dell'obbligazione. E questo non è senza rilevanza, perché la dottrina dell'obbligazione da contatto sociale, nel pensiero di coloro che l'adottano, si combina spesso con l'altra idea, che già criticavo, di giustificare la casistica degli atti leciti non contrattuali con effetti contrattuali mediante un degrado della nozione di contratto, eliminando l'accordo dagli elementi costitutivi della nozione di questo. Così si viene a facilitare il percorso razionale degli autori che, di fronte ad un fatto al quale sembra evidente – o si vogliono – attribuire effetti contrattuali, essendosi a priori deciso che questo deve essere un contratto, se l'accordo non risulta di fatto reperibile, si cerca anzitutto di vedere se un accordo non sia ricostruibile sfruttando le regole sulle dichiarazioni contrattuali tacite e su quelle che devono considerarsi implicite, per concludere, se tutta la gamma di questi tentativi è fallita, che si è, nel caso, in presenza di un contratto senza accordo contrattuale. Ma questo è lo stesso procedimento che il Vinnen<sup>60</sup> nel 1642 e il Voet<sup>61</sup> nel 1700 adottavano per costruire la nozione di *quasi contractus*, e quindi con il descritto *iter* logico moderno si perviene precisamente a dire che, nel caso sul quale

<sup>57</sup> Io stesso non posso dirmi esente da qualche colpa in questo senso: v. nel *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, IX, 28.

<sup>58</sup> Per tutto quanto riguarda questa concezione (dottrina e giurisprudenza, e pure alcune considerazioni appropriate) posso rinviare al già più volte citato articolo del ROLFI, *Le obbligazioni da contatto sociale*, del quale si vedano in particolare i §§ 3-5. Vedi, da ultimo, DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, Padova, 2007, 129 ss.

<sup>59</sup> Vedi in part. Cass. 22 gennaio 1999, n. 589.

<sup>60</sup> Cfr. il cit. VINNIUS, *In quattuor libros Instit.*, III, 28. Per il Vinnen la *conventio* nel *quasi contractus* è *ficta*.

<sup>61</sup> Cfr. il cit. VOET, *Comm ad Pand.*, 44, 7, num. 5. Per il Voet la *conventio* nel *quasi contractus* è *praesumpta* (in modo assoluto).

si ragiona, siamo in presenza di un quasi-contratto, solo che lo si dice in un modo meno corretto, più complicato, e che impone, per la costruzione del risultato, di rifare daccapo un lavoro che i giuristi che ci hanno preceduto avevano già fatto<sup>62</sup>.

#### 6. *Sulla differenza tra l'obbligazione da contratto e l'obbligazione da fatto illecito*

Resta da esaminare ancora un punto, che riguarda la classificazione delle fonti d'obbligazione. Come abbiamo visto sopra, nel paragrafo 2, a partire dalle Istituzioni di Gaio pressoché tutte le classificazioni delle fonti d'obbligazione hanno una base nella distinzione fra le obbligazioni da contratto e quelle da delitto, o da fatto illecito, com'è venuto vieppiù in uso denominare le seconde (con l'alternanza di fatto o atto, come per esempio nel BGB se si deve tradurre con «atti» lo «Handlungen» che si legge nell'intitolazione che precede il § 823). Ma, soprattutto se si considera che la classificazione delle fonti delle obbligazioni – quando la si opera in tali termini, cioè come una diairesi dell'entità «fonte d'obbligazione» – rappresenta nella mente dei giuristi la versione, funzionale alla norma sulle fonti, di una *divisio obligationum*, cioè di una diairesi dell'entità «obbligazione» fatta impiegando come criterio diairetico il modo in cui un'obbligazione può formarsi, risulta evidente che porre la contrapposizione fra obbligazioni da contratto e obbligazioni da fatto illecito (extracontrattuale) implica uno squilibrio sistematico o, più precisamente, una imprecisione dommatica. Questo difetto dovrebbe già emergere con chiarezza quando, nel corrente linguaggio istituzionale, si dice che la differenza tra un'obbligazione da contratto e un'obbligazione da fatto illecito risulta essenzialmente dal fatto che la violazione della prima presuppone un rapporto precedente fra le parti stesse, dal quale dipende la qualifica d'inadempimento del fatto che la viola, mentre nell'obbligazione da illecito extracontrattuale il fatto illecito è tale, quando accade, in se stesso, senza che fra le parti esistesse un precedente rapporto. Se esaminiamo in modo un poco più analitico la differenza così enunciata, possiamo forse pervenire a comprenderne più compiutamente il significato. Prendere-

---

<sup>62</sup> Nella sentenza da ultimo citata (Cass. n. 589/1999) si legge quanto segue: «... si fa riferimento, in questi casi, al “rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale” ... La categoria mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte – individuata secondo lo schema dell'art. 1173 – e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è un contratto. In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso». Leggendo queste righe, se fosse ancora tra noi, il vecchio Lehmann non avrebbe esclamato: «Questi giudici hanno riscoperto il quasi-contratto!»?

mo le mosse da un'esemplificazione concepita in termini molto generali, sicché può valere per qualunque sistema giuridico scientificamente costruito, del passato come del presente.

Consideriamo in primo luogo un'obbligazione da contratto<sup>63</sup>, per esempio l'obbligazione di un compratore C di pagare al venditore V la somma di 100, come prezzo della merce comprata. Se C non paga i 100 a V, V eserciterà contro C l'azione contrattuale, nella quale reclamerà che C non gli ha pagato 100: ciò significa che V pretende che C gli abbia cagionato un danno non pagandogli 100; il che significa ancora che V pretende che il fatto che C non gli ha pagato 100 costituisce un comportamento illecito di C. Ma, come può sostenere V che il fatto che «C non gli paga 100» è un illecito? V può sostenerlo invocando il contratto di compravendita, in forza del quale C è risultato giuridicamente obbligato a pagare 100 a lui V (perché, altrimenti, il fatto che un tale non dia del denaro a un talaltro non rappresenterebbe di per se stesso un comportamento illecito). Da tutto ciò possiamo desumere che la vicenda di un'obbligazione contrattuale è composta dai seguenti due momenti (*a-b*): *a*) il momento della conclusione del contratto, il quale è il momento (1) del verificarsi del fatto fonte d'obbligazione e (2) del formarsi dell'obbligazione, nonché (3) del sorgere dell'azione contrattuale a tutela di tale obbligazione; *b*) il momento dell'inadempimento, il quale è il momento (1) del fatto illecito consistente nella violazione dell'obbligazione formata in  $a_2$  e (2) nel quale diviene esperibile l'azione sorta in  $a_3$ .

Consideriamo adesso un'obbligazione da fatto illecito extracontrattuale, per esempio l'obbligazione del danneggiante D che ha dato fuoco per colpa ad un veicolo che appartiene al proprietario P, e pertanto risulta obbligato a risarcire il danno a P. In questo caso P potrà direttamente chiamare in giudizio D con l'azione da fatto illecito. Dal che si desume che la vicenda dell'obbligazione da fatto illecito extracontrattuale si riduce ad un solo momento, il quale è insieme quello del verificarsi del fatto fonte d'obbligazione (che coincide con la realizzazione dell'illecito), della nascita dell'obbligazione, del sorgere dell'azione a tutela di tale obbligazione e dell'esperibilità dell'azione stessa.

Per valutare la differenza, così descritta, possono valere le considerazioni seguenti.

La vicenda di un'obbligazione s'inizia in ogni caso con il verificarsi del fatto che ne costituisce la fonte, e l'azione che sanziona l'obbligazione diventa in ogni caso esperibile con il verificarsi del fatto illecito che lede il creditore. Ora, mentre nella vicenda dell'obbligazione contrattuale il comportamento lesivo trae la sua qualifica di illecito da un evento che appartiene alla vicenda obbligatoria stessa, in quella dell'obbligazione da fatto illecito extracontrattuale la qualifica di illecito del com-

<sup>63</sup> Quanto si dirà delle obbligazioni da contratto (e, *mutatis mutandis*, l'esempio stesso che faccio) deve valere (sempre *mutatis mutandis*) per qualunque obbligazione da fatto lecito.

portamento rilevante precede l'inizio della vicenda obbligatoria, perché tale qualifica di illiceità è data dalla legge (o altra fonte autoritativa), che prevede come illecita la fattispecie in questione. Perciò il fatto illecito extracontrattuale, quando viene commesso, fa sorgere, insieme all'obbligazione, un'azione già esperibile. Ciò ha come conseguenza che nell'obbligazione da fatto illecito extracontrattuale non v'è posto per la nozione d'inadempimento, e quindi neppure per la nozione di adempimento.

La conseguenza sistematica di tutto ciò è che, in uno schema del sistema delle obbligazioni, l'obbligazione da fatto illecito extracontrattuale dovrebbe essere posta non al livello dell'obbligazione da contratto, ma a quello dell'inadempimento dell'obbligazione da contratto.

Possiamo adesso tentar di compiere un passo ulteriore, in funzione del quale è opportuno riepilogare i due postulati conclusivi, che si traggono dall'analisi che precede:

a) tanto nel caso dell'obbligazione da contratto, quanto in quello dell'obbligazione da fatto illecito extracontrattuale, l'azione del creditore è azione diretta ad ottenere il risarcimento del danno, e la sua esperibilità dipende dal verificarsi del comportamento del debitore che gli cagioni danno;

b) nella vicenda dell'obbligazione da contratto (in genere, dell'obbligazione da fatto lecito) l'illecito consiste nell'inadempimento, che per sussistere presuppone la realizzazione del fatto che costituisce la fonte dell'obbligazione da adempiere; mentre nella vicenda dell'obbligazione da fatto illecito extracontrattuale l'illecito coincide con la realizzazione del fatto che costituisce la fonte dell'obbligazione.

Da questi due postulati discendono, come corollari, ancora due proposizioni, sulle quali è opportuno indugiare brevemente.

La prima consiste nella conclusione che le nozioni di adempimento e di inadempimento riguardano unicamente aspetti del regime dell'obbligazione da contratto (o da fatto lecito in generale). La situazione del debitore da fatto illecito extracontrattuale è quella di un debitore responsabile, e la sua obbligazione è obbligazione al risarcimento del danno, la quale è di per se stessa una situazione aperta all'azione, e la prestazione che ne sarà l'oggetto spetta al giudice di determinarla. Il debitore risulterà obbligato a tale prestazione solo in forza della sentenza che il giudice pronunzi contro di lui, ma allora egli sarà obbligato non più dall'illecito che ha commesso, ma *ex iudicato*<sup>64</sup>. Se il debitore, offra al creditore danneggiato una som-

<sup>64</sup> Sulla ragione – che è essenzialmente una ragione storica – per la quale il giudicato (o in genere la sentenza che condanna il convenuto in un processo di cognizione) non viene mai enumerato fra le fonti d'obbligazione, vedi CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano* II, 1 cit., 51 ss. In Ulp. Marcell. D. 15,1,3,11 si parlava di *iudicati velut obligationem*, intendendo la situazione del soggetto condannato come soltanto analoga a quella di un soggetto obbligato. Ciò perché, anche dopo che la nozione di obbligazione si è interamente sostituita nel sistema del diritto privato alle precedenti situazioni di soggezione, la situazione del condannato mantiene sempre certi caratteri di una situazione di

ma di denaro come risarcimento del danno o una riparazione in forma specifica o altra prestazione a titolo di risarcimento, solo se quest'offerta sia accettata dal creditore – che non è tenuto ad accettarla, rinunciando all'esercizio dell'azione che gli spetta – potrà evitare l'azione o la prosecuzione se questa sia già stata intentata, o magari potrà anche ottenere l'assoluzione perché il giudice lo considera liberato per quanto egli ha già prestato al debitore: ma la liberazione che egli abbia ottenuto o che il giudice abbia riconosciuto nel giudizio non possono essere considerate frutto di un adempimento, ma valutate come una transazione intervenuta fra le parti. E questa stessa è la situazione del debitore da contratto inadempiente, quando l'inadempimento sia definitivo e quindi l'obbligazione originaria sia estinta: anch'egli è infatti, a questo punto, un debitore non più obbligato, ma responsabile. L'adempimento è unicamente l'esecuzione di una prestazione ancora dovuta come tale, e la responsabilità è la situazione del debitore che non può (più) eseguire il pagamento del dovuto<sup>65</sup>.

La seconda proposizione corollaria corrisponde all'enunciato di una regola antichissima, ma che non va considerata una scelta dei legislatori, bensì una regola strutturale, che è sempre stata accettata<sup>66</sup>, anche se talora le leggi vi derogano a certi fini particolari. Possiamo incominciare osservando che, applicando in materia di obbligazioni la regola antichissima – la si potrebbe anche dire ovvia per un pensatore giurista – che troviamo ancora in tutte le legislazioni moderne, e da noi in particolare viene enunciata nell'art. 2697 c.c. con le parole «Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento», se ne deduce che il soggetto che agisca fondando il suo diritto su di un rapporto obbligatorio, deve provare che si sono verificati i fatti che corrispondono alla fonte dell'obbligazione che ha fatto di lui un creditore nei confronti del suo convenuto. Ciò significa che nell'azione contrattuale l'attore deve provare che il contratto con la controparte ha avuto luogo, e nell'azione da fatto illecito extracontrattuale l'attore deve provare che il fatto illecito è stato commesso dalla controparte<sup>67</sup>. Come si vede, ciò corrisponde alla regola secondo la quale la prova dell'imputabilità al convenuto del fatto dannoso spetta all'attore nell'azione da illecito extracontrattuale, mentre la prova dell'imputabilità al convenuto dell'inadempimento non

---

soggezione (in relazione agli atti esecutivi, anche quando questi, da una cert'epoca in poi, possono riguardare solo il patrimonio, e non più la persona).

<sup>65</sup> Per ulteriori chiarimenti vedi CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni* cit., 1 ss., specialmente (*ivi*, p. 3 ss.) per la valutazione del caso nel quale il creditore agisca contro un debitore che non esegua una prestazione ancora materialmente possibile.

<sup>66</sup> Sempre, quando agli operatori del diritto fu chiaro che in giudizio devono provarsi dei fatti e non i diritti. Il diritto romano ebbe chiarissimo questo punto fin dal suo inizio, ma nelle consuetudini medievali questa chiarezza fece largamente difetto, donde la corrispondentemente larga prassi – siccome la prova del diritto in se stesso è prova di un'astrazione – delle prove irrazionali (ordaliche).

<sup>67</sup> O che è stato commesso in un modo per cui la controparte deve sopportarne le conseguenze: ma su questo punto vedi *infra*, tra breve.

spetta all'attore nell'azione contrattuale, ma potrà quivi essere fornita dal convenuto come prova (negativa) liberatoria. Ciò perché nell'azione da fatto illecito extracontrattuale la colpevolezza – o comunque l'imputabilità al convenuto – del fatto dannoso fa parte della fattispecie che costituisce la fonte dell'obbligazione dedotta in giudizio, mentre nell'azione contrattuale tutte le circostanze che concernono l'illecito (inadempimento e sua colpevolezza in particolare, vale a dire i fatti che riguardano il momento *b* della vicenda dell'obbligazione contrattuale, come l'abbiamo descritta sopra) non fanno parte della fattispecie creativa dell'obbligazione dedotta in giudizio.

Questa impostazione naturale, o strutturale che dir si voglia, del problema che stiamo trattando, la legge può certo modificarla. Non è questo il luogo per trattare dei problemi specifici di queste modifiche normative. Mi limito dunque a sottolineare che simili interventi possono assumere strutture diverse. Quando, ad esempio, la legge stabilisce che (art. 2049 c.c.) «i padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti», essa introduce una responsabilità per fatto altrui, che non sgrava l'attore dell'onere di provare la colpevolezza del fatto dannoso, anche se la colpa in questione sarà in questo caso quella dell'autore del fatto e non quella del responsabile. Quando invece la legge stabilisce che (art. 2050 c.c.) «Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento se non prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno», essa sgrava l'attore della prova della colpevolezza del fatto dannoso, trasferendone l'onere, come prova liberatoria, sul convenuto, e – nel caso – precisando anche quale specifica prova questi possa fornire. In quest'ultimo esempio, la struttura del meccanismo probatorio si avvicina quasi a coincidere con quello proprio di un'azione contrattuale, ma il fenomeno, per quanto nel complesso abbiamo detto in proposito, deve intendersi così: che nell'ipotesi del danno da esercizio di attività pericolose la fattispecie creativa dell'obbligazione è semplicemente quella della produzione materiale (fatto e nesso di causalità) del danno, sicché a questo solo corrisponderà l'onere della prova a carico dell'attore; la possibilità della prova liberatoria è concepita dalla legge come un beneficio per il danneggiante (convenuto) diligente e scrupoloso, introdotto con l'ovvio scopo politico di sollecitare diligenza e scrupolo nell'esercizio di attività pericolose.

Ritornando, come conclusione della tematica trattata nel presente paragrafo, al problema dell'inquadramento, cioè del reciproco rapporto nella collocazione, dentro la griglia sistematica delle fonti d'obbligazione, del contratto e del fatto illecito extracontrattuale, credo opportuno sottolineare come almeno in uno degli sforzi classificatori presenti nelle codificazioni moderne l'imprecisione tradizionale – che abbiamo visto risalire alle Istituzioni di Gaio – della equiparazione tra contratto e fatto illecito sia stata evitata. Ciò è avvenuto nell'ABGB austriaco del 1811.

In quel codice, la norma sulle fonti delle obbligazioni non rivela di per se stessa con chiarezza la diversa concezione che qui ci interessa. Parrebbe anzi che il § 859,

dove la *divisio obligationum* è enunciata, rappresenti giusto il prototipo del nostro art. 1173 c.c.: almeno nel suo testo originale<sup>68</sup>, che recitava<sup>69</sup>: «I diritti personali sulle cose<sup>70</sup>, in forza, dei quali una persona è obbligata verso un altro a prestare qualche cosa, sono fondati o immediatamente nella legge, o nel contratto, o nel danno sofferto». La formulazione, con un linguaggio un poco diverso, appare invero strutturata come quella dell'art. 1173 del nostro codice, interpretato nel modo che dai lavori preparatori abbiamo potuto desumere corrispondere alla *mens legislatoris*: con una classificazione in due soli *genera* (contratto e fatto illecito dannoso), ed un rinvio alla tipicità legislativa (nell'ABGB posto all'inizio) per le fattispecie non classificate. Ma il vero significato della formulazione austriaca emerge dalla lettura del § 1295 ABGB, dove si disciplina la pretesa al risarcimento del danno, e quindi il fondamento sostanziale dell'azione che tutela tale pretesa<sup>71</sup>. Credo opportuno riportare il comma 1 di tale norma anche nel testo originale, che è quello ancora attualmente in vigore: ABGB § 1295. (1): *Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Obertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.*

La traduzione: «Ciascuno ha il diritto di pretendere dal danneggiante il risarcimento del danno che questi gli ha prodotto con colpa; il danno può esser stato prodotto con la violazione di un dovere contrattuale o senza rapporto con un contratto».

<sup>68</sup> Il testo attuale ha subito una modifica per effetto della *Dritte Teilnovelle*, cioè della terza delle estese leggi di modifica dell'ABGB che sono state emanate tra il 1914 e il 1916 (rispettivamente il 12 ottobre 1914; il 22 luglio 1915; il 19 gennaio 1916). La modifica che ha interessato il § 859 è consistita nella sostituzione dell'allusione al contratto (*oder auf einen Vertrag*) con quella al negozio giuridico (*oder auf ein Rechtsgeschäft*). Ai nostri fini è senz'altro preferibile ragionare sul testo originale, tanto più che la modifica, in questo caso, rappresenta solo un poco sensato omaggio alla dottrina pandettistica e all'impostazione della parte generale (libro primo) del BGB tedesco: la menzione del negozio giuridico come *genus* di fonti d'obbligazione non è, in effetti, né logica, né calzante.

<sup>69</sup> Come traduzione delle norme riportate dal codice civile austriaco mi valgo della versione ufficiale in lingua italiana dell'ABGB, che fu messa in vigore il 1° gennaio 1816 nelle Province del Regno Lombardo-Veneto spettanti al governo di Milano.

<sup>70</sup> Una caratteristica della sistematica dell'ABGB consiste nella individuazione di una *pars de rebus* (cfr. I. 1,2,12) e nella collocazione delle obbligazioni in tale «parte dei diritti relativi alle cose»: questo ha indotto i codificatori ad impiegare per le obbligazioni la denominazione *personliche Sachenrechte*, cioè «diritti personali sulle cose». Così, la sistematica della *pars de rebus* dell'ABGB viene a presentarsi nel modo seguente: *Sachenrecht* [§ 285-308, che trattano delle cose in generale e delle loro distinzioni (classificazioni)]: [a] *Erste Abteilung des Sachenrechtes. Von den dinglichen Rechten* (§ 309-858); [b] *Zweite Abteilung. Von den persönlichen Sachenrechte*. Cioè: Diritto delle cose: [a] diritti reali; [b] diritti personali sulle cose.

<sup>71</sup> La materia è indicata nell'ABGB come quella del «danno da colpa» (*Vom dem Schaden aus Verschulden*), che rappresenta la prima parte (che è la parte delle regole generali) delle norme relative a «l'obbligazione al risarcimento del danno» (*von der Verbindlichkeit zum Schadensersatz*).

## LA POSIZIONE DELLA *LEX* NELLA SISTEMATICA DELLE FONTI ROMANE \*

### I

1. – La posizione della *lex* nella sistematica delle fonti romane si presenta in un modo ambiguo. Beninteso: questa mia frase non va intesa come un giudizio, e tanto meno un giudizio negativo, sulla visuale che i Romani potevano avere del loro sistema giuridico, ed ancor meno sulla capacità dei giuristi romani di concepire sistematicamente le loro istituzioni. Dicendo quello che ho detto intendevo solo fare una constatazione, e definendone l'oggetto come segnato da un'ambiguità cercavo solo un modo per presentare a dei giuristi attuali – e specialmente a dei giuristi coltivati ed operanti in un sistema di *civil law* – una concezione romana che si differenzia dalla nostra. Forse dovrei meglio dire che la posizione della *lex* nella sistematica delle fonti romane si presenta a noi in un modo caratteristicamente ambiguo.

Dico subito in che cosa consiste l'ambiguità di cui parlo. Qualunque cultore del diritto romano sa bene che l'ordinamento giuridico romano non si presenta, nel suo complesso, come un diritto centrato su di una disciplina legislativa. Se vi avviene di leggere uno di quei libretti, destinati in Inghilterra a circolare fra i nuovi studenti che accedono in una facoltà giuridica, vi trovate spesso, per presentare il carattere del *common law* inglese, frasi come "... in Inghilterra non esiste alcuna legge che stabilisca che uno debba pagare i propri debiti". Del diritto romano potrebbe dirsi la stessa cosa. Il diritto romano, come il *common law*, non si presenta come un sistema giuridico a base legislativa. Eppure, nella visione complessiva, o generale, che i Romani avevano del proprio diritto, il sistema delle fonti risulta evidentemente concepito come centrato nella legge.

Come indici di questa concezione valgono anzitutto i due elenchi delle fonti del diritto che si leggono nei due libri istituzionali che ci sono pervenuti per intero.

Ci occuperemo adesso solo delle *Institutiones* di Gaio, le quali si aprono appunto con tale elenco, dove la legge occupa il primo posto:

Gai. 1,2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

---

\* Pubblicato in J.-L. FERRARY (ed.), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012.

Osservando il diritto romano come esso appare ai nostri occhi – e intendo precisamente alludere ai nostri occhi di giuristi –, quali fonti principali, tra quelle menzionate nell’elenco, verrebbero in considerazione proprio le due che lo chiudono, e magari neppure enunciandole nel modo ristretto che vi faceva Gaio; diremmo “l’attività dei magistrati giurisdicenti e quella dei giuristi rispondenti”.

Invece è la legge che occupa il primo posto nell’elencazione, e ciò non è casuale; anzi, v’è assai di più: perché tutta l’elencazione è concepita in funzione di quella posizione primaria della legge, in quanto è evidente che Gaio vi concepì l’ordine delle altre fonti fondandolo sul valore che esse potevano avere, misurato prendendo il valore della legge come parametro, e disponendo le altre entità secondo l’attenuarsi del loro valore rispetto a quello del parametro scelto. I plebisciti (Gai. 1,3) hanno lo stesso valore, in quanto con la *lex Hortensia* furono *exaequata legibus*; il senatoconsulto *legis vicem optinet*, anche se la cosa fu oggetto di discussione – *quamvis fuerit quaesitum* –, discussione che non vi fu invece per le costituzioni imperiali (Gai. 1,5), l’equiparazione delle quali alla legge discende però direttamente dal fatto che l’imperatore è titolare di un *imperium* per effetto di una legge; seguono gli editti dei magistrati muniti di *ius edicendi* (Gai. 1,6), sul valore normativo dei quali Gaio non dice nulla, ma chi conosca l’autore delle *Institutiones* capisce bene che egli inseriva qui gli *edicta* nel luogo opportuno della sua classificazione, evitando una giustificazione che in un discorso istituzionale sarebbe risultata troppo complicata (specie all’inizio di una trattazione destinata a principianti, quando l’autore-docente nutre la preoccupazione che verrà qualche secolo dopo esplicitata in I. 1,1,2); poi, all’ultimo posto, sono menzionati i responsi dei giuristi muniti di *ius respondendi*, la cui equiparazione alle leggi è fondata sulla citazione di un rescritto di Adriano e limitata ai casi nei quali i responsi considerati siano concordanti.

Su alcuni punti di questa tematica dovremo ritornare più avanti. Qui invece osserviamo ancora che il passo gaiano che stiamo considerando offre un altro aspetto, che credo non debba essere trascurato.

Proprio all’inizio, nella parte integrata del passo – ma che può considerarsi integrata in modo sicuro<sup>1</sup> – Gaio impostava il suo discorso in termini che possiamo riassumere così: Gaio voleva sottolineare che il diritto romano è una combinazione di *ius civile* e *ius gentium*, per cui il successivo elenco delle fonti parrebbe riferirsi al *ius civile*: le fonti sono tutte gestite da organi della *civitas*, e quindi producono *ius civile* (nel senso suddetto, di *ius proprium civitatis*, contrapposto al *ius gentium*). Ad una simile osservazione potrebbero sollevarsi delle obiezioni, in quanto non si può certo escludere recisamente *a priori* che fonti romane del diritto disciplinino o anche introducano nell’ordinamento romano istituti del *ius gentium*, e si potrebbe anche dire che una simile idea potesse non essere lontana da quella di Gaio, perché nel § 2, che abbiamo letto, egli diceva che *iura populi Romani* (che sono le istitu-

<sup>1</sup> Si tratta dell’inizio di Gai. 1.1 (*Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod ...*), che viene integrata – così come l’ho scritta fra parentesi – sulla base di I. 1,2,1 e Gai. D. 1,1,9.

zioni giuridiche romane nel loro complesso, e non con esclusione di quelle che appartengono anche al *ius gentium*) *constant* (= prendono corpo) *ex legibus* etc. Ma non è questo il punto sul quale ora mi vorrei soffermare.

Notiamo piuttosto che Gaio, aprendo il proprio discorso, diceva espressamente di riferirlo ai soli popoli, noi diremmo, civilizzati; e questo concetto egli esprimeva indicandoli come *omnes populi qui legibus et moribus reguntur*. Possiamo facilmente notare che anche qui compare l'idea del primato della legge, ed anzi si potrebbe sostenere – ed io propenderei a crederlo – che con la parola *lex*, o anche col suo plurale *legibus* com'è nel testo – Gaio si riferisse a tutte le fonti che poi compaiono nel suo elenco, cioè le leggi propriamente dette, o gli altri atti normativi che sono equiparati alle leggi o hanno lo stesso valore. Comunque sia di ciò, è sicuro che la nozione di *mores* nel testo viene a contrapporsi a quella di *lex*: sicché, data questa impostazione del discorso, risulta poi assai curioso che nell'elenco delle fonti romane i *mores* non risultino più menzionati. I popoli civili sono retti *moribus et legibus*: il popolo romano soltanto *legibus*?

Questo modo di esprimersi di Gaio ha una sola spiegazione. Egli aveva l'occhio orientato in prospettiva storica: l'ordinamento giuridico romano ha conosciuto tanto i *mores* quanto le *leges*, ma la presenza della consuetudine come fonte del diritto appartiene alla sua storia passata: il presente, i *mores* non li conosce più.

Non è questo il momento per verificare l'esattezza di questa affermazione che mi sento di attribuire a Gaio: facendolo potremmo facilmente constatare che i giuristi romani riconoscevano regole giuridiche introdotte per consuetudine (l'esempio più noto e più chiaro è quello del divieto della donazione fra coniugi:<sup>2</sup>) e che Giuliano aveva, d'altra parte, ben teorizzato l'impiego della consuetudine come fonte del diritto romano<sup>3</sup>: ma il primo argomento si riferisce a casi sporadici più che eccezionali, e per il secondo è dubbio che il giurista si preoccupasse del diritto di Roma più che non di quello delle province. In ogni caso, rispetto al discorso di Gaio l'obiezione si rivelerebbe piuttosto pedante, perché il fenomeno al quale Gaio certo pensava ha un'importanza che lo pone su di un piano superiore: e che spiega meglio di ogni altra considerazione l'idea del primato della legge, rimasta nella mentalità romana che viveva in un ordinamento che non era a base legislativa.

2. – Il fatto è che, nella storia antica di Roma, il passaggio da un ordinamento giuridico consuetudinario ad un ordinamento giuridico legislativo avvenne in un momento preciso; fu consapevolmente deciso e con altrettanta consapevolezza realizzato, e comportò precisamente la sostituzione della produzione normativa per via di legge a quella consuetudinaria, nel senso che la sola fonte rimasta in vigore

<sup>2</sup> Vedi Ulp. D. 24,1,1; Ulp. [Caracalla.] D. 24,1,3 pr.

<sup>3</sup> Iul. D. 1,3,32, con la caratteristica limitazione di Cels. D. 1,3,39.

ne risultava la legge – che già esisteva prima – mentre come fonte del diritto la consuetudine veniva abrogata.

Il fenomeno al quale alludo è, naturalmente, quello della promulgazione delle dodici tavole, che si pone giusto alla metà del V secolo a.C.<sup>4</sup>.

Nelle trattazioni storiche del diritto romano il fenomeno della confezione e adozione della legge delle dodici tavole è troppo spesso sottovalutato. E le ragioni sono anche reperibili. Basta pensare a due precise attitudini storiografiche. La prima è quella, di origine niehburiana, per la quale tutte le narrazioni di eventi storici antichi vengono ancora troppo spesso osservate con occhio prevalentemente scettico, e con lo scopo di modificarle piuttosto che non di capirle: e siccome della vicenda delle dodici tavole abbiamo resoconti – soprattutto in Livio e Dionigi d'Alcarnasso – ben particolareggiati, cercando di edulcorarli se ne perde il senso, che invece è proprio quello che si deve conservare di una tradizione anche quando si potesse sospettare della sua integrale aderenza alla realtà. La seconda ragione è quella, specifica per la storia delle dodici tavole, di aver voluto negare il fatto che il movimento fu animato da un apprezzamento della realtà greca: sono veramente troppi gli autori che rifiutano ancora l'influenza delle strutture greche, pretendendo che un'influenza culturale greca Roma l'avrebbe avuta solo secoli più tardi, all'epoca degli Scipioni, quando la Grecia *capta artes intulit agresti Latium*<sup>5</sup>; dimenticando che quella delle dodici tavole fu un'idea romana modellata su una realtà greca, che i Romani, secondo la tradizione stessa, andarono apposta in Grecia ad approfondire. Non la subirono, dunque, per esportazione greca; e, d'altra parte, la conoscenza che essi già avevano della cultura greca non era quella di un paese lontano, perché città greche, e fiorenti città, i Romani ne avevano almeno dalla metà del VI secolo a.C. a non molti chilometri nella loro stessa penisola.

Ora, se si osserva specificamente quale fu l'idea greca che i Romani adottarono, si vede subito che essa, come i Romani la percepivano – e non la percepivano con le sue specificità greche, ma per la forza de frappe politica che aveva – rappresentava la soluzione appropriata per un loro problema interno.

A quanto risulta dai racconti degli storici, quello delle dodici tavole rappresentò l'evento politicamente più importante nella vicenda della contesa sociale fra patrizi e plebei: di portata ben più vasta e di carattere innovatore assai più duraturo che non la riforma costituzionale operata dalle leggi licinie-sestie (367 a.C.). Si trattava di privare il collegio pontificale – organismo allora esclusivamente patrizio, ma non è neppure questo l'aspetto più importante – del monopolio della definizione normativa del *ius civile* per trasferirla al popolo. L'operazione fu compiuta con un'intelligenza ed una fantasia politica straordinaria: non si esaurì per nulla il colle-

---

<sup>4</sup> Sulla vicenda storica della compilazione e promulgazione della legge delle dodici tavole e sul suo significato politico e giuridico devo rinviare a C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* I, Torino 1997, 89 ss.

<sup>5</sup> Hor., *ep.* 2,1,156.

gio, non gli si tolse neppure l'autorità esclusiva per l'interpretazione delle norme – per attribuirgli magari ad un organismo non all'altezza del compito – non si innovò nulla sul piano costituzionale, perché il potere legislativo al popolo apparteneva di già. Semplicemente si eliminò la consuetudine: le norme consuetudinarie già vigenti furono tramutate in norme di legge con il codice decenvirale stesso, e si adottò la forma legislativa come la sola fonte del diritto per il futuro. Con ciò la legge divenne la sola fonte del *ius civile*.

Se si adotta questa prospettiva, si comprendono facilmente gli eventi successivi della storia delle fonti giuridiche romane che sboccò nel sistema che abbiamo visto presentato da Gaio.

Il punto di partenza fu quello che ancora Tito Livio descriveva:

Liv. 3,34,6: ...*qui nunc quoque, in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo, fons omnis publici privatique est iuris.*

La frase in se stessa va intesa mettendosi, naturalmente, dal punto di vista dello storico d'epoca augustea, e così viene a dire che la legge delle dodici tavole (anche se Livio si riferiva, a quel punto, alla promulgazione delle prime dieci tavole: ma questo non ha una reale importanza) rappresenta il punto d'inizio di tutta la successiva tradizione legislativa. Ma essa contiene anche un'idea che va riferita al momento storico della confezione della legge decenvirale. Livio descrive l'operazione che allora fu compiuta, e questa operazione è vista come quella della fondazione del sistema normativo vigente a Roma d'allora in poi. In termini a noi più familiari, il concetto espresso è il seguente: le dodici tavole sono state fatte per essere, da allora in poi, il fondamento positivo di tutto il diritto romano, privato e pubblico. Detto in parole più chiare: prima della promulgazione delle dodici tavole l'ordinamento giuridico romano conosceva un insieme di *mores*, cioè di consuetudini, e una serie di leggi; queste leggi erano tanto leggi comiziali – più recenti – quanto le più antiche *leges regiae*, nell'insieme delle quali possiamo ben pensare che Livio annoverasse vere e proprie leggi promulgate dai re (magari con la partecipazione del popolo), quanto regole di provenienza regia formulate dai pontefici. Tutto ciò può essere discutibile: ma quello che credo indiscutibile è che Livio considerasse – e io sarei propenso a credere che considerasse bene – che le dodici tavole siano state volute ed abbiano effettivamente avuto questo significato: tutto quanto formava *ius civile* prima delle dodici tavole, se si voleva che restasse in vigore, è stato inserito nella codificazione, e la codificazione comprende anche tutte le novità che si voleva incominciassero allora a far parte del *ius civile*; il nuovo testo è una legge; ed esso costituisce ormai la sola fonte del diritto; esso potrà naturalmente essere ancora arricchito o modificato, ma per farlo si dovrà comunque ricorrere allo stesso meccanismo normativo: la legge.

A questo punto siamo costretti a fare una considerazione, che abbandona ogni criterio metodologico proprio delle scienze storiche, tranne quello di cercare nelle fonti una documentazione di quel che dobbiamo scorgere: ma il punto di vista dal quale dobbiamo porci implica l'impiego di una valutazione che solo la nostra vi-

sione panoramica di posteri può concretare: il che implica l'adozione del più eretico, per uno storico, dei criteri: quello del senno di poi.

Gli eroi della vicenda che condusse alla codificazione decenvirale non potevano neppur lontanamente prevedere quale sarebbe stato lo sviluppo futuro del diritto romano: e con ciò intendo alludere specificamente al suo sviluppo tecnico. Certo essi non potevano neppur prevedere le dimensioni che la loro comunità politica era destinata ad assumere, ma quel che più ai nostri occhi è rilevante è che essi non potevano prevedere le proporzioni che alla complessità tecnica del loro ordinamento avrebbe dato l'attività scientifica di una giurisprudenza – cioè di un'attività creativa dei giuristi – gestita da persone dotate di una capacità creativa straordinaria e pure munite di un riconoscimento universale incontrastato di questa loro capacità; e ancora non potevano supporre che i magistrati giurisdicenti – e soprattutto i magistrati cittadini – guidati da quegli stessi giuristi, sarebbero giunti a dar corpo a strumenti di produzione del diritto funzionalmente connessi con la sua applicazione più che non con la sua formazione normativa. Se vogliamo osare persino un giochetto col criterio del senno di poi – un giochetto che però mi sento di fare a scopo di chiarimento, senza poi dargli alcuna importanza reale – possiamo dire che se gli artefici della codificazione decenvirale avessero potuto prevedere fenomeni come l'accostamento del *ius honorarium* al *ius civile*, nonché la compenetrazione con questo del *ius gentium*, sarebbero stati presi da un tale sconforto che, senza rinunciare alla codificazione per il valore politico che aveva per loro, l'avrebbero fatta con le lacrime agli occhi. L'idea del primato della legge, il modello greco della città che vive con le sue leggi esposte a tutti in un edificio nel suo centro, sarebbe apparsa a loro come un'utopia effimera, destinata al fallimento.

Ma le cose – finito il giochetto e tornando alla realtà – non si svolsero esattamente nel modo che abbiamo attribuito di prevedere a quegli uomini, che in effetti non hanno preveduto nulla di simile.

È certo che, diciamo a partire dal III secolo a.C., il sistema delle fonti di produzione del diritto assunse un carattere complessivo che relega vieppiù la presenza della legge in una posizione marginale. Possiamo fare un'eccezione per la materia relativa alle strutture dello Stato: senza pretendere che l'affermazione sia da considerarsi assoluta, le magistrature e le assemblee popolari, come pure il diritto penale pubblico e la sua procedura risultarono sempre – anche se non senza qualche eccezione – fondate su leggi. Ma proprio per questo, nel discorso che intendo fare, possiamo lasciare questo settore da parte. Quello che vorrei invece ricercare, sono le tracce di una lunga permanenza dell'idea della preminenza della legge nella sostanza del sistema romano delle fonti. Queste tracce sono a mio parere reperibili, e se quell'idea appare spesso piuttosto operare come un valore politico, che non come principio positivo, la sua importanza non ne è sminuita, perché – se la visuale che vi propongo è accettabile – ad essa si lasciano facilmente rapportare certi dettagli del diritto positivo romano.

Dovremo dunque, ora di seguito, considerare una serie di esempi: li aggiungerò l'uno all'altro senza un criterio particolare. Qualche considerazione complessiva potremo farla solo alla fine.

## II

1. – Un primo esempio lo abbiamo già incontrato menzionando Gai. 1,5, dove è precisamente scritto:

Gai. 1,5: *Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. Nec unquam dubitatum est, quod id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.*

Passo che si comprende meglio se completato dal seguente, che proviene dalle Istituzioni di Ulpiano:

D. 1,4,1 (Ulp. 1 inst.): *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. 1: Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. 2. Plane ex his quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulset vel si quam poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur<sup>6</sup>.*

Qualche veloce chiarimento esegetico, anche per chiarire meglio come il *principium* e il § 1 del passo di Ulpiano equivalgano precisamente al passo di Gaio. Ulpiano con il termine *scriptio* indica il rescritto, mentre Gaio con *epistula* indicava insieme *epistula* e *rescriptum*, quindi l'*epistula* di Gaio equivale a *epistulam et subscriptionem* di Ulpiano. Il § 2 di Ulpiano si riferisce ai provvedimenti che riguardano specifici soggetti personalmente individuati, e il testo parrebbe considerare unicamente atti con i quali si accordano privilegi o esenzioni con carattere di premio, oppure sanzioni amministrative, o deroghe concesse a persone in situazioni di speciale bisogno: ma è difficile credere che Ulpiano, scrivendo codeste cose, non pensasse anche al problema, che si poneva, del valore generale che poteva attribuirsi agli enunciati o comunque alle regole adottate come fondamento delle decisioni di rescritti e decreti. Comunque, per essere certi di non metterci a giocare con la fantasia, vediamo di interpretare quel che nel testo troviamo scritto, senza neppure ipotizzare che esso abbia sofferto manomissioni compilatorie.

Poniamoci dunque, in questo quadro, il problema di stabilire che senso avesse, in Gaio e in Ulpiano, l'enumerazione di rescritti e decreti imperiali fra gli atti che *legis vicem optinent*.

<sup>6</sup> L'idea con la quale il passo si conclude è espressa in I. 1,2,6 con le parole: ... *plane ex his quaedam sunt personales, nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult: nam quod alicui ob merita indulset, vel si cui poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. aliae autem, cum generales sunt, omnes procul dubio tenent.*

Si può cominciar col dire semplicemente che ogni atto che *legis vicem obtinet* è vincolante come la legge, nell'ambito del quale si muove l'imperativo che contiene (come dice l'art. 1372 c.c., che il contratto ha forza di legge fra le parti). Ma non è questo il senso di quei passi: tale senso corrisponde piuttosto all'idea che un enunciato normativo contenuto in qualunque atto imperiale *legis vicem obtinet*, e quindi una *ratio decidendi* contenuta in un rescritto, che abbia carattere innovativo o interpretativo generale, *legis vicem optinet*. Già qualcosa di simile è ammesso per i responsi dei giuristi, ma questo solo in relazione al caso concreto per cui sono dati. La *ratio decidendi* imperiale *vicem legis optinet* sul piano generale – è un precedente vincolante – e ciò perché il potere imperiale ha base nella *lex de imperio*. Donde la necessità di precisare che limiti abbia questa affermazione: e il testo di Ulpiano dice chiaramente che senso generale ha solo l'affermazione che l'imperatore stesso ha fatto intendendola come generale<sup>7</sup>: gli esempi che fa, di pene e premi, sono solo esemplificazioni estreme: il senso è che non costituisce precedente la sentenza in se stessa o il suo equivalente nel rescritto, ma la regola che il testo del provvedimento imperiale enuncia come *ratio decidendi*<sup>8</sup>.

In questo modo veniamo però a basare nella legge tutti gli atti del potere imperiale. Certo che si potrebbe obiettare che non tutti gli imperatori romani assunsero ed esercitarono il loro potere sulla base di un'effettiva *lex de imperio*. Ma questa obiezione non riguarda gli enunciati dei giuristi che stiamo considerando, dove tale *lex* è considerata come un dato indiscusso della struttura costituzionale dell'Impero.

2. – Diverso è il discorso che dobbiamo fare – e che abbiamo visto Gaio evitava – sul potere normativo dei magistrati giurisdicenti: come Gaio – almeno in ciò – si esprimeva, il valore normativo dei loro editti, ed in particolare quelli dei due pretori urbano e peregrino.

Qui, certo, una base era rappresentata dal fatto che quei due magistrati erano stati nominati con un procedimento previsto dalla legge e realizzato con la partecipazione del comizio legislativo, e che a questo procedimento era conseguita l'attribuzione ai magistrati stessi dell'*imperium* e della loro stessa *iurisdictio*. Questa premessa può essere considerata sufficiente per basare nella legge tutti gli atti che possano di per se stessi riportarsi all'*imperium* o alla *iurisdictio* di tali magistrati: e

<sup>7</sup> Si noti la precisazione *quoniam non hoc princeps vult*, aggiunta nel passo parallelo delle Istituzioni imperiali, citato nella nt. precedente.

<sup>8</sup> Nel giungere a questa conclusione, ragiono sottintendendo alcuni passaggi ovvi del ragionamento, che possono però facilmente essere esplicitati. Comunque, come si vede, veniamo così ad identificare il meccanismo del valore normativo di rescritti e decreti con quello stesso che è stato – abbastanza di recente (inizio del XIX secolo) in modo preciso, ma secondo una lunga tradizione formata assai prima – adottato nel Common Law per il valore dei precedenti.

non si dimentichi che l'*imperium* stesso comportava, per il suo titolare, un potere punitivo. Il pretore può regolare a suo modo, in forma vincolante, l'esercizio della *iurisdictio* e dell'*imperium* che gli sono stati attribuiti. Quel che il pretore dispone adottando la forma dell'editto, si tratti dell'editto perpetuo o di un editto repentino, si giustifica in generale con la base legislativa del suo potere magistratuale. Ma precisando che ciò avviene "in generale" voglio sottolineare che problemi particolari si sono posti in certi casi. E cerchiamo di vederne, almeno degli esempi, subito.

3. – A mio parere abbiamo un indizio molto forte, per indurci a credere che un vero problema si pose per l'introduzione stessa della procedura formulare.

L'indizio corrisponde al fatto che il processo formulare è tutto – la cosa è veramente, se ben ci si pensa, stupefacente – basato sul consenso delle parti al giudizio davanti al giudice nominato dal pretore, giudice che procederà secondo le istruzioni ricevute dal pretore stesso con il decreto nel quale è stato nominato. Questo particolare è tecnicamente costruito proprio nel senso seguente: che se le parti non sono d'accordo – concludendo la *litis contestatio* – nel senso di farsi giudicare secondo il rito formulare, l'impiego di tale rito non è possibile.

Ma se noi ci poniamo al tempo dei primi processi formulari, la cosa si spiega perfettamente. A quel tempo, il magistrato giudicante era legittimato ad instaurare la procedura unicamente accordando all'attore contro il convenuto la *legis actio* che corrispondesse al contegno – in particolare: alle dichiarazioni – delle parti che, come attore e convenuto, si fossero presentate davanti a lui<sup>9</sup>. Al di fuori dei pochi tipi di *legis actiones* non c'era *actio* possibile. Ma con ciò può ben considerarsi che non contrasti il fatto che le parti, concordemente, chiedano al magistrato di provvedere alla soluzione della loro controversia in un modo diverso, che esse desiderano come confacente e che il magistrato sia d'accordo a costruire. Non è che io con ciò voglia risuscitare in qualche modo la teoria dell'origine arbitrare del processo formulare: l'idea che i fatti descritti mi lasciano presumere è diversa. L'idea è che il magistrato giudicante è creato per celebrare i giudizi, e che quindi la celebrazione di un giudizio rientra comunque nei suoi poteri; ma la legge – anzi, in questo caso, le leggi – di per se legittima il magistrato ad imporre alla parti solo una *legis actio*, e precisamente quella fra le *legis actiones* che esse richiedono. Ma, se la richiesta delle parti è diversa, nulla vieta al magistrato di aderirvi, se egli ritenga che la richiesta – necessariamente concorde – delle parti sia funzionale. Dunque, il pretore non può imporre la procedura formulare; solo la può accordare se le parti gliela richiedono; e, una volta ch'egli l'abbia accordata, egli dovrà provvederle di tutto quanto è necessario alla procedura stessa, nonché di tutti i mezzi successivi neces-

---

<sup>9</sup> Vedi in particolare Gai. 4,11.

sari per rendere efficaci gli esiti della diversa procedura. In questo modo si vede formarsi, insieme alla procedura formulare, anche l'insieme del *ius honorarium*, che s'inizia con l'idea dei *iudicia quae imperio continentur*, come all'inizio – così del resto la maggior parte dei romanisti pensano – erano tutti i processi formulari.

Non devo descrivere qui la complessa evoluzione successiva, che ebbe tappe varie e notevoli. Che la procedura formulare si sia abbastanza rapidamente sostituita alle *legis actiones* assai prima dell'abrogazione di queste mediante la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, comportò certo ben presto che l'adesione del convenuto alla richiesta dell'attore sia divenuta obbligatoria, cioè che si siano previste sanzioni per il convenuto che evitasse o rifiutasse la conclusione della *litis contestatio*. A questo punto la necessaria consensualità delle parti alla celebrazione del processo formulare divenne certo illusoria: ma la sua forma restò in vigore<sup>10</sup>, non certo come maso erratico inutile, ma perché essa si era dimostrata un meccanismo opportuno ed efficiente per la sanzione dei principi di un sistema processuale basato sull'iniziativa dell'attore, sull'idea che il convenuto non deve sottrarsi alla verifica delle pretese che l'attore manifesta contro di lui, ma che deve nel contempo vedere rispettato il suo diritto a partecipare al processo con facoltà strettamente analoghe a quelle che sono attribuite all'attore contro di lui.

4. – Ma lasciamo da parte questa tematica, per osservare un punto particolare, che a mio avviso presenta un interesse speciale.

Possiamo porci una domanda, che riguarda ancora l'aspetto generale del problema che stiamo discutendo, e cioè la seguente. Una volta acquisito che nell'evoluzione del sistema giuridico romano, ad un certo punto, che possiamo genericamente dire sicuramente anteriore all'epoca di Servio Sulpicio, tale sistema si presenta come fondato nell'attività dei giuristi e dei pretori giusdicenti, il primato della legge, quale appare soprattutto da Gai. 1,2, poteva ancora avere un senso, e quale?

Il senso della domanda può essere anche visto in questo modo: Gaio descriveva il diritto positivo del suo tempo, e qual'era l'aspetto del diritto positivo romano che egli intendeva sottolineare in Gai. 1,2 ss.? Posta così la domanda, la risposta si fa abbastanza semplice. Con il suo elenco delle fonti Gaio non intendeva fare un discorso sul carattere generale del diritto romano, né intendeva effettuare una valutazione quantitativa dell'incidenza delle singole fonti sulla consistenza del suo patrimonio normativo. Egli enumerava le fonti in un ordine decrescente della forza normativa propria a ciascuna. Sotto questo profilo, il primato della legge appare af-

<sup>10</sup> Sull'affermazione *iudicium autem et in invitum redditur* contenuta in Paul. D. 45,1,83,1 si leggano le brevi considerazioni fatte da M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio*, in N. BELLOCCI (ed.), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, Napoli 1991, 197 all'inizio della n. 128.

fatto indiscutibile: una forza normativa come quella della legge può essere attribuita solo agli atti che le sono equiparati, e quindi ai plebisciti, ai senatoconsulti ed agli editti (cioè le *leges generales*) imperiali. In questo senso il discorso di Gaio risulta effettivamente un discorso sul primato della legge nel diritto romano vigente al suo tempo.

Così visto, il primato della legge può esprimersi in una serie di principi ovvi: quando esista una norma di legge, questa dovrà essere applicata; una norma di legge non può essere abrogata se non con una norma di legge; una legge può abrogare qualunque norma esistente. Ciascuna di queste proposizioni potrà essere oggetto di precisazioni o presentare aspetti discutibili<sup>11</sup>, ma in sostanza si tratta di proposizioni ferme nella mentalità dei giuristi romani.

5. – Ma il problema più importante è un altro, che individuerei come quello della riserva di legge. Mi spiego. Nel diritto pubblico romano potremmo indicare settori nei quali solo la legge poteva introdurre innovazioni nel regime positivo, come la disciplina relativa alle magistrature o l'introduzione di fattispecie di reato (*crimen*, nel senso di delitto pubblico) con le relative pene. Ma il campo più interessante è quello dei delitti privati.

Per una tipicità legislativa delle figure di delitto non abbiamo alcuna affermazione generale; è tuttavia abbastanza chiaro che le figure civilistiche di delitto – quelle denominate tecnicamente *delicta* – avevano fondamento in una legge. Un punto di partenza per illustrare questo tema lo possiamo trovare nel modo in cui Gaio si esprimeva in materia di azioni nossali:

Gai. 4,75: *Ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, ut liceret patri dominove aut litis ae-*

<sup>11</sup> Come il problema della desuetudine di una norma di legge. È noto che nel periodo classico i Romani non erano affatto propensi alla abrogazione delle regole o istituzioni giuridiche di fatto superate. I giuristi si limitavano magari a constatarne la desuetudine, ma beninteso questa non valeva come abrogazione. In Gai. 3,215 l'autore notava che il secondo capo della *lex Aquilia* era divenuto inutile per la disponibilità dell'*actio mandati* (per vero Gaio – storicamente male informato – diceva male del legislatore: *sed id caveri non fuit necessarium*); ma non intendeva affatto dedurre da ciò che il secondo capo della legge fosse abrogato; egli si esprime anzi in un modo che rivela che l'azione *ex capite secundo legis Aquiliae* sarebbe tuttora possibile, e se ne otterrebbe la condanna *in duplum adversus infittiantem*; il fatto che questa possibilità sia presentata come puramente teorica conferma che la desuetudine della norma era ormai acquisita, ma anche che questa non comportava la sua abrogazione. Nel Digesto la menzione del secondo capo della legge compare in Ulp. 18 *ad ed.* D. 9,2,27,4 in una forma che può considerarsi come un riassunto compilatorio che sostituiva una certo già breve ma più elaborata frase di Ulpiano (*Huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit*), dove comunque si deve notare che neppure questo testo parla di abrogazione per desuetudine, ma semplicemente informa che la norma è caduta in desuetudine. L'abrogabilità per desuetudine di una norma di legge compare invece nella frase finale di I. 1,2,11 e di Iul. D. 1,3,32,1 (dove è ben giustificato il sospetto d'interpolazione), mentre è negata in C. 8,52,2 (a. 319).

*stimationem sufferre aut noxae dedere. Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisque damnosam esse. 76: Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, veluti furti lege duodecim tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; aedicto praetoris, velut iniuriarum et vi bonorum raptorum.*

Il discorso che questo testo suggerisce è abbastanza delicato. Come si vede, Gaio contrappone qui una tipicità legislativa ad una tipicità edittale; ma si nota subito che questa contrapposizione, enunciata in relazione alla introduzione delle azioni nossali, ha la sua base nell'analogia contrapposizione che riguarda i delitti stessi ai quali le singole azioni nossali si riferiscono: furto e danneggiamento aquiliano sono figure legislative (dodici tavole e legge aquilia), mentre l'*actio iniuriarum* formulare dei tempi di Gaio era azione civile ma edittale (così s'intende bene Gai. 3,224, dove l'azione edittale è vista solo come introduttiva di un diverso modo di calcolare la pena) e l'*actio vi bonorum raptorum* era azione pretoria (Gai. 3,209).

Cerchiamo di esaminare bene i due ultimi casi.

Per l'*actio vi bonorum raptorum* il discorso è più semplice. La rapina resta sempre un caso di furto, e chi la commette è pur sempre soggetto all'*actio furti* (Gai. 3,209: *Qui res alienas rapit, tenetur etiam furti*), solo che *recte dictum est eum improbum furem esse*; l'azione pretoria, dunque, non cambia nulla alla natura del delitto, solo precisa la pena, che non eccede neppure l'entità di quella del furto, solo gli applica sempre l'ammontare *in quadruplum* del *manifestum*, se esperita entro l'anno, limitandola dopo questo termine al *simplum*. L'intervento pretorio può dunque essere visto come un semplice adeguamento del regime civilistico per renderlo più consono con la valutazione moderna degli stessi fatti.

Per l'*iniuria* le cose si pongono in modo assai diverso. Come Gaio stesso chiariva all'inizio della trattazione di quel delitto (Gai. 3,220-222), la concezione della fattispecie ingiuriosa era notevolmente più vasta di quella delle dodici tavole – anche facendo rientrare nella nozione decenvirale di *iniuria* le fattispecie del *membrum ruptum* e dell'*os fractum*, che *iniuria* non vi sono denominate – e l'*actio iniuriarum* presentava caratteristiche del tutto nuove. Ma quel che mi pare soprattutto da notare è che la concezione pretoria della nuova azione si presentava come un misto di fedeltà all'antica nozione legislativa unita alla necessità di impedire che questa antica nozione – che non viene affatto abrogata – possa compromettere la nuova tutela. Queste cose, dette così in astratto, sembrano vaghe e fumose; ma credo che un esame attento della formula dell'*actio iniuriarum* (*aestimatoria*) serva a chiarirle e precisarle.

Incominciamo con la lettura della formula dell'*actio iniuriarum*, nella forma che la dottrina romanistica ha potuto – salvo qualche irrilevante dettaglio – ricostruire<sup>12</sup> così:

<sup>12</sup> Vedi per tutti O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, Leipzig 1927<sup>3</sup>, 399; G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, Milano 1941, 84 n. 2; anche C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano II*, Torino 1982, 92 ss.; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova 1999<sup>2</sup>, 74 s.

*Quod a N° N° A° A° pugno mala percussa est q.d.r.a., quantam pecuniam recuperatoribus bonum aequum videbitur ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° condemnari, tantam pecuniam, dumtaxat HS<sup>\*\*\*</sup>; si non plus quam annus est, cum de ea re experiundi potestas fuit, recuperatores N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° c.s.n.p.a.*

Come si vede, questa formula presenta una caratteristica che possiamo dire – a nostra conoscenza – unica: essa manca di *intentio*. La parte iniziale ‘*Quod-q.d.r.a.*’ è la *demonstratio*, quello che segue appartiene interamente ad un’elaborata *condemnatio*, nella quale possiamo selezionare come essenziali le parole ‘, *quantam pecuniam recuperatoribus bonum aequum videbitur ... , tantam pecuniam ... recuperatores N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° c.s.n.p.a.*’.

Secondo la struttura normale delle formule, la *demonstratio* dovrebbe essere seguita da un’*intentio incerta*. D’altra parte, la formula potrebbe mantenere la stessa struttura trasformando la *demonstratio* in *intentio*, e quest’ultima soluzione comporterebbe due possibilità: l’*intentio* potrebbe essere concepita *in factum* oppure *in ius*.

Quel che dobbiamo fare è considerare attentamente queste tre possibilità (a, b, c) per renderci conto di che cosa, rifiutandole, il pretore abbia voluto evitare.

a) inserendo, dopo la *demonstratio*, secondo la quale – nel modello editale, che prendo come parametro – il fatto dedotto in giudizio (*q.d.r.a.*) era uno schiaffo dato da NN ad AA, una *intentio incerta*, questa avrebbe assunto la forma ‘*quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° dare (facere) oportet*’. Ora, siccome il fatto dedotto in giudizio mediante la *demonstratio* rientrava nella fattispecie generale dell’*iniuria* prevista in tab. 8.4, (*si iniuriam faxit viginti quinque poenae sunt*), l’*intentio* in *quidquid dare facere oportet* avrebbe comportato come conseguenza che NN dovesse essere condannato a pagare 25 assi ad AA. Quindi la *condemnatio in bonum et aequum* prevista nella formula editale non si sarebbe potuta adottare. Possiamo anche aggiungere che, se il fatto descritto nella *demonstratio* non potesse essere considerato realizzare una delle fattispecie di *iniuria* previste dalla legge delle dodici tavole, la presenza dell’*intentio* incerta avrebbe comportato in ogni caso che *ob eam rem* il convenuto non doveva *dare* nulla all’attore, e quindi doveva essere assolto.

b) Per trasformare la *demonstratio* in una *intentio in factum* sarebbe stato sufficiente sostituire *si paret al quod* della *demonstratio*, ottenendo così una formula di questo genere: *Si paret a No No A° A° malam percussam esse q.d.r.a., quantam pecuniam recuperatoribus bonum et aequum videbitur, ... tantam pecuniam ... recuperatores NmNm A° A° c.s.n.p.a.* Una formula così concepita sarebbe risultata perfettamente logica e funzionale e del tutto conforme alla nuova concezione del delitto di *iniuria* che il pretore intendeva adottare, ma essa veniva ad assumere la natura di *formula in factum* pretoria, con la conseguenza che l’*actio iniuriarum* sarebbe divenuta un’azione pretoria, che veniva a prendere il posto, praticamente eliminandola, dell’azione civile. La pena inflitta al convenuto sarebbe stata dunque fondata esclusivamente nel potere punitivo del pretore e la sua applicazione unicamente nella *iurisdictio* pretoria.

c) Per trasformare la *demonstratio* in *intentio* lasciandole il suo carattere di *intentio in ius concepta*, il pretore avrebbe dovuto inserirvi la nozione civilistica corrispondente, con la sua denominazione di *iniuria*, scrivendola più o meno così: *Si paret a N°N° A°A°*

*iniuriam factam esse q.d.r.a.* ... Ma in questo modo la pena non poteva logicamente essere – ancora, come nel caso *sub a*) – se non quella decenvirale di 25 assi, ovvero, se il caso concreto vi rientrasse, una di quelle previste dalle altre norme decenvirali considerate come casi di *iniuria*, come il *membrum ruptum* e l'*os fractum* (tab. 8.2-3). In questo modo il pretore si comportò nel caso del furto, dove non esistevano problemi di denominazione del delitto (la nozione decenvirale di *furtum* corrispondeva ancora a quella del diritto classico), né di ammontare della pena (che pure era sempre quella delle dodici tavole): *Si paret A°A° a N°N° furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem NmNm pro fure damnatum decidere oportet, quanti ea res fuit cum furtum factum est, tantae pecuniae duplum iudex NmNm A°A° c.s.n.p.a.*<sup>13</sup>.

La riforma del delitto di *iniuria*, che il pretore accoglieva e muniva di nuova sanzione proponendo la nuova *actio iniuriarum* edittale, si valeva di un vasto lavoro giurisprudenziale. Tutto ciò è bene illustrato da Gai. 3,220 ss. La nozione di *iniuria* che sta alla base della denominazione, che compare in tab. 8.4, venne anzitutto, in sede di interpretazione delle dodici tavole, estesa a comprendere, estendendo ad esse la denominazione di *iniuria*, le fattispecie del *membrum ruptum* (tab. 8.2), dell'*os fractum vel conlisum* (tab. 8.3); il caso dell'*os fractum vel conlisum* ad uno schiavo venne abbandonato (Gai. 3,223); inoltre, fra i casi di *iniuria* vennero considerate tutta una serie di fattispecie nuove (Gai. 3,222), come invettive, calunnia, diffamazione, o le ingiurie fatte ai figli o alla moglie (anche non *in manu*) e considerate come fatte al *paterfamilias*, e pure quelle fatte agli schiavi e considerate come fatte al *dominus*. Radicalmente riformata è la pena (Gai. 3,223-225): non solo venne abbandonata la pena del taglione, ma anche ogni pena fissa, per lasciare la determinazione dell'ammontare al giudice (*recuperatores*, con il che il *iudicium* risulta sempre *imperio continens*: Gai. 4,105), il quale valuterà *in bonum et aequum*, con il limite di una *taxatio* stabilita dal pretore per i casi di *iniuria atrox*, e negli altri casi con il limite della valutazione fatta dall'attore stesso (quest'ultimo particolare può magari essere considerato provenire da una elaborazione dell'idea della *pactio* connessa con l'assolutamente *ab antiquo* desueta applicazione della *talio*).

Tutta questa riforma – come dicevo – deve essere stata elaborata dai giuristi, e devono essere stati essi stessi a compierla come una elaborazione della disciplina decenvirale: il che significa che il risultato veniva sempre riferito al delitto di *iniuria*, cioè si presentava come un'elaborazione dello stesso delitto previsto dalle dodici tavole. La conclusione di questo lavoro si presenta come pretoria, perché si concreta nella proposizione della formula dell'*actio iniuriarum*. Anche questa conclusione, e cioè la struttura della formula di tale azione, fu certo opera dei giuristi: ma formalmente essa entra nell'ordinamento romano come prodotta da un editto pretorio, con effetto nell'ambito del *ius civile*. E come tale – nell'ambito del nostro discorso sulle fonti del diritto – dobbiamo valutarla.

<sup>13</sup> LENEL, *Das edictum*<sup>3</sup>, cit., 328; MANTOVANI, *Le formule*<sup>2</sup> cit., 62 s. La formula è quella dell'*actio furti nec manifesti*.

Caratteristico di questa operazione pretoria è il fatto che essa si presenta come una semplice versione, negli schemi del processo formulare, della sanzione di un delitto privato previsto nelle dodici tavole per essere sanzionato mediante una *legis actio* (la *legis actio sacramento in personam*).

L'idea che guidava il pretore (o i giuristi che pensavano per lui) appare molto semplice.

L'*actio iniuriarum* doveva essere un'azione che:

- a) permetta di fare dei processi *de iniuria* applicando il regime che la giurisprudenza moderna ha costruito per quel delitto;
- b) deve restare chiaro che il delitto di cui in tali processi si tratta è sempre il delitto civile di *iniuria* previsto nella legge delle dodici tavole;

A questi due punti di carattere dommatico se ne aggiunge un terzo di ordine pratico:

- c) data l'enorme varietà casistica che la nozione moderna di *iniuria* comprende, non si può lasciare al giudice il compito di stabilire se siano *iniuria* o no i fatti che gli verranno presentati e che, naturalmente, siano stati commessi con i requisiti soggettivi che la giurisprudenza stabilisce per considerare l'*iniuria* degna di punizione (dolo e intenzione di offendere); egli deve essere chiamato a giudicare solo se siano avvenuti dei fatti precisi, descritti nella formula: il che significa che il pretore, dando la formula con quella descrizione, ha già deciso che tali fatti, se hanno avuto luogo (con quelle modalità soggettive delle quali si è detto), costituivano *iniuria* di NN ad AA.

Come abbiamo visto sopra, per realizzare questo programma era necessario evitare che la formula contenesse un'*intentio*: enunciandola *in factum* si sarebbe trascinata tutta la materia fuori dal *ius civile*, trasferendola nel *ius honorarium*; enunciandola *in ius* essa avrebbe di per sé rinviato al regime decenvirale, o col *quidquid dare ... oportet* della *formula incerta*, o col termine *iniuria* della formula certa; in quest'ultimo caso essa avrebbe anche impedito un enunciato formulare casistico.

Alla formula è stata così assegnata, per enunciare la *causa petendi*, una clausola puramente casistica, cioè la *demonstratio*. Doveva bensì essere chiaro che, dommaticamente, ai fini del riconoscimento del carattere civilistico dell'azione, qualunque fosse quell'enunciato casistico, esso era la descrizione di una situazione che costituiva *iniuria*, ma a ciò bastava l'enunciato edittale del titolo sotto il quale erano raccolte tutte le azioni in materia. Tale titolo era '*de iniuriis*'. Ma si noti bene: questo titolo qualificava tutte le azioni pretorie previste nel titolo stesso, e quindi qualificava tutte le azioni del titolo come azioni che rappresentavano il regime giuridico di quel delitto previsto nelle dodici tavole; ma la parola *iniuria* (che pure compariva in alcuni sottotitoli: *de iniuriis quae servis fiunt*; *de noxali iniuriarum actione*), non comparando in alcuna formula, non obbligava il giudice a riferirsi al testo della legge per trarne concrete conseguenze processuali. Queste ultime, la *condemnatio* le indicava con precisione (condanna *in bonum et aequum*). Questa combina-

zione (casistica pura nelle formule, *iniuriae* nel titolo edittale) garantiva invece un'altra cosa: che tutta la casistica che poi in concreto fosse enunciata dal pretore nelle singole formule era una casistica che il pretore stesso considerava – per via diretta o interpretativa – come riferibile al delitto di *iniuria* previsto nella legge.

6. – In modo analogo, ma alquanto diverso, il pretore si comportò con riguardo al danneggiamento aquiliano.

La legge aquilia, promulgata intorno al 200 a.C.<sup>14</sup>, era stata certo concepita da un giurista, e con un livello tecnico elevato; le lacune, che essa pure rivelava, erano state abbastanza presto superate per via interpretativa: in particolare, il lavoro dei *fundatores* alla metà del II secolo a.C., ed in particolare di Bruto, aveva permesso di inserire nello *Schutzbereich* del terzo capo della legge la sanzione dei danneggiamenti non distruttivi, che non erano considerati nella lettera del testo legislativo<sup>15</sup>. Ma l'atteggiamento della giurisprudenza fu molto diverso in relazione alla disciplina dell'imputabilità del danno.

In proposito i problemi erano due: quello della colpevolezza e quello del nesso causale. Per vero, anche in relazione alla colpevolezza la giurisprudenza non svolse che un'attività interpretativa, anche se particolarmente importante. Il problema era già impostato nella legge – e consapevolmente dal giurista che ne fu l'autore – con l'impiego della nozione di *iniuria* – termine che nella legge aquilia era impiegato in senso assai diverso da quello che esso aveva nella denominazione del delitto di *iniuria* (cfr. Ulp. D. 9,2,5,1 = Coll. 7,3,4: *Iniuriam autem accipere hic nos oportet non, quemadmodum et circa iniuriarum actionem, contumeliam quondam, sed quod non iure factum est, [-] id est si culpa quis occiderit*) – sulla base della quale la giurisprudenza elaborò la nozione di *culpa*, che era destinata ad acquistare, ed anche abbastanza rapidamente, una dimensione che superava l'ambito del delitto aquiliano<sup>16</sup>.

Fu con riguardo al problema del nesso causale che la giurisprudenza si comportò in un modo che possiamo considerare, in qualche modo, opposto. Perché qui l'interpretazione giurisprudenziale partì da una preoccupazione restrittiva. La preoccupazione iniziale dei giuristi fu quella propria dell'interpretazione di una legge penale: di evitare che qualunque danneggiamento venisse riconosciuto sanzionabile, comunque fosse stato prodotto. La cosa è più chiara nell'interpretazione del primo capo della legge. Nel testo<sup>17</sup> si parlava di *occidere*, e subito i giuristi si preoccuparono di preci-

<sup>14</sup> Insisto nella datazione della *lex Aquilia* che ho proposto in alcune ricerche su tale legge; da ultimo: C.A. CANNATA, *Il terzo capo della lex Aquilia*, in *BIDR* 98-99 (1995-1996) 132.

<sup>15</sup> Su tutto ciò vedi, nel lavoro citato alla n. prec., p. 130 ss. (fino alla fine dell'articolo).

<sup>16</sup> Su tutto ciò vedi C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996, in particolare 109 ss. (cioè il paragrafo 12).

<sup>17</sup> Su quanto segue si veda – senza mai dimenticare D. NÖRR, *Causa mortis*, München 1986 – il cit. CANNATA, *Il terzo capo*, 129.

sare che quella di *occidere* è una nozione specifica, assai più ristretta di *causam mortis praestare*. Questa interpretazione ristretta si estese anche all'interpretazione del terzo capo, dove però un atteggiamento più aperto si era già manifestato nel lavoro dei *fundatores* per farvi rientrare i danneggiamenti non distruttivi – come ho già ricordato –, che aveva fatto leva sulla presenza nel testo del verbo *rumpere*, interpretandolo nel senso di *quoquo modo corrumpere*. Ma a questo risultato si sovrappose l'idea, maturata nell'interpretazione del primo capo, secondo la quale danno aquiliano è solo il danno prodotto da un diretto atto fisico, cioè un danno *corpore corpori datum*.

Ma si deve capire come questa precisazione rigorosa non rappresentò una chiusura, ma solo un passo verso una disciplina coerente dell'intera materia.

L'interpretazione della *lex Aquilia*, che abbiamo seguito finora, portava alla conclusione che un danneggiamento di cosa altrui, prodotto con colpa ma senza un nesso causale diretto, non rientrava nella previsione della *lex Aquilia*, e dunque l'*actio ex lege Aquilia* non spettava in tali casi al proprietario danneggiato. Ma questo non significava, per i giuristi romani, che la disciplina della legge non dovesse applicarsi ad altri casi, nei quali il nesso causale diretto, *corpore corpori*, non fosse presente. Quanto detto significava solo due cose:

- a) che una sanzione come quella della *lex Aquilia* non era applicabile in tali casi in forza della legge stessa;
- b) che, di conseguenza, per l'individuazione degli altri casi la legge non forniva alcun criterio generale.

Ne consegue che anche qui la soluzione del problema è affidata al pretore, e deve essere realizzata su base casistica. Così si affida al pretore, che seguirà le indicazioni della giurisprudenza, la determinazione dei casi da ritenere degni della sanzione aquiliana; egli li esaminerà di volta in volta, e deciderà se dare o no, in ciascun caso, un'*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*.

Queste azioni, come risulta bene dalla lettura dei due testi principali, che sono Gai. 3,219 e Ulp. Coll. 12,7,1-10 (con il parallelo Ulp. D. 12,7,3-12) vengono indifferentemente denominate *actio utilis ex lege Aquilia* o *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*, ma si tratta certamente sempre di azioni *in factum*. L'espressione *actio utilis* significa qui solo che l'azione di cui si tratta non è l'azione *ex lege*, perché la legge aquilia *non sufficit*<sup>18</sup>. La presenza di una *fictio* in queste azioni non è pensabile<sup>19</sup>: essa verrebbe infatti a significare che il giudice dovrebbe fingere che la legge preveda un caso che non prevede<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Vedi in particolare Ulp. Divus Severus Coll. 12,7,6 (*ad exemplum legis Aquiliae iudicio – non est visa Aquilia sufficere*).

<sup>19</sup> Una *fictio* è pensabile (anche se non certa) solo nelle azioni aquiliane che estendevano la legittimazione attiva o passiva a soggetti diversi da quelli previsti nella legge: ma non è il caso che intendo trattare in questa sede.

<sup>20</sup> L'assurdità di questa idea non ha bisogno di dimostrazione. Una dimostrazione razionale po-

Noi non conosciamo le formule dell'azione aquiliana (uso il plurale, perché certo esse erano più d'una, almeno una per la condanna *in duplum* e una per la condanna *in simplum*, differenziate anche in *actio ex capite primo* e *actio ex capite tertio*), e tanto meno conosciamo la formula dell'azione aquiliana *in factum*. Le ricostruzioni proposte non trovano nelle fonti giustificazione sicura. Tuttavia, per non lasciare troppo nell'astratto il discorso che sto facendo, propongo qui di seguito, come esempi, alcune formule caratteristiche, nella forma che a me – per ora almeno<sup>21</sup> – sembra la più verosimile:

(*actio ex capite primo adversus infitiantem*):

*Si paret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> Stichum, servum A<sup>i</sup> A<sup>i</sup>, iniuria occidisse, q. d. r. a., quantam pecuniam ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare oportet, tantam pecuniam duplam iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare c.s.n.p.a.*

(due formule per l'*actio in factum ad exemplum*, sempre *adversus infitiantem*):

*Si paret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> Stichum, servum A<sup>i</sup> A<sup>i</sup>, iniuria ex arbore cadere fecisse et per hoc servum illum mortuum esse, q.d.r.a.<sup>22</sup>, quantam pecuniam si iniuria a N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> is servus occisus esset ex lege Aquilia Nm Nm A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare oporteret, tantam pecuniam iudex Nm Nm A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare c.s.n.p.a.*

*Si paret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> Stichum, servum A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> iniuria fame necasset, q.d.r.a.<sup>23</sup>, quantam pecuniam si iniuria a N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> is servus occisus esset ex lege Aquilia Nm Nm A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare oporteret, tantam pecuniam iudex Nm Nm A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare c.s.n.p.a.*

Se le formule dell'*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae* erano fatte così, sostenere che esse fossero formule con *fictio* significa ripetere l'imprecisione che si riscontra in Gai. 4,32:

---

trebbe comunque essere facilmente costruita prendendo a modello quella fatta da Gaio nel prezioso testo (non abbastanza meditato: Gai. 3,194) dove viene spiegato che una legge non può disporre che qualcosa sia diverso da quel che è in realtà: ... *Neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit, et qui adulter vel homicida non sit, adulter vel homicida sit. At illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur atque si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admisisset.* Nei casi descritti nella prima frase la legge falsificherebbe la realtà, nel nostro la formula pretoria falsificherebbe la legge.

<sup>21</sup> Come letteratura in proposito indico qui solo, oltre alla sempre fondamentale trattazione del LENEL, *Das edictum*<sup>3</sup> cit., 198 ss.: B. ALBANESE, *Studi sulla lex Aquilia. I – Actio utilis e actio in factum ex lege Aquilia*, estr. da AP 21(1950), 5 ss.; MANTOVANI, *Le formule*<sup>2</sup> cit., 64 ss. Quanto scrivo nel testo qui di seguito non è che un sintetico abbozzo delle premesse ad un discorso sulle formule delle azioni aquiliane, al quale penso da tempo e che spero di concludere fra non molto, tenendo anche conto delle nuove riflessioni del NÖRR, *Zur Formel der actio legis Aquiliae*, in FS Knütel, Heidelberg 2009, 833 ss.

<sup>22</sup> Il caso è uno di quelli considerati in Gai. 3,219.

<sup>23</sup> Il caso è il primo di quelli considerati in Gai. 3,219 e compare anche in Ulp. Ner. D. 9,2,9,2.

Gai. 4,32: *Item in ea formula quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat luere deberet, tantam pecuniam condemnetur.*

In questo passo, infatti, Gaio parla di *fictio* riferendosi ad una parte della formula che non è evidentemente una *intentio*, ma una *condemnatio*, mentre la nozione che poi egli stesso dà della *fictio* (Gai. 4,32-38) è quella di un elemento dell'*intentio*. Ed anche nelle formule dell'azione aquiliana *in factum* il riferimento alla legge aquilia, secondo la mia ricostruzione, è nella *condemnatio* e non nell'*intentio*. Ora, quando si sia riconosciuta questa obiezione formale fatta al modo di esprimersi di Gai. 4,32, lo stesso passo viene invece a fornirci un modello per lo schema di una *condemnatio ad exemplum* di qualcosa.

La digressione, che ho fatto, sulla struttura delle formule, ci permette anche di concludere che le *actiones in factum ad exemplum Aquiliae* avevano del tutto il carattere di azioni *in factum* pretorie, sicché la tutela giudiziaria della relativa casistica apparteneva questa volta al *ius honorarium*. Ma, per il discorso che stiamo facendo, la cosa ha un'importanza secondaria. Quel che è chiaro, si è che la sanzione dei danneggiamenti prodotti senza nesso causale diretto non ha fondamento nel testo della legge. In Ulp. Coll. 12,7,5-6 il discorso di Ulpiano è chiarissimo:

Coll. 12,7,5 (Ulp. 18 *ad edictum, sub titulo si fatebitur iniuria occisum esse, in simplum et cum diceret*): ... 5: *Sed plerisque Aquilia lex locum habere non videtur, et ita Celsus libro XXXVII digestorum scribit. Ait enim 'si stipulam incendit ignis effugit, Aquilia lege eum non teneri, sed in factum agendum, quia non principaliter hic exussit, sed dum aliud egit, sic ignis processit'*. 6: *Cuius sententia et rescripto divi Severi comprobata est in haec verba: 'profitere propter ignem, qui pabuli gratia factus culpa servorum Veturiae Astiliae evagatus agrum tuum, ut proponis, depopulatus est, ad exemplum legis Aquiliae noxali iudicio actura: si litis aestimatio permittitur, iudicium consistere potest'. Videlicet non est visa Aquilia sufficere.*

L'insieme del testo risulta perentorio: il caso proposto non rientra nello Schutzbereich della legge, ma *in factum* (per quel singolo caso!) la sanzione aquiliana si applica (*ad exemplum legis Aquiliae*) e si applica anche la struttura dell'azione nosale, prevista dalla legge.

Quel che si dice è dunque che una legge penale che non prevede un certo fatto viene estesa a sanzionarlo valendosi del potere discrezionale del pretore – e specificamente del suo potere punitivo – rispetto ad un caso concreto che il pretore ritiene da assoggettarsi alla sanzione che dà, per altri casi, la legge.

Siamo, ancora una volta, di fronte ad un discorso che parte dal primato della legge, ma supera il primato stesso (supera un certo aspetto del primato stesso) sulla base di una *ratio* che si trae dalla legge, anche se il caso specificamente in questione non le appartiene.

La stessa logica si applica in altri casi, come in particolare quando viene dal pretore estesa l'applicazione dell'*actio furti* a favore e contro il *peregrinus* (Gai. 4,31).

La *fictio* – non lo si dimentichi – è uno strumento per l'applicazione analogica di una norma. Ora, qui la norma applicabile per analogia è una norma penale; ma non ci si ferma punto di fronte a questa difficoltà. Quel che permette di farlo è – come nel caso dell'*actio iniuriarum* – la garanzia fornita dalla valutazione casistica che il pretore effettua nella concessione di ogni singola azione.

### III

Nel diritto privato romano il ricorso alla legge fu sempre sporadico. Nel periodo classico la formazione, in senso ampio, del diritto privato fu affidata all'attività dei giuristi, alla quale durante l'impero si accostarono gli interventi imperiali connessi con i processi privati, e cioè rescritti, *epistulae* e *decreta*; questo lavoro giurisprudenziale continuò, e s'intensificò anche durante l'epoca di Diocleziano, quando l'attività dei giuristi, dopo la morte di Modestino, si era intanto fortemente rarefatta fino a cessare. Anche rescritti e decreta divennero poi assai rari subito con Costantino. Per l'epoca successiva la legislazione (*edicta* imperiali) privatistica restò sporadica – come testimonia il codice teodosiano – per riprendere vigore, anzi per prendere un decisamente nuovo vigore nel tardo impero, soprattutto con le riforme privatistiche di Giustiniano, ampiamente testimoniate dal Codice.

Ma a noi interessa in particolare osservare la vicenda nel periodo preclassico e classico, tra le dodici tavole e la metà del II secolo d.C. In questo periodo l'*immensus aliarum super alias acervatarum legum cumulus*, di cui parlava Tito Livio, non si è mai accatato nel settore del diritto privato. In tutto quel lasso di tempo, e si tratta di qualcosa come 700 anni, gli interventi legislativi a noi noti in materia di diritto privato non arrivano a 150, comprendendovi tanto le leggi comiziali e i plebisciti, quanto i senatoconsulti e poi gli editti imperiali; ma la situazione appare ancor più modesta, e molto più modesta, se osserviamo i contenuti dei provvedimenti. Se vi furono alcuni interventi che introdussero riforme di una certa rilevanza, in materia di diritto delle persone (specie con plebisciti) e di diritto testamentario (specie con senatoconsulti), la massima parte della legislazione ebbe carattere puntuale, rilevanza marginale, spesso occasionale ed effimera: leggi suntuarie, interventi in materia di usure, favori per i debitori troppo oberati e via dicendo. Possiamo dire che una serie di leggi che, dipanate su di un lungo periodo e con una certa consequenzialità per la riforma in qualche modo programmata di un istituto privatistico, la riscontriamo solo due volte: nell'epoca repubblicana nella sequenza delle leggi di riforma delle garanzie personali delle obbligazioni, e nell'epoca imperiale per la riforma del diritto di successione. Se poi cerchiamo una legge, che abbia veramente introdotto un istituto giuridico nuovo, o almeno abbia dato struttura del tutto nuova alla soluzione di un problema privatistico, ne troviamo una sola: la *lex Aquilia*. Vi furono bensì altre leggi, che ebbero nella storia del diritto priva-

to un'importanza capitale: ma non si trattò di leggi privatistiche. Penso soprattutto alle leggi *Silia* e *Calpurnia*, che ebbero conseguenze di enorme portata sulla struttura del diritto delle obbligazioni: ma la norma che contenevano era puramente pubblicistica: esse introdussero la *legis actio per condictioem* per i debiti di certa pecunia e la estesero a quelli *de omni certa re*.

Tutto ciò non meraviglia affatto. La legislazione privatistica non si sarebbe potuta realizzare senza un'attiva partecipazione dei giuristi: e non con la collaborazione occasionale di un solo, ma per consenso dell'intero ceto: ed i giuristi erano disponibili al ricorso alla legge come appoggio al loro lavoro solo per ragioni ben determinate e per interventi a loro giudizio solo necessari od oltremodo utili. Il loro normale modo di pensare e di operare richiedeva normalmente il solo intervento pubblicistico dell'attività dei magistrati giudicanti. Che le cose stessero così risulta provato dal fatto che le leggi privatistiche con carattere occasionale e rilevanza marginale, di cui parlavo e che sono certo le più numerose, sono anche caratterizzate, come ha notato il Wieacker<sup>24</sup>, da un livello tecnico modesto – tanto per la concezione quanto per la forma –, il quale rivela che il loro testo non è passato per le mani di un giurista, ma è stato redatto direttamente da un uomo politico.

Se il diritto privato romano non fu un sistema fondato nella legge, ciò dipese dal fatto che esso nacque nell'interpretazione, si strutturò nell'attività dei giuristi rispondenti, e finché esisterono giuristi rispondenti esso continuò ad essere gestito da loro, che evitarono gli interventi legislativi come non appropriati: facendo un diritto privato con caratteri talmente giurisprudenziali che, anche quando essi cessarono di operare, lo spazio che lasciarono non fu occupato dalla legge, ma dai loro libri. Infatti, i grandi riformatori furono senz'altro, prima, Teodosio II e Valentiniano III, che fecero la legge delle citazioni, e poi Giustiniano, che fece il Digesto: sì, anche con le *quingenta decisiones* e il *Codex Iustinianus*, ma è sempre la firma di Servio, Labeone, Giuliano, Celso, Marcello e Ulpiano che autentica tutto il complesso, anche giustiniano.

La ragione profonda di tutto ciò, l'abbiamo vista. Per i giuristi romani nel diritto privato non si procede senza casistica. E la legge è proprio il contrario della casistica: Ricordate la frase di Giuliano (59 dig.) riportata in D. 1,3,10: *Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt comprehendantur*. Come ce la propongono i compilatori, la frase suona come un criterio per la confezione della legge: ma la sua collocazione originaria ci permette di dire che certamente nel contesto dei *Digesta* di Giuliano aveva tutt'altro senso. Come ha ben visto il Lenel<sup>25</sup>, essa apparteneva all'introduzione della seconda parte dell'opera, dedicata al commento di leggi e senatoconsulti: commentario che consisteva, essenzialmente,

<sup>24</sup> F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München 1988, 411 ss. (cioè il § 21, ed in particolare le parti II e III, 414-426).

<sup>25</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, 464 (Iul., fr. 740).

in un'analisi della casistica che quegli atti normativi suscitavano nella loro applicazione<sup>26</sup>. Considerata in questa prospettiva, la frase di Giuliano assume un significato diverso: essa appare come una motivazione circa la necessità di considerare attentamente la casistica relativa all'interpretazione degli atti normativi generali e astratti, perché la loro considerazione esegetica sarebbe del tutto insufficiente. Essa conterrebbe, dunque, un monito di questo genere: non fidatevi della legge, voi che dovete applicarla; essa vi dice troppo poco, per il lavoro che dovete fare! È la stessa cosa che dicevano Cambacérès e gli altri autori del Code civil nel discours préliminaire di presentazione del progetto nel 1803<sup>27</sup>.

Dalle regole alle decisioni si passa attraverso la casistica: e, per un giurista romano, è meglio partire direttamente dalla casistica. Se non si può, perché si deve per forza partire da una legge, si sappia che la legge si limita ad impostare i problemi, ma la vera natura di questi si apprezzerà in un'altra dimensione. Detto in altre parole: la legge è un elemento della prassi, ma la prassi si presenta come una casistica che deve essere gestita con la scienza. La legge, in se stessa, non solo non può contenere la casistica, ma neppure la scienza. Da ciò si traggano le conseguenze opportune.

---

<sup>26</sup> Dei 90 libri dei *Digesta* di Giuliano, la parte relativa a leggi e senatoconsulti occupa i libri 59-90. Il passo citato sopra (Iul. D. 1,3,10) proviene appunto dal primo dei libri di questa serie. Dall'esame dei frammenti che ci rimangono dei 31 libri di questa parte dei *Digesta* di Giuliano risulta appunto che essi erano dedicati alla elaborazione di una casistica relativa ad una serie di leggi, opportunamente scelte ed ordinate tenendo conto della materia alla quale gli atti normativi selezionati si riferivano. I primi tre libri (59-61) riguardavano leggi in materia di successioni – comprese le dodici tavole –, testamento e donazioni; i ventiquattro libri seguenti (62-85) le leggi in materia di diritto delle persone – fra le quali risaltano i 16 libri dedicati alla *lex Papia*: 70-85 –; gli ultimi tre libri (88-90) concernevano le leggi in materia di garanzie personali delle obbligazioni; prima di questi ultimi, i libri 86 e 87 dovevano riguardare leggi o senatoconsulti disparati: ci restano frammenti solo del libro 86, relativi alla *lex Aquilia*, alla *lex Rhodia de iactu*, alla *lex Iulia de adulteriis* e al senatoconsulto liboniano.

<sup>27</sup> Mi è già avvenuto di riportare il passo, che può dunque leggersi negli atti del congresso di Copanello del 1998, pubblicati (Napoli-Roma 2003) a cura di F. MILAZZO col titolo *Ius controversum e auctoritas principis*, 58.

## SU ALCUNI PROBLEMI IN MATERIA DI AZIONI NOSSALI \*

SOMMARIO: 1. Premessa: Gai. 4,75. – 2. Le notizie che si ricavano da Ulp. D. 9,4,2. – 3. (*segue*) A proposito di una particolare concezione dell'Albanese. – 4. Sul testo originale delle norme sulla noxa nelle dodici tavole e nella legge aquilia: a) le dodici tavole. – 5. (*segue*) b) la legge aquilia. – 6. Una conclusione non conclusiva.

### 1. Premessa. Gai. 4,75

Prendiamo le mosse dalla lettura del passo con il quale nelle Istituzioni di Gaio viene introdotta la materia delle azioni nossali <sup>1</sup>:

Gai. 4,75: *Ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. Erat autem iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse. 76: Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, velut furti lege XII tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; edicto praetoris, velut iniuriarum et vi bonorum raptorum.*

---

\* Pubblicato in *Liber amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag*, Berlin 2013.

<sup>1</sup> Per la materia della nossalità e delle azioni nossali si deve ancora fare riferimento ai noti lavori classici: BIONDI, *Actiones noxales*, Cortona 1925; DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles 1947 e ancora, di quest'ultimo, *Il sistema romano della nossalità*, in *Iura* 11 (1960), 1 ss.; ma questi studi (e soprattutto il primo) non possono più considerarsi senza tener conto delle osservazioni del PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali*, in *Scritti Carnelutti*, Padova 1950, 115 ss., ripubblicato in PUGLIESE, *Scritti giuridici scelti* I, Camerino 1985, 451 ss., insieme agli altri scritti successivi in materia di nossalità, *ivi*, 493-604, fra i quali in particolare PUGLIESE, *Nuove osservazioni sul regime della nossalità in Roma* (1972), *ivi*, 533 ss. (citerò i lavori del Pugliese sempre con le pagine degli *Scritti*). Sulla concezione del de Visscher giova considerare il discorso con il quale il SARGENTI, in *Labeo* 23 (1977), 323-337, apriva la sua recensione al libro del FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano 1976. Un panorama della letteratura è contenuto nella «notice bibliographique» che si trova alla p. 11 del citato libro del De Visscher, dove si avverte opportunamente che una base autenticamente scientifica la stessa letteratura ha trovato solo a partire dai due articoli, *ivi* citati, pubblicati nel 1887 e 1888 dal GIRARD. Si può aggiungere l'articolo dello HAYMANN sulla *pauperies*: *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht III. Zur Haftung für Tierschaden (actio de pauperie)*, in *SZ* 42(1921), 357-393. Si veda sempre LENEL, *EP*<sup>3</sup>, 159 ss., oltre all'articolo dello stesso autore *Die Formeln der actiones noxales*, in *SZ* 47 (1927), 1-28; Con anche la letteratura più recente KASER/HACKL, *RZP* (1996), 342 s. (n. 11). Per la tematica oggetto del presente articolo particolare importanza riveste il lavoro dell'ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, in *BIDR* 70 (1967), 119 ss. (ripubblicato in ALBANESE, *Scritti giuridici* I, Palermo 1991, 481 ss.), che citerò col solo nome dell'autore, secondo le pagine che il lavoro ha in *BIDR* (e che compaiono anche nella riedizione negli *Scritti*).

Il testo ora riportato parrebbe implicare due dati.

Il primo dipende dal fatto che il dettato gaiano è impostato storicamente, come risulta dalla coniugazione dei verbi in tempi del passato: le azioni nossali “furono introdotte” (*proditae sunt* nel § 75, *constitutae sunt* nel § 76)) per un certo motivo a quel tempo risentito (*erat autem iniquum* etc.); e furono introdotte o con leggi o con l’editto pretorio; e Gaio precisa specificando l’introduzione *legibus* con la sequenza cronologica *lege XII tabularum, lege Aquilia*. L’impressione è dunque che Gaio faccia incominciare la storia delle azioni nossali con le dodici tavole. Ma la sua precisazione in proposito va più in là: le dodici tavole avrebbero introdotto la sola azione nossale per il *furtum*: questo egli non lo dice espressamente, ma corrisponde anche al fatto che l’azione nossale per l’*iniuria*, già menzionata nel § 75, viene da lui collegata nel § 76 con la previsione edittale dell’*actio iniuriarum* che noi siamo soliti qualificare *aestimatoria*.

Il secondo dato implicito nel testo di Gaio è che le azioni nossali sarebbero state strutture processuali costruite (*noxales actiones proditae sunt*) per permettere ai *patres familias* di decidere fra l’assumersi la responsabilità o liberarsene effettuando la *noxae deditio* (*uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere*) nel caso di delitti commessi dai loro *filiis familias* o dai loro schiavi (*ex maleficiis filiorum familias servorumque*): e ciò, dunque, sempre, e cioè, dalla loro introduzione e fino all’epoca stessa di Gaio.

Questo secondo dato pare confermato dalle Istituzioni giustinianee che, come è noto, ricalcano tutta la loro esposizione delle azioni nossali su quella di Gaio, ma sopprimendovi qualunque menzione della possibilità di dare figli e figlie a noxa, e spiegando, in un’aggiunta compilatoria alla fine, che la *noxae deditio* di costoro aveva subito una decisa decadenza, e quindi andava ormai considerata non più in vigore. Ma questa decadenza è presentata come alquanto recente (vedi l’allusione alla *nova hominum conversatio*, nonché il fatto che il vecchio regime è attribuito ai *veteres*, vocabolo che nelle Istituzioni giustinianee si riferisce normalmente a quelli che noi chiamiamo “i giuristi classici”)<sup>2</sup>. Comunque, nel testo giustiniano la li-

<sup>2</sup> Nelle Istituzioni giustinianee un’allusione ai *veteres* (le loro soluzioni o le loro istituzioni, talora la loro situazione o il loro linguaggio) è fatta di solito allo scopo di confrontare il diritto precedente con quello del tempo nel quale gli autori delle *Institutiones* stesse stanno scrivendo (o meglio, formalmente: nel quale l’Imperatore Giustiniano sta impartendo il proprio insegnamento), anche se, in qualche caso, questo nuovo diritto è stato iniziato da un predecessore di Giustiniano o da altri (I. 2,7,3; I. 3,24,3 con cit. di Zenone C. 4,66,1), o al limite coincide col precedente (per es, I. 4,1,6). Nel senso generale indicato sono, oltre al nostro I. 4,8,7 e agli altri passi ora menzionati: I. 1,5,1; I. 1,22 pr.; I. 2,6,7; I. 2,10,10; I. 2,19,7; I. 3,9,7; I. 3,19,15; I. 3,23,1; I. 3,27,7; I. 3,29 3a; I. 4,1,11; I. 4,1,16; I. 4,15,4a. Solo in qualche caso l’allusione è al diritto antico, o comunque ad un’epoca antica, considerati antichi di per sé, senza precisa comparazione con altri tempi (I. 1,12,5; I. 1,17; I. 2,25 pr.: *peregrinationes quae apud veteres fuissent*; I. 3,15 pr. *stipulum apud veteres firmum appellabatur*), magari in qualche modo datata (la *magna veterum paupertas* all’epoca delle dodici tavole: I. 4,4,7). A questa piccola illustrazione, che ho abbozzato, non soccorre il bel lavoro sui *veteres* di F. HORAK, *Wer waren die veteres? Zur Terminologie der Klassischen römischen Juristen*, in *Vestigia iuris Romani (Festschrift We-*

mitazione della *noxae deditio* ai soli schiavi sembrerebbe riguardare la fine della vicenda e non il suo inizio:

I. 4,8,7: *Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt, nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit: quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri*<sup>3</sup>.

## 2. Le notizie che si ricavano da Ulp. D. 9,4,2

Un testo proveniente dal diciottesimo libro *ad edictum* di Ulpiano, nel quale le citazioni di Celso e Giuliano costituiscono la base di tutto il discorso, sembra suscitare alquanto dubbi sui due punti che, nel paragrafo precedente, abbiamo considerato come informazioni fornite da Gaio. Ma per ora, nel presente paragrafo, cerchiamo soltanto d'intendere complessivamente il testo<sup>4</sup>.

D. 9,4,2 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ipse enim videtur dominus occidisse: si autem insciente, noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat. 1.<-> Is qui non prohibuit, si ve dominus manet sive desiit esse dominus, hac actione tenetur: sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit, in tantum, ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi[: nam servum nihil deliquisse <qui> domino iubenti obtemperavit]. [et sane si iussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus?] Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur: at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine*

*sener*), Graz 1992, 201 ss., perché l'impostazione della sua ricerca non lascia rilevanza ai testi delle Istituzioni giustinianee.

<sup>3</sup> Come esempio per l'affermazione finale (... *veteres legum commentatores invenimus* etc.) vedi Iul. D. 9,4,34, che è probabilmente genuino, come può esserlo il seguente frammento Ulp. D. 9,4,35; pare invece interpolata la parte finale del frammento di Pomponio (D. 9,4,33); interpolata è (come si ritiene comunemente) la frase iniziale di Ulp. D. 5,1,57, come certo lo è Gai. D. 44,7,39. Su tutto questo fenomeno della decadenza della *noxae deditio* dei *filiis familias* vedi, con lett., KASER, *Das römische Privatrecht* II<sup>2</sup> (1975), 430 con in particolare la n. 39; *Das römische Privatrecht* I<sup>2</sup> (1971), 344 n. 24; KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* (1996), 149 n. 12 (nel paragrafo 28).

<sup>4</sup> All'esegesi di Ulp. D. 9,4,2 è dedicato quasi tutto lo studio dell'ALBANESE (cit. sopra, alla n. 1) a partire dalla p. 126 (anche nel prosieguito, i testi che vengono ulteriormente adottati, sono sostanzialmente trattati alla stregua di quel primo). Di tale studio dell'Albanese darò, spero esaurientemente, conto nel seguente paragrafo 3. Per ora preferisco procedere all'esame di Ulp. D. 9,4,2 in modo autonomo.

*tenetur, non servi. 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. sed si placeat, quod Iulianus libro octagesimo sexto scribit 'si servum furtum faxit noxiamve [nocuit] <noxit>'<sup>5</sup> etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. [Nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur].*

D. 9,4,6 (Ulp. 18 ad ed.): *Sed et ipse servus manumissus tenetur.*

Nel contesto del lib. 18 *ad edictum* di Ulpiano era contenuta, fra l'altro, la trattazione *de lege Aquilia*<sup>6</sup>, ed a tale legge, e precisamente al suo primo capo, si riferisce il *principium* di D. 9,4,2.

È chiaro che in tale *principium* Ulpiano introduceva la trattazione dell'azione nossale *ex capite primo* per le ipotesi nelle quali l'uccisione ivi prevista – di uno schiavo o di una *pecus* altrui – fosse stata operata da uno schiavo. Altrettanto chiaramente, questa introduzione era fatta semplicemente parafrasando la relativa clausola legislativa, della quale riecheggiava anche certe locuzioni testuali: in particolare una traccia del tenore legislativo deve – vedremo meglio più avanti – certamente ravvisarsi in espressioni come *'si servus sciente domino occidit'* e *'si inscientis noxalis est'*.

Nel § 1 s'inizia il commentario, che nella versione del Digesto incomincia con l'affermazione *'is qui non prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse dominus, hac actione tenetur: sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit,'* nella quale si nota subito una stranezza. Infatti Ulpiano con le parole *'is qui non prohibuit'* sembra evidentemente riferirsi all'ipotesi che nella descrizione della clausola legislativa egli stesso aveva espresso scrivendo *'si sciens'*<sup>7</sup>: ma, per nostra fortuna, questo problema trova nelle fonti una soluzione diretta. In D. 9,4,3 i compilatori hanno riportato un'altra frase di Ulpiano, che indicano come tratta dal terzo dei suoi libri *ad edictum*, dove secondo il Lenel sarebbe stata scritta, insieme con altri frammenti<sup>8</sup> che il Lenel stesso ha posto alla fine del libro terzo, pensando –

<sup>5</sup> Cfr. tab. 12.2. Correggo seguendo l'idea del PITHOEUS, che così – correttamente – proponeva per il testo decenvirale: e anch'io credo che Giuliano e Ulpiano citassero secondo l'originale, che avevano in testa, memorizzato nella sua forma arcaizzante, come prova il *faxit*.

<sup>6</sup> Nella *Palingenesia* del LENEL il lib. 18 *ad ed.* di Ulpiano (LENEL, *Pal.* II, 520-532) contiene i frammenti ulpiani 603-629. Quelli *ad legem Aquiliam* sono Ulp. fr. 612-628, il nostro Ulp. D. 9,4,2+6 è posto alla fine della trattazione del *caput primum* in apertura della trattazione speciale *de noxalibus ex capite primo actionibus*, come Ulp. fr. 619.

<sup>7</sup> L'osservazione è partita da BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* IV, Kiel 1928, 270 (l'ALBANESE, 137 rinvia a p. 70, ma il luogo mi pare meno significativo); *Romanistische Studien*, in *SZ* 46(1926), 108, ed è stata ripresa dall'ALBANESE, 137 (in fine) e s., che l'ha sviluppata con osservazioni già impostate in modo simile a quelle che sto facendo.

<sup>8</sup> LENEL, *Pal.* II, Ulp. fr. 224-226.

parrebbe – che si trattasse di riferimenti a clausole edittali magari diverse<sup>9</sup>, non determinabili con sicura precisione<sup>10</sup>. Il testo di cui parliamo recita:

D. 9,4,3 (Ulp. 3 ad ed.): *In omnibus noxalibus actionibus, ubicumque scientia exigitur domini, sic accipienda est, si, cum prohibere posset, non prohibuit[. aliud est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere]*.

Prescindendo per ora dalla chiusa (*aliud est enim* etc., sulla quale dovremo tornare), in questo testo Ulpiano esprime un criterio interpretativo generale per testi normativi in materia di azioni nossali (*in omnibus noxalibus actionibus*), precisamente dicendo che la *scientia domini* previstavi per certe conseguenze deve essere intesa come allusiva al fatto che l'avente potestà non ha impedito il fatto delittuoso del sottoposto quando era concretamente in grado di impedirlo. In D. 9,4,2 sembra evidente che Ulpiano, prima di scrivere quello che adesso leggiamo all'inizio del § 1, doveva aver richiamato questa sua affermazione precedente o averla in qualche modo ripetuta o riesposta, ma i compilatori hanno preferito alleggerire il testo sopprimendo questa parte, per riportare poi la stessa affermazione di Ulpiano traendola dal libro terzo, per qualche ragione che non è il caso di cercar di precisare elucubrando.

Proseguiamo. Nella parte del testo che abbiamo esaminato (§ 1: *is qui-fuit*) si stabilisce dunque che per un fatto delittuoso commesso da un suo schiavo il *dominus sciens*, cioè il *dominus* che potendo impedire il fatto non lo abbia impedito, non è soggetto all'azione nossale, ma all'azione aquiliana diretta, e che questa azione è esperibile contro di lui se egli di quello schiavo era *dominus* nel momento in cui non impedì il fatto. Il che precisamente significa: se Stico schiavo di Tizio ha commesso dei fatti delittuosi con la consapevolezza di Tizio, il *dominus* Tizio è tenuto *suo nomine* per il delitto i cui fatti sono stati commessi da Stico: e questa responsabilità grava sul *dominus* Tizio anche se poi, al tempo nel quale l'azione venga esperita, lo schiavo non fosse più sotto la sua *potestas*<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Nello stesso libro, quel che precedeva riguardava i titoli edittali *de iurisdictione, de albo corrupto* e *quod quisque iuris in alterum* etc. (LENEL, *Pal. II*, 426 s.; Ulp. fr. 210-223). Il nostro D. 9,4,3 è il fr. 224 di Ulpiano.

<sup>10</sup> Tenendo conto di quel che precedeva (vedi la nota precedente), è certo logico pensare che Ulp. D. 9,4,3 fosse scritto nel contesto del commentario ulpiano all'editto *de albo corrupto*, come ha fatto l'ALBANESE, 133 s. n. 30 in particolare; per gli altri impieghi del testo da parte dell'Albanese menziono quelle che compaiono ai punti *b, d, ed e* nelle pagine riassuntive (p. 170 s., cioè l'inizio del paragrafo 13) della parte esegetica, nel suo articolo (cit. sopra, alla n. 1; vedi qui ancora, nel mio paragrafo 3).

<sup>11</sup> Forse il testo di Ulp. D. 9,4,6, che sopra ho aggiunto a quello del fr. 2, voleva dire per i compilatori che in questo caso, cioè se lo schiavo è stato manomesso, il liberto risponde personalmente. È il LENEL (*Pal. II*, Ulp. fr. 619) ad unire il testo di D. 9,4,6 a quello di D. 9,4,2. Se questo vuol semplicemente dire che secondo il Lenel la frase di D. 9,2,6 apparteneva al contesto ulpiano di D. 9,4,2, potrebbe pensarsi che nell'originale esso fosse collocato dopo *noxam caput non sequi*, in luogo dei glosse-

Le conclusioni fin qui raggiunte sono da Ulpiano illustrate con una citazione di Celso: *ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi*. Questa citazione di Celso serve a chiarire espressamente un punto del regime descritto: se lo schiavo, abbia commesso i fatti delittuosi mentre era sotto la potestà del suo *dominus* e con la *scientia* di questi, la successiva alienazione (o manumissione) dello schiavo da parte del *dominus* non muta la responsabilità: *noxam caput non sequitur*; vale a dire che il punto di riferimento per l'attribuzione della responsabilità da delitto è sempre il *dominus* e non lo schiavo, e quindi il fatto che costui sia uscito dalla sua potestà risulta irrilevante.

Prima di proseguire nell'esame del passo faccio una precisazione. Come si sarà visto, riportando sopra il testo di Ulpiano avevo già incominciato ad inserirvi i segni che abitualmente usiamo per indicarvi le eventuali alterazioni compilatorie o precompilatorie. Il primo di questi segni (<-> all'inizio del § 1) voleva solo indicare il fatto che in quel punto doveva in qualche modo essere contenuta l'identificazione (interpretativa) di *dominus sciens* e *dominus qui cum prohibere posset, non prohibuit*, che abbiamo letto in Ulp. D. 9,4,3; ma poi ho segnato come inserzioni tutta una serie di frasi: [ : *nam servum nihil deliquisse <qui> domino iubenti obtemperavit*]. [ *et sane si iussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus?* ], nonché [ : *aliud est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere* ] del frammento Ulp. D. 9,4,3. Ora, l'estraneità al dettato originario di tutte queste frasi mi sembra dimostrata dal fatto che esse introducono nel ragionamento di Ulpiano, e di Celso che Ulpiano riporta, un punto di vista che – se è corretta la sua ricostruzione che fin qui ne abbiamo fatto – vi era del tutto assente<sup>12</sup>.

Il punto di vista assente è quello della scissione della nozione di *dominus sciens* nelle due diverse nozioni di *dominus iubens* e di *dominus non prohibens*. Come abbiamo visto sopra, Ulpiano aveva espressamente precisato che la nozione legislativa di *dominus sciens* doveva essere intesa come allusiva al *dominus non prohibens*, e quindi, nel suo discorso giuridico, con le due espressioni si allude alla medesima nozione: con il che diviene impossibile attribuire ad Ulpiano – o a Celso da lui ci-

---

mi che ivi nel Digesto (di ciò *infra*) lo seguono (*nam servus-excusabimus*); ma ciò non sembra verosimile in quanto, se così fosse stato, la cosa si sarebbe in qualche modo dovuta spiegare, perché il regime descritto in D. 9,4,6 risulterebbe in contraddizione con l'idea che il delitto commesso dallo schiavo del *dominus sciens* non dà luogo a noxa perché non si tratta di fatti delittuosi del *servus* ma direttamente di fatti delittuosi imputabili al *dominus*. Ma non mi pare il caso di approfondire ulteriormente qui questo problema, anche se non trovo trattazione del punto in letteratura. Ad esempio, l'ALBANESE, se non vedo male, cita D. 9,4,6 solo a p. 127 n. 17, per dire unicamente che anche questo passo, come D. 9,2,27 pr.-3, era fra quelli del diciottesimo libro di Ulpiano *ad edictum* che – secondo il Lenel – si connettevano col problema della *scientia domini* nelle azioni nossali.

<sup>12</sup> La mia individuazione di questo insieme di frasi insitiche coincide pressoché integralmente con quella che ne ha fatto l'ALBANESE, 139-143, nel contesto di un discorso col quale il mio corre in parallelo per distaccarsene ad un certo punto. Quello cui ora sto accennando risulterà chiarito nel prossimo mio paragrafo 3.

tato a proprio sostegno – frasi nelle quali le nozioni di *dominus sciens* e *dominus non prohibens* sono in qualche modo o in qualche misura contrapposte.

Per valutare bene queste frasi – le abbiamo già elencate sopra, e le riprenderemo – è opportuno individuare un altro concetto – di natura dommatica – presente nel testo di Ulpiano. Si tratta dell'idea che il fatto delittuoso commesso dallo schiavo del *dominus sciens* è delitto del *dominus* stesso, e ciò ha come diretta conseguenza che l'azione esperibile dalla vittima del delitto contro il *dominus* è da questi subita *suo nomine*. In questa linea (magari contrapponendola alla diversa impostazione della nossalità nelle dodici tavole) abbiamo le seguenti espressioni: in D. 9,4,2 pr. Ulpiano scriveva: *si servus sciente domino occidit, ... ipse ... videtur dominus occidisse* (contrapposta a ... *si autem insciente ... ex maleficio servi ... teneri*)<sup>13</sup>; da D. 9,4,2,1 risulta che Celso aveva affermato, con riferimento alle dodici tavole: *in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur*, e ancora che Celso pensava, con riferimento alla legge aquilia: *in lege Aquilia ... dominus suo nomine tenetur, non servi*; poi ancora, sempre nel § 1, Ulpiano riporta che Giuliano scrisse, con riferimento alle dodici tavole: *poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio*; e, con riferimento alla legge aquilia: *quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret*.

Prima di delineare con una certa precisione – come ora, direi, siamo in grado di fare – i presupposti dommatici dell'analisi del regime della nossalità che Celso, Giuliano e Ulpiano appaiono adottare in D. 9,4,2 e 3, vorrei ancora sottolineare che una conferma della conclusione, che abbiamo potuto raggiungere, si trae, io credo con evidente certezza, dalla lettura del testo di Paolo, inserito dai compilatori a seguito del testo ulpiano (D. 9,4,3), del quale ultimo diremo ancora fra poco:

D. 9,4,4 pr. (Paul. 3 ad edictum): *In delictis servorum scientia domini quemadmodum accipienda est? utrum cum consilio? An et si viderit tantum, quamvis prohibere non poterit? Quid enim si ad libertatem proclamans domino sciente faciat aut qui contemnat dominum? Vel cum trans flumen sit servus, vidente quidem sed invito domino noxam noceat? Rectius itaque dicitur scientiam eius accipiendam, qui prohibere potest*<sup>14</sup>: *et hoc in toto edicto intellegendum est circa scientiae verbum*.

Questo frammento, con quello ulpiano che lo precede, non appartiene alla materia della trattazione aquiliana<sup>15</sup>: in esso il giurista tratta dunque della parola *scien-*

<sup>13</sup> Ciò spiega anche come la contrapposizione fra le due situazioni venga sintetizzata in un testo casistico (Ulp. Proc. Urs. D. 9,2,27,1) con *tua voluntate fecit ... non voluntate tua fecit*.

<sup>14</sup> Cfr. Paul. D. 9,2,45 pr.: *Scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit teneatur, si non fecerit*.

<sup>15</sup> Nei *libri ad edictum* di Paolo esso era posto nel commentario all'editto *de albo corrupto*: LENEL, *Pal. I*, 969 (Paul. Fr. 110); LENEL, *EP*<sup>3</sup>, p. 57.

*tia (scientiae verbum) 'in toto edicto'* con riguardo ai delitti degli schiavi. I compilatori del Digesto hanno usato la frase, che ho riportato, per aprire una casistica in materia di *scientia domini* nell'azione aquiliana nossale, che prosegue poi per un certo numero di testi; ma questo, che abbiamo letto, è il solo veramente interessante ai nostri fini. Esso enuncia la problematica che ci interessa (*in delictis servorum scientia domini quemadmodum accipienda est?*) presentando subito (dopo una domanda funzionale: *utrum cum consilio?*) una serie di esempi – evidentemente di scuola – nei quali la valutazione della *scientia domini* potrebbe suscitare problemi. Ma poi conclude il discorso ripetendo l'affermazione che avevamo potuto desumere da Ulp. D. 9,4,2: *'rectius itaque dicitur scientiam eius accipiendam, qui prohibere potest: et hoc in toto edicto intellegendum est circa scientiae verbum'*. A futura memoria – per la critica che faremo nel paragrafo seguente ad una tesi dell'Albanese – aggiungo una considerazione generale sul carattere del testo paolino che stiamo considerando. Se lo si legge attentamente, il problema “come si debba intendere l'espressione normativa *scientia domini*” non viene posto in un modo che riveli lo scopo di chiarire un'espressione ambigua nell'*interpretatio* dei giuristi, perché in quest'ambito essa è data come di significato sicuro (*rectius itaque dicitur; hoc in toto edicto intellegendum est*). Non può dirsi, perciò, che Paolo scrivesse quel che nel testo si legge per contrastare un'opposta tesi presente nella giurisprudenza del suo tempo, ma unicamente per chiarire bene in generale la nozione che sta esponendo. Invece di riferire di un problema di *ius controversum*, si deve piuttosto pensare che Paolo, se immaginasse comunque dei contraddittori, avesse di mira posizioni forensi avvoatesche, dirette – come le opere di Cicerone ci documentano in più luoghi – a superare per interessi di parte nozioni giuridiche sicure, riducendole a problemi casistici considerati alla luce di considerazioni di fatto impiegate come espedienti retorici.

E veniamo dunque a precisare i presupposti dommatici che i giuristi adottavano in D. 9,4,2 e 3, limitandoci per ora al loro discorso sulla *lex Aquilia*.

La fattispecie in esame è quella di un delitto i cui fatti sono stati posti in essere da uno schiavo. Qui la legge stessa distingueva (*si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ... si autem insciente, noxalis est*): se il *dominus* è *sciens* l'azione contro di lui è diretta, se invece il *dominus* è *insciens* l'azione è nossale. Quindi, le nozioni di *dominus sciens* e *insciens* erano nozioni della legge, ed Ulpiano ne fornisce subito l'interpretazione, che è quella che sappiamo, ma che credo vada analizzata con precisione. La nozione di *dominus insciens* parrebbe del tutto chiara: lo schiavo ha agito per conto suo, senza che il *dominus* ne sapesse nulla; comunque, nell'interpretazione giurisprudenziale non è su questa nozione che ci si appunta, bensì su quella reciproca (*dominus sciens*), e Ulpiano avverte che la nozione di *dominus sciens* non è definibile semplicemente come l'opposto della precedente: *sciens* è il *dominus* che (Ulp. D. 9,4,3) *cum prohibere posset, non prohibuit*. Quindi, *sciens* non è il *dominus* che semplicemente sapeva, ma che sapeva ed era in grado di impedire, e cioè di prevenire l'atto dello schiavo: come dirà lo stesso Ulpiano in D. 47,6,1,1, ad altro proposito ma analo-

go<sup>16</sup>: *scientiam enim spectare debemus, quae habet et voluntatem*. Questa nozione, siccome viene a determinare la responsabilità personale del *dominus*, e quindi permette di considerarlo autore del delitto, con la conseguenza che egli *suo nomine* è gravato dall'*actio ex lege Aquilia*, ha evidentemente un'estensione assai vasta, e d'altra parte con un confine preciso: da un lato infatti essa si estende a comprendere tutta la gamma di casi in cui quel che qui si raccoglie nella nozione di *scientia* può essere valutato come realizzazione della colpevolezza aquiliana: i fatti realizzati dallo schiavo possono essere ascritti a colpa del suo *dominus*, cioè il danno che essi hanno cagionato ad altri può essere imputato al *dominus* in conformità del criterio della colpa aquiliana<sup>17</sup>. Ora, l'idea del *dominus* che *sciens non prohibuit* – che a questo proposito fa capolino nei testi – non è calzante con tutto ciò. L'idea chiave dei giuristi era quella del *dominus* che *non prohibuit*; come complemento di questa vi è solo la nozione di *inscientia*, la quale gioca unicamente come limite dell'ambito di applicazione del *non prohibuit*. In pratica, nei ragionamenti processuali sulla prova, non si partirà neppure dal fatto che (il *dominus*) *non prohibuit*: perché se *dominus prohibuit*, cioè se egli avesse impedito il fatto dello schiavo, il fatto non sarebbe stato commesso. Quindi, se il fatto è stato commesso, quel che si deve stabilire è solo se il *dominus* era *sciens*, cioè se *prohibere potuit*; se *prohibere potuit* il *dominus* risponde: e non importa se egli abbia ordinato o abbia assistito inerte al fatto: in ogni caso era *dominus sciens* e responsabile *suo nomine*.

Alla luce di quanto detto, riconsideriamo i luoghi che avevamo nel testo considerati spurî ponendoli fra parentesi quadre.

L'interpolazione più chiara sembrerebbe quella di Ulp. D. 9,4,3, dove la frase in questione (*aliud est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere*) non solo è scritta dopo l'enunciato del criterio interpretativo delle norme sulle azioni nossali, secondo il quale l'esigenza della *scientia domini* deve essere intesa come inerzia del *dominus* nell'impedire allo schiavo di compiere i fatti delittuosi quando fosse in grado di farlo (*in omnibus noxalibus actionibus, ubicumque scientia exigitur domini, sic accipienda est, si, cum prohibere posset, non prohibuit*), ma è ad essa collegata con *enim*, come ne fosse un chiarimento: mentre invece tale frase, a dir poco, non chiarisce nulla di quella che precede. Il discorso complessivo del passo, così come è scritto, risulta in effetti essere il seguente: "Quando si parla di azioni nossali, per *scientia domini* si deve intendere che il *dominus* poteva impedire allo schiavo di fare quel che ha fatto, perché dire che essere mandante o istigatore di un delitto altrui è cosa diversa dal lasciare che altri commetta un delitto". Ora, di fronte a questa lettura – che credo inevitabile – di Ulp. D. 9,2,3, non credo vi possano essere se non due alternative. La prima è quella implicata da tutto quello che sono ve-

<sup>16</sup> ALBANESE, 154.

<sup>17</sup> Cfr. Paul. D. 50,17,50: *Culpa caret qui scit sed prohibere non potest*.

nuto a dire finora, e che si conclude nel considerare insite le parole della chiusa (*aliud est enim-pati delinquere*) in quanto non coerenti con quel che le precede e con l'*enim* stesso che esse contengono. V'è una seconda alternativa: ma questa sfocia nel dare al passo un senso contrario a quello che è evidentemente proprio alle altre frasi che abbiamo individuate come insitiche. Questa seconda alternativa consiste nell'intendere tutto il passo come risulta dalla traduzione *ad sensum* che ne propongo qui di seguito, dopo avere, per comodità del lettore, riportato il passo nella sua interezza:

D. 9,4,3 (Ulp. 3 ad ed.): *In omnibus noxalibus actionibus, ubicumque scientia exigitur domini, sic accipienda est, si, cum prohibere posset, non prohibuit: aliud est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere.*

“In tutte le disposizioni che riguardano le azioni nossali, dovunque si menziona come esigenza la *scientia* del *dominus*, questa *scientia* va intesa nel senso che ciò a cui si allude è il fatto che il *dominus* non avesse impedito il fatto dello schiavo quando poteva impedirlo: (perché quel che in tali disposizioni si vuol dire) non è che il *dominus* si sia comportato come valendosi dell'opera dello schiavo per commettere un delitto lui stesso, ma una cosa diversa, e cioè che il *dominus* ha volontariamente lasciato che lo schiavo commettesse il delitto.”<sup>18</sup>

Scegliere l'una o l'altra di queste alternative è indifferente per la valutazione delle altre frasi la cui genuinità intendo mettere in discussione. Si tratta della sequenza delle due frasi di D. 9,4,2,1 '*nam servum nihil deliquisse <qui>*<sup>19</sup> *domino iubenti obtemperavit*' e '*et sane si iussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus?*'. Benché nel testo siano scritte l'una di seguito all'altra, ho preferito separarle, perché è possibile che provengano da due interventi diversi. La seconda (*et sane-excusabimus?*) è, seguendo i presupposti dommatici che ho spiegato, chiaramente insitica, in quanto espressamente pone la differenziazione tra *dominus iubens* e *dominus non prohibens* all'interno della nozione di *dominus sciens*. Ma la prima (*nam-obtemperavit*) rappresenta proprio il luogo dove risiede la ragione che ha suggerito quella differenziazione, perché ivi s'introduce l'idea che isola il servo che delinque obbedendo al padrone, la quale è proprio l'idea nuova, che abbiamo considerato spuria, e che compromette – direi addirittura che lo rende incomprensibile – tutto il dettato.

<sup>18</sup> Per la traduzione di '*aliud-delinquere*' parto da questa traduzione letterale: "altra cosa è infatti essere *auctor* per lo schiavo che delinque, altra cosa è lasciare che egli delinqua".

<sup>19</sup> In questa frase ho impiegato i segni diacritici in un modo poco ortodosso, perché le parentesi uncinate apposte al <qui> vengono a trovarsi all'interno delle parentesi quadre che si riferiscono all'intera frase [*nam-obtemperavit*]. Con ciò volevo significare che l'intera frase considerata va considerata spuria, ma che per la sua comprensione è necessario inserirvi il *qui*. Tale particolare vuole anche sottolineare la possibilità che nel testo l'inserzione di *nam-obtemperavit* provenga dall'inserzione (compilatoria?) nel testo di due glossemi di provenienza diversa uniti insieme. Vedi anche *infra*, n. 21.

Perché – lo ripeto, prima di proseguire l'esame del testo – i giuristi avevano un'idea del tutto semplice, e la sola funzionale, in quanto aliena dall'intricare i problemi di prova che potevano presentarsi in pratica: il *dominus* risponde *suo nomine* se avesse potuto impedire il fatto dello schiavo, mentre è gravato dall'azione nossale se non avesse potuto impedirlo; e, se ne risponde *suo nomine*, ciò significa che il delitto è compiuto da lui, mentre l'azione nossale è data contro di lui se egli deve rispondere per dei fatti delittuosi dello schiavo.

Sull'origine e le ragioni delle interpolazioni stabilite ritorneremo in seguito. Per ora seguiamo nell'esame del testo, che avevamo lasciato prima delle parole *Celsus tamen differentiam* etc., dove del passo s'inizia quella che proprio può considerarsi una sua seconda parte, nella quale Ulpiano riportava un confronto, nella materia trattata nella prima parte del passo, fra il regime della legge delle dodici tavole e quello della *lex Aquilia*.

Tale confronto si fonda sulla considerazione del testo delle norme che, nelle due leggi, disciplinavano le azioni nossali, per cui è opportuno che anche noi – in via preliminare – stabiliamo come il tenore di tali norme viene presentato in D. 9,4,2. Questo solo faremo per ora: in che misura quel che troviamo qui possa condurre ad una ricostruzione dei rispettivi testi legislativi originali, sarà considerato nei successivi paragrafi 4 e 5.

Per quanto riguarda il tenore della norma aquiliana sull'azione nossale abbiamo la descrizione che Ulpiano ne faceva in D. 9,4,2 pr. (*si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ipse enim videtur dominus occidisse: si autem inscient, noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat*) ed è confermata dalle parole di Celso nel § 1 (dove egli diceva che, nel caso della *scientia*, *in lege Aquilia dominus suo nomine tenetur, non servi*). Da tutto ciò può approssimativamente trarsi un testo legislativo del seguente genere:

(LEX AQUILIA) *Si servus sciente domino occidit, adversus dominum in solidum actio esto, si inscient noxalis esto.*

Per la norma delle dodici tavole, che la dottrina è abbastanza concorde nel porre in tab. 12,2, abbiamo in D. 9,4,2,1 tanto un enunciato di Celso (*in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur*), quanto uno di Giuliano, che pare riportare letteralmente una parte della norma decenvirale (*si servum furtum faxit noxiamve [nocuit] <noxit>*): quel che seguiva nelle dodici tavole risulta, tanto presso Celso quanto presso Giuliano, dover essere nel senso della responsabilità nossale del *dominus*: però qui (nel rispetto della sostanza di quanto detto, ma con una piccola anticipazione per la forma) enuncio già il probabile tenore della norma decenvirale, che disponeva non l'azione nossale, ma la *noxae deditio*:

Tab. 12,2: *Si servus furtum faxit noxiamve noxit, <erus noxae im dedito>*.

Sulla base di questi dati si capisce bene come il confronto fra le disposizioni delle due leggi parta, tanto presso Celso quanto presso Giuliano, dalla constatazione che nel caso di fatti delittuosi commessi da uno schiavo, secondo le dodici tavole la responsabilità del *dominus* era sempre nossale, mentre secondo la *lex Aquilia* la responsabilità era nossale solo per il *dominus insciens*, mentre quella del *dominus sciens* era diretta.

Se questo punto di partenza è comune a Celso e Giuliano, divergente è presso i due giuristi l'interpretazione politica (intendiamoci bene: di politica del diritto; è quella che Ulpiano individua come *utriusque legis rationem*) delle due soluzioni. Secondo Celso quella che noi chiameremmo la "*mens legis*" della legge decenvirale era nel senso che neanche uno schiavo deve commettere delitti, e se il *dominus* vuole che lui li commetta, anche se al limite glielo ordini, lo schiavo non deve ubbidirgli. La legge aquilia avrebbe modificato questa situazione, tenendo conto del fatto che lo schiavo dipende unicamente dal suo *dominus*, che può punirlo nel modo più arbitrario e quindi più esteso possibile qualora non lo veda comportarsi come a lui piace: per cui lo schiavo, se agisca *sciente domino*, è comunque giustificato, e la responsabilità passa naturalmente al *dominus*. Giuliano pensava invece che nella norma della legge aquilia non va ravvisata alcuna valutazione del contegno dello schiavo: la responsabilità diretta del *dominus sciens* rappresenta un'innovazione aquiliana soltanto nel senso di gravare il *dominus sciens* della responsabilità diretta, quando le dodici tavole la limitavano a quella nossale. E l'interpretazione di Giuliano aveva anche una conseguenza pratica: secondo lui la norma decenvirale non era abrogata da quella aquiliana, per cui entrambe restano in vigore, con la conseguenza che il danneggiato per fatto dello schiavo *sciente domino* ha due possibilità: l'azione nossale *ex lege duodecim tabularum* concorre, in senso ovviamente alternativo, con quella aquiliana diretta<sup>20</sup>.

Nella sintesi, che ho fatto or ora, del confronto fra la disciplina decenvirale e l'aquiliana del regime nossale, che Ulpiano presentava valendosi degli scritti di Celso e Giuliano, ho esposto il punto di vista dei giuristi menzionati nel passo tenendo conto delle considerazioni dommatiche che avevo già fatto in precedenza: tenendo per fermo, in particolare, che per loro la nozione di *dominus sciens* era interpretata come quella di *dominus* che fosse stato in grado di impedire i fatti delittuosi del suo schiavo quando questi li aveva commessi. Ora, se invece teniamo conto, nel contesto letto, anche delle frasi che quel lavoro ricostruttivo ci ha imposto di sopprimere come insitiche, mi pare scorgiamo facilmente che esse rappresentano lo sforzo compilatorio di inserire nel testo una riforma della disciplina descritta.

Riprendiamo tutte le frasi interessate, anzi: completiamone l'elenco.

<sup>20</sup> Sul problema vedi LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen I*, Berlin 1918, 158 ss.; anche 339-358; 493 ss. Su Paul. D. 9,4,4,2-3 LEVY, 158 s. (e vedi ancora ALBANESE, 159 ss.).

Da D. 9,4,2,1:

... *nam servum nihil deliquisse <qui> domino iubenti obtemperavit. et sane si iussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus?*

*Nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur.*

D. 9,4,3 (Ulp. 3 ad ed.):

... *aliud est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere.*

Questo insieme di frasi rivela una sua logica intrinseca, che non può dipendere dal loro ordine, perché si tratta di frasi insitiche, e quindi il loro ordine dipende dalla struttura dei testi ai quali sono state aggiunte.

La prima frase tratta da D. 9,4,2,1 compare nella Fiorentina senza il ‘*qui*’<sup>21</sup>. Questo permette di ritenere possibile che questa frase risulti dall’unione di due frasi, entrambe insitiche, e magari che esse provenissero da due mani diverse. La prima (*nam servum nihil deliquisse*) potrebbe anche essere genuina, cioè appartenere a Celso ovvero essere un’esplicazione di Ulpiano, o potrebbe essere un glossema, di qualche lettore che abbia lui pensato l’esplicazione or ora da me ipoteticamente attribuita ad Ulpiano. La seconda (*domino iubenti obtemperavit*) ha proprio l’aria di essere un’ulteriore precisazione. Avremmo cioè: I) affermazione celsina: *noxam caput non sequi*; II) chiarimento 1 (di Ulpiano, o Celso o un glossatore A): “in effetti lo schiavo non si è comportato come un delinquente”; III) chiarimento 2 (glossatore B): “ha obbedito ad un ordine del *dominus*”<sup>22</sup>.

La seconda frase tratta da D. 9,4,2,1 (*et sane si iussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus?*) dipende certamente – come del resto risulta dalla sua collocazione nel dettato – dalla prima, e in particolare dalla sua ultima metà (punto III dello schema che ho ora proposto), e pone un interrogativo, che rappresenta l’enunciato che avrà come risposta l’idea che consideriamo insitica: ma l’enunciato è posto solo in forma interrogativa, e non ha risposta. Probabilmente si tratta ancora di un glossema e non di un’interpolazione giustiniana, perché l’interpolazione dovrebbe avere un carattere di decisione, e non di enunciato problematico.

<sup>21</sup> L’integrazione è assai antica. Per quel che mi risulta, il *qui* era presente nella *Vulgata*, e la sua assenza nella *Florentina* veniva segnalata con un’*additio* dagli editori culti della Glossa.

<sup>22</sup> Nel titolo finale del Digesto (*De diversis regulis iuris antiqui*) è riportata una frasetta – tratta dal secondo libro *ad Plautium* – di Paolo (D. 50,17,168 pr.), che suona: *Is damnum dat, qui iubet dare; eius vero nulla culpa est, cui parere necesse est*. È certo ben possibile che in origine essa fosse scritta in materia aquiliana (LENEL, *Pal.* I, 1150); si tratta del fr. 1085 di Paolo, e deve accettarsi la collocazione in una trattazione *de lege Aquilia* che il Lenel ha fatto dei frammenti paolini 1083-1085, ma si tratta di un indizio troppo tenue per suggerire che fossero presso Paolo le premesse della concezione post-classico-giustiniana che stiamo individuando.

La risposta è invece in D. 9,4,3 con la frase ... *aliud est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere*. Che si tratti di interpolazione giustiniana o di glossema, ovvero (come avevamo anche ipotizzato sopra) di frase con altro senso, ma mantenuta (o così corretta) dai compilatori con questa interpretazione, essa comunque, nel Digesto, ora, significa: se è il *dominus sciens* che deve rispondere direttamente, non è genericamente il *dominus* che ha lasciato fare, ma il *dominus* che ha ordinato.

La terza frase di D. 9,2,4,1 ha decisamente carattere dispositivo, di soluzione di un *ius controversum*: *Nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur*. Qui non possono parlare se non i compilatori del Digesto, e parlano in nome di Giustiniano. Da come è collocata, la frase significa: “Il *dominus sciens* (inteso come lo è nelle frasi che abbiamo considerato insitiche, e cioè il *dominus* che abbia ordinato allo schiavo di delinquere) è tenuto tanto con l’azione nossale dell’antica tradizione quanto con l’azione diretta *ex lege Aquilia*”. Anche la citazione di Marcello credo possa considerarsi un voluto supporto giustiniano, che fornisce un elegante aggancio classico<sup>23</sup>.

### 3. (segue) A proposito di una particolare concezione dell’Albanese

Come ho già annotato, nel dipanare la materia trattata nel paragrafo che precede ho seguito semplicemente il filo che la lettura dei testi mi indicava; ma di tutta la materia della *scientia domini* si è già occupato, in particolare, l’Albanese nel citato<sup>24</sup> articolo del 1967. Le considerazioni da me or ora fatte risultano in generale molto vicine alle sue, ma ne diverge soprattutto un esito di notevole rilevanza, per cui un confronto fra le nostre vedute s’impone. Ciò implica però che questo confronto io lo faccia dando conto in modo esauriente del pensiero del compianto collega palermitano, che non fu autore del quale una tesi possa essere semplicemente superata esprimendone il dissenso, anche se motivato. Le sue analisi e le sue vedute vanno comunque considerate nel complesso, anche se per distaccarsene ad un certo punto; perché sono sempre frutto di considerazioni le quali, anche se staccate da un assunto particolare, mantengono il loro valore, come si vedrà anche in questo caso.

Incominciamo dall’individuazione in Ulp. D. 9,4,2 di un insieme di frasi insitiche, che ho fatto nel paragrafo precedente. Essa coincide pressoché integralmente con il pensiero dell’Albanese<sup>25</sup>, ed ancora il mio discorso (che vedremo meglio più

<sup>23</sup> Non ho preso in considerazione il fr. Ulp. D. 9,4,6, perché il suo senso (in se stesso e nel contesto della compilazione) mi risulta troppo poco perspicuo. Vedi sopra, la n. 11.

<sup>24</sup> Vedi sopra, alla n. 1.

<sup>25</sup> ALBANESE, 139-143. Nel presente paragrafo, che è soprattutto dedicato all’esposizione del pensiero dell’Albanese, le pagine del suo articolo *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del ser-*

avanti) coincide con il seguito del suo (p. 143 s.) quando, concentrandosi sulla frase *Celsus tamen-non servi* di D. 9.4,2,1, egli dice che qui viene confermata l'assoluta estraneità a Celso e Ulpiano dei cenni all'ipotesi restrittiva del *dominus iubens*, e sottolinea ancora che un altro dato, fornito da questa parte del § 1, è che Celso e Ulpiano escludevano ogni rilievo alla *scientia domini* per i delitti previsti dalla norma decenvirale *si servum furtum faxit* etc., in quanto, nei casi in cui essa doveva applicarsi, dal suo tenore risultava che, anche se ricorresse la *scientia domini*, sussisteva comunque il regime nossale ed era da escludersi ogni responsabilità *in solidum* (*deducta noxae deditio*) del *dominus*. La divergenza del mio modo di vedere rispetto a quello dell'Albanese si manifesta in particolare in relazione all'origine dell'idea (dico l'idea della distinzione fra *dominus sciens* e *iubens*) che le frasi, riconosciute da entrambi noi come insitiche in Ulp. D. 9,4,2,1, introducono. Il diverso pensiero dell'Albanese dal mio emerge in particolare nel suo paragrafo 7 (p. 150 ss.), dove egli, come introduzione all'esegesi di Ulp. D. 9,4,4, studia Ulp. D. 9,4,3; con i due testi (e con altri di minor rilievo) l'Albanese intende rafforzare la sua (e anche mia) conclusione relativa alla nozione ulpiana di *scientia domini* (relativa alla legge aquilia). A tal fine i compilatori si valsero in particolare di Ulp. D. 9,4,3 (che in origine non si riferiva alla *lex Aquilia*, ma ciò poco importa, ponendosi il problema *per totum edictum*) ed a questo fine presentarono il testo isolatamente e "lo alterarono notevolmente" (p. 151). Partendo dalla critica (parziale) all'esegesi che ne fece il Beseler<sup>26</sup>, l'Albanese giunge dapprima a risultati ben compatibili con i miei, ma per concludere che non è condivisibile l'idea del Beseler (che io invece ammetto almeno come conclusione più ovvia) che il finale *aliud est-delinquere* sarebbe radicalmente da espungere (ALBANESE, p. 152), e prosegue dicendo che è ben vero che nel contesto attuale la frase in parola non ha senso ("irrelevante e insensata"), ma che non si può "far carico ai compilatori né ai glossatori postclassici di un'aggiunta *ex nihilo* assolutamente insensata" (p. 152: forse un eccessivo scrupolo riccoboniano?); ed in proposito aggiunge che – in sede di analisi della *scientia domini* – "è tutt'altro che irrilevante e insensata, in sé e per sé, una distinzione tra la posizione del *dominus* che si fa *auctor* del maleficio materialmente realizzato dal servo e la posizione del semplice *pater*" (sempre p. 152). Di conseguenza, e in conclusione, l'Albanese ritiene che quella frase contenga il residuo di una tesi classica che, in un contesto di *ius controversum*, si contrapponeva a Celso e Ulpiano. Malgrado lo sforzo dell'autore di fondare nelle fonti l'esistenza di questa tesi classica, essa rimane, a mio parere, senza aggancio testuale possibile per il diritto classico. Questo mi pare emergere già dall'esame degli argomenti sui quali nel complesso l'Albanese sostiene la classicità della tesi opposta a quella di Celso e Ulpiano, che

vo (in *BIDR* 70, 1967) verranno via via direttamente citate nel mio testo, senza ricorrere alle note, tra parentesi e senza altra indicazione se non la p. (pagina) ed eventualmente la n. (nota). I passaggi riferiti testualmente saranno racchiusi fra i doppi apici ("ad esempio").

<sup>26</sup> BESELER (*Beiträge* IV, 270; ma in particolare *Romanistische Studien*, SZ 46 [1926], 109).

si rivelano in sostanza come una semplice ricerca d'indizi, che possono per giunta essere tali se tali si voglia proprio considerarli. La sua dimostrazione mi pare, comunque, possa essere sintetizzata nei cinque punti seguenti. 1) In D. 9,4,2,1 la nozione restrittiva di *scientia* = *iussus domini* è inserita nelle due glosse *qui-obtemperavit* e *sane-excusabimus*: argomento (ripreso a p. 152) che acquisterebbe forza perché già prima (nel paragrafo 4 p. 139 ss.), come scrive l'autore, "anticipammo il nostro convincimento secondo il quale la sostanza di quelle glosse si appoggiava su una nozione di *scientia* già sostenuta da alcuni classici", e tale convincimento nasceva dalla constatazione che i compilatori non potevano essere considerati autori di quelle due palesi intrusioni nel testo ulpiano D. 9,4,2,1, nonché 2) dall'opinione per cui la nozione di *scientia*, almeno in una certa epoca, era stata certamente controversa tra i classici, come risultava dalla soppressione sicuramente operata dai compilatori in D. 9,4,2 pr., proprio in ordine alle questioni relative alla portata della *scientia domini*<sup>27</sup>. Dopo detto ciò aggiunge (sempre a p. 152) i due altri rilievi in cui si concretano gli argomenti 3 e 4. 3) "Il primo è costituito dall'impossibilità di attribuire ai compilatori o a glossatori postclassici l'attuale distinzione tra *auctor esse* e *patis delinquere*, insensata, come si disse, nel contesto attuale di D. 9,4,3". 4) (p. 152 s.) "Il secondo rilievo, più generale, consiste nell'osservazione che la distinzione – in astratto, ripetiamo, ben giustificabile in sede di analisi della nozione di *scientia* – mentre risponde bene sostanzialmente al comprensibile desiderio di alcuni giuristi di restringere la responsabilità diretta, non nossale, del *dominus sciens* (responsabilità che costituiva, come sappiamo da Celso e Ulpiano, un'innovazione introdotta dalla legge Aquilia, in contrasto con il normale regime nossale, assai più favorevole al *dominus*) trovava, d'altro lato, una sua giustificazione formale nel collegamento tradizionale tra la nozione generale di *scientia* e quella di dolo malo, collegamento testimoniato dalla formula famosa *sciens dolo malo* (e simili), così frequente nel linguaggio giuridico più antico. In relazione a questa ben comprensibile volontà interpretativa in senso restrittivo ed a quel tradizionale collegamento tra *scientia* e dolo malo, ben si intende come alcuni giuristi possano – nel territorio che stiamo studiando – aver voluto restringere la nozione di *scientia domini* al caso del positivo comportamento del *dominus* che scientemente si serve dello schiavo come di uno strumento del proprio illecito agire. E quindi abbiano limitato la *scientia domini* – che rende direttamente responsabile il *dominus* .... – all'ipotesi del comando dominicale"<sup>28</sup>. 5) "Visto<sup>29</sup> alla luce delle riflessioni ora proposte, il tratto *aliud*

<sup>27</sup> Questo egli scrive a p. 152; l'argomento che riprende era proposto la prima volta a p. 138 s. L'interpolazione per soppressione all'inizio di D. 9,4,2,1 è certo una realtà (vedi dall'inizio del mio paragrafo 2), ma proprio non vedo come essa possa provare nel senso voluto dall'Albanese.

<sup>28</sup> Non può non notarsi che questo argomento (che ho di proposito interamente riportato in modo testuale) perde forza di argomentazione nel modo stesso in cui viene enunciato, trasformandosi in pura supposizione.

<sup>29</sup> Riporto ancora testualmente da p. 153.

*est-delinquere* di D. 9,4,3” – più che essere sbrigativamente espunto come fa il Beseler<sup>30</sup> “deve essere interpretato come un residuo<sup>31</sup>, giudicato innocuo dai compilatori che rielaborarono e abbreviarono il testo originale ulpiano, della genuina esposizione di Ulpiano”, il quale “a nostro parere, nel sostenere la sua nozione di *scientia* (come equivalente a non proibire quel che si sarebbe potuto proibire), deve avere fatto menzione della tesi contrapposta da altri giuristi precedenti. Egli, in questa prospettiva, doveva accennare alla proposta di separare le due nozioni; pur non condividendola”. Dopo questa dimostrazione (che io, forse un poco arbitrariamente, ho sistemato in cinque punti) della sua tesi (sul carattere classico della tesi della *scientia*-ordine contrapposta a Celso e Ulpiano), l’Albanese riepilogando (p. 154) precisa: “Ulpiano, ripetiamo, è sicuramente seguace della tesi per cui la *scientia* equivale al *non prohibere* (cfr. D. 9,4,2,1: *Is qui non prohibuit ...*; D. 9,4,3: *cum prohibere posset, non prohibuit ...*); a fortiori, doveva includere nella *scientia* l’ipotesi del *dominus auctor* del maleficio del servo. Ma egli stesso doveva accennare alla distinzione (*aliud est ... aliud ...*)” e aggiunge subito: “Del resto questa consapevolezza ulpiana dell’esistenza di una tesi restrittiva risulta anche da altri testi ulpiani”; siamo sempre a p. 154, e qui incomincia l’enumerazione di questi testi<sup>32</sup>. Per vero, con la citazione di tali testi l’Albanese trova conferma di varie cose, ma soprattutto della fedeltà di Ulpiano alla tesi secondo la quale *scientia* equivale a «potendo impedire non ha impedito», ma comunque non trova – né, in realtà, testo per testo, pretende di trovare – un’ombra di prova dell’appartenenza alla giurisprudenza classica della tesi contraria a quella di Ulpiano, e cioè la tesi che distingueva *auctor esse* da *pati delinquere*. Ma per l’Albanese essa costituisce tuttavia un risultato importante della sua ricerca, e via via egli ne arricchisce la costruzione. Già a p. 149, alla fine del suo paragrafo 6 e come introduzione all’esegesi che svolgerà nel paragrafo 7, commentando la frase finale di D. 9,4,2,1 (*Nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur*), egli aveva scritto che l’adesione di Ulpiano a Giuliano non può essere genuina, motivando così: Ulpiano aveva detto in D. 9,4,2 pr. che il *dominus sciens ipse ... videtur occidisse*, e quindi non poteva aderire alla tesi giuliana della sussistenza dell’azione nossale: per Ulpiano solo il *dominus ipse* è considerato autore dell’illecito<sup>33</sup>; vedi ancora lo stesso a p. 158 alla fine del paragrafo 7. Ancora

<sup>30</sup> E come ho fatto io qui sopra nella mia ipotesi più semplice.

<sup>31</sup> Come ho fatto più o meno io nella mia ipotesi più difficile.

<sup>32</sup> Li preciso con una serie di lettere maiuscole A B etc., e indico dove l’autore ne tratta: A) una parte di Ulp. D. 47,6,1,1 ... *Is autem accipitur scire, qui scit et potuit prohibere: scientiam enim spectare debemus, quae habeat et voluntatem* (p. 154-156); B) Ulp. D. 14,4,1,3 (pp. 156-157); C) Ulp. D. 14,1,4,5 (p. 157); D) D. 9,3,5,10 (p. 157 s.).

<sup>33</sup> Questa proposizione dell’Albanese (se ho ben capito il suo pensiero), non è logica: non si vede come possa riscontrarsi una contraddizione nel fatto che Ulpiano sostenesse che il *dominus sciens* fosse da considerarsi autore del delitto realizzato da fatti dello schiavo e quello che Ulpiano ammettesse la tesi di Giuliano secondo la quale l’azione nossale delle dodici tavole fosse esperibile anche contro il

egli scrive (p. 150) che Ulpiano aderisce in pieno alla tesi di Celso (*servum nihil deliquisse e dominus suo nomine tenetur, non servi*); quindi i compilatori, rifiutando la tesi di Celso e Ulpiano e accettando, sulle orme di Giuliano, la possibilità di una coesistenza tra l'azione aquiliana normale e l'azione aquiliana nossale<sup>34</sup> contro il *dominus sciens*, risolsero una controversia che, nata tra Celso e Giuliano, resterà aperta ancora tra Ulpiano e Paolo, come mostrerà ancora lo studio di D. 9,4,4. È proprio in questo contesto (p. 150) che l'Albanese precisa la sua ipotesi, secondo la quale "non è da escludere che il testo originario<sup>35</sup>, dopo avere esposto il dissenso di Ulpiano da Giuliano da noi sostenuto, citasse un'adesione di Marcello a Giuliano, ma, su questo, non può darsi alcun giudizio sicuro in mancanza di altre testimonianze che ci informino sul pensiero di Marcello". Nel paragrafo 8 (p. 158 ss.) l'Albanese incomincia annunciando che, avendo finora assodato la posizione di Ulpiano, che era in tutto conforme a quella di Celso, procede all'esame dei testi dai quali risulta la posizione di Paolo. "Tale posizione (p. 159) – è conveniente dirlo subito, anzi ripeterlo<sup>36</sup> – è difforme da quella ulpiana e celsina e si avvicina, invece, almeno in una certa misura, alla posizione che, per il regime aquiliano, aveva sostenuto – come risulta dall'esame di D. 9,4,2,1 – Giuliano (forse con l'adesione di Marcello)". Il testo dal quale l'autore prende le mosse per il pensiero di Paolo è D. 9,4,4 (Paul. 3 ad edictum) *In delictis* .... "Il frammento proviene dalla trattazione paolina ... *de albo corrupto* ... L'intero passo<sup>37</sup> è stato ... alterato e sottoposto ad una rielaborazione abbastanza profonda". Egli comincia a trattare del *principium*. Dopo aver fatto vari rilievi formali<sup>38</sup>, conclude (p. 161): "Quel che più conta, tuttavia, è, a motivo delle parole *rectius itaque*, che D. 9,4,4 pr. ci dà modo di rafforzare con ottimo fondamento la nostra congettura per cui la precisa determinazione della nozione di *scientia domini* era stata oggetto di dispute per alcuni giuristi classici, cosa che avevamo già ipotizzato studiando D. 9,4,2,1 e D. 9,4,3"<sup>39</sup>. E l'Albanese precisa ancora che, come già aveva mostrato, i termini di questa controversia giurisprudenziale stavano nella contrapposizione fra quanti pensavano che la *scientia domini* andava intesa restrittivamente come istigazione – o addirittura comando – dominicale, e quanti invece consideravano presente la *scientia* tutte le volte in cui, più generalmente, il *dominus* avrebbe potuto impedire, e non aveva impedito, il male-

---

*dominus sciens*; lo stesso Albanese attribuirà, come vedremo, questa posizione a Paolo, senza difficoltà.

<sup>34</sup> Così almeno scrive l'Albanese: ma per Giuliano l'azione nossale concorrente era piuttosto quella basata sulle dodici tavole.

<sup>35</sup> L'autore si riferisce, naturalmente, al testo di D. 9,4,2,1.

<sup>36</sup> Qui l'Albanese si riferisce alla parte finale del suo paragrafo 6.

<sup>37</sup> Al quale l'Albanese si dedica a partire dal suo paragrafo 8, che riassume a partire dalla fine della sua p. 159.

<sup>38</sup> ALBANESE, p. 160, sulla scorta di BESELER, *Beiträge*, III,105 e SZ 46[1926], 109.

<sup>39</sup> Qui l'autore rinvia a sopra § 6.

ficio del servo: così, come già Ulpiano, Paolo si schierava con i sostenitori dell'opinione meno restrittiva. L'interesse specifico di D. 9,4,4 pr. sta nel fatto che esso – malgrado la sua alterazione – ci fa intravedere quale fosse l'opinione contraria a quella di Ulpiano e Paolo: ciò quando si chiede *'utrum cum consilio?'*; ”malgrado l'imperfezione formale, esso fa trasparire chiaramente che per alcuni giuristi la *scientia domini* andava intesa, restrittivamente, come un vero e proprio *consilium domini ...*”<sup>40</sup>. Questa conclusione (p. 162 s.), relativa al pensiero di Paolo e Ulpiano, è confermata da una serie di altri testi: Paul. D. 9,2,45 pr.; Ulp. D. 9,4,3; Ulp. D. 9,3,5,10; la glossa relativa alla *patientia* in Ulp. D. 14,4,1,3; Paul. D. 50,17,50 (*culpa caret qui scit, sed prohibere non potest*); Lab. Paul. D. 47,2,92 (91) (in tutt'altra materia), Paul. D. 2,10,2. “In definitiva” (p. 163) D. 9,4,4 pr. mostra che Paolo, intorno alla nozione di *scientia domini*, aveva un'opinione conforme a quella di Ulpiano: la diversa opinione restrittiva era rifiutata dai due giuristi<sup>41</sup>. Quello che ancora a noi interessa in particolare è il paragrafo 13 (pp. 170-171) riassuntivo dei “risultati sin qui conseguiti”, che come l'autore articola in punti: *a*) Con molta probabilità una disposizione espressa della legge aquilia stabiliva che il danneggiamento operato da un servo *sciente domino* determinava la normale azione aquiliana contro il *dominus*: D. 9,4,2,1 e D. 9,2,45. *b*) Analoghe esposte prescrizioni si trovavano nell'editto *de albo corrupto* (D. 9,4,3; D. 9,4,4; D. 9,4,5; D. 9,4,7), nell'editto *de his qui effuderint vel deiecerint* (D. 9,3,1 pr.) e nell'editto *ne quis in suggrunda* (D. 9,3,5,6; D. 9,3,5,10). *c*) Un'applicazione identica, basata su un appiglio edittale (la clausola *neve faciat dolo malo quo magis eximeretur*) si trova sostenuta da Pomponio e Ulpiano, a quel che pare a proposito dell'*actio in factum adversus eum qui eum qui in ius vocabitur eximat* (D. 2,7,1,1). *d*) Tanto Ulpiano quanto Paolo, nei loro commentari *ad edictum* relativi all'*actio de albo corrupto*, coglievano quella occasione (la prima probabilmente loro offerta) per trattare con una certa larghezza e generalità di vedute (e cioè con approfondimento dei problemi e con applicazione possibile a tutti i casi analoghi a quello dell'editto *de albo corrupto*) di questo effetto della *scientia domini*: D. 9,4,3 e D. 9,4,4. Ulpiano poi trattava con un certo approfondimento la questione della *scientia domini* anche a proposito della legge aquilia nel libro 18 *ad ed.* (D. 9,4,2). *e*) Ulpiano (D. 9,4,2,1; D. 9,4,3; D. 47,6,1,1; D. 14,1,1,5 e D. 9,3,5,10) e Paolo (D. 9,4,4 pr.; D. 9,2,45 pr.; D. 50,17,50; D. 47,2,92 [91]; e D. 2,10,2) concordavano tra loro nell'accettare – tanto nell'ambito del problema che c'interessa, quanto in altri in qualche modo affini – una nozione di *scientia domini* corrispondente all'atteggiamento del *dominus* che,

<sup>40</sup> Ho già spiegato sopra come secondo me vada inteso il testo.

<sup>41</sup> Ometto di considerare analiticamente i paragrafi 9-12 dell'Albanese. Il paragrafo 9 (p. 163 s.) è relativo a Paul. D. 9,4,4,1; nel paragrafo 10 (pp. 164-166) si occupa di Paul. D. 9,4,4,2; nel paragrafo 11 (p. 166-169) si occupa di Paul. D. 9,4,4,3, e nel paragrafo 12 (p. 169 s.) esamina Ulp. Pomp. D. 2,7,1,1. Le novità rilevanti contenute in questa serie di paragrafi risultano dal riassunto, che subito faccio seguire, del paragrafo 13.

pur avendo potuto proibire l'illecito del servo, non l'avesse fatto; si includeva in tale nozione di *scientia*, dunque, la *voluntas* del *dominus*, senza giungere, tuttavia, all'identificazione della *scientia* con il solo comando. Altri giuristi – come sembra (cfr. D. 9,4,4 pr.; D. 9,4,2,1; D. 9,4,3) – avevano invece inteso più restrittivamente la nozione di *scientia domini*, sostenendo probabilmente la coincidenza con la sola istigazione o con il solo comando del *dominus* al servo, in ordine al comportamento dell'atto illecito. *f*) Ulpiano, sulle tracce di Celso (D. 9,4,2; D. 9,4,5; D. 9,2,44,1) considerava la *scientia domini*, allorché essa determinava la responsabilità *in solidum* del *dominus sciens*, come un fattore tale da escludere ogni autonoma rilevanza giuridica del comportamento del servo; e pertanto negava la possibilità del ricorso all'azione nossale in caso di *scientia domini* rilevante. Diverso avviso aveva espresso Giuliano (con l'adesione forse di Marcello: cfr. D. 9,4,2,1), il quale ammetteva l'esperibilità di entrambe le azioni, *in solidum* e *noxalis*, e sosteneva probabilmente il cumulo delle due azioni<sup>42</sup>. Paolo (D. 9,4,4,2-3) assumeva una posizione intermedia: ammetteva l'esperibilità di entrambe le azioni, ma escludeva, almeno in certi casi, il cumulo, preferendo, per ragioni di equità, il concorso alternativo. *g*) I compilatori si adoperarono ad eliminare le controversie giurisprudenziali in ordine alla portata della *scientia domini*, mettendo in esclusivo valore le posizioni dei giuristi più tardi (Paolo e Ulpiano); inoltre generalizzarono largamente<sup>43</sup> l'applicazione del principio della rilevanza della *scientia domini* quale fattore determinante una responsabilità *in solidum* del *dominus sciens*; fecero prevalere, infine, nettamente, la tesi paolina del concorso alternativo, generalizzandola: cfr., rispettivamente, le alterazioni di D. 9,4,4 pr. soprattutto; la portata generale, accentuata dall'isolamento attuale, conferita a D. 9,4,3, a D. 9,4,4, a D. 9,4,5 e a D. 9,4,7; e le alterazioni gravi operate in D. 9,4,4,2-3.

Questa non breve sintesi, che ho fatto, del pensiero dell'Albanese credo appaia ora pienamente giustificata, anche se nel mio contesto essa aveva il solo scopo di mostrare come si ponga, nel complesso della vasta indagine da lui compiuta, la tesi dell'appartenenza alla giurisprudenza classica del pensiero che risulta dalle alterazioni che si individuano in Ulp. D. 9,4,2 e D. 9,4,3. E mi pare ne sia risultato abbastanza bene che nello studio – così articolato, meditato e ricco di apporti alla conoscenza del tema – compiuto dall'autore, proprio quel punto risulti (che nella sintesi del pensiero dell'Albanese che ho testé riportato con parole sue, corrisponde alla parte finale del punto *e*), per lo meno, unicamente congetturale.

<sup>42</sup> Io credo che, in realtà, l'ipotesi del cumulo non sia comunque proponibile.

<sup>43</sup> Per questo punto l'autore rinvia a "più avanti". L'apporto giustiniano è in effetti considerato dall'Albanese soprattutto nei paragrafi finali del suo articolo (§ 14: pp. 171-182; § 15: p. 182 ss.; § 16: 185 s.), in un contesto assai elaborato e con rilevanti critiche, anche di carattere esegetico, a varie posizioni della dottrina romanistica. Ma devo rinunciare ad occuparmene nel presente lavoro.

#### 4. Sul testo originale delle norme sulla noxa nelle dodici tavole e nella legge aquilia: a) le dodici tavole

Il materiale che abbiamo raccolto nel nostro precedente paragrafo 2 ci permette di tentare la ricostruzione del testo legislativo originale delle norme citate in Ulp. D. 9,4,2.

Incominciamo con la norma delle dodici tavole, alla quale la dottrina<sup>44</sup> è praticamente concorde nell'assegnare la sede nella tab. 12,2. Per la sua ricostruzione un sussidio importante ci proviene da due passi di Festo, il secondo dei quali proviene dall'epitome paolina. Nel riportare questi due testi mantengo il carattere tipografico (e in particolare l'alternanza tra tondo e corsivo) dell'edizione di Lindsay:

FESTUS, *Noxia* (L. 180): No>xia, ut Ser. Sulpicius Ru<fus ait, damnum significat in XII.> apud poetas autem, et oratores ponitur pro culpa; at noxa peccatum, aut pro peccato poenam, ut Accius in Melanippo (429): "Tete esse huic noxae obnoxium." Item, cum lex iubet noxae dedere, pro peccato dedi iubet. Caecilius in Hypobolimaeco Chae-restrato (85): "Nam ista quidem noxa muliebrest, magis quam viri"<sup>45</sup>.

FESTUS (Paul.), *Noxia* (L. 181): Noxia apud antiquos damnum significabat, sed a poetis ponitur pro culpa: noxa ponitur pro peccato aut pro peccato poena, cum lex iubet noxae dedere pro peccato.

Ma il discorso ricostruttivo della norma di tab. 12,2 esige un'ulteriore premessa, perché è opportuno chiarire esattamente, sulla base degli stessi testi di Festo ora letti e di altre considerazioni connesse, il senso preciso dei termini *noxa* e *noxia*<sup>46</sup>. A questo fine teniamo anzitutto presenti i due passi già riportati (l'originale di Festo, II sec., e la sintesi che ne fece Paolo Diacono nel IX sec.). Possiamo partire dall'asserzione di Festo, secondo la quale *noxa* significa anzitutto *peccatum*, e cioè il delitto in se stesso (*at noxa peccatum*), dove l'*at* (= "ma; invece") introduce il discorso su *noxa* in opposizione a quello su *noxia*, che lo precede. A conferma di tale asserzione sembrerebbe addotto il verso di Stazio<sup>47</sup>, che Festo aggiungeva alla fine; mentre la citazione di Accio e quella tratta da tab. 12,2 vengono addotte come prova di quel che Festo (così come il suo epitomatore Paolo)

<sup>44</sup> Per la ricostruzione si veda da ultimo M.H. CRAWFORD (ed.), *Roman Statutes*, II, London 1996, 716 s. Citerò l'opera con l'abbreviazione RS.

<sup>45</sup> Le due citazioni si riferiscono rispettivamente ad una tragedia i L. Accio (\*170; † non prima dell'86 circa a.C.) e ad una commedia di Cecilio Stazio (†168 a.C.).

<sup>46</sup> In ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*<sup>A</sup> (*quatrième tirage augmenté par J. André*), Paris 1985, la voce *noxa*, nella quale si tratta anche di *noxia*, si trova in appendice alla voce *nex, necis*, con la voce *noceo, nocere* e dopo quest'ultima, dunque alla p. 440; vedi anche p. 822 (nelle *additions et corrections*).

<sup>47</sup> Che significa: "Infatti questa è una *noxa* (delitto, peccato) da donna più che da uomo".

aggiungeva alla suddetta definizione di *noxā*, e cioè che il senso di *noxā* si estende a quello di “pena per il delitto (commesso)”. La citazione di Accio possiamo trascurarla<sup>48</sup>; ci interessa invece osservare come Festo intendesse la locuzione *noxae dedere*. Partendo dalla sua premessa egli scrive: “quando la legge ordina di dare a noxa, ordina che si dia per il delitto (*pro peccato*)” (*cum lex iubet noxae dedere, pro peccato dedi iubet*). Siccome in *pro peccato* il *pro* è evidentemente impiegato nel suo senso di “in luogo di”<sup>49</sup> o “in cambio di; come contropartita di”<sup>50</sup>, il senso preciso del ragionamento di Festo appare essere il seguente: dare a noxa (*noxae dedere*) = dare a riparazione del delitto (*pro peccato dedere* = come contropartita del delitto), cioè dare come pena (*pro peccato dedere* = in luogo della pena), e dunque *noxae* = *poenae*, quindi *noxā* = *poena*. L’ultimo passaggio del ragionamento – se l’ho colto bene – potrebbe sembrare non del tutto giustificato: infatti, posto che *noxae* è il dativo di *noxā*, si tratta di quell’impiego del dativo che indica lo scopo o l’effetto al quale un’azione è diretta o che con l’azione si consegue<sup>51</sup>, per cui qui l’equivalenza tra *noxae* e *poenae* è legata al fatto che i vocaboli compaiono al dativo di scopo. L’equivalenza è tra “a titolo di noxa” e “a titolo di pena” ed ancor meglio, in sostanza, l’equivalenza è tra “pagare la pena” e “dare a noxa” (= “fare la *noxae deditio*”). Comunque sia di ciò, anche se non si vuole ammettere che Festo arrivasse a dimostrare che *noxā* è usato nel senso di pena, si deve accettare che egli arrivava a stabilire che la *noxae deditio* (il dare lo schiavo a noxa) funziona come surrogato della pena.

Quanto a *noxia*, possiamo trascurare qui l’uso che Festo attribuisce ai poeti, e concentrarci sul pensiero, che egli cita all’inizio, di Servio: “Nelle dodici tavole, come dice Servio Sulpicio Rufo, *noxia* significa danno (*damnum*)”. Un chiarimento di Servio relativo al linguaggio delle dodici tavole non può, ovviamente, essere messo in discussione. Ma lo si deve capire esattamente: per quanto ci è possibile, va subito detto, perché il nostro tentativo soffre di un notevole handicap già alla partenza; Servio conosceva interamente la legge decemvirale, e quindi aveva presenti tutti i testi nei quali si leggeva la voce *noxia*, mentre noi ne conosciamo – se non vedo male – soltanto cinque, e per di più, di questi, uno solo ci è noto, per la parte che contiene il vocabolo che c’interessa, nel testo originale: si tratta di tab. 12,2, quello dal quale tutto questo discorso è incominciato. Comunque, l’esame degli altri quattro testi ci permette, alla fin dei fini, di constatare che Servio aveva indubbiamente ragione. Possiamo redigere questa specie di inventario:

<sup>48</sup> La citazione di Accio consiste in una proposizione oggettiva (all’accusativo + infinito), la quale significa: “che tu sei soggetto (*obnoxius*) a questa *noxā*”. Ma negli scrittori può trovarsi anche l’espressione *delicto obnoxius* (Sall., Cat. 52,21).

<sup>49</sup> L’impiego è assai noto. Vedi ad esempio: Cic., ad Att. 2,5,1; Caes. Gall. 1,26,3.

<sup>50</sup> Cic., de orat. 2,351; Caes., Gall. 6,16,3

<sup>51</sup> Come nelle locuzioni *dare alicui muneri* o *dono* = “dare a qualcuno in dono”. Vedi MADWIG, *Grammatica della lingua latina* (trad. it. anonima), Milano etc. 1945, § 213 (p. 175).

i) In due testi troviamo la locuzione *noxiam sarcire*. Si tratta di Gai. (4 *ad legem XII tab.*) D. 47,9,9, dove si informa che nella legge (tab. 8,10 FIRA; 8,6 RS), se uno abbia senza dolo dato fuoco ad una casa o ad un mucchio di frumento posto presso una casa, gli è imposto di *noxiam sarcire*; e di Gell. 11.18,8, nel quale si dice che i decemviri, autori delle dodici tavole, nel caso di furto flagrante commesso da fanciulli impuberi, vollero (tab. 8,14 FIRA; 1,19 RS) che costoro fossero fustigati a discrezione del pretore e che *noxiam ab his factam sarciri*. L'espressione *noxiam sarcire*<sup>52</sup>, che i due autori impiegano, era certamente contenuta nei testi decemvirali dei quali riferivano il contenuto. Al suo proposito Festo ci fornisce ancora un chiarimento di Servio, che è scritto con allusione al verbo *sarcire*, ma si riferisce con evidenza all'intera locuzione:

Fest. (L. 430): *sarcito in XII Ser. Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato.*

“Servio Sulpicio dice che nelle dodici (tavole) ‘*sarcito*’ significa «paghi il danno, risponda (del danno)<sup>53</sup>». Dunque, per Servio *noxiam sarcire* significava “riparare il danno”. Già sappiamo che per Servio ‘*noxia*’ significa “danno”; quanto a ‘*sarcire*’ è pure certo che il verbo significa<sup>54</sup> “riparare”: il suo significato originario era quello di “ricucire”, donde riparare nel senso di (ri)aggiustare, per quindi passare al riparare in senso traslato (pagare lo scotto) fino a risarcire. È probabile che Servio avesse in mente quest'ultimo concetto, familiare ormai ad un giurista del suo tempo. Ma nel linguaggio delle dodici tavole il senso di *noxiam sarcire* doveva essere quello di “fornire riparazione del pregiudizio (prodotto con l'illecito nella singola norma sanzionato)”. La riparazione – intendo precisamente dire – non era un risarcimento, ma una pena riparatoria, però una pena calcolata sulla base del valore del danno cagionato ed irrogata *in simplum*. Infatti, *noxiam sarcire* si contrapponeva nel linguaggio dei decemviri a *damnum decidere*<sup>55</sup>. La contrapposizione diretta sembrerebbe essere stata presente in tab. 8,9 FIRA (8,5 RS), se per la ricostruzione ci affidiamo interamente al passo di Plinio il vecchio (Plin., n.h.18,3,12), che rap-

<sup>52</sup> Nel testo di Gellio il verbo compare in forma passiva (*sarciri*), perché nel discorso dell'autore la proposizione che la contiene è oggettiva e *noxiam* ne è il soggetto.

<sup>53</sup> Del vario e difficile significato del verbo *praestare* nell'uso dei giuristi ho trattato ampiamente nel volume *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996, 123 ss.

<sup>54</sup> Vedi ancora: Fest. *sarte* (L. 428): ... *sarcire est integra facere*. Cfr. Fest. (Pauli exc.) *sarte* (L. 429). ERNOUT-MEILLET, s. v. *sarcio* (p. 594).

<sup>55</sup> Sempre nel senso della condanna ad un multiplo del valore del danno, l'espressione *damnum decidere* è testualmente testimoniata solo per tab. 12,3 da Fest. *vindiciae* L. 518, ma essa è sicura anche per la norma sul *furtum manifestum* (tab. 9,16; 1,21 RS): ogni argomentazione contraria (da ultimo quelle, non certo limpide per altro, di RS II, p. 618 s.) è destinata ad infrangersi contro il fatto che la formula dell'*actio furti nec manifesti* indicava l'oggetto dell'obbligazione dedotta in giudizio come *pro fure damnum decidere* (Gai. 4,37), parole inspiegabili se non come un rinvio alla corrispondente norma decemvirale.

presenta la sola fonte di cui disponiamo in proposito, nella quale l'autore della *Naturalis historia* descriveva il contenuto di una norma delle dodici tavole riprendendone certamente la terminologia. La fattispecie è la seguente: '*frugem ... aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuuisse*', e cioè il fatto di "aver fatto oggetto di pascolo<sup>56</sup> o aver tagliato furtivamente di notte cereali<sup>57</sup> prodotti da seminagione<sup>58</sup>"; dopo aver detto che, se l'autore del fatto fosse stato un soggetto pubere, la pena era capitale ed averne descritto l'esecuzione par impiccagione intesa come sacrificio alla dea Cerere, aggiunge la speciale disposizione legislativa per il caso nel quale l'autore ne fosse un impubere: '*inpubem praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni*'. Da questa frase si dedurrebbe che Plinio leggesse nelle dodici tavole una norma nella quale si attribuiva al magistrato il compito di far fustigare il colpevole, ovvero di decidere per la sua condanna ad una somma pari al valore del danno, ovvero ancora per la condanna al doppio di tale valore; per la pena pecuniaria Plinio si esprime ellitticamente, indicando l'alternativa come '*noxiam... duplionemve*', ma si deve pensare che la legge esprimesse l'alternativa con *noxiam sarcire* e *duplione damnum decidere*. Per vero, i romanisti e i filologi hanno spesso dubitato che la norma fosse in questo senso, con la tendenza a credere che per l'impubere le dodici tavole prevedessero la sola alternativa fra la bastonatura e la condanna *in duplum* ovvero, senza alcuna alternativa, il cumulo delle due condanne. In effetti è possibile accettare l'intelligente ricostruzione congetturale di RS II, p.684<sup>59</sup>, che riesce a sintetizzare tutto il testo di Plinio – comprese le parti che non ho qui riportato letteralmente – ricondotto al senso dell'ultima ipotesi che ho ora riferito, con la seguente, brevissima frase di perfetto stile decemvirale: '*si nox segetem*<sup>60</sup> *paverit secueritve, Cereri suspensus esto. si impubes verberato duplionemque damnum decidito*'.

ii) In tab. 12,2 abbiamo trovato la locuzione '*noxiam nocere*'. Il verbo *nocere*, che significa "nuocere", aveva alla sua origine<sup>61</sup> il senso di "cagionare, o causare, la

<sup>56</sup> La traduzione italiana risulta contorta perché il verbo *pascere* (*pavisse*), che significa "far pascolare, portare al pascolo", è costruito con la pastura come complemento oggetto (*frugem pascere* = mettere i cereali a pascolo): costruzione che al tempo di Plinio era ormai soltanto più usata dai poeti: ad esempio Verg. Aen. 11,319.

<sup>57</sup> *Fruux* (nella lingua classica usato di solito solo al plurale *fruges*) indica i cereali in quanto prodotti dalla terra; il termine è usato anche per le messi, ma, come nel testo esaminato, in sé allude al vegetale ancora radicato in terra ed a qualunque stadio della sua crescita.

<sup>58</sup> Letteralmente (*frux*) '*aratro quaesitam*' significa (cereali: ma in latino è singolare femminile) "ottenuta mediante aratura del terreno".

<sup>59</sup> Per la letteratura vedi anche *FIRA* I, 56 n. 9.A.

<sup>60</sup> Il vocabolo *segetem* (nominativo: *seges*) ha anche un significato equivalente a *fruges*, ma è certo parola decemvirale: tab. 8,8a *FIRA* (8,4 RS); Servius, in Verg. ecl. 8,99.

<sup>61</sup> L'etimologia viene infatti identificata nella radice \**nek-*, che tal quale ha generato il verbo *ne-care* (uccidere) e, con la finale causativa *eye/o-* e il vocalismo *o*, *nok-eo* = *noceo*. Nel senso di "produr-

morte a”: così ha conservato la costruzione col dativo (*nocere alicui*). Negli scrittori classici lo si trova usato come verbo transitivo e dunque con un complemento oggetto all’ accusativo solo se quest’ oggetto è un pronome neutro (*aliquid, quippiam*) o *nihil*, nel senso di “nuocere in qualcosa” o “in nulla”<sup>62</sup>. Queste costruzioni particolari possono spiegare il *noxiam nocere* di tab. 12,2<sup>63</sup>, perché qui, come negli esempi con il pronome neutro o il *nihil* come oggetto, tale oggetto non indica il destinatario del nocimento, ma determina qualcosa come un limite entro il quale il nuocere opera o, come nel nostro caso, è preso in considerazione. Ciò perché il ‘*si servus ... noxiam.. noxit*’ di tab. 12,2 vuol dire “se uno schiavo ha nuociuto causando una *noxia*”, vale a dire: se lo schiavo ha nuociuto (a qualcuno) cagionando uno dei danni che costituiscono una *noxia*”, e cioè, ad esempio, ha fatto del male ad un uomo libero ma senza ucciderlo. È difficile dire se questo limite all’ applicazione della norma sul *noxae dedere* fosse o no concepito in modo formale: a prima vista si sarebbe tentati di credere che secondo i decemviri la soluzione dell’ alternativa nossale fosse in effetti riservata ai casi nei quali le dodici tavole irrogavano una pena espressa con la locuzione *noxiam sarcire*, ma è praticamente difficile pensare che ne restassero escluse le ipotesi dei delitti sanzionati con pene pecuniarie fisse<sup>64</sup> o con pene pari ad un multiplo del danno (*damnum decidere*).

iii) Un ultimo testo che può dirci qualcosa è:

D. 9,1,1 pr. (Ulp. 18 *ad edictum*): *Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, [id est animal quod noxiam commisit,] aut aestimationem noxiae offerre*<sup>65</sup>. 1: [*Noxia autem est ipsum delictum.*]

Ulpiano presenta qui la *pauperies*. Si tratta, come si sa, del danno cagionato da un animale<sup>66</sup> senza colpa del proprietario né di un terzo<sup>67</sup>: e per questo caso le do-

re la morte” *noceo* si trova ancora raramente in autori classici, come in Cic., p. Caec. 21,60 e Luc. 8,305.

<sup>62</sup> Vedi ad esempio: Cic., p. Mur., 28,58 (*ne quid L. Murenae dignitas illius ... noceat*); Cic., Nat. 3,86; in Cic., ad Att. 12,47, ma nella frase ‘*de quo nihil nocuerit si aliquid cum Balbo eris locutus*’ il *nihil* (indeclinabile) può essere considerato soggetto.

<sup>63</sup> Il verbo *nocere* compare anche in tab. 7,8, ma, a quanto pare, vi era usato in senso assoluto, senza oggetto espresso (*Si aqua pluvia nocet ...*; vedi Pomp. Lab. D. 40,7,21 pr.).

<sup>64</sup> Ad esempio quella di tab. 8,11 (1,16 RS) che puniva il taglio degli alberi altrui con una pena di 25 assi per albero, e secondo Plin, n.h. 17,1,1 diceva solo che tale somma il reo doveva pagare; lo stesso sarebbe se la legge si esprimesse ‘*XXV poenae sunt*’, come vorrebbe, ma senza fondamento, RS II, p. 609.

<sup>65</sup> Nel Digesto è scritto *offerre* (o *offerri* come recano i manoscritti *deteriores*): ma è probabile che Ulpiano avesse scritto *sufferre* come Gai. 4,75 che abbiamo letto sopra.

<sup>66</sup> Fest. *pauperies* (L. 246).

<sup>67</sup> Vedi i testi rilevanti in CANNATA, *Sul problema cit.*, 22 s. con la n. 100 (p. 44 s.).

dici tavole prevedevano una responsabilità nossale – o forse è meglio dire analoga a quella nossale – del proprietario. Scriveva dunque Ulpiano: “Se si asserisca che un quadrupede ha fatto *pauperies* (= ha cagionato un danno), l’azione proviene dalla legge delle dodici tavole: la qual legge volle che o sia dato ciò che ha cagionato il danno, [cioè l’animale che ha commesso il fatto dannoso,] o si soggiaccia alla valutazione pecuniaria del danno. 1: [*Noxia* è infatti il delitto stesso.]

Ho riportato questo testo solo per esaminare la terminologia impiegata, perché certo Ulpiano, nel redigerlo, aveva presente la norma decemvirale<sup>68</sup>. Tuttavia quel che se ne può trarre è assai poco. Il testo è anche certamente corrotto; la precisazione ‘*id est animal-commisit*’, che vuole esplicitare ‘*id quod nocuit*’ è già di per sé tanto superflua da essere ridicola, ma per di più fa di un animale un soggetto che può commettere un delitto, ed in più usando *noxia* nel senso di delitto in se stesso, il che sappiamo essere contrario al pensiero di Servio, che Ulpiano non poteva ignorare e che del resto doveva essere acquisito presso tutti i giuristi anche ai tempi di Ulpiano. La frase in questione è dunque certamente uno sciocco glossema, che deve essere all’origine del secondo glossema che costituisce il § 1 del testo, e nel quale si afferma direttamente che *noxia* è il delitto stesso. Del resto, che Ulpiano non possa aver scritto tutte queste cose risulta lampante dal § 3 dello stesso frammento, paragrafo certo di mano del giurista a commento della rubrica edittale<sup>69</sup>, e nel quale egli afferma che<sup>70</sup> “la *pauperies* è un danno prodotto senza colpa<sup>71</sup> del suo autore: non può infatti avere agito con colpa un animale, il quale manca di comprendonio”: nella *pauperies* si tratta dunque di danno prodotto, non di “delitto”; e nulla è “commesso”. Il testo di Ulpiano ci dice solo, per quanto ora ci interessa, che nelle dodici tavole la voce *noxia*, e sempre nel senso di danno, era impiegata anche per il caso della *pauperies*, che aveva connotati particolari non essendo un danno prodotto con un de-

<sup>68</sup> Che si colloca in tab. 8,6 *FIRA* (8,2 RS), ma che non si ritiene possibile ricostruire. Ma forse a questo fine non si è sufficientemente sfruttato Ulp. D. 9,1,1,11, dove si riporta un’opinione di Q. Mucio con le parole ‘*aut nox<i>am sarcire aut in noxam dedere*’ che dovevano dipendere dal dettato di tab. 8,6 (8,2 RS), e non capisco perché le due citate ricostruzioni delle dodici tavole non se ne valgano; vedi invece BRUNS, *Fontes*<sup>7</sup>, 30 n. 6. Se nel Digesto la frase riportata di Scevola reca *noxam* invece di *noxia*, ciò proviene sicuramente da un errore di qualche amanuense: vedi già LENEL, *EP*<sup>3</sup>, 196 con la n. 4, anche se l’argomento addotto è difettoso, perché basa la correzione anche su D. 9,1,1,1, che certo è un glossema, come vedremo subito.

<sup>69</sup> ‘*Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur*’. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, 195.

<sup>70</sup> Ulp. D. 9,1,1,3: *Ait praetor ‘pauperiem fecisse’. pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret.*

<sup>71</sup> La nozione che qui è in gioco è quella della capacità di un individuo di comportarsi in modo colpevole (riprovevole anche senza volontà di nuocere), nozione che si impiegava in particolare con riguardo al grado di maturità di una persona. Ora, il soggetto capace di tale comportamento si trova indicato nelle fonti, dove si parla dei problemi connessi con la *lex Aquilia*, tanto con l’espressione *iniuriae capax* (Ulp. Peg. Lab. D. 9,2,5,2), quanto con quella *culpa capax* (Ulp. Iul. Lab. D. 47,2,23).

litto, anche se generava una responsabilità del proprietario dell'animale che lo aveva cagionato.

Veniamo dunque al senso della norma, della quale già nel paragrafo precedente ho proposto il testo, che ora cercherò di giustificare.

Tab. 12,2: *Si servus furtum faxit noxiamve noxit, <erus noxae im dedito>*.

La prima parte della norma si basa sulle sue due parafrasi che in D. 9,4,2,1 sono fornite dalle citazioni di Celso (*in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis*) e Giuliano (*libro octagensimo sexto scribit 'si servum furtum faxit noxiamve nocuit' etiam ad posteriores leges pertinere*). È facile osservare che, mentre Celso esponeva la norma (e la norma intera) con una parafrasi, Giuliano (che ne riferiva solo la prima parte) la citava letteralmente. Questo è provato dall'impiego, che egli mantiene, della forma sigmatica del congiuntivo per il verbo *faxit*; il che ci permette anche di supporre l'analoga forma congiuntiva *noxit* invece dell'indicativo perfetto *nocuit*. L'idea era già di Pierre Pithou<sup>72</sup>, che – con ogni probabilità a ragione – riteneva che la correzione andasse fatta anche nel testo del Digesto, in quanto non solo Giuliano, ma anche Ulpiano dovevano avere riportato fedelmente il testo decenvirale, che certamente conoscevano a memoria. Comunque, il tenore '*Si servus furtum faxit noxiamve noxit*' per la prima parte della norma è sostanzialmente confermato anche dalla parafrasi di Celso, la quale corrisponde strettamente alla citazione giuliana, se si tolgono dalla sua frase le contingenti esplicitazioni da Celso stesso inserite: *si servus (scientie domino)*<sup>73</sup> *furtum fecit vel (aliam) noxam commisit*. Ed ancora, il *noxiamve noxit* è confermato da Fest. *noxia*, dove è scritto che *noxia* nelle dodici tavole significa *damnum*: questo punto del testo di Festo è, per vero, integrato, ma l'integrazione accettata da Lindsay può considerarsi sicura, perché tutto il testo festino è basato su di un confronto fra *noxia* e *noxa* (e il punto che ora ci interessa è nella parte che riguarda il primo vocabolo), e perché l'indicazione '*in XII*' è la sola calzante come contrapposto alla successiva *apud poetas autem et oratores*. L'equivalenza tra *noxia* e *damnum* è, d'altra parte, confermata da Fest. (Paul.) *noxia* (L. 181).

Quanto alla seconda parte della norma, cioè quella che segue '*si servus furtum faxit noxiamve noxit*', non credo possiamo tenere conto della parafrasi di Celso (che

<sup>72</sup> L'abbiamo già notato sopra all'inizio del paragrafo 2, dove abbiamo riportato il testo.

<sup>73</sup> È chiara la ragione per la quale Celso scriveva nella sua parafrasi la precisazione *scientie domino*, che nel testo decenvirale sicuramente non c'era. Il confronto che Celso sta facendo a questo punto è fra la responsabilità del *dominus sciens* nella legge aquilia e nelle dodici tavole; siccome queste non facevano distinzione fra il caso del *dominus sciens* e quello del *dominus insciens*, egli doveva precisare quale fosse la disciplina che per il *dominus sciens* risultava dal testo decenvirale.

è qui: ‘*servi nomine actio est noxalis*’), né di quanto, in modo però evidentemente staccato dal teso decenvirale, scriveva Giuliano nello stesso senso dell’impostazione di Celso (Giuliano diceva: ‘*poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio*’). I due autori, nel loro discorso di sostanza, avevano in mente il problema posto dall’interpretazione della *lex Aquilia*, il cui testo non si riferiva alla noxa in se stessa, ma all’azione nossale. Che così non fosse nelle dodici tavole si desume, io credo con certezza, dal fatto che in Fest. *noxia* (L. 180) si legge: ‘... *cum lex iubet noxae dedere, pro peccato dedi iubet*’, e lo conferma Fest. (Pauli exc.) *Noxia* (L.181): ‘*cum lex iubet noxae dedere pro peccato*’. E non c’è dubbio possibile che la *lex* di cui fanno parola i due testi sia quella delle dodici tavole. Queste, dunque, non parlavano delle azioni nossali<sup>74</sup>, ma della *noxae deditio*: per cui la sanzione, che prevedevano, può essere ricostruita solo nel senso che abbiamo indicato sopra. Quanto alla forma, credo opportuno indicare il *dominus* (qui: dello schiavo) con l’antica forma di *erus* e usare il pronome personale accusativo nella forma di *im*<sup>75</sup>.

Due precisazioni restano opportune.

Quanto alla forma di questa seconda parte della norma, non mi pare si possa prendere in considerazione quella proposta in *Roman Statutes (noxiae datus esto)*<sup>76</sup>, per le ragioni seguenti: *a*) dai due passi citati di Festo risulta certo che l’imperativo della norma era di dare ‘*noxae*’ e non ‘*noxiae*’; *b*) dagli stessi passi risulta anche che per “dare” era impiegato il verbo ‘*dedere*’ e non il verbo ‘*dare*’<sup>77</sup>; *c*) del tutto inaccettabile è *datus esto*: un participio passato (passivo) con l’imperativo ‘*esto*’ assume nel linguaggio normativo delle dodici tavole un significato riferito al passato, come è chiaro in tab. 8,12, dove ‘*iure caesus esto*’ significa “sia (considerato essere stato) ucciso *iure*”<sup>78</sup>. A prima vista parrebbe costruito come il *nox[i]ae datus esto* proposto in RS il tenore della norma di tab. 2,2 dove dice: ‘*eo dies diffensus esto*’<sup>79</sup>; ma ve-

<sup>74</sup> Così dice anche PUGLIESE, *Nuove osservazioni sul regime della nossalità in Roma* (1973), in *Scritti I cit.*, 537; 540.

<sup>75</sup> La forma antica dell’accusativo di *is* risulta essere *em* da Fest. (Paul.) *eum* (L. 67,23) ovvero *im* da Fest. (Paul.) *callim* (L. 41,7) e Fest. (Paul.) *im* (L. 92,1). Preferisco adottare quest’ultima forma solo per ragioni contingentemente (e soggettivamente) eufoniche.

<sup>76</sup> RS II, 717, che ricostruisce: *si servum furtum faxit noxiamue no(x)it, «noxiae datus esto»*.

<sup>77</sup> Come si è visto sopra, in entrambi i luoghi di Festo è scritto ‘*lex iubet noxae dedere*’; i miei due argomenti *a*) e *b*) sono confermati anche da Gai. 4,75 – che abbiamo letto – dove certo Gaio teneva presente la norma decenvirale scrivendo ‘*veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere*’. Il verbo *dedo* (corrispondente al greco ἐκδίδωμι) significa “dare in modo definitivo, senza prevedere una restituzione”: ERNOUT-MEILLET, s. v. *do*, 179 (in fine) s. Per l’uso di *dedere* in relazione alla noxa si vedano anche i passi citati nel VIR II, 116 s. (s. v. *dedo* II).

<sup>78</sup> Si tratta della norma (che RS II, 612 colloca come tab. 1,17) sull’uccisione del ladro notturno (CANNATA, *Corso* II, 1, 56 con la n. 174): *si nox furtum faxit, si (RS: ast) in occisit, iure caesus esto = se (uno) faccia un furto di notte, se (qualcuno) lo abbia ucciso, sia (come fosse stato) ucciso iure*’.

<sup>79</sup> In RS II, p. 623, pure attribuita alla tab. 2,2, la norma è ricostruita, nella parte che ci interessa: <*is*> *die*<*s*> *diff*<*is*>*sus esto*.

diamo subito che ciò non è affatto vero. Su questo versetto – per altro lacunoso e di non sicura ricostruzione – non posso dilungarmi in questa sede. Mi limito qui, dunque, a dire quanto segue. Le parole della norma vanno accettate come risalenti al testo decenvirale, ma con una piccola necessaria correzione<sup>80</sup>, nel tenore in cui le riferisce Fest. *reus* L. 336,15: *'quid horum fuit unum iudici arbitrove reove eo die<s> diffensus esto.'* Ora, tenendo conto del senso che nel versetto decenvirale può darsi al verbo *\*diffendere*, di cui *diffensus* è il participio passato<sup>81</sup>, una traduzione letterale sarebbe: [premesso che certe situazioni, come una malattia seria, o che l'udienza per un processo con uno straniero si sia fissata in coincidenza con la data dell'udienza del processo in corso] “di tali (situazioni) se (anche) una sola si verifici per il giudice o l'arbitro o una parte, allora il giorno (dell'udienza prevista per il presente processo) sia (considerato essersi) allontanato”<sup>82</sup>.

La seconda precisazione. Da quanto abbiamo potuto stabilire finora, la nossalità era prevista nelle dodici tavole con una norma che la imponeva al proprietario di uno schiavo che avesse compiuto certi fatti delittuosi: si trattava dunque di una norma sulla *noxae deditio* e non sull'azione nossale. Il problema si pone, perciò, di stabilire se, oltre a quella norma (di sicura esistenza) in tab. 12,2, la legge decenvirale contenesse un'ulteriore norma sull'azione nossale. Nelle fonti classiche vi sono in effetti affermazioni che parrebbero alludere ad una previsione decenvirale in questo senso: già conosciamo bene Ulp. Cels. D. 9,4,2,1 (*in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis*) ed abbiamo anche già letto Gai. 4,76 (*constitutae sunt autem noxales actiones*

<sup>80</sup> Si tratta dell'aggiunta di *s* a *die*, riconoscendovi così il nominativo *dies*, che sottrae questo sostantivo da una coordinazione con *eo*, segno che diventa forma ablativa con significato avverbale: *eo dies* = “con ciò, per questo (o, come tradurrò, “allora”) il giorno ...”.

<sup>81</sup> Sul problema si veda un resoconto con nuove proposte in RS II, 623; ancora RONCATI, *Caio Ateio Capitone e i 'coniectanea'*, in SDHI 71 (2005), 371-377. Ma, in particolare, io non credo si debba correggere *diffensus* in *diffisus*, come si fa abitualmente, ma si debba ritenere invece che *diffensus* rappresenti il participio passato della forma più antica del verbo composto da *dis-* e *fendo*. Quest'ultimo verbo (*fendo, fendi, fensum, fendere*: vedi ERNOUT-MEILLET, p. 224 s, s. v. *-fendo*) non è testimoniato in forma semplice; in composizione con *dis-* darebbe *\*diffendere* (dove *diffensus*), che rappresenta certo la forma arcaica di *defendere*, il cui primo significato è quello di “respingere, allontanare”, anche se in questa direzione la semantica del verbo non ha poi avuto seguito. La forma *diffisus* – da ritenersi più recente – del participio passato di *\*diffendere* è certo essa pure testimoniata, e la usava Ulpiano, con il significato di “rinvio” in D. 2,11,2,3, ricordando proprio la norma di tab. 2,2. Si Veda anche in Gell. 14,2,1 (*dierum ... diffisionibus*) e eod. 11 (*diem diffindi*). Questi vocaboli sembrano proprio avere occupato (col senso “rinvia” e “rinvio”) l'area semantica persa dal verbo *defendere* nel senso di “allontanare”.

<sup>82</sup> Così il senso originale della norma acquisterebbe anche una maggiore coerenza, in se stessa ed in relazione con quanto possiamo immaginare circa la procedura *apud iudicem* nelle *legis actiones* all'epoca delle dodici tavole. Essa infatti non avrebbe stabilito che il giudice dovesse necessariamente disporre il rinvio avendo notizia dell'impedimento previsto o in atto, ma solo che l'assenza della parte dovuta ad una delle cause previste sarebbe stata comunque da considerarsi giustificata, e la data della nuova udienza si sarebbe dovuta fissare dopo che l'impedimento fosse cessato.

*aut legibus aut edicto praetoris: legibus, velut furti lege XII tabularum*). La possibilità di questa duplicità delle norme decenvirali in materia di responsabilità nossale – una norma sostanziale ed una processuale – non può pertanto venire esclusa. Tuttavia riterrei proprio che la cosa risulti assai poco verosimile. Non basta certo, per prendere come conclusiva questa mia ultima affermazione, la circostanza che di una norma decenvirale sull'azione nossale non abbiamo alcuna testimonianza concreta, ma in tale senso milita un aspetto, per così dire, relativo della medesima circostanza, e cioè che gli argomenti testuali che suggerirebbero la presenza di una norma sull'azione nossale nelle dodici tavole si basano in particolare su quanto si dice in Ulp. Cels. Iul. D. 9,4,2, ma nello stesso passo il discorso, per quanto riguarda il regime decenvirale, si basa unicamente sulla norma di tab. 12,2 come l'abbiamo ricostruita, anzi: come quel medesimo frammento ci ha permesso di ricostruirla.

A queste due precisazioni, voglio aggiungere una considerazione, che mi pare opportuno fare a questo punto – giacché stiamo trattando della disciplina decenvirale della nossalità – anche se riguarda la tematica del nostro paragrafo 1. Trattavamo, là, delle notizie che Gaio dava circa la nossalità nelle dodici tavole, ed avevamo espresso dei dubbi sulla precisione di quanto egli vi diceva. Credo di poter qui fornire la prova del fatto che quel carattere di approssimazione dell'esposizione gaiana sul punto non poteva comunque dipendere da un corrispondente carattere della sua informazione. A questa conclusione si potrebbe giungere semplicemente ricordando che Gaio le dodici tavole doveva conoscerle bene, avendole fatte oggetto di un non breve commentario<sup>83</sup>, e questo basta per convincerci che egli sapeva perfettamente che cosa disponesse la norma sulla *noxae deditio*, dalla quale abbiamo visto risultare che il regime nossale riguardava non solo il furto, ma anche altri casi, indicati come *noxiam nocere*, e che noi, malgrado lodevoli sforzi – non mi riferisco evidentemente solo ai miei – non siamo riusciti a individuare esattamente. Ma possiamo dire anche di più. Fra i passi gaiani del commentario alla legge decenvirale riportati nel Digesto c'è il seguente:

D. 50,16,238,3 (Gai. VI *ad leg. XII tab.*): *'Noxiae' appellatione omne delictum continetur.*

I compilatori di Giustiniano, collocando questo frammento nel titolo *de verborum significatione*, pensato come una specie di dizionario di termini rilevanti o frequenti nel parlare giuridico, e isolando questa frase dal suo contesto, l'hanno certo intesa come se essa volesse dire che *noxia* è termine equivalente a *delictum* in gene-

<sup>83</sup> Il commentario di Gaio alla legge delle dodici tavole – al quale, si sarà notato, abbiamo anche già attinto, da ultimo con Gai. (4 *ad legem XII tab.*) D. 47,9,9 – era in 6 libri: così è menzionato, col titolo tradotto in greco, nell'*Index Florentinus* del Digesto (δωδεκαδέλτου βιβλία ἕξ), e da tanti i compilatori hanno escerpito i 28 frammenti riportati nel Digesto stesso. Vedili in LENEL, *Pal.* I, 242 ss.

rale<sup>84</sup>; ma noi sappiamo, per tutto quanto abbiamo visto poco sopra, che Gaio non poteva pensare qualcosa del genere. Usiamo invece gli indizi che il passo stesso ci suggerisce, premettendo che è certo che il commentario di Gaio alle dodici tavole seguiva l'ordine del testo della legge<sup>85</sup>. Ora, D. 50,16,238,8 appartiene al sesto libro, cioè l'ultimo, dei sei del commentario, e la norma decemvirale sulla *noxae deditio* è collocata da tutti gli studiosi moderni nella dodicesima tavola, cioè l'ultima della legge. Siccome tanto in tab. 12,2 quanto in Gai. D. 50,16,238,8 compare il termine *noxia*, e siccome tale termine non doveva essere particolarmente frequente nella dodicesima tavola<sup>86</sup>, diviene logico verificare se sia possibile supporre che il passo di Gaio possa appartenere al suo commento di tab. 12,2. Ma, se poniamo i testi in relazione, un'ipotesi tutt'altro che peregrina prende corpo:

Tab. 12,2: *Si servus furtum faxit noxiamve noxit, <erus noxae im dedito>.*

Gaius, libro VI ad leg. XII tab.: *'Noxiae' appellatione omne delictum continetur.*

Il commento di Gaio si attaglia perfettamente al testo della legge; e supponendo allora che Gaio vi spiegasse quella norma, egli verrebbe a dire che in essa "con la denominazione di *noxia* si fa allusione a tutti i delitti"<sup>87</sup>. Cioè, a tutti gli altri delitti oltre al furto. In altri termini, Gaio avrebbe così risposto alla domanda che noi ci eravamo posti senza potervi rispondere, ed egli pensava che la norma decemvirale sulla noxa introducesse tale sistema, oltre che per il furto, per tutte le situazioni delittuose che le dodici tavole prevedevano.

<sup>84</sup> Infatti, anche nelle Istituzioni giustiniane si fa analogamente del vocabolario in I. 4,8,1, per dir due cose evidentemente erranee entrambe: *Noxa autem est corpus quod nocuit, id est servus, noxia ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, iniuria*. Cioè: "Noxa invero è l'entità fisica (*corpus* è usato per evitare un termine che attribuisse all'autore dell'illecito una qualunque forma di personalità, trattandosi qui di uno schiavo) che ha nuociuto, cioè lo schiavo, *noxia* il delitto stesso, ad esempio il furto, il danno (aquiliano), la rapina, l'*iniuria*". Il linguaggio di I. 4,8,1 corrisponde proprio alle parti che abbiamo sopra considerate spurie in Ulp. D. 9,1,1 pr.-1: ... *id quod nocuit, [id est animal quod noxiam commisit,] aut aestimationem noxiae offerre*. 1: [*Noxia autem est ipsum delictum*].

<sup>85</sup> Vedi in RS II, 564 ss.

<sup>86</sup> Sul contenuto della dodicesima tavola tutte le ricostruzioni moderne sono praticamente concordi; vedi la tavola delle concordanze in RS II, 576 che mette a confronto SCHOELL, BRUNS, FIRA e RS stesso. Per le notizie (anche) su queste edizioni vedi DILIBERTO, *Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa della legge delle XII tavole (secoli XVI-XX)*, Roma 2001.

<sup>87</sup> E ciò spiegherebbe anche l'equivoco in cui sono caduti i compilatori nell'intendere *noxia* come equivalente non di *damnum* ma di *delictum*. Con la frase di D. 50,16,238,3 Gaio intendeva: "Con il termine *noxia* (che è contenuto nel testo, beninteso dove esso dice *noxiamve noxit*) si fa riferimento ad un danno da delitto, qualunque sia il delitto dal quale proviene il danno", ma la sua frase sintetica, divenuta una definizione inserendola nel vocabolario del titolo D. 50,16, viene facilmente ad interpretarsi "il termine *noxia* è segno per tutti i delitti": il che risulta, per tutto quanto abbiamo potuto stabilire, inesatto, perché viene a definire *noxa* e non *noxia*.

Questa, naturalmente, resta un'ipotesi, e sono le conseguenze di questa ipotesi che ora intendo esaminare.

Sopra, dopo aver riportato la sequenza di Gai. 4,75-79, avevo rilevato che l'inizio della sua trattazione delle azioni nossali – §§ 75 e 76 – aveva carattere storico, e precisamente che nel § 75 egli parlava degli inizi della vicenda e nel § 76 enumerava una serie di momenti nei quali delle azioni nossali sono state introdotte, e dicevo anche che dall'insieme di quel ch'egli scrisse risulta che tutto si fosse iniziato con l'introduzione dell'azione nossale da furto con le dodici tavole. Ma avevo anche rilevato che la sua esposizione è, in qualche modo, ingannevole. Infatti, essa contiene anzitutto una contraddizione. Se è vero – e non credo si possa dubitarne – che nel § 75 Gaio parlava degli inizi, quel discorso doveva essere riferito alle dodici tavole, ma come casi iniziali egli adduce non il solo *furtum facere* di un *filius familias* o di uno schiavo, ma anche *l'iniuriam committere*, e per di più li menziona facendoli precedere da *velut*, che li lascia intendere come esempi di una gamma più ricca; ma poi, nel § 76, Gaio attribuisce l'introduzione dell'*actio iniuriarum* nossale al pretore, cosa che non può essere avvenuta se non molto tempo dopo. Con quanto ho esposto qui da ultimo credo risulti provato che Gaio conosceva bene la norma decenvirale sulla *noxae deditio* (che per lui valeva anche come fondamento dell'azione nossale). Il fatto è che quando Gaio scriveva quei due paragrafi, doveva esporre in modo essenziale – il carattere elementare e sintetico del suo manuale lo imponeva – una vicenda complessa. Egli sapeva che tab. 12,2 aveva introdotto il sistema della noxa come soluzione generale: anzi, stando a quel che ci rimane del commento a tab. 12,2 nel sesto dei suoi *libri ad legem XII tabularum*, egli attribuiva alle parole *noxiamve noxit* una portata (*omne delictum continetur*) che – a me almeno – sembra eccessiva; ma d'altra parte egli sapeva anche che delle azioni nossali in uso al suo tempo – e per i giovani discenti d'allora egli scriveva le *Institutiones* – a nessuna più, se non all'*actio furti* nossale, poteva riconoscersi un fondamento positivo nella legge decenvirale. Così si spiega perché egli abbia parlato dell'introduzione dell'azione nossale da furto e di altre descrivendo l'inizio della vicenda, ma poi enumerando i fondamenti autoritativi delle varie azioni riconducesse alle dodici tavole solo quella da furto. Resta solo da spiegare ancora perché nel § 75 come casi iniziali egli menzioni solo, accanto al furto, quello dell'*iniuria*. Io credo che la ragione risieda nel fatto che la generalità delle figure delittuose diverse dal furto, che erano previste nelle dodici tavole e per le quali era ammissibile l'applicazione della *noxae deditio* ove fossero realizzate da un *potestati subiectus*, corrispondesse ai tempi di Gaio a fattispecie d'*iniuria* o di danneggiamento aquiliano. Ora, è chiaro che Gaio, parlando degli inizi nel § 75, non avrebbe potuto dire che a quel tempo furono introdotte azioni nossali «per il furto, l'*iniuria* e il *damnum iniuria datum*», perché, comunque egli avesse determinato l'ultima ipotesi, al suo tempo l'azione nossale in questione sarebbe stata l'*actio noxalis ex lege Aquilia*, che avendo fondamento nella legge aquilia non poteva essere inserita in un discorso sulla situazione al tempo delle dodici tavole se non con una complessa spiegazione che il carattere del suo manuale non permetteva affatto. La soluzione che egli

trovò era forse, fra le soluzioni semplici, la più appropriata: prima di *si furtum fecerint aut iniuriam commiserint* egli scrisse *velut*, “per esempio”, borbottando forse all’indirizzo dei suoi immaginari, futuri giovani lettori: «Questo lo capirete quando sarete più grandi».

### 5. (segue) b) la legge aquilia

La legge aquilia, secondo la ricostruzione che ho potuto farne in tre lavori precedenti<sup>88</sup>, conteneva anzitutto i testi delle tre norme sostanziali in quelli che i giuristi denominavano rispettivamente *caput primum*<sup>89</sup>, *secundum*<sup>90</sup> e *tertium*<sup>91</sup>:

[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 faxit*<sup>92</sup>, *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.*

Le norme processuali seguivano tali tre capitoli<sup>93</sup>, concludendo il dettato legislativo.

Nella mia precedente ricostruzione non mi ero occupato in modo approfondito di tali norme processuali. Mi ero limitato a proporle il tenore seguente<sup>94</sup>, che ora correggo in un punto<sup>95</sup>:

<sup>88</sup> *Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo*, in SDHI 58 (1992), 194 ss. [che citerò: CANNATA, *Primo capo*]; *Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della lex Aquilia*, in Index 22 (1994), 151 ss. [che citerò: CANNATA, *Secondo capo*]; *Il terzo capo della lex Aquilia*, in BIDR 98-99 (1995-1996), 111 ss. [CANNATA, *Terzo capo*].

<sup>89</sup> Gai. 3.210; Gai. (7 ad ed. prov.) D. 9.2.2 pr.

<sup>90</sup> Gai. 3.215; Ulp. D. 9.2.27.4 (*secundum capitulum*).

<sup>91</sup> Gai. 3.217; Ulp. D. 9.2.27.5.

<sup>92</sup> È preferibile la forma sigmatica del congiuntivo, come nel terzo capo, invece della forma *fecerit*, che mantenevo nelle precedenti ricostruzioni.

<sup>93</sup> Questo tentativo di ricostruzione delle norme processuali della legge aquilia dà anche per superata l’idea che tale legge non contenesse alcuna disposizione sull’azione aquiliana nossale ma questa sia stata introdotta dall’interpretazione giurisprudenziale. Tale tesi deriva da una, neppure molto perspicua, pagina di BIONDI, *Actiones noxales*, 341, e l’ALBANESE, 127 la qualificava – con riferimento alla data del suo articolo (1967) – “oggi dominante”, ma non credo proprio a ragione: la tesi era già stata confutata dal LENEL, *EP*<sup>3</sup>, 199 n. 5; anche se certo una compiuta dimostrazione della sua insensatezza la si deve proprio all’ALBANESE, 127-129, che in appoggio a Lenel adduce in particolare Paul. D. 9,2,45 pr. Ma l’idea del Biondi appare già contrastare l’elementare Gai. 4,76.

<sup>94</sup> CANNATA, *Primo capo*, 211 s.

<sup>95</sup> In effetti, la mia vecchia ricostruzione della seconda norma processuale aveva una pecca evi-

*Adversus infortiantem in duplum actio esto.*  
*Si servus sciente ero faxit, adversus erum in solidum actio esto, si insciente noxalis esto.*

Che nel testo legislativo queste due norme processuali seguissero i tre *capita* delle norme di sostanza, risulta sufficientemente provato da Gai. D. 9,2,2,1 e Gai. 3,216, dai quali testi si desume che tale posizione aveva la prima delle due norme; quanto alla seconda, possiamo essere sufficientemente certi che essa seguisse la prima sulla base di Ulp. D. 9,2,23,10. Vediamo brevemente tutto ciò. La prima norma, che disponeva la litiscrescenza *adversus infortiantem*, si desume abbastanza bene da:

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

dove non solo è enunciato il disposto evidentemente parafrasandone il testo legislativo, ma Gaio avvertiva che in proposito nella legge *infra deinde cavetur*: siccome a quel punto Gaio aveva testé enunciato la disposizione del primo capo (pr.: *capite primo cavetur*), dicendo ora che l'altra norma citata si trova "più in basso" e "dopo", dice in modo sufficientemente chiaro che tra la prima norma sostanziale e le norme processuali si trovavano le altre due norme sostanziali. Ciò permette anche di desumere che le norme processuali erano collocate nella legge in modo da potersi enunciare una sola volta per tutte le norme sostanziali. Il che trova, del resto, una singolare conferma in Gai. 3,216, dove Gaio parlava della norma del secondo capo della legge informando della sua desuetudine, ma chiarendo che non si trattava però di abrogazione, perché, agendo invece che con l'*actio mandati* con l'*actio ex capite secundo legis Aquiliae*, si sarebbe potuto agire *in duplum contra infortiantem*. Dunque la norma sulla litiscrescenza era scritta e collocata in modo da doversi applicare a qualunque azione aquiliana. Tutto ciò risulta confermato dalla lettura di D. 9,2,23,10 (Ulp. 18 *ad edictum*)<sup>96</sup>, passo certo meno aderente al testo legislativo di quanto non lo fosse Gai. D. 9,2,2,1, perché ne ha proprio l'aria di un commentario. Il tenore del testo legislativo, come lo abbiamo stabilito sopra, resta comunque confermato.

Per quanto riguarda la seconda delle norme processuali, quella che ora in particolare ci interessa, i testi che le si riferiscono sono diversi, ma solo Ulp. D. 9,4,2 pr. può darci un'idea del suo tenore preciso<sup>97</sup>.

---

dente, in quanto vi scrivevo '*si servus sciente domino faxit, adversus erum in solidum etc.*': l'alternanza fra *dominus* e *erum* non si giustifica punto, ed uniformando i luoghi la preferenza è certo da dare a *erum*.

<sup>96</sup> *Haec actio adversus confitentem competit in simplum, adversus negantem in duplum.* '*Haec actio*' si riferisce all'azione aquiliana in generale.

<sup>97</sup> Gli altri sono Ulp. D. 9.2.27 pr.-3. Il LENEL (*EP*<sup>3</sup>, 199) aggiunge in particolare Ulp. D. 9,4,6 (che, come già abbiamo visto sopra, n.11, egli attribuisce al contesto di Ulp. D. 9,4,2 nel fr. ULP. 619 della *Palingenesia*, ma nel Digesto esso è connesso con Ulp. 3 ad ed. D. 9,4,5,1), nonché Ulp. D. 9,4,14. Si può vedere ancora Paul. D. 9,4,4,pr.-3, magari come esempio della svariata casistica contenuta nel tit. D. 9,4 in materia di azione aquiliana nossale.

Abbiamo già avuto occasione di notare<sup>98</sup> che nel *principium* di D. 9,4,2 Ulpiano certamente parafrasava la norma della legge aquilia sull'azione nossale. Più avanti<sup>99</sup> abbiamo anche delineato il modo nel quale dalla parafrasi ulpiana possa desumersi il testo legislativo, che già ho pure presentato con tutto il testo della *lex Aquilia* iniziando il presente discorso. Non resta ora che analizzare la parafrasi, togliendovi le parole che non sembrano poter appartenere alla legge, eventualmente sostituendovi quelle opportune.

Le parole da togliere sembrano essere quelle che qui pongo fra parentesi quadre: *Si servus sciente domino occidit [in solidum dominum obligat] [ipse enim videtur dominus occidisse.] si [autem] insciente, noxalis est. [nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat].*

Ora, mi sembra sicuro che vadano semplicemente soppressi, oltre ad 'autem' (semplice coordinazione nell'andamento della parafrasi esplicativa), l'inciso interpretativo 'ipse enim videtur dominus occidisse', nonché la valutazione politica finale 'nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri quam ut noxae eum dedat'. A questo punto rimane dunque: '*Si servus sciente domino occidit*<sup>100</sup> [*in solidum dominum obligat.*] *si insciente noxalis est.* Quanto a '*in solidum dominum obligat*', la sua presenza nel dettato è sostanzialmente necessaria, ma la sua forma non ha carattere legislativo, e tanto meno per una legge del 200 circa a.C.<sup>101</sup> Del resto, anche le altre parti della parafrasi che rimangono vanno adeguate ai modi di una legge, e di una legge di quell'antichità. La soluzione che ho sopra proposto obbedisce a queste esigenze: *Si servus sciente [domino] <ero> [occidit] <faxit>, [in solidum dominum obligat] <adversus erum in solidum actio esto>. Si insciente noxalis [est] <esto>.*

Due ultime giustificazioni del testo che propongo.

La sostituzione di *faxit* a *occidit* è fatta tenendo conto della circostanza che abbiamo già potuto appurare, e cioè che la norma di cui ora ci occupiamo era collocata alla fine della legge, perché fosse chiaro che essa si riferiva a tutte le ipotesi previste alle quali potesse applicarsi: e quindi, in particolare, anche a quelle previste nel terzo capo<sup>102</sup>, dove l'ipotesi dell'*occidere* non sarebbe stata esauriente. Ulpiano, invece, nella sua parafrasi si occupava dell'azione nossale per la fattispecie del primo capo. La seconda cosa che intendo sottolineare è che la ricostruzione proposta '*adversus erum in solidum actio esto*' (invece di '*in solidum dominum obli-*

<sup>98</sup> Nel secondo paragrafo di questo scritto, dopo aver riportato l'intero testo di Ulp. D. 9,1,4,2.

<sup>99</sup> Nello stesso paragrafo, affrontando i problemi del confronto, fatto nella seconda parte di Ulp. D. 9,4,2, fra il regime decenvirale e quello aquiliano della responsabilità nossale.

<sup>100</sup> Cfr. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, 199 con la n. 5.

<sup>101</sup> Sulla data della *lex Aquilia* vedi riassuntivamente CANNATA, *Terzo capo*, 132 s.

<sup>102</sup> Cfr. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, 199 dopo la n. 6. La fattispecie del secondo capo non era realizzabile per opera di uno schiavo.

get') fornisce anche, con la parola *actio*, un referente all'aggettivo *noxalis* che si legge alla fine, e che nella parafrasi di Ulp. D. 9,4,2 pr. rimaneva senza coordinazione.

## 6. Una conclusione non conclusiva

Da quanto abbiamo visto nei paragrafi precedenti si potrebbero trarre, con riguardo alla storia del regime della nossalità nel diritto romano, le seguenti conclusioni:

- a) le dodici tavole prevedevano una norma sulla responsabilità nossale del *dominus* per i casi in cui uno schiavo *furtum faxit noxiamve noxit*;
- b) né le dodici tavole né la *lex Aquilia* facevano parola dei fatti delittuosi commessi dai *filiis familias*;
- c) la *lex Aquilia* prevedeva, per il caso in cui il danneggiamento previsto nei tre *capita* della stessa legge<sup>103</sup> fosse stato attuato da uno schiavo, l'azione diretta contro il *dominus sciens* e l'azione nossale contro il *dominus insciens*.

Ora, le due proposizioni a) e b) sono in contrasto con le notizie che, all'inizio di questo scritto, abbiamo letto in Gai. 4,75-76, confermato da I. 4,8,7. Non si tratta qui tanto di stabilire quale, in ciascuno dei casi, sia la proposizione esatta, ma piuttosto di spiegare il contrasto che abbiamo rilevato.

Quanto alla prima proposizione (a), il rilievo che può farsi è duplice. È chiaro che Gaio impostava la sua esposizione istituzionale come una descrizione del sistema vigente alla sua epoca, per cui anche le allusioni storiche che v'inseriva risultano condizionate da tale punto di vista. Perciò, nel luogo che ci interessa, egli presentava le azioni nossali come rimedi previsti dalla legge o dall'editto pretorio, e ne considerava l'elenco come composto dalle azioni nossali al suo tempo in vigore; non è affatto detto che questo elenco di azioni nossali in vigore egli lo concreti anche con una menzione completa di tutte tali azioni, perché anzi le menzioni espresse sono sempre introdotte da *velut* in Gai. 4,75-76. Ciò ha una prima conseguenza sul carattere della sua esposizione, che non abbiamo avuto occasione di rilevare<sup>104</sup>. È molto probabile, infatti, che il regime della nossalità risalisse ai *mores* precedenti le dodici tavole, e che queste non abbiano fatto, come in innumerevoli altri campi, che dare forma di legge a tali consuetudini. Ma Gaio di ciò non si preoccupava: una volta detto che *constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris*, l'inizio della loro storia non poteva porsi se non con le dodici tavole. La

<sup>103</sup> Non acquistava rilevanza, nella struttura del testo della legge, che solo le ipotesi del primo e terzo capo potessero ammettere la partecipazione attiva di uno schiavo.

<sup>104</sup> Su quanto segue vedi le osservazioni del PUGLIESE, *Nuove osservazioni cit.*, in *Scritti I.*, 80 s. n. 4.

stessa prospettiva spiega anche perché Gaio limiti l'intervento decenvirale all'introduzione dell'azione nossale di furto. Gaio, come certamente sapeva bene che la previsione decenvirale riguardava la responsabilità nossale e non l'azione nossale, d'altra parte, come abbiamo potuto constatare sopra, sapeva altrettanto bene che l'antica legge non si limitava ai casi di furto, ma comprendeva anche quelli del *noxiam nocere*. Ma questi casi, qualunque essi fossero, potevano ai suoi tempi essere considerati tutti quanti regolati ormai con le norme della legge aquilia o dell'*actio iniuriarum* prevista nell'editto pretorio: per cui queste sono le fonti che in proposito egli cita, omettendo la menzione di quella antica. Anche se questa sarebbe stata, se non proprio necessaria, almeno utile per riconoscere alla norma decenvirale il carattere generale che ancora le riconosceva Giuliano; ma non si può accusare Gaio per non aver complicato il carattere istituzionale del suo discorso con simili *subtilitates*.

Quanto alla seconda proposizione (*b*), la lettura del passo delle Istituzioni giustiniane potrebbe considerarsi interamente chiarificatrice, impedendo quindi del tutto che un problema sorga in proposito. In I. 4,8,7 è chiaramente spiegato che nel diritto giustiniano la *noxae deditio* di *fili* e *filiae familias* doveva considerarsi un istituto non più in vigore, e che le azioni per i delitti da costoro commessi si esercitavano direttamente contro di loro; ne consegue che la constatazione dell'assenza della relativa menzione nei libri della compilazione non può suscitare meraviglia. È appunto così che si pensa di solito; e io credo che sia superfluo indugiare in innumerevoli, quanto inutili, menzioni di letteratura<sup>105</sup>, scegliendo, per illustrare il problema, una via poco diversa, che s'inizia col rileggere quanto, commentando il testo dell'editto *de noxalibus actionibus* (Ulp. D. 9,4,21,2), scriveva il Lenel<sup>106</sup>: "Das obige Edikt betrifft im überlieferten Wortlaut nur den Fall der Klage aus Sklavendelikt. Diese Beschränkung dürfte auf die Kompilatoren zurückgehen; der ursprüngliche Wortlaut wird die Noxalhaftung aus den Delikten aller der Personen umfaßt haben, wegen deren überhaupt Noxalklagen erhoben werden konnte". Nella nota 13 della stessa pagina 159 il Lenel ricorda che lo stesso egli aveva scritto nella prima edizione (EP<sup>1</sup>) e diversamente aveva sostenuto nella seconda (EP<sup>2</sup>). Il tenore di EP<sup>2</sup> lo traggio dalla traduzione francese<sup>107</sup>: "Cet édit n'a trait qu'à l'hypothèse d'une action naissant du délit d'un esclave.

<sup>105</sup> Mi limito a notare che l'antichità della previsione della *noxae deditio* dei sottoposti liberi, e persino, se si vuole, la maggiore antichità della previsione di questa rispetto a quella degli schiavi, scaturisce in modo del tutto naturale dall'impostazione che il DE VISSCHER (cit. sopra, alla n. 1) ha adottato per «les origines et la fonction primitive de l'abandon noxal» nel primo capitolo (p. 25 ss.) del suo libro su *Le régime romain de la noxalité*, sulla base dei principi metodologici illustrati nella *Introduction* allo stesso volume (p. 13 ss.).

<sup>106</sup> In EP<sup>3</sup>, 159. Su questo passaggio del Lenel vedi le osservazioni che fa il SARGENTI nella recensione (sopra cit. alla n. 1) in *Labeo* 23 (1977), 338 ss.

<sup>107</sup> LENEL, *Essai de reconstruction de l'édit perpétuel* (trad. P. Peltier) I, Paris 1901, 180. (Sulla complessa genesi della traduzione del Peltier, vedi ivi la prefazione dello stesso Lenel, vol. I, p. VII).

Dans l'édition allemande, j'ai attribué cette restriction aux compilateurs et dit que le texte primitif devait parler de toutes les personnes dont les délits font naître une action noxale. C'est là un point qu'on ne saurait pourtant affirmer avec certitude; il n'est pas difficile d'imaginer des raisons pouvant faire admettre un traitement différent dans les autres cas. En conséquence, c'est un point que je laisse sans réponse".

Ora, le considerazioni del Lenel che abbiamo testé riportato, si riferiscono al tenore della clausola edittale (LENEL, XIV § 58) *de noxalibus actionibus*, che risulta in particolare dal passo seguente:

D. 9,4,21,2 (Ulp. 23 *ad edictum*): *Praetor ait: 'Si is in cuius potestate esse dicitur negabit se in sua potestate servum habere: utrum actor volet, vel deierare iubebo in potestate sua non esse neque se dolo malo fecisse, quo minus esset, vel iudicium dabo sine noxae deditioe.*

L'insistere del Lenel sull'idea che aveva espresso nella prima edizione dipende dalla sua rimeditata convinzione che il passo sia interpolato, e nell'ultima versione egli dà per certo questo intervento compilatorio sulla base di una considerazione di forma, per la quale si appoggia su di un'esegesi del Beseler. L'argomento esegetico si basa sulla posizione che nel testo ha la parola *servum*: se il testo si fosse riferito al solo caso dello schiavo, la menzione di questo avrebbe avuto luogo prima di dove essa compare, nel quale ultimo luogo noi ora leggeremmo *eum*. Cioè, il testo dovrebbe recitare: *'Si is in cuius potestate servum esse dicitur negabit se in sua potestate eum habere: ...*<sup>108</sup>.

Tutto questo è certo impeccabile: non credo, in effetti, possano sussistere dubbi sul fatto che l'editto pretorio classico disciplinasse le azioni nossali in modo unitario, tanto se l'autore materiale del delitto fosse uno schiavo, quanto se esso fosse una persona libera, e che debba essere attribuito ai compilatori l'aggiornamento del dettato edittale al loro diritto. Però, se questa operazione di aggiornamento è facilmente individuabile in un testo come Ulp. D. 9,4,21,2, ben altra cosa è supporla per un passo come Ulp. Cels. Iul. Marc. D. 9,4,2.

Se ci concentriamo un attimo sul § 1 di quel passo, vediamo tosto che non pare proprio si tratti di un testo facilmente manipolabile. Quanto al disposto della legge aquilia esso viene spiegato nello stesso testo in un modo che l'alternativa casistica del *filius* non vi si potrebbe ragionevolmente inserire. I giuristi, che abbiamo visto all'opera intorno al disposto legislativo, non lo citavano semplicemente, ma vi ragionavano sopra, uscendo in affermazioni come quella fatta da Celso per giustificare la responsabilità diretta *ex lege Aquilia* del *dominus sciens*: *'quasi ignoverit*

<sup>108</sup> LENEL, *EP*<sup>3</sup>, 159, n. 13, con rinvio a BESELER, *Romanistische Studien* cit. (SZ 46 [1926]), 114. La ricostruzione completa proposta dal Beseler era: *Si is in cuius potestate esse dicitur <, qui noxiam commisisse dicitur,> negabit se in sua potestate <eum> servum habere: ....*

*servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset*’; affermazione che non sarebbe evidentemente appropriata per un *filius* o una *filia familias*.

Supporre una interpolazione di *periturus si non fecisset*<sup>109</sup> sarebbe del tutto arbitrario: l’ipotesi non potrebbe derivare se non da un semplice preconetto, e comunque non risolverebbe il problema perché non cambierebbe l’impostazione complessiva del discorso che il passo contiene. Anche altre soluzioni, che si potrebbero proporre, non credo possano trovare giustificazione nelle fonti. Ad esempio, supporre che le dodici tavole e la legge aquilia contenessero norme distinte sulle azioni nossali per i delitti degli schiavi e dei liberi sarebbe astrattamente possibile, ma la cosa sembra affatto strana. Più ragionevole sarebbe pensare che le due leggi antiche non prevedessero per nulla le azioni nossali per i delitti dei liberi: ma in questo caso si tratterebbe anzitutto di stabilire quale fosse il regime più antico della responsabilità da delitto, e dirsi, per esempio, che il *pater* rispondeva sempre personalmente *in solidum* del delitto del sottoposto libero; e quindi magari pensare che le azioni nossali per i delitti dei *filius familias* siano state introdotte dalla giurisprudenza successiva alla legge aquilia in analogia con le azioni nossali per i delitti degli schiavi. Questa tesi potrebbe anche avere una tenuissima base testuale, perché potrebbe corrispondere all’idea che, della storia di questo problema, avevano gli autori delle Istituzioni giustinianee, quando in I. 4.8.7 scrissero: *sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt*, parole che possono essere ben intese nel senso che i *veteres* – nel senso che questo termine abbiamo visto assumeva nelle Istituzioni giustiniane<sup>110</sup> – ammisero l’applicabilità del sistema della nossalità anche oltre la sua applicabilità ai delitti compiuti dagli schiavi e – si direbbe – sulla base di un’analogia fra la situazione patrimoniale dei figli e degli schiavi nella *familia*; e questa evoluzione potremmo anche ritenerla collegata con quella che portò alla introduzione delle azioni nossali pretorie: nel senso che il pretore dava, sulla base di questa analogia e senza inserirle nell’editto, le azioni nossali per i delitti civili commessi dai *filius* e dalle *filiae familias* (furto e *damnum iniuria datum*), mentre nell’editto inseriva la sola previsione delle azioni nossali pretorie, come quella dell’*actio iniuriarum* nossale (LENEL, *EP*<sup>3</sup> § 195) o dell’azione nossale per la rapina (Gai. 4,76; LENEL, *EP*<sup>3</sup> § 187). A meno di non pensare che esistesse pure, almeno nella legge aquilia, un’altra clausola concepita più o meno: *‘Si filius filiave faxit, adversus patrem in solidum actio esto.’*, ponendola come penultima clausola della legge. Ma questa soluzione, che contrasterebbe direttamente con il punto c) dello schema di dati che ho proposto all’inizio di questo paragrafo<sup>111</sup>, sarebbe proprio di pura fantasia.

<sup>109</sup> Lo ha fatto il BESELER, *Beiträge IV*, Tübingen 1920, 270, ed ancora il DE VISSCHER, 492 n. 12, e neppure l’espressione si salva nel contesto della complessa critica interpolazionistica fatta al passo dall’ALBANESE, 145 n. 44.

<sup>110</sup> Cioè i giuristi classici, in senso lato, comprendendovi cioè i giuristi della tarda repubblica, diciamo più o meno a partire dai *fundatores*. Vedi sopra, la n. 2.

<sup>111</sup> Non voglio proporre questo come un argomento a sfavore di questa eventuale tesi, perché esso contraddirebbe solo me, e non le fonti in se stesse, che semplicemente tacciono sul punto.

Però, una cosa si può ancora notarla. Quando Gaio giustificava la responsabilità nossale adducendo come ragione che (Gai. 4.75) sarebbe stato *'iniquum' nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse*, in realtà dava una ragione valida ed appropriata solo per i casi di delitto compiuto da uno schiavo. Non tanto mi sembra distorto pensare che sia ingiusto che i padri rispondano degli illeciti dei loro figli (certo questo pare non essere ingiusto): assurdo invece è che si dica che il limite della responsabilità del padre debba essere rappresentato dal valore del loro corpo, che è *corpus hominis liberi*, e quindi *non habet aestimationem* (Ulp. D. 9,3,1,5; eod. 5,5). La giustificazione (che era certo tratizia e non una creazione di Gaio) della responsabilità nossale era stata concepita evidentemente pensando alla *noxae deditio* degli schiavi, e non dei *liberi* (come in D. 9,4,2 pr. faceva Ulpiano, parlando della responsabilità *ex lege Aquilia* del *dominus insciens: nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat*)<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> Contro la tesi che propongo, e che intenderei enunciare nel senso che la responsabilità nossale del *pater familias* per i delitti commesso dai suoi sottoposti liberi sia stata introdotta dalla giurisprudenza posteriore alla *lex Aquilia*, può addursi come argomento testuale il fatto che in Gai. 4,75, all'inizio del discorso che è impostato storicamente (*noxales actiones proditae sunt*), l'introduzione per i delitti dei figli è menzionata prima di quella per i delitti degli schiavi (*ex maleficiis filiorum familias servorumque*). Nulla mi pare potersi invece trarre degli altri due luoghi di Gaio che menzionano la *noxae deditio* al di fuori della sequenza Gai. 4,75-79 (Gai. 1,13 e 140-141). Neppure può trarsi argomento (questa volta a favore della mia tesi) da Alf. D. 44,7,20, sul quale vedi PUGLIESE, *Scritti* I, 543.

SCRITTI IN MEMORIA DI  
GIOVANNI PUGLIESE, MARIO TALAMANCA  
E ALDO CENDERELLI



## GIOVANNI PUGLIESE

(TORINO, 11 NOVEMBRE 1914 - MILANO, 28 MARZO 1995) \*

Di famiglia astigiana, e figlio di un avvocato, si laureò in giurisprudenza a Torino il 12 luglio 1935 ed ebbe poi anche il titolo di avvocato, ma non praticò la professione. All'Università ebbe come maestro Gino Segré, il che lo poneva nel cuore della grande stagione della civilistica italiana, quella che la emancipò interamente dalla sua dipendenza dal diritto francese per farla partecipare ai frutti della pandettistica tedesca, creando nel contempo lo spazio per una più moderna lettura della tradizione romanistica, mai attenuatasi neppure prima in Italia, ma bisognosa di rinnovamento. Questo contesto era assai stimolante, ma la specifica personalità del maestro contribuì non poco a dar corpo a una visione del diritto che restò sempre propria di P. Segré non solo aveva, accanto alla preparazione dommatica, un'acuta sensibilità storica, ma nella dommatica stessa sapeva essere critico, se certamente non del metodo in se stesso, però del suo impiego scorretto. Nel pensiero di P. è sempre invece assai chiaro che storia e dommatica sono due strumenti per lo studio scientifico del diritto, ciascuno necessario e da coordinarsi con l'altro. La dommatica (che può anche vedersi come sistematica) rappresenta certo lo strumento razionale specifico per l'indagine scientifica nel diritto, ma il diritto in se stesso (il diritto positivo e la sua scienza) si presenta – o meglio consiste – in una realtà continuamente costruita nella storia. Questa prospettiva giungerà anche, in età molto matura, a permettere a P. un giudizio particolarmente acuto sul pensiero e i metodi della scuola storica e della pandettistica di Savigny e Puchta, che secondo P. presenta un aspetto positivo e uno negativo. L'aspetto positivo della pandettistica si concreta semplicemente nel fatto che non si può non riconoscerle l'enorme contributo dato alla formazione della scienza giuridica contemporanea, la quale in essa trova il suo inizio, sicché la pandettistica ne condiziona comunque l'esistenza. L'aspetto negativo è in se stesso di analoga gravità, e trova già presso Savigny la sua impostazione. Si è commesso l'errore metodologico di trascurare la storia: anzi, cosa più grave rispetto all'ignoranza stessa della storia, i pandettisti usavano fonti d'altri tempi come se fossero del loro tempo, e con ciò venivano a mancare della percezione del carattere storico delle fonti stesse.

Ma un'altra prospettiva, già in certa misura presente nei lavori scientifici dell'inizio della produzione di P. è quella, fondamentale nel suo pensiero, del ca-

---

\* Si tratta della voce *Pugliese, Giovanni* pubblicata nel *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, volume II.

rattere unitario del fenomeno giuridico. Questa convinzione, la quale non può non possedere una notevole dimensione teorica, non la si trova elaborata nei suoi scritti: una sola volta ebbe in qualche misura a descriverla. Ma ciò concorda pienamente col fatto che di metodologia egli scrisse assai poco, né era propenso a parlarne specificamente in astratto; le sue concezioni sono però chiarissime nel suo modo concreto di praticare la scienza, come risultavano dal suo insegnamento. Egli vedeva complessivamente il fenomeno giuridico, per quanto vario e composito, come un unico, e la scienza giuridica come un'unica scienza per quanto varie e diverse ne possano essere le manifestazioni concrete; che pure una è la storia del diritto, e che la dommatica e la sistematica del diritto si presentano come un problema unitario, perché anche la considerazione delle diverse loro manifestazioni nei tempi e negli ambienti più lontani non sono se non dati per una riflessione che, da qualunque punto si prendano le mosse, si svolge poi in una prospettiva comune.

Il primo libro pubblicato da *P.* non parrebbe significativo per la concezione dell'unità della scienza, tuttavia la sua genesi ne rivela almeno un presupposto, nel quale appare anche chiara l'influenza di Segré. Il volume fu edito a Padova nel 1938 col titolo: *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di dir. romano*; e si tratta di un lavoro puramente romanistico. Però, in realtà, esso rappresenta la pubblicazione di una parte della tesi di laurea che aveva ad oggetto "i negozi simulati nel diritto romano, nel diritto comune e nel diritto civile attuale". Ciò significa che il punto di partenza della ricerca vedeva già il diritto romano in una dimensione storica complessiva: e ciò è nei fatti confermato dalla circostanza che l'isolamento della tematica romanistica ai fini della pubblicazione a stampa fu dovuta a motivi esteriori: dipese da un'esortazione del maestro che, intendendo avviare l'allievo alla carriera accademica, preferiva che questi si munisse di titoli specificamente connessi con la materia dei concorsi. Ma la rapida maturazione del suo pensiero si appalesa nelle vicende stesse del concorso bandito per la cattedra di Diritto romano dall'Università di Sassari – ne aveva ottenuto l'incarico d'insegnamento il 24 gennaio 1939 – che *P.*, omettendo la tappa della libera docenza, vinse nel 1940 (terzo ternato dopo Giuseppe Luzzatto e Francesco De Martino: si trasferì poi all'Università di Macerata): egli vi presentò, insieme al predetto libro sulla simulazione, anche il volume del 1939 su *Actio e diritto subiettivo* (rist. con nota di lettura di L. Vacca, Napoli 2006). Il secondo lavoro fu dunque composto insieme alla rielaborazione per la stampa del primo, e la cosa è particolarmente significativa perché in *Actio e diritto subiettivo* – che viene spesso indicato come uno dei capolavori della letteratura giuridica del XX secolo – l'impostazione generale della visione scientifica dell'*A.* appare del tutto matura e pienamente consapevole. Anche questo si presenta come un lavoro puramente romanistico, ma esso è caratterizzato in modo particolare. Nel volume vengono studiati i rapporti logici e storici tra le due entità concettuali menzionate nel titolo, con lo scopo di determinare il senso che il binomio aveva nella concezione dommatica dei giuristi romani, da un lato, e dall'altro di individuare concretamente, caso per caso, quan-

do i diversi rapporti considerati dall'ordinamento si siano prima presentati nell'una piuttosto che nell'altra struttura. Ora, nella trattazione di tale tematica, il metodo adottato offre due aspetti, non solo fondamentali in tutta l'impostazione successiva del lavoro romanistico di *P.*, ma altresì atti a concretare una proposta di metodo che avrà conseguenze rilevanti nel successivo atteggiamento della scienza romanistica. Ciò va considerato in relazione a due aspetti diversi. In primo luogo *P.* abbandona il metodo interpolazionistico, che era ancora presente nel libro sulla simulazione. Ciò non significa – beninteso – che egli abbia voluto eliminare il problema delle interpolazioni giustinianee dalla ricerca esegetica sulle fonti romane: tendenze di questo genere sono comparse, soprattutto nella romanistica dell'ultimo quarto del Novecento, ma *P.* non vi aderì mai. Abbandonare il metodo interpolazionistico significava, per lui, abbandonare la *Interpolationenjagd*, e più precisamente cessar di fare della ricerca delle interpolazioni la base dell'esgesi romanistica, partendo inoltre da un modello di “diritto classico” costruito per deduzione da un modello contrario – il “diritto giustiniano” – non tanto fondato sulle riforme di Giustiniano ma come postulato di diversi metodi giurisprudenziali determinati in modo non sufficientemente critico, e quindi in modo storicamente non corretto. Sotto questo aspetto la posizione di *P.* corrispondeva già a quella che rimane la grande lezione di Salvatore Riccobono. Ma oltre a ciò egli avvertiva un pericolo per la consistenza stessa della romanistica giuridica. Non è rilevante solo il fatto che nella compilazione giustiniana le interpolazioni, certo presenti, devono essere considerate assai meno numerose e sostanzialmente meno importanti di quelle che gli interpolazionisti pretendevano di individuare, ma decisivo è il fatto che quel metodo veniva condotto con mezzi prevalentemente filologici, in funzione di tesi spesso troppo generali e vaghe rispetto al contenuto dei singoli testi ai quali veniva applicato ed infine, per la stessa esagerazione delle sue conclusioni, sboccava in un appiattimento della realtà connessa con le soluzioni casistiche e cagionava un allontanamento della ricerca romanistica dalla problematica propriamente giuridica. Nella maturazione di questo atteggiamento si può scorgere anche un riflesso negativo, che al tempo stesso ne misura la consapevolezza, del lungo periodo di studio che nel 1938 *P.* trascorse a Roma presso Emilio Albertario, campione a quel tempo del metodo interpolazionistico in Italia.

Il secondo aspetto è più complesso, e deve essere messo in rapporto con l'idea dell'unità del fenomeno giuridico e della sua scienza, già sopra richiamato. Nella prefazione (p. VI) è espressamente scritto: «Si può affermare che questo studio ha posto in me i primi germi di un'intuizione complessiva del fenomeno giuridico, dal punto di vista dogmatico e da quello storico». Quello che *P.* aveva compreso era proprio il carattere unitario della esperienza e della scienza giuridica, che non si riduce (come era stato nella tesi di laurea) a delineare ogni volta la storia intera di problemi o istituti, ma consiste nel poter attingere, per il discorso scientifico, da tutti gli elementi che possono mettersi a partito per la sua costruzione e comprensione, e comunque nel carattere centrale che il diritto roma-

no e la sua giurisprudenza occupano in quest'operazione. In *Actio e diritto subiettivo* egli affronta un tema esclusivamente romanistico, e non si occupa praticamente d'altro, ma si vale ampiamente della dottrina moderna: trattandosi della problematica dell'azione, della pretesa sostanziale e processuale, del dovere e del diritto soggettivo, si tratta in particolare della letteratura a partire da Savigny e dalla pandettistica; tutto il discorso è, del resto, costruito attorno ad una critica alla nozione di *Anspruch* propria di Windscheid. Quest'uso della dottrina attuale per individuare, spiegare e presentare le strutture concettuali – dommatiche – della giurisprudenza romana non era, per *P.*, un semplice fatto più o meno automatico di linguaggio e tanto meno un tentativo di attualizzazione dell'antico. Egli si era fatto consapevole di un'idea fondamentale, espressa in forma teorica la prima volta già in quel torno d'anni, e precisamente nella prolusione di Macerata del 1940, pubblicata nel 1941 col titolo *Diritto romano e scienza del diritto*: quella del carattere unitario del fenomeno giuridico e quindi della possibilità di una conoscenza scientifica di tale fenomeno nel suo insieme, conoscenza nella quale il diritto romano rappresenta il momento genetico e di più alta elaborazione delle strutture di quella scientificità; ed al linguaggio giuridico attuale spetta un compito parallelo, in quanto esso costituisce il solo mezzo di espressione dei risultati, che divengono così comprensibili tanto ai romanisti quanto ai civilisti e quindi loro patrimonio comune. In quello scritto, *P.* indicava come compito specifico della romanistica quello di dare contributi fondamentali alla teoria generale del diritto. Ma quest'ultima prospettiva, se va considerata indicativa dell'atteggiamento scientifico di *P.*, non corrispose in realtà alla tematica dei suoi lavori negli anni successivi, né trovò eco presso i teorici del diritto, un ambiente dominato allora dalla personalità di Carnelutti.

Ancora agli anni della permanenza nell'Università di Macerata appartengono due opere romanistiche. Gli *Appunti sui limiti dell'imperium nella repressione penale* (Torino 1939) dimostrano che, accanto al suo interesse per il processo privato romano che già stava alla base di *Actio e diritto subiettivo*, egli non trascurava il processo pubblico romano e gli aspetti, anche sostanziali del diritto penale pubblico, mentre il parallelo interesse per i delitti privati romani si concretò negli *Studi sull'iniuria* (Milano 1941), che resta un modello di analisi storico-giuridica, con sapiente impiego anche di fonti letterarie. A quest'epoca, che proseguì nell'insegnamento all'Università di Trieste (1942-47), appartengono anche i primi libri di diritto civile attuale. Il primo, in realtà, non venne mai pubblicato: gli era stata affidata la trattazione di comunione e condominio per il commentario Scialoja-Branca, e il manoscritto era praticamente compiuto quando, durante uno degli avventurosi spostamenti dell'A. alla fine della guerra, venne smarrito. Egli non si sentì più di rifarlo, sicché nello stesso commentario il contributo di *P.* fu un altro, quello sulla superficie, pubblicato in prima edizione nel 1947. Ma egli stava intanto continuando soprattutto a studiare il processo formulare romano, una ricerca che evidentemente risultava sollecitata dal livello dell'approfondimento che questo tema aveva reso necessario per l'*Actio*, com-

binata con il fatto che un adeguato approfondimento della tecnica di tale processo non era ancora a disposizione nella letteratura romanistica. I frutti di questa ricerca (oltre ad alcuni articoli su singoli punti) sboccarono in due corsi, tenuti nella sua nuova sede, l'Università di Genova, negli a.a. 1947-48 e 1948-49, che uscirono nella veste dimessa di una dispensa in due volumi per gli studenti e così, malgrado la sua notorietà, l'opera è rimasta fino ad oggi.

Dopo Genova, *P.* venne chiamato all'Università degli Studi di Milano, dove tenne la cattedra di Istituzioni di diritto romano (affiancata dall'insegnamento dell'Esegesi delle fonti del diritto romano) dal 1948 al 1960 (e ancora l'incarico delle Istituzioni nel 1960-61, dopo la chiamata a Roma). Il periodo milanese di *P.* ed il successivo periodo romano (che durò fino all'a.a. 1983-84, quando andò fuori ruolo) possono essere osservati in modo unitario, in quanto essi rappresentano gli esiti compiuti dell'impostazione metodica che si era accumulata in precedenza. Durante gli anni milanesi egli lavorò costantemente tanto nel diritto romano quanto nel diritto civile attuale. In quest'ultimo campo il prodotto principale fu il volume relativo a *Usufrutto, uso, abitazione* del trattato Vassalli (Torino 1954), ma egli fu anche assai attivo con scritti puntuali su riviste di giurisprudenza (come il *Foro italiano*), che manifestano la sua attenzione ai problemi pratici della giurisprudenza civile. Nel diritto romano scrisse pure una nutrita serie di articoli, anche legati alla sua attiva partecipazione ai congressi annuali della *Société internationale pour l'histoire des droits de l'antiquité*. Ma la decisiva maturazione del suo pensiero è rivelata dalla voce *Giudicato civile* dell'*Enciclopedia del diritto*, scritta appunto nel periodo milanese, ma pubblicata solo nel XVIII volume di quell'opera (Milano 1968). Questo scritto non consiste in una semplice sintesi enciclopedica. Essa si articola in quattro parti: 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, 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, 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 *P.* vi svolge è articolato con questo senso dell'unità della vicenda intellettuale, culturale e concretamente pratica del diritto.

*P.* è dunque tornato ad impostare un lavoro di ampio respiro con la stessa dimensione storica – dal diritto romano ad oggi – che aveva avuto la sua tesi di laurea inedita: ma il senso di tale scelta appare ora illuminato da una concezione scientifica tutta nuova, che non dipende solo dalla ovviamente accresciuta esperienza, conoscenza e capacità di ricerca, ma è soprattutto il risultato della assimilazione integrale delle idee fondamentali che da circa venticinque anni egli aveva intuite e poi sempre più coltivate: l'idea dell'unità del fenomeno giuridico e l'idea

del carattere insieme dommatico e storico e della sua scienza. L'esito di tutto ciò è stata una nuova visione della ricerca comparatistica, che ne risulta intimamente connessa con la ricerca storica, sboccando così in una ricerca, che può ben rappresentare un modo particolare, di grande valore euristico, della scienza giuridica.

Nel periodo romano la tendenza descritta trovò notevole stimolo e conforto per la presenza, nella stessa Facoltà, di Gino Gorla, civilista e comparatista assai interessato alle vicende storiche del diritto: tanto che *P.* concluse la sua carriera sostituendolo – come ordinario della materia – nell'a.a. 1983-84. Questa attività di comparatista continuò anche negli anni successivi, e si concretò anche in una serie di scritti (che si trovano sparsi negli *Scritti giuridici scelti*, 5 vol., Camerino 1985-86, ad esempio vol. IV, 411 s., e ancora in *Scritti giuridici 1985-1995*, a cura di L. Vacca, Napoli 2007, dove compare anche un lavoro [p. 557 s.] che potrebbe considerarsi come una sintesi della visuale comparatistica con i più risalenti interessi di *P.* per la teoria generale del diritto: la voce *Diritto* nella *Enciclopedia delle scienze sociali Treccani*, III, Roma 1993, 34 s.). Egli fu anche eletto alla presidenza, che poi tenne a lungo, dell'ARISTEC (Associazione per la ricerca storica e comparatistica), ma non abbandonò affatto lo studio e la ricerca nel diritto romano. Durante gli anni nei quali a Roma tenne quell'insegnamento ebbe anche l'intenzione di rifare i corsi sul processo formulare (insegnamento e pubblicazione dei relativi libri): iniziò così completandone il piano con un fondamentale corso sulle *legis actiones*, puntualmente pubblicato (*Il processo civile romano I: Le legis actiones. Corso 1961-62*, Roma 1962), ma la cosa dovette fermarsi con il corso dell'anno successivo, che pure fu pubblicato come prima parte del seguito (*Il processo civile romano II.1: Il processo formulare*, Milano 1963). E romanistico fu pure l'ultimo suo lavoro (*Aspetti del rapporto fra dir. e processo in Roma antica*) che fu spedito a Javier Paricio per la pubblicazione nei *Seminarios complutenses de derecho romano* il 6 marzo 1995, e comparve dunque postumo nel sesto volume di tale rivista.

*P.* coltivò a lungo l'idea di scrivere un testo di istituzioni di diritto romano, e già negli anni milanesi ne fece uscire una dispensa in ciclostile (ma incompiuta: relativa praticamente solo al diritto delle persone): *Istituzioni di dir. romano (parte generale)*, Milano 1959. Un'opera compiuta uscì solo nel 1988 in collaborazione con F. Sitzia e L. Vacca (*Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991<sup>3</sup>). Successivamente le fu sostituita una versione indicata come *sintesi* (1994, 1998<sup>2</sup>), con gli stessi autori e lo stesso titolo.

BIBLIOGRAFIA: Necrologi di Carlo Augusto CANNATA, in *Riv. dir. civ.*, 43 (1997) n. 2, 292 s., e in *IURA*, 46 (1995 pubbl. 2000), 181 s.; *G.P. A dieci anni dalla scomparsa*, in *Acc. Lincei*, sr. IX, 17 (2006), fsc. 4, 573 s. (con contributi di G. CONSO, A. PIZZORUSO, C.A. CANNATA, L. VACCA); *Diritto romano, tradizione romanistica e formaz. del dir. europeo. Giornate di studio in ricordo di G.P.* (a cura di L. VACCA), Padova 2008, in part. i contributi di C.A. CANNATA, A. GAMBARO, G. BROGGINI, E. CANTARELLA, L.

VACCA, L. GAROFALO, M. TALAMANCA. Si deve aggiungere uno scritto di P. stesso: *Mein Lebensweg mit dem Römischen Recht*, in *ZSS R*, 108 (1991), 685 s. (ripubblicato in *Scritti giuridici 1985-95*, 303 s.); Maria Rosa CIMMA, G.P., in *St. Univ. Sas.*, II, 62-63.

Parole chiave: Diritto romano; actiones; diritto subiettivo; Pandettismo; diritto penale romano; iniuria; superficie; uso; usufrutto; giudicato civile; diritto comparato; processo civile romano; manuale.



## PUGLIESE PRECURSORE \*

1. – Il titolo della relazione, che gli organizzatori di questo convegno hanno voluto formulare nei termini che conoscete – Pugliese precursore – poteva essere inteso dalla persona che lo deve svolgere come un tema analitico: analitico dell'opera del Pugliese, per sottolinearvi gli elementi che di fatto hanno poi suscitato nuove ricerche puntuali, ovvero hanno dato corpo a nuovi atteggiamenti di metodo. Certo, nell'opera del Pugliese aspetti del genere non mancano. Basta pensare alla prospettiva nella quale è stato scritto già il volume del 1939 su *Actio e diritto subiettivo*, la cui vicenda è per altro già emblematica: perché non meno importante dell'impatto che quel libro ebbe con la dottrina romanistica è stato l'effetto che la sua composizione ebbe sull'autore stesso: infatti, individuata ch'egli ebbe la problematica del rapporto tra il diritto soggettivo e gli strumenti giudiziari della sua tutela nel momento cruciale della storia di questa relazione, e cioè il diritto romano classico, il Pugliese sentì la necessità di approfondire in modo strettamente tecnico le strutture della tutela giurisdizionale dei diritti in quell'epoca, dove la tutela avveniva nello stile della procedura formulare, nella quale il rapporto tra azione e diritto si appalesa in un modo particolarmente evidente e, trattandosi di una procedura creata bensì da magistrati ma concepita dai giuristi, con piena consapevolezza dommatica ed insieme con aderenza assoluta alla sua funzionalità pratica. Ne vennero così i lavori sul processo formulare, ed in particolare i due volumi del famoso corso genovese del 1947 e 1948, i quali costituiscono, insieme col già acquisito *Edictum perpetuum* del Lenel, il luogo nel quale qualunque studioso ritrova oggi quanto serve per la conoscenza di quel tipo di processo, il quale rappresenta un *unicum* e un modello irripetuto e irripetibile di procedura civile. Il Pugliese fu dunque, certo, anche un precursore, e quindi un innovatore in questo senso. Ma si deve considerare che lo fu in un modo particolare, consono con la sua personalità. Voglio dire che il Pugliese, di precorrere o di innovare non pensò mai; non solo non assunse mai l'atteggiamento dell'innovatore, ma non credette mai di esserlo: egli fu un personaggio come Giotto o Mozart, che sono fra i più poderosi innovatori nella storia delle loro arti, ma che di innovare non pensarono mai; pensarono solo di operare convenientemente nel loro lavoro: solo che avevano mente per scorgere che lavorare convenientemente implicava muoversi in esplorazione muniti di strumenti che permettessero di far luce in settori oscuri.

---

\* Pubblicato in L. VACCA (ed.), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo (Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese)*, Padova 2008.

2. – Questo atteggiamento del Pugliese è anche consono con il fatto che nella sua opera mancano scritti espressamente dedicati a problemi di metodo, così come mancano affermazioni programmatiche che non siano puramente occasionali. Ciò non significa che problemi di metodo egli non se ne ponesse, e indirizzi programmatici egli non ne abbia avuti. Ma, questi ultimi in particolare, emergevano soltanto – si direbbe – per caso, come argomentazioni in contesti di tutt'altro carattere, o magari nel discorso quotidiano. E io vorrei appunto impostare il mio discorso intorno a Pugliese precursore su tre sue affermazioni, delle quali una rappresenta solo il mio ricordo personale di una sua frase dettami *en passant*, una consiste in un'affermazione fatta in pubblico, ma che non mi risulta mai poi essere stata scritta o comunque pubblicata a stampa, e la terza è invece scritta, ma quasi per caso: si tratta di poche parole che facevano parte del discorso che egli fu sollecitato a tenere nel Symposium organizzato in suo onore, per iniziativa del collega Andreas Wacke, presso l'Università di Colonia – dove il Pugliese si trovava per aver ricevuto un premio della Humboldt-Stiftung – e che fu poi pubblicato nella Savigny del 1991.

3. – La prima di queste affermazioni la fece a me stesso un giorno, nella seconda metà degli anni '50 del secolo da poco conclusosi, mentre discutevamo per la strada: io gli esponevo una mia impressione – se non ricordo male – sul modo di presentare i problemi di un autore del quale stavo leggendo qualcosa. Egli mi disse, ad un certo punto, che avviene spesso che dei giuristi ricorrano alla dommatica perché non conoscono la storia. Questa affermazione, come si capisce bene, acquisterebbe un senso abbastanza squallido se provenisse da uno storico del diritto del genere di coloro che risultano naturalmente impacciati di fronte ad un problema impostato in termini dommatici. Ma il Pugliese era – come tutti sanno – un dommatico autentico. Solo che, nel suo pensiero, non aveva spazio alcuno l'idea, che si sente professare troppo spesso, secondo la quale – così ci si esprime – fra “metodo dommatico” e “metodo storico” esisterebbe una contrapposizione. Egli era uno storico che faceva della dommatica ed un dommatico che faceva della storia: nella precisa consapevolezza che dommatica e storia sono entrambe strumenti della scienza giuridica, e non due diversi metodi per praticarla. Del resto, che per lui, come giurista, questo atteggiamento costituisse un'attitudine mentale del tutto naturale non meraviglia affatto, perché era allievo di Gino Segré, ed un allievo con grande capacità di assimilazione: di assimilazione critica, che per altro rappresenta la capacità di assimilazione più profonda.

Questa compiuta compenetrazione non solo di preparazione storica e capacità dommatica, ma del tutto di storia e dommatica come elementi della scienza giuridica, hanno dato corpo ad uno degli aspetti più rilevanti di Pugliese precursore.

Per far comprendere bene quel che intendo dire, devo prendere il discorso dal suo capo.

La grande stagione della pandettistica ha prodotto, per l'ambiente del diritto

codificato, che in Germania s'instaurò immediatamente dopo il tempo dello splendore di quella scuola, una nuova figura di civilista-romanista. Nella manifestazione italiana di quella stessa corrente, che s'iniziò già prima che fosse compiuta la compilazione del BGB, quella stessa figura dominò la grande stagione della civilistica italiana – che ebbe anche il maestro del Pugliese, Gino Segré, fra i suoi esponenti di spicco –, e i giuristi romanisti furono particolarmente attenti anche all'opera dei loro predecessori medievali. Man mano che dall'*aetas aurea* della pandettistica ci si allontanava, la scienza giuridica, soprattutto nel mondo europeo *sauciatus* dalle due guerre mondiali, pervenne, anche se lentamente e più per via pratica che con vera consapevolezza di metodo, ad allontanarsi da quel modello di giurista ed infine a rifiutarlo: il pandettista, si era propensi a pensare – in realtà lavorando di fantasia su qualche realtà già per altro denunciata da Rudolf von Jhering –, veniva considerato una specie di costruttore arbitrario di dogmi che elaborava sulla base di un sistema giuridico utopico da lui stesso creato maneggiando le fonti romane intese come sistema del diritto romano attuale, che si riduceva ad una dommatica astratta e conservatrice dalla quale ci si doveva soltanto liberare. Ne nacque l'ideale di un civilista attento al solo presente, ma esperto in un metodo ancora dommatico, che si salvava dalla qualifica di pandettista praticamente solo perché ignorante del diritto romano, compensando magari, anche se più tardi e in tempi alquanto vicini a noi, tale ignoranza mediante l'attenzione a qualche atteggiamento del Common Law, che una pandettistica ed un'influenza romanistica in genere, così almeno si credeva allora e ancora crede qualcuno, non aveva avuto. Il risultato è stato, come si capisce, la figura di un civilista dommatico, talora convinto di poter fare una dommatica nuova partendo da soluzioni che nel Common Law erano state costruite mediante finzioni, e non di rado provenivano poi, praticamente – come si comprende –, da atteggiamenti delle corti americane piuttosto che da quelle inglesi. Il risultato, in sostanza, è quello di un civilista senza storia, chiuso nell'empiria tecnologica di costruzioni effimere e per conseguenza dotate di una certezza evanescente: anche perché gli apparati desunti dal Common Law si fanno sterili senza un sistema di corti di giustizia ed una classe di giuristi come quella che l'Inghilterra ha potuto produrre<sup>1</sup>.

Se Giovanni Pugliese fu sempre lontano dalla visione che ho descritto, ciò si

---

<sup>1</sup> Non ho considerato, in questo evidentemente troppo sintetico bilancio, il contributo che può provenire dall'analisi economico-giuridica, che ci proviene soprattutto dalla scuola statunitense del Calabresi, perché la sua incidenza nella scienza e nella prassi giuridica europea è ancora limitata ed elitaria. Sarei comunque propenso a credere che le tecniche dell'analisi economico-giuridica possano certo svolgere un ruolo importante nel ripensamento di certe strutture istituzionali e in certi casi nella tecnica della decisione casistica concreta (giudiziale e negoziale), ma che ciò non comporti affatto una metamorfosi della scienza giuridica, bensì solo un rimarchevole contributo al suo impiego tecnologico, o meglio ad un ripensamento con tecniche moderne e più complesse di istanze da sempre presenti nell'analisi che il giurista deve necessariamente fare ove non scelga di professare un puro *law in books*, chiudendo luci e vedute che danno sul *law in action*.

deve direttamente al fatto che egli non ebbe mai un'anima di dommatico e un'anima di storico separate. Il che gli permise di concretare fin dall'inizio quel modello di giurista compiuto, al quale noi oggi cominciamo a renderci conto che è necessario tendere, se vogliamo che la scienza giuridica conservi, o forse meglio – purtroppo – ritrovi il modo di considerarsi scienza nel senso proprio di questa parola. Pugliese non fu un pandettista, perché il suo senso storico glielo impediva, non fu un'interpolazionista, perché il suo senso giuridico lo distoglieva dall'affidarsi alla filologia per impostare i problemi dei testi giuridici, e non fu neppure mai angustiato dai problemi di metodo che derivavano solo da una visione unilaterale e preconcepita della realtà sulla quale i problemi vengono impostati. Ci fu, ad esempio, un periodo, che coincise con i tempi del suo insegnamento a Milano, durante il quale si discuteva alquanto sulla liceità di esporre il diritto romano usando termini e concetti (“dommatiche”) del diritto attuale. Molti di noi ricordano che anche la rivista *Labeo*, già dai suoi inizi attenta col suo direttore Antonio Guarino a cogliere gli echi di queste controversie generali, aprì in proposito una – la prima – delle sue “inchieste” proponendo il relativo questionario. Pugliese aveva risposto al questionario<sup>2</sup> a suo tempo, ma più importante<sup>3</sup> di quella risposta fu l'atteggiamento che dimostrò di avere assunto qualche anno dopo, quando, parlando insieme di quella vicenda, egli mi dimostrava di considerarla solo come una sorta di segno dei tempi, di tempi passati. Parlare di diritto romano ad uno studente o comunque ad un giurista moderno non pone un problema come quello che in quell'inchiesta di *Labeo* si prospettava, se se ne parli da giuristi: se si tratta di descrivere nozioni giuridiche, il giurista attuale usa il proprio linguaggio, se le nozioni di cui parla sono romane, le descriverà con il proprio linguaggio indicando le corrispondenti espressioni impiegate dai giuristi romani, e se i concetti o le impostazioni stesse sono diverse, avrà cura di spiegare le differenze stesse, o illustrare i tipi che si stanno confrontando, con i termini opportuni, ed il linguaggio sarà naturalmente composto di moderno e di antico, senza che si incontrino particolari difficoltà, purché chi parla conosca a dovere le cose di cui parla. Il problema nasceva dunque, semplicemente, nella mente di coloro che, non essendo veramente giuristi, non intendono bene il diritto romano, e temono di tradire il pensiero dei giuristi antichi spiegando che la *mancipatio* è un negozio astratto che produce un acquisto a titolo derivativo.

<sup>2</sup> La risposta del Pugliese si legge in *Labeo* 2(1956), 193 ss.

<sup>3</sup> Per vero, quello che sto per dire era per lo meno già implicito nella risposta al questionario di *Labeo*, della quale riporto qui l'inizio (che è pure l'inizio della risposta alla prima domanda del questionario, che era la seguente: *Nello studio dei diritti antichi, e particolarmente del diritto romano, è inevitabile, o almeno indispensabile, o almeno opportuno, approfittare della preparazione «dogmatica» moderna?*): “Direi, che approfittare della preparazione dogmatica moderna è, in linea di fatto, inevitabile anche da chi vi si proclama avverso. Solo chi *non ha* preparazione «dogmatica» moderna, può evitare di approfittarne nello studio del diritto romano. Allora ciò che veramente si deve chiedere è se, per studiare e insegnare il diritto romano, convenga non avere alcuna preparazione «dogmatica» moderna”.

4. – La seconda affermazione del Pugliese, che mi accingo a ricordare, è direttamente legata alla prima, ma ha una direzione diversa. Questa volta essa fu resa in pubblico, e devo spiegare brevemente in quale circostanza. Si era a Roma, negli anni '60, ed in un'ampia sala, popolata soprattutto da romanisti – ma anche da altri storici del diritto –, si svolse una specie di dibattito, che venne introdotto da Arnaldo Momigliano: il quale vi disse, per interpretare meglio il suo atteggiamento dovrei dire che vi annunziò, che eravamo colà riuniti per celebrare la fine della distinzione – così egli si esprime – “fra storici-storici e storici del diritto”. Dopo di ciò, il merito di portare la discussione sul terreno concreto spettò a Riccardo Orestano, che nel manifestare la sua adesione piena alla posizione del Momigliano, concentrò il suo intervento su di un riferimento pratico, spiegando che quando un romanista si occupa di un passo, diciamo scritto dal giurista Giuliano, che contenga l'esame di un caso pratico, se non riesce a rivivere il caso nelle sue dimensioni storiche – nella prima metà del II sec. d.C. a Roma o nell'altro luogo al quale il passo allude, nell'ambiente e con le condizioni di vita materiale e spirituale proprie dell'epoca e del luogo – non è in grado di capire quel che legge, in nessuno dei sensi che potrebbero sollecitare il suo interesse all'esame di quello scritto. Fu nella discussione così impostata che il Pugliese intervenne, ed il senso del suo intervento fu subito chiaro – anche se, per vero, non da tutti i presenti capito – perché disse all'inizio la frase che ora vorrei riprendere, e cioè che “non si deve dimenticare che la storia del diritto non appartiene alle scienze storiche, ma alla scienza giuridica”. Con riguardo all'esempio concreto fatto dall'Orestano, egli obiettò che al giurista, di quel passo di Giuliano, interessa l'impostazione giuridica del caso, il problema giuridico che vi si pone, e la soluzione che il giurista ne dà. In sostanza: quel che interessa è il pensiero del giurista Giuliano; ed è noto che i giuristi romani, quando esponevano un caso, ne riducevano già gli elementi di fatto a quanto fosse rilevante in funzione della loro diagnosi giuridica; già rispetto al caso essi operavano una *Isolierung* – la citazione di Schulz fu espressa – che faceva di un fatto della vita quotidiana un tipo di fatto idoneo ad essere oggetto di un ragionamento che non concerne solo quel fatto, anche se di un fatto reale e datato si trattava come punto di partenza del responso o della *quaestio* che si sta leggendo. Questo discorso il Pugliese non lo faceva – e lo disse anche, se non ricordo male – per sostenere che il romanista che legge le fonti è esonerato dal conoscere la storia dei tempi ai quali le fonti che studia appartengono, perché certo nulla era più estraneo al suo modo di pensare. Il senso del suo dire era invece che falsa è l'idea che l'atteggiamento del giurista nei confronti del passo possa essere lo stesso di quello di uno storico generale. E ciò proprio perché quello che aveva detto l'Orestano, che la prima cosa da fare sarebbe stata quella di restituire al fatto i suoi connotati storici contingenti, avrebbe rappresentato l'operazione inversa a quella che Giuliano aveva effettuato presentando il passo in funzione di una riflessione giuridica. Non ho bisogno – credo – di illustrare ulteriormente le argomentazioni implicate nell'intervento del Pugliese in quell'occasione. Vorrei solo evidenziarne una delle conclusioni finali, quella precisamente che mi sembra avere una più vasta portata rispetto

ad una situazione attuale della cultura giuridica e dell'insegnamento delle materie storiche nella Facoltà di Giurisprudenza. Procederò a mio modo, ma convinto di riprendere uno degli insegnamenti più vivi del mio Maestro.

Incomincerò leggendo un testo che conoscete, e quindi posso senz'altro leggere nella forma in cui ci è pervenuto.

Ἐν τοῖς ὀρθογωνίοις τριγώνοις τὸ ἀπὸ τῆς τῆν ὀρθὴν γωνίαν ὑποτείνουσας πλευρᾶς τετραγώνον ἴσον ἐστὶ τοῖς ἀπὸ τῶν τῆν ὀρθὴν γωνίαν περιεχουσῶν πλευρῶν τετραγώνοις.

Come certo tutti avete capito<sup>4</sup>, si tratta del teorema di Pitagora, come esso compare enunciato negli *Elementi* di Euclide<sup>5</sup>. Ora, poniamo che uno storico-storico, voglio dire uno degli storici generali, muniti di preparazione nelle scienze storiche e di una solida base filologica, come quelli che secondo il Momigliano non dovrebbero differenziarsi dagli storici del diritto, e quindi – perché no? – neanche dagli storici della matematica: poniamo – dicevo – che uno di questi storici venga a contatto con questo testo; egli potrebbe porsi e risolvere problemi come quello di sapere perché il teorema di Pitagora (sec. VI a.C.) lo conosciamo da Euclide (sec. IV a.C.) ed anche notare che il nostro termine “ipotenusa” indica una certa nozione, mentre presso Euclide è solo uno degli elementi della descrizione di quella stessa nozione. Ma, per esempio, i problemi connessi con la dimostrazione di quel teorema, dimostrazione che presso Euclide segue l'enunciato che ho letto ed è fatta impiegando una figura famosa, egli non avrebbe strumenti per capirli: per esempio, che in tale figura si vedono tracciate, fra l'altro, tre linee, precisamente tre segmenti – AL, che appartiene alla perpendicolare condotta dal vertice dell'angolo retto del triangolo fino ad incontrare l'ipotenusa; BK e GZ, che sono condotti dal vertice di ciascuno degli altri due angoli del triangolo rettangolo (ABG) fino all'angolo opposto di ciascuno dei quadrati costruiti sui cateti opposti a tali angoli – e questi tre segmenti s'incontrano in un punto: ma Euclide non si preoccupa di dimostrare, e neppure di sottolineare quest'ultima coincidenza, che pure risulta dal suo disegno. I matematici-storici ci sanno dire che la dimostrazione di questa coincidenza fu poi data – a quanto parrebbe, per la prima volta – da Erone (I sec. d.C.). Ma il nostro storico-storico non sarebbe neppure stato in grado di accorgersi che un simile problema esiste. Da ciò appare chiaro che uno storico-storico non è in grado di fare della storia della matematica, come – ci sono molti libri, vecchi libri ormai solo, per fortuna – che provano che storici generali non sono in grado di scrivere una storia della musica, anche se magari sanno suonare un pianoforte, e

<sup>4</sup> Aggiungo, per comodità del lettore, la traduzione letterale del passo: “Nei triangoli rettangoli il quadrato del lato sotteso (ὑποτείνουσας) all'angolo retto è uguale ai quadrati dei lati che affiancano l'angolo retto”.

<sup>5</sup> Eucl., Elem. 1,47.

del resto ci sono tanti libri, neppure così vecchi questa volta, che sono lì a provare che gli storici-storici non sono in grado di scrivere di storia del diritto. Questo, in se stesso, è solo un segno dei tempi. Nel medio evo e nell'epoca moderna sono esistiti, ed erano anzi in qualche modo frequenti, personaggi di cultura poliedrica, mentre ai nostri tempi tali personaggi non esistono più: magari per buone ragioni, e diciamo pure – è però, da parte mia, un “dato e non concesso” – per ragioni positive; ma certo positivo non è il fatto che esistano personaggi che, pur avendo solo un – magari notevolissimo – sapere specializzato, ritengano con ciò di poter trattare di qualunque argomento, quando questo presenti una qualche relazione con quello che conoscono. Con riguardo alla storia, la cosa si pone in questi semplici termini: se è uno storico che vuol fare la storia di una certa disciplina, deve studiarla a fondo tale disciplina – e studiare a fondo una disciplina non coincide necessariamente con il prendersi la relativa laurea –; se è lo specialista di una disciplina che vuol farne la storia, deve impadronirsi di tutti gli strumenti storiografici necessari. Uno storico giurista deve essere in grado di trattare da giurista un problema giuridico, un giurista storico deve essere in grado di trattare da storico un problema di storia generale e da filologo un problema esegetico relativo alle fonti che impiega.

Queste prospettive, nella mente del Pugliese, lo portavano soprattutto ad insistere sul fatto che il luogo di studio della storia del diritto è la sola Facoltà di Giurisprudenza, il che implica anche la presenza in essa dei relativi specialisti e della relativa biblioteca, che lo studio delle fonti giuridiche esige un'impostazione determinata da una visione giuridica della problematica in questione; ed anche – questo punto è l'ultimo che enumero a questo proposito, ma esso rappresenta una posizione fondamentale nel pensiero del Pugliese – che lo studio di qualunque problema di storia del diritto esige un'adeguata conoscenza della vicenda storico-giuridica complessiva nella quale il problema s'inserisce. Di questo mi resi conto proprio lavorando con lui, ed in un modo particolarmente consapevole. Quand'ero suo assistente a Milano, mi capitò di leggere – anche perché ebbi la fortuna di conoscere personalmente l'autore frequentando i congressi spoletini del *Centro italiano di studi sull'alto medioevo* – il libretto di H.I. Marrou, *De la connaissance historique*. Ad un certo punto l'autore vi sosteneva, ed illustrava bene tale sua proposizione, che la conoscenza storica, cioè la conoscenza di un dato fenomeno del passato, si concreta nell'instaurare un rapporto fra il conoscente attuale e tale dato: il che implica che la misura di tale conoscenza è direttamente proporzionale alla misura della conoscenza che il conoscente attuale abbia della storia che connette il dato del passato alla conoscenza attuale di esso. Questa proposizione non si riduce alla banalità che il conoscente deve anche sapere come quel dato gli sia pervenuto: essa implica che il conoscente attuale sappia come il modo di pensare dei conoscenti del fatto contemporanei al fatto si sia modificato, e per quali vicende si sia modificato lungo l'itinerario che è sboccato nella nostra conoscenza attuale. Per un giurista, ed in particolare un romanista, la conclusione potrebbe sembrare desolante; perché essa implica una conoscenza di molti secoli di letteratura giuridica, di decisioni giu-

diziarie, di alternanze normative – fatte di oblii, di innovazioni, di modifiche interpretative – e ricordo il Pugliese che sfogliava i libri della grande Biblioteca di diritto comune del Senato milanese, che allora era in deposito presso il nostro istituto, dicendomi che c'è tanto che dovremmo leggere, e che non abbiamo mai letto. Ma questo suo atteggiamento preoccupato non durò a lungo. Al tempo in cui lavorava a quella che sarà la voce *giudicato civile* dell'*Enciclopedia del diritto*, egli poteva parlare di quella letteratura in modo molto diverso. Aveva imparato a trovare i momenti chiave dell'evolversi di una vicenda del pensiero giuridico nel tempo, aveva constatato come gran parte dei libri giuridici siano pressoché copiati l'uno dall'altro, come equivoci più o meno puntualmente individuabili nella loro genesi abbiano potuto dar luogo a dottrine, come queste dottrine si siano fatte, da *ius controversum*, dottrine dominanti o dogmi universalmente accettati ovvero ancora abbiano partorito regole più o meno suscettibili di eccezioni, talora conservando però, malgrado questo, un sottofondo ambiguo, pronto a riemergere come tema problematico. Ma tutto ciò è specificamente storia del diritto: e se pure è vero che il diritto rappresenta una sovrastruttura dei fatti sociali, ciò non implica che le modifiche del pensiero giuridico seguano sempre i fatti corrispondenti: nel pensiero del Pothier, il sistema feudale fu cancellato prima che la rivoluzione francese lo eliminasse nelle strutture politiche.

5. – La terza affermazione del Pugliese, che ora ricordo, si trova scritta – come già dicevo – nel testo della conferenza o relazione da lui tenuta nel *Symposium* organizzato da Andreas Wacke a Colonia, dove egli si trovava come Gastforscher, essendo stato insignito nel 1989 di un Forschungspreis della Alexander-von-Humboldt-Stiftung. La frase aveva lo scopo di dar ragione del malessere che egli provò, e delle “pillole amare” che anche dovette inghiottire, quando, nell'ultima fase della sua vita di studioso, intraprese ad occuparsi in modo impegnato anche di comparazione giuridica. La frase è la seguente<sup>6</sup>: “Das wahrscheinliche Grund dafür ist, daß ich als Rechtsvergleicher trotz meines Eifers immer ein Dilettant geblieben bin”. La frase va, evidentemente, letta nel suo contesto, che è per altro assai interessante, ma le ragioni profonde della dichiarazione devono essere desunte da varie allusioni che nel contesto originario l'accompagnavano.

L'entusiasmo, di cui vi si parla, per la ricerca comparatistica lo si comprende perfettamente. Da tutto questo discorso che sto facendo credo emerga chiaro, e comunque lo sottolineo espressamente, che a mio modo di vedere l'aspetto di “precursore” nella figura di Giovanni Pugliese non va semplicemente desunto dal carattere dell'una o dell'altra delle sue opere, bensì dal modello di giurista attuale che egli ha rappresentato: un modello dotato di forza precorritrice in quanto corri-

---

<sup>6</sup> ZSS 108(1991), 689.

spondente ad una sicura istanza del mondo della scienza giuridica; un'istanza che non fu lui a concepire, perché rappresenta il prodotto del modo di porsi della scienza giuridica dei nostri tempi, ma che egli ha potuto realizzare; senza perseguirla come uno scopo, perché la realizzazione è stata il risultato naturale del suo modo di lavorare e di pensare il suo essere giurista, e non può neppure dirsi concretato nell'una o nell'altra delle sue opere, ma dall'insieme della sua produzione, cioè dal modo in cui da un tipo di ricerca egli passò ad un'altra, dal modo in cui le tematiche che toccò si rivelano completate dalle prospettive di altre, e da come si scorge dove il confine di una ricerca possa essere poi stato risentito come un limite: per il desiderio che suscita, fino a farsi decisione, di aprire una finestra rimasta precedentemente chiusa. *L'Eifer*, l'entusiasmo per il diritto comparato non poteva non prendere Giovanni Pugliese dopo che, trasferitosi a Roma nel 1960, lavorò accanto a quello straordinario personaggio che fu Gino Gorla. La reciproca frequentazione e l'amicizia di Gino Gorla determinarono Pugliese a spalancare appunto una finestra, nella quale egli aveva in precedenza solo aperto uno spiraglio che gli permetteva di rendersi conto di una visuale senza poterla tuttavia contemplare. Già nella sua prolusione di Macerata per l'anno accademico 1940-41<sup>7</sup> il Pugliese concludeva, dopo un'articolata trattazione: "Richiamare la dottrina romanistica al suo compito istituzionale di fornire contributi alla teoria generale del diritto, in un senso alquanto diverso dall'attualizzazione del diritto romano proposta dal Koschaker, mi sembra sia il mezzo più idoneo per restituire alla nostra disciplina il suo interesse attuale". Questa indicazione del giovane Pugliese ventiseienne, ma già animato da uno spirito jheringhiano di "über das römische Recht hinaus"; era orientata verso la teoria generale del diritto: ma ciò non deve essere inteso in modo superficiale. Non era solo il fatto che a quei tempi la teoria generale del diritto sembrava essere un vero strumento per la considerazione del fenomeno giuridico nel suo complesso, e quindi di una prospettiva dotata di grande valore scientifico e di intensa forza formativa per i giovani studiosi; il richiamo del diritto romano ad una funzione specifica nella costruzione di quella visione teorica dipendeva anche – ma direi piuttosto: soprattutto – dalla constatazione che la costruzione dei teorici del diritto era al tempo, e sarà spesso anche poi, fatta senza un'adeguata considerazione della dimensione storica del fenomeno giuridico; potremmo dire, parlando in linea generale almeno, ma con una generalità assai diffusa, ignorandone la storia. Così essa rischiava di diventare il campo privilegiato del difetto che denunciavo prima: e cioè il regno esclusivo della dommatica impiegata per impostare problemi che la storia impone siano impostati diversamente, anche se poi vanno impostati dommaticamente, ma con una dommatica diversa, ad un tempo più problematica e più semplice. Ora, l'approccio al diritto comparato, quando il Pugliese poté ve-

---

<sup>7</sup> Diritto romano e scienza del diritto, in *Ann. Macerata* 15(1941), 5-48, ora in PUGLIESE, *Scritti giuridici scelti* III, Camerino 1985, 161 ss. (la frase citata si legge a p. 204).

derne bene le possibili dimensioni, si dimostrava ben più idoneo della teoria generale per dare corpo ad una dimensione scientifica del diritto, e fra l'altro si poteva rivelare come una via per uscire dalla sconsolata consatazione dello Jhering: che, come effetto delle codificazioni nazionali del XIX secolo e della fine della scienza del diritto comune, vedeva la scienza giuridica frazionarsi in un numero di scienze giuridiche pari a quello dei vari ordinamenti nazionali, e concludeva: "una situazione umiliante, indegna per una scienza!"<sup>8</sup>.

Ora, quando disse quella frase alla quale ora mi sto riferendo, che cioè come comparatista egli era sempre rimasto un dilettante, il Pugliese lavorava come comparatista già da diversi anni, ed aveva anche concluso come professore ordinario di diritto comparato la sua carriera di docente. Fossero pure stati pochi anni quelli della sua dimestichezza con la comparazione, si sarebbe trattato di un tempo sufficiente perché una personalità come la sua superasse la fase del dilettantismo: ma gli anni erano invece già molti, perché l'impegno comparatistico del Pugliese aveva preso concretamente corpo prima del 1964, quando fu invitato a tenere un corso di *Introduction to Civil Law* alla Louisiana State University. La frase che ho riportato era invece espressione della sua amarezza. Ma, questa amarezza, donde gli derivava?

Facendo il comparatista, si entra necessariamente nel mondo dei comparatisti. All'ingresso in quel mondo il Pugliese era stato accompagnato da Gino Gorla, che era invero l'accompagnatore ideale per un romanista civilista come il Pugliese. Gli interessi storici del Gorla, che risultano assai bene dalla sua opera e già allora erano chiari nei due volumi su *Il contratto*, hanno una dimensione caratteristica. Egli si interessava in modo globale al Common Law, soprattutto inglese, che percorreva in tutta la sua dimensione storica; era anche parimenti interessato alla dimensione storica del Civil Law europeo, con due atteggiamenti distinti per il diritto romano e per il diritto intermedio; per quest'ultimo, egli era insoddisfatto da quel che trovava nella letteratura moderna in proposito, e quindi preferiva procedere da solo alle ricerche che l'interessavano, il che lo portò anche a risultati di valore generale: come tutti sanno, le sue ricerche sull'interesse che la giurisprudenza di certe rote italiane suscitò presso le corti inglesi contribuì a superare la visione isolazionistica dell'evoluzioe del Common Law rispetto al Civil Law, che era stata propria dell'impostazione storiografica inglese dominata dalla visuale del vecchio e pur grande Maitland. Quanto al diritto romano, il Gorla sapeva di avere invece a che fare con una elaborazione di compiuto approfondimento critico, sicché non vi si cimentava affatto, accontentandosi praticamente di tener per acquisiti i risul-

---

<sup>8</sup> La frase dello Jhering ("... die Wissenschaft ist zur Landesjurisprudenz degradiert, die wissenschaftlichen Grenze fallen in der Jurisprudenz mit den politischen zusammen. Eine demütigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft") è ricordata in COING, *Europäisches Privatrecht* II, München 1989, 27, che la trae dall'edizione di Wien 1872 di *Der Kampf um's Recht*. Di "pédantisme national" aveva già parlato il Fenix nel 1834 (vedi COING cit., 56 s.).

tati che comparivano nei libri di Istituzioni. Accanto al Gorla, la posizione del Pugliese era naturalmente segnata. Si trattava di introdurre in quel modo di lavorare la presenza della considerazione approfondita del diritto romano: che avrebbe gettato la luce che ancora mancava su tutta l'evoluzione, anche intermedia e moderna, della quale il diritto romano non rappresenta solo il poderoso fondamento, ma ancora rappresentò per secoli, sempre, e in ogni caso fino alla confezione dei codici moderni, il luogo principale della genesi degli istituti positivi del diritto privato e del metodo per la sua elaborazione dommatica e sistematica, nonché per la sua incidenza pratica attraverso le strutture dommatiche processuali impostate dalla procedura formulare e rielaborate nella tecnologia pratica del processo romano-canonico delineatosi sul fondamento della cosiddetta *cognitio extra ordinem*. Ma il mondo dei comparatisti non era composto solo da Gino Gorla, e Gino Gorla è venuto ad un certo punto a mancare. Tra gli altri comparatisti, ve ne furono certo che si dimostrarono soddisfatti quanto lui per il contributo che i romanisti potevano dare. Ma ve n'erano anche altri, ed anche la simpatia dei primi si attenuò presto alquanto.

Le ragioni di tutto ciò vanno esaminate, perché altrimenti la vicenda potrebbe apparire inestricabilmente oscura.

Certo, esistono molti comparatisti che l'apporto, anzi la necessità dell'apporto della storia alla ricerca comparatistica, non l'hanno proprio, semplicemente, capito. Vi riferisco un'episodio, del quale sono stato testimone oculare, e se non menziono il nome del protagonista non è certo per rispettare la sua privacy, ma perché proprio non ne ricordo il nome. Nel 1998 al congresso della *Société internationale de droit comparé*, che si teneva quell'anno a Bristol, Antonio Gambaro tenne una relazione sull'apporto che la conoscenza della storia poteva fornire alla comparazione giuridica; nella breve discussione che seguì, uno dei presenti, che era professore in non so quale Università europea, intervenne per dire più o meno queste parole: "Noi insegnamo il diritto comparato, e per questo ci dicono che dobbiamo fare del diritto straniero, e poi dobbiamo anche insegnare la tecnica della comparazione – e poi aggiunse qualcos'altro che non ricordo, per finire: – adesso ci si viene a dire che dobbiamo fare anche della storia: ma chi ci dà il tempo per fare anche questo?". Ma lasciamo pure da parte queste posizioni che possiamo considerare semplicemente dettate da scarsa consapevolezza di quel che si fa. Perché c'è una constatazione più grave, che ormai esige di essere fatta. Per dare la dimensione del fenomeno che ora intendo presentare, potrei ricordare una storiella, che presenta un episodio verificatosi ai tempi della recezione del diritto romano, e precisamente l'udienza di un processo che si celebrava in una corte svizzera, negli anni in cui cominciarono ad esservi presenti dei difensori che avevano studiato all'Università<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Questo "episodio di Frauenfeld" è assai noto in Svizzera. La sua versione più antica si legge in J.C. KREYDENMANN, *Kurtzer Tractatus von des Teutschen Adels sonderlich der Freyen Reichs-Ritterschaft in Schwaben Staat, Stand ... Recht und alten Herkommenheiten* (1646), 147 ss. Riporto il pun-

Uno di questi difensori, in un suo intervento, argomentò valendosi di opinioni dei *doctores* del diritto comune, ma la sua argomentazione fu interrotta dallo scabino che presiedeva, dicendogli: “Ascolta Dottore, noi confederati non sappiamo che farcene di Barthele e Baldele e altri dottori; abbiamo le nostre consuetudini patrie e il nostro diritto. Fuori, Dottore, fuori!”. Si tattava della voce dei pratici, che temevano l’argomentazione romanistica, perché avevano paura di non avere strumenti necessari per replicarvi, o comunque per gestirla, e così di perdere la loro autorità e infine anche il loro mestiere. Ora, la posizione di quei Füsprecher o di quegli scabini è comprensibile, perché era vero che le obiezioni di un *jurista* li trovavano impreparati, era vero che fino ad allora in quel luogo la parola di Bartolo e Baldo non aveva avuto rilevanza in funzione del diritto positivo, e soprattutto si deve tener conto che la loro preoccupazione non era scientifica. Ma il fatto è che oggi la collaborazione della scienza romanistica alla scienza giuridica si presenta come un elemento della scienza, e non vi si presenta come un elemento nuovo: la scienza del diritto romano fa parte della scienza giuridica fin da quando la scienza giuridica è nata, perché sono i giuristi romani che l’hanno creata; il giurista attuale la pratica ogni giorno, che se ne accorga o no; che uno scienziato del diritto la rifiuti, costituisce solo una dimensione suicida: se alla scienza giuridica attuale si volesse togliere quanto essa deve all’opera che va dai pontefici a Modestino – ammesso che la cosa risultasse possibile – quel che resterebbe potrebbe essere oggetto di un corso che varrebbe a mala pena un credito e comunque risulterebbe incomprendibile. Ma la cosa più grave è che la ragione del rifiuto sta solo nella consapevolezza, quella parte della scienza, di non conoscerla abbastanza. Un atteggiamento simile sarebbe, non meno grave, ma comprensibile per un civilista: ma si deve dire che i civilisti non ne sono affatto i protagonisti; ci sono civilisti che hanno la tendenza a chiudersi nell’isoletta del loro codice: lo proclamò – almeno così si racconta – Jean Joseph Bugnet, un professore parigino dei tempi dell’*école de l’exégèse*, quando disse di non conoscere *le droit civil*, e che lui si limitava ad insegnare *le code Napoléon*, e la stessa frase l’ho ascoltata, ai tempi in cui insegnavo a Modena, durante uno dei seminari di pratica forense, nella discussione che seguì la presentazione critica di una recente sentenza fatta dal mio collega e amico Santarelli, durante la quale un avvocato disse che “si parla troppo di diritto civile: quello di cui si dovrebbe parlare è il diritto del Codice Civile” – il suo precedente francese quell’avvocato non lo conosceva –: ma questi sono solo atteggiamenti, come avreb-

---

to essenziale del testo, che al momento posso trarre solo dalla bella antologia del CARONI, *Quellen und Texte zur Rechtshistorischen Vorlesung I*, Bern 1983, 139: “Auf eine Zeit seien die Land-Ampt-Leute beisammen gesessen im Gericht, da sei ein Partei kommen mit einem Doktor und Advokaten von Costantz, der habe eine Klag und Vortrag gethon, eine Erbschaft betreffend, und habe allegiret Bartholum, Baldum und mehr andere Doctores. Da seye der Landamman dem Doctor in die Red gefallen und gesaget: »Hört ihr Doctor, wir Aydgenossen fragen nicht nach Barthele und Baldele und andern Doctorn, wir haben sonderbare Landbrüch und Recht. Naus mit euch Doctor, naus mit euch!« Und habe der gute Doctor müssen abtreten, ...”.

be detto il Savigny, da “Munizipaljuristen”, e bisogna dire che non appartengono affatto alla generalità dei civilisti: fra i quali ve ne sono invece che non solo sono assai interessati ai contributi degli storici, ed in particolare dei romanisti, ma che li richiedono, e quando giungono li accolgono con entusiasmo, se sono contributi seri, ed essi hanno tutte le capacità necessarie per riconoscere i contributi seri quando li incontrano (ne ho esempi che potrei subito enumerarvi, e non lo faccio solo perché potrei offendere i troppi che dovrei omettere). Più difficile da comprendere è proprio, invece, l'avversione al diritto romano – in particolare a questo – che viene oggi sempre più professata da comparatisti: malgrado vantino proprio come uno dei loro pregi maggiori quello di voler salvare i civilisti dal pericolo di crogiolarsi nella loro dimensione di giuristi municipali. Io mi chiedo spesso – e mi pongo questa domanda con infinita tristezza, perché fra i protagonisti di questa campagna vi sono alcuni fra i miei colleghi più cari – io mi chiedo spesso, dicevo, come possa avvenire che un personaggio come Rodolfo Sacco, che è sempre stato sensibile alla storia, venga oggi a proporre<sup>10</sup>, in relazione all'apprendimento del diritto romano da parte di un discente giurista attuale, una individuazione del “diritto romano antico”, che parrebbe coincidere con il diritto della compilazione di Giustiniano, e che potrebbe essere presentato dal docente “attraverso la prospettazione intelligente di sistemi romanisti attuali, lasciando a qualche lettura integrativa” il compito di informarsi su quello che pare egli consideri il diritto classico, o magari tutta la vicenda che precedette il diritto giustiniano, fin dall'epoca arcaica: comunque egli usa, per indicare questo diritto pregiustiniano in senso vago più che non largo le parole seguenti: “le particolarità tribali di quella parte del diritto romano antico che divenne obsolescente prima dei tempi di Giustiniano”. Ora, lasciamo pure da parte la considerazione – evidentemente marginale ad avviso dell'autore – che quella parte obsolescente – o forse voleva dire obsoleta? – del diritto romano è il luogo in cui furono create ed elaborate a fondo nozioni come quella di obbligazione, di contratto, di diritto reale su cosa altrui e di fatto illecito extracontrattuale, di responsabilità contrattuale, nonché di colpa e di responsabilità senza colpa, dogmi come quello della pendenza e della quiescenza dei diritti, per non menzionare che le prime cose che mi vengono in mente in questo momento. Resta il fatto che, nella frase citata, l'aggettivo “tribale” è impiegato dal Sacco, che non è soltanto comparatista e civilista del più alto livello, ma altresì fine esperto di etnologia giuridica, in modo volutamente inappropriato: perché egli sa benissimo che, anche lasciando da parte il senso che il termine *tribus* aveva nel diritto pubblico romano, anche se con “tribale” volesse riferirsi all'entità etnica e giuridica delle *gentes* romane, egli sa bene che il diritto romano è nato non come diritto gentilizio, ma come *ius civile*, cioè, al pari dei diritti greci, come νόμος πολιτικόν, come diritto della *civitas* o del-

<sup>10</sup> L'affermazione alla quale mi riferisco si legge in SACCO, *Il diritto in Europa: problematiche e prospettive*, in *Contratto e impr.-Europa* (2002), 790 s., ed in proposito si veda già GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Iura* 52 (2001 pubbl. 2005), 146 s., n. 49.

la *polis*, e così dal suo inizio, perché il suo inizio, come inizio scientifico o almeno strettamente tecnico, risale alla giurisprudenza dei pontefici, ed il collegio dei pontefici risale al regno di Numa, e fu fin dall'origine organismo pubblico della *civitas*, e che furono i pontefici stessi ad isolare a fronte del *ius sacrum*, il diritto civile; e che quello stesso *ius civile* fu inteso ben presto – siamo ancora almeno otto secoli prima di Giustiniano – come entità positiva comprensiva del *ius gentium*, il diritto comune a tutti i popoli civili ed applicabile a tutti i cittadini di tali popoli. L'aggettivo "tribali" ha dunque solo scopo gratuitamente denigratorio, e come tale si manifesta da sé come estraneo a qualunque valutazione scientifica. Tutto questo non si comprende affatto presso un autore che non solo il proprio valore scientifico ha dimostrato in molti campi, ma che persino ha tentato di conquistare alla scienza giuridica quella che egli chiama la macrostoria del diritto, cioè il diritto dei cosiddetti e supposti grandi imperi centrali, vale a dire un diritto che non voglio chiamare supposto o del tutto fantastico, ma semplicemente, in termini scientifici, costruito senza l'appoggio di fonti; preciso: non su fonti scarse, ma senza l'apporto di neppure una fonte, per quanto indiretta. Ma queste sono forse soltanto parole: resta il fatto incontestabile che un giurista dei nostri tempi, ed un giurista della statura di Rodolfo Sacco, quando dice che il diritto di Servio, Labeone, Giuliano e Celso gli appare come primitivo o comunque arretrato, rischia di fare la stessa figura che avrebbero fatto Henry Moore e Vassily Kandinsky se avessero mai detto la stessa cosa della scultura e della pittura di Giotto, Piero e Michelangelo.

Non so se, sentendomi raccontar queste cose, avete condiviso un poco l'amarrezza con la quale le dicevo. Se ciò vi è avvenuto, io credo abbiate provato quello stesso genere di disagio e di amarezza che il Pugliese provò entrando nell'ambiente del diritto comparato. Operare nel campo del diritto comparato con la conoscenza che il Pugliese aveva del diritto romano, e con la precisa esperienza che egli aveva del modo di operare del materiale romanistico – regole e strutture giuridiche, metodo di soluzione del caso, coerenza sistematica delle soluzioni, integrazione delle lacune mediante applicazione analogica o invece constatazione dell'esistenza di una vera lacuna e strumenti per colmarla, individuazione della possibilità di ricondurre una soluzione adottata con mezzi speciali alla logica generale del sistema e via dicendo; d'altra parte: adozione del sistema del diritto romano nel suo complesso mediante recezione formale o senza recezione formale, inserimento in un altro sistema di singoli istituti o di un ramo intero del sistema civilistico romano ovvero le operazioni reciproche, di inserimento nel sistema romano, o poi romanistico, di istituti e regole di un altro ordinamento – operare nel campo del diritto comparato con questo apporto, significa dare al diritto comparato una dimensione insospettata. Acquisendo al diritto comparato questo apporto, quello della comparazione giuridica viene a costituire il livello più alto, ed il più consona con le esigenze dei nostri tempi, al quale la scienza giuridica può operare. L'angoscia dello Jhering è superata: la scienza giuridica perde i suoi confini nazionali e ridiventa unica grazie all'autocoscienza della propria dimensione storica: così si arricchisce in dimensione verticale senza perdite in dimensione orizzontale; come nell'epoca

intermedia il sistema del diritto comune fu strumento dell'unità scientifica del diritto ed insieme anche strumento per la coesistenza positiva di insiemi giuridici differenziati. I comparatisti hanno creato il diritto comparato, facendone un vero metodo scientifico quando hanno saputo trasformare in autentico metodo conosciuto la comparazione fra diritti diversi che si faceva specialmente nell'Italia preunitaria, e lo hanno creato proprio con questi fini: un'entità transnazionale che possiede una sicura unità senza rinunciare alla varietà; la storia del diritto permette di superare il limite che a questa costruzione rimane quando essa ha già superato il limite geografico e le manca di superare il limite cronologico nonché quello, che si appalesa particolarmente nell'applicazione tecnologica, della incompatibilità fra i diversi metodi d'applicazione, che non possono essere unificati per via di uniformazione, ma possono coesistere nella reciproca comprensione, e cioè nell'unità scientifica. Ma la storia del diritto non si fa senza il diritto romano: e il diritto romano non è il diritto giustiniano, perché il diritto giustiniano è fatto di fonti dell'epoca che lo ha preceduto, ed è quello che è perché ha cercato di prendere quel ch'era stato fatto prima, e le fonti di cui consta mostrano chiaramente che ha preso molto di più di quello che le costituzioni giustiniane parrebbero lasciar intendere essersi preso: soprattutto ha preso il modo di fare diritto di una giurisprudenza che quando Giustiniano legiferava non esisteva più, ma era effettivamente operante nelle singole frasi dei testi che i redattori del Corpus Iuris hanno scelto.

6. – Nella confessione del Pugliese, di essere, come comparatista, rimasto sempre un dilettante, era dunque espressa, o nascosta se vogliamo dire così, una critica alla situazione della disciplina comparatistica: situazione già attuale allora, anche se si è potenziata in questi anni successivi alla sua scomparsa. Ci sono anche riflessi di tale situazione, che vanno oltre i problemi dell'assetto di una materia. Sono riflessi che riguardano la posizione in generale del diritto romano nella scienza giuridica, i quali non sono problemi di una materia del *curriculum* degli studi universitari, perché sono problemi della scienza giuridica come tale. Si sono sempre manifestati, e si sono sempre manifestati così. Non penso solo ai tempi del *Barthele und Baldele*. Penso piuttosto ai tempi della scuola del diritto naturale, quando gli autori, per esempio, assumevano quei loro atteggiamenti critici predicando l'abbandono di quelle che – con un'espressione presa per altro dalle fonti romane stesse – denominavano *subtilitates iuris Romani*, che però non individuavano in sottigliezze del passato ormai inutili o in dommatismi superflui, ma solo – puntualmente, direi – in proposizioni che indicavano la soluzione di problemi che essi non arrivavano a capire. Ci sono circoli viziosi nella storia del diritto, che dovrebbero rendere attenti tutti i giuristi che vogliono trattare con consapevolezza il loro sapere. I giuristi romani stabilirono la regola, secondo la quale *ex nudo pacto actio non oritur*; questa regola aveva un senso preciso, ed anche un aspetto particolare, perché nel sistema romano era presente la *stipulatio*; il medio evo ha perso il valore della *stipulatio*, perché ne ha fatto un atto formale notarile, mentre d'altra parte gli stes-

si giuristi usavano dommaticamente le fonti relative, ed in modo anche praticamente assai fecondo, per esempio quando, escogitata l'idea del titolo di credito con l'elaborazione del regime della lettera di cambio, ne costruirono la disciplina valendosi soprattutto di testi in materia di *stipulatio*; il principio *ex nudo pacto actio non oritur* è comunque, così, diventato un principio che opponeva il nudo patto al solo contratto consensuale; con una vicenda culminata nella dottrina di Giason del Maino si arrivò a reimpostare il problema come lo avevano fatto Labeone ed Aristone, chiarendo che quel che fa di un accordo un contratto consensuale in opposizione al patto era la presenza della *causa*; e poi, mentre i giusnaturalisti non si raccapezzavano più e quindi collocavano il principio *ex nudo pacto actio non oritur* fra le *subtilitates iuris romani*, il Blackstone, il padre settecentesco della moderna letteratura giuridica inglese, spiegava la dottrina della *consideration* come una recezione nel Common Law del principio romano *ex nudo pacto actio non oritur*<sup>11</sup>. Mentre oggi avviene che, quando i giuristi del Civil Law discutono con quelli del Common Law per trovare un qualche modo di unificare il diritto privato europeo, sentendosi a disagio di fronte all'idea della *consideration*, tentano di convincere i loro colleghi inglesi a rinunciare a quel punto della loro concezione del contratto.

La scienza giuridica deve saper dominare il senso dommatico e il porsi storico di vicende come questa. E il nostro è giusto il tempo nel quale possiamo renderci conto della perenne limitatezza del nostro approccio ad essa. Perché il nostro tempo, già lo accennavo, come ha specializzato il sapere in generale, così ha specializzato il sapere giuridico. La cosa può anche avere aspetti positivi: se io mi faccio curare il naso da un otorinolaringoiatra ho buone probabilità di trovare un medico più capace di quello che troverei rivolgendomi ad un patologo generale; e magari posso sperare ancora di più se mi posso rivolgere ad uno specialista nella sola rinolatria: ma questo è un ragionamento che vale solo se le prestazioni che chiedo appartengono al campo della mera tecnologia; ma quando si parla di scienza, il discorso è diverso, e se la scienza deve intervenire più di rado nella pratica quotidiana, il suo intervento è tuttavia risolutivo anche in molti casi pratici: come in quello di una persona che ho conosciuto, e che stava perdendo la vista anche se curata dai migliori oculisti disponibili, e la conservò solo perché ad un certo punto un autentico scienziato seppe riconoscere che la sua patologia dipendeva dall'orecchio, sicché doveva farsi curare da un otorinolaringoiatra e non da un oculista. E tutto ciò risulta particolarmente rilevante nella materia del diritto, perché la scienza e la tecnologia del diritto non sono distinguibili, se non per un settore marginale che un buon impiegato dell'ammi-

---

<sup>11</sup> Si veda BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* II, 30,9. Io leggo nell'edizione di Londra 1809<sup>50</sup> (*with notes and additions by Edward Christian*), e quanto in particolare interessa è nel vol. II alle p. 444 (dal capoverso "A CONSIDERATION ...") ss. Alle parole "... our law has adopted the maxim of the civil law, that *ex nudo pacto non oritur actio*" sono citati (nella nota *n*) C. 2,3,10 e C. 5,14 1 (si tratta dello stesso rescritto, ma con diversa *inscriptio* e *subscriptio*, sicché il primo risulta datato 227 e il secondo 206).

nistrazione pubblica o un professionista specializzato come un ragioniere o un geometra possono affrontare da soli. (Ricordo una bella epigrafe funeraria romana, dov'è scritto, come sintetica biografia laudatoria del defunto, che egli aveva, durante la sua vita, assistito tanta gente nella redazione del testamento, senza mai aver bisogno di ricorrere ad un *iurisconsultus*: gli si attribuiva il vanto, dunque di aver saputo tecnologicamente gestire in modo soddisfacente una scienza che non era sua).

Dominare la scienza giuridica è difficile: ma coloro che intendono essere cultori della scienza giuridica non possono, nell'intento di conservare la loro qualifica di scienziati, cercar di limitare il campo della scienza per farlo corrispondere a quello che già hanno imparato a coltivare. Ciò non significa neppure, naturalmente, che non possa considerarsi giurista in senso pieno se non chi abbia compiuta conoscenza di tutta la materia in tutti i tempi. Ma significa chiaramente che uno non può atteggiarsi nello studio partendo dall'eliminazione di certi settori o di certe prospettive: ed in primo luogo non può considerarsi giurista chi non acquisisca il valore del diritto romano, e precisamente del lavoro della giurisprudenza romana classica, perché dell'unità della scienza giuridica esso rappresenta il luogo naturale: non il luogo privilegiato. Lo testimonia il lavoro dei giuristi francesi che hanno elaborato il *droit coutumier*, ed in genere la cosa si appalesa in ogni momento della storia giuridica europea tutte le volte che il pensare dei suoi operatori, nei diversi luoghi o nei diversi campi, è passata dalla tecnologia empirica ad un livello dominabile con autentici procedimenti logici.

La personalità di Giovanni Pugliese ha rappresentato il modello di questo atteggiamento: un atteggiamento che implica anche l'impegno concreto, i settori che si scorgono via via collegati con l'oggetto dei propri studi precedenti o attuali, a non rifiutarli, ma ad approfondirli. Egli è partito da un'esperienza romanistica vissuta con mente da giurista già munito di una solida base civilistica: ed è per questa via che è stato condotto a percorrere le diverse strade; la stessa coscienza scientifica che gli ha dettato da giovane precoce un libro come *Actio e diritto subiettivo* è stata quella che lo ha condotto in una ricca varietà di indirizzi, e fino al diritto comparato: proprio per la ragione che, il diritto romano avendo esso stesso prodotto le altre diverse prospettive, lo studio del diritto romano induce a seguire poi la scienza del diritto dove la presenza della sua lezione le ha suscitate; anche nel Common Law, dove già senza il diritto romano è difficile comprendere a fondo il Glanville ed è impossibile capire il Bracton, come è impossibile capire come il diritto inglese, da diritto vicino a quello del Sachsenspiegel, sia potuto giungere alle dimensioni di un sistema autosufficiente. E questi non sono problemi puramente storici: ma problemi di consistenza delle strutture giuridiche, dei modi in cui si concreta la loro suscettibilità d'arricchimento mediante recezione ovvero mediante elaborazione interna.

In questo io credo consista soprattutto il carattere precorritore della personalità scientifica di Giovanni Pugliese. Di questo egli è stato un grande modello: e, come da tutti i grandi modelli, l'indicazione che possiamo, e – credo – dobbiamo trarne non sta nella speranza di replicarlo. Si tratta piuttosto di riconoscervi, appunto, un modello e di cercare di capirlo a fondo.



## SUGLI STUDI DI MARIO TALAMANCA IN MATERIA DI OBBLIGAZIONI \*

Parlare dell'opera scientifica di Mario Talamanca presenta particolari difficoltà, non dico a colui che debba intenderne il significato e il valore, ma a colui che voglia poi rendere conto di quanto ha inteso. Quanto ho detto non vale solo per chi sia chiamato a parlare della sua produzione nel complesso, ma anche per colui al quale – come a me – è stato chiesto di considerarne un settore. E comunque, quanto vado dicendo, vale certo se il settore è quello del diritto delle obbligazioni.

Anzitutto, il Talamanca non è uno di quegli autori, la cui fama è legata ad alcuni contributi specifici, voglio dire ad alcune dimostrazioni o illustrazioni puntuali di singole tesi, anche se di più o meno vasta *envergure*. Non è, naturalmente, che nell'opera del Talamanca manchino fenomeni di questo genere, ma essi non rappresentano luoghi nei quali possa concentrarsi il suo valore: semplicemente perché, come luoghi per piantarvi le bandierine che evidenziano i campi dove un grande capitano ha vinto le sue battaglie, sono troppo numerosi. Esprimendomi con maggiore esattezza, dirò che i contributi rilevanti del Talamanca, prima che a singoli lavori, sono attribuibili a singole pagine, qualche volta a singoli capoversi, al limite a singole righe. E questo è particolarmente evidente negli scritti in materia di obbligazioni. Voglio chiarire bene quel che intendo dire, perché non sto facendo un discorso genericamente introduttivo, ma vengo a toccare quello che – a mio modo di vedere – costituisce un luogo essenziale per comprendere la *forma mentis* scientifica di Mario ed il suo *modus operandi*.

Quando tratta di un qualunque punto del diritto delle obbligazioni – per “qualunque punto” intendo non solo qualunque tema oggetto di un singolo studio, ma anche qualunque problema che venga via via a porsi nel corso di uno studio, magari una singola esegesi o una singola proposizione argomentativa in una costruzione dommatica – il Talamanca ha ben presente in mente l'intero diritto romano delle obbligazioni, con la conseguenza diretta che quanto egli puntualmente scrive riceve ad un tempo luce dalle dimensioni dell'intero sistema e da tutto lo svolgimento storico della materia, e reciprocamente il puntuale chiarimento che fornisce rischiarà – nella misura e nella collocazione della sua entità – la valenza che il ritrovato puntuale possiede e la consistenza che esso rappresenta nel tutto. Questo mo-

---

\* Pubblicato in L. CAPOGROSSI COLOGNESI-G. FINAZZI (edd.), *Ricordo di Mario Talamanca*, Napoli 2012.

mento di metodo, che ho tentato di descrivere, si è naturalmente fatto più consistente e più articolato man mano che l'esperienza scientifica di Mario si arricchiva nel tempo e nel lavoro: ma non si può dire che esso già non fosse presente agli inizi: anche se certo nei *Contributi allo studio delle vendite all'asta* del 1954 la sua presenza non è comparabile con quella che assumerà, ad esempio, in quelli su *Conventio e stipulatio* e *La tipicità del sistema contrattuale romano* del 1991.

Alla considerazione ora fatta, che voleva essere riferita alla consistenza interiore del lavoro di Mario, voglio aggiungerne una del tutto – di primo acchito almeno – esteriore. Una parte non indifferente della sua opera consiste in recensioni di lavori altrui. Egli fu un recensore fin dagli inizi: il primo titolo della sua produzione è rappresentato dalla recensione a H. VOGT, *Studien zum senatusconsultum Velleianum*, pubblicata nell'AG del 1952, e questa sua attività ebbe una specie di periodo aureo a partire dal 1985, quando egli, dopo la morte di Edoardo Volterra, assunse la direzione del BIDR (vol. 88), caricandosi interamente le recensioni delle “pubblicazioni pervenute alla direzione”, rubrica che egli gestì fino al vol. 94-95 del 1991/92. Naturalmente, in questa attività egli ebbe occasione di recensire diversi lavori in materia di obbligazioni. Come si sa, le recensioni di Talamanca erano molto temute, specie dai giovani studiosi: ma questo non tanto perché erano spesso alquanto o assai critiche, ma soprattutto perché le critiche erano fatte dopo attenta e penetrante lettura e precisamente argomentate. Questo fa sì che nelle recensioni, redatte con il metodo che Mario usava in tutti i suoi lavori, sono reperibili contributi notevoli, sia per la valutazione dei lavori recensiti come strumenti bibliografici per la ricerca futura, sia per l'inserimento dei risultati delle ricerche altrui nel quadro generale della materia, magari al di là di quanto fosse del tutto chiaro ai singoli autori. E va notato – insisto tra parentesi su questo punto – che i contributi che provengono dalle recensioni non dipendono da digressioni inserite nella singola recensione come luminarie occasionalmente ispirate al recensore dalla lettura, ma sono tutti elementi della recensione e determinati dalla funzione a questa propria. Ricorderò qui in particolare, come esempi caratteristici, già assai noti, la recensione a *Le consensualisme dans l'édit du prêteur* del Magdelain (in *Labeo* 1960, col titolo *La storia dell'edictum de pactis*), quella a *Il principio emptioe dominium transfertur* nel diritto pregiustiniano del Gallo (in AG 1961, con un seguito in Studi Cagliari 1962/63 pubbl. 1964) e quella – che ogni storico del diritto si dovrebbe rileggere almeno una volta l'anno – alla *Introduction historique au droit des obligations* di J.L. Gazzaniga (BIDR 1993/94, 726-733).

Un significato particolare nella sua produzione in materia di obbligazioni hanno avuto le grandi voci enciclopediche. A partire, naturalmente, dalla voce *Obbligazioni (diritto romano)* (ED 29, 1979), *Società in generale (diritto romano)* (ED 42, 1990), *Vendita. Diritto romano* (ED 46, 1993), che egli stesso si riservò nella redazione, che diresse, dell'*Enciclopedia del diritto*, e *Contratto e patto nel diritto romano* (*Digesto*<sup>4</sup>, *disc. priv., sez. civ. IV*, 1989), che gli richiesi io stesso quando fui incaricato di occuparmi delle voci storiche dell'analoga pubblicazione di Utet. Anche se non ne ho mai discorso insieme a Mario – e quindi questa che ora esprimo deve

essere considerata una mia idea personale – credo di poter individuare l'atteggiamento che lo guidò nella concezione e redazione degli scritti con carattere di particolare ampiezza e andamento in certo modo generale come quelli che ho elencato. Lo spunto per questa considerazione mi è fornito dalla tematica della *societas*, perché la voce enciclopedica del 1990 rappresenta una sorta di redazione definitiva di una trattazione delle tematiche della società romana, che trova il suo inizio nel corso *La societas. Corso di lezioni di diritto romano*, pubblicato come dispense litografate per gli studenti cagliaritari nel 1962, quando Mario era appunto professore nella facoltà giuridica di Cagliari. Il fatto che Talamanca avesse scelto quello della società come tema per un suo corso di diritto romano non poteva destare – per chi ne avesse la notizia nuda e cruda – alcuna meraviglia: per un corso di diritto romano sulla società esisteva allora, già disponibile, un libro assai appropriato, cioè il corso – (Roma 1949-50) pubblicato a stampa presso l'editore napoletano Jovene nel 1950 – di Vincenzo Arangio-Ruiz; nel 1962 l'autore, emerito dell'Università di Roma, era ancora vivo ed operoso, e Talamanca era suo allievo. Invece, date queste premesse, risulta particolarmente significativo il fatto che il Talamanca non adottasse questo libro come testo di riferimento per il proprio corso, apprestandone invece uno nuovo. La ragione, non potendo essere minimamente riconducibile a contrasti, di qualsivoglia genere, fra il vecchio maestro e il giovane professore che ne era stato allievo, risiedeva solo nel fatto che il Talamanca aveva già maturato un proprio discorso sulla società romana, che trovava naturale proporre come tale ai propri studenti. E, per chi conosca il modo di lavorare di Mario, è ovvio che le cose stessero precisamente in questi termini. Neanche la voce enciclopedica del 1990 vuole essere una trattazione “diversa” della società romana (diversa non solo rispetto al discorso dell'Arangio-Ruiz, ma anche rispetto alle successive trattazioni della *societas*, come quelle del Wieacker e del Guarino), ma essa non rappresenta neppure una trattazione che possa semplicemente essere sostituita – per l'informazione di chi sia interessato al tema – con un'altra. Nella tematica della società non viene forse in prima evidenza uno dei caratteri del lavoro di Talamanca sui temi generali, che è quello della sua cura nella considerazione totale delle fonti reperibili (non che in questo lavoro egli non l'abbia fatto, ma il tema non permetteva sotto questo profilo particolari acquisizioni), ma viene in evidenza il parallelo impegno della considerazione – critica e costruttiva – della letteratura in materia.

Devo soffermarmi su questo punto, perché la preoccupazione del Talamanca nella considerazione del pensiero della dottrina non è riducibile a quella di una semplice compiutezza bibliografica. Certo, questa compiutezza egli l'aveva, nella misura dei modelli del genere, come lo stesso Arangio-Ruiz, o Kaser, Burdese, Nicosia, Bretone o Capogrossi; forse egli aveva recensito più libri di costoro, e in particolare aveva una memoria commisurata all'interesse con il quale leggeva: ma aveva anche una capacità – che non voglio con ciò negare agli altri, anche oltre quelli che ho esemplificativamente nominato – di inserire direttamente il portato di quel che aveva letto nel suo proprio patrimonio di conoscenze operanti, per cui una tesi o una semplice osservazione altrui, che fosse acquisita accogliendola o nella so-

stanza rifiutata, o criticata ma spremuta in modo da lasciare solo qualche traccia sfruttabile, veniva senz'altro messa a partito in modo positivo, ovvero in modo negativo ma utile, come avviso per non seguir certe vie o come argomento *a contrario* contro certe impostazioni. Un esempio del modo nel quale Talamanca sa presentare delle conclusioni sempre basandosi sulle fonti, ma ricavando dalla letteratura – e più precisamente dall'evoluzione del pensiero romanistico interpretativo delle fonti, valutato criticamente evocandone non solo il corso ma anche i ricorsi talora ingiustificati – può vedersi rileggendo attentamente, nel § 2 della voce enciclopedica di cui sto parlando, il punto *f* (che occupa solo parte della p. 820), dove si dimostra che «il diritto romano non ha mai conosciuto una *societas re contracta*.

Ma nella stessa voce *Società in generale*, e proprio poco dopo il punto ora citato (§ 3 *sub b*, p. 821) troviamo l'esempio di un altro atteggiamento caratteristico del Talamanca, che riguarda un problema generale della metodologia romanistica, problema che nel settore privatistico della sua opera emerge in particolare – come è logico – in materia di obbligazioni. Si tratta di un problema immanente nella scienza romanistica moderna, al quale fu dedicata un'attenzione particolare quando esso venne specificamente affrontato in una nota inchiesta della rivista *Labeo* (2[1956], pp. 48 ss.; 187 ss.; 327 ss.; 452 ss.) Ma di tutta la tematica oggetto di quell'inchiesta (alla quale egli non ebbe occasione di rispondere) presso il Talamanca emerge un aspetto, che nell'inchiesta stessa non venne praticamente trattato, e per vero solo presso di lui emerge in tutta la sua dimensione. Mi spiego con l'esempio che ho citato, della sua voce *Società* nell'ED. Il paragrafo 3, che è quello dedicato a *La tipologia della società*, s'inizia con la seguente affermazione, che ne apre il punto a); «Lo schema della società consensuale romana era adatto, per l'accentuata genericità, a venire incontro ad una vasta gamma di esigenze. La funzione economico-sociale, che costituiva la causa della *societas* e ne condizionava l'integrazione, prevedeva soltanto – oltre agli apporti dei partecipanti – un'attività di gestione, svolta anche da un singolo socio, e l'imputazione del relativo risultato ai soci stessi, mediante la divisione degli utili e delle perdite: non era, dunque, necessariamente prevista – non che la creazione di un soggetto a sé stante diverso dai singoli *socii* – neppure la messa in comune dei beni necessari al raggiungimento dello “scopo sociale” né l'esistenza di una gestione autonoma dipendente dall'esecuzione del contratto. Le parti assumevano al riguardo solo delle obbligazioni, le quali, come in qualsiasi *obligatio consensu contracta*, creavano fra i contraenti un reciproco *oportere ex fide bona*. Ogni socio era, contemporaneamente, creditore e debitore al “*quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*” (Gai. 3.135) ... L'impossibilità, nel processo formulare, del litisconsorzio necessario faceva sì che, in fase di realizzazione giudiziaria, le obbligazioni intercorrenti fra due soci fossero indipendenti da quelle intercorrenti fra questi ultimi e gli altri: di ciò si hanno le tracce nelle discussioni dei giuristi romani ». E, dopo avere puntualmente richiamato in nota Ulp. D. 17,2,63,5, Talamanca procede, *sub b*): «La funzione economico-sociale del contratto di società riduceva in modo incisivo quello che, secondo un'ottica moderna, è il contenuto essenziale del contratto. La qualificazione dommatica

della *societas* romana dà luogo, nella dottrina moderna, a dispute sostanzialmente sovrastrutturali, che corrispondono più alle vedute dell'interprete moderno, che interessino il modo in cui si è formata la concreta disciplina della fattispecie nell'esperienza romana». In proposito Talamanca menziona due problemi: l'idea del "contratto plurilaterale di società" non entra agevolmente nell'ambito della classificazione dei negozi e si rifiuta altresì, talora, la sua inserzione nel gruppo dei contratti sinallagmatici o di scambio, sicché vi sono moderni autori che hanno proposto di qualificarla invece come "atto collettivo"; e ancora: «si è cercato di sganciare l'esercizio dell'*actio pro socio* dall'esistenza di un vero e proprio contratto, riconducendola alla gestione di affari nell'interesse comune». La conclusione – già preannunciata, del resto, in quel che abbiamo letto – che si legge qui di seguito, è quanto ora mi interessa sottolineare: «La questione è tutt'affatto moderna: le uniche affermazioni dei *prudentes* al riguardo sono quelle accennate, né risulta che – nella soluzione dei problemi pratici loro posti – essi fossero influenzati da dispute del genere di quelle dibattute dagli storici».

Affermazioni di questo genere si trovano più volte negli scritti di Mario, e specialmente in materia di obbligazioni. Esse riguardano un punto essenziale della metodologia romanistica; un punto che riguarda la tematica della vecchia inchiesta di *Labeo*, ma che in quell'inchiesta non ha, come già dicevo, ricevuto tutta l'attenzione che meritava. Si tratta di individuare come la struttura mentale del giurista moderno possa offuscare, invece che illuminare, la sua comprensione del diritto romano. Ed il settore nel quale questo problema si pone in tutta la sua ampiezza è proprio quello del diritto delle obbligazioni, per la semplice ragione che questa branca del diritto privato presenta il più forte grado di identità fra le strutture romane e le nostre. E io intendo cercare di esporre la visione che ne aveva Mario, valendomi anche delle cose che gli ho sentito dire più volte, e delle quali abbiamo magari anche parlato insieme.

Deve essere ben chiaro anzitutto che per il Talamanca la romanistica fa parte della scienza giuridica, e quindi non può essere praticata se non da un giurista, ed in questa sua qualità; il non giurista, precisamente chi non sia professionalmente preparato come tale, non possiede gli strumenti che gli consentano di individuare e trattare i problemi posti dalle fonti giuridiche cogliendoli nel loro significato specifico. Queste cose Mario le ha constatate e rilevate anche in sede di recensione a qualche libro romanistico scritto da filologi puri o storici generali o politici. Una constatazione diversa, ma analoga, può farsi – e l'abbiamo fatta insieme una volta – ascoltando in congressi ai quali partecipavano, accanto agli storici, dei giuspositivisti attuali: qui il problema non era quello dell'assenza di un'individuazione e impostazione giuridica dei problemi, ma quello di una loro impostazione corretta nel confronto con la problematica delle fonti. Ma le difficoltà che provengono nei due casi ai quali ho or ora alluso risultano infine abbastanza facilmente superabili, purché il non giurista sia aperto ai chiarimenti che un giusromanista può fornirgli, e il giuspositivista sia altrettanto aperto ad acquisire un cambiamento di prospettiva che gli viene proposto entro l'ambito della sua propria scienza, solo mutando certi

parametri sui quali si innesta un ragionamento pur sempre ad essa interno, e che non richiede all'interlocutore se non un po' di quell'elasticità mentale che egli, in particolare se comparatista, deve o dovrebbe già possedere. Ma nel caso in cui sia un romanista colui che ha elaborato una interpretazione delle fonti mettendo a partito la sua propria visione moderna del problema che ha studiato nelle stesse fonti, costui risulta particolarmente spiazzato dal fatto che l'operazione interpretativa, che egli già ha compiuto, l'ha compiuta illudendosi di pensare come romanista, e dunque convinto che quel che egli ha pensato sia né più né meno che il pensiero dei *prudentes* romani. E qui non si tratta neppure, spesso, di rendersi conto, per esempio, che per un giurista romano un fatto passato ma ignoto alle parti non può costituire condizione di un negozio, ma di rendersi conto che – come nell'esempio dal quale siamo partiti – le strutture romane della società rendevano impossibile, nella mente dei loro giuristi, il porsi stesso di certi problemi, e quindi vano ogni discorso diretto a stabilire come i giuristi romani quei problemi li avessero affrontati e risolti. E questo discorso che sto facendo, partendo dalla cura del Talamanca per la depurazione della ricerca romanistica dalla sovrapposizione di visuali giuridiche moderne, che non emergono dalle fonti romane, e l'acquisizione, invece, di quelle romane che emergono dalle fonti, ha un corollario di metodo, anche se non propriamente di metodo della ricerca, ma di metodo nell'insegnamento, che non è in pratica meno importante. E si tratta di un corollario che Mario aveva ben presente: anche se in quel che scrisse è più esplicito che non espresso: ma posso affermare con certezza che gli era proprio. Mi spiego.

È frequente da qualche tempo che si tema, assai più di quanto non se ne parli, che la sopravvivenza delle materie giusromanistiche sia in serio pericolo; non voglio mettermi a parlarne cercando le cause del fenomeno, che per altro come tutte le crisi di qualcosa risale a carenze nell'area di chi quella cosa gestisce. Voglio solo – nello spirito di questa meditazione, che qui oggi stiamo facendo, sull'eredità che Mario Talamanca ci ha lasciato per animare il nostro lavoro – voglio solo, dicevo, prendermela, senza reticenze, con coloro che pensano che l'interesse per il diritto romano possa essere ravvivato con un suo insegnamento improntato ad una sua "attualizzazione". Se il diritto romano avesse bisogno di un'attualizzazione per interessare i giuristi d'oggi, a partire dagli studenti delle nostre facoltà, sarebbe meglio lasciarlo agli archeologi. Per provare questo, che sto dicendo, mi limiterò ad una sola osservazione, che ritengo del tutto sufficiente. Posto che una struttura istituzionale romana, o una soluzione romana risulti diversa da una nostra, l'attualizzatore si comporta necessariamente o ignorandola o cercando di farla apparire uguale alla nostra, o considerandola come un passo primordiale verso la nostra: in ogni caso costui non si comporta nel senso voluto dalla cultura: ma non è solo questo. La soluzione romana ha sempre due valori insostituibili: l'uno, è che essa rappresenta sempre un modello di soluzione pensato da giuristi di valore insuperato, e l'ignorarla o modificarla può giustificarsi solo con l'idea che sia necessario o utile criticare il diritto romano tenendo come parametro il diritto moderno: posizione che si giustifica, a sua volta, solo con la convinzione che la storia costituisca un

divenire in continuo progresso – idea che, come tutti sappiamo, rappresentava proprio per Mario una sorta di eresia: si ricorderà che egli, come Scialoja, era convinto della lettura *in medium produci*, invece che *in melius produci*, in Pomp. D. 1,2,2,13; ed ancora, e questo vale per ogni soluzione, anche casistica, è che il diritto romano rappresenta – e questa è una sua caratteristica esclusiva – un sistema se non costituito, certo integralmente permeato dalla presenza del *ius controversum*, acquisito come carattere del sistema, come caratteristica coesistente al fatto che esso è un diritto giurisprudenziale. E questa, del diritto romano come *ius controversum*, è un'idea cardine nel pensiero del Talamanca, idea che ricorre, in certe pagine di suoi lavori, con decisa insistenza.

Fra le voci enciclopediche del Talamanca una considerazione particolare esige quella che ricorre al lemma *Vendita in generale (diritto romano)*, pubblicata nel 1993 nel volume 46 dell'ED. Anche in questo caso, come abbiamo visto per la società, il Talamanca aveva come punto di riferimento un corso dell'Arangio-Ruiz: *La compravendita in diritto romano*, pubblicato in seconda edizione nel 1954. E questa volta si trattava di un precedente che occupava – l'occupava del resto ancora – una posizione di particolare risalto nell'insieme della letteratura romanistica. Nel manuale di Max Kaser, dove tutti sappiamo essere praticamente assenti giudizi sulle opere citate, ed in particolare nella loro citazione in luoghi ove si indica bibliografia generale, ed ancor più giudizi che non traspaiano da qualcosa di più del modo in cui un'opera viene citata, la compravendita dell'Arangio è indicata, nella nota bibliografica generale sulla compravendita classica, con la frase seguente (KASER, *RPR*<sup>2</sup>, 545 n. 1): «Ein vorzügliches Bild des heutigen Erkenntnisstandes für alle wesentlichen Probleme bietet Arangio-Ruiz, *La compravendita*<sup>2</sup> (1954)». Ora, si può tranquillamente dire che questa qualifica può oggi trasferirsi tal quale alla voce del Talamanca. Ciò risulta anche da certe considerazioni banali. Lo scritto di Mario, per quel che riguarda la quantità di pensiero versato nel testo, non è – tutto considerato – più breve di quello realizzato dal suo maestro circa quarant'anni prima: se si tiene conto del fatto che la voce enciclopedica è scritta nel modo più stringato possibile, che i testi non vi vengono riportati per intero, che i caratteri di stampa e l'interlinea vi sono alquanto più piccoli e che l'incidenza, sulla massa di ciascuna pagina, delle note (con caratteri ancora più piccoli: e che, detto ancora tra parentesi e *en passant*, raggiungono qui la cifra Guinness di 1749) è qui maggiore che non nel libro, le 173 pagine – per altro con una superficie scritta sensibilmente più estesa – della voce enciclopedica non sono lontane dal poter essere considerate equivalenti alle 429 del libro. Ma quel che fa della *vendita* di Talamanca un contributo di per se stesso nuovo e prezioso è il modo in cui esso è stato composto. A me esso pare una delle testimonianze più chiare di quel che era Mario Talamanca al lavoro (e beninteso, non voglio fare questa asserzione in prima persona per una pretesa di autorità, perché quello che dirò è facilmente constatabile per ogni lettore). Si deve considerare, anzitutto, come, nello scritto, sono trattate le fonti e la letteratura. Come è noto, nelle voci enciclopediche – e così è stato nel program-

ma editoriale dell'ED puntualmente seguito, anche dal Talamanca stesso, negli altri casi – viene elencata, alla fine di ogni singola trattazione una bibliografia complessiva, citandosi poi puntualmente nelle note (soprattutto) al testo i singoli lavori specialmente rilevanti, presenti che siano anche o no nella bibliografia generale. Questa struttura parrebbe naturalmente adatta per una trattazione della vendita romana, toccata da un'enorme letteratura nella quale, con riguardo anche a tematiche centrali, le diverse tesi sono, in certi periodi soprattutto, abbondantemente proliferate. Invece, se si va a leggere il luogo, alla fine della voce *vendita*, dove – dopo l'indicazione del nome dell'autore – è editorialmente prevista la bibliografia, vi si trova scritto: «LETTERATURA – È citata nelle note». Ciò corrisponde al fatto che l'autore ha redatto il testo mettendo a partito tutta la letteratura rilevante nel corso della sua trattazione, non solo citandola nei punti in cui la considerava di volta in volta notevole, ma considerandola nel corso di una discussione dei problemi in cui essa rilevava: sicché, finito il lavoro, indicare una bibliografia generale sarebbe stato inutile, perché tutta la voce stessa conteneva una sorta di “bibliografia ragionata”: e, in questo caso, assai ragionata. Che questa sia stata l'idea del Talamanca, del resto, risulta anche dalla successione dei paragrafi, dei quali il lavoro è composto, leggendo i titoli dei quali la linea sistematica della trattazione si individua come sostrato, presente bensì, ma piuttosto emergente da una serie di rubriche che in buona parte indicano problemi più che non strutture, come – scegliendo solo la sequenza più evidente – (6) la vendita dell'uomo libero, (7) la vendita delle *res extra commercium*, (8) la legittimazione al negozio, (9) la vendita delle cose future (10) la vendita dell'*hereditas*, (11) la vendita dei crediti e delle altre *res incorporales*, (12) la vendita di genere.

Meno evidente, ma non meno caratteristico, è il modo in cui nel lavoro sono trattate le fonti. Meno evidente, ma certo è quanto dirò, perché della cosa ho parlato io stesso con Mario poco tempo dopo che egli aveva finito il lavoro. Egli era solito, naturalmente, qualunque tema trattasse, cercar di apprestare un parco di testi il più possibile completo, per il che gli giovava assai la dimestichezza che aveva con l'impiego di ogni sorta di repertorio ed in particolare con le moderne basi di dati. Ciò non toglie che, per ottenere questo risultato in ordine alla vendita – in particolare per reperire i passi che si trovano fuori dai titoli del Digesto che rappresentano le *sedes materiae* della compravendita – l'impresa si presentasse per lo meno assai impegnativa, non solo per la pluralità delle parole chiave in gioco, ma anche per la forma particolare del paradigma del verbo *emere* che presenta il solo *em* come costante.

La voce *vendita* dell'ED riveste anche un interesse generale per un punto del suo contenuto, che corrisponde ai due ultimi paragrafi, § 28 e § 29, che trattano della *compravendita nel periodo postclassico* e *nel periodo giustiniano*. Conviene osservarli separatamente.

Nel § 28 (p. 461 ss.) troviamo la trattazione relativa a *La compravendita nel periodo postclassico*, dove, con un'attenta valutazione del linguaggio e degli atteggiamenti del contenuto delle fonti, si cerca di chiarire – nei limiti di un possibile che,

nella posizione dell'autore stesso, resta problematico – il rapporto che può avere l'impostazione della generalità delle fonti (documentali e normative) nel senso di una compravendita con effetti reali, con la presenza nelle fonti di provenienza giurisprudenziale (soprattutto le *Pauli sententiae* e i *tituli ex corpore Ulpiani*) degli schemi strutturali del contratto obbligatorio, anche se ridotti ad accenni, ma non sempre vaghi. Ma quel che è pure notevole, è che in tutto il paragrafo non ricorre mai un espresso riferimento alla terminologia del *Vulgarismus* e del *Vulgarrecht*. Ciò non dipende dal fatto che il Talamanca trascurasse le relative posizioni dottrinali (si può ricordare in proposito il suo contributo *L'esperienza giuridica romana nel tardo-antico fra vulgarismo e classicismo*, in *Le trasformazioni della cultura della tarda antichità* [atti Convegno Catania 1982, Roma 1985]), ma dalla sua posizione in generale su quelle tematiche: posizione che egli espose con notevole e inusuale ampiezza di discussione e documentazione anche analitica nella recensione a KASER, *RPR* II<sup>2</sup> (1975) in *BIDR* 79 (1976), 275 ss. (vedi da p. 299 ss. e in particolare, di seguito, 304-328, e avanti fino a p. 342, cioè praticamente fino alla fine della recensione, della quale qui ora interessano soprattutto le pagine 314 in fine s. e 318 s., con la distinzione ch'egli fa tra *Vulgarismus* e *Volksrechtliche Einflüsse*, e ancora p. 336 s., 338 ss.; in particolare in materia di obbligazioni il punto più impegnato è a p. 338-340 sulla *stipulatio*). In materia di compravendita, le trasformazioni hanno avuto particolarmente luogo, così vede il Talamanca, e soprattutto in Oriente, per la diffusione di modelli ellenistici, e comunque – dappertutto – in funzione di modifiche normative, e non – si desume che così pensi l'autore – per atteggiamenti qualificabili come volgari.

Quanto al § 29, su *La compravendita nel periodo giustiniano* (p. 467 ss.), quanto l'autore vi espone, è strettamente connesso con due, alquanto precedenti, suoi noti articoli apparsi rispettivamente nel 1963 (*Osservazioni sull'arra nel diritto giustiniano*, in *Mél. Meylan* I [1963]) e 1967 (*L'unità della venditio in I. 3. 23 pr.*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè* I [1967]), nel quale ultimo (come nel punto *b* del § 29 della voce enciclopedica del 1993) si discute anche del problema – che si pone nelle relative ricerche – riguardante il possibile significato della nozione di “diritto giustiniano (nell'articolo del 1967 ciò era stato fatto in polemica con il GALLO, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite*, app. corso 1963/64, Torino s.d. ma 1965): e va precisato che, almeno per precisare il referente dell'esposizione che sta facendo, il Talamanca si sceglie – come interprete delle fonti – un atteggiamento che gli possa permettere tanto di ragionare da giurista quanto di farlo senza trascurare la visuale dello storico, atteggiamento che si concreta nel compito di «rilevare quali furono le intenzioni della cancelleria giustiniana nell'emanazione di singole costituzioni e delle varie commissioni che procedettero alla redazione delle diverse parti del *Corpus iuris civilis* nell'assemblare in un certo modo i materiali». E, nel paragrafo 29 della voce di cui sto parlando, i problemi si pongono soprattutto in relazione alla cost. C. 4,21,17 del 528 ed al certo successivo (vedi p. 469 n. 1693) testo di I. 3,23 pr. Per non tanto riassumere il pensiero del Talamanca (cosa che, dato il carattere problematico che lo caratterizza, mi risulterebbe impossibile), ma

piuttosto per individuarne i punti essenziali, incomincerò dalle conclusioni che egli raggiunge con riguardo all'interpretazione del passo delle Istituzioni. Qui gli autori del testo, riferendosi sempre alla nozione di *venditio* – fattispecie genericamente individuata come corrispondente ad un negozio per l'esistenza del quale è in ogni caso necessario un accordo delle parti sul prezzo –, individuavano tre negozi distinti: la vendita che si fa senza scrittura (*venditiones quae sine scriptura consistunt*), la vendita che si fa con una scrittura (*venditiones quae scriptura conficiuntur*) e il contratto arrale. Il modello centrale è quello delle vendite scritte, per la cui disciplina il testo stesso rinvia (*constituimus*) alla costituzione – innovativa – del 528, la quale le configurava come atti traslativi, il cui effetto dipende dalla compiuta confezione dell'*instrumentum* che ne costituisce la forma; prima della perfezione di tale *instrumentum* questi contratti non hanno effetto giuridico alcuno tra le parti; un effetto – sempre ciò è previsto dalla costituzione in parola – può aversi solo se le parti abbiano concluso un contratto arrale, il quale però non ha gli effetti della compravendita scritta, ma genera le proprie sanzioni caratteristiche (*nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum: hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur*). Riprendendo ancora la lettura – all'inizio – di I. 3,23, emerge che la vendita effettuata *sine scriptura* è invece ancora la compravendita consensuale obbligatoria del diritto classico, ampiamente trattata nel Digesto, e per la quale l'*arra* (malgrado l'accenno estensivo poco fa letto riportando da C. 4,21,17) non funziona come contratto a sé stante, ma *argumentum est emptionis et venditionis contractae*. Nel compiere queste riforme, Giustiniano consacrava come tipo parametrico della vendita il modello della vendita ellenistica con effetto reale, partendo – sembrerebbe – da una prassi, che egli abrogava con la costituzione del 528, ma che si deve ritenere rivelata dalla disposizione transitoria contenuta in C. 4,21,17,1, che vi fa allusione come ai *prisca iura* che *in his tenere concedimus*, dove tali '*his*' sono le vendite concluse come da farsi per iscritto e non ancora scritte, ovvero scritte ma non compiutamente, che sono state concluse e si trovavano nello stato descritto al momento dell'entrata in vigore della costituzione del 1° giugno 528: conseguenze che sono descritte (come quelle del modello pratico abrogato) alla fine di C. 4,17,1 pr.: *quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere* (che pare voglia dire: completare le formalità necessarie alla validità della vendita) *vel id quod emptoris interest persolvere*. Quanto comunque, allo stato del diritto giustiniano, I. 3,23 pr. denuncia lo sforzo dei compilatori di armonizzare il nuovo regime della vendita scritta – e del contratto arrale – con il tipo classico della vendita consensuale obbligatoria: e questo è un proposito che essi mostrano di avere avuto al tempo della redazione delle Istituzioni, dopo quindi che con la costituzione del 528 tutta la configurazione della vendita era stata riformata, partendo da una prassi variamente influenzata da concezioni, fra le quali particolarmente rilevante quella ellenistica, in strutture ampiamente coerenti con quest'ultima, senza che il legislatore pensasse allora affatto alla vendita consensuale classica; nel 533, invece, il mo-

dello classico ritorna in considerazione; ma ormai il problema di farvi riferimento nasceva naturalmente dalle scelte testuali fatte nella compilazione del Digesto.

Tra le monografie romanistiche di Mario Talamanca in materia di obbligazioni solo due hanno la forma di autonomi volumi, e si tratta di opere che appartengono agli anni d'inizio della sua lunga attività di autore: *L'arra nella compravendita in diritto greco e in diritto romano* (Milano 1953), e il volumetto pubblicato nelle Memorie dei Lincei, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico* (Roma 1954). Tuttavia, nello sguardo che abbiamo dato alle sue voci enciclopediche, abbiamo potuto scorgere entità che, se non la forma, hanno assunto la consistenza di un libro, come la voce *vendita* apparsa nell'ED. Ma dimensioni decisamente da libro ha assunto una delle opere recenti di Mario: parlo, naturalmente, del suo contributo alle onoranze ad Alberto Burdese: il testo rappresenta la redazione scritta della relazione che aprì quel Convegno, organizzato da Luigi Garofalo, tenuto – con l'attenta presenza dell'onorato – nei giorni 14-16 giugno 2001 a Padova, Venezia e Treviso, sul tema: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza storica e contemporanea*. La pubblicazione degli atti del Convegno, avvenuta due anni dopo (Padova 2003), risultò in quattro volumi, e il contributo di Mario, col titolo: *La bona fides nei giuristi romani. «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, appare nell'ultimo, dove lo occupa per più della metà, iniziandosi alla p. 1 per concludersi alla p. 312.

Si tratta di un testo che va fatto oggetto di particolare attenzione per chi intenda – come io credo di dover fare qui – avvicinarsi il più possibile alla complessa vitalità scientifica di Mario. Non mi occuperò ora dell'*iter* che quest'opera ha percorso, dalla forma originaria consistente in una sintetica traccia per la conferenza, accompagnata da qualche foglio con materiali a suo supporto, fino a quella ricchissima e varia dell'ampia redazione edita, per la quale l'autore ha dovuto anche fare i conti con le date previste per la pubblicazione, come esplicitamente vi ha scritto (p. 6 n. 14), informandoci che su di essa «è caduta, nella fase finale, anche la scure dei tempi che ha prodotto, in senso peggiorativo, un *motus in fine velocior*». Ma sono altre, e più rilevanti, le annotazioni che vorrei fare: se a chi mi ascolta esse parranno insufficienti, devo dire che, naturalmente, mi limito a quelle che considererei strettamente connesse con le prospettive del discorso che ho scelto di fare.

La cosa, che più può meravigliare, è che lo scritto di cui sto parlando è animato dalla dimostrazione di una tesi, che di per se stessa non è propriamente giuridica: essa riguarda il diritto, ma è impostata in dimensioni che superano le sua applicazione specialistica; e questa tesi viene decisamente ed in modo palese portata avanti con convinta energia. Tutti sappiamo che Mario era un critico, ed un critico che qualificare mordace apparirebbe eufemisticamente riduttivo, e sappiamo anche che egli, criticando taluni, lo fa talora con l'intendimento di dar loro anche una meritata lezione di serietà o di onestà scientifica; ma questi suoi atteggiamenti si esprimevano di solito nelle dimensioni di una nota, al massimo di qualche passo di una

recensione, al limite di un articolo di replica; ma non si tratta mai di scopi polemici che forniscono la ragione di tutto un lavoro giuridicamente costruttivo e ne influenzano l'impostazione scientifica. Qui le cose stanno altrimenti. Lo stesso titolo del lavoro si rivela animato da una polemica con carattere, come dicevo, generale per l'inserzione della voce concettuale tedesca «Leerformeln» in visibile rapporto con la nozione di "valori dell'ordinamento": rapporto che si preannunzia problematico, e s'intuisce che la problematicità si possa in qualche modo risolvere in un contrasto per il fatto che la «Leerformel» in parola è il sintagma *bona fides*. Del resto, l'autore stesso, questo che ho detto, non lo nascondeva (p. 2 con la n. 1), dicendo del titolo: «Che – e me ne rendevo perfettamente conto nel proporlo – può, per taluni almeno, apparire provocatorio, ma che, per le ragioni che dirò immediatamente appresso, mi venne spontaneo, non appena l'amico Luigi Garofalo mi fece l'onore d'invitarmi a tenere questa relazione». Ma la dimensione provocatoria del titolo, che l'autore negava affermandone lo spontaneo formarsi nella sua mente una volta preso contezza del tema che doveva trattare, viene così semplicemente trasferita al discorso complessivo che Mario subito concepì, come ancora, subito dopo, egli esplicitava, dando atto al lettore dell'atteggiamento, nel quale scriveva, in una frase che, proprio perché s'inizia con una limitazione, rivela che l'atteggiamento è generale (p. 3): «Con un'ovvia restrizione, dunque, alla *bona fides*, vorrei rapidamente circostanziare, se non giustificare, il carattere relativistico del punto di vista qui seguito. Io sono, istintivamente sospettoso verso l'impiego di categorie che non manifestino in alcun modo il loro effettivo contenuto, soprattutto quando, da parte di certi studiosi che s'identificano in assetti di pensiero ideologicamente pregiudicati, alla vuota espressione si riconducano, più o meno arbitrariamente, determinati contenuti con la pretesa che si tratti di verità assolute, mentre essi dipendono da una scelta dell'interprete, ovviamente condizionata da quell'ideologia». Poco prima, nella stessa pagina, come esempi romanistici di analoghe Leerformeln, egli aveva enumerato *aequitas*, *bonum et aequum*, *iustitia*, *humanitas*, *benignitas*; altrove, come persone che troppo spesso abusano di Leerformel egli enumera filosofi e teologi, oltre, naturalmente, a storici e giuristi, ed a proposito di questi due ultimi precisa (p. 3 s.): «Tutti dovremmo essere consapevoli – se, come storici, non vogliamo chiudere gli occhi dinanzi alla storia – che, sotto le medesime generiche etichette, possono essere contenuti i più disparati valori, diversi nei luoghi e nei tempi, e che il compito del giurista, nel suo presente, è di saper individuare quali siano i valori correnti, in base ai quali si regge la società in cui vive, valori su cui, a differenza del politico e del rivoluzionario, egli non può che in modo molto marginale e con tutta la dovuta cautela influire». E ancora egli attacca, in questo spirito (p. 4 n. 6), il politico e il rivoluzionario che in mala fede si nascondano sotto le mentite spoglie del giurista, ed aveva già prima sottolineato che l'attitudine di tutti costoro, cioè di tutti quanti coloro che si ritengono portatori di una verità assoluta, «è, per il mio modo d'essere, particolarmente irritante» (p. 3 n. 3).

Chi abbia conosciuto bene Mario di persona è certo meno meravigliato dal tono di queste sue pagine che non coloro che lo conoscano solo dalla lettura dei suoi

scritti. Ma, se io ho voluto dare ad esse un rilievo particolare, in questa meditazione sulla sua personalità di studioso, il mio scopo è stato di ricordare che la tensione, che qui è emersa in modo scoperto e che è una tensione etica, era sempre presente nel suo modo di sentire i problemi. I problemi umani come i problemi della politica universitaria e quelli scientifici; e se in quest'ultimo settore qui essa è emersa in uno scritto che riguarda il diritto delle obbligazioni, sicché è toccato a me menzionarla, essa permeava tutta la sua percezione culturale della scienza giuridica. Ne menzionerò un altro aspetto, legato a quello che sopra ho trattato, al cui manifestarsi ho assistito in un'occasione particolare. L'aspetto particolare era quello dell'insofferenza di Mario per l'impiego di criteri morali come tali nella costruzione del diritto, e io sono convinto che questa idea abbia avuto una certa importanza nella diffidenza che Mario nutriva per certi aspetti – non solo puntuali – del Common Law (che vengono annotati nello stesso lavoro cui ora mi riferisco (p. 23 n. 65 dalla p. prec.; p. 27 n. 78 dalla p. prec.)). Qualche anno fa, qui a Roma, in uno dei colloqui che Letizia Vacca aveva organizzato per l'ARISTEC, Maurizio Lupoi aveva presentato una relazione nella quale illustrava soprattutto la giurisdizione in Equity del lord Chancellor, presentandola come uno strumento che permetteva di considerare in giudizio valori morali tanto negli atti di procedura quanto come base della decisione stessa. Alla fine, Mario, che – se non ricordo male – presiedeva la seduta, intervenne assai brevemente, ma decisamente, in un senso che descriverei come manifestazione della sua distanza da un simile metodo. Forse, nel caso specifico, l'opposizione di Mario era particolarmente diretta all'impostazione dell'oratore, che per il metodo che irritava Talamanca aveva invece manifestato apprezzamento; ed in effetti la giurisdizione in Equity può ben essere inquadrata da un'angolazione assai diversa, perché il Lord Chancellor non era visto come il rettore della coscienza delle parti o della coscienza come moralità in generale, ma come il Keeper of the King's conscience. Che è tutt'altra cosa.

Ma, tornando allo scritto di Mario sulla *bona fides* e le Leerformeln, vorrei tentare di illustrarlo in un modo particolare, che mi permetta di mostrare insieme la consistenza giuridica e specificamente romanistica, che lo sostanzia, insieme con il delicato rapporto che in esso costantemente è sotteso fra questa concretezza scientifica ed il messaggio – che non è soltanto metodologico ma pure etico – che vi viene proposto. Per fare tutto ciò con la brevità che qui mi si richiede, riferirò solo, e praticamente senza commento, una sua esegesi, che scelgo non tanto come una delle più significative, ma come una di quelle – numerose – nelle quali il rapporto di cui dicevo appare chiaro.

Si tratta della prima esegesi contenuta nel § 41 (pp. 218-226), che è il secondo dei due dedicati a *Il ruolo della bona fides* in Paolo, e nel quale sono esaminati D. 18,5,7,1 e D. 19,2,45,1.

Il testo è il seguente:

D. 18,5,7,1 Paul 5 quaest.): *Si pupilli persona intervenit, qui ante sine tutoris auctoritate, deinde tutore auctore emit, quamvis venditor iam ei obligatus fuit, tamen quia pupil-*

*lus non tenebatur, renovata venditio efficit, ut invicem obligati sint: quod si ante tutoris auctoritas intervenerit, deinde sine tutore auctore emit, nihil actum est posteriore emptione. idem potest quaeri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit, ut discedatur ab emptione: an proinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant. sed nec illud sine ratione dicitur, quoniam initio recte emptio sit contracta, vix bonae fidei convenire eo pacto stari, quod altero captiosum sit, et maxime, si iusto errore sit deceptus.*

Di questo testo si potrebbe dire semplicemente che esso pone le *quaestiones* seguenti, con le seguenti soluzioni:

PRIMA *QUAESTIO*: nella prima ipotesi, il pupillo compratore ha concluso la prima compravendita *sine tutoris auctoritate* e la seconda *tutore auctore*: l'effetto della prima compravendita era che solo il venditore risultava obbligato; per questo, la seconda compravendita ha un effetto ulteriore rispetto alla prima (le obbligazioni del pupillo) e quindi la seconda compravendita è valida e le parti ne risultano così vicendevolmente obbligate.

SECONDA *QUAESTIO*: nella seconda ipotesi, il pupillo compratore ha concluso la prima compravendita *tutore auctore*, e la seconda *sine tutoris auctoritate*: l'effetto è solo che la seconda compravendita è nulla.

TERZA *QUAESTIO*: La compravendita è stata conclusa dal pupillo *tutore auctore*; ma poi tra le parti interviene un patto di risoluzione della compravendita, che il pupillo compratore conclude *sine tutoris auctoritate*. Qui abbiamo due soluzioni:

a) dopo il patto, la situazione viene a corrispondere a quella iniziale della *prima quaestio*: è come se il pupillo avesse all'inizio comprato *sine tutoris auctoritate*, sicché il pupillo compratore non risulta (più) obbligato, ma il venditore resta obbligato verso di lui;

b) tenendo conto del fatto che inizialmente la compravendita era stata compiuta correttamente, è difficilmente conciliabile col rapporto di buona fede così instaurato tra le parti che si possa accettare l'effetto di un patto che risulterebbe *captiosum* per una delle parti, in particolare se questi sia stato *iusto errore deceptus*.

Ciò premesso, riferisco il discorso che Mario ha fatto in proposito.

Come si vede, l'impostazione della problematica in Paolo parte da considerazioni puramente dommatiche, le quali reggono da sole tutto il ragionamento tranne che per quelle dell'ultima soluzione (TERZA *QUAESTIO* lettera b). Come chiarimenti della dommatica impiegata, il Talamanca precisa che (p. 219) «in linea di massima, nell'esperienza giuridica romana la ripetizione di un contratto non sortiva alcun effetto, quando il contenuto dei due negozi fosse identico, il che valeva sia per i negozi formali che per quelli causali. Nel caso poi, qui rilevante, di *obligationes consensu contractae*, il secondo poteva avere effetto soltanto nei limiti in cui, nel rinnovo del negozio, si potesse individuare una valida risoluzione per mutuo consenso del primo» e quindi – n. 616 – il secondo contratto doveva essere stato concluso *re adhuc integra*.

Ma già con riguardo alla soluzione della *prima quaestio*, Mario aggiunge una considerazione, che egli concreta valendosi di quel che parrebbe essere una sua

semplice sensazione, ma il lettore, leggendola appunto, si rende conto che qui siamo di fronte alla capacità di comprendere – all'intelligenza, diciamo per chiamare le cose con il proprio nome – di un giurista raffinato, ben lontana da analoghe – apparentemente analoghe – fantasie arbitrariamente sensitive che si leggono da tempo nella letteratura esegetica (come l'un tempo famoso “sento l'interpolazione, anche se non la posso dimostrare”). Voglio leggersi esattamente quello che scriveva Mario, dopo avere chiarito – nella linea dommatica del ragionamento di Paolo – che la presenza dell'*auctoritas tutoris* nel secondo contratto faceva sì che questo (p. 220) “fosse in grado di esplicitare tutti i suoi effetti, sia positivi che negativi, e quindi il precedente – un negozio claudicante –, si considerava risolto per mutuo consenso”; egli scriveva precisamente: «Ciò nonostante, nella frase *quamvis venditor iam ei obligatus fuit, tamen quia pupillus non tenebatur, renovata venditio efficit, ut invicem obligati sint*, v'è un più o meno avvertibile accenno all'adeguatezza della soluzione, nel senso che così veniva ristabilita la situazione normale, in cui entrambe le parti risultavano obbligate». Quello che Mario intendeva con queste parole – in modo forse meno esplicito, ma estremamente più efficace e penetrante di come lo sto per fare io – era che Paolo proponeva la soluzione come corrispondente alla dommatica della situazione esaminata, e che qui ci troviamo di fronte ad uno dei casi ideali per un giurista, nei quali l'individuazione delle strutture dommatiche in gioco è del tutto coerente con le dimensioni economiche del problema, sicché la coerenza logica (logico-giuridica) della soluzione ne fornisce anche, senz'altro, compiuta motivazione.

Quel che poi Mario dice della soluzione della seconda *quaestio*, può sembrare a prima vista un poco strano o affrettato: ma vedremo subito che così non è affatto. Egli scrive (p. 220): «Nel caso inverso, in cui fosse la seconda compravendita ad essere stata conclusa *sine tutoris auctoritate*, il giurista sembra avere ancor meno dubbi di quelli che possono forse cogliersi come appena affioranti nell'accenno all'adeguatezza della soluzione dianzi discussa per il primo caso, ché si limita a constatare che *nihil actum est posteriore emptione*. Può darsi che questa soluzione nascondesse un certo imbarazzo, di cui si può cogliere l'eventuale causa in quanto vien detto nella seconda parte del passo, dove Paolo passa a discutere della risoluzione per mutuo consenso, effettuata *sine tutoris auctoritate*». Il fatto è – qui devo interpretare quel che trovo scritto da Mario, ma credo di muovermi nella sua linea – che l'imbarazzo che poteva trapelare dalla – in se stessa altrettanto recisa – soluzione del primo caso poteva risiedere nel fatto che essa era stata decisa senza considerare che la sua struttura dommatica, e la sua adeguatezza dipendeva dalla sua stessa coerenza, senza ricorso ad una specifica considerazione della sua opportunità; la soluzione del secondo caso non può essere che altrettanto recisa, perché anch'essa obbedisce agli stessi criteri della prima: anch'essa è dettata dalla dommatica, perché la nullità del secondo negozio dipende dal fatto che esso replica esattamente una parte del primo, ma la replica in modo invalido, e comunque anche questa soluzione si risolve in una conservazione (qui non ristabilimento) della situazione normale dell'obbligatorietà reciproca del negozio. L'ombra può derivare solo dal

fatto che qui, al contrario di quanto avveniva nella soluzione precedente, le parti hanno fatto due cose, e il risultato che si accetta considera solo la prima parte di quello che hanno fatto; quel che hanno fatto per ultimo non viene affatto considerato: in questo caso la dommatica ha costretto a non considerare qualcosa che le parti hanno fatto, e hanno fatto come ultima cosa. Comunque sia di ciò, dall'andamento complessivo del testo risulta che Paolo considerava le soluzioni alle prime due *quaestiones* come sicure, e che la discussione della terza *quaestio* le prende come punto di partenza.

È nella TERZA *QUAESTIO* che Paolo considera due soluzioni: quella puramente dommatica e quella che tiene conto di un criterio di genere diverso, contrapponendo le due soluzioni. Vediamo.

La prima soluzione alla quale Paolo pensa, è quella puramente dommatica: il patto di risoluzione, essendo stato effettuato *sine tutoris auctoritate*, è efficace solo a favore del pupillo, e quindi esso modifica la vendita conclusa conducendola nella situazione che avevamo visto instaurata nella *prima quaestio* dalla prima vendita (cioè il pupillo è liberato dalle sue obbligazioni, mentre rimane obbligato il venditore).

La seconda soluzione è nel senso che il patto di risoluzione, nel caso, debba essere considerato nullo. Il Talamanca sottolinea che questa soluzione è introdotta da Paolo «con qualche titubanza» (p. 220): *sed nec illud sine ratione dicitur*. «La logica rigorosa del negozio claudicante avrebbe, in realtà, portato inevitabilmente alla soluzione che Paolo respinge». Egli, nel rifiutarla invece, lo fa (p. 220 s.) «richiamandosi alla *bona fides*, la quale viene così a supportare una “Wertung” eversiva della logica del sistema. In ciò è abbastanza palese l'imbarazzo del giurista che si evidenzia anche nella – senz'altro mirata – scelta dell'aggettivo *captiosus* per qualificare il patto di risoluzione in quanto avesse efficacia claudicante, e dalla precisazione che la soluzione era tanto più da seguire, se la controparte del pupillo fosse caduta in errore: argomento quest'ultimo, il quale, più che rafforzare, mina in effetti, in quanto sostanzialmente contraddittorio, la validità della soluzione avanzata sul piano generale». E di quest'ultima affermazione, Talamanca dà una spiegazione precisa: Paolo stesso affermava che la situazione creata nel caso della terza *quaestio*, cioè il negozio claudicante per effetto del patto di risoluzione concluso *sine tutoris auctoritate*, viene ad essere precisamente corrispondente a quella che risultava creata con la prima compravendita considerata nella *prima quaestio* con il contratto di compravendita concluso dal pupillo *sine tutoris auctoritate*: e se si ammette – come nel passo era ammesso – che la *bona fides* tolleri questa situazione, non si vede perché essa debba creare ostacolo all'altra. Paolo sembrerebbe avere considerato questa obiezione, e contrastarla adducendo che nel caso della terza *quaestio* (cioè quello del patto di risoluzione *sine tutoris auctoritate*) la vendita alla quale il patto si riferiva era stata in origine *recte contracta*, e quindi nel caso si tratterebbe, ove si ritenesse valido il patto, di inficiare gli effetti di un atto irreprensibile con quelli di un patto claudicante. Ma l'argomento non vale molto: Talamanca lo qualifica «topico in senso deteriore» (p. 222), sia a livello della costruzione dom-

matica, sia sul piano degli interessi in gioco sul piano economico. Leggiamo ancora la conclusione che egli trae da tutto ciò: «La *bona fides* è, in questo caso, impiegata senza possibilità di dubbio, per giustificare un'innegabile "Wertung": da quanto si è qui osservato risulta molto chiaramente come il nostro schema fornisca un argomento che poteva essere usato ora in un verso, ora nell'altro, a seconda della direzione in cui il giurista volesse impiegarlo. La *bona fides* giustifica – *vix bonae fidei convenire* – l'inammissibilità dell'efficacia claudicante del patto di risoluzione per mutuo consenso, ma il giurista non si pone neppure il problema del suo eventuale impiego in relazione alla detta efficacia rispetto al contratto di compravendita, in base ad una ragione di assai scarsa consistenza. È una riconferma particolarmente significativa del fatto che quelli che effettivamente contano per i *prudentes* sono i valori, comunque individuati, che la società – in Roma in realtà i ceti dominanti – ed essi che ne sono gli interpreti più o meno fedeli sottendono a tale "Leerformel", valori che non si nutrono soltanto di un'iperurania eticità».

Come si è visto, Mario ha proceduto, anche in questa singola esegesi, secondo le linee del tema generale che regge tutto questo suo lavoro, il quale, come credo si sia già avvertito nella premessa generale che ne ho delineato, non è diretto a riempire in qualche modo la "Leerformel" *bona fides*, ma piuttosto a spiegare come per i giuristi romani essa avesse un carattere strumentale. Quanto al senso generale dell'espressione, il Talamanca ne individua anche un'evoluzione semantica: essa doveva richiamare originariamente il rispetto della parola data, ma si evolse nel senso di alludere ai «valori rappresentati dalle regole di correttezza che si devono considerare vigenti secondo il comune sentire sociale» (così ad esempio nelle conclusioni, p. 310). Ma con ciò la "formula vuota" non viene affatto riempita, perché essa rappresenta solo lo strumento che permette ai giuristi l'impiego positivo di quei valori, i quali non sono valori etici immutabili, bensì concretamente legati alla mutevolezza dei tempi e degli assetti della società, e che pure subiscono varianti in relazione alle situazioni concrete che vengono trattate. E neanche l'impiego stesso del criterio della *bona fides* è connesso con una sua automatica estensione universale. Tale impiego è, fondamentalmente, connesso con l'*oportere ex fide bona*, e quindi trova applicazione nel solo ambito dei *iudicia bonae fidei*; al di fuori di questo campo lo stesso contributo interpretativo della situazione in gioco viene affidato ad uno strumento diverso, la nozione di *dolus praesens*, che di quella di *bona fides* rappresenta il reciproco: ma differisce anche da quella perché il suo impiego processuale è necessariamente affidato all'*exceptio doli praesentis*, e quindi operativo unicamente a favore del convenuto. Nel suo operare generale, la nozione di *bona fides* può acquistare denominazione diversa, ed in particolare venire affidata alla diversa "Leerformel" dell'*aequitas*, con coloritura più specificamente allusiva al «trattamento "adeguato" della fattispecie» (p. 311) o del caso concreto. Ma comunque, si tratta sempre di concetti strumentali: il loro impiego permette al giurista il ricorso ai valori che essi rappresentano, ma questi valori sono determinati dal giurista reperendoli nel sentire sociale del suo proprio tempo e dell'ambiente nel quale opera.

Vi sono molti altri lavori di Mario in materia di obbligazioni che si dovrebbero esaminare: come in particolare quello, che ho già ricordato, su *Conventio e stipulatio*, di cui vennero pubblicate due versioni (nel 1978 negli atti varsoviensi del convegno *Le droit romain et sa réception en Europe* [1973], e nel 1991 in quello senese su *Le teorie contrattualistiche romane* [1989]), e che contiene fra gli esempi più significativi della capacità del Talamanca di ricostruire e prospettare, nel corso stesso delle sue esegesi, l'evoluzione dell'*interpretatio* dall'uno all'altro dei giuristi romani nel contesto del loro *ius controversum*. Ma sono costretto a parafrasare Dante, quando interrompeva la sua descrizione degli spiriti magni che aveva visto nel limbo:

*Io non posso ritrar di tutti appieno,  
però che sì mi caccia il lungo tema,  
che molte volte al fatto il dir vien meno.*

## INTRODUZIONE ALLA LETTURA \*

Mario Talamanca non è certo fra gli autori nella cui produzione si possa attribuire un ruolo dominante ad una certa tematica, sicché l'intera sua opera appaia come promanazione di quell'interesse centrale. Nell'opera di Mario la stella, dalla quale tutto il sistema di pianeti e satelliti deriva la luce, è semplicemente il *Corpus iuris civilis*. Ciò non toglie che la *societas* romana vi occupi una posizione particolare, perché è presente con due interventi, entrambi espressamente concepiti per delineare i caratteri e la problematica complessiva dell'istituto, il primo dei quali si pone non lontano dagli inizi della vicenda scientifica dell'autore – questo corso cagliaritano del 1962 – e l'altro al tempo della sua piena maturità: la voce *Società in generale (diritto romano)*, pubblicata nel 1990 con il quarantaduesimo volume dell'*Enciclopedia del diritto*.

Il presente volume ripropone la lettura del corso del 1962. Si tratta, per vero, della sua prima effettiva edizione a stampa, in quanto il testo originale fu semplicemente ciclostilato e non ebbe diffusione al di fuori dell'ambiente universitario cagliaritano. Sicché alcuno potrebbe dubitare dell'utilità e dell'opportunità di questa intrapresa di riproporre oggi un testo dimenticato, quando è ben nota la versione che l'autore ne diede quasi trent'anni dopo, ovviamente aggiornata e tutta rimeditata. L'idea è stata di Francesco Sitzia, che conobbe il corso da studente, e non appena me ne ha fatto partecipe, come pure fece a Luigi Garofalo, ha trovato in noi una piena condivisione. Il consenso definitivo è stato quello – indispensabile e comunque il più importante – di Giuliana Talamanca, che ha pure collaborato attivamente al lavoro per la pubblicazione. Cercherò qui di seguito di esporre in sintesi le ragioni che valgono, al di là di ogni dubbio, a giustificare infine l'ingresso del corso del 1962 sulla *societas* in tutte le biblioteche giusromanistiche.

Il discorso sarà assai breve, ed il primo punto ha solo un carattere introduttivo. Quando il Talamanca, giovane professore di Diritto romano nella facoltà giuridica cagliaritana, scelse la *societas* come soggetto per il suo corso monografico, disponeva, come testo appropriato da consigliare agli studenti, del libro che sulla medesima tematica (*La società in diritto romano*) aveva pubblicato il suo maestro Vincenzo Arangio-Ruiz, e proprio come resoconto del proprio "corso di lezioni" tenuto a Roma nell'anno accademico 1949/1950. Dato che la dispensa di Talamanca del 1962 non rivela certo alcun atteggiamento polemico nei confronti dell'opera

---

\* Pubblicato in M. TALAMANCA, *La 'societas'. Corso di lezioni di diritto romano*, Padova 2012.

del suo maestro (i due corsi sono anzi per più versi assai legati, e i rapporti personali e scientifici fra l'anziano maestro e il giovane discepolo erano privi di ombre), la scelta di Mario di comporre per gli studenti una redazione scritta del suo corso rimane soltanto sicuro indice del fatto che egli aveva maturato un proprio discorso sulla *societas*, o magari anche del tutto un modo di impostare un corso di diritto romano come modello didattico per la ricerca romanistica, che gli premeva concretare in quello specifico insegnamento monografico.

E così, io credo, fu in effetti. Il lettore, e specialmente il lettore odierno, del corso del 1962 vi trova chiaramente indicati – non certo in teoria, ma nella concreta realizzazione – alcuni dei canoni essenziali della lezione metodologica di Mario. Il suo discorso è precisamente storico-giuridico, il che significa che la problematica – della realtà e della sua evoluzione – viene individuata in dimensione dommatica e con strumenti dommatici; ma la dommatica, così reperita, ricostruita e impiegata, non è quella del ricercatore, ma quella, che è il primo scopo del ricercatore recuperare, dei giuristi romani stessi; e questa la si può trovare solo nelle fonti, mediante l'esegesi: e ciò significa quasi sempre trovare il sostrato dommatico di testi casistici, ma sapendo bene che i giuristi romani facevano anche – e spessissimo! – della casistica proprio per spiegare la loro dommatica. I corsi di diritto romano sono, sempre e per loro tradizione, esegetici, ma in questo corso sulla *societas* viene fatto di riconoscere, in modo diretto, il senso profondo dell'esegesi nel discorso romanistico, e cioè che l'esegesi non è soltanto (anzi, al limite, non è per nulla) un elemento dell'esposizione, vale a dire un mezzo per documentare i fatti di una vicenda che si racconta: l'esegesi è lo strumento principale dell'argomentazione in un discorso costruttivo di una realtà dommatica (concettuale) che viene presentata come interessante perché presente in quelle fonti, e quindi nel pensiero dei giuristi che ne sono stati gli autori.

Questa, che è la grande lezione metodologica di Mario Talamanca, per la quale, in modo diretto e senza elucubrazioni, si comprende pure l'importanza attuale dello studio del diritto romano nella facoltà di giurisprudenza, risulta da questo corso sulla *societas* con la freschezza di un enunciato giovanile e con un respiro – la voce aperta ed esplicita dell'esegeta – che la più recente trattazione del 1990, anche per lo stesso suo taglio enciclopedico, non poteva far avvertire.

## PRESENTAZIONE \*

Aldo Cenderelli si formò con due diversi maestri, Giovanni Pugliese e Gaetano Scherillo, e diversa fu l'influenza dell'uno e dell'altro sulla sua personalità scientifica.

Del Pugliese egli incominciò, già all'inizio della sua vicenda di studente, a frequentare non solo – come tutti gli studenti del primo anno – il corso di Istituzioni di diritto romano, ma anche, ed assiduamente, a partire dal suo secondo anno (che era, se non ricordo male, l'anno accademico 1955/56) il corso complementare di esegesi delle fonti del diritto romano, nel quale la tecnica dell'esegesi si apprendeva, anzi si coltivava, in tutta la sua più autentica dimensione, sotto la guida di un maestro senza dubbio fra i maggiori che la scienza giuridica del nostro tempo abbia avuto. Ed il corso non era concepito come una serie di *lectiones* su singoli testi isolati o su gruppi limitati di passi: vi si leggeva per intero un titolo o una sequenza di titoli del digesto. In quell'occasione (se la mia memoria non mi tradisce) si trattava dei titoli relativi alle servitù prediali, nell'ottavo libro. Il corso esegetico del Pugliese era frequentato da pochi studenti particolarmente interessati e capaci, e si svolgeva in un modo assai partecipato: si cominciava con la traduzione del singolo passo, che era fatta da uno studente, e l'impostazione dei problemi veniva pure spesso suscitata dall'uno o l'altro dei partecipanti, anche se comunque risultava poi costruita dagli interventi del maestro, che sorvegliava la coerenza del discorso complessivo, forniva gli eventuali passi paralleli da mettere a partito, provvedeva a riscontri nella letteratura e metteva a punto i risultati raggiunti in comune. La capacità esegetica, che Aldo Cenderelli ha così acquisito, è poi sempre rimasta una caratteristica dominante della sua personalità scientifica, ed anche del suo gusto di ricercatore: lo sa bene chi lo abbia conosciuto, e comunque lo scorge facilmente chiunque scorra la presente raccolta dei suoi articoli, dei quali gran parte sono proprio concepiti come contributi esegetici. Ma non è solo questo: anche i lavori (articoli e libri) che egli scrisse su tematiche in se stesse lontane da un'impostazione esegetica (come gli scritti sulle fonti del diritto e sui giuristi), si rivelano al lettore nutriti, nella loro consistenza più determinante, dall'attenta esegesi di testi chiave. Con Giovanni Pugliese il Cenderelli preparò e discusse anche la tesi di laurea – una monumentale tesi, naturalmente soprattutto esegetica, sull'eredità giacente – e con il Pugliese continuò a lavorare fino al 1961, quando il maestro lasciò l'Università di Milano per trasferirsi a quella di Roma.

---

\* Pubblicato in CENDERELLI, *Scritti romanistici*, Milano 2011.

Negli stessi anni l'altro romanista della Facoltà giuridica milanese era Gaetano Scherillo, che insegnava la storia del diritto romano al prim'anno ed il diritto romano biennale al secondo e terzo. Al contrario del Pugliese egli svolgeva con continuità la professione di avvocato, ma questo non gli impediva di pensare molto al diritto romano, e fu dello Scherillo che Aldo divenne assistente; circostanza, questa, senza una vera rilevanza pratica: lo Scherillo volle che, dopo la laurea di Aldo (alla quale egli aveva partecipato come correlatore della tesi) diventasse suo assistente, sulla base del semplice argomento che il Pugliese aveva già da un anno un assistente giovane e attivo (si trattava di me stesso) mentre egli ne era sfornito. Ma le attività pratiche che l'assistentato comportava – in particolare la partecipazione agli esami e la cura dei lavori degli studenti, specie le cosiddette "tesine" – Aldo e io le svolgevamo tutte in comune. Dallo Scherillo il Cenderelli apprese l'interesse per i problemi relativi alla storia delle fonti del diritto, e questo gli giunse nel modo particolare nel quale lo Scherillo l'impostava: in quanto per lui tutto dipendeva dalla *Palinnesia* di Lenel, che egli conosceva a fondo e maneggiava a preferenza del digesto stesso. E questo costituiva, nella metodologia di Aldo, una notevole coincidenza, consistente nel fatto che anche un problema di storia delle fonti si convertiva sovente, in modo naturale o necessario, in problemi esegetici. Dopo che il Pugliese aveva lasciato Milano – e io lo avevo seguito a Roma – il Cenderelli continuò da solo a lavorare con il solo Scherillo, fino alla morte del maestro, che sopravvenne nel 1970. Ma si deve tenere ben conto del fatto che gli ultimi anni che precedettero tale data furono per lo Scherillo assai penosi: e se egli continuò, sin pressoché alla fine, ad insegnare ed anche a scrivere, lo poté fare per la completa dedizione di Aldo, che provvide anche in grande parte a rendergli possibile di muoversi fuori di casa, specie per venire all'Università.

A partire dalla fine degli anni '60 del secolo da poco trascorso Aldo Cenderelli non ebbe, dunque, più la guida di un maestro. Dai due che aveva avuto gli restava bensì una formazione sicura; ma la maturità dovette, e seppe, costruirselo da solo. Si valse in ciò di una cosa che aveva imparato dal Pugliese: coltivare i contatti con i colleghi, frequentando i congressi e discutendo, e far tesoro dell'attività di docente, per tutto quello che il cercar d'insegnare ad altri riflette nel pensare di chi lo fa.

Poiché il mio scopo, nello scrivere questa presentazione, è quello di indicare a chi apra il presente volume le radici ideali dell'*ars* che l'autore vi ha impiegato, devo aggiungervi la considerazione di un ulteriore elemento, il quale ha sensibilmente concorso alla dimensione della sua personalità di studioso, anche se non è in sé connesso con la sua formazione di giurista. Aldo, durante la sua vita di studente, raggiunse sempre i livelli più alti che la carriera scolastica permettesse, e così, prima di essere uno studente universitario eccezionale, fu pure tale in ginnasio e liceo: ed è del tutto naturale che – ai tempi almeno nei quali egli frequentò quelle scuole – uno studente cimentatosi per otto anni con la lingua latina e cinque con la greca ne uscisse con una solida preparazione filologica di base e con una propensione per gli studi letterari classici. Posso testimoniare che la sua scelta, infine, per la facoltà

di giurisprudenza non corrispose veramente alla sua propensione originaria. Ma non vorrei che da questo che ho detto il lettore fosse indotto in un equivoco. Aldo Cenderelli non va confuso con quelle altre personalità di storici del diritto che, avviate malvolentieri alla giurisprudenza, hanno trovato nelle materie storiche un campo nel quale fare lo stesso i filologi o gli storici generali. Egli nella facoltà di giurisprudenza divenne giurista, non solo per bagaglio d'informazione, ma anche e soprattutto per la dimensione intellettuale e la sensibilità pratica che tale professione contraddistinguono. Solo che egli fu un giurista al quale le fonti letterarie hanno sempre parlato, non soltanto fornendogli il complemento che tutti i romanisti sanno di dover cercare negli scritti dei letterati antichi, ma anche permettendogli di scorgere problemi legati al diritto nelle opere di quegli autori, che ancora gli avveniva di leggere, ovvero, nelle fonti giuridiche stesse, di ravvisare elementi per una ricostruzione di fenomeni storici più generali, là dove non avrebbe potuto vedere alcunché un giurista sfornito di questa sua particolare antenna, né uno storico sfornito della sua capacità di vedere le implicazioni nella storia giuridica di certi accadimenti più o meno comuni.



UN INEDITO



## LA NOZIONE ROMANA DI *LOCATIO CONDUCTIO* \*

È noto che la nozione del contratto di locazione, che i giuristi romani chiamavano *locatio conductio*, rappresenta un problema, che si trascina fin dall'epoca dei glossatori per la ragione, soprattutto, che le fonti romane parrebbero presentare quel contratto con tre strutture diverse: quelle di una *locatio rei*, una *locatio operis* e una *locatio operarum*. Mentre nella generalità delle codificazioni moderne questa impressione ha generato la frantumazione della locazione in tutta una serie di figure tipiche diverse, gli artt. 1708 ss. del Code civil francese sono proprio concepiti nell'idea di quella tripartizione di una singola figura, senza che per altro la sua unità venga comunque in evidenza: anche qui, in effetti, appare chiara la radice di un'idea nata nel XIX secolo e ancor oggi non del tutto sopita, secondo la quale le fonti romane non presenterebbero un solo contratto di locazione, bensì tre contratti distinti, ai quali converrebbero bene – o si dovrebbero riconoscere come proprie – le denominazioni sopra ricordate.

Gli autori che si sono opposti a quest'idea di una pluralità dei contratti romani di locazione, hanno ragionato nell'impeccabile modo seguente. La *locatio conductio* era un contratto consensuale tipico e dunque un contratto causale, vale a dire un contratto che viene identificato in base alla sua causa: in altre parole caratterizzato dal tipo di affare gestito, con la sua conclusione, dalle parti; e questa causa non poteva essere che unica, perché l'azione posta dal pretore a sanzione di tale contratto era una sola, benché per essa, naturalmente, l'editto del pretore urbano presentasse due formule diverse (*actio locati* e *actio conducti*), in ragione del fatto che la locazione era un contratto sinallagmatico perfetto, il che esigeva la differenziazione tra l'azione a disposizione del locatore e quella a disposizione del conduttore. In breve: l'unicità della causa non permette di uscire dall'idea dell'unicità del contratto.

Per giungere ad una nozione corretta della locazione romana l'unica via consiste, dunque, nel trovare il modo di indicarne la causa in un modo unico per tutti i casi.

Si tratta, d'altronde, di un'impresa non temeraria, purché ci si sappia limitare a seguire la prospettiva che le fonti ci indicano come quella propria dei giuristi ro-

---

\* Si tratta del testo, tradotto in italiano e munito di qualche nota, della conferenza dal titolo *La notion romaine du contrat de louage*, tenuta il 12 aprile 2013 presso l'Institut de droit romain de l'Université de Paris – II.

mani. Non si tratta tanto di concentrarsi sull'esegesi d'uno od altro testo, per considerare piuttosto l'insieme dell'atteggiamento che i giuristi assunsero in proposito.

Un buon punto di partenza si rinviene nei testi – come Paul. D. 19,2,1, Gai. 3,142-147 e il corrispondente epiclassico che ne dipende (res cott. D. 19,2,2) – dove essi confrontavano locazione e vendita. Gli autori di questi testi sottolineavano le similitudini fra i due contratti, naturalmente sulla base del presupposto che si tratta di due strutture diverse, ma le diversità non rappresentano lo scopo diretto e principale di tali descrizioni. A noi però interessa proprio una differenza, per cogliere la quale mi limito a fare riferimento al sintetico *principium* di res cott. D. 19,2,2 (che è ripreso anche in I. 3,24 pr.). Nel luogo citato, dopo aver detto che i due contratti obbediscono a regole identiche (*idemque iuris regulis*), il parafraste spiega: *nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit*. Cioè: “infatti, come la compravendita risulta conclusa quando si sia raggiunto l'accordo sul prezzo (*pretium*), così anche la locazione-conduzione si ritiene conclusa quando si sia raggiunto l'accordo sulla mercede (*merces*)”.

Ora, con le parole che abbiamo riportato l'autore del testo applicava appunto un criterio d'identità (che tanto la vendita quanto la locazione risultano concluse quando le parti si sono accordate sull'ammontare della prestazione pecuniaria) a un elemento divergente (che la prestazione pecuniaria della vendita è un prezzo, mentre nella locazione la prestazione pecuniaria è una mercede). E non si mancherà di notare che la contrapposizione prezzo-mercede (*pretium-merces*) costituisce una differenza causale tra i due contratti: nell'affare gestito con la vendita la prestazione pecuniaria rappresenta un prezzo, nell'affare gestito con la locazione la prestazione pecuniaria rappresenta una remunerazione. Mi permetto d'insistere. Parlando delle identità tra vendita e locazione l'autore di D. 19,2,2 pr. è giunto a menzionare una differenza, e noi dobbiamo considerare attentamente questo risultato, perché la differenza che ne emerge riguarda la causa dei due contratti. Si può, così, partire da una premessa sicura: vendita e locazione sono contratti sinallagmatici perfetti, per cui l'affare che corrisponde alla loro causa non può appartenere se non al genere degli scambi. In entrambi questi scambi un termine è rappresentato dalla prestazione pecuniaria, cioè una somma di denaro che l'una parte deve dare all'altra. Questo primo membro dello scambio è lo stesso nei due contratti, ma riceve una denominazione diversa: e questa diversa denominazione non dipende affatto dalla sua natura (si tratta sempre di una somma di denaro), ma dal suo scopo; forse meglio: dalla sua funzione nell'economia del contratto.

Nella vendita si parla di *pretium* perché il denaro rappresenta il prezzo, vale a dire il valore di scambio della *res vendita*.

Nella locazione si parla in generale di *merces* (benché esistano altre denominazioni speciali: per esempio<sup>1</sup> i canoni dei contratti che oggi si indicano come affitto

<sup>1</sup> Si possono vedere Paul. D. 19,2,24,2; Lab. Paul. D. 14,2,10 pr. Anche, più in generale, Ulp. D.

sono talora chiamati *pensiones*, *vectura* è impiegato per la contropartita del trasporto di uno schiavo su di una nave). È ovvio che questa *merces* non può essere il controvalore della *res locata*, perché non è la proprietà di tale cosa a venire qui in considerazione. Ma è chiaro che, ove ci fosse possibile individuare in modo unitario la contropartita della *merces* nel contesto della *locatio conductio*, avremmo fatto un passo assai importante nel cammino che può menarci alla soluzione del problema della nozione romana di locazione.

Prima di cercar di rispondere alla domanda testé posta – la quale può semplicemente formularsi così: qual è, nella *locatio conductio* romana, il corrispettivo della *merces*? – devo informare il lettore sullo stato attuale della dottrina romanistica. Ma, per risparmiare tanto al lettore stesso quanto a me la noia di un resoconto analitico dei contributi in materia, soccorre oggi un libro – il più recente, a mia conoscenza almeno, dedicato al tema –, nel quale è mostrato assai bene a che punto si sia giunti e come – col contributo dell'autore stesso – ci si sia pervenuti. Si tratta del volume di Roberto Fiori, intitolato appunto *La definizione della locatio conductio*<sup>2</sup>. Il Fiori ha ben visto che per arrivare ad una definizione unitaria della locazione romana e soprattutto, al tempo stesso, a capire a fondo l'idea unitaria che i giuristi romani avevano di questa struttura economica e giuridica, si deve trovare il modo di esprimere con un solo concetto la controprestazione della *merces*. Ma la soluzione che egli ha scelto non può essere quella che si cerca, perché la coppia che egli propone è *merces/uti frui*, e questa scelta dell'*uti frui* è del tutto artificiale, sicché egli stesso si rende conto che bisognerebbe aggiungere *opera* all'*uti frui*, e se egli non lo fa per la preoccupazione dell'unità della definizione, cerca tuttavia di dimostrare che la nozione di *opera* può essere contenuta in quella dell'*uti frui*, il che suona come francamente erroneo, perché la *merces* dell'*uti frui* è un canone mentre la *merces* dell'*opera* è una remunerazione.

Ma, credo, quella che qui si pone è una questione di metodo, perché il problema di trovare un termine adatto ad indicare in modo generale il corrispettivo della *merces* nell'equilibrio sinallagmatico della *locatio conductio* è destinato a rimanere insolubile finché se ne cerchi la soluzione nell'impiego di un vocabolo latino.

La cosa non è assurda come potrebbe sembrare. La scelta di un morfema lessicale, cioè di un'unica parola appropriata per designare il vantaggio che, nel sinalagma causale della *locatio conductio*, esige d'essere equilibrato dalla *merces*, è un problema che si pone a chi voglia comporre una definizione di tale contratto. Ora, nessun testo ci riporta una definizione romana della locazione ed è ben possibile,

---

5,3,29. Quanto a *vectura*, il termine può anche alludere all'impegno economico (costi) per il trasporto di qualcuno; Ulp. D. 19,2,19,7: *neque vectura eius [sc.; infantis] magna sit neque his omnibus utatur, quae ad navigantium usum parantur*.

<sup>2</sup> FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*. Napoli 1999. La monografia è redatta sulla base di una ricerca che può ben dirsi esauriente, ed occupa 366 pagine complessive, delle quali 304 trattano di diritto romano e solo le ulteriori (ma anch'esse assai ricche) della tradizione romanistica, comprendenti ancora 6 pagine di conclusioni generali.

anzi assai probabile, che i giuristi romani non si siano mai cimentati in quest'impresa.

A questo punto possiamo procedere sulla base di due assiomi.

Il primo assioma. I giuristi romani avevano certamente ben chiaro in testa il concetto parallelo a quello di *merces*, perché nei loro testi casistici sceglievano in modo del tutto naturale il vocabolo appropriato al caso in questione; non si trattava soltanto di *uti frui* o di *opera*, ma di tutta una serie di parole diverse.

Il secondo assioma. Non dobbiamo pensare a tale parola generale come ad un termine latino, ma trovare nelle nostre lingue attuali un termine che corrisponda a quell'idea generale romana, il morfema appropriato ad esprimerla.

Per fortuna, le fonti romane ci permettono di reperire il concetto di cui nel primo assioma, e le lingue moderne ci offrono la terminologia implicata nel secondo. Ragionerò, qui di seguito, facendo riferimento insieme alle lingue italiana e francese, ma solo per semplificare il discorso: nelle altre lingue – a me note – il fenomeno si presenta allo stesso modo.

Se riprendiamo in considerazione il confronto che i giuristi romani facevano tra compravendita e locazione e riusciamo a ricondurre questa comparazione al suo nocciolo più semplice, possiamo allora concentrarci sul rapporto tra la *res vendita* e la *res locata*.

La *res vendita* è una cosa la cui proprietà deve infine pervenire al compratore e, pertanto, quel che viene in considerazione relativamente a tale cosa è la sua proprietà: è questo ciò che viene espresso dall'impiego del vocabolo *pretium* (prezzo), il quale fa allusione al valore di scambio della cosa.

La *res locata* sarà pure consegnata dal *locator* al *conductor*, ma il trasferimento della sua proprietà non solo non viene in considerazione, ma viene escluso. Essa viene consegnata in funzione di una "attività che rappresenta un valore economico", la quale verrà esercitata dal *conductor* nel suo proprio interesse o nell'interesse del *locator*. La *merces* rappresenta il corrispettivo di questa "attività che rappresenta un valore economico", e dunque essa dovrà essere pagata dalla parte – che sia il *locator* o il *conductor* – che beneficia di questa "attività che rappresenta un valore economico". Ebbene: se ci riferiamo alla contrapposizione, entrata nel linguaggio economico francese e italiano durante la seconda metà del XIX secolo<sup>3</sup>, possiamo affermare in modo preciso che la *res vendita* viene in considerazione come un "bene" (*bien*), mentre la *res locata* viene in considerazione per il fatto che essa funziona come mezzo per rendere un "servizio" (*service*). La *merces* era dunque, in qualunque caso di *locatio conductio*, la remunerazione di un servizio.

<sup>3</sup> Nel dizionario *Le petit Robert*, s. v. *service* II 4° si precisa (per la contrapposizione *bien/service*) la data del 1875. È dallo stesso dizionario (luogo cit.) che ho ripreso (e tradotto) l'espressione "activité représentant une valeur économique". Le stesse informazioni, ma in più ampio contesto, si leggono anche in *Le Robert. Dictionnaire historique de la langue française* (dir. A. REY), Paris 1992, s. v. *service* (vol. II, p. 1932, seconda colonna, verso la fine della voce). Per la lingua inglese: *The new shorter Oxford English Dictionary*, Oxford 1993, s. v. *service* (vol. II, p. 2729, terza colonna) nel luogo V 27 d (*Econ.*).

Il risultato al quale siamo pervenuti potrebbe, io penso, essere considerato l'inizio di una definizione della *locatio conductio*, se si vuol dire che questa consiste in un contratto mediante il quale le parti realizzano lo scambio di una somma di denaro con un servizio. Ma preferisco astenermi dal prendere questa direzione. Si tratta della stessa idea che mi ha suggerito d'evitare la parola definizione nel titolo di questa conferenza. Intendo con questo seguire l'esempio dei giuristi romani, che diffidavano delle definizioni perché esse si concretano in enunciati che troppo spesso si rivelano poi inaccettabilmente rigidi rispetto alla casistica cui dovrebbero sempre riferirsi<sup>4</sup>. Impiegherò dunque il risultato, di cui parlavo, come il primo passo nella descrizione della nozione romana di *locatio conductio*. Quel che mi sembra opportuno affrontare adesso è la critica della tripartizione della *locatio* concepita come la *divisio*, o comunque l'accostamento dei tre tipi tradizionalmente denominati *locatio rei*, *locatio operis* e *locatio operarum*. Ma si deve anzitutto precisare ancora qualcosa sulla nozione di *res locata* nella struttura del contratto che stiamo esaminando.

La "cosa locata" è data dal *locator* al *conductor*. Con ciò intendo dire che questa cosa è consegnata e non *data* nel senso stretto che questo termine aveva nel linguaggio giuridico romano, quando era impiegato per indicare il trasferimento della proprietà o la costituzione di un diritto reale su cosa altrui. Però ho coscientemente preferito impiegare in italiano il verbo dare per avere l'occasione di notare che i giuristi romani impiegavano talora anch'essi il verbo *dare* invece di *locare* nelle descrizioni concrete delle locazioni: Gai. 3,143 (*si fulloni polienda curandave sarcinatori sarcienda vestimenta dederim*); Ulp. D. 19,2,13,5 (*si gemma includenda aut insculpenda data sit*)<sup>5</sup>.

Lasciando ciò da parte, a proposito della cosa locata (*res locata conducta*) si deve sottolineare che la sua consegna fornisce il solo criterio che permette di identificare le parti come *locator* o *conductor*, il che significa anche stabilire chi, sulla base del contratto, sarà legittimato all'esercizio dell'*actio locati* o dell'*actio conducti*. Inoltre il *conductor*, in quanto detentore della cosa locata, sarà colui che esercita quella "attività che rappresenta un valore economico" nella quale consiste il servizio. Ma questo è tutto: siccome tale servizio può corrispondere all'interesse del *locator* ovvero a quello del *conductor*, l'individuazione del soggetto che lo rende non è indizio per stabilire a quale parte spetti la *merces* e quale parte la debba.

\* \* \*

<sup>4</sup> Penso, naturalmente, innanzitutto a Iav. D. 50,17,202.

<sup>5</sup> Il testo di Gaio parla di abiti "dati" ad un lavandaio (precisamente, ad un fullone) perché li pulisca (cioè li lavi nel modo appropriato) o se ne prenda cura; quello di Ulpiano parla di una gemma "data" ad un artigiano (gioielliere) perché la incastoni (in un bracciale od un anello) o la scolpisca (cammeo).

Possiamo finalmente affrontare la critica alla tripartizione tradizionale della locazione romana: almeno dopo una breve introduzione.

I temi trattati fino a questo punto ci presentano tutti la *locatio conductio* come un contratto di locazione concepito in modo unitario; ma con lo studio della tripartizione questa unità non risulterà affatto attenuata. Al contrario, quel che vedremo sparire è la tripartizione stessa. Le rare – precisamente: le due – fattispecie che parrebbero uscire dallo schema generale del contratto di locazione non solo mostrano un autentico carattere di eccezioni, ma anche come eccezioni si giustificano in base alla necessità di ricondurle allo schema generale malgrado la presenza di un dettaglio della loro struttura: perché esse corrispondono precisamente alla struttura dello schema (si tratta sempre di scambi *merces-servizio*), ma vi fa difetto – in due modi analoghi, ma diversi – una vera e propria *res locata*.

Ma procediamo a piccoli passi, incominciando con l'osservare come i giuristi romani descrivevano i contratti di locazione quando li prendevano in esame nella loro casistica. Queste descrizioni si presentano, nelle fonti, in forme diverse. Vi si trovano esposizioni quasi analitiche del contenuto, come nell'esempio Scaev. D. 19,2,61,1 (*navem conduxit, ut de provincia Cyrenensi Aquileiam navigaret olei metretis tribus milibus impositis et frumenti modis octo milibus certa mercede*), che possono contrapporsi a delle allusioni del tutto generali, o vaghe, come in Mod. D. 19,2,50 (*si ignorans quis militi quasi pagano locaverit*): però, gli enunciati che qui ci interessano in particolare sono quelli, sintetici, che consistono in una descrizione essenziale ma compiuta dell'affare concretamente gestito dalle parti, perché queste frasi hanno un carattere complessivamente tecnico, e rivestono un'importanza speciale per due ragioni. Anzitutto esse provengono certamente dalla pratica giudiziaria della composizione delle formule nelle *actiones locati* e *conducti*, ed ancora perché il loro testo è costruito seguendo un criterio di forma che è sempre lo stesso, certo con varianti, ma varianti che non contraddicono mai il criterio di base.

Nelle formule processuali delle azioni contrattuali, come si sa, la descrizione del caso dedotto in giudizio compariva nella *demonstratio*, e come esempio ne adduco una coppia – per l'*actio locati* e l'*actio conducti* – scelta a caso:

(actio locati) *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio vestimenta polienda locavit, ...*

(actio conducti) *Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio vestimenta polienda conduxit, ...*

Possiamo tradurre “quanto al fatto che Aulo Agerio ha dato in locazione a Numerio Negidio degli abiti da lavare” la *demonstratio* dell'*actio locati* e “quanto al fatto che Aulo Agerio ha preso in conduzione da Numerio Negidio degli abiti da lavare” quella dell'*actio conducti*. Ma se, da questo complesso di termini traiamo l'essenziale per la descrizione precisa del negozio *qua de re agitur* – “affare di cui si tratta”, come nelle formule stesse era scritto dopo la *demonstratio* – ci rimangono tre termini che indicano rispettivamente il contratto (*locare* o *conducere*), la *res lo-*

*cata (vestimenta)* e il servizio previsto (*polienda*), e questo servizio viene indicato con il gerundivo – precisamente con l’aggettivo verbale, concordato con l’accusativo della *res locata* – del verbo che descrive l’attività avente valore economico che corrisponde al servizio in questione. Questa semplice struttura descrittiva è composta dunque di tre elementi essenziali: verbo del contratto, sostantivo (acc.) della cosa locata, gerundivo (agg. verb. acc.) del verbo del servizio. Nelle fonti essa compare spesso con varianti, delle quali la maggior parte qui non interessa, perché esse dipendono dal modo nel quale ciascuna descrizione è inquadrata dal giurista nel suo contesto. Per esempio, abbiamo già notato che in Gai. 3,143 è scritto ‘*si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim*’ col verbo *dare* in luogo di *locare*; ma ciò significa semplicemente che il giurista, menzionando questi contratti, s’ispirava certo alla pratica del pretore, ma non intendeva seguirne l’uso parola per parola, ovvero può voler dire al contrario che un’oscillazione del genere si trovava già nei testi provenienti dal magistrato.

Una variante alla quale invece si deve prestare attenzione è quella delle frasi in cui il gerundivo del verbo del servizio è assente. Ne elenco qualche esempio: *locare fundum* (Pomp. D. 19,2,3; Ulp. Iul. D. 19,2,9,2; Paul. D. 19,2,24,1); *locare habitationem* (Ulp. D. 19,2,5); *locare insulam* (Ulp. D. 19,2,7); *locare domum* (Ulp. D. 19,2,9 pr.); *mensuras*<sup>6</sup> *conducere* (Ulp. Sab. Lab. Mela D. 19,2,13,8). Ora, si deve ben comprendere che queste varianti non dipendono dal fatto che la *locatio*, per esempio, di un fondo agricolo abbia una struttura diversa da un locazione di vestiti da lavare. La locazione di un fondo è ben un *locare fundum fruendum*, come risulta chiarissimo dal cit. Ulp. D. 19,2,9 pr. ed è espressamente detto in Gai. D. 19,2,5,1. La ragione che permette l’omissione del verbo del servizio è tutt’altra. Avveniva normalmente – e non v’è ragione per pensare che la pratica pretoria della composizione delle formule processuali fosse orientata altrimenti – che il gerundivo del verbo del servizio fosse omesso se nel caso concretamente considerato non poteva esistere alcun dubbio sull’identità del servizio in gioco, perché un solo servizio era concretamente possibile, o perché si trattava del servizio più evidente, sicché un’indicazione espressa sarebbe stata necessaria solo se le parti ne avessero voluto prevedere un altro.

Per chiarir meglio le cose, esaminiamo brevemente i due ultimi testi citati. Dal primo, di Ulpiano, si ricava molto chiaramente che chi abbia dato in locazione una casa o un fondo (*domum vel fundum locaverit*), risponde verso il *conductor* se questi non possa godere (*frui*) della cosa.

Ulp. (32 ad ed.) D. 19,2,9 pr.: *Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, Pomponius ait nihilo minus eum tene-ri ex conduco ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. ...*

<sup>6</sup> La *mensura* era un recipiente di capacità nota, destinato alla misurazione dei volumi.

“Se uno mi abbia dato in locazione una casa o un fondo comprato in buona fede e questo sia stato evitto senza dolo né colpa da parte sua, Pomponio dice che nondimeno egli è tenuto con l’azione *ex conducto* verso colui che ha preso in conduzione, affinché a costui si assicuri che sia possibile godere di quel che ha preso in conduzione”<sup>7</sup>.

Per il secondo testo, incominciamo col tradurlo:

Gai. (10 *ad ed. prov.*) D. 19.2.25,1: *Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.*

“Colui che abbia dato in locazione a qualcuno un fondo perché lo sfrutti ovvero un’abitazione (= un appartamento), se per qualche ragione egli venda il fondo o la casa, deve provvedere a che al colono sia possibile godere e all’inquilino abitare anche presso il compratore alle stesse condizioni: altrimenti, se ne venga impedito, eserciterà contro di lui l’azione *ex conducto*”.

Si capisce bene la portata di questo discorrere. La locazione del fondo viene precisata col gerundivo *fruendum*, non tanto perché il fondo potrebbe essere locato anche in vista di un diverso servizio (cosa, per altro, possibile, come si vedrà dal testo che esamineremo subito qui di seguito), ma perché all’autore interessava menzionare il verbo *frui* come servizio in gioco, perché la soluzione del caso vi avrebbe fatto espresso riferimento (*et colono frui ... liceat*). Per *habitationem locare* un analogo gerundivo era del tutto superfluo, perché il verbo del servizio era del tutto ovvio, trattandosi dello stesso *habitare*.

Vediamo poi ancora:

D. 19,2,32 (Iul. 4 *ex Minicio*): *Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit. Cassius negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. quod si colonus vellet colere et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere: et hoc detrimentum ad heredem pertinere: sicuti si quis rem, quam vendidisset nec dum tradidisset, alii legasset, heres eius emptori et legatario esset obligatus.*

“Uno, che aveva dato in locazione per più anni un fondo perché venisse coltivato, morì e lasciò quel fondo in legato (ad un terzo). Cassio negò che si potesse costringere il colono a coltivare il fondo, perché a ciò l’erede non aveva interesse. Che se il colono volesse coltivare e ne fosse impedito da colui al quale il fondo era stato legato, il colono avrebbe azione contro l’erede, e tale danno spetterebbe all’erede: come se uno avesse legato ad altri una cosa che avesse venduto senza ancora averne fatto la tradizione, l’erede di costui sarebbe obbligato verso il compratore e il legatario”.

<sup>7</sup> La fine del passo può anche intendersi: “a costui si assicuri il godimento che ha preso in conduzione”.

Qui il fondo è locato non *fruendum*, ma *colendum*, vale a dire perché il colono lo coltiva: cioè svolga su di esso le attività agricole, non nel proprio interesse (cioè in vista di un proprio *frui*, un proprio godimento), ma per conto del locatore. La precisazione del servizio era qui dunque necessaria.

In sostanza, possiamo così tranquillamente affermare che espressioni del tipo *locare (conducere) fundum*, nelle quali dunque manca il gerundivo del servizio, non indicano un tipo di locazione che consisterebbe in un *locare rem* e non in un *locare rem fruendam* o *vehendam*, cioè non indicano una *locatio rei* – locazione di una cosa – che si contrappone ad una *locatio* “di far qualcosa di una cosa”. Si tratta dello stesso modo di pensare la locazione e di descriverla, solo che certe fattispecie, per la loro struttura di puro fatto, consentono l’abbreviazione della frase descrittiva. Dunque concludendo sul punto: le locuzioni che abbiamo considerato, e che presentano la struttura seguente: verbo del contratto (*locare* o *conducere*), denominazione della cosa locata (*rem* specificata), aggettivo verbale (espresso o sottinteso, del verbo del servizio), sono adatte a descrivere in generale qualunque contratto di *locatio conductio*. Ma esistono, come già dicevo sopra, due eccezioni.

La prima di queste eccezioni possiamo identificarla come quella della *locatio operis*, purché ci si renda ben conto che questa denominazione non si riferisce se non ad una situazione ben precisa, che ben poco se non nulla ha a che fare con l’insieme delle ipotesi che la dottrina tradizionale qualifica come *locatio operis*. La dottrina tradizionale denomina *locatio operis* tutti i casi nei quali il *conductor* riceve la *res locata* affinché egli lavori (in qualunque senso) su di essa nell’interesse del *locator*. Sono casi che abbiamo già considerati, ed abbiamo visto che essi appartengono alla casistica di base, che viene descritta mediante la locuzione composta dal verbo del contratto, la menzione della *res locata* e il gerundivo del verbo del servizio. Per la *locatio operis* abbiamo invece un testo esplicito, in cui Paolo riporta una spiegazione di Labeone:

D. 50,16,15,1 (Paul. 2 ad ed.): ‘*Opere locato conducto*’: *his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.*

Preferisco spiegare il testo, anziché tradurlo.

Labeone spiegava la locuzione *opus locatum conductum* che egli (o magari Paolo) leggeva evidentemente in un contesto nel quale essa compariva all’ablativo assoluto. Ma ciò non ha alcuna importanza. Quel che ci riguarda è la spiegazione di Labeone, che è oltremodo chiara, e non può venire indebolita con dei sofismi filologici del tipo di quelli che v’impiega il Fiore<sup>8</sup>. Paolo ci informa che Labeone affermava che nella locuzione *opus locare-conducere* il vocabolo *opus* (= l’italiano

<sup>8</sup> FIORE, *La definizione* cit., in part. 157 ss.

“opera”, in qualunque accezione) ha il senso della parola greca “*apotélesma*” (e cioè, in italiano: “risultato”); il termine *opus* – nell’espressione considerata – non si riferisce dunque a *opus* nel senso del greco “*èrgon*” (“esecuzione”, “forza lavoro” e dunque “lavoro”), indicando invece la cosa materiale (*corpus*) finita (*perfectum*, “pervenuta interamente in esistenza”) come conseguenza del lavoro effettuato (*ex opere facto*, cioè: “come risultato dell’*opus*”, qui ora nel senso di lavoro – *ergon* se si vuole – eseguito). E questo *opus* è la *res locata*, la “cosa locata”: si tratta dunque di una cosa che non può essere consegnata per rendere possibile il servizio, perché prima che il servizio sia reso essa non esiste; perché è il servizio che è l’*opus* nel senso di *ergon* (= “lavoro”). Siamo dunque di fronte a questa struttura: il servizio è *opus*-lavoro (ed è dunque questo *opus*-lavoro la controprestazione della *merces* dovuta dal *locator*); l’obbligazione del *conductor* è il lavoro come obbligazione di risultato: e questo risultato è l’*opus* nel senso di *apotélesma*.

Ciò che caratterizza questa causa contrattuale è dunque che la cosa locata si presenta come il risultato materiale del servizio.

La *locatio operis* può ben essere indicata mediante le locuzioni con il gerundivo: così viene ad evidenziarsi in modo ancor più chiaro che quel che caratterizza questa causa contrattuale è il fatto che la *res locata* vi fa difetto, perché questa sarà il risultato dell’esecuzione del contratto. E si deve anche notare che ciò che caratterizza questa *locatio operis* non è che l’obbligazione di rendere il servizio sia un’obbligazione di risultato: la gran parte delle locazioni che abbiamo descritte sopra come conformi alla struttura generale della locazione, ma che esigono l’impiego esplicito di un aggettivo verbale del verbo del servizio come attività dovuta dal *conductor* sulla cosa locata, danno luogo ad obbligazioni di risultato: le eccezioni ci sono, ma sono poche, come quella del *fundum colendum locare*, che dà evidentemente luogo ad un’obbligazione di condotta. Quel che veramente caratterizza la *locatio operis* è piuttosto il fatto che qui il risultato consiste in una cosa materiale, un *corpus*, cosicché esso può infine essere considerato come la *res locata*. Le descrizioni della *locatio operis* costruite col gerundivo presentano la *res locata* come il risultato di un’attività (un servizio, dunque) che la deve produrre, deve costruirla come prodotto finito.

Qualche esempio sarà sufficiente. *Locare opus faciendum* (Iav. D. 19,2,51,1); *Marcus domum faciendam a Flacco conduxerat* (Iav. Lab. D. 19,2,59); *domus faciendam locata erat* (Lab. Iav. D. 19,2,60,3); *lanam conducere expediendam; vestimenta redimere texenda* (Ulp. Lab. Sab. Octaven. D. 7,8,12,6: i due casi fanno allusione rispettivamente a “cardare la lana”, dove il risultato è rappresentato dalla “lana cardata” stessa, e alla fabbricazione di abiti di lana; questa interpretazione è certa, perché nel testo i due casi sono posti sullo stesso piano di *vel insulam vel navem fabricandam*); *qui aedem faciendam locaverat* (Alf. D. 19,2,30,3); *si insulam aedificandam locasses* (Afr. D. 19,2,33); *si cui locaverim faciendum, quod ego conduxeram* (Marcell. D. 19,2,48)<sup>9</sup>; *si rivum quem faciendum conduxeras* (Lab. D. 19,2,62):

<sup>9</sup> Il senso della frase è: *si cui locaverim faciendum, quod ego (faciendum) conduxeram*.

Concludo con un testo di Alfeno, che descrive il contratto liberamente, ma in modo che ne risulta sempre chiaro che il risultato (che tiene il luogo della cosa locata) è ben un *corpus aliquod perfectum* (Alf. D. 19,2,31: *cum argentum pusulatum fabro daretur ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli*) e, ricordando Gai. 3,147 (e soprattutto la sua conclusione: *Atqui si meum aurum ei dedero, mercede pro opere constituta, convenit locationem conductionem contrahi*), aggiungo questo testo di Paolo, dal quale pure emerge assai evidente che in questa locazione *operis* il servizio fornito e remunerato con la *merces* è il lavoro dal quale proviene il risultato:

D. 19,2,22 (Paul. 34 ad ed.) ,1: *Quotiens enim faciendum aliquid datur, locatio est. 2: Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.*

“Infatti, ogniqualevolta vien dato qualcosa da fare, si tratta di locazione. 2: Quando do in locazione un edificio da costruire, con l’intesa che il conduttore faccia ogni cosa a sue spese, mi trasferisce bensì la proprietà di tutte tali cose<sup>10</sup> e tuttavia si tratta di locazione: l’imprenditore, infatti, dà in locazione la sua opera, cioè l’impegno a fare”.

Nel testo, Paolo sembra dimenticare – o non voler tenere conto – che nella locazione *operis*, l’*aliquid faciendum* che *datur* tiene il posto della *res locata* e che dunque questa non è l’*opera* (com’egli invece dice scrivendo *locat enim artifex operam suam*). Forse Paolo era influenzato dalla seconda eccezione alla struttura comune della locazione, che è appunto quella del *locare operas*, e che nella tripartizione tradizionale della locazione viene isolata come un tipo particolare della *locatio* con la denominazione di *locatio operarum*, sulla base di testi come i seguenti: Ulp. Marcell. D. 19,2,9,1 (*si fructuarii servi operas conduxisset*); Ulp. D. 19,2,19,9 (*cum quidam exceptor<sup>11</sup> operas suas locasset*); Ulp. D. 19,2,26 (*in operis duobus simul locatis*); Paul. D. 19,2,38 (*qui operas suas locavit*). Ma vedremo subito, senza difficoltà, che si tratta semplicemente, appunto, di un’eccezione al sistema generale, la quale si spiega in modo analogo alla precedente. Anche qui, in effetti, l’autonomia della cosa locata non risulta evidente. Come si sa bene, una locazione conclusa nel modo ora visto corrisponde abbastanza bene al nostro contratto di lavoro (subordinato): il *locator* è il lavoratore e mette la sua attività (spesso qualificata da una particolare abilità tecnica) a disposizione del *conductor*, agli ordini di costui e sotto le sue direttive. Questa stessa descrizione del contratto presenta un particolare note-

<sup>10</sup> La precisazione ‘*ut sua impensa conductor omnia faciat*’ indica che in questo contratto l’imprenditore (*conductor*) fornisce tutti i materiali necessari alla costruzione dell’opera, e magari anche il terreno. Si tratta della situazione che oggi si definirebbe “chiavi in mano”.

<sup>11</sup> L’*exceptor* era uno scrivano (cancelliere, segretario).

vole, potremmo dire – per il senso dommatico della fattispecie – sorprendente: quando si dice ‘*qui suas operas locavit*’ – “colui che ha dato in locazione le sue opere (= la sua attività e capacità di lavoro)” – la struttura stessa di questa frase, considerata alla stregua delle formule generali idonee a descrivere un contratto di locazione, menziona le *operae*, e dunque il lavoro del lavoratore-locator, come la cosa locata (*res locata*). Si sa bene che la parola *res*, come l’italiano “cosa”, possiede un significato assai vasto: tuttavia il fatto di chiamare “cosa” l’attività del lavoratore si pone al limite di questo campo semantico: e questo limite viene del tutto oltrepassato quando si consideri la semantica giuridica: se le opere sono la *res locata* esse devono essere concepite come “consegnate al *conductor*”. Ma lasciamo pur questo da parte, e consideriamo piuttosto che, considerando la sostanza dei concetti in gioco, le opere del lavoratore corrispondono al servizio che rende costui e rappresentano certamente l’entità che viene remunerata dalla *merces* che egli deve ricevere. Non si riesce neppure a concepire, per questo contratto, una descrizione con il gerundivo, se non impiegando il verbo *praestare* nel suo senso più volgare di “eseguire una prestazione”, ma il *locare operas praestandas* che ne verrebbe non sarebbe che una tautologia<sup>12</sup>. Si può dunque concludere che il *locare operas* non esce dalla nozione generale della *locatio*, ma si presenta semplicemente come un’eccezione dipendente dal fatto che nella sua consistenza casistica essa esige una considerazione speciale perché la *res locata* coincide con il servizio reso dal *locator*.

\* \* \*

Conclusione generale. La nozione romana di *locatio conductio* è dunque certo unitaria, e potrebbe ben venire unitariamente definita dicendosi che essa consiste nello scambio fra una somma di denaro ed un servizio, come la compravendita può definirsi come scambio di una somma di denaro ed una cosa. Fermiamoci, per la definizione, a questo punto. Per procedere ad una più analitica descrizione della locazione romana possiamo identificare gli elementi strutturali di quel contratto partendo dal ruolo che vi assume la *res locata*, che viene consegnata dal *locator* al *conductor* perché questi vi possa svolgere l’attività che rappresenta il servizio; questa attività potrà essere nell’interesse del *locator* ovvero del *conductor*; se essa è nel-

<sup>12</sup> Qualcosa di equivalente ad una locazione-conduzione di *operas praestandas* parrebbe a prima vista risultare da Lab. D. 19,2,58,2 (*quidam in municipio balineum praestandum annuis viginti nummis conduxerat*). Se, come pare, la locazione prevista nel testo è quella di esercitare l’attività di *balneator* in quella certa città (in un edificio pubblico di essa attrezzato all’uopo), qui siamo di fronte ad un caso nel quale il servizio previsto sarebbe quello di *praestare operas* (o, se si vuole, *operam*): ma esso non viene enunciato così, ma come *praestare balineum*, cioè con una specificazione dell’opera per cui la tautologia è evitata. Ma tutto ciò non può invero essere visto come una fattispecie di *operas locare*, perché chi rende l’opera è qui qualificato come *conductor* e non come *locator*, per cui la *res locata* sarebbe il *balineum*, e quindi non l’attività della balneazione, bensì il *balineum* (o *balneum*) come locale. Certo, intendendo il testo in questo diverso modo, l’uso di *praestare* pare meno appropriato.

l'interesse del *locator* sarà dovuta dal *conductor* al *locator*, e il *locator* sarà obbligato a compensarla con la *merces*; se essa è nell'interesse del *conductor* il *conductor* avrà il diritto di svolgerla e sarà obbligato a compensare il *locator* con la *merces*. Questo schema generale subisce delle varianti necessarie in due casi, nei quali l'entità che si deve considerare come la *res locata* non può essere individuata come una cosa che possa essere consegnata dal *locator* al *conductor* per dare inizio all'esecuzione del contratto. Ciò avviene quando il servizio previsto sia la fabbricazione di una cosa: in questo caso la *res locata* è bene individuata come la cosa da fabbricare, ma essa non può essere locata con la conclusione del contratto perché esisterà solo se e quando il conduttore abbia adempiuto la sua obbligazione di fabbricarla. Ciò avviene ancora quando il servizio previsto sia individuato come attività di lavoro del *locator* alla dipendenze del *conductor*, perché in questo caso quel che funge da *res locata* non è una cosa vera e propria e comunque non è un'entità che possa avere considerazione autonoma come cosa, perché viene a coincidere con il servizio reso dal *locator* nell'interesse del *conductor*.



Finito di stampare nel mese di giugno 2014  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
via Bologna, 220

