

ARTICLES

1

Postille di sistematica gaiana
delle *obligationes*

Giuseppe Falcone

Revue historique de droit français et étranger

ARTICLES

23

Une « cause célèbre » au XII^e siècle.
Moines, archevêque et stratégies de pouvoir
à Cantorbéry

Emanuele Conte et Louis Genton

41

Le rôle fondateur de la médecine légale
et de la jurisprudence dans la reconnaissance
de la syphilis verrière comme accident
du travail

Louis de Carbonnières

57

Enseigner l'histoire constitutionnelle
en France. Problèmes et perspectives

Marcel Morabito et Galaad Delafontaine

ref : 532401



9 782995 324019

Lefebvre Dalloz

DAJLOZ

Postille di sistematica gaiana delle *obligationes* *

Giuseppe Falcone
Università de Palerme

Résumé – L’auteur développe et approfondit certaines réflexions faites dans ses études précédentes sur la systématique des obligations dans les Institutions de Gaius. En particulier, de nouveaux indices sont ajoutés et des exégèses textuelles supplémentaires sont effectuées en relation à certains points fondamentaux de l’œuvre de Gaius : la notion de ius obligationis, qui est interprétée comme une allusion à la position juridique subjective du créancier titulaire d’une action ; la re-compréhension de ce ius parmi les res incorporales ; la défense de l’intégration « ea quae <in> iure consistunt » et de la perspective subjective de cette conceptualisation ; l’encadrement des legs parmi les sources d’obligations ; le contenu de la catégorie des obligationes re contractae, à laquelle l’auteur propose de référer les legs ; la dichotomie entre obligationes ex contractu et obligationes ex delicto par rapport à la question de l’originalité ou non de l’ensemble de la systématique gaïenne des obligations.

Abstract. – The author develops and deepens some reflections made in his own previous studies on the subject of the systematics of obligations in the Institutes of Gaius. In particular, new clues are added and further textual exegesis are carried out in relation to some fundamental points of Gaius’ work: the notion of ius obligationis, which is understood as alluding to the subjective position of the creditor holder of an action; the inclusion of this ius among res incorporales and the defence of both the integration ‘ea quae <in> iure consistunt’ and the subjective perspective of this conceptualisation; the framing of legacies among the sources of obligations; the meaning of the category of obligationes re contractae, to which the author proposes to refer legacies; the dichotomy between obligationes ex contractu and obligationes ex delicto in relation to the question of the originality or non-originality of the entire Gaian systematics of obligations.

(*) Il testo sviluppa alcune riflessioni svolte in una Relazione tenuta al Convegno Internazionale ARISTEC in ricordo di Carlo Augusto Cannata *L’obbligazione. Struttura e fonti* (Padova, 16-18 giugno 2022). Esso sarà pubblicato anche nel volume dei relativi Atti.

Mots clés | INSTITUTES DE GAIUS – *Obligatio* – *Res incorporales* – Sources des obligations – Contrats – Legs obligatoires

Introduction

Com'è noto, nei suoi *commentarii* 'istituzionali' Gaio apre la trattazione apposita sulle obbligazioni senza fornire una definizione, direttamente proponendo una bipartizione in tema di atti costitutivi delle stesse:

Gai 3.88. Nunc transeamus¹ ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto. 89. Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.

A questo proposito in una precedente occasione ho avuto modo di osservare²: a) che la mancanza, qui come nell'intero testo gaiano, di un enunciato definitorio sull'*obligatio* e l'immediata segnalazione, al suo posto, delle modalità attraverso le quali il rapporto obbligatorio può prodursi non deve sorprendere più di tanto, giacché è circostanza che si pone in linea con la complessiva rappresentazione 'dinamica' che Gaio offre degli istituti giuridici, alla luce della quale il giurista punta, più che ad indicare cosa è un istituto, a mostrare concretamente come esso si costituisce e funziona; b) che, peraltro, in un diverso scomparto narrativo, e precisamente in relazione alle figure dei legati *per damnationem* (§ 2.204) e *sinendi modo* (§§ 2.213-214)³, Gaio non manca di richiamare nitidamente, cogliendoli nella loro concreta operatività, i due profili salienti di un rapporto obbligatorio, vale a dire l'esistenza di un dovere del debitore di porre in essere un'attività per il soddisfacimento di un interesse del creditore e, correlatamente, l'esistenza di un'*actio in personam* che rende cogente l'adempimento di codesto dovere; c) e che, d'altra parte, anche per un'altra *res incorporalis*, l'*hereditas*, esattamente come nel caso delle *obligationes* Gaio avvia la specifica trattazione, anziché con una definizione, direttamente con una distinzione che attiene ai modi con i quali l'*hereditas* può acquistarsi (§§ 2.99-101)⁴. In questa sede aggiungo brevemente alcuni dati testuali e alcuni elementi di riflessione con riguardo a ciascuna delle tre predette osservazioni.

I – 'Ea, quae <in>iure consistunt' e ius obligationis

In relazione alla prima osservazione, il dato negativo della mancanza di una definizione va ribadito in modo apposito, dal momento che, in tempi recenti, si è autore-

(1) L'integrazione è unanimemente adottata dagli editori sulla base dell'incipit di Inst. 3.13 pr.

(2) G. Falcone, «Sistematiche gaiane e definizione di obligatio», in L. Capogrossi Colognesi et M.F. Cursi (ed.), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, Napoli, 2011, rispettivamente a p. 28 s., 22 s., 30 s.

(3) I due testi sono trascritti ed esaminati *infra*, n. 3.

(4) Cf. *infra*, n. 4.

volmente sostenuto che una definizione dell'istituto sarebbe da riconoscere nella presentazione delle *obligationes* quali *res incorporales*, contenuta nel notissimo:

Gai 2.14. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in⁵ iure consistunt, sicut hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, ueluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum. rell.

In particolare, questa presentazione costituirebbe, secondo Vincenzo Giuffrè, una definizione da intendersi come «designazione precisa di un concetto», la quale, «cogliendo l'*ubi consistam* di un'entità, la sua *substantia*, la circoscrive e caratterizza sul piano concettuale», talché, se in dottrina si è generalmente escluso che Gaio abbia fornito una definizione, ciò sarebbe dipeso solo dal fatto che Gaio non ha pensato di dire «in chiaro e in tondo, che l'*obligatio est res incorporalis, quae in iure consistit et tangi non potest*»⁶. A mio avviso, questa posizione non può essere accolta. Lo stesso autore che l'ha espressa si è prefigurato il rilievo critico ad essa opponibile, consistente nel fatto che l'asserita definizione («*obligatio est res incorporalis etc.*») riguardava anche altre situazioni e rapporti (elencati nello stesso Gai 2.14). Ma la seguente replica con la quale egli ha cercato di superare l'obiezione non può ritenersi concludente: «Si rifletta sulla identificazione del termine "veicolo": "mezzo meccanico di trasporto guidato dall'uomo". Dunque il carro agricolo trascinato da cavallo, come l'automobile o l'aereo mossi da motori e meccanismi di trazione peraltro diversissimi tra loro, etc. Ma solo per ciò diremmo che non è una definizione di carro agricolo il dire che è un veicolo, e così via?»⁷. Invero, nell'esempio addotto, il ricorso al concetto di "veicolo" è, comunque, sufficiente ad indicare in modo preciso un dato essenziale che enuclea, quantomeno, la funzione del *definiendum*; invece, quando si afferma che l'*obligatio* è una *res incorporalis* (con o senza aggiunta del dato del '*consistere in iure*'), nulla si dice sul *quid proprium* dell'istituto, né in sé preso né rispetto ad altri istituti parimenti presentati quali *res incorporales*, onde non può considerarsi "designazione precisa" del concetto di *obligatio*, in grado, come sostenuto, di coglierne la *substantia*.

Il vero è che, non il contenuto in sé del § 2.14, bensì il suo coordinamento con le affermazioni dei successivi §§ 38-39-facenti parte di un blocco espositivo direttamente collegato, dal punto di vista sistematico, con quel paragrafo di prima presentazione delle *res incorporales*⁸-si presta a far riconoscere quel che Gaio

(5) Per l'integrazione <in> iure consistunt cf. appositamente di seguito, nel testo.

(6) V. Giuffrè, «La definizione di obligatio nelle Gai Institutiones. Un'isola che non c'è?», *IVRA*, t. 64, 2016, p. 105 s. (le parole riportate tra virgolette si trovano a p. 121, 117 e 116); cf. anche «Cercare l'asino ed esserci a cavallo», *SDHI*, t. 82, 2017, p. 645 s.

(7) V. Giuffrè, «La definizione di obligatio», art. cit., p. 117 e nt. 54.

(8) La presentazione nei § 2.13-14 delle *res corporales* e *incorporales*, infatti, esattamente come la presentazione delle *res mancipi* e delle *nec mancipi* nei § 14a-17, è direttamente compiuta in vista della successiva descrizione delle modalità negoziali da utilizzare per il loro trasferimento. Ciò, conformemente alla coordinata fissata in apertura del II commentario (*Superiore commentario de iure personarum exposuimus; modo videamus de rebus. Quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur*), alla luce della quale le *res* saranno considerate non staticamente, bensì nella prospettiva della loro circolazione o trasmissione: rinvio a G. Falcone, «Osservazioni su Gai 2.14 e le *res incorporales*», *AUPA*, t. 55, 2012, p. 157 s.; *Studi sui commentarii 'istituzionali' di Gaio. I. Formazione e natura del testo*, Roma-Bristol, 2022, p. 52, p. 123.

implicitamente intendeva quando assumeva le *obligationes* quali *res incorporales*, elementi patrimoniali assunti dal punto di vista del creditore. Segnatamente, nei §§ 2.38-39 Gaio, una volta chiusa l'illustrazione della *magna differentia* tra *res Mancipi* e *nec Mancipi* in ordine ai negozi necessari per il loro trasferimento (*Mancipatio*, *in iure cessio* e *traditio*), torna sulle *res incorporales*, per informare (§§ 2.28 ss.) dell'applicabilità o meno anche a queste ultime degli atti fin lì considerati in relazione alle *res corporales*. Questo il discorso specifico riguardo alle *res incorporales-obligationes*:

Gai 2.38. Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si uelim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. quae dicitur nouatio obligationis. 39. Sine hac uero nouatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri.

Le affermazioni di questi due paragrafi mostrano che il trasferimento delle *obligationes*, considerate dal lato attivo (giusta l'accennata continuità rispetto § 14), è rappresentato in termini di trasmissione della facoltà, o potere, di *agere* per il perseguimento di ciò che è dovuto al creditore. È questa, dunque, l'indicazione concettuale che Gaio lascia trasparire in merito alla *substantia* (per riproporre il termine usato da Giuffrè) della *obligatio* quale *res incorporalis*⁹. Ora, già in occasione di precedenti analisi ho sostenuto che tale facoltà o potere del creditore di *agere* in relazione a quanto dovutogli costituisce il concreto contenuto di quel che nel § 2.14 Gaio indica come *ius obligationis* (contrapponendolo, in quanto incorporale, alla corporeità di '*quod nobis debetur*'), un *ius* che va inteso nel senso di posizione giuridica soggettiva del creditore connessa al prodursi di un'obbligazione¹⁰. Qui preme addurre un riscontro ulteriore della rappresentazione della

(9) Il che, osservo incidentalmente, vale ad ulteriore testimonianza (accanto a quella già accennata dei legati obbligatori) del fatto che, a fronte del generale disinteresse di Gaio a fornire indicazioni teorico-dogmatiche quali informazioni apposite, egli lascia riconoscere, poi, non di rado anche profili o punti di vista di ordine concettuale, dogmatico o sistematico, tra le pieghe di informazioni aventi in sé, piuttosto, un obiettivo e un approccio descrittivi di concrete modalità operative (in questo caso, le modalità di circolazione delle *obligationes* da un creditore ad un altro).

(10) G. Falcone, «Osservazioni su Gai 2.14», art. cit., p. 136 s., spec. p. 139; *Studi sui commentarii...*, op. cit., p. 128 s. È opportuno rimarcare che anche il *ius successionis* e il *ius utendi fruendi*, che al *ius obligationis* si trovano accostati in Gai 2.14, alludono alla posizione giuridica soggettiva del titolare, dal lato attivo, della *res incorporalis* (come si desume, anche per queste due figure, dal contesto descrittivo cui appartengono i §§ 2.38-39 appena considerati) e che siffatta caratterizzazione, per una scontata esigenza di omogeneità concettuale, si estende, costituendo riprova esterna di quanto or ora indicato nel testo, al *ius obligationis*. In particolare, che il *ius successionis* alluda alla posizione giuridica soggettiva di *heres*, collegata al prodursi del fenomeno successorio, si desume dalla descrizione della modalità di trasferimento della *hereditas* quale *res incorporalis*, là dove in Gai 2.35 quel che viene primariamente presentato come effetto o non-effetto di una *in iure cessio* è la trasmissione o il mantenimento, appunto, della qualifica e della posizione giuridica di *heres*: *...proinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem uocatus esset: post obligationem uero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet...* (lo stesso dato si constata nella descrizione dell'istituto riproposta in Gai 3.85, trascritto *infra*, in nt. 65). Quanto al *ius utendi fruendi*, la prospettiva soggettiva si trae, anzitutto, dal seguente passaggio riguardante gli effetti della *in iure cessio ususfructus*: Gai 2.30 *Ususfructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii ususfructum in iure cedere potest, ut ille ususfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis ususfructum efficit, ut a se discedat et conuertatur in proprietatem; alii uero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet: creditor enim ea cessione nihil agit; ma credo che nella stessa direzione possa sfruttarsi uno spunto offerto dal tenore della descrizione dell'*actio in rem* in Gai 4.3 *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, uelut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi rell.* A tal proposito è degna di nota la circostanza che Gaio, anziché parlare semplicemente di *rem intendere nostram esse*, come suggerivano i *verba* dell'*intentio*, aggiunge al sostantivo *res* la qualifica *corporalis*, con ciò mostrando di richiamarsi alla dicotomia fissata in 2.14. Ora, dal momento che le parole di Gai 4.3 *ius aliquod nobis competere, uelut utendi aut utendi fruendi...* evocano l'idea*

posizione del creditore in termini di *ius*, che rileva sia a conferma della predetta portata della concettualizzazione *ius obligationis* sia, correlatamente, a rafforzamento della proposta di leggere l'elemento-chiave che completa l'enunciazione della dicotomia '*res corporales – res incorporales*' secondo l'integrazione '*qualia sunt ea, quae <in> iure consistunt*'.

Prima di indicare questo riscontro ulteriore, è opportuno richiamare sinteticamente i dati che a parer mio orientano con decisione verso siffatta integrazione, compiuta (per vero, con appigli insufficienti) da una lunga tradizione di editori di Gaio e aversata, invece, in tempi recenti da alcuni studiosi¹¹. Un primo spunto si desume dalla stessa varietà dei riscontri della locuzione '*ea, quae in iure consistunt*' nel materiale successivo alla scrittura di Gai 2.14: essa ricorre nell'*Epitome Gai*, nelle *Pauli Sententiae*, nelle due versioni del testo gaiano presenti nel *Corpus iuris* (Inst. 1.2.2 e D. 1.8.1) e in una costituzione giustiniana conservata in C. 7.33.12.4. Ora, coloro che difendono la lezione trådita di Gai 2.14 evidentemente assumono, a prescindere da esplicite affermazioni, o che soggetti operanti in aree e in momenti diversi abbiano, ciascuno e in modo indipendente, avvertito la necessità di integrare un dettato gaiano privo della preposizione oppure che queste fonti si colleghino, in modo più o meno mediato, ad un'unica rielaborazione del manuale gaiano che avrebbe, questa, una volta per tutte apportato la suddetta modifica. Entrambe le vicende a me sembrano assai poco probabili. Ritengo ben più plausibile, e direi naturale, con riguardo all'*Epitome* e ai testi giustiniane, l'eventualità che i loro autori avessero trovato già nella genuina scrittura gaiana la locuzione '*in iure consistunt*', poi corrotta per un facile incidente nella tradizione manoscritta, e, con riguardo a *Paul. Sent.* 3.6.11, l'eventualità di una specifica eco dell'insegnamento gaiano¹² oppure di un autonomo impiego di una concettualizzazione circolante, come dirò subito, nella tradizione giurisprudenziale. Un secondo elemento, più significativo, consiste nel fatto che, appunto, la formulazione '*ea, quae in iure consistunt*' è attestata, con riferimento ad uno degli istituti menzionati in Gai 2.14 (le servitù prediali), anche in un *excerptum* di Pomponio, in cui il giurista appositamente segnala l'applicabilità della concessione precaria anche ad entità distinte dalle cose materiali, primariamente assunte come possibili oggetti del *precario habere*: D. 43.26.15.2 (Pomp. 29 ad Sab.) '*Precario habere etiam ea quae in iure consistunt possumus, ut immissa vel protecta*'. Dunque, la locuzione '*ea, quae in iure consistunt*' è testimoniata non solo in testi successivi e in parte sicuramente riconducibili al modello di Gai 2.14, ma anche nell'opera di un giurista contemporaneo a Gaio (e con la medesima finalità di richiamare un profilo di alterità rispetto agli oggetti materiali)¹³. Infine, un terzo indizio, credo

di spettanza di una posizione giuridica soggettiva, di un potere, di una facoltà, se Gaio, per autonoma iniziativa (non indotto, cioè, dai termini della *formula*), contrappone ad un *ius aliquod* avente codesta connotazione soggettiva la *res corporalis*, pare legittimo desumere che anche nel § 2.14 l'*ipsum ius utendi fruendi*, al quale lo stesso elemento-*res corporalis* si trova contrapposto, abbia una declinazione in senso soggettivo.

- (11) Per una trattazione più approfondita rinvio a G. Falcone, «Osservazioni su Gai 2.14», art. cit., p. 128 s. e, con ulteriori elementi, *Studi sui commentarii...*, op. cit., p. 126 s. (ivi, a p. 127, nt. 512 e 514 indicazioni sulle prese di posizione assunte), in particolare, da Orestano, Nicosia e, ultimamente, Schiavone—in favore del mantenimento della lezione *quae iure consistunt* del ms. Veronese).
- (12) Sul presupposto della classicità delle *Pauli Sententiae* o, almeno, del loro confezionamento con materiali di Paolo, mette conto segnalare, in termini generali, che la mancanza di tracce testuali esplicite non significa affatto che i giuristi severiani non abbiano conosciuto e tenuto in considerazione il testo didattico di Gaio (cf., opportunamente, già G. Scherillo, «Le definizioni romane delle obbligazioni», in *Studi in onore di G. Grosso*, 4, Torino, 1971, p. 106 s.). La precisazione vale anche ammettendo, come a me sembra estremamente verosimile, che la scrittura di Gaio avesse avuto una originaria destinazione esoterica, concepita per la cerchia degli studenti.
- (13) Curiosamente, la testimonianza di Pomponio è stata trascurata perfino dagli editori che hanno proposto l'integrazione del dettato gaiano. Dal canto suo, A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*,² Bari, 2017, p. 483, nt. 18, pur citando il riscontro di Pomponio, se ne libera troppo rapidamente affermando che, altrove, lo stesso Pomponio usa anche *consistere* con l'ablativo semplice (citando al riguardo D. 30.9, in cui ricorrono le

di peso ancora maggiore, si trae coordinando il complessivo svolgimento del discorso di Gai 2.14 con un dato dell'*usus loquendi* di Gaio. Quanto allo svolgimento interno di Gai 2.14, viene in questione la circostanza che nella precisazione '*Nec ad rem pertinet-incorporale est*', compiuta da Gaio allo scopo di rimarcare in maniera apposita l'aspetto della immaterialità delle *res incorporales*, le figure che inizialmente erano state indicate come *hereditas*, *usufructus* e *obligationes* vengono, invece, richiamate in termini di *ius*: '*nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est*'. Gaio, dunque, per puntualizzare ulteriormente il profilo caratterizzante delle *res incorporales* rispetto alla corporeità degli oggetti che con le stesse possono collegarsi, mette in risalto proprio quell'elemento-*ius* che già poco prima era servito ad esplicitare il contrappunto rispetto alle *res corporales*. La cura gaiana nella costruzione delle informazioni, che ho altrove segnalato in chiave generale¹⁴, impone di pensare che il segno '*ius*' esprima in entrambi i passaggi del discorso una medesima prospettiva concettuale. E poiché le locuzioni '*ius successionis*', '*ius utendi fruendi*' e '*ius obligationis*' alludono ad una posizione giuridica soggettiva¹⁵, ecco che questa stessa valenza di tipo soggettivo deve assumersi espressa all'interno della locuzione '*qualia-consistunt*'. Ciò posto, sul piano, poi, dell'*usus loquendi* gaiano va tenuto presente che negli altri luoghi dei *commentarii* in cui è un ablativo semplice ad accompagnare il verbo *consistere* il senso della costruzione è sempre quello di indicare un elemento in base al quale un *quid* sussiste o dal quale un *quid* trae consistenza¹⁶. Ma quest'ordine di idee non appare compatibile con la prospettiva soggettiva che, come appena detto, per via dell'omogeneità concettuale rispetto all'*ipsum ius successionis*, all'*ipsum ius utendi fruendi* e all'*ipsum ius obligationis*, occorre postulare per la locuzione in esame: è davvero difficile pensare che Gaio avesse parlato di entità che "sussistono in base a" una posizione giuridica soggettiva. Ne deriva, così, il terzo suggerimento a leggere '*ea, quae in iure consistunt*', attribuendo alla formulazione il significato di "entità che consistono in un *ius*"¹⁷.

Ebbene, come anticipato, in favore di questa lettura è possibile addurre un riscontro ulteriore in aggiunta a quelli or ora richiamati. Esso proviene dalla descrizione dell'*actio utilis rescissa capitis deminutione* che Gaio compie, nell'ambito di una più ampia trattazione sulle *fictiones* formulari, al § 4.38. Questo specifico

parole *postliminii iure consistere*) e considera, anche in conseguenza di ciò, l'integrazione di *in* nel testo gaiano «una specie di arbitraria "normalizzazione" sintattica»: così facendo, lo studioso ha purtroppo perso di vista il dato prezioso offerto dal testo pomponiano e cioè il fatto che esso costituisse un'attestazione (non, genericamente, della costruzione *consistere + in* e ablativo, ma) specificamente della medesima concettualizzazione *ea, quae in iure consistunt* in una fonte indipendente dalla tradizione gaiana.

(14) G. Falcone, *Studi sui commentarii...*, op. cit., p. 11 s.

(15) Cf. *supra*, nt. 10.

(16) In particolare : nel § 3.154 Gaio afferma che la *societas iuris gentium inter omnes homines naturali ratione consistit*; nel § 3.182 precisa che l'*obligatio ex delicto* sussiste in base ad un unico tipo di atto (*uno genere consistit obligatio*), contrapposto ai *quattuor genera* di atti obbliganti leciti; nel § 4.103 distingue tra *iudicia* che sussistono in base al *ius legitimum* (*legitimo iure consistunt*) e *iudicia* che si reggono sull'*imperium*.

(17) Ho ipotizzato («Sistematiche gaiane», art. cit., p. 136 ; *Studi sui commentarii...*, op. cit., p. 131) che la formulazione *ea, quae in iure consistunt* fosse da tempo consolidata nella riflessione giurisprudenziale in ragione delle due seguenti circostanze: Pomponio (nel su trascritto D. 43.26.15.2) l'ha ritenuta di per sé sufficiente a denotare entità diverse e giustapposte rispetto a cose materiali quali oggetti di concessione precaria e Gaio, anziché congegnare un'indicazione interamente imperniata sul vocabolo *res*-del tipo (*res incorporales sunt quae tangi non possunt, quales sunt eae quae in iure consistunt*-, compie uno scarto, passando al neutro plurale *qualia sunt ea quae...*, come se si trattasse di importare nel discorso una locuzione già stabilizzate e addirittura stereotipa. In questa occasione aggiungo che lo spunto offerto dalla peculiarità del dettato gaiano tanto più appare suggestivo in quanto il dato sul quale esso si basa è assolutamente anomalo rispetto alle risultanze testuali dei *commentarii*: invero, in tutti gli altri casi nei quali compare una indicazione al neutro plurale del tipo *qualia sunt ea, quae...*, *sunt ea, quae...*, *qualia sunt...* e simili, la stessa è coordinata ad un sostantivo parimenti al neutro plurale: cf. Gai 1.46; 120; 2.21; 65; 66; 146; 4.157.

strumento era già stato illustrato nel 3.84, nel quadro della descrizione apposita di *adrogatio* e *conventio in manum* quali ipotesi di *successiones*¹⁸. Tra le due trattazioni non mancano gli elementi di differenza¹⁹. Quello che qui specificamente interessa è che nel § 4.38 Gaio indica la posizione del creditore esplicitamente in termini di *ius*:

Gai 4.38. Praeterea aliquando fingimus aduersarium nostrum kapite deminutum non esse. nam si ex contractu nobis obligatus obligatae sit et kapite deminutus deminutae fuerit, uelut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure ciuili debere nobis, nec directo intendi potest SIBI DARE EUM EAMUE OPORTERE; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamue actio utilis rescissa kapitis deminutione, id est, in qua fingitur kapite deminutus deminutae non esse.

L'insieme delle affermazioni del § 4.38 lascia agevolmente riconoscere che il '*ius nostrum*' garantito dall'intervento pretorio ha una portata di tipo soggettivo²⁰ e consiste nel potere di esercitare un'*actio* per il perseguimento di ciò che è dovuto. Si tratta, dunque, della medesima indicazione che, come si è visto, è offerta dal § 2.38, lì specificamente riferita all'*obligatio* come *res incorporalis*. Ecco allora che, coordinando queste indicazioni, da un lato si conferma la valenza del *ius obligationis* del § 2.14 come potere di agire da parte del creditore; dall'altro lato, correlatamente, giusta l'omogeneità concettuale che deve presumersi all'interno del compatto svolgimento del § 2.14, si rinsalda la conclusione che siffatto valore di *ius* quale posizione giuridica soggettiva è lo stesso su cui si impernia la concettualizzazione '*ea, quae-consistunt*' utilizzata, nello stesso § 2.14, in relazione alle *res incorporales* e, prima ancora, si legittima ulteriormente la correzione '*ea, quae <in> iure consistunt*'.

II – Sui legati e le fonti delle obbligazioni

La puntualità del riferimento gaiano agli elementi caratterizzanti del rapporto obbligatorio, che si constata nei due testi riguardanti i legati ai quali ho fatto cenno *sub b*) ha una ricaduta su un orizzonte tematico assai dibattuto e sempre in fermento nella storiografia romanistica: quello della sistemazione gaiana delle fonti delle obbligazioni.

- (18) Gai 3.84 ...*de eo uero, quod proprio nomine eae personae debuerint, licet neque pater adoptiuus teneatur neque coemptionator et ne ipse quidem, qui se in adoptionem dedit, uel ipsa, quae in manum conuenit, maneat obligatus obligatae, quia scilicet per capitis diminutionem liberetur, tamen in eum eamue utilis actio datur rescissa capitis deminutione, et, si aduersus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, uniuersa uendere creditoribus praetor permittit.*
- (19) Sul regime complessivamente descritto da Gaio nei due brani *cf.*, per tutti, L. D'Amati, «Considerazioni in tema di *actio utilis rescissa capitis deminutione*», *Diritto@storia*, t. 8, 2009 e, in un'ottica particolare, C. Chevalier, «Fictio e natura: due metodi alternativi per la realizzazione dell'*aequitas*», *TSDP*, t. 14, 2021, p. 18 s.
- (20) Gai 4.38 si trova elencato, insieme con altri luoghi dello scritto gaiano in cui *ius* assumerebbe il senso di 'sfera giuridica', 'condizione', 'posizione giuridica', 'spettanza', in C. Gioffredi, «Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano», *BIDR*, t. 70, 1967, p. 231; ed è inteso quale riscontro di *ius* «in accezione soggettiva [...] per predicare situazioni di vantaggio dei soggetti» da B. Albanese, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1978, p. 199, nt. 312.

È bene avere direttamente dinanzi agli occhi i due testi in questione:

Gai 2.204. Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario acquiritur, sed nihilo minus heredis est: et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere, et tum heres rem, si mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit, si tradiderit. rell.

Gai 2.213. Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eo usque, donec is tradendo vel mancipando vel in iure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinendi modo legato iuris est; et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est QUIDQUID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET. 214. Sunt tamen, qui putant ex hoc legato non videri obligatum heredem, ut mancipet aut in iure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur, quia nihil ultra ei testator imperavit, quam ut sinat, id est patiatur, legatarium rem sibi habere.

Preliminarmente, allo scopo di apprezzare l'attenta consapevolezza con la quale Gaio ha fornito la complessiva informazione, è opportuno compiere una precisazione sul piano della critica testuale con riguardo al dettato di Gai 2.204. Segnatamente, è il caso di soffermarci sul riferimento all'*agere in personam* espresso con le parole *'et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere'*: non solo per evidenziare la loro precisa ragion d'essere, ma anche per esplicitare le ragioni che mi hanno portato, nel mio suddetto precedente intervento, ad assumere *sic et simpliciter*, ma a ragion veduta, la genuinità delle stesse. Invero, di recente è stato rilanciato, appunto in nome della critica testuale²¹, l'antico rilievo mosso a questo riferimento da Solazzi²², il quale aveva osservato che, in realtà, allo strumento processuale deve ricorrersi solo se l'erede è inadempiente e che la notazione successiva (*'et tum heres...'*) sembra, questa, porsi come diretto seguito del tratto in cui si afferma che la *res* oggetto del legato non si acquista direttamente al legatario. Sulla base di siffatta rilevazione congiunta Solazzi aveva pensato ad un'origine glossematica delle parole in questione; altri ha concluso nel senso di una «sciatteria» di Gaio o di una «mancanza di precisione»²³. Sennonché, il riferimento, in quella posizione e con quella immediatezza (*'et ideo...'*), al dover agire *in personam* da parte del legatario costituisce, anziché una nota stonata, un esempio di quella cura per le corrispondenze e simmetrie espositive riscontrabile nella scrittura gaiana quale espressione della generale attenzione del giurista, poc'anzi ricordata (n. 1), nella costruzione delle informazioni. Premetto che la genuinità della menzione dell'*agere in personam* nel § 204 è già assicurata (perciò avevo allora ritenuto superfluo indugiare sul punto) dalla presenza del *'quoque'* nell'affermazione del successivo § 213 riguardante il legato *sinendi modo*: *'et ideo huius quoque legati nomine in personam*

(21) Da R. Santoro, *Per la storia dell'obligatio*, Palermo, 2020, p. 407, nt. 98.

(22) S. Solazzi, «Glosse a Gaio. Quarta puntata», in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, Milano, 1946, p. 162 s. ora in *Scritti di diritto romano*, Napoli, 1972, t. VI, p. 452 s.

(23) Nel primo senso, R. Santoro, *loc. cit.*; nel secondo, M. David, H.L.W. Nelson, *Gai Institutionum Commentarii IV. Kommentar (3. Lieferung)*, Leiden, 1968, p. 399.

*actio est QUIDQUID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET*²⁴. Questa affermazione, invero, significa, non che «anche per questo legato vi è l'*actio in personam* con *intentio* 'QUIDQUID etc.'»²⁵, bensì che «anche per questo legato vi è un'*actio in personam*» (avente una sua particolare *intentio*)²⁶: è un'indicazione, dunque, che presuppone che di questo tipo di strumento processuale, l'*actio in personam*, si fosse parlato già in occasione del legato subito prima descritto, quello *per damnationem* appunto (§ 204). Detto questo e venendo all'accennata attenzione per le corrispondenze e le simmetrie nella costruzione del discorso didattico, osservo che l'articolazione interna del § 204 si giustifica alla luce del confronto con un segmento della trattazione svolta poco prima sul legato *per vindicationem*:

Gai 2.194. Ideo autem per uindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius uel ab herede uel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, uindicare debet, id est intendere suam rem ex iure Quiritium esse.

Come si vede, già nel § 194 Gaio aveva immediatamente collegato all'informazione che la *res* diviene *statim* del legatario *post aditam hereditatem* l'indicazione dello strumento processuale che il legatario *deve* usare per conseguire la *res*, peraltro seguita anche in quel caso dall'esplicitazione '*id est intendere...*'. Per far emergere la differenza rispetto a questo stato di cose²⁷ il giurista ha trovato efficace riproporre il medesimo schema narrativo con riguardo al legato *per damnationem*: vale a dire, indicare l'efficacia del legato quanto all'acquisto della *res* e mostrare immediatamente quale strumento il legatario *deve* utilizzare per ottenere la *res legata*, ripetendo anche l'identico richiamo all'*id est intendere...*', che consentiva di contrapporre con incisività il '*sibi dare oportere*' scaturente dal legato obbligatorio al '*suam rem ex iure Quiritium esse*' scaturente dal legato con effetto reale. In altri termini, nel § 204 Gaio dovette (subito) precisare '*et ideo legatarius in personam agere debet...*' perché aveva direttamente sott'occhio la precedente notazione '*legatarius ... vindicare debet...*'. Del resto, nel § 204 la correlazione rispetto all'illustrazione precedente (del § 194) è esplicita: '*...non, ut per vindicationem legatum...*'; come pure, è sintomatico il ricorso, anziché agli *ipsa verba* dell'*intentio*, alla forma indiretta '*sibi ... oportere*' che trova corrispondenza nella formulazione '*suam rem ... esse*' del § 194. Quanto all'informazione concernente il dovere dell'erede, '*et tum heres-tradiderit*'-che, come detto, si è immaginato dovesse originariamente segure subito le parole '*nihil minus heredis est*'-, essa, in realtà, va intesa come esprime una conseguenza ulteriore: dalla comune premessa che la *res* rimane di proprietà dell'erede vien subito fatta discendere (per il suddetto parallelismo narrativo rispetto al discorso sul legato *per vindicationem*) la necessità, per il legatario, di ricorrere all'*agere in personam*, e inoltre,

(24) Questo l'intero dettato del § 213: *Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eo usque, donec is tradendo uel mancipando uel in iure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinendi modo legato iuris est; et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est quidquid heredem ex testamento dare facere oportet.*

(25) Come aveva, evidentemente, inteso S. Solazzi, «Glosse a Gaio», art. cit., p. 162 = *Scritti...*, op. cit., p. 452, su cui M. David, H.L.W. Nelson, *Gai Institutionum Commentarii...*, op. cit., p. 405 s.

(26) Lo ha ben visto Manthe-*Institutiones/Gaius; herausgegeben, übersetzt und kommentiert von Ulrich Manthe*, Darmstadt, 2015, p. 191-il quale traduce: «Und daher gibt es auch wegen eines solchen Vermächtnisses eine schuldrechtliche Klage».

(27) In generale, sullo strumento della *differentia* nel discorso didattico gaiano cf., per tutti, M. Führmann, *Das systematische Lehrbuch*, Göttingen, 1960, p. 113 s.

quale ulteriore (e collegata) conseguenza (*tum*), l'obbligo, per l'erede, di compiere un idoneo atto traslativo²⁸.

Ora, la puntualità, così ribadita, con la quale i due profili, attivo e passivo, del rapporto obbligatorio vengono da Gaio ricondotti al legato *per damnationem* e al legato *sinendi modo* è un primo dato di particolare rilievo.

Un altro dato, non meno significativo, consiste in ciò, che Gaio, in occasione dell'esposizione sul legato *sinendi modo*, mostra di assumere in termini di *obligari* la posizione dell'erede che deve adempiere (§ 2.214 *'non videri obligatum heredem, ut mancipet aut in iure cedat aut tradat'*): una terminologia che, evidentemente, vale anche per il dovere di adempimento derivante dal legato *per damnationem* e che attesta, dunque, l'adozione con riguardo a questi istituti della semantica propria del rapporto obbligatorio.

E ancora, è degna di nota la circostanza che Gaio fa riferimento alla figura di un legato obbligatorio in tre diversi contesti situati all'interno della specifica *sedes materiae* delle *obligationes*: una prima volta, nell'ambito del discorso sulle *stipulationes inutilis*, là dove il giurista riferisce (§ 3.98) che, mentre una *stipulatio* sottoposta a condizione impossibile è senz'altro *inutilis*, un legato, secondo l'opinione sabiniana, deve comunque essere adempiuto²⁹; una seconda volta, in

(28) Con l'occasione, preme riaffermare che l'indicazione dei tratti caratterizzanti del rapporto obbligatorio, quale si ricava dalle descrizioni di Gai 2.204 e 213 pur calibrate sul concreto funzionamento di un atto negoziale, risulta perfino più completa rispetto alla celebre notazione formulata in termini generali da Paolo in ordine alla *obligationum substantia* e conservata in D. 44.7.3 pr. (Paul. 2 *inst.*)—*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*—, nella quale è, sì, espresso un medesimo contrappunto tra immediata produzione di una situazione di vantaggio e necessitata partecipazione del debitore, ma nella quale la menzione dello strumento processuale manca. Contro questa valutazione, che ho espressa in «Sistematiche gaiane», art. cit., p. 20 s. e spec. p. 24, si è di recente rivendicata con decisione la presenza di un riferimento alla cogenza processuale anche nelle parole di Paolo: R. Santoro, *Per la storia dell'obligatio*, op. cit., p. 98 s. Tuttavia, nessuno degli argomenti addotti in proposito mi sembra conducente. In particolare, sul piano del tenore letterale, deve osservarsi che l'uso in sé del verbo *obstringat* non appare indicativo: le fonti richiamate (a p. 381, giusta il rinvio presente a p. 98, nt. 409) per sostenere che esso allude alla cogenza processuale contengono, tutte, il sintagma *actione obstringi* (o *adstringi*) e non, come invece il testo di Paolo, il verbo a solo; come pure, nella definizione di Inst. 3.13pr. quel che evoca lo strumento processuale è, non il verbo *adstringimur* di per sé, bensì la locuzione *necessitate alicuius solvendae rei* che a quel verbo si coordina (cf. G. Falcone, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2003, p. 102 s.; *La definizione di obligatio, tra diritto e morale. Appunti didattici*, Torino, 2017, p. 45 s.). Parimenti, la circostanza (invocata da Santoro a p. 98) che la triade *dare, facere, praestare* compaia anche nella descrizione dell'*actio in personam* di Gai 4.2 non è sufficiente a far concludere che Paolo nella seconda parte dell'enunciato deviasse verso la prospettiva processuale anziché pensare alla gamma dei possibili contenuti dell'*obstringere* sul medesimo piano sostanziale (non a caso, ben avvertendo questa esigenza di omogeneità tra i due membri della giustapposizione, E. Betti, *La struttura dell'obligazione romana e il problema della sua genesi*,² Milano, 1955, p. 49 s., nell'avanzare—a mio avviso, ingiustificatamente—una proposta di riscrittura del testo paolino in prospettiva processuale, aveva pensato di inserire un riferimento all'*agere* anche nel primo membro: *obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram esse vindicemus, sed ut alium nobis obstrictum necessitate solvendae dare facere praestare oportere intendimus*). Infine, non è utilizzabile nemmeno l'indizio, pur ritenuto di maggior peso (R. Santoro, *Per la storia dell'obligatio*, op. cit., p. 99), che si è voluto individuare sul presupposto che Paolo stava parlando di *obligationes* quali atti obbliganti e non quali rapporti obbligatori (presupposto in sé fondato, alla luce del seguente rilievo a suo tempo formulato da A. Marchi, «Le definizioni romane dell'obligazione», *BIDR*, t. 29, 1916, p. 10, già richiamato adesivamente in G. Falcone, «Sistematiche gaiane», art. cit., p. 21 e nt. 11: «Il testo dice che le *obligationes* non ci fanno acquistare il diritto di servitù; e poiché [...] non i rapporti giuridici ma i fatti determinano l'acquisto dei diritti, la parola *obligationes* sta qui ad indicare non i rapporti di obbligazione, ma i fatti giuridici da cui i rapporti di obbligazione sorgono»); infatti, è bensì vero che nelle *formulae* è lo stesso atto obbligante, anziché l'inadempimento, a venire inteso quale *causa actionis* (come si desume dai *verba* della *praescriptio* e della *demonstratio*), ma non per questo il fatto in sé che una notazione ha per oggetto le *obligationes* quali atti obbliganti è sufficiente a far concludere che essa è stata concepita nella prospettiva della tutela processuale.

(29) Gai 3.98 ...*Sed legatum sub impossibili conditione relictum nostri praeceptores proinde debere putant, ac si sine conditione relictum esset*...

un passaggio in tema di garanzie personali (§ 3.125), nel quale sono elencate le *causae* per le quali la *lex Cornelia* ammise, in deroga al divieto generale introdotto dalla stessa legge, la possibilità di *satis accipere* anche per una somma superiore a ventimila sesterzi³⁰; e infine, una terza volta, nella sezione dedicata ai modi con i quali *tollitur obligatio*, ove Gaio segnala, quale informazione apposita, il ricorso alla *solutio per aes et libram* come modalità con la quale il legatario ‘*heredem ... liberat de legato quod per damnationem relictum est*’ (§ 3.175)³¹.

Ebbene, l’insieme di siffatte evidenze testuali–delle quali, curiosamente, non si è in genere tenuto conto pur nel quadro di appositi interventi dedicati alla sistema-

- (30) Gai 3.125 *Ex quibusdam tamen causis permittit ea lex in infinitum satis accipere, ueluti si dotis nomine uel eius, quod ex testamento tibi debeatur, aut iussu iudicis satis accipiatur...* Cf., per tutti, B. Albanese, «Per la storia del creditum», *AUPA*, t. 32, 1971, p. 110 s.; A. Salamone, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007, p. 204 s. e p. 251 s.
- (31) Con ogni verosimiglianza, un riferimento al *legatum per damnationem* è altresì da riconoscere già nel brano con cui inizia la trattazione sulla *solutio per aes et libram*: Gai 3.173 *Est et alia species imaginariae solutionis, per aes et libram; quod et ipsum genus certis ex causis receptum est, ueluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, siue quid ex iudicis causa debeatur*. In tal senso cf. ad es. B. Albanese, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, p. 37, nt. 28 e p. 67, nt. 146; «Brevi studi di diritto romano. IV. Cum nexum faciet mancipiumque», *AUPA*, t. 42, 1992, p. 64, nt. 29 ora in G. Falcone (ed.), *Scritti giuridici*, Torino, 2006, t. III, p. 100, nt. 64, il quale opportunamente pone l’accento sull’uso del verbo presente (che porta, per converso, a scartare la tesi, qua e là circolante anche in letteratura recente, che Gaio si riferisse al remoto e non più esistente istituto del *nexum*). L’antica obiezione, contro questo riferimento al legato, di F. Eisele, *Studien zum römischen Rechtsgeschichte*, Tübingen, 1912, p. 29 s., facente leva sul fatto che il legato non è di per sé un *gestum per aes et libram* cade già di fronte all’esplicita rappresentazione dell’obbligazione da legato da parte dello stesso Gaio in termini di *ex testamento debere* (Gai 3.125, trascritto nella nt. prec.). Né può dirsi calzante il rilievo di C.A. Cannata, «Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno», in *Dig. disc. priv.-Sez. civ.*, t. XII, Torino, 1995, p. 417, nt. 49 (ma similmente già F. Eisele, *Studien...*, op. cit., p. 26) secondo cui, se Gaio con le parole *si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit* avesse richiamato il *legatum per damnationem*, «non lo avrebbe menzionato ulteriormente in Gai 3.175» (*Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato, quod per damnationem relictum est, ut tamen scilicet, sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres testamentum se dare damnatum esse dicat* rel.). Invero, già S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*,² Roma, 1928, t. II, p. 402, nt. 1 aveva sinteticamente rilevato che il richiamo al legato *per damnationem* nel § 175 non mirava ad introdurre una fattispecie ulteriore rispetto a quanto indicato nel § 173, bensì a precisare quali *verba* fossero da utilizzare nella *solutio per aes et libram*. Ma al riguardo, osservando più da vicino l’intero andamento dei §§ 173-175, possono aggiungersi due constatazioni più specifiche. La prima. Gaio nel § 173 si limita ad elencare le due figure, alle quali, poi, dedica un’apposita illustrazione nei §§ 174 e 175, e il fatto che egli stava iniziando a trattare della *solutio per aes et libram* dovette indurlo a menzionare per primo il legato usando quella particolare perifrasi evocante la natura liberale dell’atto costitutivo; al momento, poi, di procedere con le rispettive illustrazioni, egli avrà invertito l’ordine in quanto nel caso del *condemnatus* il tipo di contenuto del formulario era immutabile nel suo riferirsi ad una quantità di denaro, il che consentiva di riportare una schema verbale nella sua interezza, fornendo così un’informazione completa e univoca, laddove nel caso del *legatum*, non solo il formulario andava adattato (nella prima parte *Quod ego tibi... damnatus sum*) in base al tipo di *res*, ma vi era altresì una difformità di opinioni tra i *prudentes* in merito al campo di applicazione dell’atto (§ 175 *...de eo tamen tantum potest heres eo modo liberari, quod pondere numero constat, et ita, si certum sit. quidam et de eo, quod mensura constat, idem existimant*): e l’anteponizione della descrizione del dato giuridico definito e stabile rispetto al dato controverso è conforme ad una generale tendenza che si riscontra nei *commentarii* (su di essa cf. F. Battaglia, «Strutture espositive in Gaio: per una morfologia delle Institutiones», in U. Babusiaux, D. Mantovani (ed.), *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo*, Pavia, 2020, spec. p. 260 s.). La seconda constatazione. Nel § 175 Gaio costruisce un’informazione impostata sulla segnalazione, al contempo, di una somiglianza e di una diversità rispetto al formulario subito prima riferito in relazione alla *liberatio* del soggetto *iudicatus*, avvertendo che al medesimo atto negoziale (*Similiter...*) si ricorre per l’ipotesi in cui fosse stato disposto un legato *per damnationem*, ma con la differenza (*...ut tamen...*) che, mentre nel primo caso il formulario contiene il riferimento all’esser stato il *iudicatus condemnatus*, nel secondo caso i *verba* contengono un riferimento all’esser stato l’*heres damnatus* a *dare* una certa somma (si tratta, dunque, di un riscontro che si aggiunge ai casi di “combinazione di simile e dissimile” segnalati in A. Arnese, *La similitudine nelle Institutiones di Gaio*, Bari, 2017, p. 97 s.): da questo punto di vista, la scelta di esprimersi non più, come nel § 173, in termini di *gestum per aes et libram*, bensì direttamente in termini di *legatum per damnationem* ben si comprende in quanto funzionale all’obiettivo di segnalare la necessità che nel formulario l’erede *se dare damnatum esse dicat*. Da ultimo, in favore di un riferimento nel § 173 al *nexum* si è espresso R. Cardilli, *Damnatio e oportere nell’obbligazione*, Napoli, 2016, p. 155, nt. 163, ma sulla base di considerazioni che reputo non conducenti: non direi, infatti, che per riconoscere nelle parole del § 173 un’allusione al legato sia necessario compiere « un percorso complesso che passi dal *testamentum per aes et libram* » (spaziato mio) né mi sembra probante l’« assonanza » (a mio avviso, generica e, per altro verso, scontata) con le parole *quae per aes et libram fiant ut obligentur* utilizzate da Mucio in relazione al *nexum*.

zione gaiana delle fonti delle obbligazioni³²—induce a ritenere che Gaio tenesse bene in mente queste figure di legati nella specifica prospettiva della produzione di rapporti obbligatori e, di conseguenza, ad interrogarsi su quale possa esser stato, nel sistema delle fonti delle obbligazioni presentato dal giurista, il loro (non esplicitato) inquadramento. A tal proposito, anche per non appesantire il discorso indugiando sui molteplici e risaputi profili tematici che incrociano tale questione e sulle variegata prese di posizione espresse nella ricchissima storiografia sulle *causae obligationum* nello scritto di Gaio³³, mi limito a indicare direttamente e in rapida successione gli elementi che mi sembrano immediatamente rilevanti—non senza prima rimarcare in modo apposito che i dati a nostra disposizione sono tali, per oggettiva consistenza e per attitudine a sollecitare una pluralità di letture, da non consentire di spingerci oltre la prospettazione di ipotesi o, addirittura, di semplici congetture.

Il punto cruciale consiste in ciò, che, a mio modo di vedere, nell'intero testo gaiano non è dato trovare tracce dell'adozione di una idea di contratto quale atto fondato sull'accordo. I luoghi che dovrebbero testimoniare questa nozione sono, notoriamente, Gai 3.91, in tema di *indebiti solutio*, e Gai 3.136, in tema di *obligationes consensu contractae*. Tuttavia, nel primo dei due testi³⁴ Gaio esprime riserve avverso la riconducibilità della fattispecie ad un *contractus* non già invocando una mancanza di accordo tra i due soggetti, bensì osservando, su un piano differente, che colui che ha compiuto la *solutio* non puntava a far sorgere un rapporto giuridico con l'*accipiens*, ma, all'opposto, mirava a porre fine ad un rapporto giuridico (ritenuto esistente). Ad una lettura spassionata, una notazione così congegnata non è idonea a fondare l'idea che Gaio precisasse che un contratto può ravvisarsi (solo) là dove vi è il requisito della *conventio*³⁵.

- (32) Emblematica, ad esempio, è la seguente notazione di G. Pugliese, «Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano», *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)*, Milano, 1988, t. I, p. 6, secondo cui, una volta aderitosi, da parte di Gaio, alla nuova concezione di contratto fondata sulla *conventio*, elaborata da Pedio, “non si può più accettare l'idea che siano contratti la gestione d'affari, la tutela, i legati per *damnationem* e *sinendi modo*, ecc.; e infatti Gaio implicitamente non l'accetta, come si desume dal silenzio che serba su questi argomenti non solo nell'esposizione relativa ai contratti, ma in tutta la materia delle obbligazioni”. Analogamente, C.A. Cannata, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, Torino, 2008, t. II, p. 85 s.: “...la nozione di *contractus* impiegata da Gaio corrispondeva a quella di un atto che implica un accordo delle parti sulla creazione delle obbligazioni che l'atto stesso è destinato a produrre tra loro. Ma in tal modo egli si precludeva la possibilità di collocare nella sua *divisio* tutte le obbligazioni che, pur non provenendo da delitto, sono generate da fattispecie che non comprendono un accordo sul loro effetto obbligatorio. [...] Ed in effetti né del *legatum per damnationem* e del *legatum sinendi modo*, che pure egli tratta altrove nel suo manuale, né della *negotiorum gestio* Gaio faceva menzione nella *pars de obligationibus*”. Diversamente, in tempi recenti, S. Pietrini, «Gai 3.91 e la volontà del creditore volta a “negotium contrahere”», *INDEX*, t. 44, 2016, p. 288 s. ha, sì, presente (almeno) i riscontri di Gai 2.204 e 213 e di Gai 3.98 in tema di legati (come pure, i cenni all'*actio negotiorum gestorum* in Gai 4.33 e 62 e all'*actio tutelae* in Gai 4.62), ma ne ha tratto la conclusione che la mancata illustrazione di queste figure tra le *causae obligationum* “tradisce l'imbarazzo e il disagio” di Gaio, il quale, da un lato, sulla scia di una tradizione precedente, presenta come esaustiva la bipartizione *ex contractu-ex delicto*, ma non ritiene, subito dopo, che qualsiasi atto o comportamento lecito produttivo di obbligazione possa considerarsi un contratto.
- (33) Mi limito a richiamare solo alcuni studi assai recenti, che consentono di 'fare il punto' del dibattito storiografico su questa tematica: S. Pietrini, «Gai 3.91 e la volontà del creditore», art. cit., p. 285 s.; L. Garofalo, «Teoriche sul contratto nella giurisprudenza classica», in L. Garofalo, L. Zhang (ed.), *Diritto romano fra tradizione e modernità* (Atti del Convegno Internazionale di Shanghai 2014), Pisa, 2017, spec. p. 209 s.; A. Wegmann Stockebrand, «Notas sobre la dicotomía *contractus-delictum* y el mito del contrato-convencción en el derecho romano», in V. Arroyo et al. (ed.), *Estudios de derecho romano y derecho civil desde una perspectiva histórica, comparativa y práctica*, Ciudad de México, 2022, p. 461 s. Su punti specifici altri lavori saranno di volta in volta richiamati nelle note seguenti.
- (34) Gai 3.91: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur; nam proinde ei condici potest si pareat eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condicione, non magis quam mutui datione. sed haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is, qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere.*
- (35) Cf. per tutti, lucidamente, A. Biscardi, «Postille gaiane», *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli, 1966, p. 24; *idem*, «Some Critical Remarks on the Roman Law of Obligations», *The Irish Jurist*, t. 12, 1977,

Un discorso più articolato richiede l'altro passaggio invocato quale riscontro di un'accezione consensualistica del *contractus* e cioè, come accennato, il testo di

Gai 3.136. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit.

Secondo un diffuso orientamento, l'indicazione '*sufficit consensisse*' mostrerebbe che il *consensus* è inteso come un elemento-base presente in tutti i contratti : sufficiente nel caso dei contratti consensuali e bisognevole, per gli altri contratti, di essere integrato da ulteriori elementi³⁶. Ora, questa interpretazione si fonda sul presupposto che la notazione di Gaio abbia riguardo ai dati genetici degli effetti obbligatori, sul presupposto, cioè, che il giurista avesse fatto riferimento ai *verba*, alle *litterae* e al *consensus* in quanto elementi dai quali l'*obligatio*, nei vari casi, prende esistenza. Il che, a sua volta, si collega all'opinione secondo cui Gaio, là dove afferma che per porre in essere le *obligationes consensu contractae* non è richiesta alcuna *uerborum o scripturae proprietas*, alluderebbe, implicitamente ma in modo apposito, alle *obligationes uerbis* e, rispettivamente, *litteris contractae* (o, secondo altro modo di esprimersi, ai contratti verbali e letterali) in contrapposizione a quelle *consensu contractae*³⁷. Sennonché, è mia convinzione che, scrivendo '*neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse*', Gaio non abbia voluto costruire un raffronto fra contratti verbali e letterali, da un lato, e consensuali, dall'altro, né ha fondato la notazione in esame su ciò che di volta in volta costituisce elemento obbligante. Ritengo, piuttosto, che con questa affermazione Gaio si sia riferito alle *obligationes consensu contractae*

p. 373. Da ultimi, S. Pietrini, «Gai 3.91 e la volontà del creditore», art. cit., p. 296 e A. Wegmann Stockebrand, «Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo», *Revista de Derecho Privado*, t. 34, 2018, p. 34.

(36) Cf., solo a titolo di esempio, V. Arangio Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, p. 80 ; *idem*, *Istituzioni di diritto romano*,¹¹ Napoli, 1952, p. 56; F. De Zulueta, *The Institutes of Gaius*, Oxford, 1953, t. II, p. 167; G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1960, p. 35 s., p. 143, p. 149; R. Knütel, *Contrarius consensus*, Köln-Graz, 1968, p. 20; C.A. Maschi, *La categoria dei contratti reali*, Milano, 1973, p. 240; B. Albanese, *Gli atti negoziali...*, op. cit., p. 12; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1986, p. 611 s.; «Lezione introduttiva sul contratto», art. cit., p. 5 s. ; F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto*, II, Torino, 1995, p. 35 (con non perfetta coerenza, però, mi pare, con quanto si legge nell'ultimo capoverso della nt. 15); A. Saccoccio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano, 2002, p. 492, nt. 58; A. Burdese, «Il contratto romano tra forma, consenso e causa», in F. Milazzo (ed.), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea* (Atti X Convegno Internazionale Copanello, 2000), Roma-Napoli, 2004, p. 103 = A. Burdese (ed.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, p. 103; C.A. Cannata, «La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica», in P. Pichonnaz (ed.), *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain F. Wubbe*, Geneve, 2009, p. 46 = L. Vacca (ed.), *Scritti scelti di diritto romano*, Torino, 2014, t. III, p. 17; A. Mantello, *Diritto privato romano. Lezioni*, I, Torino, 2009, p. 292 s.

(37) Siffatta diffusa lettura-favorita anche dal fatto che nel corrispondente discorso di Inst. 3.22.1 il compilatore ha aggiunto che non è richiesta nemmeno la dazione di una *res* (*Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire*)—ha peraltro generato la percezione che nella *differentia* impostata da Gaio manchi un richiamo al restante membro della quadripartizione relativa al dato costitutivo degli effetti obbligatori e cioè un richiamo alle *obligationes re contractae*. In quest'ottica, si è, perfino, intesa l'assenza in questione quale indizio di incompletezza dei *commentarii* per mancata revisione del testo da parte di Gaio (F. De Zulueta, *The Institutes of Gaius...*, op. cit., p. 150, nt. 3, a detta del quale l'omissione in questione potrebbe aggiungersi agli indizi addotti da F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, p. 160 s. a sostegno dell'idea che Gaio non avrebbe compiuto la revisione del testo in vista della sua pubblicazione: ma contro questa lettura di Schulz cf., appositamente, G. Falcone, *Studi sui commentarii...*, op. cit., p. 27 s.) o quale frutto di una voluta decurtazione, da parte di un copista, delle parole *ac ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio*, conservate invece nell'esemplare usato dai compilatori giustiniane (C.A. Maschi, *La categoria dei contratti reali*, op. cit., p. 250 s.: ma non si vede per quale ragione sarebbe stato soppresso un riferimento che non avrebbe avuto, in nessuna epoca successiva alla scrittura gaiana, il carattere di una mera reminiscenza storica).

isolatamente e in sé considerate e abbia voluto fornire un'informazione sul modo con il quale, in relazione ad esse, il consenso acquista rilievo. In altri termini, Gaio non avrebbe inteso dire che, mentre in altri contratti l'*obligatio* si costituisce in virtù della pronunzia di parole o della scrittura, nei contratti consensuali l'*obligatio* nasce dal (semplice) consenso; bensì avrebbe precisato che nel caso delle *obligationes consensu contractae* non occorre alcuna particolare forma, orale o scritta, di esternazione del consenso, che, cioè, il consenso raggiunto rileva, ai fini della realizzazione dell'operazione negoziale, comunque venga manifestato.

In questa direzione mi sembra che convergano i seguenti elementi: il riferimento ad una '*verborum*' e '*scripturae proprietas*', a fronte di una più diretta formulazione '*neque verba neque scriptura desiderantur*' che avrebbe, questa sì, ben rappresentato i *verba* e la *scriptura* quali contrapposti al *consensus* in chiave di fattori costitutivi dell'*obligatio*; l'uso del passato *consensisse*, che si presta a indicare un *prius* (cron)logico rispetto al quale non occorre, poi, una traduzione in forme particolari perché il *negotium* si consideri posto in essere e che, infatti, non a caso si trasforma nel presente '*consentire*' là dove, in Inst. 3.22.1, l'intero discorso viene volto in termini di elementi che fanno sorgere l'*obligatio* (*ut substantiam capiat obligatio*)³⁸; il fatto che l'implicazione indicata da Gaio nel seguito del discorso, e cioè la possibilità di concludere i *negotia* in questione anche tra assenti, è la stessa che viene prospettata nel ragionamento di Labeone-Paolo sul '*convenire re <vel verbis>*' di D. 2.14.2 pr.³⁹: un ragionamento che, com'è evidente e risaputo, attiene ai modi di manifestazione del consenso e non già ai diversi elementi che possono fungere da fattore costitutivo dell'*obligatio*⁴⁰. In definitiva, ritengo sia da condividere la posizione di quegli studiosi che hanno inteso le parole '*neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse*' come concernenti la modalità del consenso nei contratti consensuali in sé considerata⁴¹, come, cioè, formulate al semplice scopo di contrapporre la completa libertà di forma alla forma vincolata⁴². Il che, peraltro, rende ben comprensibile la mancanza, nel § 136, di qualsiasi cenno alla consegna di una *res*⁴³: non vi è infatti nulla di strano nel fatto che Gaio, volendo

(38) Il testo giustiniano è trascritto nella nt. prec.

(39) D. 2.14.2 pr. (Paul. 3 ad ed.) *Labeo ait convenire posse vel re <vel verbis>: per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse. Sed etiam tacite consensu convenire intellegitur*. Per l'integrazione <vel verbis> rinvio alla dimostrazione offerta in R. Santoro, «Il contratto nel pensiero di Labeone», *AUPA*, t. 37, 1983, p. 176 s.

(40) Su questa prospettiva del ragionamento di Labeone-Paolo cf., per tutti, R. Santoro, «Il contratto», art. cit., p. 176 s.; C.A. Cannata, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2017, t. II, 2, p. 165 e nt. 67 (nel quadro di un paragrafo significativamente intitolato "I modi del consenso").

(41) Ad es., F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 524; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 581; A. Guarino, *Diritto privato romano*,¹² Napoli, 2001, p. 878; G. Nicosia, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, Catania, 2013, p. 364 (il quale, infatti, in nt. 1 adduce unitariamente Gai 3.136 e il su richiamato D. 2.14.2pr. di Labeone-Paolo); A. Wegmann Stockebrand, '*Obligatio re contracta*'. *Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht*, Tübingen, 2017, p. 85 s. Un cenno nella medesima direzione sembra cogliersi in F. Gallo, *Synallagma e conventio*, I, Torino, 1992, p. 34 (ma per un successivo, diverso orientamento dello stesso studioso cf. *supra*, nt. 36).

(42) Che, poi, il paragrafo si chiuda con un riferimento alla *stipulatio* (della quale viene *per differentiam* esclusa la possibilità di conclusione *inter absentes*) non significa, contro quanto osservato fin qui, che già in apertura di discorso Gaio con il cenno alla non necessità di *proprietates verborum* (e di *proprietates scripturae*) avesse implicitamente alluso, in chiave di contrappunto, ai contratti verbali (e ai contratti letterali). Il raffronto con la *stipulatio*, invero, entra nel discorso solo nella seconda parte (*Unde...*), in relazione alla segnalazione della conseguenza operativa dell'assoluta libertà di forme che caratterizza le *obligationes consensu contractae* (e cioè, la realizzabilità tra assenti). È a questa differenziazione conclusiva che si collega, poi, l'*Item* con il quale viene introdotta un'ulteriore *differentia*, riguardante, questa volta, i soggetti a carico dei quali sorge l'obbligazione (Gai 3.137 *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in uerborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur*).

(43) A maggior ragione, la mancanza, da più parti segnalata, di un cenno alle *obligationes re contractae* (*supra*, nt. 37) si rivela, dunque, una falsa percezione.

enunciare che il consenso rileva comunque venga manifestato, abbia fatto riferimento soltanto alla non-necessità di particolari forme verbali o scritte, giacché egli doveva con naturalezza tener presente che, nella concreta realtà delle relazioni negoziali, la parola e il documento scritto costituivano il più ricorrente e ordinario modo di esternazione della volontà (e dunque anche di volontà concordati).

Orbene, per quel che qui specificamente rileva, dalla conclusione che le parole in questione alludono al modo di manifestazione del consenso nelle *obligationes consensu contractae*, senza alcun confronto con altre tipologie contrattuali (men che mai, dal punto di vista della costituzione degli effetti obbligatori), discende che nemmeno il testo di Gai 3.136 si presta a documentare la presenza, nei *commentarii* gaiani, di una nozione di *contractus* come fondata sul consenso⁴⁴.

A questo punto, una volta accantonati i contenuti di Gai 3.91 e Gai 3.136, assumere che la perentoria affermazione di Gai 3.88 *'omnis obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto'*⁴⁵, evidentemente implicante l'adozione di un concetto ampio di *contractus* quale atto lecito fonte di obbligazione non necessariamente fondato sull'accordo, sia non esaustiva bensì meramente orientativa⁴⁶ risulterebbe una presa di posizione non supportata da alcun appiglio esterno. E anzi, ostacolata dalla testimonianza di Gai 4.182, in cui tra le *actiones ex contractu* viene menzionata anche l'*actio tutelae*⁴⁷: un riscontro che mostra l'accoglimento da parte di Gaio di una tradizionale riconduzione della gestione tutelare ad una nozione di *contractus* non ancorata all'elemento-accordo e che, a mio avviso, invano si è cercato di ridimensionare⁴⁸.

- (44) Escludono che Gai 3.136 attesti una idea consensualistica del contratto, ma senza indugiare in osservazioni specifiche, anche M. Sargenti, «Nascita e svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano. Il», *IVRA*, t. 39, 1988, p. 56 ora in F. Pergami (ed.), *Scritti di Manlio Sargenti (1947-2006)*, Napoli, 2011, p. 1245 (: Gaio pone l'accento "esclusivamente sull'autonoma ed esauriente funzione del consenso nelle *obligationes consensu contractae* [...] senza che vi sia implicata alcuna indicazione dei fattori costitutivi della altre figure obbligatorie"; R. Martini, «Il mito del consenso nella dottrina del contratto», *IVRA*, t. 42, 1991, p. 99 s.; J. Paricio, «Sull'idea di contratto in Gaio», *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Atti Convegno ARISTEC, Palermo-Trapani 1995), Torino, 1997, p. 154; *idem*, *Contrato. La formación de un concepto*, Navarra, 2008, p. 31 s.; J.M. Coma-Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid, 1996, p. 26 s.; S. Pietrini, «Gai 3.91 e la volontà del creditore», art. cit., p. 294 s.; A. Wegmann Stockebrand, «Sobre la noción de contrato», art. cit., p. 38.
- (45) Di «perentoria enunciazione» parla B. Albanese, *Gli atti negoziali...*, op. cit., p. 13 (il quale, ben riconoscendo la portata esaustiva della *divisio* e però, al contempo, ritenendo che Gai 3.91 e 3.136 costituiscano traccia di un'idea consensualistica di *contractus*, ha pensato ad una coesistenza di quest'ultima con una più antica accezione, testimoniata dalla *summa divisio* e recepita da uno schema espositivo escogitato da giuristi più antichi).
- (46) R. Quadrato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli, 1979, p. 73 s.; M. Kaser, «Divisio obligationum», in P. Stein (ed.), *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C. Thomas*, A.D.E. Lewis, London, 1983, p. 85; M. Talamanca, «Contratto e patto nel diritto romano», in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 66 s.; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, p. 14; C.A. Cannata, *Materiali...*, op. cit., t. II, p. 83. Il carattere esaustivo della *summa divisio* nella prospettiva gaiana è, invece, sostenuto (oltre che da Albanese, citato nella nt. prec.), ad es., da A. Biscardi, «Postille gaiane», art. cit., p. 23; «Some Critical Remarks», art. cit., p. 372; J. Paricio, «Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana», in J. Paricio (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 49; «Sull'idea di contratto in Gaio», art. cit., p. 153; *Contrato...*, op. cit., p. 29 s.; S. Pietrini, «Gai 3.91 e la volontà del creditore», art. cit., p. 285 s. (ivi, in nt. 3, altre citazioni bibliografiche nell'un senso e nell'altro); A. Wegmann Stockebrand, «Sobre la noción de contrato», art. cit., p. 27 s.; 37 s.; «Notas sobre la dicotomía contractus-delictum», art. cit., p. 470 s.
- (47) Gai 4.182. *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. sed furti aut ui bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit, sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremue habere, item procuratoris aut cognitoris nomine iudicio interuenire, ignominiosus esse dicitur. Cf. A. Biscardi, «Postille gaiane», art. cit., p. 23; «Some Critical Remarks», art. cit., p. 375; B. Albanese, *Gli atti negoziali...*, op. cit., p. 13 s.; J. Paricio, «Sull'idea di contratto in Gaio», art. cit., p. 155; *Contrato...*, op. cit., p. 32 s.; A. Wegmann Stockebrand, «Sobre la noción de contrato», art. cit., p. 29 s.*
- (48) Ad es., M. Talamanca, «Contratto e patto», art. cit., p. 66 e p. 68, nt. 60 considera *sic et simpliciter* Gai 4.182 come uno dei casi nei quali "il sostantivo *contractus* appare impiegato in contesti dove è evidente che l'estensione

Alla luce di tutti i dati che precedono, ritenendo, dunque, che Gaio non adottava una nozione di contratto circoscritta alle sole figure basate sul consenso, mi sembra consequenziale ritenere che l'*obligari* dell'erede in relazione a quanto disposto con legato *per damnationem* o *sinendi modo* (come anche il dovere di adempimento connesso alla gestione tutelare e alla *negotiorum gestio*) fosse da Gaio considerato *ex contractu*, nel solco di una tradizione (specificamente sabiniana?) che, peraltro, secondo autorevole dottrina avrebbe lasciato tracce di sé, accanto alla diversa accezione consensualistica, anche presso giuristi d'età severiana⁴⁹. E poiché, come dirò appositamente più avanti (n. 3), la bipartizione 'contratto-delitto' del § 3.88 è stata enunciata da Gaio con consapevole coordinamento e unitarietà rispetto alla quadripartizione '*re-verbis-litteris-consensu*' fissata nel successivo § 89, i legati dovettero esser stati pensati dal giurista come appartenenti ad uno di questi quattro *genera contractuum*.

A tal riguardo, Biscardi, tra i più convinti assertori della nozione ampia di *contractus* nel testo di Gaio, ha ritenuto che il *re contrahere* comprendesse, alla

terminologica potrebbe avere una portata limitata"; mentre da parte di A. Cenderelli, «Il trattato e il manuale. Divagazioni in tema di 'Res cottidianae'», *BIDR*, t. 101-102, 1998-99 [2005], p. 110 s. e S. Pietrini, «Gai 3.91 e la volontà del creditore», art. cit., p. 290 si assume, genericamente, che Gaio non avrebbe trovato nulla di meglio, per rimarcare la *ratio* del diverso regime vigente per le *actiones ex maleficio*, che contrapporre al *delictum* l'atto lecito chiamandolo, senza intendimento dommatico, *contractus*. Un tentativo di argomentazione è, invece, in A. Saccoccio, *Si certum petetur...*, op. cit., p. 492, nt. 57, ma la circostanza, a tal fine addotta, che Gaio stesso nelle *Res cottidianae* inserisce la tutela tra le obbligazioni che derivano *non proprie ex contractu* (D. 44.7.5.1) prova solo, come per la *indebiti solutio*, che la tutela ha trovato siffatto inquadramento nell'ambito della riorganizzazione delle *causae obligationum* compiuta nell'opera più recente, il che è perfettamente compatibile con una precedente, diversa riconduzione alla categoria *contractus* avente una più ampia portata. Per parte mia, non vedo per quale ragione in Gai 4.182 occorrerebbe svalutare un'alternativa *contractus-delictum* che ricorre altre volte nei *commentarii* e sempre con portata pregnante e rigorosa: cf. (oltre, naturalmente, a Gai 3.88, ove essa è fissata quale *summa divisio*) Gai 3.182 (*Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, ... Quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus*); 4.2 (*In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est*); 4.80 (*Haec ita de his personis, quae in potestate sunt, siue ex contractu siue ex maleficio earum controuersia sit...*); 4.112-113 (*...est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriarum ... Aliquando tamen etiam ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit...*); v.a., nella sostanza, Gai 4.7-8 (*Rem tantum persequimur uelut actionibus, quibus ex contractu agimus. Poenam tantum persequimur uelut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione ui bonorum raptorum...*).

(49) G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti...*, op. cit., p. 63 s.; M. Sargenti, «Nascita e svolgimento», art. cit., p. 64 s. ora in *Scritti...*, op. cit., p. 1253 s.; F. Gallo, *Synallagma e conventio...*, op. cit., t. II, p. 258 s.; più sfumato M. Talamanca, «Contratto e patto», art. cit., p. 66, anch'egli comunque disponibile ad ammettere la classicità di impieghi di *contractus* non legati al consenso, quantomeno in relazione a singoli profili e ad effetti concreti; cf. anche G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio II.1. Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Napoli, 2003, p. 71 s. Di questa permanenza sarebbe riscontro già l'adozione della bipartizione 'contratto-delitto' in alcuni luoghi di Paolo (D. 5.3.14) e di Ulpiano (D. 5.1.57; 14.5.4.2; 50.16.10-12); specificamente, poi, per i legati verrebbe in questione D. 50.17.19 (Ulp. 24 ad Sab.), in cui dell'erede si afferma che *non sponte cum legatariis contrahit*, mentre ritengo sia da escludere D. 45.2.9 pr. (Pap. 27 quaest.), in cui, stando al testo tradito, il testamento (in relazione, appunto, ai legati) sarebbe considerato come *contractus*: *Eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus, uel eandem rem duobus similiter commodau: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum uerbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, ueluti emptione uenditione, locatione conductione, deposito, commodato testamento, ut puta si pluribus heredibus institutus testator dixit: "Titius et Mauius Sempronio decem dato"* (ha, bensì, ragione Gallo nel notare che, giusta la testimonianza di Inst. 3.27.5 e D. 44.7.5.2, nel regime della compilazione i legati non rientravano tra i contratti e che, dunque, i compilatori non avrebbero avuto interesse ad aggiungere la menzione del *testamentum*; nondimeno, la insensatezza del testo dal punto di vista grammaticale rende verosimile un guasto nella tradizione manoscritta e, pertanto, l'integrazione proposta da Mommsen *...commodato <duo rei fieri possunt. Item> testamento...*, alla quale consegue che la menzione del *testamentum* è isolata rispetto alla enumerazione dei *contractus*); per la tutela è interessante D. 44.7.49 (Paul. 18 ad Plaut.), in cui l'*actio tutelae* è assunta tra quelle *ex contractu venientes*: la menzione potrebbe, certo, derivare da Plauzio (così B. Albanese, *Gli atti negoziali*, op. cit., p. 16, nt. 3; A. Cenderelli, «Il trattato e il manuale», art. cit., p. 110, nt. 83), ma potrebbe far riflettere la circostanza che il suo commentatore severiano l'accoglie senza sentire il bisogno di compiere alcuna precisazione (così G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio...*, op. cit., p. 73, nt. 71); la stessa riflessione può compiersi con riguardo alla *negotiorum gestio*, intesa come *contractus* ancora una volta in un testo derivante dal commento di Paolo all'opera di Plauzio: D. 3.5.15 *Sed et cum aliquis negotia mea gerat, non multa negotia sunt, sed unus contractus...*

luce di un significato di *res* come fatto, attività, anche la *negotiorum gestio* e la *tutela*, mentre ha ipotizzato che i legati fossero ricondotti al *verbis contrahere*, in relazione ai *verba* del testamento⁵⁰. Anch'io ritengo che *res* in relazione alla quadripartizione di Gai 3.89 sia da intendere in senso lato come 'fatto'⁵¹ e che, dunque, la categoria del *re contrahere* copre un'area assai estesa, comprendente sia il fatto della consegna di una cosa in proprietà o in possesso o in detenzione (e, cioè, le fattispecie di mutuo, fiducia, comodato, deposito e pegno)⁵² sia il fatto del compimento di un affare altrui e il fatto della gestione tutelare. Tuttavia, a mio parere, diversamente da quanto ritenuto da Biscardi, a questa categoria dovettero ricondursi anche i legati: l'idea di un inquadramento tra le *obligationes verbis*, invero, non si concilia con la circostanza che, mettendo insieme la scrittura gaiana pervenutaci e i corrispondenti luoghi dell'*Epitome Gai*, sembra senz'altro che la considerazione, quali *obligationes verbis*, delle *stipulationes*, della *dotis dictio* e del *iusiurandum liberti* fosse per Gaio tassativa.

- (50) A. Biscardi, «Postille gaiane», art. cit., p. 23; «Some Critical Remarks», art. cit., p. 374 s., cui aderisce J. Paricio, «Sull'idea di contratto», art. cit., p. 155; *idem*, *Contrato...*, op. cit., p. 33 s.; si mostra disponibile vero un inquadramento della *negotiorum gestio* e della *tutela* nella categoria del *re contrahere* R. Martini, *Appunti...*, op. cit., p. 147, nt. 78. Non si sbilancia, invece, F. Gallo, *Synallagma e conventio...*, op. cit., II, p. 268 il quale per proprio conto si è limitato ad osservare che, con riguardo all'epoca classica, "è testimoniata la bipartizione esaustiva delle fonti delle obbligazioni nel contratto e nel delitto, secondo la quale le clausole testamentarie produttive di obbligazioni non potevano non rientrare nel primo".
- (51) Merita di esser segnalata la circostanza che nella Parafrasi di Teofilo rende con decisione e naturalezza il segno *res*, di cui alle locuzioni *re contrahitur* e *re obligatur*, attraverso il termine *φάκτον*: il che potrebbe far pensare ad una tradizionale rappresentazione presente nel materiale classico frequentato dall'antecessore. Cf. Par. Theoph. 3.14 pr., in tema di mutuo: "L'obbligazione si contrae *re* in base ad un fatto, come in base ad un'operazione di conta o ad una consegna manuale" (Ἡ *re* συνίσταται ἀπὸ φάκτου ἴτοι ἀριθμήσεως καὶ τῆς ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα μεταθέσεως); 3.14.1, in tema di *indebiti solutio*: "non solo la *condictio mutui* e la *condictio indebiti* hanno in comune che in entrambe precede il fatto della *numeratio*..." (οὐ μόνον αὐτῆ κοινωνία δανειακοῦ καὶ *indebiti condicticiu*, ὅτι ἐπὶ ἐκατέρων τὸ φάκτον προβαίνει τὸ τῆς ἀριθμήσεως); 3.14.2, in tema di comodato: "Se qualcuno infatti mi avrà chiesto di dargli in comodato un libro e io l'avrò dato in comodato, ecco che è avvenuto un fatto e questo determina l'obbligazione *re*" (ἐὰν γὰρ αἰτήσῃ με τις χρῆσαι αὐτῷ τὸ ἐμὸν βιβλίον καὶ χρῆσω, ἰδοὺ τὸ φάκτον παρηκολούθησε καὶ τὴν *re* ἔτεκεν ἐνοχλῆν).
- (52) Cf. G. Falcone, *La definizione di obligatio...*, op. cit., p. 337 s.; *Studi sui commentarii...*, op. cit., p. 39 s.: in vari passaggi, sparsi nei *commentarii*, compaiono espliciti richiami a comodato, deposito e pegno (alcuni dei quali, peraltro, contengono informazioni di notevole rilievo) e, soprattutto, la descrizione apposita del mutuo (Gai 3.90) contiene due indicazioni–il segno *proprie* premesso all'indicazione dei possibili oggetti della *datio* e la precisazione che il mutuatario riceve le cose in proprietà e dovrà restituire non le stesse, bensì altre di egual natura–che lasciano riconoscere che Gaio, nel descrivere questa figura aveva direttamente in mente, con implicita differenziazione, (almeno) il comodato e il deposito. La tesi, autorevolmente sostenuta (C.A. Cannata, *Materiali...*, op. cit., p. 86 s.; «La nozione di contratto», art. cit., p. 46 s. ora in *Scritti scelti...*, op. cit., p. 17 s.; *Corso...*, op. cit., p. 180 s.), secondo la quale comodato, deposito e pegno rientrerebbero, piuttosto, tra i contratti consensuali trova un ostacolo decisivo nel modo di esprimersi dello stesso Gaio nella elencazione del § 3.135: l'enunciato *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et uenditionibus, locationibus conductionibus, societibus, mandatis* è un'indicazione tassativa, che non ammette altre figure. Del resto, questa tesi, per un verso, si coordina al presupposto–non dimostrato e non dimostrabile–che le *Res cottidianae*, nelle quali le figure in questione sono assunte come contratti reali, siano una maldestra rielaborazione postclassica; per altro verso, non trova un appiglio affidante nella circostanza che comodato e deposito si trovano menzionati da Ulpiano (D. 2.14.7.1) tra le *conventiones iuris gentium* (...*ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*): Ulpiano, infatti, non elencava una serie di *conventiones* nel senso di 'accordi' in prospettiva soggettiva, alla luce della quale tutti i contratti menzionati dovrebbero, per ciò solo, essere intesi come contratti consensuali, bensì considerava–in perfetta continuità e coerenza concettuale rispetto ad un discorso interamente impostato, in D. 2.14.1.3, su un significato di *conventio* come oggettivo contenuto concordato tra le parti–operazioni negoziali che veicolano tale contenuto concordato: cf. G. Falcone, «Riflessioni sulla *conventio* in D. 2.14.1.3», *AUPA*, t. 62, 2019, p. 95 s. (ammette, ultimamente, il predetto significato di *conventio* quale contenuto concordato R. Santoro, *Per la storia dell'obligatio*, op. cit., p. 104, nt. 431, ma, se ben intendo, limitatamente alla prima delle ricorrenze in D. 2.14.1.3 *Conventionis verbum generale est...*; tuttavia, è la stessa affermazione *adeo autem conventionis verbum generale est, ut...* ad imporre di riconoscere il medesimo significato anche nelle parole ...*quae non habeat in se conventionem* del celebre *dictum* di Pedio, che Ulpiano cita, appunto, proprio a conferma della portata del termine *conventio* precisata in apertura: cf. G. Falcone, «Riflessioni sulla *conventio*», art. cit., p. 206 s.). Sul perché, poi, Gaio non abbia illustrato comodato, deposito e pegno nella *sedes materiae* delle *obligationes ex contractu* possono soltanto proporsi congetture; per parte mia, continuo a ritenere che la spiegazione più plausibile consista nel fatto che in questi casi non è coinvolta una vicenda di trasferimento della proprietà: cf. *infra*, su nt. 57.

Per parte mia, in una precedente occasione, inclinando già per il predetto inquadramento dei due tipi di legati tra le *obligationes re contractae*, troppo rapidamente avevo individuato quale specifico ‘fatto’ obbligante il compimento dell’*aditio hereditatis*⁵³, indotto dal ripetuto riferimento a questo istituto nella descrizione degli effetti obbligatori dei legati in Gai 2.204 e 213. Questa soluzione mi appare, adesso, inappagante, sia perché l’*aditio hereditatis* era richiesta solo per gli *heredes voluntarii* (rilevato che già allora mi ero posto, ma sottovalutandone l’incidenza), sia perché l’elemento che appare inteso quale fondamento obbligante è, piuttosto, il testamento: è lo stesso Gaio nel su richiamato § 3.125 a parlare di ‘*ex testamento debere*’ e nell’*intentio* dell’azione *in personam* volta a far valere il credito del legatario (per la quale è usuale nei testi conservati nel Digesto l’indicazione *agere* o *actio ex testamento*) si fa specifico riferimento al *testamentum* (Gai 2.213 ‘*QUIDQUID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET*’; 4.55 ‘*si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit*’)⁵⁴. Penserei, dunque, al ‘fatto’ (*res*) della delazione dell’eredità tramite un testamento contenente un legato obbligatorio o, in alternativa, al fatto, più concreto, dell’avvenuta realizzazione di un testamento contenente un legato obbligatorio.

Nel quadro di questa ipotesi, potrebbe immaginarsi che a proposito del *re contrahi* Gaio abbia scelto di menzionare, oltre al mutuo, esclusivamente la *indebiti solutio* per ragioni di natura didattica. Anzitutto, va sottolineato che il ricorso all’esempio della *indebiti solutio* (§ 391 trascritto in nt. 35) permetteva di agganciare in modo immediato l’informazione all’istituto subito prima descritto e di instaurare un ricorso all’efficace strumento didascalico della combinazione tra somiglianza e diversità⁵⁵: Gaio, infatti, da un lato, segnala che ‘...*proinde ei condici potest si PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset...*’ e ‘...*quidam putant non teneri conditione, non magis quam mutui datione...*’ (somiglianza), dall’altro lato, subito dopo aver descritto, con riguardo al mutuo (§ 390), una *datio solutio* volta, nell’intenzione del *dans*, a far sorgere un’obbligazione (‘...*in hoc damus ut accipientium fiant et quandoque nobis ... reddantur*’), prospetta il caso di una *datio solutio* che, nell’intenzione del *dans*, era invece volta a porre fine ad un rapporto obbligatorio (diversità). D’altra parte, l’omissione delle altre figure—per le quali è ragionevole pensare ad una trattazione apposita svolta in sede di lezione orale⁵⁶—è variamente giustificabile. Quanto al comodato, al deposito e al pegno, la mancata menzione è pienamente in linea con l’esclusivo puntamento di attenzione su vicende di trasferimento di proprietà che si osserva, in generale, nella illustrazione gaiana sulle *obligationes ex contractu*⁵⁷. Quanto alle altre figure rientranti, come ipotizzato, nella categoria delle *obligationes re contractae* (legati, *fiducia*, *negotiorum gestio*, *tutela*), una loro considerazione apposita avrebbe facilmente posto Gaio

(53) G. Falcone, *La definizione di obligatio...*, op. cit., p. 122 s. Ha considerato quale elemento obbligante l’*aditio hereditatis* anche M. Talamanca, *Istituzioni...*, op. cit., p. 535.

(54) Non osta, è appena il caso di esplicitare, la circostanza che in Gai 4.9 e 4.171 Gaio parli di *actio* esercitata *legatorum nomine* (rispettivamente, ‘...*agimus ... legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt* e ‘...*legatorum per damnationem relictorum nomine agitur...*’). Piuttosto, nel senso indicato nel testo possono addursi, ulteriormente, le parole di Gai 3.173 *si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit*, ove si ammetta, come a me sembra estremamente verosimile (*supra*, nt. 31), che essa alludano al legato *per damnationem* in quanto disposto all’interno del testamento. Si consideri, inoltre, la presenza estremamente probabile del termine *testamentum* in Gai 3.175 *heres testamento se dare damnatus esse dicat...*: cf. *Gai Institutiones ad codicis Veronensis apographum studemundianum novis curis auctum edid. P. Krueger et G. Studemund*, editio IV, Berolini, 1899, ad h. l.

(55) Su questo strumento didascalico gaiano e su una sua concreta applicazione cf. *supra*, nt. 31.

(56) Sulle Istituzioni di Gaio quale nucleo essenziale di informazioni messe a disposizione degli allievi, da completare poi a lezione sia con approfondimenti sia con vere e proprie integrazioni tematiche rinvio a G. Falcone, *Studi sui commentarii...*, op. cit., p. 45-69 e spec. 67 s.

(57) Cf. G. Falcone, *Studi sui commentarii...*, op. cit., p. 41 s. (in nt. 169 rassegna critica delle varie spiegazioni suggerite in dottrina), p. 68.

di fronte alla necessità di affrontare profili e fornire precisazioni che potrebbero esser stati ritenuti eccessivi rispetto alla stesura di un nucleo elementare di informazioni: basti pensare, con riguardo ai legati, alla peculiarità costituita dal sorgere dell'obbligazione, nel caso di *heredes voluntarii*, non solo dalla delazione testamentaria in sé ma anche dall'atto della *hereditatis aditio*⁵⁸ o, con riguardo alla *fiducia*, alla molteplicità di applicazioni della stessa, tale da far sì che il dovere di ritrasferimento non sempre aveva ad oggetto la proprietà, quando, addirittura, non era alla radice escluso dalla specifica applicazione del negozio, come nel caso della *fiducia manumissionis causa*.

III – Su Gai 3.88-89

Il terzo dato richiamato all'inizio di queste pagine, e cioè il raffronto tra l'incipit della trattazione sulle *hereditates* e l'apertura in tema di *obligationes*, può essere qui appositamente addotto quale argomento testuale che consente di sgombrare il campo da una diffusa valutazione delle affermazioni di Gai 3.88-89, la quale dovrebbe poi portare a concludere, insieme con altri presunti indizi, che la soluzione sistematica delle *obligationes* come derivanti 'vel a contractu vel ex delicto' costituirebbe una sovrapposizione di Gaio rispetto all'impianto di un preteso archetipo, nel quale o i *delicta* mancavano del tutto oppure erano, sì, illustrati, ma non ancora come fonti delle obbligazioni giustapponibili ai *contractus*. La valutazione in questione dei §§ 3.88-89, a mio avviso infondata, è la seguente: il fatto che, dapprima, l'*obligatio ex contractu* viene rappresentata quale 'species' (correlata alla 'species'–*obligatio ex delicto*) e, subito dopo, le *obligationes ex contractu* sono indicate come articolantisi in quattro 'genera' costituirebbe una « choquante interversion »⁵⁹ del rapporto 'genus-species': inversione che si spiegherebbe come conseguenza di una maldestra aggiunta della bipartizione 'contratti-delitti' compiuta da Gaio in sede di rielaborazione di un più antico testo isagogico, nel quale invece comparivano direttamente e soltanto i *quattuor genera contractuum*⁶⁰.

Non è il caso di indugiare a mostrare nuovamente l'intrinseca non univocità degli altri indizi che dovrebbero accompagnare questa interpretazione⁶¹; né è il caso di

(58) Un cenno in R. Martini, *Appunti...*, op. cit., p. 147 s.

(59) F. De Visscher, «Les origines de l'obligation "ex delicto"», *RHDFE*, t. 7, 1928, p. 352.

(60) Per la dottrina orientata in tal senso rinvio ai riferimenti compiuti in G. Falcone, *Studi sui commentarii...*, op. cit., p. 90 s. e nt. 368-369.

(61) Solo, con riguardo all'indizio all'apparenza più serio, costituito dalla collocazione delle *obligationes ex delicto* dopo i cd. modi di estinzione delle obbligazioni (anziché subito in coda alle *obligationes ex contractu*), è opportuno ricordare che esso è, addirittura, smentito da un preciso dato testuale, che coinvolge peraltro proprio i §§ 3.88-89. De Visscher ha immaginato l'esistenza di un testo più antico nel quale il tema delle *obligationes* si sarebbe concluso con l'illustrazione dei modi di estinzione, ai quali sarebbe seguita la descrizione dei singoli *delicta* non ancora configurati come *causae obligationum*: su questa preesistente trama espositiva Gaio, essendo stati nel frattempo i *delicta* riconosciuti quali fonti di obbligazioni, avrebbe senza accortezza aggiunto il passaggio introduttivo *Traseamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur...* (§ 182), che finiva per determinare l'anomala presenza di *causae obligationum* successivamente ai paragrafi dedicati ai modi di estinzione. Altri studiosi (Affolter, Lauria, Martini) hanno pensato di spiegare questa collocazione attribuendo, più radicalmente, a Gaio l'aggiunta dell'intero comparto sui *delicta* rispetto ad un più antico testo didattico in cui essi mancavano del tutto. Ebbene, contro l'una e l'altra variante della lettura in chiave di innesto su un archetipo milita la circostanza che Gaio, proprio nel complessivo passaggio introduttivo sulle *obligationes ex delicto*, compie un apposito rimando all'articolazione in *quattuor genera* delle *obligationes ex contractu* (Gai 3.182 *Traseamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, ueluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in III genera diducantur, sicut supra exposuimus*): se Gaio fosse intervenuto su una preesistente scrittura altrui, non si capirebbe per qual motivo egli, pur coordinando consapevolmente la figura dei *delicta* allo schema divisorio *obligationes ex contractu-obligationes ex delicto* fissato in apertura dell'intero impianto espositivo (§§ 3.88-

riproporre qui le ragioni che portano ad escludere che i *commentarii* gaiani siano il frutto di una rielaborazione, da parte del giurista antonino, di un più antico testo didattico⁶². Piuttosto, con specifico riferimento ai §§ 3.88-89 richiamo anzitutto la circostanza che il loro contenuto in sé considerato può giustificarsi (come già riconosciuto da altri studiosi) pensando che Gaio abbia concepito due operazioni sistematiche pienamente compatibili tra loro in quanto impostate su due diversi punti di riferimento: l'*obligatio ex contractu* sarebbe stata intesa come *species* rispetto ad un sottinteso *genus-obligatio* e, d'altra parte, le tipologie *obligatio re, verbis, litteris, consensu* sarebbero state considerate quali 'genera' contenenti al loro interno diverse figure⁶³. Ma soprattutto, aggiungo adesso un dato sul quale non avevo in precedenza posato l'attenzione e cioè l'assoluta simmetria che si osserva confrontando i §§ 3.88-89 con i paragrafi con i quali si apre la trattazione sulle *hereditates* [Gai 2.99-101]:

Gai 3.88. Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto. 89. Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.

Gai 2.99. Ac⁶⁴ prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex condicio est: nam uel ex testamento uel ab intestato ad nos pertinent. 100. Et prius est, ut de his dispiciamus, quae nobis ex testamento obueniunt. 101. Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, ... aut in procinctu...

La coincidenza tra i due schemi espositivi è completa. L'annuncio dell'avvio della trattazione è seguito immediatamente (tramite il medesimo ricorso ad un pronome relativo) dalla segnalazione di una bipartizione ('*quarum summa diuisio in duas species diducitur*'); quindi, ricorre l'esplicitazione delle due tipologie ('*nam uel ex testamento uel ab intestato ad nos pertinent*'; '*omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto*'); poi, si indica quale delle due sarà trattata per prima ('*Et prius est, ut de his dispiciamus, quae...*'; '*Et prius uideamus de his, quae...*'); infine, con riguardo alla tipologia che s'inizia a trattare compare un riferimento a *genera* ('*Testamentorum autem genera initio duo fuerunt...*'; '*harum autem quattuor genera sunt...*'). È del tutto inverosimile che questa puntuale corrispondenza sia casuale. Piuttosto, essa si spiega, a mio modo di vedere, con la circostanza che Gaio, apprestandosi ad avviare la trattazione apposita della *res incorporalis-obligatio*, ha trovato naturale tornare sull'esordio

89), avrebbe però mantenuto (o, secondo l'ipotesi più radicale, creato lui stesso) una collocazione terminale delle *obligationes ex delicto*, anziché coerentemente trattare anche queste *obligationes* prima dei cd. modi di estinzione. La peculiare sequenza tematica deve, dunque, ritenersi frutto di una consapevole scelta di Gaio, che nulla ha a che vedere con la storia delle *obligationes* e del loro inquadramento dogmatico né con immaginarie stratigrafie dei *commentarii* gaiani. Sul punto cf. G. Falcone, *Studi sui commentarii...*, op. cit., p. 91 s. (per gli altri pretesi indizi cf. p. 90, nt. 368).

(62) G. Falcone, *Studi sui commentarii...*, op. cit., p. 77 s.

(63) G. Falcone, *Studi sui commentarii...*, op. cit., p. 90, nt. 368 e p. 118, nt. 470 (con richiamo alle posizioni in tal senso orientate di Orestano, Wolodkiewicz, Talamanca e Nelson, Manthe).

(64) Subito prima Gaio aveva affermato esser giunto il momento di considerare *quibus modis per uniuersitatem res nobis adquirantur* (§ 2.97) e aveva quindi elencato codesti modi (§ 2.98 *Si cui heredes facti sumus siue cuius bonorum possessionem petierimus siue cuius bona emerimus siue quem adoptauerimus siue quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt*).

della trattazione dell'altra *res incorporalis* subito prima considerata, l'*hereditas*, riproponendone la struttura⁶⁵. La stessa difformità consistente nel ricorso, solo in Gai 3.88, alla *divisio in species*, lungi dall'indebolire l'idea di un voluto modellamento della presentazione delle *obligationes* sui §§ 2.99-101, indica che Gaio non ha riproposto meccanicamente quanto aveva congegnato in quei paragrafi, bensì ha tenuto presente la specificità delle *obligationes* consistente nella considerevole pluralità di singole figure, tale da suggerire, appunto, un riferimento esplicito alla prospettiva ordinatoria (come pure, credo, l'aggettivazione '*omnis*')⁶⁶.

Ebbene, la studiata e attenta simmetria compositiva rispetto a Gai 2.99-101 che caratterizza nella sua interezza il dettato di Gai 3.88-89 impedisce di pensare che quest'ultimo sia il risultato di due strati di scrittura derivanti da mani diverse. Ché se, poi, si preferisse spiegare la straordinaria corrispondenza redazionale tra i blocchi descrittivi, anziché in termini di un modellamento di Gai 3.88-89 su Gai 2.99-101, come frutto di una identità di tecnica compositiva dispiegata da Gaio autonomamente nei due contesti, il risultato non cambierebbe: l'identità rispetto alla segmentazione dei §§ 2.99-101 deporrebbe, anche in questo caso, per un concepimento unitario dell'intero dettato dei §§ 3.88-89 da parte di Gaio. Nessuna (maldestra) sovrapposizione, dunque, di una bipartizione '*ex contractu-ex delicto*' su una pretesa trama pregaiana impostata solamente sui *genera contractuum* e non ancora comprensiva delle *obligationes ex delicto*.

(65) Al riguardo è il caso di precisare che la complessiva trattazione sull'*hereditas* apertasi nel § 2.99 era, si, preannunciata come concernente uno dei modi di acquisto di *res per universitatem* (cf. § 98, trascritto alla nt. prec.), ma al suo interno l'*hereditas* era al contempo considerata—o meglio, continuava ad essere considerata—essa stessa come *res (incorporalis)*: cf. R. Martini, «Di alcune singolarità della sistematica gaiana», in A. Pisaneschi, L. Violini (ed.), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla costituzione. Scritti per G. Grottanelli De' Santi*, Milano, 2007, p. 130 s. Invero, la lunghissima esposizione dal § 2.99 al § 3.76 è incentrata sulle modalità (*ex testamento* e *ab intestato*) attraverso le quali l'*hereditas* perviene all'erede e, dopo una parentesi riguardante gli altri casi di *successio*, nei §§ 3.85-87 si chiude con la descrizione della *in iure cessio hereditatis* e cioè con il modo con cui la stessa *res-hereditas* esce dal patrimonio dell'erede per trasferirsi ad altri: una descrizione, quest'ultima, al cui interno l'intreccio tra le prospettive dell'*hereditas* come *res* e dell'*hereditas* come modo di acquisto di altre *res* è particolarmente evidente (Gai 3.85: *Item si legitimam hereditatem heres, antequam cernat aut pro herede gerat, alii in iure cedat, pleno iure fit ille heres, cui cessa est hereditas, proinde ac si ipse per legem ad hereditatem uocaretur, quod si postea quam heres extiterit, cesserit, adhuc heres manet et ob id creditoribus ipse tenebitur; sed res corporales transferet, proinde ac si singulas in iure cessisset, debita uero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt*). Del resto, siffatto intreccio si trovava espresso già in occasione della prima presentazione delle *res incorporales* in Gai 2.14: *...nec ad rem pertinet quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, ueluti fundus, homo, pecunia...*

(66) Del resto, alla medesima circostanza può ricondursi un'altra differenza e cioè il fatto che, mentre i *testamentorum duo genera* del § 2.101 (v. a § 103, nonché il *tertium genus* del § 102) consistono in due singoli 'tipi' di testamento, lo stesso termine *genera* riferito nel § 3.89 alle *obligationes ex contractu* sembra alludere, piuttosto, ad una categoria contenente al suo interno una pluralità di tipi: cf. G. Falcone, *Studi sui commentarii...*, op. cit., p. 118, nt. 470.