

SCRITTI PER ALESSANDRO CORBINO

2

a cura di Isabella Piro



Libellula

2016

SCRITTI PER ALESSANDRO CORBINO 2
a cura di Isabella Piro

Opera Completa | 978-88-67353-32-3
2° Volume | 978-88-67353-82-8

© Tutti i diritti riservati all'Autore.
Nessuna parte di questo libro può essere riprodotta senza il
preventivo assenso dell'Autore.

Libellula Edizioni
Via Roma, 73 - 73039 Tricase (LE) - Italy
Tel. /Fax +39/0833.772652
www.libellulaedizioni.com
info@libellulaedizioni.com

Giuseppe Falcone
Università di Palermo

Sull'inquadramento sistematico delle obbligazioni nella Parafrasi di Teofilo (e nelle Istituzioni giustiniane)

1. Nel quadro di una ricerca, di alcuni anni addietro, sulla distribuzione del lavoro compilatorio fra i commissari incaricati di comporre le *Institutiones* giustiniane ho avuto occasione di imbattermi nel peculiare inquadramento sistematico delle obbligazioni che si osserva nella Parafrasi di Teofilo.¹ Il punto di vista dell'antecessore costantinopolitano si trova espresso in due brani, entrambi finalizzati a coordinare il passaggio ad un nuovo ambito tematico (le obbligazioni e, rispettivamente, le azioni) con la direttrice sistematica di fondo del manuale giustiniano, costituita dalla tripartizione *personae-res-actiones*.

Leggiamo il primo dei due brani, con cui si apre l'illustrazione del Titolo 3.13 '*De obligationibus*' del manuale imperiale:

PT. 3.13pr.: Εἰπόντες περὶ τῶν πραγμάτων νῦν μετέλθωμεν ἐπὶ τὰς ἐνοχάς. ἀλλ' ἔχει τις ἐπιλαβέσθαι τῆς τοιαύτης τάξεως καὶ εἰπεῖν, ὅτι παρὰ τὰ ἐπηγγελμένα περὶ ἐνοχῶν διαλεγόμεθα· εἴρηται γὰρ ἐν τῇ πρώτῃ INSTITUTIONI, ἔνθα διελεγόμεθα περὶ πόσα ἡ Ῥωμαϊκὴ καταγίνεται νομοθεσία, ὅτι ἐν τούτοις ἐστίν· ἐν προσώποις, ἐν πράγμασιν, ἐν ἀγωγαῖς. διαλεχθέντες οὖν περὶ τῶν προσώπων, διεξελθόντες δὲ καὶ περὶ τῶν πραγμάτων, ἀκολούθως ὀφείλομεν εἰπεῖν καὶ περὶ ἀγωγῶν· πῶς οὖν τὰς ἀγωγὰς καταλείψαντες ἐπὶ ἐνοχὰς ἐτράπημεν; ἀλλ' οὐκ ἐκτὸς ἀπολογίας ἡ τάξις αὕτη. ὁ γὰρ περὶ ἐνοχῶν διαλεγόμενος ἡρέμα καὶ ἀνεπαισθήτως περὶ ἀγωγῶν διαλέγεται· μητέρες γὰρ τῶν ἀγωγῶν αἱ ἐνοχαί.²

¹ G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Istituzioni di Giustiniano*, in *AUPA*. 45, 1998, 362 ss.

² Trad. Murison (in J.H.A. LOKIN - R. MEIJERING - B.H. STOLTE - N. VAN DER WAL. With a Translation by A.F. Murison, Groningen, 2010): Having spoken of Things, let us now pass to Obligations. But one may find fault with such an order of exposition, and say that we are breaking our promises in

Il corrispondente testo delle Istituzioni esordisce con la lapidaria affermazione ‘*Nunc transeamus ad obligationes*’ (alla quale segue la definizione dell’*obligatio* e le due distinzioni/classificazioni ‘*obligationes civiles-praetoriae*’ e ‘*obligationes ex contractu - quasi ex contractu - ex delicto - quasi ex delicto*’). Teofilo, invece, sente il bisogno di premettere una precisazione sulla congruenza del passaggio alla materia delle obbligazioni. In particolare, egli immagina che qualcuno potrebbe obiettare³ che affrontare questo tema significa non rispettare il piano espositivo ‘*personae-res-actiones*’ preannunciato nel I libro delle Istituzioni (I. 1.2.12), dal momento che, una volta esaurita la trattazione sulle *res*, si sarebbe dovuto passare alla materia delle azioni; senonché – osserva l’antecessore –, l’ordine seguito può essere difeso, poiché «chi discorre di obbligazioni a poco a poco e senza accorgersene discorre di azioni: infatti le obbligazioni sono madri delle azioni». Com’è del tutto evidente, tanto la prospettazione della possibile obiezione quanto la soluzione adottata per superarla mostrano che Teofilo sgancia la figura dell’obbligazione dalle *res incorporales* (tra le quali, notoriamente, essa era elencata sia nelle Istituzioni di Gaio sia in quelle di Giustiniano: *infra*, § 2) e assume, piuttosto, l’obbligazione quale fatto generatore dell’azione.

Un’analoga netta demarcazione fra *res (incorporales)* e obbligazioni si incontra nel brano che introduce, questa volta, la trattazione delle azioni:

treating of Obligations. For it was stated in the First Institute, when we were treating of the number of the objects with which the Roman Law is concerned, that they are these: Persons, Things, and Actions. Accordingly, having treated of Persons and discussed Things also, it follows that we ought to speak also of Actions. Why, then, do we leave Actions aside, and turn to Obligations? Well, this order is not without justification. For when a man treats of Obligations, he also tacitly and imperceptibly treats of Actions, Obligations being the mothers of Actions.

³ L’espedito didattico consistente nel ricorso ad una immaginaria obiezione espressa con il modulo “ἀλλ’ ἔχει τις εἰπεῖν” compare anche in PT. 1.2.5; 6; 1.14.1; 1.17pr.; 1.19pr.; 2.6.7 2.15.4; 2.16.4; 2.20pr.; 4.12pr. Fra questi luoghi, particolarmente significativo è PT. 2.20pr., per l’identità di funzione giustificativa del passaggio alla trattazione di un istituto (i legati) in relazione ad una più ampia, programmata trama espositiva.

PT. 4.6pr.: Διαλεχθέντες περὶ τῶν ἐνοχῶν χωρήσωμεν ἐπὶ τὰς ἀγωγάς. τοῦτο γάρ ἐστι τὸ ἐκ τῶν ἐπηγγελμένων ὑπολιμπανόμενον. εἰρήκαμεν γὰρ ἐν τῇ πρώτῃ INSTITUTIONI τὴν νομοθεσίαν τὴν Ῥωμαϊκὴν καταγίνεσθαι περὶ πρόσωπα, περὶ πράγματα, περὶ ἀγωγάς. εἰπόντες οὖν τὴν τῶν προσώπων διαίρεσιν ἐν τῇ πρώτῃ INSTITUTIONI, διδάξαντες δὲ καὶ περὶ τῶν πραγμάτων ἐν τῇ δευτέρῃ καὶ ἐν μέρει τῆς τρίτης, μνησθέντες δὲ καὶ τῶν ἐνοχῶν, εἴπωμεν περὶ τῶν ἀγωγῶν.⁴

Teofilo, infatti, volendo giustificare che la tematica delle azioni è l'ultima che rimane da affrontare della tripartizione 'persone-cose-azioni', afferma: «infatti, avendo parlato nel I libro delle persone e avendo nel II libro e in parte del III libro trattato delle cose e avendo studiato anche le obbligazioni, occorre parlare adesso delle azioni». Il docente, dunque, considera che la trattazione sulle *res* – che dovrebbe, in realtà, intendersi come conclusa solamente con il Titolo 4.5 '*De obligationibus quasi ex delicto*' – ha occupato solo una parte del libro III e intende la materia delle obbligazioni, che inizia, appunto, nel libro III titolo 13, come una tematica che si aggiunge all'ambito delle *res*.

Dunque, Teofilo, da un lato, concepisce il tema delle obbligazioni come ulteriore rispetto alle *res*, dall'altro lato, fa confluire il tema delle obbligazioni verso il settore delle azioni.

Certo, là dove si tratta di illustrare agli studenti, quale oggetto di lezione, il Titolo 2.2 '*De rebus incorporalibus*' del manuale imperiale, anche Teofilo non può che ricondurre, in aderenza al dettato latino, le *obligationes* alle *res incorporales*. Ma – a parte il fatto che i due brani or ora considerati ci rivelano che, quando l'antecessore compie autonomamente una valutazione sulla configurazione e sulla presenza delle obbligazioni rispetto al complessivo impianto del manuale, egli è portato a staccare questa materia dal settore delle *res* e a spostarla verso le

⁴ Trad. Murison: Having spoken of Obligations, let us proceed to Actions. This is the one of our promises that remains unfulfilled. For, in the First Institute we said that the Roman Law is concerned with Persons, with Things, and with Actions. Having spoken, then, of the division of Persons in the First Institute, and expounded the Law of Things in the second and part of the third, and also dealt with Obligations, let us go on to speak of Actions.

actiones – proprio l'illustrazione del titolo '*De rebus incorporalibus*' (Inst. 2.2) offre un altro dato significativo. Mi riferisco alla circostanza che Teofilo aggiunge per proprio conto una definizione per ciascuna delle figure (solamente) elencate nel manuale, e in tale occasione la definizione di obbligazione (*ένοχή*) si distingue rispetto a tutte le altre (nell'ordine: *hereditas, ususfructus, servitus, usus, habitatio*) in quanto è l'unica nella quale non compare un riferimento alla natura incorporale:⁵ singolarità, questa, che non può ritenersi accidentale, ove si tenga presente la particolare cura e consapevolezza con le quali l'antecessore ha congegnato ciascuna delle predette definizioni.⁶

A distanza di anni sono indotto a ritornare su questo tema da una più ampia riflessione, occasionata dall'insegnamento di *Fondamenti di diritto europeo*, sulla rielaborazione dogmatico-sistematica dell'*obligatio* nella scienza giuridica d'età moderna (nella quale le affermazioni dell'antecessore bizantino hanno avuto non scarsa eco).⁷ Nelle pagine che seguono si dà conto

⁵ Per tutte le altre figure elencate in Inst. 2.2, infatti, Teofilo formula una definizione che si apre con le parole “δίκαιόν τι φανεροῖς τρόποις συνιστάμενον νῶν καταλαμβανόμενον...” («un diritto costituito attraverso determinate modalità, concepito solo con la mente ...»). Nel medesimo contesto, invece, la definizione dell'obbligazione recita: “ένοχή έστι δεσμός δικαίου, δι' οὔ τις ἀναγκάζεται ποιεῖν ἕκαστον ὃ ὀφείλει ποιεῖν” (l'obbligazione è un vincolo giuridico in forza del quale qualcuno è costretto (processualmente) a compiere tutto ciò che è necessario compiere». Sul riferimento alla costrizione processuale espresso dal verbo ἀναγκάζειν rinvio a FALCONE, *Il metodo di compilazione* cit. (nt. 1), 368 s. Su questa definizione cfr. anche *infra*, § 2.

⁶ Cfr. FALCONE, *Il metodo di compilazione* cit. (nt. 1), 366 s.

⁷ Il che, del resto, si spiega alla luce di una generale penetrazione immediata della Parafraresi nella cultura giuridica a seguito della sua *editio princeps* del 1534. Le caratteristiche intrinseche dell'opera, in effetti, ottimamente assecondavano gli ideali dell'Umanesimo giuridico sia sul versante dell'attenzione per la sistematica sia in relazione al recupero della storia degli istituti e dei testi giuridici anteriori allo stadio giustiniano e all'intervento dei cd. '*facinora Triboniani*'. Segnatamente, quanto alle tendenze sistematiche, Teofilo ha spesso inserito per proprio conto, rispetto al testo imperiale, suddivisioni e partizioni; ha costruito numerose definizioni impiegando la tecnica della *diàiresis* (distinzione) e della *diaphora* (differenza) tra figure affini; ha fatto ricorso a numerose premesse (*protheoriai*) allo scopo di ricondurre un oggetto specifico a qualche aspetto

delle conclusioni alle quali ritengo poter pervenire in merito alla specifica questione dell'origine di questa presa di posizione teofilina.

2. È certamente immaginabile, in linea teorica, che il peculiare inquadramento delle obbligazioni, anziché esser balenato per la prima volta alla mente di Teofilo in occasione del corso svolto sulle *Institutiones* giustinianee, possa esser stato concepito dall'antecessore già in occasione della pregressa attività didattica.⁸

In effetti, anche il manuale gaiano, sul quale Teofilo aveva in precedenza condotto l'insegnamento agli studenti di primo anno, presentava il brusco incipit '*Nunc transeamus ad obligationes*' (Gai. 3.88), che, privo com'è di qualsiasi cenno di raccordo alla trattazione precedente, si prestava a sollecitare possibili riflessioni e soluzioni personali in merito al rapporto tra *obligationes* e tripartizione '*personae-res-actiones*' (fissata in Gai. 1.8). Tanto più, in quanto già nel manuale classico figurava (§ 3.83) la sequenza, che sarebbe poi apparsa in I. 3.10.1, '*omnes res eius corporales et incorporales quaeque ei debita sunt*',⁹ la quale poteva indurre, almeno ad una prima

e a qualche principio giuridico che non compariva nel testo delle Istituzioni e che era sparso qua e là nel Digesto; e infine, ha spesso coordinato esplicitamente tra loro, all'inizio dei vari titoli, i passaggi e i nessi tra i soggetti della trattazione. Con riguardo al secondo profilo, l'antecessore bizantino ha frequentemente compiuto digressioni storiche anche al di là dei già preziosi riferimenti all'evoluzione degli istituti presenti nelle *Institutiones* e ha fornito citazioni di antichi formulari e notizie su istituti giuridici ormai aboliti (o per puro gusto antiquario, o per mostrare meglio lo sviluppo storico di un istituto, o per sottolineare l'iniquità o l'inadeguatezza di un antico regime ed evidenziare così l'opportunità e l'umanità di un'innovazione di Giustiniano). Sul punto rinvio a G. FALCONE, "*Theophilus noster*". *Zur Benutzung der Theophilos Paraphrasis seitens der humanistischen Jurisprudenz*, in *Iuris antiqui historia (IAH)* 2, 2010, 15 ss.

⁸ I questo senso, recentemente, S. TONDO, *Appunti sulle 'institutiones iuris'*, in *BIDR.* 101-102, 1998-99 (pubbl. 2005), 649.

⁹ '*Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit mulierque in manum convenit, omnes eius res incorporales et corporales, quaeque ei debita sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur exceptis his, quae per capitum deminutionem pereunt, ...*'. Nel corrispondente brano giustiniano (I. 3.10.1),

impressione,¹⁰ a raffigurare i rapporti obbligatori come qualcosa di distinto ed autonomo rispetto non solo alle *res incorporales*, ma anche all'orizzonte stesso delle *res tout court*; e tanto più, ulteriormente, in quanto già in Gai. 4.2-3,¹¹ come poi in I. 4.6.1-2,¹² era solo in relazione alle *actiones in rem*, e non anche in relazione a quelle a tutela dei rapporti obbligatori, che si parlava di *ius* inteso come alternativa alle *res corporales*.

Tuttavia, ritengo che l'affermarsi della presa di posizione di Teofilo sia, piuttosto, da porre in diretta relazione con i nuovi dati offerti dal manuale imperiale.

Al riguardo, conviene considerare separatamente i due spunti sistematici offerti nei trascritti brani della Parafraresi: lo sganciamento delle obbligazioni rispetto alle *res* e il loro confluire verso il settore delle *actiones*.

a parte qualche irrilevante variante terminologica, manca il riferimento alla *conventio in manum* della *mulier*.

¹⁰ Cfr., infatti, G. FALCONE, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, in *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare [Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Quaderni, 4]*, Napoli-Jovene 2011, 33 ss.

¹¹ Gai. 4.2: *In personam actio est, qua agimus, quotiens <litigamus> cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE. 3. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, uelut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamue ducendi uel altius tollendi prospiciendive, <aut cum> actio ex diuerso aduersario est negatiua.*

¹² I. 4.6.1: *Omnium actionum [...] summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam. namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae actiones in personam sunt, [...] aut cum eo agit qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. quo casu proditae actiones in rem sunt. veluti si rem corporalem possideat quis, ... 2. Aequae si agat ius sibi esse fundo forte vel aedibus utendi fruendi vel per fundum vicini eundi agendi vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. eiusdem generis est actio de iure praediorum urbanorum, veluti si agat, ius sibi esse altius aedes suas tollendi prospiciendive vel proiciendi aliquid vel immittendi in vicini aedes. contra quoque de usu fructu et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum invicem quoque proditae sunt actiones, ut quis intendat, ius non esse adversario utendifruendi, eundi, agendi aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendi, proiciendi, immittendi: istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est:...*

In relazione al primo aspetto, rileva la notevolissima differenza di fondo tra i due manuali, consistente nel fatto che il testo giustiniano, mentre accoglie da quello gaiano la classificazione '*res corporales-res incorporales*', elimina, invece, la classificazione '*res Mancipi-res nec Mancipi*', a seguito dell'abolizione della distinzione tra questi due tipi di *res* ordinata dallo stesso imperatore.¹³

Ora, la cancellazione di ogni traccia di riferimenti alle *res Mancipi* e alle *res nec Mancipi* ha determinato come conseguenza, anzitutto, il venir meno di tre passaggi che dovevano mantenere viva, in un insegnamento svolto sul manuale gaiano, la considerazione delle *obligationes* come '*res*', elementi del patrimonio (del creditore).

Il primo di questi passaggi è Gai. 2.38. Il giurista classico, una volta chiuso il discorso sulla *magna differentia* tra *res Mancipi* e *nec Mancipi* in relazione alle operazioni negoziali (*Mancipatio*, *in iure cessio* e *traditio*) necessarie ai fini del trasferimento della proprietà, torna sulle *res incorporales* per mostrare (§§ 2.28 ss.) se e quali di codeste operazioni negoziali, fin lì osservate con riguardo alla titolarità di *res corporales* e in base alla distinzione '*res Mancipi-nec Mancipi*', possano valere anche per le *res incorporales*.¹⁴ Con specifico riguardo alle

¹³ Con una costituzione del 531 (C. 7.31.1.5) Giustiniano prende atto che tale distinzione appartiene ormai all'antico e conferma autoritativamente che essa deve rimanere relegata nell'antico: '*Cum etiam res dividi Mancipi et nec Mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis*'. D'altra parte, con un altro intervento legislativo (C. 7.25.1) l'imperatore sanciva l'eliminazione della 'ridicola' distinzione degli antichi scritti tra *dominium ex iure quiritium* e *in bonis habere*, che si collegava appunto alla diversità di regime fra trasferimenti avvenuti con *Mancipatio* e *in iure cessio*, da un lato, e con semplice *traditio*, dall'altro, in relazione alla distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*.

¹⁴ Gai. 2.28: *Res incorporales traditionem non recipere manifestum est. 29. Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi tantum possunt, rusticorum vero etiam Mancipari possunt. 30. Ususfructus in iure cessione tantum recipit... 34. Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit...* Il collegamento tra le due classificazioni è, del resto, già prima attestato dall'affermazione di Gai. 2.19 '*...res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem*'. In argomento, da ultimo, FALCONE, *Sistematiche gaiane* cit. (nt. 10), 31 ss.

obligationes, Gaio avverte che esse non ammettono nessuno dei modi con i quali si trasferiscono *res corporales*, dovendosi piuttosto ricorrere ad una novazione:¹⁵ questo istituto, che la nostra dogmatica inquadra e considera come uno dei modi di estinzione del rapporto obbligatorio, viene assunto, piuttosto, come una modalità attraverso cui la *res (incorporalis) obligatio* fuoriesce dal patrimonio del creditore e si trasferisce ad un patrimonio altrui.¹⁶ Ebbene, siffatto discorso sulla *novatio* quale modo di trasferimento della ‘*res obligatio*’ è stato dal compilatore giustiniano (a mio avviso, Doroteo),¹⁷ insieme con l’intero suo contesto espositivo, del tutto eliminato.

La medesima sorte subisce, a causa della generale uscita di scena, nelle fonti giustiniane, della figura della *in iure cessio*, il secondo tra i predetti passaggi, e cioè l’intero squarcio di Gai. 3.85-87, che riguardava la *in iure cessio hereditatis*: uno squarcio che, immediatamente prima (si badi) dell’avvio di trattazione sulle obbligazioni (§ 3.88), si prestava a ribadire la considerazione di queste ultime quali *res incorporales*, in ragione del fatto che nella descrizione delle conseguenze dell’*in iure cessio hereditatis* viene in questione una esplicita polarità tra *debita* e *res corporales*.¹⁸

¹⁵ 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.*

¹⁶ Non è un caso che, nel contesto dell’apposita trattazione sulla *novatio* (§§ 3.176-179), Gaio osserverà, fra l’altro, che in alcuni casi, ancorché la *stipulatio* novatoria, in ragione del suo specifico contenuto, sia *inutilis*, l’*obligatio* originaria ‘*tollitur*’ e cioè si verifica un ‘*rem amittere*’ (§ 176).

¹⁷ FALCONE, *Il metodo di compilazione* cit. (nt. 1), 391.

¹⁸ Cfr., in particolare, la notazione del § 3.85 ‘*Quodsi 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*’. Sul complessivo passaggio in questione e sulla sua immediata contiguità rispetto alla trattazione sulle obbligazioni cfr., recentemente, FALCONE, *Sistematiche gaiane* cit. (nt. 10), 36 s.; ID., *Osservazioni su Gai 2.14 e le res incorporales*, in *AUPA*. 55, 2012, 156 (con richiamo, in nt. 77, all’eventualità, suggerita da alcuni studiosi, che la riproposizione dell’immediata sequenza fra le due

Il terzo passaggio, infine, è Gai. 2.80-85, riguardante il tema della possibilità o meno, per le donne e per i pupilli, di *alienare* efficacemente pur senza l'intervento del tutore. I contenuti di questo squarcio mostrano che le *obligationes* erano da Gaio considerate come '*res nec Mancipi*', le quali, proprio in quanto '*res*', venivano assunte come elementi che entrano ed escono dal patrimonio (del creditore). Ebbene, tali contenuti sono stati significativamente modificati dal compilatore giustiniano. Giova avere direttamente sott'occhio i due squarci:

Gai. 2.80: *Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem Mancipi alienare posse; nec Mancipi uero feminam quidem posse, pupillum non posse. 81. Ideoque si quando mulier mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, quia facit eam accipientis, cum scilicet pecunia res nec Mancipi sit, contrahit obligationem. 82. At si pupillus idem fecerit, quia non facit accipientis sine tutoris auctoritate pecuniam, nullam contrahit obligationem 83. Et ex contrario omnes res tam Mancipi quam nec Mancipi mulieribus et pupillis sine tutoris auctoritate solui possunt, 84. Itaque si debitor pecuniam pupillo soluat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est. 85. Mulieri uero etiam sine tutoris auctoritate recte solui potest: nam qui soluit, liberatur obligatione, quia res nec Mancipi, ut proxime diximus, a se dimittere mulieres etiam sine tutoris auctoritate possunt.*

I. 2.8.2: *Nunc admonendi sumus, neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. ideoque si mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis, [...]. At ex contrario omnes res pupillo et pupillae sine tutoris auctoritate recte dari possunt. ideoque si debitor pupillo solvat, necessaria est tutoris auctoritas: alioquin non*

tematiche che era già in Gai. 2.34-39 avesse la funzione di preparare il passaggio alla trattazione sulle '*res incorporales*' *obligationes*).

liberabitur. [...] Sed ex diverso pupilli vel pupillae solvere sine tutore auctore non possunt, quia id quod solvunt non fit accipientis, cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est.

Le affermazioni di Gaio rivelano, in modo diretto, che il ricevere una (efficace) *solutio* viene considerato in termini di dismissione della *obligatio* (intesa come *res nec Mancipi*) dalla sfera patrimoniale del creditore, come un *dissolvere* la *res-obligatio*, un *alienare*, un *a se dimittere obligationem* da parte del creditore (circostanza – è agevole osservare – che, del resto, si pone perfettamente in linea con quanto poc’anzi constatato a proposito della presentazione della *novatio* nel § 2.38); e rivelano, in modo indiretto, che il correlato ‘*contrahere obligationem*’ dei §§ 81-82 (che si realizza, da parte del creditore, dando a mutuo la somma) è inteso come ingresso della ‘*res*’ *obligatio* nel *patrimonium* del creditore. L’*obligatio*, cioè, compare in questo squarcio come un’entità, *res nec Mancipi*, che entra nel *patrimonium* o che non ne fa più parte.¹⁹

512

Siffatta rappresentazione scompare in I. 2.8.2, in ragione di quattro evidenti modifiche apportate al modello gaiano. 1) Manca il riferimento alla donna senza intervento del tutore: le sole figure prese in considerazione sono quelle del pupillo e della pupilla, per le quali il divieto di *alienare* riguarda ‘qualsiasi *res*’, senza alcun cenno a *res Mancipi* e *nec Mancipi*. 2) Manca l’affermazione di Gai. 2.84, secondo cui il pupillo-creditore non può ‘dissolvere’ una *obligatio* in quanto non gli è concesso il potere di *alienare* alcuna *res*: affermazione, questa, che mostrava, ripeto, che l’*obligatio* era assunta quale *res (nec Mancipi)* che, in virtù dell’adempimento da parte del debitore, usciva dal patrimonio del creditore. 3) La notazione che “non è concesso il potere di alienare alcuna *res*” (*‘nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est’*) è conservata, ma viene adesso riferita a pupilli e pupille che rivestono, loro, il ruolo di debitori (cfr. ‘*Sed ex diverso pupilli vel pupillae solvere ...*

¹⁹ Cfr. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14* cit. (nt. 17), 151 ss.; ID., *Approccio operativo-cautelare e obligationes ex contractu nelle Istituzioni di Gaio*, in *Fest. für Rolf Knütel*, Heidelberg-C.F. Müller 2009, 317, nt. 10.

possunt): si afferma, infatti, che i pupilli e le pupille senza intervento del tutore non possono adempiere rettamente, in quanto con la consegna non rendono il creditore proprietario, dal momento che non possono *alienare* alcuna *res*, e ciò significa che in questo testo la *res* oggetto dell'*alienare* non è più, come in Gaio, la stessa *obligatio* quale elemento patrimoniale, bensì è la cosa materiale che deve essere trasferita a mo' di adempimento. 4) Infine, è assente il discorso contenuto in Gai. 2.85 che riguardava l'adempimento ad una donna sprovvista di intervento del tutore, e in seno al quale Gaio precisava che in tal caso il debitore si liberava dall'*obligatio* "in quanto le donne anche senza intervento tutore possono '*dimittere a se*' le *res nec mancipi*" (e cioè le *obligationes*).

Ma la soppressione della classificazione '*res mancipi-res nec mancipi*' determina un'altra conseguenza, ancora più radicale e determinante. Mentre Gaio, come si è constatato, intrecciava strettamente a tale classificazione il dualismo '*res corporales-res incorporales*',²⁰ nel manuale giustiniano le *res incorporales* vengono presentate in una trattazione a sé stante e ad esse sono dedicati alcuni autonomi titoli: '*De rebus incorporalibus*' (2.2), '*De servitutibus*' (2.3), '*De usufructu*' (2.4), '*De usu et habitatione*' (2.5).

Ebbene, come si vede, manca un titolo relativo alle *obligationes*, nonostante anch'esse figurassero nella elencazione iniziale delle *res incorporales* (I. 2.2). Al suo posto, invece, compare un rinvio ad una trattazione che sarà svolta «nella sua propria sede»:

I. 2.6: *Haec de servitutibus et usu fructu et usu et habitatione dixisse sufficiat. de hereditate autem et de obligationibus suis locis proponemus. exposuimus summatim, quibus modis iure gentium res adquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo et civili iure adquiruntur.*

Il rimando ad un *locus* apposito ben poteva far apparire la materia delle *obligationes* come distinta non solo topograficamente dalle *res incorporales*. L'abbinamento, nel

²⁰ *Supra*, su nt. 14.

rinvio, con l'*hereditas*, lungi dall'infirmare questa deduzione, la rafforza, giacché l'*hereditas* nel "suo luogo proprio" sarà, appunto, illustrata non come *res incorporalis*, bensì come oggetto di acquisto *per universitatem*:

I. 2.9.6: *Hactenus tantisper admonuisse sufficiat, quemadmodum singulae res adquiruntur: [...]. videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis adquiruntur. si cui ergo heredes facti sitis [...] eius res omnes ad vos transeunt. ac prius de hereditatibus dispiciamus. quarum duplex condicio est: nam vel ex testamento vel ab intestato ad vos pertinent. et prius est ut de his dispiciamus quae vobis ex testamento obveniunt. qua in re necessarium est, initio de ordinandis testamentis exponere.*

Come per l'*hereditas*, anche per l'*obligatio*, dunque, la diversità di *locus* poteva essere intesa come abbandono dell'orizzonte tematico-sistematico delle *res incorporales*. Con l'aggravante che, mentre l'*hereditas*, comunque, anche dalla diversa angolazione dalla quale, come detto, era trattata *ex professo* si riconduceva pur sempre alla prospettiva di acquisto e circolazione di situazioni patrimoniali di vantaggio; e mentre la conseguente pertinenza di essa al settore delle *res* era manifestata dall'esplicita dicotomia (nel trascritto I. 2.9.6) '*quemadmodum singulae res adquiruntur - quibus modis per universitatem res vobis adquiruntur*'; invece, nel caso delle *obligationes* la trattazione che sarà compiuta, molto più avanti, nel "suo luogo proprio" è immediatamente segnata dall'irrompere di una visuale del tutto differente ed estranea rispetto a quella fino a quel punto seguita.²¹ Il fatto è che il titolo 3.13 '*De obligationibus*' subito dopo l'ellittico avvio '*Nunc transeamus ad obligationes*' contiene una definizione dell'istituto in termini di '*iuris vinculum*' e di '*adstringi*' (I. 3.13pr.: '*Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis*

²¹ Fra la trattazione sull'*hereditas* e quella sulle *obligationes*, infatti, erano illustrati, notoriamente, altri fenomeni di acquisti *per universitatem*: *bonorum possessio*, *adrogatio*, *addictio* di bona '*libertatum conservandarum gratia*'.

iura'), la quale scolpisce una raffigurazione dell'*obligatio* dal lato passivo del debitore, quale situazione di costrizione e responsabilità. Dunque, mentre per *ususfructus*, *servitus*, *usus* e *habitatio* esistevano titoli appositi in chiave di *res incorporales* e questi titoli descrivevano regime e poteri dei titolari dal lato attivo di tali *res*,²² con riguardo alle obbligazioni, non solo, come si è visto, mancava un titolo tra quelli dedicati a singole *res incorporales*, ma, addirittura, la specifica trattazione era incorniciata entro una indicazione concettuale distinta ed incompatibile con la predetta prospettiva di titolarità di situazioni patrimoniali di vantaggio.²³

Siffatta contrapposizione di visuali appare amplificata nella Parafraresi, e proprio nel contesto della illustrazione dei titoli riguardanti le *res incorporales*. Da una parte, infatti, il confronto tra i poteri o facoltà dell'usufruttuario e dell'usuario, che in I. 2.5.1 è espresso in termini di '*ius*',²⁴ nel corrispondente testo greco ruota intorno al termine κέρδος, vantaggio o guadagno;²⁵

²² È il caso di segnalare appositamente che questi titoli, ad eccezione del primo (che riproduce fedelmente il testo di Gai. 2.14), hanno contenuti sensibilmente differenti rispetto alle indicazioni che, assai più stringatamente, aveva fornito Gaio. Invero, mentre Gaio si occupava esclusivamente degli atti negoziali da compiere per l'efficace costituzione e trasferimento della titolarità delle *res incorporales* (in collegamento con i modi di trasferimento subito prima descritti per le *res corporales*, *mancipi* e *nec mancipi*), all'interno dei predetti titoli del manuale imperiale il profilo del modo di costituzione/trasferimento non è più né l'unico né il più importante: nei titoli sulle servitù, sull'usufrutto, sull'*usus* e sull'*habitatio* le notazioni più corpose riguardano l'elencazione delle figure, i possibili oggetti, la descrizione dei poteri del titolare. In sostanza, il manuale giustiniano, mettendo insieme altro materiale classico in aggiunta alla trattazione gaiana, offre finalmente una vera e propria esposizione 'istituzionale' del regime degli istituti, laddove il manuale gaiano si limitava, conformemente al proprio taglio operativo-cautelare, a fornire esclusivamente indicazioni sulle modalità negoziali di circolazione delle *res*. In quest'ottica è particolarmente significativo già il fatto stesso dell'aggiunta del titolo '*De usu et habitatione*', nel senso che questo titolo è principalmente calibrato sul confronto tra i contenuti dell'*usus* e dell'*habitatio* rispetto ai contenuti dell'usufrutto e ai poteri dell'usufruttuario.

²³ Come intuito da TONDO, *Appunti* cit. (nt. 8), 650.

²⁴ '*Minus autem scilicet iuris in usu est quam in usufructu*'.

²⁵ P.T. 2.5.1: Ἦττον δέ ἐστι καὶ τὸ κέρδος τὸ ἐκ τοῦ USU ἢ περὶ τὸ ἐκ τοῦ

dall'altra parte, la definizione che Teofilo aggiunge alla semplice menzione dell'*obligatio* in I. 2.2.1, oltre a segnalarsi, come detto, per la mancanza di riferimento alla incorporeità (*supra*, § 1), assume l'obbligazione, anticipando la raffigurazione quale *vinculum iuris* di I. 3.13pr., come «un δεσμός δικαίου che costringe qualcuno ad adempiere quanto dovuto».

Dunque, nel manuale giustiniano, da un lato, non vi sono più quegli elementi che, nelle Istituzioni gaiane raffiguravano l'*obligatio* come una *res, nec Mancipi e incorporalis*, che entra (attraverso la conclusione di un contratto) ed esce (attraverso una *solutio* o una *novatio*) dal patrimonio del creditore; da un altro lato, manca un titolo sulle obbligazioni accanto a quelli appositamente dedicati a singole *res incorporales*; e ancora, l'*obligatio* è presentata come situazione di responsabilità. Tutto ciò, oltre a fare apparire, oggettivamente, la materia delle obbligazioni come fuori asse rispetto ad una considerazione di elementi patrimoniali assunti dal lato del titolare attivo, ben poteva indurre, proprio per questo, Teofilo ad isolare le obbligazioni rispetto al settore delle *res* e a considerarle come un ambito tematico-sistematico distinto.

3. Consideriamo adesso, brevemente, il secondo spunto di ordine sistematico, e cioè la notazione circa un progressivo passaggio dal tema delle obbligazioni verso quello delle azioni.

L'avvicinamento delle obbligazioni alle azioni si pone certamente in linea con una rappresentazione che dobbiamo immaginare diffusa e che risulta dalla presenza, sia nel Digesto (D. 44.7) che nel Codice (C. 4.10), di un titolo '*De obligationibus et actionibus*' (come già intuì, con sensibilità storica, Heineccius);²⁶ e inoltre, il dato sistematico in esame ben

USUFRUCTU. (trad. Reitz: *Minus autem est emolumentum ex usu, quam ex usufructu*).

²⁶ Cfr. Arnoldi Vinnii JC. *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius Academicus et Forensis*. Io. Gottl. Heineccius IC. *Recensuit, & Praefationem Notasque adiecit*, Venetiis 1783, II, 82, in cui Heineccius, a proposito della critica che Vinnius aveva indirizzato a Teofilo («Theophil. & Accurs. putant, hic initium fieri doctrinae de actionibus. Sed perperam. Nam

si coordina con la spiccata tendenza ad immettere l'obbligazione nella prospettiva dell'azione, quale si constata, con dovizia di riscontri, nell'intera Parafrasi.²⁷ Tuttavia, anche a questo proposito ritengo che la posizione di Teofilo dipenda direttamente da indicazioni presenti nel manuale imperiale, e segnatamente dal convergere dei seguenti dati offerti dalla complessiva trattazione specifica *de obligationibus*.

Anzitutto, all'interno dello stesso titolo I. 3.13 la definizione di *obligatio* è subito seguita (§ 1) da una distinzione classificatoria tra *obligationes civiles* e *obligationes praetoriae* calibrata sulle *actiones* (cfr. '*praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit*'): circostanza, questa, che rivelava subito un intimo collegamento tra le *obligationes* e la figura delle *actiones*.

Inoltre, in seno a ciascun titolo riguardante ogni singola *obligatio ex contractu* e *quasi ex contractu* viene segnalata in modo apposito l'azione di volta in volta esercitabile:

I. 3.14pr.: *Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. [...]. ex eo contractu nascitur actio quae vocatur condictio;*

I. 3.14.1: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur: daturque agenti contra eum propter repetitionem condicticia actio; nam proinde ei condici potest 'si paret eum dare oportere' ac si mutuum accepisset;*

I. 3.14.2: *Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione;*

I. 3.14.3: *Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qua et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur;*

non minus obligatio res est incorporalis, & ad secundum juris objectum pertinet, quam haereditas, ususfructus, servitutes)), annotava: «Recte. Sed non solum tamen Theophilum, verum & veteres fere omnes obligationes tamquam praecipuum actionum fundamentum considerasse, vel inde patet, quod in Pandectis aequae ac Codice conjunctim & uno eodemque titulo agitur de obligationibus & actionibus. Et inde, licet perperam, existimavit Theophilus hic quoque tractatum de obligatione praemittere materiae de actionibus, quia obligationes sint fontes actionum, & eatenus ad tertium juris objectum commode referri queant».

²⁷ Devo rinviare nuovamente a FALCONE, *Il metodo di compilazione* cit. (nt. 1), spec. 374 ss.

I. 3.14.4: *Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia.*

I. 3.15pr.: *Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, cum quid dari fierive nobis stipulamur. ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta;*

I. 3.21: *... sic fit ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione;*

I. 3.23.1: *nostra decisio ita hoc constituit, ut [...] venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore autem ex vendito agente;*

I. 3.24pr.: *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni iisdemque iuris regulis consistit. [...]. et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti;*

I. 3.24.1: *... si fulloni polienda curandave aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus quantum inter eos convenerit, non proprie locatio et condictio contrahi intellegitur, sed eo nomine praescriptis verbis actio datur;*

I. 3.24.2: *... si, cum unum quis bovem haberet et vicinus eius unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos periiit: neque locati vel conducti neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est;*

I. 3.25.9. *Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, ...*

I. 3.26pr.: *Mandatum contrahitur quinque modis, [...]. at si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nec mandati inter vos actio nascitur;*

I. 3.27.1: *... cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum...;*

I. 3.27.2: *Tutores quoque, qui tutelae iudicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur [...]. hoc autem casu mutuae sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore*

habet tutelae actionem, sed et ex contrario tutor cum pupillo habet contrariam tutelae, si ...;

I. 3.27.3: *Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo iudicio,...;*

I. 3.27.4: *Idem iuris est de eo, qui coheredi suo familiae exciscundae iudicio ex his causis obligatus est;*

I. 3.27.6: *Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. [...] proinde is qui accepit obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo condicione tenetur.*

Ancora, nel corso della complessiva illustrazione delle *obligationes ex contractu* compaiono frequentemente specifiche questioni che coinvolgono l'esperienza di azioni.²⁸

Infine, le trattazioni sulle *obligationes ex delicto* e *quasi ex delicto* lasciano ampio spazio alle *actiones* esercitabili a sanzione degli illeciti,²⁹ quando, addirittura, la creazione di un'*actio* non vi costituisce senz'altro, come nel caso del *damnum iniuria datum*, lo stesso angolo di osservazione dell'istituto in esame (cfr. l'incipit di I. 4.3pr.: '*Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam...*').

Della predetta documentazione, peraltro, una segnalazione a parte meritano i testi di I. 3.14.1; 2; 3 e 4 poc'anzi trascritti e concernenti le *obligationes re contractae*: è notevole, infatti, che proprio nella trattazione che segue a ruota il titolo introduttivo '*De obligationibus*' è adottato uno schema espositivo assai lineare, che, con ripetitività quasi stereotipa, fa seguire immediatamente all'indicazione di ciascuna operazione negoziale la menzione dell'azione che da essa scaturisce.

Ebbene, se consideriamo l'insieme dei dati che si sono fin qui riferiti e ad essi aggiungiamo la circostanza che, invece, nei titoli riguardanti i diritti reali (I. 2.3; 2.4; 2.5: servitù, usufrutto, uso e abitazione) non compare alcun cenno a prospettive processuali, ben si comprende come potesse sorgere

²⁸ I. 3.15.2-3; I. 3.19.25 e 27; I. 3.20.4 e 6; I. 3.26.7-8; 10-11; 13; I. 3.28pr.; cfr., inoltre, la menzione delle *stipulationes iudiciales* in I. 3.18pr.-1.

²⁹ I. 4.1.8; 13-17; I. 4.2pr.-2; I. 4.3.9; 11; 13; 16; I. 4.4.2-4; 10; 12; I. 4.5.1-3.

l'impressione che «chi discorre di obbligazioni a poco a poco e senza accorgersene discorre di azioni».³⁰

Del resto, sempre ad elementi testuali sparsi all'interno dello stesso manuale imperiale, anziché ad una preesistente elaborazione concettuale o a spunti offerti da fonti ulteriori, può ricondursi anche la correlata raffigurazione delle obbligazioni quali 'madri delle azioni', che Teofilo adduce a fondamento della più ampia spiegazione sistematica ("infatti le obbligazioni sono le madri delle azioni"). Al riguardo, è ricorrente il richiamo, quale possibile radice di questa raffigurazione,

³⁰ Alcuni studiosi d'età moderna hanno criticato la notazione di Teofilo osservando che anche i diritti reali producono azioni e dunque, anche questi si sarebbero potuti riferire al settore delle *actiones*: cfr., ad es., ZOESIUS, *Commentarius ad Institutionum juris civilis libros IV*, Venetiis 1757, 329 («eadem ratione & dominium ad actiones pertinere dicendum esset, quod si t mater actionis realis»); VINNIUS, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius*, Venetiis 1783, 79 («Hoc autem falsum esse, vel ex uno loco apparet, quod ista consideratione non magis obligatio ad actiones pertinet, quam dominium, quam cetera in rem jura, quam ipsum jus personae: quippe quae & ipsa singula suas actiones habent»); HUBERUS, *Praelectionum Juris civilis tomi III secundum Institutiones et Digesta Justiniani*, Lipsiae 1735, 279 («Sed Thephilus quid sibi vult? [...] Atqui illa ratione Theophilus etiam dominium ut matrem actionis in rem, ad tertium juris obiectum referre posset»). L'obiezione è troppo astratta e fuori misura, giacché trascura i dati testuali che si sono fin qui segnalati e che Teofilo aveva direttamente presenti, e in particolare il coordinamento tra i costanti riferimenti al risolto processuale delle ἐνοχαί, da un lato, e l'assenza di cenni alle azioni nei titoli concernenti diritti reali, dall'altro.

Mette appena conto notare, poi, che l'intera documentazione qui raccolta, ivi incluso il coordinamento appena richiamato, rende inaccettabile l'interpretazione ultimamente sostenuta da S. SCHIPANI, *Obligaciones e sistematica: cenni sul ruolo ordinante della categoria, Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista*. Atti Giornata in onore del Professore Lelio Lantella 2013 (a cura di S. Masuelli - L. Zandrino), Napoli - Edizioni scientifiche italiane 2014, 154, secondo cui Teofilo avrebbe implicitamente criticato la "proposta di accorpamento" delle obbligazioni nella terza parte. Questa singolare lettura, del resto, si fonda esclusivamente sulla constatazione che in PT. 4.6.1 "si sottolinea" che nelle azioni *in personam* il convenuto è obbligato, mentre in quelle *in rem* non è obbligato, il che mostrerebbe che veniva «percepita la difficoltà di considerare le obbligazioni 'madri delle azioni'» (e cioè, a sua volta, sarebbe riscontro dell'esistenza di "discussioni" al riguardo); senonché, non di personale sottolineatura da parte di Teofilo si tratta, bensì di mera traduzione delle parole '*nullo iure obligatus est*' di I. 4.6.1 (il testo è trascritto *supra*, in nt. 12).

all'affermazione di Paolo conservata in D. 3.3.42.2 (Paul. 8 *ad ed.*) '*Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit*', che Accursio aveva addotta nel formulare la medesima giustificazione "*quia obligatio mater est actionis*".³¹ Per parte mia, se proprio si volesse optare per una sollecitazione testuale in chiave di 'partorire' e 'nascere' proveniente dall'esterno, riterrei maggiormente probabile un influsso esercitato da un testo di ben più ampio respiro teorico-sistematico rispetto alla circoscritta e specifica notazione paolina, e che doveva essere assai noto nella cultura giuridica già precedente alla Compilazione: mi riferisco al celebre squarcio del commento edittale di Ulpiano sulle *conventiones iuris gentium* (D.2.14.7pr.-2, Ulp. 4 *ad ed.*), nel quale, com'è risaputo, si dice (due volte) che alcune *conventiones* '*pariunt actiones*' e si afferma, al culmine di un discorso incentrato sui cd. contratti innominati, che una determinata operazione costituisce un *συνάλλαγμα*, dal quale '*nascitur*' l'*actio* (*praescriptis verbis*). Tuttavia, ritengo senz'altro preferibile intendere la raffigurazione teofilina, anziché come riscontro di una consapevole concettualizzazione preesistente, come prodotto di un'influenza esercitata dall'uso di '*nascitur*' e '*nascuntur*' in alcuni passaggi delle stesse Istituzioni riguardanti la materia delle obbligazioni (I. 3.14pr.; 3.21; 3.26pr.; 3.27.1), tra i quali, si badi, proprio il testo che immediatamente seguiva il breve titolo introduttivo sulle obbligazioni: '*Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. [...]. ex eo contractu nascitur actio quae vocatur condictio*' (I. 3.14pr.).

Abstract

The contribution deals with the origin of the particular place assigned in the Paraphrase of Theophilos to Obligations in relation to the Institutional System '*personae-res-actiones*'. The Author suggests that the displacement of Obligations from the field of the *res* to the field of the *actiones* and the representation of Obligations as "mothers of actions", instead of deriving from an existing idea of Theophilos or

³¹ Cfr., da ultimo, TONDO, *Appunti cit.* (nt. 8), 650.

from a general byzantine view, is influenced by some passages of the Justinian's Institutions.

Keywords

Obbligazioni – sistema – *res incorporales* – Parafrasi di Teofilo – Istituzioni di Gaio e di Giustiniano.

INDICE DEL VOLUME

Cosimo Cascione Su D. 5.1.48 (Paul. 2 resp.)	5
Amelia Castresana Un relato corto. El olor de la ley en la ciudad	37
Alfonso Castro Sáenz Al alba de las escuelas: Casianos y Sabinianos	63
Pietro Cerami Note sulla struttura formale dell' <i>adrogatio per populum</i>	85
Emmanuelle Chevreau Alcune considerazioni sui rapporti tra etimologia giuridica e <i>regula iuris</i>	111
Tiziana J. Chiusi Die Verrechtlichung des Uneigennutzes. Ein historischer Abriß zur Schenkung aus der Perspektive des BGB	131
Giovanna Coppola Bisazza La donna nella legislazione augustea. Profili giuridici e risvolti ideologici	165
Felice Costabile Il <i>legatum ex testamento</i> di Cecilio Cilone ai <i>municipes</i> di Como	209
Salvatore Antonio Cristaldi “ <i>Si pater ter filium venum duit...</i> ”. L’alienazione del figlio nella previsione decemvirale	247

Maria Floriana Corsi

L'uccisione del *fur nocturnus* e *diurnus qui se telo defendit*
tra norma e *interpretatio* 305

Tommaso dalla Massara

Esercizio della giurisdizione ordinaria ed emanazione
del lodo: un piano di possibile integrazione
che emerge da D. 44.4.4.3 (Ulp. 76 *ad ed.*) 321

Laura d'Amati

Brevi riflessioni in tema di *res communes omnium*
e *litus maris* 333

Lucetta Desanti

La nave e la *scapha* 365

Nunzia Donadio

Vendita della *praeda* e *bonorum sectio* 381

644

Elio Dovere

'Mercato' funerario e politica del consenso:
il *pragmaticum* in C. 1.2.18 447

Francisco Eugenio y Díaz

Possessio: res, factum, ius 473

Giuseppe Falcone

Sull'inquadramento sistematico delle obbligazioni
nella Parafrasi di Teofilo (e nelle Istituzioni giustinianee) 503

Iole Fargnoli

Vietato indossare il velo.
A proposito dell'editto religioso dell'imperatore Decio 523

Silvano Faro

Servus non habet personam 541

Francesco Fasolino

Alle origini del principio *in dubio pro reo* 567

Riccardo Fercia

Sul ruolo del senato nell'equiparazione
tra *leges* e *plebiscita* 583

Antonio Fernández de Buján

El abogado en Roma 607