

GIUSEPPE FALCONE

LA DEFINIZIONE DI *OBLIGATIO*,
TRA DIRITTO E MORALE

APPUNTI DIDATTICI



G. Giappichelli Editore

LA DEFINIZIONE DI *OBLIGATIO*,
TRA DIRITTO E MORALE
APPUNTI DIDATTICI

GIUSEPPE FALCONE

LA DEFINIZIONE DI *OBLIGATIO*,
TRA DIRITTO E MORALE

APPUNTI DIDATTICI



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2017 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1134-9

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

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

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Avvertenza</i>	VII
1. Il testo e la sua interpretazione tradizionale	1
2. Una diversa proposta interpretativa	6
3. Inst. 2.23.1 sulla storia dei fedecommissi e la paternità gaiana della definizione	8
4. Inst. 2.23.1: ' <i>vinculum iuris</i> ' e <i>officium</i>	18
5. Il dualismo <i>creditum-beneficium</i> : coercibilità processuale e sollecitazione delle virtù <i>fides</i> e <i>pudor</i>	25
6. L' <i>officium</i> come doverosità morale	34
7.1. Il significato della definizione: ' <i>iuris vinculum</i> ' e ' <i>necessitas solvendae rei</i> '	45
7.2. Continua: ' <i>alicuius solvendae rei</i> '	57
7.3. Continua: ' <i>secundum nostrae civitatis iura</i> '	64
8. La tecnica di una <i>de-finitio</i>	81
9.1. La trattazione sulle <i>obligationes</i> nelle <i>Institutiones</i> di Gaio e l'assenza della definizione	88
9.2. Continua: le <i>obligationes</i> come <i>res incorporales</i> , elementi del patrimonio del creditore	92
10.1. La definizione nel contesto delle <i>Res cottidianae</i> : innovazioni sistematiche in materia di <i>obligationes</i>	102
10.2. Continua: Gaio e le <i>obligationes re contractae</i>	117
10.3. Continua: contratti reali, <i>fides</i> , <i>officium</i>	125
10.4. Riepilogo	136
11. <i>Officium</i> e morale nella riflessione dei giuristi in tema di rapporti obbligatori	138
12. L'Umanesimo giuridico e il destino della definizione	149

Avvertenza

I contenuti di queste pagine in parte riprendono, in veste didattica, riflessioni che avevo affidato, quasi tre lustri fa, al libro “*Obligatio est iuris vinculum*” (2003). Studi che ho in seguito compiuti su taluni aspetti di fondo delle *Institutiones* di Gaio e della trattazione gaiana in tema di obbligazioni, sulla presenza di ascendenze culturali nelle elaborazioni dei giuristi classici (anche in materia di rapporti obbligatori), nonché su coinvolgimenti della dimensione morale nella costruzione, rappresentazione e interpretazione di istituti e modelli giuridici, hanno progressivamente rinsaldato la prospettiva in cui quelle riflessioni si muovevano e mi fanno adesso apparire riconoscibile con ancor maggiore nettezza il senso dell’operazione definitoria sulla figura dell’*obligatio* nello sfondo dei rapporti tra diritto e morale.

La destinazione didattica di questi *Appunti* mi ha indotto a riservare lo spazio delle note primariamente al dettato delle fonti, per assecondare la fondamentale esigenza – che, del resto, non dovrebbe essere propria soltanto di un discorso rivolto a studenti – di lasciar parlare il più possibile direttamente i testi antichi. La menzione, qua e là, anche dei suddetti studi ha lo scopo di agevolare coloro che volessero approfondire singole questioni solamente accennate nel testo o singoli passaggi argomentativi; d’altra parte, rapidi confronti con prese di posizione altrui apparse successivamente al libro del 2003 ho aggiunto là, dove mi è sembrato che, tramite essi, emergano e si definiscano meglio i contorni di una mia interpretazione.

1. *Il testo e la sua interpretazione tradizionale*

Le Istituzioni di Giustiniano hanno conservato, in apertura della trattazione “Sulle obbligazioni” (*De obligationibus*), un enunciato generale in materia di *obligatio* che ha costantemente costituito, nella nostra cultura giuridica, la base e l’elemento di confronto per le elaborazioni dogmatiche sulla figura dell’obbligazione. Il testo (Inst. 3.13pr.) – una delle più celebri formulazioni giuridiche romane – recita:

‘Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura’.

Pur se ogni traduzione è frutto di interpretazione e pur se le ragioni della traduzione-interpretazione che propongo potranno essere apprezzate solo al termine dell’intera analisi, per esigenze di chiarezza anticipo fin d’ora la mia versione del dettato latino:

«L’obbligazione è un vincolo di natura giuridica, in base al quale siamo costretti dalla “*necessitas* di adempiere” ad una determinata prestazione, conformemente agli istituti giuridici del nostro ordinamento positivo».

La struttura del testo, se da un lato suscita una immediata impressione di eleganza e di composta linearità, dall’altro lato pone alcuni interrogativi che stimolano una riflessione appositiva, di ampio respiro.

Anzitutto, il suo autore ha insistito particolarmente sul profilo della soggezione e della necessità – espresso dai termini *‘vinculum’*, *‘necessitate’* e *‘adstringimur’* –, mentre passa rapidamente sopra i contenuti del vincolo, limitandosi ad accennare al compimento di una determinata prestazione (*‘alicuius solvendae rei’*): come si spiega questo

notevole squilibrio tra le due informazioni? Ancora, tra gli enunciati giuridici a noi pervenuti soltanto questo si conclude con un riferimento alla conformità agli istituti giuridici della *civitas* (*secundum nostrae civitatis iura*): costituisce, questa circostanza, un dato irrilevante nell'ambito del complessivo dettato o invece siffatta chiusura ha una puntuale ragion d'essere, che può contribuire a far rintracciare l'autentica portata e l'autentico valore dell'intera formulazione? E infine, l'enunciato si trova ricompreso tra due espliciti riferimenti al *ius*, giacché, oltre a concludersi, come si è appena accennato, con il termine *'iura'*, si apre con le parole *'iuris vinculum'*: l'enfatizzazione del 'giuridico', che risulta da questi due margini del testo, è un semplice caso, ovvero costituisce una consapevole scelta del suo autore, avente una precisa funzione strategica nella complessiva operazione concettuale?

Questi tre interrogativi si legano, tutti, alla vera questione di fondo: quali siano, cioè, il senso e la portata complessivi del testo.

Una ininterrotta tradizione di studi, dai primi commentatori bizantini delle *Institutiones* giustinianee alla scienza giuridica occidentale d'età medievale e moderna, fino alla romanistica e alla civilistica dei nostri tempi, ha inteso il testo come una definizione diretta a fissare in termini generali il concetto di obbligazione. Proprio questa consolidata lettura ha contribuito non poco all'emersione, a partire all'incirca dagli inizi del XX secolo, di un atteggiamento degli studiosi in varia misura svalutativo del testo, dopo secoli di costante *reverentia*. Nel corso, infatti, di ripetuti approfondimenti critici sull'enunciato – stimolati da una subentrata considerazione dello stesso non più in chiave 'atemporale', come nella tradizione medievale e moderna, bensì quale prodotto storico¹ – è stata formulata una serie di rilievi contro la sua riuscita e la

¹In una con il generale affermarsi, sul finire dell'Ottocento, di uno studio meramente storico delle fonti giuridiche romane. Ma l'attenzione critica sul nostro testo è stata, al contempo, determinata anche dallo svolgimento di un intenso travaglio scientifico, a partire da Savigny, sul concetto e in seguito anche sulla storia dell'obbligazione (*infra*, § 12); nonché dall'apparizione, ai primi del Novecento, di una fondamentale ricerca di Contardo Ferrini sull'individuazione delle fonti utilizzate dai compilatori del manuale imperiale (*Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR* 13, 1901, 101 ss. = *Opere*, Milano 1929, II, 307 ss.).

sua efficacia, collegati in ultima analisi, appunto, alla convinzione (meglio: alla precomprensione) che esso abbia mirato a descrivere distesamente in cosa consiste l'obbligazione. Rapportato a questa aspettativa di esauriente e puntuale descrizione, il testo è apparso per più versi insoddisfacente.

Così, la chiusura '*secundum nostrae civitatis iura*' è apparsa banale, superflua e imbarazzante, in considerazione del fatto che per ogni istituto, e non solo per l'*obligatio*, si potrebbe invocare l'esigenza di una conformità all'ordinamento giuridico: onde non si capirebbe per qual motivo solo questa definizione si concludeva con un cenno ad essa².

Parimenti, segno di scarso valore scientifico sarebbe l'abbinamento '*necessitate adstringimur*'. È infatti assai diffusa (credo, anche al di là delle formulazioni esplicite qua e là apparse) l'idea che il termine '*necessitate*' sia direttamente collegato al verbo '*adstringimur*', quasi a mo' di aggiunta avverbiale, il che ha portato finanche a traduzioni del tipo "siamo di necessità costretti", "siamo necessariamente costretti". Con la conseguenza che, nella migliore delle ipotesi, si è deplorato un deludente pleonasma, dato che il verbo già da solo esprime bastevolmente l'idea della costrizione; ma si è anche ritenuto, in un denso studio che ha inaugurato le ricerche specifiche sulla definizione, che codesta (pretesa) coppia terminologica insisterebbe sulla coercizione non richiamando lo specifico strumento (l'*actio in personam*) in forza del quale il debitore si trova costretto ad adempiere e con ciò mostrando che l'autore della definizione, anziché la nozione classica dell'*obligatio*, avrebbe, piuttosto, scolpito la situazione di assoggetta-

² Cfr., ad es., le limpide parole di B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, III, 1956, 335: «L'ultima frase della definizione (*secundum nostrae civitatis iura*), che vorrebbe indicare la conformità al diritto positivo, appare superflua, giacché tale conformità è implicita in ogni istituto giuridico, tanto che nessuna definizione romana la mette in evidenza». Di superfluità e banalità parlava già E. ALBERTARIO, *Le definizioni dell'obbligazione romana*, in *Scritti giuridici*, III, 1936, 15, traendone argomento contro la classicità: «Quando ci imbattiamo in altre [...] definizioni, perché il '*secundum nostrae civitatis iura*' non ci si presenta più? Che diremmo se alla definizione dell'usufrutto, per esempio, che Paolo ci tramanda [...] trovassimo appiccicato '*secundum nostrae civitatis iura*'? Noi grideremmo alla banalità dell'aggiunta: e perché allora diversamente giudicarla, quando la troviamo nella definizione dell'obbligazione?».

mento e di costrizione propria dell'*obligatio* primitiva³.

Infine – ed è l'accusa più grave – con riguardo all'espressione '*alicuius solvendae rei*', si è affermato che, ove la locuzione '*solvere rem*' debba intendersi, assumendo '*res*' in senso materiale, come allusiva all'adempimento delle sole obbligazioni aventi ad oggetto la consegna di una cosa (*res*), ne risulterebbe una definizione di obbligazione troppo circoscritta; ove, invece, assumendo '*res*' nel senso di "comportamento", "affare" e simili, si attribuisca alla locuzione una portata onnicomprensiva, essa determinerebbe un enunciato troppo generico e inidoneo a qualificare l'obbligazione.

A quest'ultimo proposito, peraltro, il testo è stato penalizzato dal confronto con un altro celebre enunciato generale in tema di obbligazioni, anch'esso costantemente posto tra le fundamenta dogmatiche, e non solo dai romanisti, in sede di messa a fuoco concettuale dell'istituto dell'obbligazione. Si tratta di una notazione del giurista Paolo, diretta ad enucleare la *substantia obligationum*, vale a dire l'«essenza» delle *obligationes*, quel che caratterizza costantemente l'istituto a prescindere dalle specifiche figure:

D. 44.7.3pr. (Paul. 2 *institutionum*). *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.*

«L'essenza delle obbligazioni non consiste nel fatto che essa rende nostra una cosa corporale o una servitù, bensì nel fatto che costringe qualcuno nei nostri confronti a dare o fare o assicurare alcunché».

Paolo distingue l'essenza di un atto con effetto obbligatorio rispetto

³A. MARCHI, *Le definizioni romane dell'obbligazione*, in *BIDR* 29, 1916, 44. Secondo questo studioso, la definizione adeguata all'esperienza giuridica classica e giustiniana sarebbe stata: '*obligatio est iuris vinculum alicuius solvendae rei*' (p. 60). Con il che, si eliminava dall'enunciato proprio l'elemento-chiave, la *necessitas (solvendae rei)*, idoneo a contraddistinguere l'*obligatio*: cfr. *infra*, § 7.1.

a quella di un atto avente effetto reale⁴; e indica in modo puntuale la gamma dei possibili contenuti dell'effetto obbligatorio, e cioè della 'costrizione' ('*obstringat*') del debitore, attraverso l'elencazione '*dare*', '*facere*', '*praestare*'. Ebbene, questa completezza e precisione fa risaltare in modo ancor più netto l'assoluta genericità del riferimento '*solvere aliquam rem*' dell'enunciato conservato in Inst. 3.13pr.

Ora, la grave critica alla quale accennavo, imperniata appunto su tale genericità, è quella secondo cui l'autore di questo enunciato non sarebbe riuscito a distinguere l'*obligatio* rispetto alla generalità dei doveri giuridici. Si è infatti sostenuto che il testo andrebbe inteso come se dicesse che l'obbligazione è "un vincolo giuridico in forza del quale *siamo tenuti di fronte ad altri a un determinato contegno*" e che, in tal modo, ad esser definito sarebbe un concetto assai più generale, quello del dovere giuridico: la definizione «si adatta così all'obbligazione del compratore di pagare il prezzo come all'obbligo della fedeltà coniugale, così all'obbligazione del mutuatario di restituire la somma presa a prestito come all'obbligo di rispettare la cosa e la donna d'altri»⁵.

Aggiungasi, infine, che le aspettative legate alla tradizionale considerazione dell'enunciato quale compiuta definizione dell'*obligatio* e le conseguenti, presunte criticità fin qui richiamate hanno finito per in-

⁴ Questa lettura appare più convincente rispetto a quella, anch'essa presente in dottrina, che intende il discorso di Paolo in termini di contrapposizione tra rapporti obbligatori e diritti reali. In favore di un riferimento all'atto obbligante risulta, infatti, persuasivo il rilievo a suo tempo formulato da A. MARCHI, *Le definizioni romane dell'obbligazione*, cit. 10: «Il testo dice che le obbligazioni non ci fanno acquistare il diritto di servitù; 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». Sul testo di Paolo cfr. anche *infra*, § 7.2, su ntt. 77-79.

⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Corso di Istituzioni di diritto romano (Diritti reali e di obbligazioni)*, Napoli 1921, 162; *Istituzioni di diritto romano*, XII- Napoli 1954, 284. In un ordine di idee analogo, in tempi recenti, C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti di diritto europeo*, II, Torino 2007, 122 nt. 348, il quale traduce "l'obbligazione è un vincolo giuridico, in forza del quale siamo tenuti ad effettuare una prestazione secondo il diritto positivo". Come si vede, letture come quelle compiute dai due studiosi trascurano del tutto l'elemento testuale della *necessitas*, che invece – lo constateremo più avanti (*infra*, § 7.1) – costituisce indicazione tecnica essenziale ai fini della caratterizzazione dell'*obligatio*.

cidere anche sulla questione della paternità dell'enunciato stesso, che non pochi studiosi hanno ritenuto non potersi attribuire al rigore e alla precisione di un giurista classico: il testo non sarebbe stato tratto, dai compilatori delle Istituzioni, da un'opera giurisprudenziale classica, bensì sarebbe stato mal congegnato o direttamente da uno dei compilatori stessi o da un ignoto maestro di una scuola di diritto postclassica⁶.

2. Una diversa proposta interpretativa

Senonché, è possibile leggere l'enunciato in un altro modo.

Segnatamente, è lecito ipotizzare che l'autore del testo, anziché mirare a descrivere in modo completo in cosa consiste l'*obligatio*, abbia voluto distinguere l'*obligatio* da un'altra figura: in particolare, abbia voluto differenziare il rapporto obbligatorio in senso tecnico-giuridico rispetto ad un vincolo di differente natura, inteso anch'esso come 'obbligante' e tuttavia come non coercibile 'giuridicamente'. In questa prospettiva, peraltro, potremo constatare come l'atteggiamento critico che si è poc'anzi rapidamente richiamato si fonda, oltre che sulla preconcepita considerazione dell'enunciato quale compiuta (ma non riuscita) descrizione dell'obbligazione, sul misconoscimento del valore puntuale che hanno i singoli elementi dell'enun-

⁶ L'atteggiamento critico fin qui brevemente riassunto è penetrato anche presso quella parte della civilistica che, attenta alla dogmatica delle obbligazioni, è stata inevitabilmente portata a confrontarsi con l'enunciato in esame. Ad esempio, si è affermato – su influsso delle critiche di Arangio-Ruiz poc'anzi richiamate – che il testo costituisce «una definizione carente per quanto concerne la individuazione dei veri caratteri differenziali tra *obligatio* e vincoli giuridici di altra natura (ad es. doveri familiari)»: così A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, in F. GALGANO (cur.), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1988, 1 s.; e che esso descrive solo il lato passivo del rapporto ed è così generico da potersi considerare definizione del dovere giuridico e non dell'obbligazione: M. GIORGIANNI, v. '*Obbligazione (dir. priv.)*', in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino 1965, 591; ed è stato perfino riprodotto l'assunto (di Cannata) secondo cui, per le suddette ragioni, il testo costituirebbe una scialba definizione del dovere giuridico coniata dalle scuole orientali del V secolo: U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA-P. ZATTI (cur.), *Trattato di diritto privato*, Milano 1991, 22.

ciato stesso: a partire dal sintagma *'iuris vinculum'*, comunemente inteso come allusione, abbastanza incolore, ad un carattere meramente "ideale" del vincolo in contrapposizione ad un asserito vincolo "personale" ("materiale", "effettivo", etc.) che avrebbe caratterizzato l'*obligatio* primitiva; per proseguire con l'errata convinzione che *'necessitate'* sia da coordinare con il verbo *'adstringimur'*, laddove, com'è evidente, il termine si lega alle parole successive, appartenendo alla locuzione unitaria (e, come vedremo, tecnica) *'necessitas alicuius solvendae rei'*; fino alla chiusura *'secundum nostrae civitatis iura'*, la quale, lungi dall'esser banale, aggiunge un tassello rilevante alla complessiva operazione concettuale.

Questa operazione concettuale – è il caso di precisarlo subito – può senz'altro esser qualificata come 'definizione', ma in accezione diversa rispetto a quella, generalmente adottata in relazione al nostro testo, di esaustiva fissazione degli elementi che connotano l'istituto. Piuttosto, parlando anche io, d'ora in poi, di 'definizione' di *obligatio* (e riproponendo così, del resto, il termine già presente nel titolo di questi *Ap-punti*) mi riferisco ad una 'determinazione dei confini' di una figura o di un istituto, compiuta isolando, ritagliando i contorni, separando, distinguendo rispetto ad un altro istituto o ad un'altra figura per qualche aspetto simile e confondibile: accezione, questa, che corrisponde alla stessa formazione etimologica del verbo *'de-finire'* e del sostantivo *'de-finitio'* e che trova riscontro negli impieghi degli stessi giuristi romani⁷. Un simile intendimento specifico dovette suggerire all'autore il ricorso a quei particolari termini, e non ad altri, e il peculiare 'dosaggio' delle diverse indicazioni: singoli elementi ed assetto complessivo che, in quest'ottica, anziché risultare insoddisfacenti, ci appariranno senz'altro adeguati e pregnanti.

Dalla genesi della definizione, peraltro, questo percorso interpretativo ci condurrà a più ampie prospettive, che riguardano i rapporti tra diritto e morale e la presenza nella riflessione dei giuristi classici – tan-

⁷ Sulle evidenze di questa portata di *'de-finire'*/*'de-finitio'* nelle fonti giurisprudenziali rinvio allo studio di B. ALBANESE, «*Definitio periculosa*». *Un singolare caso di duplex interpretatio*, in *St. in onore di G. Scaduto*, 3, Padova 1970, 321 ss. (ora in *Scritti giuridici*, I, Palermo 1991, 723 ss.)

to in sede teorica quanto in sede interpretativo-applicativa di singoli istituti – di un’attenzione per istanze e profili della dimensione etica accanto all’argomentare più squisitamente tecnico-giuridico. Al contempo, su un diverso piano, l’approfondimento dell’origine e del significato peculiari della definizione costituirà occasione per riflettere sul carattere intrinsecamente storico, oltre che del diritto nei suoi concreti contenuti (istituzioni ed assetti), anche di ogni concettualizzazione dogmatica coniata dalla scienza giuridica nonché della stessa interpretazione di un dettato giuridico.

3. Inst. 2.23.1 sulla storia dei fedecommissi e la paternità gaiana della definizione

Ad innescare, per dir così, l’ipotesi che la definizione abbia mirato a distinguere la doverosità giuridica da un altro tipo di doverosità sono due dati restituiti dalle fonti, che, per quanto evidenti, curiosamente erano rimasti non intercettati dalla tradizione di studi sul testo. Il primo di essi è il dualismo tra ‘*vinculum iuris*’ (la stessa concettualizzazione con cui si apre l’enunciato) e la coppia *fides/pudor* all’interno di un brano giurisprudenziale, conservato anch’esso nelle Istituzioni giustinianee, nel quale è delineata la storia del progressivo riconoscimento giuridico dei fedecommissi:

Inst. 2.23pr. Nunc transeamus ad fideicommissa. Et prius de hereditatibus fideicommissariis videamus. 1. Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia

per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantumque favor eorum factus est, ut etiam praetor proprius crearetur, qui <de> fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium [appellabant] <appellamus>.

«Ora passiamo a trattare dei fedecommissi. E dapprima consideriamo i fedecommissi universali. 1. Dunque, si deve sapere che tutti i tipi di fedecommissi in origine erano instabili, poiché nessuno era costretto contro la propria volontà a compiere la prestazione che gli era stata richiesta: infatti, se (sott.: i disponenti) destinavano eredità o legati in favore di soggetti ai quali giuridicamente non si potevano destinare, rimettevano queste disposizioni alla *fides* di coloro che avevano la capacità giuridica di ricevere per testamento⁸: e per questo sono stati chiamati ‘fedecommissi’, poiché non si reggevano su alcun *vinculum iuris*, bensì solo sul *pudor* di coloro che venivano pregati. Successivamente, per primo l'imperatore Augusto, mosso più volte dal prestigio delle persone coinvolte ovvero a causa del fatto che taluno diceva di esser stato pregato “per la salute” dello stesso Augusto ovvero in conseguenza della grave *perfidia* di alcuni, ordinò ai consoli di intervenire. La qual cosa, poiché appariva giusta ed era gradita al popolo, a poco a poco si trasformò in stabile tutela giurisdizionale: e tanto divenne il favore verso i fedecommissi che fu creato anche un pretore apposito che amministrasse la *iurisdictio* in materia di fedecommissi, che chiamiamo ‘pretore fideicommissario’».

Il contenuto ed il senso del testo sono chiarissimi. Vi è stata una fa-

⁸Verosimilmente, la prassi per cui si incaricava l'erede, con richiesta informale, di provvedere, per il tempo successivo alla morte del disponente, ad attribuire ad altri soggetti l'intera eredità o parti di essa dovette nascere, in età repubblicana, in relazione alla volontà di far pervenire attribuzioni *mortis causa* ai *peregrini*, i quali non potevano essere direttamente beneficiari di testamenti o legati.

se storica iniziale, nella quale i fedecommessi non avevano sicura efficacia (erano *'infirma'*): essi, infatti, non si reggevano su alcun *vinculum iuris* (*'... nullo vinculo iuris ... continebantur'*), giacché il soggetto *rogatus* non poteva essere costretto ad adempiere contro la propria volontà, onde la loro esecuzione dipendeva esclusivamente dal *pudor* del destinatario della richiesta informale, alla cui *fides* il disponente si era rimesso. A questo stato di cose si è posto rimedio attraverso l'escoogitazione di forme di tutela giudiziale extra ordinem della volontà del richiedente sempre più stabili ed apposite (progressivamente: l'*interpositio* dell'*auctoritas* dei consoli; l'affermarsi di una *'adsidua iurisdictio'*; la creazione di un apposito pretore fedecommissario).

Ora, prima di valutare questa complessiva rappresentazione per le implicazioni che se ne possono trarre in ordine al significato della definizione di *obligatio*, è il caso di considerare il brano dal diverso, ma correlato, punto di vista della paternità della definizione stessa.

A questo proposito, occorre preliminarmente escludere (nonostante qualche voce in tal senso) che la definizione sia stata coniata da un compilatore giustiniano. Ciò in ragione di uno specifico dato testuale, e precisamente l'impiego del plurale *'adstringimur'* ("siamo costretti"). Com'è noto, l'intero manuale istituzionale è costruito attraverso un mosaico di testi messi insieme dai tre compilatori (Dorotheo e Teofilo, con riguardo ai testi classici; Triboniano con riguardo alle innovazioni legislative postclassiche e giustiniane apportate al regime classico degli istituti); ma formalmente il manuale è presentato come un unico, lungo discorso concepito e rivolto agli studenti direttamente da Giustiniano, il quale appare nelle vesti di imperatore-docente. Ciò comporta che la prima persona plurale dei verbi ("adottiamo", "acquistiamo", "agiamo", etc.), avrebbe suonato, nel manuale imperiale, come un *plurale maiestatis* riferito allo stesso imperatore-loquente. È per questo che i compilatori che lavoravano sui testi classici (Teofilo e Dorotheo) si sono impegnati a trasformare in costruzioni impersonali l'uso della prima persona plurale, assai frequente nel discorso didattico dei testi istituzionali classici, ogniqualevolta codesto plurale si sarebbe prestato a rappresentare l'imperatore come protagonista di situazioni che non si confacevano alla sua *maiestas*. Stando così le cose,

è impensabile che un compilatore giustiniano avesse per proprio conto inventato una definizione che, in ragione del plurale ‘*adstringimur*’, finiva per raffigurare Giustiniano stesso come un debitore costretto all’adempimento; e per di più, come un debitore sottoposto a un ‘*vinculum*’ e costretto dalla *necessitas*! Piuttosto, deve ritenersi che il compilatore si è trovato di fronte ad un antico testo contenente già la definizione già esistente, con il verbo ‘*adstringimur*’ al plurale; e che questo plurale dovette conservarsi, verosimilmente, per semplice distrazione, alla stessa stregua di altri casi di disattenzione compilatoria qua e là rilevabili nell’intero manuale imperiale⁹.

D’altra parte, l’eventualità, anch’essa qua e là prospettata, di un’origine postclassica della definizione si alimenta esclusivamente dell’insoddisfazione verso i pretesi punti deboli della definizione poc’anzi richiamati (che, però, come abbiamo anticipato, sono insussistenti), mentre risulta priva di specifici indizi¹⁰.

Non può considerarsi indizio attendibile nemmeno la circostanza, ulteriore rispetto ai suddetti, presunti punti deboli, che è stata pur autorevolmente

⁹ Del resto, contro l’origine giustiniana può anche osservarsi, a rincalzo, che l’attribuzione ai compilatori determinerebbe un caso unico all’interno del manuale imperiale, giacché si tratterebbe della sola definizione, tra quelle presenti nelle Istituzioni, ad esser formulata dagli stessi commissari. Costoro, infatti, opportunamente si sono limitati a riportare definizioni già presenti nelle fonti classiche utilizzate. Invero, al tempo di Giustiniano gli studenti, in massima parte grecofoni, non avevano confidenza con la lingua latina e, per questo motivo, una parte fondamentale della lezione universitaria era, dopo la lettura dei testi latini, la loro traduzione in greco da parte del maestro. È ben comprensibile e naturale, di conseguenza, che i compilatori Teofilo e Doroteo – i quali, peraltro, essendo insegnanti di diritto, avevano sperimentato sul campo le difficoltà dei discenti con la lingua latina – si siano astenuti dall’appesantire il manuale inserendovi definizioni latine da loro stessi inventate e abbiano invece, all’occorrenza, aggiunto nel corso della lezione orale definizioni autonomamente formulate nella lingua greca familiare agli studenti (e infatti, la Parafrasi di Teofilo – testo greco che deriva direttamente dalle lezioni che questo compilatore ha svolto sul manuale imperiale – è piena di definizioni congegnate per proprio conto dal professore che non trovano riscontro nel testo delle Istituzioni).

¹⁰ Il rilievo, talvolta formulato, per cui il ricorso a definizioni sarebbe molto più conforme alle tendenze scientifiche dei postclassici che a quelle dei classici, nella sua apodittica genericità lascia il tempo che trova.

addotta in tempi recenti per escludere la riferibilità del dettato ad un'opera classica e che fa leva sul fatto che la definizione non si trova nel titolo 44.7 del Digesto *'De obligationibus et actionibus'* (titolo che si apre, piuttosto, con una partizione in tema di fonti delle obbligazioni: *infra*, § 10.1). Questa mancanza dovrebbe far pensare che la definizione non era contenuta in alcuno dei testi classici che i compilatori del Digesto avevano tra le mani: se costoro avessero avuto a disposizione una definizione, certamente l'avrebbero trascritta in capo al titolo¹¹. Sennonché, l'assenza della definizione potrebbe giustificarsi agevolmente in diversa prospettiva, come conseguenza di questa o quella caratteristica intrinseca dell'enunciato, che avrebbe indotto i compilatori del Digesto ad evitare di trascriverlo. Solo per fare alcuni esempi: a) i compilatori del titolo D. 44.7 potrebbero aver omesso di trascrivere la definizione in quanto essa raffigurava l'*obligatio* dal lato passivo del debitore ("vincolo in base al quale siamo costretti") e risultava pertanto del tutto fuori asse rispetto ai contenuti dell'intero titolo D. 44.7: in questo titolo, infatti, l'*obligatio* e l'*actio* sono assunte dal punto di vista del creditore, che è titolare di un'aspettativa e che dispone di uno strumento per farla valere giudizialmente; b) come alcuni moderni studiosi, anche i compilatori del titolo D. 44.7 potrebbero esser rimasti insoddisfatti dal vago riferimento al "compiere una certa prestazione" (*'solvere aliquam rem'*); c) la locuzione *'solvere aliquam rem'* potrebbe essere apparsa inopportuna (anche?) per la vicina presenza della trattazione sulle *obligationes re contractae* (scarnamente conservata nei frammenti D. 44.7.1.1; 2; 3; 5; 6): in questa trattazione, in effetti, compaiono ripetute allusioni al *'re obligari'* e all'"essere tenuti a restituire la stessa res", e tale circostanza potrebbe aver sconsigliato di trascrivere una definizione che, essendo incentrata su un *'solvere rem'*, correva il rischio di essere intesa come riguardante, appunto, le sole *obligationes re contractae*.

Tuttavia, nemmeno sussistono elementi che possano specificamente confutare una provenienza postclassica (come invece si è visto per la pretesa origine giustiniana). Stando così le cose, diventa decisivo verificare se esistano concrete tracce che possano portare ad un giurista classico. Ebbene, il brano delle Istituzioni sulla storia dei fedecomessi ben si presta a questa esigenza, fornendo, a mio avviso, una prima indicazione preziosa.

Questo brano, con ogni verosimiglianza, è stato tratto dai compilatori giustinianeî dalle *Res cottidianae* di Gaio, opera della piena ma-

¹¹ C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti di diritto europeo*, cit., 122; ma già prima in *Le definizioni romane dell'obligatio*, in *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, Milano 1978, 153.

turità di questo giurista, composta in un momento successivo a quello (intorno al 160 d.C.) a cui risalgono le sue *Institutiones*¹².

La paternità gaiana delle *Res cottidianae* (che nelle *inscriptiones* del Digesto si trova a volte indicata anche come *Aurea* o *libri aureorum*) è a mio avviso da ammettere senz'altro¹³; e in questo senso si sono pronunziati anche i due studiosi che, più di recente, con attenzione apposita si sono soffermati sui contenuti dell'opera¹⁴. Nondimeno, poiché in dottrina fa ancora qua e là capolino l'antica idea che le *Res cottidianae* sarebbero state composte da un ignoto autore d'età postclassica, il quale avrebbe riutilizzato materiali gaiani o avrebbe, più direttamente, rielaborato le stesse *Institutiones*, non sarà male ribadire brevissimamente alcune considerazioni.

Il punto di partenza è costituito dal fatto che disponiamo di due dati assai importanti: 1) la salda attribuzione delle *Res cottidianae* a Gaio sia nelle *inscriptiones* del Digesto sia nell'elenco delle opere classiche utilizzate nel Digesto, redatto dagli stessi compilatori (*Index florentinus*), sia, ancora, nella costituzione introduttiva delle Istituzioni imperiali (cost. *Imperatoriam* § 6); 2) l'evidente fortissima impronta gaiana della scrittura dell'opera. Di fronte a questi due solidi elementi, l'attribuzione a Gaio deve tenersi ferma fino a prova contraria. Ebbene, questa prova non è stata finora fornita. Nessuno degli indizi che sono stati fino ad oggi utilizzati per negare l'attribuzione a Gaio di-

¹²In tempi recenti è stato ipotizzato (A. CENDERELLI, *Il trattato e il manuale*, in *BIDR*, CI-CII, 1998-1999 [pubbl. 2005], 130 ss.) che le *Res cottidianae* altro non sarebbero che i *commentarii ad Quintum Mucium* che lo stesso Gaio richiama in un passo delle sue *Institutiones* (1.188); e che, quindi, le *Res cottidianae* sarebbero state composte anteriormente alle *Institutiones* stesse, anziché successivamente, come da sempre e unanimemente ritenuto. Ma questa suggestiva ricostruzione non può essere accolta. Al di là della mancanza di specifici riscontri, in positivo, dell'ipotizzata identificazione tra *Res cottidianae* e *commentarii ad Quintum Mucium* (mancanza riconosciuta, del resto, dallo stesso Cenderelli), l'idea è ostacolata da un dato che attiene proprio alla trattazione sulle *obligationes*: non è affatto pensabile, invero, che Gaio, dopo avere, nelle *Res cottidianae*, escogitato la tripartizione delle fonti delle obbligazioni e considerato la *solutio indebiti* come una delle *variae causarum figurae* (cfr. *infra*, §§ 10.1-10.2), si fosse poi risolto, in un'opera successiva (le *Institutiones*), a comprimere le fonti delle obbligazioni nella bipartizione 'contractus-delicta' (Gai 3.88), cacciandosi nell'imbarazzo che, com'è noto, la fissazione di questa bipartizione gli ha procurato con riguardo proprio alla *solutio indebiti* (Gai. 3.91: *infra*, § 10.2).

¹³Sulla questione dell'attribuzione di quest'opera a Gaio rinvio a FALCONE, "Obligatio est iuris vinculum", 30 ss.

¹⁴Si tratta di A. CENDERELLI, *Il trattato e il manuale*, cit., 122 ss. e di R. MARTINI, *Gaio e le Res cottidianae*, in *AUPA* 55, 2012, 171 ss., spec. 188.

chiarata dagli stessi commissari giustinianeî è attendibile. Intanto, non di rado è stata trascurata l'esigenza metodologica di tener separate la questione della genuinità di un singolo passo o di una singola parola e la diversa e più ampia questione della classicità dell'intero scritto: non è legittimo desumere automaticamente da una (eventualmente dimostrata) non classicità di un passaggio la non gaianità dell'opera nel suo complesso. In secondo luogo, singole difformità di ordine contenutistico o dogmatico o sistematico tra le *Institutiones* gaiane e le *Res cottidianae* possono ben spiegarsi, anziché in termini di provenienza da due distinti autori, in chiave di diversità di valutazione, di impostazione e di 'taglio' espositivi impressi da uno stesso autore a due propri scritti e/o in chiave di raggiungimento di una diversa maturazione di pensiero in relazione ad un dato istituto o fenomeno da parte dello stesso giurista. Tanto più che le singole informazioni contenute nelle *Institutiones*, come vedremo più avanti (*infra*, §§ 9.1-9.2), si riconducono ad una complessiva, forte peculiarità di approccio espositivo (e non solo in materia di obbligazioni): non sorprende che lo stesso autore abbia ritenuto di non riproporre quella peculiarità in un'altra opera, concepita con respiro e finalità differenti. Il che, in definitiva, significa che il complessivo materiale delle *Institutiones*, prima ancora che potersi sfruttare come pietra di paragone per decretare la genuinità o meno di una indicazione delle *Res cottidianae* o dell'opera stessa, dovrebbe costituire esso stesso specifico oggetto di riflessione con riferimento già alla finalità dell'insegnamento "istituzionale" gaiano: orizzonte tematico sul quale, è ovvio, non è qui il caso di indugiare nemmeno cursoriamente.

In particolare, l'appartenenza del testo alle *Res cottidianae* è sostenibile sulla base del c o n v e r g e r e di alcune indicazioni testuali.

1) Le parole '*et ideo fideicommissa appellata sunt, quia ...*' ("e per questo sono stati chiamati fedecommissi, perché ..."): la correlazione '*et ideo ... quia*' con '*ideo*' in posizione anticipatrice rispetto alla spiegazione (*quia ...*) costituisce, infatti, una costruzione estremamente comune presso il solo Gaio¹⁵, mentre appare assai raramente presso gli altri giuristi.

2) La sequenza di due proposizioni relative con riguardo alla denominazione di un istituto – '*praetor ... q u i <de> fideicommissis ius diceret, q u e m fideicommissarium <appellamus>*' – è una parti-

¹⁵ Ben 42 ricorrenze, di cui 13 riguardano proprio la denominazione di un istituto; l'equivalente forma '*ideo ... quod*' compare 10 volte, di cui 2 in relazione alla designazione di un istituto.

colarità dello stile gaiano, attestata proprio con riguardo alla denominazione di un istituto¹⁶, e, peraltro, anche in due luoghi delle stesse *Res cottidianae*¹⁷.

3) Il tenore formale (oltre che l'articolazione in sé) delle prime due scansioni storiche del racconto: '*... omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse ... Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus ...*'. Soltanto in Gaio, infatti, si incontrano descrizioni storiche congegnate con la stessa articolazione logico-linguistica che leggiamo in Inst. 2.23.1: e cioè, con l'uso del participio '*motus*' per indicare la spinta che ha determinato l'intervento di un *divus imperator*, il quale, correggendo una precedente situazione di inadeguatezza o di iniquità, ha segnato una svolta nella storia di un istituto¹⁸. Per contro, un siffatto impiego del participio '*motus*', relativo ad un intervento normativo imperiale, non si riscontra in alcun testo di altri giuristi.

4) L'espressione '*iussit consulibus auctoritatem ... interponere*'. Invero, nelle fonti giurisprudenziali a noi pervenute un impiego dell'espressione '*auctoritatem interponere*' per indicare un intervento magistratuale che mira a risolvere controversie si trova, oltre che in Inst. 2.23.1, soltanto in un brano delle *Institutiones* di Gaio, e precisamente nell'esordio della trattazione sugli *interdicta* (Gai 4.139:

¹⁶ Gai 1.119 '*... qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens*'; 1.184 '*... alius dabatur, quo auctore legis actio perageretur, qui dicebatur praetorius tutor*'; 1.195a '*... tutorem, a quo manumissa est, qui fiduciarius dicitur*'; 3.10 '*... qui ex duobus fratribus progenerati sunt, quos plerique etiam consobrini vocant*'; 3.110 '*... qui idem stipulatur, quem vulgo adstipulatorem vocamus*'; 4.128 '*... adiectione ..., qua actor adiuvatur, quae dicitur triplicatio*'; 4.170 '*... iudicium comparatum est, quod appellatur fructuarium, quo nomine actor iudicatum solvi satis accipit*'; D.50.16.30.2 (Gai. 7 ad ed. prov.) '*Novalis est terra praecisa, quae anno cessavit, quam Graeci véασiv vocant*'.

¹⁷ D. 44.7.5pr. (Gai. 3 aur.) '*... actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequae invicem experiri possunt ...*'; Inst. 3.13.1 '*(obligationes) praetoriae sunt, quas praetor constituit, quae etiam honorariae vocantur*': la derivazione di questo brano dalle *Res cottidianae* è autonomamente argomentabile: cfr. *infra*, § 10.1 nt. 137).

¹⁸ Cfr. Gai 1.84; 85; 3.72 e 74.

‘*praetor aut proconsul auctoritatem suam finiendis controversiis interponit*’: «il pretore o il proconsole interpone la propria *auctoritas* per porre termine alle controversie») ¹⁹.

Ebbene, la presenza in questo brano di provenienza gaiana del sintagma ‘*vinculum iuris*’, che determina una coincidenza terminologico-concettuale con la definizione su un elemento così importante quale il tratto iniziale ‘*obligatio est iuris vinculum*’, apre la strada all’ipotesi che a formulare la definizione sia stato proprio Gaio. Tanto più, poi, che lo stesso Gaio, in due luoghi delle sue *Institutiones*, espressamente parlava di ‘*obligare*’ con riguardo ai fedecommissi (ovviamente, nel loro assetto compiuto d’età classica):

Gai 2.184 ... *nobis permissum est, ut eum per fideicommissum obligemus, ut hereditatem nostram totam vel ex parte restituat* ...

«... ci è stato consentito di obbligarlo attraverso un fedecommisso a restituire tutta o in parte la nostra eredità»;

Gai 2.277 ... *Titius heredem suum obligatum relinquit de fideicommissio restituendo*.

¹⁹ Ai quattro elementi indicati aggiungasi la circostanza che il testo presenta particolari dati sintattici e lessicali che non sono estranei allo stile delle *Institutiones* gaiane. Così è per la costruzione di un discorso tramite l’inserimento di una proposizione ipotetica dopo una proposizione relativa iniziale, del tipo ‘*quibus non poterant hereditates relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum* rell.’ (cfr., infatti: Gai 1.153 ‘*quae vero angustam habet optionem, si dumtaxat semel data est optio, amplius quam semel optare non potest*’; 2.38 ‘*quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo ... efficere possum*’; 2.59 ‘*qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere*’; 3.169 ‘*quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri ...*’). Così è, inoltre, per l’impiego del verbo plurale privo di soggetto, in relazione a descrizioni relative ad epoche storiche più antiche (come il ‘*si relinquebant*’ del nostro testo): cfr., infatti, Gai 4.16 ‘*maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent*’. Così è, infine, per l’uso della qualifica ‘*proprius*’ (‘*praetor proprius crearetur*’) nel senso di ‘specifico’, ‘apposito’: cfr., infatti, Gai 3.33; 54 (*commentarius*); 127; 186; 187; 209 (*actio*); 4.169 (*iudicium*).

«... Tizio lascia il proprio erede obbligato a restituire l'oggetto del fedecommesso».

È lecito ipotizzare che questo giurista, come affermava (nelle *Res cottidianae*) che i fedecommissi delle origini, privi ancora di tutela processuale e cioè sprovvisti di natura obbligatoria, si caratterizzavano per l'assenza di un *vinculum iuris*, e come parlava (nelle *Institutiones*) di '*obligare*' in relazione ai fedecommissi ormai muniti di azione, così ben poteva rappresentarsi l'*obligatio*, appunto, essa stessa come *iuris vinculum*.

Questa ipotesi di attribuzione a Gaio è rafforzata dal fatto che una impronta linguistico-concettuale gaiana è riconoscibile anche nelle parole finali della definizione '*secundum nostrae civitatis iura*', ove confrontate con l'affermazione di Gai 3.96 '*... singularum civitatum iura requirentes ... intellegere poterimus ...*' («... indagando sui *iura* delle singole comunità giuridiche potremo riconoscere ...») ²⁰.

Che, poi, Gaio abbia formulato la definizione nelle stesse *Res cottidianae* nelle quali egli predicava l'obbligatorietà dei fedecommissi in termini di *vinculum iuris* è suggerito da alcune circostanze – la presenza, in questo scritto, di una “distinzione principale” tra obbligazioni civili e onorarie; la sistematica interna all'opera; taluni dati e caratteri della trattazione sulle *obligationes* – che potremo apprezzare nel prosieguo del nostro esame (*infra*, §§ 10.1-10.4) ²¹.

²⁰ Su questo passo cfr. anche *infra*, § 7.3 su nt. 95.

²¹ L'insieme costituito degli spunti che osserveremo in quell'occasione e dalle indicazioni desunte da Inst. 2.23.1 e Gai 3.96 or ora considerati, a mio avviso, ha un peso maggiore rispetto agli indizi lessicali che alcuni studiosi hanno addotto per attribuire la definizione a Papiniano e che consistono in una certa predilezione di questo giurista per l'immagine del *vinculum*, anche in relazione allo specifico campo delle obbligazioni, e nel fatto che l'impiego, congiunto o separato, dei lessemi '*necessitas*' e '*adstringere*' ricorre, negli scritti di Papiniano, con maggiore frequenza che nelle opere di altri giuristi (per tutti, B. ALBANESE, *Papiniano e la definizione di 'obligatio' in J.3.13pr.*, in *SDHI*, 50, 1984, spec. 173 ss. = *Scritti giuridici II*, 1991, 1663 ss.). Peraltro, già in sé considerati questi indizi lessicali, se rendono senz'altro ammissibile un collegamento con il tenore della definizione, non impongono, però, la deduzione che

4. Inst. 2.23.1: ‘vinculum iuris’ e officium

Consideriamo, adesso, il brano di Inst. 2.23.1 con più diretto riferimento alla questione della portata concettuale della nostra definizione.

In quest’ottica, un primo dato che va messo in rilievo è che l’affermazione secondo cui in origine i fedecommessi “non si reggevano su alcun *vinculum iuris*”, in quanto il destinatario della richiesta non poteva essere costretto processualmente ad adempiere, implica, evidentemente, che Gaio assumeva la concettualizzazione ‘*vinculum iuris*’, in sé presa, come alludente all’esistenza di una coercizione processuale.

Un secondo dato consiste in ciò, che la narrazione storica ivi compiuta è impostata intorno ad una contrapposizione tra codesta coercizione processuale e le virtù *pudor* e *fides*: nel senso che, fino a quando il fedecommesso non fu reso saldo da una vincolatività coercibile giudizialmente (*vinculum iuris*), a far sì che il destinatario della richiesta adempisse era esclusivamente la sollecitazione interiore proveniente dal possesso e dall’incidenza di quelle virtù. È su questo secondo dato che dobbiamo, per il momento, soffermarci.

In particolare, *fides* indica – con varietà di sfumature spesso presenti – affidabilità, fiducia, lealtà, credito; *pudor* è il sentimento

la definizione sia stata coniata da Papiniano: nulla vieta di ipotizzare che Papiniano abbia letto nell’opera di un altro giurista la definizione e ne abbia acquisito i componenti al proprio bagaglio linguistico-concettuale, finendo, poi, per riversarli frequentemente nei propri scritti o quale immediata e istintiva utilizzazione di una terminologia assorbita e divenuta ormai propria o magari, in qualche caso, quale intenzionale riproposizione del dettato della definizione (come potrebbe dirsi per l’affermazione di D.46.3.95.4, secondo cui le *obligationes naturales* “si reggono sul solo vincolo di equità”, ‘*solo vinculo aequitatis sustinentur*’, ove si potesse ricostruire che Papiniano stesse parlando di *obligationes naturales* incoercibili: in tal caso, infatti, saremmo autorizzati a concludere che egli, usando quelle parole, avesse in mente le *obligationes civiles* in quanto dotate di tutela giurisdizionale e, quindi, che il diverso, più completo *vinculum* implicitamente contrapposto al *s o l o vinculum aequitatis* sarebbe stato proprio il *vinculum* della definizione, che, come vedremo, era specificato come ‘*i u r i s vinculum*’ in relazione all’esistenza di una coercizione processuale). Per un analitico richiamo dei suddetti indizi lessicali nonché per il (più agevole) superamento di altre proposte di attribuzione (Fiorentino, Modestino) rinvio a “*Obligatio est iuris vinculum*”, 20 ss.

del ritegno e della vergogna, che induce chi lo possiede a tenere o ad evitare un determinato comportamento (nel nostro caso, ad adempiere alla richiesta fedecommissaria). Ricorrente peraltro è la considerazione di *fides* e *pudor* come valori strettamente connessi tra loro²².

Entrambe le virtù, con le diverse sfumature accennate, sono nella cultura romana strettamente connesse all'osservanza dell'*officium*²³. Questo termine, tanto in relazione ad una astratta idea di 'dovere' quanto in relazione a concreti comportamenti dovuti o appropriati (e perciò attesi)²⁴, chiama in causa una doverosità che non dipende da previsioni dell'ordinamento giuridico positivo e che non è coercibile tramite strumenti dell'ordinamento giuridico positivo.

Mi limito a segnalare alcuni riscontri che, per varie ragioni, appaiono ai nostri fini particolarmente significativi.

Con riferimento all'idea astratta di dovere si consideri il seguente passaggio del '*De finibus bonorum et malorum*' di Cicerone (§§ 2.57-59), che riguarda proprio la medesima fattispecie di una richiesta fedecommissaria di trasferimento di un'eredità alla quale si riferisce il testo delle Istituzioni imperiali:

Cic., fin. 2.57. ... quam multa vero iniuste fieri possunt, quae nemo possit reprehendere! 58. Si te amicus tuus moriens rogaverit, ut hereditatem reddas suae filiae, nec usquam id scripserit [...] nec cuiquam dixerit, quid facies? Tu

²² Cfr., ad es., Cic., *pro Murena* 30; Cic., *Ad familiares* 13.21.2; Horatius, *Carmina* 1.24.6-7; Plinius, *Epistulae* 8.18.7.

²³ Per il collegamento '*officium-fides*' valgono i riscontri di cui si dirà nel testo, in questo stesso paragrafo e nel § 5, con riguardo al dualismo tra *beneficium* e *creditum*. Per il collegamento '*officium-pudor*' si considerino, oltre ai riscontri che verranno indicati nel paragrafo successivo, l'affermazione di Plauto (nel *Trinummus*, v. 697) che ricordarsi del proprio *officium* costituisce l'onore dell'*homo pudicus* e la coppia concettuale '*pudens et officiosus*' che compare in un'epistola ciceroniana (Cic., *Ad familiares* 13.21.2) e nell'orazione *pro Roscio comoedo* dello stesso Cicerone (§ 6.18).

²⁴ Ai fini del nostro discorso possiamo senz'altro prescindere dalla questione dei rapporti tra l'elaborazione romana in tema di *officium* e i modelli teorici offerti dalla filosofia greca; e rinviare direttamente, perciò, su questo punto alle pagine di R. DICK, *A Commentary on Cicero, De Officiis*, Ann Arbor 1996, spec. 1 ss.; 17 ss.

quidem reddes; ipse Epicurus fortasse redderet, ut Sex. Peducaeus, [...] cum doctus, tum omnium vir optimus et iustissimus, cum sciret nemo eum rogatum a C. Plotio [...], ultro ad mulierem venit eique nihil opinanti viri mandatum exposuit hereditatemque reddidit. Sed ego ex te quaero, quoniam idem tu certe fecisses, nonne intellegas eo maiorem vim esse naturae, quod ipsi vos, qui omnia ad vestrum commodum et, ut ipsi dicitis, ad voluptatem referatis, tamen ea faciatis e quibus appareat non voluptatem vos, sed officium sequi, plusque rectam naturam quam rationem pravam valere. 59. Sed nimis multa. Perspicuum est enim, nisi aequitas, fides, iustitia proficiscantur a natura, et si omnia haec ad utilitatem referantur, virum bonum non posse reperiri.

«...Quante ingiustizie potrebbero essere commesse, che nessuno potrebbe scoprire! 58. Se un tuo amico morendo ti avrà pregato di fare avere l'eredità a sua figlia, e non lo avrà scritto in alcun testo né lo avrà detto ad alcuno, tu che farai? Tu certamente gliela farai avere; forse gliela farebbe avere lo stesso Epicuro, come fece Sesto Peduceo, uomo colto nonché *optimus* e *iustissimus* fra tutti, il quale, benché nessuno sapesse che Gaio Plozio lo aveva pregato, si presentò spontaneamente alla moglie e a costei, del tutto ignorando, comunicò l'incarico avuto dal marito e fece avere l'eredità. Ma io ti chiedo, dato che tu certamente avresti fatto lo stesso, se non ti rendi conto che la forza della *natura* è tanto maggiore dal momento che voi stessi (: epicurei), che pur rapportate tutto all'interesse e, come voi stessi dite, al piacere, nondimeno compite certe azioni dalle quali risulta che seguite non il piacere bensì l'*officium* e che un'indole retta vale più di una dottrina perversa. 59. [...] Ma già si è detto troppo. Infatti è ormai palese che se l'*aequitas*, la *fides*, la *iustitia* non discendono dalla *natura* e se tutti questi valori vengono riferiti all'interesse dei singoli, non è possibile trovare un *vir bonus*».

Che in questo brano '*officium*' indichi l'idea e il valore del dovere in

sé è mostrato dalla contrapposizione instaurata con un altro concetto astratto quale il 'piacere' (*voluptas*) nell'affermazione "risulta che seguite non il piacere bensì l'*officium*". Il discorso è compiuto nel quadro di una polemica con la visione epicurea delle *virtutes* e dell'*honestum*, e mira a dimostrare, specificamente, che la *iustitia* è da perseguire per sé, in quanto rispondente alla *natura*, e non in vista di eventuali vantaggi che ne possono derivare o per il timore di essere scoperti e sanzionati: per questa ragione Cicerone, nel riferire l'episodio di Sesto Peduceo, sottolinea la circostanza che costui ha adempiuto alla richiesta di trasferire l'eredità pur se l'esistenza stessa della richiesta era nota a lui solo (non era stata scritta in alcun testo né era stata comunicata ad altri, così come ne era all'oscuro la stessa beneficiaria, moglie del richiedente). Già questo contesto e questa finalità specifici del racconto attestano il collegamento tra l'*officium* e un valore meta-positivo quale la *iustitia*. Ma nello stesso senso depone il fatto che Sesto Peduceo, e cioè colui che ha seguito l'*officium* adempiendo alla richiesta fideicommissaria, è indicato come '*iustissimus*' e come '*vir optimus*': quest'ultima qualificazione, infatti, è intensiva di '*vir bonus*', e il *vir bonus* è espressamente raffigurato, in questo stesso contesto (§ 59), quale soggetto che coltiva valori come l'*aequitas*, la *iustitia*, la *fides*²⁵.

L'idea del dovere in generale (o forse, con leggero slittamento, dell'osservanza del dovere) viene in questione anche nella seguente, celebre affermazione del *De re publica* ciceroniano (3.33): «La vera legge è la retta ragione, conforme alla natura, presente presso tutti gli uomini, immutabile, eterna, che chiama all'*officium* ordinando, distoglie dalla frode vietando» (*Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnis, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat*). Anche questo testo costituisce un riscontro del collegamento tra *officium* e *fides*: collegamento che è mostrato dal contrappunto tra "chiamare all'*officium*" e "distogliere dalla *fraus*", dal momento che la *fraus* evoca, o indica senz'altro, la violazione della *fides* e di qui anche, direttamente, l'opposto della *fides*.

Con riguardo ad '*officium*' nel senso più concreto di condotta do-

²⁵ Su questa tradizionale raffigurazione del *vir bonus* cfr. *infra*, § 6, su ntt. 49-57.

vuta (o doverosa), mette conto richiamare la seguente testimonianza di Seneca, preziosa in quanto appositamente e in modo esplicito vi si contrappone la sfera dell'*officium* alla sfera del *ius*:

Sen., *de ira* 2.28.1. *Si uolumus aequi rerum omnium iudices esse, hoc primum nobis persuadeamus, neminem nostrum esse sine culpa. [...] 2. Quis est iste qui se profitetur omnibus legibus innocentem? Vt hoc ita sit, quam angusta innocentia est ad legem bonum esse! Quanto latius officiorum patet quam iuris regula! Quam multa pietas humanitas liberalitas iustitia fides exigunt, quae omnia extra publicas tabulas sunt!*

«Se vogliamo essere giudici giusti di tutte le situazioni, in primo luogo dobbiamo convincerci che nessuno di noi è senza colpa. [...] 2. Chi è costui, che si professa innocente davanti a tutte le leggi? Ed ammesso che sia così, che innocenza limitata è l'esser buoni a norma di legge! Quanto è più estesa la regola dei doveri di quella del diritto! Quanti comportamenti impongono la pietà, l'umanità, la liberalità, la giustizia, la lealtà, tutte cose che restano fuori dalle leggi dello Stato (dalle prescrizioni legislative)!».

Seneca contrappone tra loro la '*regula officiorum*' e la '*regula iuris*', assumendo '*regula*', al contempo, come indicazione prescrittiva e come criterio in base al quale valutare e giudicare l'agire del singolo ²⁶.

²⁶ Per altri riscontri di questo impiego senecano del termine '*regula*' cfr. i seguenti passi: *De beneficiis* (d'ora in poi: *De ben.*) 3.11.3 '*... legem dicimus iusti iniustique regulam esse...*' («... diciamo che la *lex* è la distinzione tra il giusto e l'ingiusto»); *De ben.* 7.2.1-2: '*... sine ulla mora veniat illa turpis honestique distinctio. Sciat nec malum esse ullum nisi turpe nec bonum nisi honestum; hac regula vitae opera distribuat; ad hanc legem et agat cuncta et exigat miserrimosque mortalium iudicet*' («... la distinzione tra il turpe e l'onesto si presenti senza indugio. Sappia [sott. colui che vuol migliorare] che non vi è alcun male se non il turpe né vi è alcun bene se non l'onesto; con questa *regula* diriga le opere della propria vita»); *Epistulae* 95.39: '*Pu-temus aliquem facere quod oportet: non faciet adsidue, non faciet aequaliter; ne-*

In particolare, l'autore sostiene che, se valutiamo le cose secondo il metro degli *officia*, non è detto che possiamo dirci innocenti allo stesso modo in cui lo possiamo dire rispetto al *ius*: infatti, il criterio di valutazione proprio degli *officia* è più rigoroso rispetto al criterio del *ius*, dal momento che valori quali *pietas*, *humanitas*, *liberalitas*, *iustitia*, *fides* esigono comportamenti ulteriori, che restano fuori dalle prescrizioni delle leggi positive. Questa attestazione è notevole per due ragioni. Da un lato, perché conferma che quello degli *officia* è un ambito i cui contenuti discendono dai predetti valori meta-positivi, e non da prescrizioni di un determinato ordinamento giuridico (*leges; publicae tabulae*). Dall'altro lato, e soprattutto, perché assume con nettezza l'ambito degli *officia* (e i suddetti valori) come 'non-giuridico', come 'altro' dal *ius* e come contrapposto ad esso. Peraltro, il fatto che Seneca espone questi concetti e questa contrapposizione tra *regula officiorum* e *regula iuris* con assoluta naturalezza, dandoli cioè per scontati e come immediatamente recepibili dai lettori, mostra che doveva trattarsi di un ordine di idee diffuso: poiché il *De ira* fu composto negli anni '40 del I secolo d.C., ne deriva che, con riguardo almeno al profilo della fonte della doverosità-*officium*, la consapevolezza circa l'opposizione al *ius* doveva essere radicata nella società romana al più tardi già nel corso del I secolo a.C.

Infine, è opportuno richiamare una testimonianza di Aulo Gellio, databile agli anni dell'impero di Antonino Pio (138-161 d.C.), che mostra l'esistenza di una chiara consapevolezza anche in ambiente giurisprudenziale classico della relazione tra l'*officium* e il valore della *fides*. Nel quadro del resoconto di una disputa, alla quale l'autore aveva personalmente assistito, svoltasi tra il giurista Cecilio Africano e il filosofo Favorino in merito alla gravità delle pene previste da alcune

sciet enim quare faciat. Aliqua vel casu vel exercitatione exhibunt recta, sed non erit in manu regula ad quam exigantur, cui credat recta esse quae fecit. Non promittet se talem in perpetuum qui bonus casu est («Supponiamo che un tale agisca com'è opportuno, ma non agirà così in modo costante né uniforme, poiché ignora la ragione in base alla quale agisce. Alcune azioni risulteranno rette per caso o per abitudine, ma non avrà a disposizione una *regula* in base alla quale le azioni vanno commisurate, in base alla quale si convincerà che i comportamenti che ha tenuto sono retti. Non garantirà di esser virtuoso per sempre colui che lo è per caso»).

norme delle XII Tavole, Aulo Gellio riferisce – con parole che, se anche non si voglia pensare che restituiscano alla lettera le battute pronunziate, certamente ne rispecchiano fedelmente i contenuti – che il giurista spiegava la durezza delle sanzioni decemvirali contro il debitore inadempiente (*manus iniectio*; uccisione del debitore ed eventuale spartizione del cadavere) con l'enorme rilievo da sempre attribuito dal *populus Romanus* al valore della *fides* e, dunque, con l'estrema gravità con la quale la violazione della stessa era stata valutata. A tal fine, Africano, cita anzitutto come esempio l'esser stato stabilito che il cliente rimessosi alla *fides* del patrono va considerato come più caro dei parenti e deve essere difeso contro i *cognati* (parenti di sangue) e che non fu ritenuta scelleratezza più grave che aver trascurato un cliente²⁷; quindi, passa a richiamare l'importanza del rispetto della *fides* nel contratto di mutuo (ragion d'essere immediata della gravissima sanzione per il debitore insolvente) tramite la seguente notazione:

Gell., *Noctes Atticae* 20.1.41 *Hanc autem fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt maximeque in pecuniae mutuaticae usu atque commercio ...*

«I nostri antenati sancirono questa *fides* non solo nello scambio degli *officia*, ma anche nei contratti e in particolare nella pratica vicendevoles del prestito a mutuo».

In definitiva, il giurista adduceva l'osservanza dei doveri nei confronti dei clienti quale precipua espressione di *fides*: doveri che – in conformità, del resto, ad un uso terminologico testimoniato anche per i giuristi da fonti ulteriori (*infra*, § 11) – erano richiamati in termini di *officia*.

Dunque, i riscontri fin qui addotti consentono (già) di desumere che nel brano sulla storia dei fedecommissi conservato in Inst. 2.23.1 attraverso il richiamo alla *fides* e al *pudor* viene evocata la prospettiva dell'*officium*.

²⁷ Gell., *Noctes Atticae* 20.1.40 ... *sic clientem in fidem acceptum cariorum haberi quam propinquos tuendumque esse contra cognatos censuit, neque peius ullum facinus existimatum est, quam si qui probaretur clientem diuisui habuisse.*

Ciò significa, in sostanza, che nel brano in questione viene rappresentato un dualismo tra *ius* (*vinculum iuris*) e *officium*.

A differenza, però, della dicotomia senecana poc'anzi considerata tra *'regula iuris'* e *'regula officiorum'*, che era impostata sul tipo di fonte da cui discende il comportamento dovuto (prescrizioni positive e, rispettivamente, valori metapositivi), in questo caso la contrapposizione è imperniata sul tipo di vincolatività: segnatamente, sull'opposizione tra esistenza e mancanza di coercibilità processuale del comportamento atteso.

Ora, la mancanza di strumenti processuali dell'ordinamento giuridico positivo è l'altro profilo che ho indicato più su come peculiare della doverosità dell'*officium*. Ebbene, già prima di Gaio (autore, a mio avviso, del testo conservato in Inst. 2.23.1), questo profilo discriminante tra dimensione giuridica e dimensione dell'*officium* era stato incisivamente espresso, ancora una volta, da Seneca, in alcuni passaggi del suo trattato *De beneficiis* (composto intorno al 60 d.C.), nei quali la doverosità dell'*officium*, sulla quale vegliano la *fides* e il *pudor*, si trova, appunto, contrapposta alla vincolatività nascente da operazioni contrattuali, le quali soltanto sono caratterizzate dalla coercibilità processuale. A questi testi senecani dobbiamo adesso senz'altro rivolgerci: ché la complessiva indicazione che ne vien fuori costituisce il secondo dei due dati, ai quali accennavo in premessa (*supra*, § 2), che sollecitano la lettura dell'enunciato quale *de-finitio* compiuta tra due tipi di doverosità.

5. *Il dualismo creditum-beneficium: coercibilità processuale e sollecitazione delle virtù fides e pudor*

I brani di Seneca che ci apprestiamo ad esaminare si riferiscono alla pratica dei *beneficia*: termine, quest'ultimo, che indica, in senso proprio, le azioni benefiche (favori che possono consistere nel donare qualcosa, nel mettere a disposizione un bene, nel prestare assistenza o dare consigli, nell'intercedere, nel compiere servigi e, in generale, at-

tività a vantaggio di taluno) e, in senso traslato, il loro concreto oggetto.

Lo scambio dei *beneficia* è un fenomeno particolarmente diffuso e caratterizzante sul piano sociale nell'antica Roma, che determina il sorgere, la conservazione o il consolidamento di relazioni tra singoli individui, tra gruppi sociali, all'interno di formazioni *lato sensu* politiche, e che diviene finanche, in epoca imperiale, *instrumentum regni (beneficia principis)*²⁸. Particolarmente significativo è il legame tra la pratica dei *beneficia* e i rapporti di *amicitia*: lo scambio di *beneficia* può far nascere una relazione di *amicitia*²⁹ e, al contempo, costituisce uno dei principali 'doveri' inerenti ad una già esistente relazione di *amicitia*³⁰. Il che già di per sé fa apprezzare l'importanza del fenomeno, sol che si consideri che, notoriamente, l'*amicitia* non rilevava unicamente a livello interiore-sentimentale, bensì aveva anche una spiccata valenza sociale, giuridica, politica³¹.

Uno dei cardini sui quali si regge questa dinamica relazionale è la circostanza che la prestazione di un *beneficium* faceva sorgere, in capo a chi lo riceveva, un dovere (*officium*)³² di "restituire" il *beneficium* stes-

²⁸ Si rinvia, per tutti, a M. BELLINCIONI, *Potere ed etica in Seneca. Clementia e voluntas amica*, Brescia, 1984, spec. 109 ss.; R. RACCANELLI, *L'amicitia nelle commedie di Plauto. Un'indagine antropologica*, Bari 1998, 18 ss.; M. GRIFFIN, *Seneca on Society. A guide to De Beneficiis*, Oxford 2012, spec. 30 ss.

²⁹ Ad es., in un manualetto di campagna elettorale d'età ciceroniana (e di discussa attribuzione allo stesso Cicerone) i *beneficia* appaiono al primo posto tra i diversi elementi dai quali "è opportuno che provenga l'impegno elettorale degli amici" (*Commentariolum petitionis* 16 '... *Amicorum studia beneficiis et officiis et vetustate et facilitate ac iucunditate naturae parta esse oportet* ...'); lo stesso Seneca parla di un "sacratissimo regime dei *beneficia*, dal quale nasce l'*amicitia*" (*De ben.* 2.18.5: '*beneficiorum sacratissimum ius, ex quo amicitia oritur*') e constata che "i *beneficia* generano rapporti di amicizia" (*Epistulae* 19.12 '*beneficia parant amicitias*').

³⁰ Cfr., per tutti, *Rhetorica ad Herennium*, 3.14 '*considerabimus ... qua fide, benivolentia, officio gesserit amicitias*' («considereremo ... con quale *fides*, con quale *benivolentia*, con quale *officium* ha gestito i rapporti di amicizia»).

³¹ Per limitarci ai riflessi in ambito giuridico, si pensi, ad es., alla *fiducia* '*cum amico*', alle manumissioni '*inter amicos*', alla presenza degli *amici* come testimoni in numerosi atti, all'intervento di un *amicus* nel ruolo di garante personale di un credito o in veste di *mancipio accipiens* nelle operazioni di *adoptio* ed *emancipatio*, etc.

³² Per la rappresentazione esplicita in termini di '*officium*' cfr., ad es., Seneca, *De*

so, e cioè di ricambiare, di compiere a sua volta un *beneficium* in favore di colui dal quale egli era stato beneficiato: nelle fonti si parla, per lo più, di *'referre'* (o *'reddere'*) *beneficium* e di *'referre'* (o *'reddere'*) *gratiam*; per il dovere di contraccambiare si parla, conseguentemente, di *'officium reddendi beneficiorum'*, *'officium referendae gratiae'*.

Questo dovere di restituire/ricambiare il *beneficium* era avvertito come particolarmente stringente, al punto che, ad es., Cicerone poteva dichiarare che «nessun *officium* è più necessario del ricambiare un *beneficium*» o che Publilio Syro (anch'egli autore del I sec. a.C.) poteva affermare che «ricevere un *beneficium* significa alienare la libertà»³³. Siffatta percezione, del resto, si riflette nel frequente impiego di un lessico che esprime il forte legame che la prestazione di un *beneficium* determina: *'obstringere'*, *'alligare'*, *'devincire'*, *'vinculum'*; e finanche di una terminologia che appartiene alla rappresentazione dei rapporti obbligatori in senso tecnico: (*'beneficio'*) *obligare/i'*, *'debere'*, *'debitor'*, *'solvere'*³⁴. E tuttavia, si trattava di una doverosità, o se

ben. 1.3.8: oggetto del trattato è l'*'officium dandi, accipiendi, reddendi beneficiorum'*; 2.32.1: l'*accipere* e il *reddere beneficium* sono *partes* di un *officium* (*'Qui accipit [...] beneficium, licet animo benignissimo acceperit, nondum consummavit officium suum; restat enim pars reddendi'*); 1.4.6: obiettivo del trattato è *'memoriam officiorum ingerere'* al fine di evitare che i *'debiti'* di restituzione dei benefici ricevuti vengano cancellati (*'beneficiorum novae tabulae'*); 5.22.1: l'*admonitio*, e cioè la *verecunda* sollecitazione a *reddere* un *beneficium*, mira a *'reducere ad officium'*; 5.25.6 e 7.26.3: l'*'officium inscitiae'*, l'*'ignorantia officiorum'* è una delle possibili cause che determinano la mancata restituzione del *beneficium*; 7.28.1: tra le raccomandazioni conclusive è riflettere bene «se avrai ricambiato, se mai qualche *officium* da parte tua sarà andato perduto, se ti accompagna la memoria dei benefici ricevuti» (*'an ... gratiam rettuleris, an nullum umquam apud te perierit officium, an omnium te beneficiorum memoria comitetur'*).

³³ Rispettivamente, Cic., *De officiis* (d'ora in poi: *De off.*) 1.47 *'nullum officium referenda gratia magis necessarium est* e Publ. Syr. 48 *'beneficium accipere libertatem est vendere'*. Sull'affermazione di Cicerone cfr. appositamente *infra*, § 6 nt. 60.

³⁴ Compio qualche citazione senza pretesa alcuna di completezza. *'Obligare/i'*: Cic., *De off.* 1.58; 2.69; in *Catilinam* 4.22; *Philippicae* 2.116; 13.8; *pro Plancio* 73; *Ad familiares* 6.11.1; 11.16.2; 13.4.2; 13.64.2; *ad Quintum fratrem* 3.1.16; *Commentariolum petitionis* 37; Livius, *Ab urbe condita* 26.49.8; 32.19.7; 32.22.12; 37.53.4; 42.5.3; 42.63.1; Quintilianus, *Declamationes* 259; 342; Plinius, *Epistulae* 4.15.4; Seneca, *De ben.* 1.1.8; 1.4.3; 1.4.5; 1.7.1; 1.14.4; 2.7.2; 2.18.7 e 8; 2.24.4; 3.12.3; 4.13.3; 5.1.4; 5.8.1 e 3; 5.11.5; 5.19.1; 5.18.1; 6.7.2; 6.10.2; 6.11.4; 6.16.1 e 5; 6.23.4; 6.25.1; 6.40.2; 7.18.2;

si preferisce di una 'obbligatorietà', priva di sanzione giuridica, sprovista cioè, più particolarmente, di coercizione processuale.

Di questo stato di cose – che costituiva, certo, un dato acquisito nel sentire comune – una lucida testimonianza è offerta, come accennato, da Seneca nel trattato *De beneficiis*, all'interno del quale si incontra una messa a punto teorica della tradizionale contrapposizione, riscontrabile fin dalle commedie di Plauto (III-II sec. a.C.), tra operazione *beneficium* e operazione contrattuale giuridica³⁵. Di questa dicotomia, espressa per lo più in chiave di contrappunto tra *beneficium* e *creditum*, i profili che qui direttamente rilevano sono i due seguenti, tra loro complementari.

1) Diversamente da quanto avviene nel *creditum*, nel *beneficium* manca la possibilità di richiesta giudiziale di restituzione; anzi, l'esistenza stessa di uno strumento processuale esclude la configurazione e la natura di *beneficium*. Dunque, la restituzione del *beneficium* non può esser chiesta giudizialmente tramite un'*actio*, né dà luogo a pro-

Epistulae 81.17). 'Debere': Cic., *De oratore* 1.121; *Ad familiares* 6.2.2; 8.12.1; 13.27.2; *Commentariolum petitionis* 26; Sen., *De ben.* 1.1.3; 1.15.6; 2.18.3, 6 e 7; 2.35.4; 4.21.1; 4.40.4; 5.8.1 e 3; 5.19.2; 6.4.2 e 6; 6.7.1; 6.8.2; 6.9.3; 7.22.1; *Epistulae* 81.8 e 26. 'Obstringere/obstringi': Cic., *pro Plancio* 2; 72-73; *De off.* 2.65; *De domo* 118; Caesar, *De bello gallico* 1.9.3; Sen., *De ben.* 6.11.3. 'Adligari', 'alligare': Cic., *pro Plancio* 81; Sen., *De ben.* 6.41.2. 'Devincire': Plautus, *Asinaria* 285; Terentius, *Heautontimoroumenos* 394; Caesar, *De bello civili* 1.29.3; Cic., *ad Atticum* 1.13.2; *Ad familiares* 6.11.1; 13.11.3; 13.7.5; 13.27.2; in *Verrem* II.5.82; Livius, *Ab urbe condita* 22.22.11. 'Vinculum': Sen., *De ben.* 6.41.2 ('... *beneficium commune vinculum est et inter se duos alligat*'). 'Solvere': Sen., *De ben.* 4.32.3; 6.4.1; *Epistulae* 81.3.

³⁵ Ad es., Plauto (*Trinummus* 1130 s.) afferma che «ciò che è stato dato come *beneficium* è immediatamente perduto; ciò che è stato dato a titolo di comodato puoi richiederlo indietro quando vuoi» ('*Nam beneficium homini proprium quod datur, prosum perit. / Quod datumst utendum, id repetundi copias, quando velis*'). Cicerone (*pro Plancio* 68) scolpisce la seguente differenza: «Un debito di denaro è diverso da un debito di gratitudine. Infatti, chi adempie alla restituzione del denaro, subito non ha più ciò che ha restituito e chi d'altra parte deve, trattiene una somma altrui; invece, anche colui che adempie al debito di gratitudine, trattiene quest'ultima e chi conserva la gratitudine per il fatto stesso che la conserva adempie» ('*dissimilis est pecuniae debitio et gratiae. Nam qui pecuniam dissolvit, statim non habet id quod reddidit; qui autem debet, is retinet alienum; gratiam autem et qui refert habet, et qui habet in eo ipso quod habet refert*'). Cfr. anche Cic., *De off.* 2.69.

cedure esecutive, bensì è lasciata all'*arbitrium* di coloro che hanno ricevuto il beneficio; con la conseguenza che il *beneficium*, una volta dato, «può anche non essere restituito». Si considerino, ad es., le seguenti affermazioni:

«Viene meno la parte migliore del *beneficium* se è concessa un'azione, come ad es. l'*actio certae (credita) pecuniae* o l'*actio locati* o *conducti*. È infatti peculiare del *beneficium* il fatto che abbiamo dato anche a rischio di perdere (quel che abbiamo dato), poiché abbiamo lasciato tutto all'arbitrio di coloro che ricevono il *beneficium*; se chiamo in tribunale, dinanzi ad un giudice, comincia a non essere più *beneficium*, bensì *creditum*».

«Considera bene a chi attribuisce un *beneficium*: non vi sarà nessuna azione, nessuno strumento di ripetizione. Sbagli, se pensi che ti aiuterà un giudice; nessuna legge ti consentirà una *in integrum restitutio*, considera solo la *fides* dell'accipiente. In questo modo i *beneficia* mantengono la loro autorevolezza e sono mirabili; li rovineresti, se ne facessi materia di controversie giudiziarie»;

«Altro regime è nel *creditum*, altro nel *beneficium*. Si può esigere (processualmente) la restituzione anche di una somma di denaro data incautamente a credito [...]; il *beneficium* (dato incautamente), invece, è tutto e subito perduto»;

«Quando diciamo che non si deve chiedere la restituzione di un *beneficium*, non escludiamo del tutto una richiesta [...] Intervenga talvolta un richiamo (*admonitio*), ma verecondo, che non pretenda né chiami in tribunale»³⁶.

³⁶ Rispettivamente: Sen., *De ben.* 3.7.1 '... *pars optima beneficium perit, si actio sicut certae pecuniae aut ex conducto et locato datur. Hoc enim in illo speciosissimum est, quod dedimus vel perdituri, quod totum permisimus accipientium arbitrio; si appello, si ad iudicem voco, incipit non beneficium esse, sed creditum*'; 3.14.2 'Etiam atque etiam, cui des, considera:

2) Anziché dall'esistenza di uno strumento processuale (come accade per il *creditum*), la restituzione del *beneficium* è sollecitata da una spinta interiore, e precisamente dalla circostanza che il beneficiato coltivi nel proprio animo valori quali la *fides* e il *pudor*, che lo inducano a *reddere*. Si leggano, ad esempio, le seguenti notazioni:

«Sbagli, se pensi che ti aiuterà un giudice; nessuna legge ti consentirà una *in integrum restitutio*, considera solo la *fides* dell'accipiente»;

«È proprio di questo tipo di credito recuperare tanto, quanto viene spontaneamente restituito; d'altra parte, dichiarare fallimento è quanto mai sconcio per il fatto stesso che per liberare la *fides* (sott.: dall'impegno di restituire il *beneficium*) non sono necessarie le ricchezze, bensì l'animo»;

«Ti sembra che possegga *fides* colui che non sa ricambiare il *beneficium*?»;

«La *fides* di alcune persone in vista della restituzione del *beneficium* non viene meno del tutto, bensì langue; sollecitiamola con un richiamo (*admonitio*)»;

«... gli ingrati, che o il *pudor* o un'occasione favorevole o l'imitazione può talvolta far diventare grati ...»;

«Talvolta gli ingrati per qualche ragione possono convincersi a ricambiare il *beneficium*, se il *pudor* li avrà richiamati a ciò»³⁷.

nulla actio erit, nulla repetitio. Erras, si existimas succursurum tibi iudicem; nulla lex te in integrum restituet, solam accipientis fidem spectat. Hoc modo beneficia auctoritatem suam tenent et magna sunt; pollues illa, si materiam litium feceris; 4.39.2: '*... alia condicio est in credito, alia in beneficio. Pecuniae etiam male creditae exactio est ...; beneficium et totum perit et statim*'; 7.23.3: '*Cum dicimus beneficium repeti non oportere, non ex toto repetitionem tollimus [...] Interveniatur aliquando admonitio, sed verecunda, quae non poscat nec in ius vocet*'.

³⁷ Rispettivamente: Sen., *De ben.* 3.14.2 '*Erras, si existimas succursurum tibi iudicem; nulla lex te in integrum restituet, solam accipientis fidem spectat*'; 1.1.3 '*id genus huius crediti est, ex quo tantum recipiendum sit, quantum ultro refer-*

Naturalmente, a sollecitare l'osservanza dell'*officium* di restituzione del *beneficium* non è la virtù-*fides* o la virtù-*pudor* in sé prese, bensì il fatto che il beneficiato coltivi nel proprio animo queste virtù: il fatto, cioè, che la sensibilità e la volontà di costui ne indirizzino i comportamenti secondo i dettami di codeste virtù. È per questo che ho parlato di 'spinta interiore' ad adempiere. In proposito, è il caso di riportare l'esplicita indicazione teorica fornita dallo stesso Seneca:

«Un'azione non sarà retta se non è retta la volontà: da questa infatti deriva l'azione. A sua volta, la volontà non sarà retta se non è retta la disposizione d'animo: da questa infatti deriva la volontà. E infine, la disposizione d'animo non sarà ottima se non avrà recepito le virtù»³⁸.

Del resto, proprio con riguardo alla restituzione dei *beneficia* il profilo dell'interiorità è palese nei luoghi nei quali Seneca parla di '*conscientia*': '*bona*', se si è determinata per l'adempimento dell'*officium reddendae gratiae*, '*mala*' in caso contrario. Così, in *ben.* 3.1.4 egli afferma che un *beneficium* non restituito è rimasto prigioniero '*in mala conscientia*', '*in malis pectoribus*'; e per il caso opposto, l'autore, in un articolato contesto unitario (*De ben.* 4.21.3-6), utilizza ripetutamente come equipollenti e scambievoli i sintagmi '*bona conscientia*', '*voluntas bona*' e '*bona fides*'³⁹. E ancora, è significativo che, come in

tur; decoquere vero foedissimum ob hoc ipsum, quia non opus est ad liberandam fidem facultatibus sed animo; *Epistulae* 81.12 '*An tibi videtur fidem habere, qui referre gratiam nescit?*'; *De ben.* 5.23.1: '*quorundam ad referendam gratiam fides non cessat, sed languet; hanc pervellamus*'; 1.2.4: '*... ingratos [...] quos aut pudor aut occasio aut imitatio aliquando gratos poterit efficere*'; 3.1.4: '*aliquando ad referendam gratiam converti ex aliqua causa possunt (scil.: ingrati), si illos pudor admonuerit*'.

³⁸ Sen., *Epistulae* 95-57: '*Actio recta non erit nisi recta fuerit voluntas; ab hac enim est actio. Rursus voluntas non erit recta nisi habitus animi rectus fuerit; ab hoc enim est voluntas. Habitus porro animi non erit in optimo nisi totius vitae leges perceperit ...*'. Che il sintagma '*leges vitae*' alluda alle virtù risulta palese dalle affermazioni che precedono nei §§ 55-56.

³⁹ Sen., *De ben.* 4.21.3 ... *Ut omnium aliarum virtutum, ita huius ad animum tota aestimatio redit; hic si in officio est, quidquid defuit, fortuna peccat.* 4. *Quomodo*

uno dei brani poc'anzi trascritti *sub 2*) Seneca afferma che «la *fides* di alcune persone in vista della restituzione del *beneficium* la n g u e » (*De ben.* 5.23.1), così in un'altra occasione (*De ben.* 5.25.6) esprime il medesimo concetto parlando, questa volta, di '*voluntas bona*' («talvolta la *voluntas bona* esiste negli *animi*, ma la n g u e ...»: '*Inest interim animis voluntas bona, sed torpet ...*').

est disertus etiam qui tacet, fortis etiam qui compressis manibus vel etiam adligatis, quomodo gubernator etiam, qui in sicco est, quia consummatae scientiae nihil deest, etiam si quid obstat, quo minus se utatur, ita gratus est etiam, qui vult tantum nec habet huius voluntatis suae ullum alium quam se testem. 5. Immo amplius adiciam: est aliquando gratus etiam, qui ingratus videtur, quem mala interpretis opinio contrarium tradidit. Hic quid aliud sequitur quam ipsam conscientiam? quae etiam obruta delectat, quae contioni ac famae reclamant et in se omnia reponit et, cum ingentem ex altera parte turbam contra sentientium adspexit, non numerat suffragia, sed una sententia vincit. 6. Si vero bonam fidem perfidiae supplicii adfici videt, non descendit e fastigio et supra poenam suam consistit: 'Habeo' inquit, 'quod volui, quod petii; nec paenitet nec paenitebit nec ulla iniquitate me eo fortuna perducet, ut hanc vocem audiat: quid mihi volui? quid nunc mihi prodest bona voluntas?' Prodest et in eculeo, prodest et in igne; qui si singulis membris admoveatur et paulatim vivum corpus circumeat, licet ipsum cor plenum bona conscientia stillet: placebit illi ignis, per quem bona fides conlucebit («Come per le tutte le altre virtù, così anche per questa [= l'essere grati] ogni valutazione riguarda l'*animus*: se questo rispetta l'*officium*, qualsiasi cosa manchi è la fortuna che pecca. Come l'uomo eloquente resta tale anche se tace, come l'uomo forte resta tale anche se sta con le mani nella cintola o addirittura legate, come il pilota resta pilota anche se sta in terra, poiché alla scienza sperimentata nulla manca anche se qualcosa ne ostacoli l'esercizio, così è grato anche semplicemente chi vuole esserlo e non ha altro testimone della sua volontà che se stesso. Di più: talvolta è grato anche colui che appare all'opinione comune ingrato, poiché l'opinione generale, cattiva interprete, lo ha raffigurato diverso da quello che è. Allora, costui che altro segue se non la sua *conscientia*? La *conscientia* che diletta anche se schiacciata, grida contro le chiacchiere e la fama e ripone tutto in sé e, quando vede dall'altra parte una grande folla di persone che pensano diversamente, non conta i voti ma prevale con la sua sola decisione. Se anche la *conscientia* vede applicata alla *bona fides* i supplizi destinate alla perfidia, non discende dal suo fastigio, e sovrasta la pena. Ella (= la *conscientia*) dice: "Io ho ciò che ho voluto, ciò che ho cercato; non mi pentirò né mi pentirò; né il destino mi porterà mai a dire, a causa di alcuna ingiustizia: "Che cosa ho voluto? a che cosa mi giova adesso la mia *bona voluntas*?" Ella giova anche nella tortura, anche nel fuoco: anche se il fuoco si avvicini alle singole membra e circondi a poco a poco il corpo vivo e lo stesso cuore pieno di *bona conscientia* si scioglia goccia a goccia: ebbene, il fuoco piacerà a colui del quale esso fa rilucere la *bona fides*»).

Potrebbe pensarsi che le notazioni di Seneca risentano di una personale accentuazione o, comunque, di una più consapevole elaborazione teorica del ruolo dell'interiorità dell'individuo. Ma proprio con riferimento all'ambito dei *beneficia*, già Cicerone, nell'opera teorica giovanile *De inventione* (2.161), spiegava che la *gratia* consiste nel «serbare memoria degli *officia* ricevuti e nella volontà di ricambiare» (*officiorum memoria et remunerandi voluntas*); e, con riguardo all'*officium* del *dare beneficium*, una rappresentazione in termini più immediati del nesso 'virtù – interno sentire – osservanza dell'*officium*' si riscontra addirittura già in Plauto, là dove nella commedia *Trinummus* uno stesso personaggio afferma, dapprima, «So e avverto dentro di me cosa devo fare né la mia volontà devia dall'*officium*», e poco più avanti chiama in causa la virtù-*pudor*: «L'onore di un uomo dotato di *pudor* consiste nel ricordarsi del proprio *officium*»⁴⁰. Del resto, fuori dall'ambito dell'*officium*, basti richiamare un passaggio del *Bellum civile* di Giulio Cesare, nel quale il *pudor* è esso stesso rappresentato come un «rendersi conto in base al giudizio interiore e alla *conscientia* dell'animo» (*ex iudicio domestico et animi conscientia*): parole di fronte alle quali non sembra fuori luogo parlare, in termini moderni, di «foro interno»⁴¹.

⁴⁰ Plaut., *Trinummus* v. 637 '*Scio ego et sentio ipse quid agam neque mens officio migrat*'; v. 697 '*Is est honos homini pudico, meminisse officium suum*'.

⁴¹ Caes., *De bello civili* III.60.2 '*... idque ita esse cum ex aliorum obiectationibus tum etiam ex domestico iudicio atque animi conscientia intellegebant. quo pudore adducti ...*' («... e che la cosa stesse così si rendevano conto non solo per i rimproveri altrui, ma anche per il loro stesso giudizio interiore e per la coscienza del loro stesso animo. Spinti da questo *pudor*...»).

Anche a prescindere da un riscontro esplicito e diretto come questo appena richiamato, nonché dalle altre fonti segnalate e dalle riflessioni generali svolte nel testo, non può accogliersi, già in sé presa, l'opinione che nega che il *pudor* costituisca una «spinta interiore» a ricambiare il *beneficium* in quanto esso, piuttosto, costituirebbe «un meccanismo del tutto eteronomo, nel senso che indica un atteggiamento dello spirito formato in relazione al sistema di valori espressi dall'etica di gruppo» (così R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, 189). In realtà, come, da un lato, è scontato che in ogni ambiente e in ogni epoca storica qualsiasi valore elaborato come 'virtù' implica comportamenti che

6. *L'officium come doverosità morale*

Prima di tradurre i dati fin qui raccolti nella formulazione della nostra ipotesi sulla definizione di *obligatio*, è opportuno esplicitare una conclusione che in parte si sarà già riconosciuta in filigrana tra i rilievi svolti nelle pagine precedenti. E cioè, che contrapposizioni come quelle tra *ius* e *officium*, tra *vinculum iuris* e *fides/pudor*, tra adempimento di un *creditum* e restituzione di un *beneficium* possono senz'altro essere rappresentate in chiave di dualismo tra diritto e morale, e più precisamente tra vincolatività giuridica e doverosità morale. E ciò, senza correre il rischio di proiettare sul pensiero degli antichi romani percezioni e concettualizzazioni proprie della cultura occidentale d'età moderna, ove si abbia costante riferimento al chiaro dettato delle stesse fonti.

A tal riguardo, preciso anzitutto che utilizzo il segno 'morale' (come sostantivo e come aggettivo) sulla falsariga dell'accezione con la quale, dagli stessi autori latini a partire da Cicerone⁴², è designata come

ci si attende dall'individuo in quanto rispondenti al sentire dell'intero corpo sociale; così, dall'altro lato, anche il ritegno e la vergogna – elementi costitutivi della virtù-*pudor* – incidono sull'individuo se e in quanto avvertiti dalla sensibilità di questo: anche il tenere in considerazione il giudizio sul proprio comportamento, il preoccuparsi di esso, e quindi l'orientare il proprio comportamento verso i valori condivisi e 'codificati' dal corpo sociale, dipendono dal fatto che il soggetto coltivi nel proprio animo i valori del *pudor* e su di essi informi la propria *voluntas* e dunque la propria condotta. Con l'occasione, peraltro, è il caso di precisare che il profilo della valutazione interiore insito nel *pudor* non potrebbe nemmeno esser sminuito immaginando che il *pudor*, in sostanza, funzionasse come un mero recettore di modelli esterni di comportamento ai quali conformarsi (con il che, rientrebbe in gioco, in altro senso, una prospettiva di "eteronomia"): basti considerare che sempre Seneca, nell'indicare ciò che può indurre un soggetto ad osservare l'*officium* (*reddendi beneficium*), esplicitamente menziona come elementi tra loro distinti il *pudor* e l'*imitatio* (*De ben.* 1.2.4: '... *ingratos [...] quos aut pudor aut occasio aut imitatio aliquando gratos poterit efficere*').

⁴² Cicerone, *De fato* 1: «... poiché riguarda i comportamenti (o costumi), che i Greci chiamano 'éthos', noi siamo soliti chiamare codesta parte della filosofia "sui comportamenti" ("sui costumi"), ma si addice a chi voglia nobilitare la lingua latina chiamarla "morale"» ('... *quia pertinet ad mores, quos éthos illi vocant, nos eam partem philosophiae de moribus appellare solemus, sed decet augescentem linguam latinam nominare moralem*').

'*moralis*' la parte della filosofia che si occupa dei *mores*⁴³. In questa prospettiva, i *mores* sono, sì, i costumi o comportamenti che caratterizzano un individuo (dunque, dati esteriori e oggettivamente rilevabili), ma sono intesi come riflessi o risultati esterni di predisposizioni, sollecitazioni, valutazioni i n t e r i o r i dell'individuo, le quali, a loro volta, possono conformarsi o meno a valori meta-positivi elaborati dalla cultura del tempo come *virtutes* (*iustitia, aequitas, fides, pudor, pietas, humanitas* etc.). Per questo Seneca (*Epistulae* 89.9), sintetizzando più lunghe indicazioni tematiche, poteva direttamente affermare che la *pars moralis* della *philosophia* è quella che si occupa di formare l'a n i m o ('*componit animum*')⁴⁴. Del resto, fuori da contesti appositamente riguardanti le partizioni della filosofia, fra i molti riscontri che attestano la considerazione dei *mores* come obiettivizzazioni di *virtutes* vale la pena di richiamare il seguente, contenuto nel *De officiis* ciceroniano, in quanto attiene alla materia dei *beneficia* poc'anzi considerata: Cicerone, dopo aver detto che l'esame dei *mores* è uno degli elementi che concorrono a scegliere i destinatari di un *beneficium*, al fine di precisare in cosa consiste questo elemento discorre senz'altro ed esclusivamente di *virtutes* del beneficiando, per poi concludere il discorso ribadendo «e questo in relazione ai *mores*»⁴⁵.

⁴³ Cfr., ad es., i seguenti luoghi ciceroniani: *Academica* 1.34, in cui si parla di quella "parte della filosofia che si occupa della v i r t ù e dei *mores*" ('*pars philosophiae, quae posita est in virtute et in moribus*'); *De oratore* 1.42, in cui si elencano i seguenti temi di pertinenza dei filosofi socratici, nel contesto di una immaginaria protesta contro chi aveva sconfinato nel loro territorio: "non hai appreso nulla sulle buone e le cattive azioni, sulle passioni dell'animo, sui *mores* degli uomini, sulle norme di vita" ('... *nihil te de bonis rebus in vita, nihil de malis, nihil de animi permotionibus, nihil de hominum m o r i b u s, nihil de ratione vitae didicisse*'); *De oratore* 1.86, in cui per bocca del filosofo Carmada vengono accostati tra loro equità, giustizia, lealtà, controllo delle passioni, educazione dei *mores* ('*de aequitate, de iustitia, de fide, de frangendis cupiditatibus, de conformandis hominum m o r i b u s*').

⁴⁴ Sen., *Epistulae* 89.9: '*Philosophia tres partes esse dixerunt et maximi et pluri mi auctores: moralem, naturalem, rationalem. Prima componit animum ...*'.

⁴⁵ Cic., *De off.* 1.45. «La terza cautela è che nella *beneficentia* si segua il criterio di beneficiare secondo il merito; e secondo questo criterio occorre osservare i *mores* di colui al quale attribuire un *beneficium*, la disposizione d'animo nei nostri confronti, le sue relazioni e il suo vivere sociale e i doveri anteriormente osservati in

Ciò premesso, con specifico riguardo all'*officium* la proiezione nella dimensione della morale è legittimata:

1) dal fatto che, già a partire dalla produzione di Plauto (ben prima, dunque, delle messe a punto teoriche di un Cicerone e di un Seneca), è saldo e radicato il collegamento tra l'osservanza dell'*officium* e l'ambito delle virtù⁴⁶;

2) dalla rilevanza del momento interiore, posto che, come si è rimarcato poc'anzi (*supra*, § 5), codesto collegamento tra adempimento dell'*officium* e *virtutes* è, per così dire, mediato dal presupposto che le *virtutes* vengano accolte e coltivate nel proprio animo dal soggetto agente, il quale conformi ad esse la propria volontà e, dunque, il proprio operato;

nostro favore. Poiché noi viviamo non già in mezzo a uomini perfetti ed pienamente sapienti, ma in mezzo a uomini nei quali è già molto trovare una parvenza di virtù, credo che anche questo debba esser inteso: che, cioè, non si deve trascurare nessuno nel quale appaia un qualche segno di virtù e che, piuttosto, deve essere particolarmente tenuto in considerazione colui che sia dotato delle virtù più miti, come la modestia, la temperanza e questa stessa giustizia, della quale ho già detto molte cose. Infatti un animo forte e grande in un uomo non perfetto né saggio, è per lo più, troppo impetuoso, mentre quelle virtù appaiono avere a che fare invece con il *bonus vir*. E questo in relazione ai *mores*» (*Tertium est propositum, uti in beneficentia dilectus esset dignitatis; in quo et mores eius erunt spectandi, in quem beneficium conferetur, et animus erga nos et communitas ac societas vitae et ad nostras utilitates officia ante collata*. 46. *Quoniam autem vivitur non cum perfectis hominibus planeque sapientibus, sed cum iis, in quibus praeclare agitur, si sunt simulacra virtutis, etiam hoc intellegendum puto, neminem omnino esse neglegendum, in quo aliqua significatio virtutis appareat, colendum autem esse ita quemque maxime, ut quisque maxime virtutibus his lenioribus erit ornatus, modestia, temperantia, hac ipsa, de qua multa iam dicta sunt, iustitia. Nam fortis animus et magnus in homine non perfecto nec sapiente ferventior plerumque est, illae virtutes bonum virum videntur potius attingere. Atque haec in moribus*').

Per un paio di attestazioni non di stampo teorico, bensì tratte da arringhe dell'avvocato-Cicerone, cfr. i passaggi delle orazioni *pro Murena* e *pro Roscio comoedo* richiamati poco oltre, in questo stesso paragrafo su nt. 57, a proposito della qualifica '*vir bonus*'.

⁴⁶ Cfr., oltre ai versi del *Trinummus* che ho richiamato alla fine del paragrafo precedente, l'affermazione di *Stichus* vv. 7-8a «È giusto che noi compiamo il nostro *officium*; né facciamo altro rispetto a quel che ci ammonisce la *pietas*» (*Nostrum officium/ nos facere aequomst;/ neque id magis facimus/ quam nos monet pietas*').

3) dall'esplicita proiezione dell'*officium* nella sfera dell'*honestum*⁴⁷,

⁴⁷Mi limito a segnalare due attestazioni particolarmente significative offerte dal *De officiis* ciceroniano (opera che, del resto, è, in tutti i suoi svolgimenti, testimonianza dell'appartenenza dell'*officium* agli orizzonti dell'*honestum*).

La prima proviene dalla sezione introduttiva dell'opera. Cicerone, dopo aver affermato, tra le battute iniziali (*De off.* 1.4), che «l'*honestas* della condotta di vita è posta nell'osservanza dell'*officium*» – *in (officio) colendo sita vitae est honestas* – imposta la complessiva presentazione dell'*honestum*. In particolare, nel § 1.14, avendo premesso che soltanto l'uomo conosce la bellezza, la grazia e l'armonia delle cose visibili e che la ragione, trasferendo queste dagli occhi all'animo, ritiene che bellezza, contegno e armonia debbano conservarsi nei pensieri e nei comportamenti, prosegue affermando: «Di tutto questo si forma e si compone l'*honestum*». Quindi, nel § 1.15 assume le virtù come 'parti' dell'*honestum*, da ciascuna delle quali derivano appositi *officia*: «Ma tutto l'*honestum* proviene da una di queste quattro parti: o si trova infatti nella diligente ricerca del vero; o nel proteggere la società umana, nel dare a ciascuno il suo e nel mantenere fede agli impegni assunti; o nella grandezza e fermezza d'animo o nell'ordine e nella misura di tutte le cose che si fanno e si dicono, e quindi nella moderazione e nella temperanza. Sebbene queste quattro parti siano unite e collegate tra loro, da ciascuna di esse derivano specifici tipi di *officia*, come ad esempio nella parte indicata per prima, nella quale abbiamo posto la *sapientia* e la *prudentia*, è ricompresa la ricerca del vero e di questa virtù questo è lo specifico compito». (§ 14 ... *Itaque eorum ipsorum, quae aspectu sentiuntur, nullum aliud animal pulchritudinem, venustatem, convenientiam partium sentit; quam similitudinem natura ratioque ab oculis ad animum transferens multo etiam magis pulchritudinem, constantiam, ordinem in consiliis factisque conservandam putat. [...] Quibus ex rebus conflatur et efficitur id, quod quaerimus, honestum ...*; 15. *Sed omne, quod est honestum, id quatuor partium oritur ex aliqua. Aut enim in perspicientia veri sollertiaque versatur aut in hominum societate tuenda tribuendoque suum cuique et rerum contractarum fide aut in animi excelsi atque invicti magnitudine ac robore aut in omnium, quae fiunt quaeque dicuntur ordine et modo, in quo inest modestia et temperantia. Quae quatuor quamquam inter se colligata atque implicata sunt, tamen ex singulis certa officiorum genera nascuntur, velut ex ea parte, quae prima descripta est, in qua sapientiam et prudentiam ponimus, inest indagatio atque inventio veri, eiusque virtutis hoc munus est proprium ...*).

La seconda attestazione è offerta dal confronto tra due brani dell'opera che esprimono il medesimo assunto, e cioè l'idea secondo cui, mutando le circostanze, determinati comportamenti che la virtù-*iustitia* chiama ad assumere diventa, invece, non più opportuno osservare: infatti, per indicare la medesima doverosità (collegata alla virtù-*iustitia*), in uno dei due brani (*De off.* 1.31) si ricorre alla semantica dell'*officium* ("non è contrario all'*officium*"), nell'altro (*De off.* 3.95) alla semantica dell'*ho-*

tenuto conto che quest'ultimo concetto allude – sulla scorta della nozione di 'kalón' elaborata dal pensiero greco – a ciò che è “moralmen-

nestum' (“sono *honesta*” – “divengono *non honesta*”). Ecco di seguito i due brani. Cic., *De off.* 1. 31-32: ‘*Sed incidunt saepe tempora, cum ea, quae maxime videntur digna esse iusto homine, eoque quem virum bonum dicimus, commutantur fiuntque contraria, ut reddere depositum, facere promissum quaeque pertinent ad veritatem et ad fidem; ea migrare interdum et non servare fit iustum.* [32] ... *Nec promissa igitur servanda sunt ea, quae sint is, quibus promiseris inutilia, nec si plus tibi ea noceant, quam illi prosint cui promiseris c o n t r a o f f i c i u m est, maius anteponi minori, ut si constitueris, cuipiam te advocatum in rem praesentem esse venturum atque interim graviter aegrotare filius coeperit, non sit c o n t r a o f f i c i u m non facere, quod dixeris, magisque ille, cui promissum sit, a b o f f i c i o discedat, si se destitutum queratur*’ («Ma vi sono determinate circostanze in cui le condotte che sembrano soprattutto degne di un uomo giusto e di colui che diciamo *vir bonus* si trasformano nel loro opposto, come restituire una cosa ricevuta in deposito, rispettare una promessa e adempiere tutto ciò che riguarda la verità e la *fides*; talvolta è giusto trasgredirle e non rispettarle. [32] ... Non sono da mantenere le promesse che sono inutili per coloro alle quali furono fatte; né se noccono più a te che a colui al quale hai promesso è *contrario* all'*officium* anteporre l'interesse maggiore al minore: ad esempio, se hai promesso a taluno di presentarti in tribunale come avvocato e nel frattempo tuo figlio si è ammalato gravemente, *non è contrario* all'*officium* non mantenere ciò che hai promesso, e ancor più colui al quale hai fatto la promessa si *scosterebbe* dall'*officium* se si lamentasse di esser stato abbandonato»); Cic., *De off.* 3.95: ‘... *Ergo et promissa non facienda nonnumquam neque semper deposita reddenda. Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere. Quid? si is, qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriae, reddasne depositum? Non credo, facies enim contra rem publicam, quae debet esse carissima. Sic multa, quae h o n e s t a natura videntur esse, temporibus fiunt n o n h o n e s t a . Facere promissa, stare conventis, reddere deposita commutata utilitate fiunt non honesta*’ («Non sempre dunque si devono rispettare le promesse né restituire ciò che è stato depositato. Se uno, ad esempio, mentre era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, ha depositato presso di sé una spada e poi te la chiede indietro una volta impazzito, restituirla sarebbe una colpa, non restituirla un *dovere*. E che? se qualcuno che ha depositato presso di te una somma di denaro volesse poi portare guerra alla patria, gliela restituiresti? Credo di no: agiresti infatti contro lo Stato, che ti deve essere sommamente caro. Così molte cose che appaiono essere *oneste* per loro natura, in base alle circostanze *diventano non oneste*. Mantenere le promesse, rispettare gli accordi, restituire le cose depositate, una volta *mutata l'utilitas, divengono non oneste*»).

te bello” quale espressione di esercizio di virtù⁴⁸;

4) dal ricorrente riferimento al *vir bonus* quale soggetto da cui ci si attende l'osservanza dell'*officium*, ove si tenga presente che il *vir bonus* – secondo una tradizionale rappresentazione attestata già per il III-II secolo a.C. – è configurato come tale in ragione del possesso e dell'esercizio di *virtutes*: con una connotazione, cioè, morale nel senso qui precisato⁴⁹. Sul punto conviene soffermarsi brevemente in modo appposito.

Il nesso tra il modello del *vir bonus* e l'osservanza dell'*officium* è stato già in precedenza incrociato⁵⁰ a proposito del brano di Cic., *De*

⁴⁸ Sul significato di '*honestum*' cfr., per tutti, J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République*, Paris 1972, 388; R. DICK, *A Commentary on Cicero, De Officiis*, cit., 69 ss. (sul rapporto con il concetto di '*kalón*' della filosofia greca; cfr., del resto, le affermazioni di *De off.* 1.14 richiamate alla nt. precedente). Da ultimo, ampiamente, M. JACOTOT, *Question d'honneur. Les notions d'honos, honestum et honestas dans la République romaine antique*, École française de Rome 2013, *passim*.

⁴⁹ Sulla tradizionale connotazione del *vir bonus* in relazione al possesso ed esercizio di *virtutes* cfr. G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana (a proposito di Cato, or. frg. 186 Sblend.=58 Malc.)*, in *AUPA* 54 2010-2011, 57 ss. (pubblicato anche in A. Lovato [cur.], *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio* [Trani 28-29 ottobre 2011], Bari 2013, 39 ss., con un'Appendice su '*optimus*', '*probus*', '*fortis*'); ID., *La formula 'ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione' e la nozione di vir bonus*, in *Meditationes de iure et historia. Essayes in honour of Laurens Winkel*, University of South Africa 2014, 258 ss. Le fonti di III-II secolo (esaminate nei citati contributi) sono univoche e tali da non lasciar spazio ad incertezze sul fatto che l'unica accezione di *vir bonus* in esse documentata è in chiave morale (e non già gerarchico-sociale, come sostenuto, in tempi recenti, da Fiori, le cui diagnosi su questo punto ho richiamato e discusso in *La formula* cit., 259 ss.; ivi, in nt. 6 indicazione dei contributi di questo studioso). Aderiscono alla lettura in chiave morale della qualifica '*vir bonus*' P. CERAMI, *Rec. a R. FIORI, Bonus vir*, cit., in *IURA* 61, 2013, 349 s. e C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza dell'anteacta vita nell'esperienza processuale romana tra insegnamento retorico, pratica forense e considerazione giurisprudenziale e normativa*, in *AUPA* 60, 2017, § 3 su nt. 36 e § 6 su nt. 94. Nei citati studi ho parlato di accezione 'etico-comportamentale' proprio per esprimere l'immediato legame, di cui si è detto nel testo, tra possesso delle *virtutes* e comportamenti-*mores*, che di questo possesso costituiscono la manifestazione esteriore (laddove la più semplice aggettivazione 'etica' potrebbe far pensare ad un esclusivo coinvolgimento della sfera interiore).

⁵⁰ *Supra*, § 4. su nt. 25.

finibus bonorum et malorum 2.58-59, nel quale, in occasione di una polemica con la visione epicurea delle *virtutes* e dell'*honestum*, proprio il *vir bonus* appare come protagonista dell'adempimento dell'*officium* ('*officium sequi*'). Possiamo adesso aggiungere, ad un livello più generale, che il *vir bonus* è il personaggio principale dello scritto *De officiis*, interamente incentrato sulla trattazione dell'*honestum* e delle sue *partes*, le *virtutes*, alle quali corrispondono specifici *officia*⁵¹. Tra i numerosi riscontri concreti offerti da questa opera è sufficiente richiamare un passaggio dal quale si desume che l'osservanza dei comportamenti «degni di un *vir bonus*» «è *officium*» e che, a volte, mutate le circostanze, la loro mancata osservanza «non è contraria all'*officium*»⁵²; e un passaggio nel quale viene ricordata la posizione rigorosa di un giudice che aveva rifiutato di riconoscere giudizialmente ad un soggetto la qualifica di *vir bonus* in quanto, a suo dire, questa qualifica «si fondava su un'avvenuta osservanza di innumerevoli *officia*»⁵³.

Quanto, poi, al dato in sé dell'(univoco ed esclusivo) impiego della qualifica '*vir bonus*' con accezione etico-comportamentale – che, appunto, costituisce ulteriore elemento che proietta l'*officium* stesso nella sfera della morale –, sorvolando qui sulla copiosa documentazione relativa al III-II secolo⁵⁴, mette conto, piuttosto, richiamare le attestazioni che provengono da quello stesso Cicerone che collega il *vir bonus* all'adempimento dell'*officium*. Anche a questo proposito, tra i molteplici esempi mi limito a segnalarne alcuni particolarmente limpidi.

Nel trattato *Laelius de amicitia* (§ 19) Cicerone traccia una sorta di identikit del *vir bonus* delineato in relazione all'esercizio di determinate *virtutes* e, addirittura, suggerisce una derivazione etimologica

⁵¹ Per la rappresentazione delle *virtutes* quali *partes* dell'*honestum* cfr. lo squarcio di Cic., *De off.* 1.14-15, trascritto *supra*, in nt. 47.

⁵² Cic., *De off.* 1.31-32, riportato *supra*, in nt. 47.

⁵³ Cic., *De off.* 3.77. Sull'episodio ricordato da Cicerone cfr. quanto ho osservato in *AUPA* 54, 87 ss. = *Vir bonus*, cit., 75 ss.

⁵⁴ Con riferimento a questo periodo si veda il ricco materiale (costituito da brani plautini, catoniani e terenziani nonché dagli *elogia* degli Scipioni) che ho raccolto e commentato negli studi citati in nt. 49 (in particolare, v. *AUPA* 54, 66 ss.; *Vir bonus*, cit., 50 ss. e 83 ss.; *La formula*, cit., 259 ss.).

fondata proprio sul 'bene vivere' e cioè sul comportarsi virtuosamente: «Coloro i quali si comportano in modo tale e vivono in modo tale che si apprezzi la loro *fides*, la loro integrità, il loro senso dell'equità, la loro generosità e in modo tale che non vi sia in essi alcuna cupidigia, sfrenatezza di passioni, temerarietà e abbiano fermezza d'animo [...], costoro, come sono stati ritenuti (sott. *virī boni*), così pensiamo che debbano anche essere chiamati *virī boni* poiché seguono, per quanto gli uomini possono, la *natura*, ottima guida del *bene vivere*»⁵⁵. Sempre in chiave teorica, è insistente nel *De officiis* il collegamento tra la connotazione come 'vir bonus' e il possesso della specifica virtù-*iustitia*. Valgano, solo a titolo di esempio, affermazioni quali: «la giustizia, in cui lo splendore della virtù è massimo, per la quale gli uomini sono designati *boni*» (§ 1.20); «la giustizia, unica virtù in base alla quale gli uomini sono chiamati *boni*» (§ 2.38); «verso gli uomini giusti, cioè i *virī boni*, si ha tanta fiducia che nei loro confronti non si nutre nemmeno il sospetto di frode o ingiustizia» (§ 2.33)⁵⁶. Dalle orazioni, poi, basti richiamare due passaggi di arringhe nei quali l'avvocato Cicerone – conformemente ad una prassi giudiziaria di comparazione tra i profili morali delle parti in causa, tanto nei processi civili quanto in quelli criminali – si sofferma sulla qualità di *vir bonus* dei propri clienti rilevabile dalla loro concreta condotta di vita virtuosa. Così, nell'orazione *pro Murena* Cicerone, premesso che nei confronti del proprio cliente non viene denunciato dagli accusatori alcun festino scandaloso né piacere sfrenato né vita dissoluta né *fraus* né *avaritia* né *perfidia* né *crudelitas* né intemperanze verbali, conclude che risulta che egli sta difendendo un *vir bonus* già in forza dell'ammissione dei suoi stessi avversari prima

⁵⁵ Cic., *Laelius* 19 'Qui ita se gerunt, ita vivunt, ut eorum probetur fides, integritas, aequitas, liberalitas, nec sit in eis ulla cupiditas, libido, audacia, sintque magna constantia, [...] hos viros bonos, ut habiti sunt, sic etiam appellandos putemus quia sequantur, quantum homines possunt, naturam optimam bene vivendi ducem'.

⁵⁶ Rispettivamente: 'iustitia, in qua virtutis splendor est maximus, ex qua viri boni nominantur'; 'iustitia, ex qua una virtute viri boni appellantur'; 'Iustis autem hominibus, id est bonis viris, ita fides habetur, ut nulla sit in iis fraudis iniuriaeque suspicio'.

ancora che attraverso le proprie lodi (§ 14). Parimenti, nell'orazione *pro Roscio comoedo* (§§ 17-19) Cicerone indica la condotta di vita del proprio cliente come *'purissima et castissima'*, afferma che costui possiede *fides, sinceritas, abstinentia*, che è *purus, pudens, humanus, officiosus, liberalis*, e che proprio per queste ragioni lo stesso avvocato di parte avversa lo considera *vir bonus*⁵⁷.

Alla luce della rilevata riconduzione dell'*officium* all'ambito delle *virtutes* e (quindi) dell'*honestum* possiamo apprezzare compiutamente la scelta di Seneca di esprimere il dualismo tra *officium* e 'giuridico' in termini di contrappunto tra *'res honesta'* e *'res necessaria'* nel seguente brano del *De beneficiis* (in parte già richiamato nel § 5, sub 1):

Sen., *De ben.* 3.7.1. *Pars optima beneficii perit, si actio sicut certae pecuniae aut ex conducto et locato datur. Hoc enim in illo speciosissimum est, quod dedimus vel perdituri, quod totum permisimus accipientium arbitrio; si appello, si ad iudicem voco, incipit non beneficium esse, sed creditum. 2. Deinde cum res honestissima sit referre gratiam, desinit esse honesta, si necessaria est; non magis enim laudabit quisquam gratum hominem quam eum, qui depositum reddidit aut, quod debebat, citra iudicem solvit. 3. Ita duas res, quibus in vita humana nihil pulchrius est, corrumpimus, gratum hominem et beneficium; quid enim aut in hoc magnificum est, si beneficium non dat, sed commodat, aut in illo, qui reddidit, non quia vult, sed quia necesse est?*

«Viene meno la parte migliore del *beneficium* se è concessa un'azione, come ad es. l'*actio certae (credita) pecuniae* o l'*actio locati* o *conducti*. È infatti peculiare del *beneficium* il fatto che abbiamo dato anche a rischio di perdere (quel che abbiamo dato), poiché abbiamo lasciato tutto all'arbitrio degli accipienti; se chiamo in tribunale, dinanzi ad un giudice, comincia a non

⁵⁷ Sui riscontri offerti dalle due orazioni ciceroniane cfr. FALCONE, *AUPA* 54, 64 ss. (= *Vir bonus*, cit., 48 ss.), in connessione con analoga testimonianza, risalente al II sec. d.C., di Aulo Gellio, *Noctes Atticae* 14.2 (p. 60 ss. = 43 ss.).

essere più *beneficium*, bensì *creditum*. 2. D'altra parte, mentre ricambiare un beneficio è un'azione *honestissima*, cessa di essere *honestus* se diventa '*necessaria*'; infatti, nessuno elogerà una persona grata più di quanto non elogi colui che ha restituito una cosa ricevuta in deposito o ha pagato quel che doveva senza che sia intervenuto un giudice. 3. In questo modo, corrompiamo due cose delle quali nella vita umana nulla è più onorevole, e cioè l'uomo grato e il *beneficium*; cosa infatti c'è di magnifico in quest'ultimo, se il suo autore non attribuisce un *beneficium* bensì lo dà in comodato, o in quello, che restituisce il *beneficium* non perché vuole bensì perché è necessario?»

Poiché per Seneca la virtù consistente nell'esser grato è massima espressione dell'*honestum* («Cosa v'è di più *honestum* che esser grato? L'ambito di questa virtù è ampio quanto la stessa vita») ⁵⁸, il dovere di *referre gratiam* è qualificato in questo brano come '*res honestissima*'. Tuttavia, come un *beneficium* verrebbe snaturato, divenendo un *creditum*, qualora il beneficente si prefiggesse come obiettivo il recupero di quanto dato e qualora esistesse per questo obiettivo uno strumento processuale, così anche il *referre gratiam* verrebbe snaturato, cesserebbe cioè di essere un'azione '*honestus*', se divenisse "necessitata" (*necessaria*) in ragione dell'esposizione del beneficiato ad un intervento del giudice: qualora, cioè, il beneficiato provvedesse a restituire il *beneficium* non per spontanea volontà, bensì perché "*necesse est*". Dunque, in quest'ordine di idee senecano, l'adempimento dell'*officium reddendae gratiae* è espressione di '*honestum*' in quanto condotta lasciata alla volontaria e libera scelta (*arbitrium*) di colui su cui incombe il dovere ⁵⁹, laddove la concettualizzazione '*necessarium*'

⁵⁸ Sen., *De ben.* 4.19.4: '... *Quid est autem honestius, quam gratum esse? Huius virtutis materia tam late patet quam vita*'.

⁵⁹ Per l'idea secondo cui ciò che è '*honestum*' non può che essere '*voluntarium*', "non costretto" cfr., fra altre, le due seguenti affermazioni dello stesso Seneca: «Niente è '*honestum*' che è compiuto [...] da chi è stato costretto; tutto l'*honestum* è volontario [...] Non può essere *honestum* ciò che non è libero» (*Epistulae* 66.16: '*nihil ho-*

indica la giuridicizzazione che a quell'adempimento deriverebbe ove esistesse una coercibilità processuale⁶⁰. Vedremo tra breve come questo schema concettuale possa contribuire alla messa a punto della nostra ipotesi sulla definizione di *obligatio* (*infra*, § 7.1).

Va da sé che il fatto che la doverosità dell'*officium* appartiene alla dimensione morale non deve far perdere di vista né che la stessa entificazione delle singole *virtutes* è espressione di valori condivisi e 'codificati' dal corpo sociale in una data epoca; né che l'adempimento di determinati doveri è atteso e valutato dai consociati (il giudizio dei quali sui comportamenti dei singoli è fenomeno davvero caratterizzante nella società romana in età repubblicana e imperiale)⁶¹; né, in-

nestum est ... quod a coacto fit; omne honestum voluntarium est. [...] Non potest honestum esse quod non est liberum) e «... Tutto ciò che è *honestum* è non imposto e non costretto» (*Epistulae* 66.17: '... *Omne honestum iniussum incoactumque est*').

⁶⁰ Diverso e non paragonabile a questo impiego nel brano di Seneca (nonostante qualche posizione interpretativa in tal senso) è l'uso della qualifica '*necessarium*' in relazione al dovere di *reddere beneficium* nell'affermazione ciceroniana di *De off.* 1.47, già richiamata (§ 5 su nt. 33), «non vi è alcun *officium* più '*necessarium*' che ricambiare un *beneficium*» (*nullum officium referenda gratia magis necessarium est*). Mentre, infatti, Seneca instaura un confronto tra *creditum* e *beneficium* e contrappone '*necessarium*' come indicante la coercibilità processuale (dell'adempimento nel *creditum*) a '*honestum*' come indicante la libera volontarietà del *reddere beneficium*, Cicerone instaura un confronto tra due tipi di liberalità, il *dare* un *beneficium* e il *reddere* un *beneficium*; e afferma che, mentre *dare* è facoltativo, il *reddere* costituisce un imperativo morale per il *vir bonus*. Ecco il testo ciceroniano: '*Nam, cum duo genera liberalitatis sint, unum dandi beneficium, alterum reddendi, demus necne in nostra potestate est, non reddere viro bono non licet*' («Infatti, dal momento che vi sono due specie di liberalità, una consistente nel dare, l'altra nel restituire un *beneficium*, che diamo o meno è in nostro potere, non restituire non è consentito al *vir bonus*»).

⁶¹ Di questo fenomeno sono manifestazioni, fra altre: la rilevanza, nei processi, delle qualità morali di attore e convenuto, come di accusato e accusatore, sì come tradotte nella complessiva condotta di vita (*vita ante acta*) e come riferite da *patroni* o testimoni (un paio di esempi – tratti dalle orazioni ciceroniane *pro Murena* e *pro Roscio comoedo* – li abbiamo constatati poc'anzi, in questo stesso paragrafo, a proposito del senso della qualifica '*vir bonus*'); le figure sanzionatorie dell'*infamia* e dell'*ignominia*; il *iudicium censorio de moribus*; il ricorso a giudizi di esecrazione del tipo "*improbe factum*" per determinati comportamenti (privi, invece, di sanzioni giuridiche); gli *exempla virtutis*, modelli di comportamento da imitare; il motivo, rilevante anche sul terreno della competizione politica, della *fama*, che si fonda sull'osservazione dei comportamenti; le *laudationes* e le *laudes*, elogi che tramandano le virtù degli

fine, che in molti casi la doverosità dell'*officium* si inserisce in una rete di relazioni sulle quali si regge la quotidiana comunità di vita (tra questi casi è, ad es., certamente il dovere di restituzione di un *beneficium* ricevuto: onde per esso, volendo evidenziare questo concomitante profilo, si può parlare di dovere etico rilevante sul piano sociale). Tutto ciò è scontato e pacifico; ma non interferisce con la circostanza che la doverosità in quanto tale dell'*officium* si colloca nella sfera della morale nel senso anzidetto.

7.1. *Il significato della definizione: 'iuris vinculum' e 'necessitas solvendae rei'*

Dunque, sia il brano delle *Res cottidianae* sui fedecommissi conservato nelle Istituzioni giustiniane (Inst. 2.23.1) sia il trattato di Seneca sui benefici presentano una medesima contrapposizione tra un istituto giuridico produttivo di effetti obbligatori (il fedecommisso; un contratto) e l'*officium* in chiave di opposizione tra coercibilità processuale, da un lato, e sollecitazione ad adempiere proveniente dal possesso di *fides* e *pudor*, dall'altro.

Ebbene, è mia convinzione che la definizione di *obligatio* si ponga in questa stessa linea di contrapposizione tra 'giuridico' e 'morale'.

A tal riguardo, è opportuno rimarcare due circostanze.

La prima. Con riguardo alla generalità degli *officia*, e non solo per il singolo *officium* di restituzione del *beneficium*, è comunemente impiegata nelle fonti la terminologia propria dei rapporti obbligatori (*obligari, debere*)⁶². Di più: per una serie di rapporti e valori interperso-

antenati e, rispettivamente, esprimono l'approvazione della condotta di vita di un con-sociato; la stessa fitta trama di relazioni interpersonali fondate sull'osservanza degli *officia* e lo scambio dei *beneficia* (lo sfondo della pratica degli *officia* è limpidamente descritto da F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, tr. it. Firenze 1946, 18: «L'uomo romano è stretto in una rete di vincoli, del cui spessore e della cui solidità l'uomo isolato della civiltà moderna riesce difficilmente a farsi un'idea esatta. Egli dipende in larga misura da parenti e da affini, da amici e da patroni, e in generale dall'opinione pubblica, la cui pressione lo vincola spesso più strettamente che la sentenza del giudice»).

⁶² Cfr., ad es., Cic., *Ad familiares* 13.8.2 ('*officiis ... obligatum fore*'); *pro Murena*

nali (*necessitudo*; *amicitia*; *propinquitias*; *adfinitas*; *fides*), tutti strettamente collegati all'*officium*, ricorre finanche il termine '*vinculum*'.

Così, con riguardo alla *necessitudo* – relazione di familiarità che si instaura tra due soggetti⁶³ – Aulo Gellio intorno alla metà del II sec. d.C. riferisce (*Noctes Atticae* 13.3.1) che presso molti grammatici si trovava la definizione in termini di '*ius quoddam et vinculum religiosae coniunctionis*' ("una certa relazione cogente e un vincolo di sacra unione"); il giurista Modestino (II-III secolo d.C.) parla esplicitamente di '*vinculum necessitudinis*' in D. 26.10.9; e già Cicerone considerava unitariamente come un '*vinculum*' le varie *necessitudines* intercorrenti tra sé e un certo Tuberone (*pro Ligario* 21). Con riguardo all'*amicitia*⁶⁴, la rappresentazione in termini di '*vinculum*' compare, ad es., in Lucretius, *De rerum natura* 3.82-84 ('*vincula amicitiae rumpere*') e in Valerius Maximus, *Dicta et facta memorabilia* 4.7 ('*amicitiae vinculum potens et praevalidum*'). Per la *propinquitias* e l'*adfinitas*, che costituiscono relazioni di *necessitudo* (coordinata all'*officium*, come si è detto), cfr. Cic., *pro Plancio* 27: '*vincula propinquitatis et adfinitatis*'. Infine, per la *fides*, sul cui collegamento con l'*officium* non è necessario insistere, cfr. ad es., Quintilianus, *Declamationes minores* 343.12 '*fides supremum rerum humanarum vinculum est*'.

La seconda. Come si è visto, nelle *Res cottidianae* la locuzione '*iuris vinculum*', non solo è usata da Gaio per indicare la coercibilità processuale dei fedecommissi proprio in opposizione alla doverosità

7 ('*officia debuisse*'); *De off.* 1.59 ('*officia debeantur*'). In relazione ad *officium* sono attestati anche '*obstringi*' (Cic., *Ad familiares* 13.18.2; in *Verrem* II.5.35) e '*constringi*' (Cic., *Academica* 1.11).

⁶³ Per l'intimo collegamento tra la *necessitudo* e l'*officium* si pensi a locuzioni quali '*officium necessitudinis*' (Cic., *pro Murena* 73; *pro Plancio* 25; *De divinatione* 14) o '*officium ac necessitudo*' (Cic., in *Verrem* II.5.139), come pure alla circostanza che gli *officia* possono determinare l'instaurarsi di una *necessitudo* tra due persone (Cic., *pro Cluentio* 117 '*... cum altero [...] summa utriusque officii constituta necessitudo est*'; Cic., *pro rege Deiotaro* 39 '*... summam necessitudinem magna eius officia in me ... effecerunt*') e che, a sua volta, dalla *necessitudo* scaturiscono *officia* (Cic., *pro Murena* 7; Sen., *De ben.* 3.18.1).

⁶⁴ Per la sua stretta connessione con l'*officium* mi limito a richiamare Rhetorica ad Herennium 3.14: '*considerabimus ... qua fide, benivolentia, officio gesserit amicitias*' («considereremo ... con quale *fides*, con quale *benivolentia*, con quale *officium* ha gestito i rapporti di amicizia»); Cic., *pro Cluentio* 117 ('*officiorum et amicitiarum ratio*'); Laelius 71 ('*officiose et amice*'); *Ad familiares* 14.4.2 ('*hospitii et amicitiae ius officiumque*').

dell'*officium*, ma è stata pensata con riferimento agli orizzonti dell'obbligazione, posto che, in altra occasione, proprio Gaio descrive il fedecommesso dei suoi tempi (ormai dotato, cioè, di tutela processuale) come istituto che '*obligat*' il soggetto *rogatus*⁶⁵.

Ebbene, coordinando le due predette circostanze, è lecito ipotizzare che proprio al fine di distinguere l'*obligatio* in senso tecnico-giuridico dalla doverosità dell'*officium*, vincolante su un diverso piano e nondimeno predicata anch'essa in termini di '*obligare*' e di '*vinculum*', Gaio abbia precisato che l'*obligatio* è un '*iuris vinculum*'. Gaio, cioè, ha a mio avviso voluto evidenziare – ponendo l'accento sul genitivo '*iuris*', che per ciò si trova al primo posto all'interno del sintagma (e dell'intero enunciato) – quel che di specifico ha il *vinculum-obligatio* rispetto ai *vincula* imperniati sull'*officium*: vale a dire, la 'giuridicità', intesa come esistenza di un meccanismo processuale che rende cogente, necessitata, la prestazione che ci si attende dal debitore.

In linea generale, che Gaio possa aver avuto contezza di teorizzazioni sulla differenza tra la coercibilità dell'*obligari* contrattuale e la doverosità dell'*officium* come quelle espresse nel *De beneficiis* senecano o in altre consimili elaborazioni di cui non ci è giunta traccia, è circostanza perfettamente plausibile, ove si pensi che il quotidiano lavorare dei giuristi, *ab antiquo*, sia con fenomeni ed istituti che si configuravano e s s i s t e s s i come manifestazioni di *officium* sia con istituti che si intersecavano con la dimensione dell'*officium* (*infra*, § 11) doveva far sì che le prospettive legate a quest'ultimo entrassero a far parte del bagaglio culturale e argomentativo di qualsiasi giurista: il che rende verosimile che anche la letteratura di tipo precettistico in materia di *officia* fosse frequentata dai giuristi, a partire dal *De officiis* di Cicerone, dal *De beneficiis* di Seneca e dal purtroppo perduto *De officiis* di quest'ultimo. Non può, anzi, escludersi che Seneca avesse congegnato il *De beneficiis* – fosse o meno il *Liberalis* interlocutore del Dialogo addirittura un giurista, come è stato congetturato⁶⁶ –

⁶⁵ Cfr. *supra*, § 3 e ivi, specificamente, i testi di Gai 2.184 e 2.277.

⁶⁶ PRÉCHAC, *Introduction a Sénèque, Des bienfaits*, Paris 1926, p. XL. Si mostra disponibile verso questa possibilità F. CANCELLI, *Saggio sul concetto di officium in diritto romano*, in *RISG* 92, 1957-58, 365 ss.

proprio nella consapevolezza di poter richiamare l'interesse anche dei giuristi: cosa che potrebbe spiegare la presenza dei numerosi riferimenti ad aspetti giuridici, a volte anche assai specifici e tecnici, che caratterizzano l'opera.

Ma soprattutto, a concreto sostegno dell'interpretazione proposta depone il tratto della definizione che segue la presentazione dell'*obligatio* quale *iuris vinculum*, e cioè le parole '*quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*'. Su queste parole dobbiamo, adesso, appositamente soffermarci.

A tal fine, le fonti giurisprudenziali sono d'aiuto solo nella misura in cui attestano l'esistenza, in materia di rapporti obbligatori, di locuzioni costruite con *necessitas* seguito dal gerundio – '*necessitas solvendi*' (Celso, in materia di adempimento del fideiussore)⁶⁷; '*necessitas dandi*', '*necessitas restituendi*', '*necessitas relinquendi*' (rispettivamente, Gaio, Papiniano e Ulpiano, con riferimento all'onere di un fedecommesso)⁶⁸ –, rendendo in tal modo palese che, a dispetto di un diffuso fraintendimento (*supra*, §§ 1-2), nel dettato della definizione l'ablativo '*necessitate*' è autonomo rispetto al verbo '*adstringimur*' e si collega direttamente, piuttosto, al gerundio '*solvendae*', formando una locuzione unitaria '*necessitate alicuius solvendae rei*'. Nulla di specifico ci dicono, invece, le fonti giurisprudenziali sulla portata di tale locuzione.

Fortunatamente, però, soccorre uno squarcio del *De officiis* di Cicerone (§§ 2.84-85), che assume un rilievo particolare sia per la sua collocazione cronologica, notevolmente arretrata rispetto ai predetti testi giurisprudenziali, sia, soprattutto, per il tipo di informazioni che esso contiene.

Cicerone, terminata la trattazione dei *beneficia* che riguardano i singoli individui, passa a considerare i *beneficia* che riguardano la *res publica*, i quali devono esser elargiti dai governanti in modo tale da giovare o almeno da non nuocere allo Stato. Inoltratosi in questa strada, l'autore cita (§ 2.78) due esempi di cattiva *beneficentia* 'pubblica' tratti dalla storia recente, e cioè i progetti di leggi agrarie propo-

⁶⁷ D.17.1.50.1 (Cels. 38 *dig.*).

⁶⁸ D.34.5.7.1 (Gai. 1 *fideicom.*); D.31.76.5 (Pap. 7 *resp.*); D.32.11.9 (Ulp. 2 *fideicom.*).

sti dai *populares*, volte (secondo la versione filo-*optimates* di Cicerone) a togliere le terre ai possessori e ad assegnarle ad altri soggetti, e il condono dei debiti ('*pecuniam creditam condonare*): simili provvedimenti, afferma Cicerone, minano le fondamenta dello Stato perché fanno venir meno la concordia e l'equità (che assicura a ciascuno il 'suo'). Concluso il discorso sul primo tipo di provvedimento (§§ 79-83), Cicerone si scaglia contro la cancellazione dei debiti, sinteticamente indicata, adesso, con l'espressione '*tabulae novae*' (che allude alla eliminazione dei debiti dai pubblici registri, *tabulae*) e rievoca l'esperienza del proprio consolato (64 a.C.), durante il quale egli si oppose con successo ai tentativi di ottenere tale cancellazione. Il discorso sul punto è particolarmente significativo ai nostri fini:

Cic., De off. 2.84. Tabulae vero novae quid habent argumenti, nisi ut emas mea pecunia fundum, eum tu habeas, ego non habeam pecuniam? Quam ob rem ne sit aes alienum, quod rei publicae noceat, providendum est, quod multis rationibus caveri potest, non si fuerit, ut locupletes suum perdant, debitores lucrentur alienum; nec enim ulla res vehementius rem publicam continet quam fides, quae esse nulla potest, nisi erit necessaria solutio rerum creditarum. Numquam vehementius actum est quam me consule ne solveretur; armis et castris temptata res est ab omni genere hominum et ordine, quibus ita restiti, ut hoc totum malum de re publica tolleretur. Numquam nec maius aes alienum fuit nec melius nec facilius dissolutum est; fraudandi enim spe sublata solvendi necessitas consecuta est ... 85. Ab hoc igitur genere largitionis, ut aliis detur, aliis auferatur, aberunt ii, qui rem publicam tuebuntur, in primisque operam dabunt, ut iuris et iudiciorum aequitate suum quisque teneat ...

«Quale altro significato ha la cancellazione dei debiti, se non che tu compri e possiedi un terreno col mio denaro e io non ho più il denaro? Per questo motivo bisogna fare in modo che non insorga il fenomeno dell'indebitamento, che può nuocere allo Stato (cosa che si può fare in molti modi), e non invece che, se

tale fenomeno esiste, i ricchi perdano le loro sostanze e i debitori acquistino le sostanze altrui; e, invero, nulla tiene più saldo lo Stato della *fides*, che non può mai esservi se il pagamento dei debiti non sarà ‘necessitato’. In nessun altro momento come sotto il mio consolato ci si diede da fare perché non si pagassero i debiti: si cercò di perseguire questo risultato con le armi e gli accampamenti da parte di gente di ogni tipo e risma, ma io resistetti per liberare lo Stato da un così grande male. Mai vi fu una così grande quantità di debiti né (tuttavia) mai si fu adempiuto più adeguatamente e più prontamente: infatti, tolta di mezzo la speranza di frodare i creditori, ne conseguì la *necessitas solvendi* ... 85. Dunque, da questo tipo di beneficenza, consistente nel dare ad alcuni e togliere ad altri, si asterranno coloro che esercitano la difesa dello Stato e anzitutto si preoccuperanno di far sì che, con l’*aequitas* del diritto e dei processi, ciascuno ottenga ciò che gli spetta ...».

Dopo aver osservato che la *fides* – massimo fondamento della tenuta dello Stato – non può sussistere se la *solutio* delle somme date a credito non sarà ‘*necessaria*’ (*‘nisi erit necessaria solutio rerum creditarum’*), Cicerone prosegue ricordando che, grazie alla propria opposizione ai tentativi di ottenere *tabulae novae*, fu tolta di mezzo la speranza dei debitori di frodare i creditori, talché ne conseguì una *necessitas solvendi*. Ebbene, nell’immediato seguito (§ 85) l’autore, volendo conclusivamente desumere dai cattivi esempi dei provvedimenti fondiari e delle *novae tabulae* un ammonimento generale per i futuri governanti, raccomanda a costoro di provvedere a che ciascuno possa mantenere il *suum* attraverso l’*aequitas* del *ius* e dei *iudicia*⁶⁹. Quest’ultima affermazione mostra che, quando Cicerone par-

⁶⁹ ‘... *ii, qui rem publicam tuebuntur, ... operam dabunt, ut iuris et iudiciorum aequitate suum quisque teneat ...*’. L’*aequitas* di cui parla Cicerone è quella che, più volte richiamata proprio nei paragrafi che immediatamente precedono il nostro § 2.85, viene indicata nel § 2.78 come un fondamento della *res publica*, fon-

lava di *necessitas solvendi* quale risultato conseguito con il rigetto delle proposte di condono dei debiti, aveva in mente non una generica 'inevitabilità, necessità dell'adempimento', bensì una necessità derivante dalla persistente, mantenuta possibilità di esperire meccanismi processuali ('... *ut iuris et iudiciorum aequitate suum quisque teneat* ...').

Siffatta lettura è, del resto, confermata in modo indiretto da una più antica presa di posizione dello stesso Cicerone e precisamente da passaggio della seconda orazione *De lege agraria* (pubblicata nel 60 a.C.), in cui l'autore aveva rievocato, con specifico riferimento ad iniqui provvedimenti di distribuzione di terre, lo stesso turbolento periodo storico ricordato nel brano del *De officiis*. Quel che rileva è il fatto che già in quella precedente occasione Cicerone compiva un accenno al fenomeno del venir meno della *fides* che avrebbe poi richiamato anche nel *De officiis* (al § 2.84: '*fides ... esse nulla potest, nisi erit necessaria solutio rerum creditarum*'), ma accompagnando, in quel caso, l'accenno con una menzione esplicita di strumenti processuali (*De lege agraria* II.8): "la *fides* era stata eliminata dal foro ... a causa della diffidenza verso i *iudicia*, del loro sovvertimento e della vanificazione delle *sententiae* » ('*sublata erat de foro fides ... suspicione ac perturbatione iudiciorum, infirmatione rerum iudicatarum*'; analogo riferimento in *De lege agraria* II.10).). Ora, dal momento che l'intero discorso del *De officiis* in cui sono inquadrati i §§ 2.84-85 che ci interessano considera unitariamente, sotto il profilo dell'obiettivo del mantenimento dell'*aequitas*, l'*exemplum* riguardante il possesso di terre e l'*exemplum* relativo alla *solutio* dei debiti, e dal momento che, coerentemente, ad entrambi gli *exempla* si riferisce il cenno conclusivo all'*aequitas* del *ius* e dei *iudicia*, ecco che il riferimento nell'orazione *De lege agraria* al sovvertimento di strumenti processuali, pur se formulato a proposito della sola questione terriera (in relazione, dunque, ai meccanismi giudiziari a tutela della titolarità degli immobili), può senz'altro valere anche con riguar-

damento che viene meno "se non è consentito a ciascuno di avere il suo" ('*si habere suum cuique non liceat*').

do alla questione dei crediti e cioè con riguardo alla *necessitas solvendi*: quest'ultima, dunque, allude alla coerenza consistente nell'esposizione all'esercizio di strumenti processuali da parte del creditore.

In definitiva, mettendo insieme le indicazioni provenienti dal *De officiis* con il riferimento dell'orazione *De lege agraria* al "sovvertimento dei *iudicia*" e alla "vanificazione delle sentenze", si può concludere che l'affermazione di *De off.* 2.84 «tolta di mezzo la speranza di frodare i creditori, ne conseguì la *solvendi necessitas*» allude alla circostanza che, grazie all'opposizione del console Cicerone al condono dei debiti, si è scongiurato il verificarsi di un fenomeno su larga scala che avrebbe frustrato le aspettative dei creditori: e cioè, si è scongiurato che i pretori, esercitando *denegatio actionis* giustificata da un provvedimento governativo di cancellazione dei debiti, respingessero le richieste dei creditori di utilizzare l'azione di accertamento (*actio certae creditae pecuniae*) e le richieste di utilizzare l'*actio iudicati* (qualora fosse già stata pronunciata una sentenza e questa non fosse stata eseguita), nonché denegassero, sempre sulla base di un provvedimento di *tabulae novae*, l'ordine di *ductio* o il *decretum* di *missio in bona* con cui i creditori avrebbero potuto avviare una procedura esecutiva (personale o patrimoniale)⁷⁰. E si può altresì decifrare il senso della qualifica '*necessaria*' nell'affermazione dello stesso *De off.* 2.84 «la *fides* non può mai esservi se la *solutio* dei debiti non sarà *necessaria*» (*fides ... esse nulla potest, nisi erit necessaria solutio rerum creditarum*): la *solutio* non sarà '*necessaria*' ove i *iudicia* e le sentenze vengano sovvertiti e vanificati, sarà invece '*necessaria*' ove vi sia l'effettiva possibilità di esperire una tutela giudiziaria⁷¹. In altri termini, la qualifica

⁷⁰ In sostanza, il riferimento in *De off.* 2.85 all'"equità del *ius* e dei *iudicia*" – con la quale i futuri governanti, esortati a tenersi lontani da largizioni che attribuiscono ad alcuni e tolgano ad altri, sono chiamati a garantire a ciascuno di mantenere il '*suum*' – va inteso in questo senso: che i governanti dovranno astenersi dall'adottare provvedimenti (*ius*) iniqui (redistribuzione di terre; condoni dei debiti) che avrebbero come conseguenza l'impossibilità, anch'essa conseguentemente iniqua, di esperire la tutela processuale (*iudicia*) del *suum*.

⁷¹ Il richiamo al sovvertimento dei processi e alla vanificazione delle sentenze, che accompagna (esplicitamente, nell'orazione *De lege agraria*, implicitamente, nel *De officiis*) il riferimento alla *fides* nel foro, è di ostacolo al ridimensionamento della portata tecnico-processuale delle parole '*nisi sit necessaria solutio rerum creditarum*' (direttamente collegate, appunto, al cenno alla *fides*), e di conseguenza anche al ridimensionamento del richiamo alla '*necessitas solvendi*', che ha proposto R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in *IAH*, I, 2009, 119 s. (= *Scritti minori*, II, Torino 2009, 741 s.)

'*necessaria*' appare utilizzata da Cicerone con la medesima portata evocativa della coercibilità processuale con cui, come si è visto (*supra*, § 6), Seneca (*De ben.* 3.7.1-3) avrebbe utilizzato la concettualizzazione '*res necessaria*' (in contrapposizione a '*res honesta*').

Che, d'altra parte, la concettualizzazione '*necessitas solvendi*' (almeno) già nella metà del I secolo d.C. dovesse avere una valenza tecnica ormai acquisita al sapere giurisprudenziale è desumibile da una preziosa attestazione di Seneca.

Viene in questione, al riguardo, un passaggio del *De beneficiis* che fa parte di una più ampia sezione dedicata all'individuazione delle persone coinvolte dal dovere di ricambiare un *beneficium*.

Seneca, partendo dall'esortazione ad essere riconoscenti anche nei confronti di coloro che hanno beneficiato le persone care (*De ben.* 5.17.7), imposta con l'interlocutore del trattato-dialogo uno scambio dialettico di battute e repliche sulla questione se colui che attribuisce un *beneficium* a qualcuno debba intendersi che lo attribuisce anche al *pater* dello stesso e, dunque, se il *beneficium* dato al *filium* obbliga il *pater* alla restituzione (*De ben.* 5.18.1; 5.19.1-7); quindi, afferma di voler abbandonare l'approccio dialettico-filosofico per risolvere, invece, l'intera questione secondo l'approccio che avrebbe seguito un giurista:

Sen., *De ben.* 5.19.8. *Sed ut dialogorum altercatione seposita tamquam iuris consultus respondeam, mens spectanda est dantis; beneficium ei dedit, cui datum voluit. Si in patris honorem fecit, pater accipit beneficium; si filii in usum, pater beneficio in filium collato non obligatur, etiam si fruitur. Si tamen occasionem habuerit, volet et ipse praestare aliquid, non tamquam solvendi necessitatem habeat, sed tamquam incipiendi causa. Repeti a patre beneficium non debet; si quid pro hoc benigne facit, iustus, non gratus est.*

– il quale, per altro verso, opportunamente ha messo in guardia dall'ingiustificata limitazione del termine '*iudicia*', nella locuzione '*iuris et iudiciorum aequitas*' del § 85, alla sola azione di accertamento, e non anche all'esecuzione: del che, con riguardo a quanto avevo scritto in "*Obligatio est iuris vinculum*" 109 ss. (pur avendo già allora richiamato i brani del *De lege agraria*), faccio ammenda.

«Ma, messa da parte la discussione disputatoria, per rispondere come un giureconsulto, bisogna considerare l'intenzione di chi dà; egli ha dato il *beneficium* a colui che volle fosse dato. Se lo ha fatto direttamente in onore del *pater*, è il *pater* che riceve il *beneficium*; se lo ha fatto a vantaggio del figlio, il *pater* non è obbligato dal *beneficium* conferito al figlio, anche se ne fruisce. Se peraltro (il *pater*) ne avrà l'occasione e voglia anch'egli dare qualcosa, non la consideri una *necessitas solvendi*, ma una ragione di cominciare (sott.: una relazione di scambio di *beneficia*). Non si deve ridomandare un *beneficium* al *pater*; se egli compie benignamente qualcosa in favore di chi ha compiuto il *beneficium* è 'giusto', non 'grato' (cioè: non ha agito in quanto tenuto a *reddere gratiam*)».

La soluzione congegnata adottando una prospettiva di tipo giurisprudenziale è che occorre considerare l'intenzione del benefattore (*'mens dantis'*), con la conseguenza che, se costui abbia inteso conferire al figlio, il *pater* "non è obbligato" (*'non obligatur'*) a restituire il *beneficium*; il *pater*, nondimeno, se ne avrà l'occasione e vorrà compiere un prestazione in favore del benefattore, lo faccia pure, ma senza ritenere tale compimento come una *'necessitas solvendi'* (*'non tamquam solvendi necessitatem habeat'*). Dall'andamento del discorso risulta palese la corrispondenza tra "non essere obbligato" e "non considerare il compimento della prestazione come una *necessitas solvendi'*". Il che – ecco il punto –, alla luce della precisazione iniziale "... per rispondere come un giureconsulto ...", presuppone evidentemente una consapevolezza, da parte di Seneca, che la *necessitas solvendi* era considerata nell'ambiente giurisprudenziale come elemento centrale e caratterizzante di un rapporto obbligatorio, e come tale doveva essere ben compreso dai lettori.

In conclusione, grazie ai brani di Cicerone e Seneca apprendiamo che la locuzione *'necessitas solvendi'* costituisce un concetto ben radicato e, almeno al tempo di Seneca, ormai tecnicizzato nella elaborazione dei giuristi⁷²; che essa ha una sicura centralità nel fenomeno del

⁷² In realtà, ove si consideri che nel *De officiis*, risalente al 44 a.C., Cicerone parla

rapporto obbligatorio, al punto da legittimare l'equivalenza, nell'argomentare senecano, tra "non essere obbligato" (*non obligatur*) e "non considerare il *praestare* alcunché alla stregua di una *necessitas solvendi*"; e infine, che tale *necessitas solvendi* si configura in ragione dell'esistenza di strumenti giudiziari (di accertamento e di esecuzione), che rendono coercibile il dovere di adempiere.

L'implicazione di questa conclusione sul significato delle parole '*quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*' (e quindi sulla complessiva lettura della definizione di *obligatio*) è evidente: Gaio ha impiegato un terminologia precisa e giuridicamente rigorosa, da lungo tempo consolidata quale indicazione tecnica, che esprime la coerenza dell'adempimento propria di un rapporto obbligatorio: coerenza consistente nell'esposizione del debitore alla condanna in sede di *actio* di accertamento e all'eventuale procedura esecutiva.

Significativamente, questo risultato collima perfettamente con l'argomento tratto dalla testimonianza di Inst. 2.23.1 in tema di fedecommissi. Come in quest'ultimo brano il sintagma '*vinculum iuris*' è utilizzato per indicare l'esistenza di una tutela giurisdizionale che rende cogente il compimento della prestazione, così il segmento della definizione '*quo necessitate – rei*', che costituisce l'immediata esplicitazione delle parole iniziali '*obligatio est iuris vinculum*', si riferisce con rigoroso tecnicismo alla presenza di una costrizione all'adempimento in forza di meccanismi giurisdizionali.

In sostanza, sia attraverso le parole '*obligatio est iuris vinculum*' sia attraverso le parole '*quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*' si constata che cardine e baricentro della definizione è il riferimento alla coercibilità processuale. Nel quadro della mia ipotesi interpretativa, ciò si spiega con la circostanza che proprio tramite questa indicazione-chiave Gaio ha voluto distinguere l'*obligatio* in

di '*solvendi necessitas*' senza aggiungere, nell'ambito della stessa affermazione, ulteriori precisazioni (il riferimento all'intervento giudiziale – '*... iure iudicioque ...*' – si trova, come abbiamo visto, solo nel prosieguo del discorso), l'ipotesi più probabile è che un'elaborazione giurisprudenziale della nozione di '*necessitas solvendi*' fosse già avvenuta anteriormente. Chissà – ma è una mera suggestione non dimostrabile – che non abbia avuto un ruolo a tal proposito Quinto Mucio, il famoso giurista operante agli inizi del I secolo, al quale la formazione giuridica di Cicerone è, in generale, fortemente legata.

senso tecnico dalle situazioni che costituiscono espressione della doverosità-*officium*, le quali, pur avvertite come fortemente vincolanti e pur correntemente predicate, perciò, in termini di *obligare/i*, *obstringere*, *devincire*, *debere*, *vinculum*, sono, però, caratterizzate dall'assenza di sanzione processuale per il caso di mancata realizzazione della condotta attesa⁷³.

⁷³Non tiene conto di questa prospettiva di contrapposizione con la vincolatività dell'*officium* – che, pure, è il dato essenziale della mia ipotesi ricostruttiva – il recente rilievo di C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in L. Garofalo (cur.), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, I Padova 2011, 232 nt. 183, secondo cui la conclusione (che ho espresso in "*Obligatio est iuris vinculum*" 171) che «il dettato della definizione esprime, attraverso il richiamo alla *necessitas solvendi*, la spiccata specificità del rapporto obbligatorio consistente nel fatto che il dovere di adempiere è accompagnato dall'esistenza di un'*actio in personam*» – conclusione che, appunto, fissavo per sottolineare la differenza rispetto al dovere di adempiere attinente all'ambito dell'*officium* e sprovvisto di sanzione processuale – andrebbe capovolta nel senso che «è l'*actio* cui è esposto l'*obligatus* ad essere accompagnata dal dovere di adempiere».

Del resto, questo rilievo, per un verso, si inserisce in una più ampia riconduzione della definizione ad una alternativa tra *actio* e prestazione quale essenza dell'istituto (cfr. anche *infra*, nt. 80), a mio avviso troppo netta; per altro verso, si aggiunge ad una considerazione, fuori misura anch'essa, della mia interpretazione della definizione come mossa da «un'inconsapevolmente automatica adesione a letture personalistiche del fenomeno obbligatorio classico che, elevando la prestazione – “concetto generale ... quasi mai esplicitato come tale dalle fonti” e, ciononostante, “confezionato dalla dottrina moderna a guisa di ‘prêt à porter’ [Guarino] – a costante contenutistica dell'obbligazione (anche romana e dell'epoca classica), sono invece da escludere, ad un attento vaglio, anche con riguardo alla sola definizione classica consacrata in I. 3.13 pr.» (p. 228 s.). Al qual proposito, da un lato, non sarà male avvertire, da un punto di vista generale, che, a tacer d'altro, è proprio Gaio a fornirci un riscontro del concetto di “prestazione dovuta in base ad una *obligatio*” (Gai 4.131, su cui appositamente *infra*, § 7.2) e che, in definitiva, già le stesse notazioni di un Seneca sulla differenza tra adempimento del dovere di *reddere beneficium* e adempimento del *debere* che forma oggetto di un *creditum* (*supra*, § 5) rivelano una chiara percezione – anche in ambiente giurisprudenziale: cfr. il cenno al *iuris consultus* in *De ben.* 5.19.8, poc'anzi considerato – del fatto che da un'obbligazione deriva un dovere di *praestare aliquid* (*loc. cit.*) corredato da sanzioni processuali; dall'altro lato, e soprattutto, devo segnalare che uno dei due elementi su cui fa leva Pellosi (p. 229) per respingere la (pretesa) lettura personalistica dell'enunciato, e cioè la rilevanza della sproporzione cui dà vita, all'interno della definizione, il carattere indefinito e marginale del richiamo alla prestazione rispetto all'elemento della vincolatività, era stato proprio da me sottolineato in "*Obligatio est iuris vinculum*" (6; 143 s.; 175 s.) e interpretato nei

7.2. *Continua*: ‘alicuius solvendae rei’

Gaio, peraltro, anziché riproporre rigorosamente la consolidata locuzione ‘*necessitas solvendi*’, ha fatto riferimento all’oggetto del *solvere*, designandolo come ‘*res*’ e qualificandolo in modo indeterminato con l’aggettivo ‘*aliqua*’, sì da parlare di “una qualche prestazione”; “una certa prestazione”: ‘*necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*’.

Ebbene, anche questa circostanza si coordina compiutamente con la nostra ipotesi interpretativa. E ciò con riguardo tanto alla scelta del termine ‘*res*’ quanto all’indeterminatezza dell’indicazione ‘*aliqua res*’.

Come si ricorderà, il cenno ad un ‘*solvere aliquam rem*’ è stato criticato in quanto, se riferito alle sole obbligazioni di ‘*dare rem*’, restringerebbe eccessivamente la portata della definizione, se, invece, inteso in senso ampio, renderebbe l’enunciato incolore e inadatto a distinguere la vera e propria obbligazione dal generico dovere giuridico (*supra*, § 1).

Tuttavia, che l’autore della definizione abbia utilizzato il termine ‘*res*’ per indicare (genericamente ma con portata tecnica) la prestazione del debitore e che, dunque, il sintagma ‘*solvere rem*’ indichi (genericamente ma con portata tecnica) l’adempimento della prestazione, è ben sostenibile – anche a prescindere, in generale, dalle risapute, elastiche potenzialità espressive del termine ‘*res*’ e da alcuni concreti spunti riconoscibili in testi letterari di una certa risalenza⁷⁴ –

termini che qui ripropongo, con spunti ulteriori, nel § 7.2 (l’altro elemento su cui si basa l’A. è dato da una aprioristica, e perciò non utilizzabile, emendazione del testo della definizione: *infra*, nt. 108), e che d’altra parte la conclusione cui approda l’A. al termine del vaglio critico, e cioè che «*Actio*, dunque, anche in questa sede – seppur solo implicitamente – è ciò che, in buona sostanza, determina il passaggio da un vincolo a-giuridico a un vincolo giuridico e connota, come elemento discriminante, l’*obligatio* stessa» (p. 232; spaziato mio), coincide quanto alla sostanza proprio con il dato centrale della mia interpretazione della definizione, ottenuto in “*Obligatio est iuris vinculum*” (*passim*, e spec. 112 s.) e ribadito in questa sede, come si è appena esposto nel testo.

⁷⁴ Si tratta di alcuni brani di commedie plautine (*Curculio* vv. 379; 553; 618; 722; *Aulularia* v. 525), nei quali, in contesti di ambientazione giuridica, compare la locuzione ‘*rem solvere*’ riferita ad un soggetto che adempie. È vero che il commediografo utilizza l’espressione in scene in cui vengono in questione, pur sempre, debiti di una

ove si tenga presente uno specifico riscontro tecnico-giuridico, consistente nel fatto che proprio alla prestazione del debitore, nell'ottica di un esperimento processuale, fa riferimento il termine 'res' in uno schema verbale contenuto nell'editto del pretore.

Alludo alla *praescriptio pro actore* 'Ea res agatur, cuius rei dies fuit': parole che, scostandoci dal farraginoso costruito latino, possiamo intendere come "Si agisca in relazione alla prestazione già scaduta". Questa *praescriptio* si premetteva alla *formula*, su istanza dell'attore, allo scopo di circoscrivere l'azione, e quindi gli effetti preclusivi della *litis contestatio*, alla sola prestazione già scaduta, persistendo invece la possibilità, per l'attore, di riproporre in seguito la stessa azione per successive prestazioni fondate sulla stessa fonte di obbligazione. L'esempio che si suol comunemente addurre⁷⁵ è quello di una *stipulatio* che fonda l'obbligo di versare periodicamente una determinata quantità di denaro: dunque, prestazioni periodiche di 'dare' (*pecuniam*); ma questa *praescriptio* è attestata anche in relazione a prestazioni aventi ad oggetto un *incertum*⁷⁶ e cioè, essenzialmente, un *facere*.

Dunque, in uno schema verbale tecnico, presente nell'editto del

somma di denaro (la circostanza, recentemente segnalata da C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit., 225 nt. 170, era già stata considerata in "Obligatio est iuris vinculum", 139, nei termini che ribadisco qui di seguito); ma ritengo significativo che, nell'ambito di una stessa scena, e a volte in versi limitrofi, Plauto non manca di utilizzare anche indicazioni più concrete del comportamento dovuto e del suo oggetto materiale, come 'dare', 'reddere', 'pecunia', 'aes': segno, mi pare, che la generica locuzione 'rem solvere' avesse un valore diverso e più ampio, esprime l'idea di realizzazione di una condotta avvertita come dovuta, a prescindere dal concreto contenuto della stessa, e, in sostanza, preparatrice (se non già, essa stessa, rivelatrice) del significato di compimento di una prestazione.

Invece, il riferimento a 'res solvere' e 'res solvi' nell'antico formulario della dichiarazione di guerra (Liv., *Ab Urbe condita* 1.32.11), che avevo addotto insieme con i testi plautini in "Obligatio est iuris vinculum" 135 s., mi appare adesso, *re melius pensata*, non utilizzabile.

⁷⁵ Sulla scorta di Gai 4.131, trascritto *infra*, nel testo.

⁷⁶ Cfr. Gai 4.137: 'ea res agatur, quod A. Agerius de L. Titio incertum stipulatus est ... cuius rei dies fuit'; 'ea res agatur, quod N. Negidius pro L. Titio incertum fide sua esse iussit, cuius rei dies fuit'.

pretore, si utilizzava 'res' per indicare la prestazione del debitore in quanto tale, a prescindere dal suo concreto oggetto; e più particolarmente, per indicare la prestazione in una prospettiva processuale, vale a dire la prestazione in quanto oggetto di una richiesta dell'attore. Ebbene, se non altro in ragione di questo impiego edittale, siffatta accezione di 'res' era certamente acquisita allo strumentario terminologico-concettuale dei giuristi.

Ma v'è di più. Proprio Gaio ci offre, sul punto, due interessanti testimonianze.

Anzitutto, in occasione dell'apposita illustrazione dedicata nelle *Institutiones* alla suddetta *praescriptio* (Gai 4.131), per indicare quel che nei *verba* formulari è designato come 'res' ('*cuius rei dies fuit*') il giurista parla di '*praestatio*' e di '*id, quod praestari oportet*'.

Gai 4.131. *Saepe enim ex una eademque obligatione aliquid iam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est, uelut cum in singulos annos uel menses certam pecuniam stipulati fuerimus. nam finitis quibusdam annis aut mensibus huius quidem temporis pecuniam praestari oportet, futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intellegitur, praestatio uero adhuc nulla est; si ergo uelimus id quidem, quod praestari oportet, petere et in iudicium deducere, futuram uero obligationis praestationem in integro relinquere, necesse est, ut cum hac praescriptione agamus: Ea res agatur, cuius rei dies fuit. alioquin si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula, qua incertum petimus, cuius intentio his uerbis concepta est: Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere, totam obligationem, id est etiam futuram, in hoc iudicium deducimus, ...*

«Spesso sulla base di un'unica obbligazione qualcosa deve essere già prestato, qualcosa invece ricade in una futura prestazione, come ad esempio se ci è stato promesso con *stipulatio* il pagamento di una determinata quantità di denaro ripetuto per singoli anni o per singoli mesi. Infat-

ti, conclusi certi anni o mesi, il denaro riguardante questa scansione temporale deve essere prestato, mentre in relazione agli anni (o mesi) futuri l'obbligazione si considera contratta ma la prestazione invece ancora non esiste; se pertanto vogliamo richiedere processualmente e dedurre in una *formula* ciò che occorre prestare, mentre vogliamo lasciare impregiudicata la prestazione futura, è necessario che agiamo con questa *praescriptio*: «L'azione sia svolta in relazione alla prestazione già scaduta». Altrimenti, se avremo agito senza questa *praescriptio*, e cioè con la formula con la quale chiediamo un *incertum*, la cui *intentio* è così congegnata «Qualunque cosa risulta che Numerio Negidio deve dare o fare nei confronti di Aulo Agerio», deduciamo nell'azione l'intera obbligazione, vale a dire anche quella futura».

In secondo luogo, e soprattutto, in un altro luogo delle *Institutiones* Gaio impiega a u t o n o m a m e n t e, e più volte, 'res' per alludere alla prestazione del debitore in quanto oggetto di pretesa dell'attore.

Il riscontro in questione si trova all'interno della trattazione sulla novazione. In particolare, dopo aver detto che la novazione si compie tramite *stipulatio* ed aver considerato l'ipotesi di novazione c.d. soggettiva, nella quale a mutare è la persona del debitore (Gai 3.176), Gaio passa ad illustrare la novazione c.d. oggettiva, affermando che, affinché questa si realizzi, occorre che nella *stipulatio* vi sia un elemento di novità (*aliquid novi*) rispetto alla precedente fonte di obbligazione; quindi, si sofferma specificamente sull'ipotesi che questo elemento di novità consista nell'aggiunta di una condizione e a tal proposito affronta la questione dell'efficacia o meno dell'*actio* con la quale, in caso di mancato avverarsi della condizione, il creditore voglia far valere l'originaria fonte di obbligazione:

Gai 3.177. *Sed et si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio <vel dies aut sponsor> adiciatur aut de-*

trahatur. 179. Quod autem diximus, si condicio adiciatur, nouationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam nouationem, si condicio extiterit; alioquin si defecerit, durat prior obligatio. sed uideamus, num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conuenti exceptione possit summoueri, quia uidetur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio. Seruius tamen Sulpicius existimauit statim et pendente condicione nouationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse et eo modo rem perire; qui consequenter et illud respondit, si quis id, quod sibi L. Titius deberet, a seruo fuerit stipulatus, nouationem fieri et rem perire, quia cum seruo agi non posset. <Sed> in utroque casu alio iure utimur ...

«Ma anche se è la stessa persona quella da cui successivamente ricevo la promessa, avviene novazione se nella *stipulatio* successiva vi sia qualcosa di nuovo, per esempio se si aggiunge o si toglie una condizione o un termine o un garante. Quel che abbiamo detto, che si compie novazione se si aggiunge una condizione, va inteso nel senso che diremo che è avvenuta la novazione se la condizione si sarà avverata; diversamente, se la condizione non si sarà avverata resta in vigore la precedente obbligazione. Vediamo però se colui che agisca in base alla precedente obbligazione possa essere respinto con l'eccezione di dolo o con l'eccezione di patto, poiché appare che tra i due soggetti è stato concordato che la *res* venga richiesta ove sia venuta in esistenza la condizione dedotta nella successiva *stipulatio*. In realtà, Servio Sulpicio ritenne che la novazione avvenga subito anche nell'incertezza che la condizione si avveri, e se poi la condizione non si sarà avverata, non si possa agire in base a nessuna delle due fonti e in tal modo la *res* perisce; lo stesso Servio, coerentemente, rispose che, se qualcuno si è fatto promettere da uno schiavo ciò che a lui doveva Lucio Tizio, si compie novazione e la *res* perisce, in quanto con uno schiavo non si può agire in giudizio. <Ma> per entrambi i casi seguiamo un diverso regime ...».

Come si vede, Gaio usa per tre volte, in una articolazione tematica compatta, il termine ‘*res*’ nel senso di prestazione, assunta dal punto di vista della richiesta processuale dell’attore: una volta, nell’espressione ‘*res peteretur*’ («la *res* venga richiesta»), chiaramente collegata al precedente riferimento all’*agere*’ da parte del creditore (*is, qui eo nomine agat*); due volte, nella locuzione ‘*rem perire*’, alludente al venir meno della pretesa sulla prestazione in ragione dell’impossibilità di esperire l’azione (*ex neutra causa agi posse et eo modo rem perire*; *rem perire, quia cum seruo agi non posset*’).

In conclusione, di fronte a riscontri come quelli che precedono (la locuzione edittale ‘*cuius rei dies fuit*’ e le affermazioni di Gai 4.131 e 4.137), la concettualizzazione ‘*solvere rem*’ della definizione appare senz’altro adeguata e pregnante: il termine *res*, infatti, da un lato, permetteva di abbracciare la generalità delle prestazioni alle quali può esser tenuto il debitore (conformemente alla portata generale della definizione stessa), dall’altro lato, indicando tale termine la prestazione assunta dal punto di vista della richiesta dell’attore, si collocava sulla stessa linea della concettualizzazione ‘*necessitas solvendi*’, giacché quest’ultima allude, come si è visto poc’anzi (§ 7.1), alla cogenza derivante dall’essere il debitore esposto a meccanismi processuali azionabili dal creditore.

Ma oltre alla locuzione in sé ‘*solvere rem*’, anche la vaghezza della indicazione ‘*aliqua res*’ ben si presta a coordinarsi con la nostra ipotesi interpretativa.

Si è già rilevato, agli inizi del nostro discorso (*supra*, § 1), che la genericità di questa indicazione risalta ancor più se confrontata con la puntuale menzione del *dare*, del *facere* e del *praestare* compiuta da Paolo in un brano che converrà avere nuovamente sott’occhio:

D. 44.7.3pr. (Paul. 2 *inst.*). *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

«L’essenza delle obbligazioni non consiste nel fatto che essa rende nostra una cosa corporale o una servitù, bensì nel fatto

che costringe qualcuno nei nostri confronti a dare o fare o assicurare alcunché».

Ora, proprio questo confronto, lungi dall'indurre a stigmatizzare il carattere indefinito del cenno all'*aliqua res* della definizione gaiana, lascia apprezzare il rapporto tra finalità dell'enunciato e dosaggio delle indicazioni. Paolo distingue la *substantia*, l'essenza, degli atti con effetto obbligatorio rispetto a quella degli atti aventi effetto reale⁷⁷ e afferma che, diversamente dal compimento di questi ultimi, che comportano di per sé, direttamente, un acquisto della proprietà o di altro diritto reale in favore del titolare⁷⁸, la conclusione degli atti obbliganti fa sì che un debitore sia costretto ad attivarsi in vista della realizzazione di un'aspettativa del creditore. La *substantia*, e cioè quel che caratterizza tutti gli atti obbliganti al di là delle specifiche figure, consiste nel fatto che essa "constringe ad" una attività di cooperazione del debitore in vista del risultato vantaggioso per il creditore. La medesima locuzione '*substantia obligationis*', invero, ricorre anche in altro testo dello stesso Paolo, e questa volta con esplicito riguardo all'adempimento (*solutio*)⁷⁹: dunque, proprio con riguardo a ciò in cui si concretizza l'attività di cooperazione del debitore. In funzione di una sottolineatura di questo specifico elemento discriminante, presente in ogni atto obbligante, è ben comprensibile che Paolo indichi tutti i possibili contenuti della necessitata collaborazione del debitore al raggiungimento dell'effetto acquisitivo.

⁷⁷ Sull'adozione, in questo brano, di '*obligatio*' nel senso di atto obbligante, anziché come rapporto obbligatorio, cfr. *supra*, § 1 nt. 4.

⁷⁸ È assai probabile che l'esclusiva menzione, nel testo pervenutoci, della servitù prediale (... *servitatem nostram faciat* ...) sia frutto di uno sfrondamento (compilatorio? postclassico?) rispetto ad un più ampio riferimento, nell'originale classico, ad ulteriori figure di diritti reali (massime, all'usufrutto).

⁷⁹ Si tratta di D.46.3.54 (Paul. 56 *ad ed.*): *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem* («La parola '*solutio*' riguarda ogni atto liberatorio in qualunque modo compiuto ed attiene più alla *substantia* dell'*obligatio* che al pagamento di somme di denaro»).

Ebbene, allo stesso modo, è comprensibile che Gaio, pur avendo in mente l'intera gamma dei possibili contenuti del dovere del debitore, non si è dato cura di precisarli attraverso una puntuale elencazione, giacché il suo interesse esclusivo era quello di evidenziare la *c i r c o - s t a n z a i n s é* dell'esistenza di una *necessitas* di *solvere* quale elemento discretivo dell'*obligatio* rispetto al '*debere*' collegato alla sfera dell'*officium*. In sostanza, è vero che l'indicazione dell'oggetto della *necessitas solvendi* è generica e indefinita; tuttavia, questa circostanza, anziché essere intesa come un difetto e screditare il valore dell'intera definizione, si presta a confermare quale fosse l'autentica finalità della definizione stessa: e cioè, non la compiuta fissazione della nozione di *obligatio*, con una consentanea descrizione dettagliata dei contenuti del dovere, bensì la sottolineatura del discrimine esistente tra il *vinculum-obligatio* ed il *vinculum-officium*, rappresentato da quella coercibilità processuale (*necessitas solvendi*) che rende il primo dei due un *vinculum 'iuris'*⁸⁰.

7.3. *Continua: 'secundum nostrae civitatis iura'*

Infine, con la ricostruzione qui sostenuta si coordina perfettamente

⁸⁰ La lettura del diverso modo in cui la prestazione è richiamata nei due testi recentemente proposta da C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit. 234 nt. 185 in chiave storica – l'enunciato di Paolo mostrerebbe, in ragione del cenno al *dare, facere, praestare*, del tutto assente nel dettato di Inst. 3.13pr., «una più intensa sensibilità per l'aspetto della prestazione» e sarebbe pertanto «da collocare in un momento di transizione nel *processus* storico diretto all'affermarsi di quella concezione personalistica dell'*obligatio*, nella quale è [...] la 'prestazione dovuta' ad emergere ed imporsi come contenuto» – non può, a mio avviso, essere accolta. Essa, infatti, non tenendo conto della specifica angolazione del discorso di Paolo, discriminativa tra acquisto immediato e acquisto mediato della situazione di vantaggio, assolutizza la seconda parte della notazione del giurista e la valuta (come già la definizione di Inst. 3.13pr.: *supra*, nt. 73), in funzione della prospettazione di una storia dell'obbligazione, alla luce di un'alternativa tra l'*obstringi* e la prestazione quale essenza dell'*obligatio*: in D. 44.7.3pr. – che l'A. assume senz'altro come riguardante l'*obligatio* quale rapporto obbligatorio –, pur richiamandosi il *dare, facere, praestare*, sarebbe «ancora l'esposizione all'*actio* [...] a connotare l'esse della *obligatio* e non, invece, il contegno del debitore (che mi pare ancora, pure in tale sede, un *quid* di esterno)».

anche la chiusura dell'enunciato '*secundum nostrae civitatis iura*', la quale, letta in quest'ottica, non solo si sottrae alle critiche di pleonasmismo e banalità cui è stata sottoposta (*supra*, § 1), ma diviene altresì senz'altro pregnante e ricca di significato ai fini della presentazione dell'istituto-*obligatio*.

Preliminarmente, va osservato che nessuna delle interpretazioni ricorrenti in dottrina circa il senso (della presenza) delle parole '*secundum nostrae civitatis iura*' appare soddisfacente⁸¹.

In particolare, un riferimento ad una generica conformità dell'istituto *obligatio* all'ordinamento giuridico, o alle regole dell'ordinamento giuridico, renderebbe la chiusura della definizione realmente superflua e banale; d'altra parte, una specifica contrapposizione dell'ordinamento giuridico romano al *ius gentium* – inteso, quest'ultimo, nel senso di complesso di istituti presenti presso ogni comunità organizzata e/o di complesso di istituti giuridici romani applicabili anche agli stranieri – è inammissibile sia in quanto, nella predetta accezione, il *ius gentium* è, comunque, parte dei *iura civitatis*, sia, più particolarmente, giacché rimarrebbero fuori dall'ambito della definizione un gruppo assai consistente di rapporti obbligatori da atto lecito, introdotti e riconosciuti proprio nell'ambito del *ius gentium* (si pensi, ad es., ai contratti consensuali); e ancora, l'idea che la chiusura della definizione esprima un riferimento della nozione di *obligatio* ai soli rapporti del *ius civile*, con esclusione del *ius honorarium* – oltre a risentire di un pregiudizio oggi non più sostenibile, e cioè la non classicità delle *obligationes honorariae* o *praetoriae* – urta contro il dato testuale: infatti, o con il termine '*iura*' si intendono gli 'ordinamenti' della *civitas*, e allora un riferimento al solo *ius civile* è già reso impossibile dall'uso del plurale, oppure il termine '*iura*' viene riferito ai concreti contenuti degli 'ordinamenti', e allora costituisce difficoltà insormontabile la circostanza che anche gli istituti e le regole provenienti dall'attività pretoria fanno parte della *civitas*; né, infine, si capirebbe per qual motivo un giurista avrebbe avvertito l'opportunità di

⁸¹ Per una più analitica lettura critica delle diverse ipotesi interpretative alle quali rapidamente si accenna nel testo rinvio a "*Obligatio est iuris vinculum*", 145 ss.

precisare che l'*obligatio* definita in quel modo era propria dell'ordinamento giuridico romano e non anche di comunità giuridiche diverse da quella romana⁸².

Detto ciò, nel quadro interpretativo che si è venuto fin qui compo-

⁸² È, quest'ultima, l'ipotesi di uno dei due studiosi che si sono, in tempi recentissimi, soffermati in modo apposito sulla chiusura della definizione: F. STURM, *Secundum nostrae civitatis iura. Inst. 3, 13 pr.: ein Grenzstrich zwischen eigenem und fremdem Recht?* in *Liber Amicorum Guido Tsuno*, Frankfurt a.M., 2013, 365 ss.; ID., *Scientia rerum e scientia iuris*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, Lecce 2016, 7, 99 nt. 13 (ma già in passato G. Segré si era posto in un ordine di idee analogo: cfr. "*Obligatio est iuris vinculum*", 147).

L'altro studioso che si è ultimamente occupato con qualche specificità delle parole in esame è V. GIUFFRÈ, *La definizione di "obligatio" nelle "Gai Institutiones". Un'isola che non c'è?*, in *IURA* 64, 2016, 123 ss., il quale ritiene che la chiusura dell'enunciato sarebbe espressione di una visione opposta alla «concezione volontaristica classica», che aveva garantito la libertà negoziale dei *cives*: la precisazione '*secundum nostrae civitatis iura*', da un lato, avrebbe escluso che l'autonomia dei privati potesse introdurre rapporti obbligatori non previsti dall'ordinamento giuridico, dall'altro lato, avrebbe mirato a sancire legislativamente (data la portata ufficiale delle Istituzioni imperiali) la possibilità che il «diritto padre-padrone» del *dominatus* tardo-antico e giustiniano introducesse *ex lege* nuove *obligationes* fra i sudditi (p. 124). In realtà, siffatta lettura – che forse risente in modo inconscio dell'art. 1173 cod. civ. "Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico", richiamato dallo stesso autore – non poggia su alcun appiglio specifico (se non, a quanto pare, sulla convinzione, subito prima espressa dallo studioso, secondo cui il testo conservato in Inst. 3.13pr. avrebbe una intrinseca natura incompatibile con la «vera e propria definizione» che sarebbe stata congegnata da un giurista classico quale Gaio nelle sue *Institutiones*: ma sul punto cfr. *infra*, § 9.2 nt. 136). A parità di mancanza di appigli, si potrebbe altrettanto legittimamente immaginare che quella riferita fosse, semmai, una *duplex interpretatio* da parte dei giustinianeî rispetto ad un più antico testo (e nemmeno da parte di tutti costoro: lo stesso Teofilo, ad es., uno dei compilatori del manuale, intende in modo del tutto diverso le parole conclusive, pensando che esse si riferiscano alla necessità che l'adempimento di un'obbligazione avvenga attraverso uno dei modi riconosciuti dall'ordinamento: cfr. "*Obligatio est iuris vinculum*" 12 ss.). È il caso, poi, di precisare che, a causa del verbo '*adstringimur*', è da scartare una origine giustiniana non solo dell'intera definizione (come rilevato *supra*, § 3), ma, direi, anche delle sole parole finali: aggiungerle avrebbe, infatti, comportato soffermarsi con attenzione apposita sull'intero dettato, cosa che avrebbe portato il compilatore ad accorgersi di quello sconveniente plurale che finiva per rappresentare lo stesso imperatore come un debitore costretto ad adempiere.

nendo la chiusura delle definizioni acquista chiarezza grazie alla circostanza che, in una tradizione di pensiero avente in Cicerone e Seneca i principali tramiti nella cultura romana, i valori che, coltivati dalla interiorità del singolo, stimolano ad adempiere all'*officium* erano considerati come derivanti dalla *natura* e, per ciò stesso, come presenti nell'intero genere umano e non già in questa o quella comunità.

Quanto al primo dato, si vedano ad esempio le seguenti notazioni ciceroniane: l'*officium sequi* consistente nell'adempimento di una *rogatio* fedecommissaria si riconduce alle virtù *fides*, *aequitas*, *probitas*, *iustitia*, in quanto discendenti dalla *natura* (*De finibus* 2.59, considerato *supra*, § 4); il *pudor* e la *verecundia* sono "semi dati agli uomini dalla *natura*" (*De fin.* 4.18); la *benevolentia*, e cioè il sentimento che sta alla base dello scambio reciproco di *officia*, discende dalla *natura* (*Laelius* 49-50); la *voluntas referendae gratiae* si collega alla *natura* (*De legibus* 1.43); dal *naturae ius* deriva la *gratia*, nella quale sono contenute la *memoria officiorum* e la *remunerandi voluntas* (*De inventione* 2.161); un atteggiamento riprovevole è indicato come discrepante, congiuntamente, "dall'*officium* e dalla *natura*", '*ab officio naturaque*' (*De off.* 1.146); la '*vera lex*' è la "*recta ratio* conforme alla *natura*, che chiama all'osservanza dell'*officium* ... e distoglie dalla *fraus*" (*rep.* 3.33, su cui *supra*, § 4); la vita rispondente all'*honestum* e alle virtù può considerarsi "conforme alla *natura*", '*naturae congruens*' (*De finibus* 5.66)⁸³.

Quanto alla presenza dei predetti valori presso qualsiasi comunità, ad es., sempre Cicerone (*De legibus* 1.32) si chiede «Quale popolo non apprezza l'animo grato e memore dei benefici ricevuti?»⁸⁴. Ed è lo stesso Cicerone, in altra occasione, ad affermare che «in ogni ambito, il convergente sentire di tutte le *gentes* è da ritenersi *lex naturae*»⁸⁵. D'altra parte, in un brano del *De officiis* (§ 3.69) l'autore adduce alcu-

⁸³ Quest'ultima affermazione va letta tenendo presente il diretto collegamento, altrove instaurato dallo stesso Cicerone, tra *honestum/honestas* e osservanza dell'*officium*: cfr., ad es., *De off.* 1.4 e 1.14-17 richiamati *supra*, § 6 su nt. 47.

⁸⁴ '*Quae autem natio [...] non gratum animum et beneficii memorem diligit?*'

⁸⁵ Cic., *Tusculanae disputationes* 1.30 '*omni ... in re consensus omnium gentium lex naturae putanda est*'.

ni schemi processuali improntati sulla *fides* quali riflessi del ‘*verum ius*’, e cioè di un *ius gentium* richiamato in modo scambievolmente rispetto alla *lex naturae* poco prima menzionata: vale a dire, un *ius gentium* inteso come la stessa *lex naturae*, còlta dallo specifico punto di vista della sua validità e adozione presso tutti i popoli (*gentes; nationes; homines*). Conviene riportare questo importante passaggio:

Cic., *De off.* 3.69 «Anche se ciò (= agire con insidia, con astuzia, fraudolentemente), a causa della depravazione dei costumi, non venga considerato turpe secondo il *mos* o non sia sanzionato dalla legge o dal *ius civile*, tuttavia è sanzionato dalla legge di natura. Vi è una società, infatti – cosa che, anche se l’ho già detta spesso, è opportuno dirla ancora una volta –, che ha la maggior estensione ed è quella che unisce gli uomini tra loro, più ristretta è quella che unisce gli uomini di uno stesso popolo, più ristretta ancora quella che unisce gli uomini di una stessa comunità cittadina. Pertanto i nostri antenati vollero che una cosa sia il *ius gentium*, altra cosa il *ius civile*: ciò che è *ius civile* non è senz’altro *ius gentium*, mentre ciò che è *ius gentium* deve essere anche *ius civile*. Ma noi purtroppo non abbiamo un’immagine solida e scolpita del vero diritto e della vera *iustitia*, ne abbiamo solo immagini appena adombrate. E magari seguissimo queste! Derivano, infatti, da modelli ottimi della natura e della *veritas*. 70. Infatti, quanto eccelse sono le parole “PERCHÉ IO NON SIA INGANNATO NÉ DA TE NÉ DALLA TUA *FIDES*”! E quanto aeree le parole: “SÌ COME OCCORRE COMPORTARSI *BENE* TRA *VIRI BONI* E SENZA *FRODE*”! ...»⁸⁶.

⁸⁶ ‘*Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est. Societas est enim – quod, etsi saepe dictum est, dicendum est tamen saepius – latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes, interior eorum, qui eiusdem gentis sint, propior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt: quod civile, non idem continuo gentium,*

Come anticipato, il *ius gentium* che Cicerone giustappone al *ius civile* («... ciò che è *ius civile* non è senz'altro *ius gentium*, mentre ciò che è *ius gentium* deve essere anche *ius civile*») corrisponde alla *lex naturae* subito prima menzionata come sanzionatrice del comportamento fraudolento e contrapposta, in quest'ottica al complessivo assetto giuridico positivo⁸⁷. Cicerone vuole affermare che i valori del *ius gentium* – posti a salvaguardia dell'intero consorzio tra gli uomini (la *societas* amplissima “di tutti gli uomini tra loro”: ‘*omnium inter omnes*’) – “devono” essere recepiti dal *ius civile*⁸⁸, cioè dall'ordinamento di ogni singola comunità, e tra quei valori la *fides*, la messa al

quod autem gentium, idem civile esse debet. Sed nos veri iuris germanaeque iustitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur. Eas ipsas utinam sequeremur. Feruntur enim ex optimis naturae et veritatis exemplis. 70. Nam quanti verba illa uti ne propter te fidemve tvam captus fraudatusve sim! Quam illa aurea ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione ...'.

⁸⁷ Assetto positivo che viene indicato dettagliatamente attraverso il richiamo al *mos*, alla legge e al *ius civile*: ‘... *neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est*’. Quanto al primo dei tre elementi di questa articolazione (*mos*), esso allude alla complessiva tavola di valori etici condivisi dal gruppo sociale e ritengo che, alla luce della complessiva angolazione del discorso, riguardante la sanzione dei comportamenti fraudolenti, implichi più specificamente, come ha rilevato R. FIORI, *Bonus vir*, cit., 134 nt. 340, un riferimento a strumenti sanzionatori «diversi da quelli prodotti mediante il processo civile, come ad esempio la *nota censoria*». Quanto agli elementi ‘*lex*’ e ‘*ius civile*’, la loro menzione si riallaccia al concreto riferimento, che Cicerone aveva compiuto nel § 65, alla creazione da parte della giurisprudenza (ivi esplicitamente indicata come ‘*ius civile*’) della *poena reticentiae* in materia di vendita di terreni, che si era aggiunta alla punizione del doppio per le dichiarazioni false prevista dalla legislazione decemvirale. La circostanza che, invece, nel successivo dualismo instaurato con il *ius gentium* il sintagma ‘*ius civile*’ indica, piuttosto, esso stesso, il complessivo assetto positivo si giustifica con il fatto che Cicerone richiama una posizione assunta in quei termini, e cioè con accezione onnicomprensiva di ‘*ius civile*’, da altri soggetti («i nostri antenati vollero che una cosa sia il *ius gentium*, altra cosa il *ius civile* ...»).

⁸⁸ Ritengo che l'affermazione «ciò che è *ius gentium* ‘deve’ essere *ius civile*» sia da intendere come espressione di un’aspirazione ideale: che il verbo ‘*debet*’, cioè, vada inteso come “dovrebbe”.

bando delle astuzie, delle insidie, degli inganni (tematica nella quale il discorso svolto nei §§ 69-70 si inserisce): da qui, la citazione, nell'immediato seguito (§ 70: «I n f a t t i ...»), di schemi verbali imperniati sulla *fides* (“PERCHÉ IO NON SIA INGANNATO NÉ DA TE NÉ DALLA TUA *FIDES*”; “SÌ COME OCCORRE COMPORTARSI ... SENZA FRODE”), adottati come esempi di riflessi del ‘*verum ius*’ (= *ius gentium*, *lex naturae*, *natura*)⁸⁹. Del resto, se non fosse questo il senso del richiamo al *ius gentium*, se, cioè il *ius gentium* non fosse qui avvertito come coincidente con la *lex naturae*⁹⁰, non si capirebbe per qual motivo proprio in questa occasione, a differenza dei numerosi altri luoghi del *De officiis* in cui richiama l’esistenza di una *societas* che si instaura fra tutti gli *homines*⁹¹, Cicerone avrebbe sentito il bisogno di aggiungere un

⁸⁹ Il primo dei due schemi verbali riferiti da Cicerone appartiene ad un istituto giuridico altrimenti sconosciuto. Il secondo è un segmento di *formula* dell’*actio fiduciae*. È degno di nota che questo in esame è l’unico luogo in cui Cicerone trascrive, di quella *formula*, anche le parole ‘*et sine fraudatione*’ e cioè quelle che più direttamente chiamano in causa la (contrarietà alla) *fides*: in altri casi, infatti, Cicerone si limita a riportare le parole ‘*ut inter bonos bene agier*’ o ‘*ut inter bonos bene agier oportet*’ (*De off.* 3.61; *Topica* 17.65; *Ad familiares* VII.12). Ciò si spiega con la circostanza che proprio per il riferimento alla *fides* gli schemi verbali vengono scelti da Cicerone quali esempi di istituti (processuali) di diritto positivo che l’autore considera ispirati a “modelli ottimi della *natura* e della *veritas*”: la *veritas*, infatti, è più volte indicata da Cicerone, nello stesso trattato *De officiis*, come elemento caratteristico della *fides*, e questa, a sua volta, è ritenuta quale essenza della *iustitia* (cfr., ad es., *Cic., De off.* 1.23: «il fondamento della *iustitia* è la *fides*, cioè il restar fermi e la *veritas* nei confronti delle promesse e degli accordi»; 1.31 è proprio dell’uomo *iustus* «osservare ciò che è stato promesso e tutto ciò che attiene alla *veritas* e alla *fides*»; 1.63: l’aspetto più lodevole della *iustitia* è essere “amici della *veritas* e niente affatto ingannevoli”). Con il che, il cerchio si chiude: l’autore, infatti, può addurre questi schemi verbali come simulacri (*umbrae et imagines*) che è dato vedere dell’“autentico diritto e dell’autentica *iustitia*”.

⁹⁰ Come sostenuto, ultimamente, da R. FIORI, *La nozione di ius gentium nelle fonti di età repubblicana*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, cit., 3, 112 ss.

⁹¹ Cfr. *De off.* 1.15, 1.17, 1.20, 1.21, 1.22 1.50-51, 1.60; 1.153; 1.157-158, 1.160; 3.21; 3.23; 3.28; 3.31; 3.52; 3.53. Ben si comprende, di fronte a questa molteplicità di riferimenti, che Cicerone stesso affermi, nel § 3.69 in esame, di aver richiamato “spesso” l’esistenza di questa *societas* amplissima che si instaura fra tutti gli *homines* (rinvio a G. FALCONE, *Il rapporto ius gentium – ius civile e la societas vitae in Cic., off. 3.69-70*, in *AUPA* 56, 2013, 262 nt. 4).

riferimento al dualismo *ius gentium-ius civile* e, più particolarmente, l'osservazione «ciò che è *ius gentium* deve essere anche *ius civile*».

D'altronde, che Cicerone⁹² intendesse, in questo contesto, il *ius gentium* in termini di sovrapposizione ed equipollenza rispetto alla *lex natura* subito prima menzionata (e alla *natura* menzionata nelle battute subito successive) è confermato da un istruttivo confronto: in un precedente passaggio dello stesso *De officiis* Cicerone fissava, questa volta in modo esplicito, una identificazione tra *natura* e *ius gentium* ('... *natura, i d e s t iure gentium ...*') e faceva ciò proprio con riguardo ad un altro principio riferito alla *natura* (il divieto di arricchirsi a detrimento altrui) e, ancora, proprio in chiave di contrapposizione con le statuizioni degli ordinamenti positivi: vale a dire, nello stesso tipo di prospettiva in cui si inseriscono i richiami alla *lex naturae* al *ius gentium* del § 3.69. Ecco il testo:

Cic., *De off.* 3.21 *Detrahere igitur alteri aliquid et hominem hominis incommodum suum commodum augere magis est contra naturam quam mors, quam paupertas, quam dolor ... nam principio tollit convictum humanum et societatem. 23. Illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes augeamus. Neque vero hoc solum natura, id est iure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri.*

«Sottrarre dunque qualcosa ad un altro e fare il proprio vantaggio con svantaggio altrui è più contrario alla natura che la morte, la povertà, la malattia ... infatti mina alle basi la convivenza e la società umana. La natura non tollera che accresciamo i nostri beni e le nostre ricchezze con le spoglie degli altri. Né in realtà soltanto dalla *natura*, cioè dal *ius gentium*, ma anche dalle leggi positive, con le quali

⁹² Non interessa qui affrontare la questione se già gli stessi "maiores" richiamati da Cicerone intendessero in questo modo il rapporto tra *ius gentium* e *ius civile* o se, invece, l'affermazione che i contenuti del *ius gentium* devono (= dovrebbero) esser accolti dagli ordinamenti positivi risponda ad una personale rilettura ciceroniana.

nelle singole città si tengono salde le organizzazioni statali, è stabilito che non è consentito nuocere ad altri per raggiungere un proprio vantaggio».

E ancora, si consideri un brano come il seguente, tratto dal dialogo *De oratore*, nel quale il *ius gentium* e il *ius hominum* (= diritto naturale) si trovano menzionati all'interno di una elencazione, che altro non è che indicazione dei temi della *philosophia moralis* e che, più specificamente, consiste in una sequenza di *virtutes*:

Cic., *De oratore* 1.13.56 *Cum illi in dicendo inciderint loci... ut de dis immortalibus, de pietate, de concordia, de amicitia, de communi civium, de hominum, de gentium iure, de aequitate, de temperantia, de magnitudine animi, de omni virtutis genere sit dicendum, clamabunt, credo, omnia gymnasia atque omnes philosophorum scholae sua esse haec omnia propria ...*

«Se in un discorso dovessero essere illustrati temi come gli dèi immortali la *pietas*, la concordia, l'amicizia, il *ius civile*, il diritto naturale, il *ius gentium*, l'*aequitas*, la temperanza, la grandezza d'animo, e ogni tipo di virù, credo che tutti i ginnasi e le scuole filosofiche reclamerebbero che tali argomenti sono di loro spettanza ...»⁹³.

Fin qui, Cicerone. Ma lo stesso filone di pensiero, che ricollega al *ius gentium* valori quali la *fides* e il senso di equità, emerge anche in

⁹³ Il richiamo, in apertura di elenco, agli dèi immortali si spiega alla luce di una rappresentazione come quella espressa, ad es., in *De off.* 3.28, in cui Cicerone (nel quadro dell'articolato discorso sulla contrarietà alla *natura* del perseguimento del proprio guadagno a detrimento altrui, da cui si è poc'anzi riportato un passaggio) afferma che coloro che non rispettano la *beneficentia*, la *liberalitas*, la *bonitas*, la *iustitia* sono "empi anche nei confronti degli dei immortali", giacché da costoro è stata costituita la *societas* che si instaura fra tutti gli *homines*. Quanto, poi, alla menzione del '*ius commune civium*', e cioè del *ius civile*, è da pensarsi ad orizzonti di riflessioni sul rapporto tra il *ius civile* e il *ius hominum/ius gentium* del tipo di quella espressa nel passaggio di *De off.* 3.69 poc'anzi esaminato (su ntt. 86-91).

Seneca, là dove questo autore afferma (*De ben.* 3.14.2) ‘*Aequissima vox est et ius gentium prae se ferens*: «Redde quod debes!»⁹⁴: «È una voce massimamente equa e che ha dalla sua il *ius gentium*: “restituisci ciò che devi!”»⁹⁴; o, con diverso tenore, ‘*Gentium lex est, quod acceperis reddere*’: «È una legge di tutte le *gentes*, restituire ciò che avrai ricevuto» (*De remediis fortuitorum* 2.1).

Negli impieghi or ora considerati (e con particolare evidenza nei luoghi ciceroniani), dunque, il *ius gentium* è visto, nella sua contiguità/equipollenza rispetto a *natura* e *ius naturae*, come un sovraordinante sistema di principi e di valori, con un significato (per dir così, appunto, ‘valoriale’) evidentemente diverso e ulteriore rispetto alle accezioni che si incontrano più comunemente nelle fonti: le quali, com’è noto, menzionano di solito il *ius gentium* o per indicare che un istituto giuridico è fruibile anche da parte dei peregrini o per indicare che un istituto giuridico è presente e riconosciuto presso tutti i popoli (o ancora, per designare – per lo più nei testi letterari – quello che chiameremmo ‘diritto internazionale’).

Tornando alle parole conclusive della definizione ‘*secundum nostrae civitatis iura*’, esse, dunque, dal mio punto di vista sono state congegnate per evidenziare un ultimo ed essenziale elemento discreitivo dell’*obligatio* rispetto alla situazione vincolante connessa all’*officium*. Dovettero, cioè, avere la funzione di precisare che – mentre l’osservanza dell’*officium* è indotta da spinte interiori che appartengono alla sfera dell’*honestum*, quali la *fides*, il *pudor*, la *iustitia*, l’*aequitas* etc., avvertite come scaturenti e sancite dalla *natura*, dal *ius*

⁹⁴ L’affermazione è congegnata avendo riguardo alla *fides* e al senso dell’*aequum* che dovrebbero indurre un mutuatario a restituire spontaneamente. Nell’immediato seguito, infatti, Seneca deplora (*ben.* 3.15.1-2): «Magari potessimo persuadere gli uomini ad accettare il denaro dato a mutuo solo da coloro che lo restituiscono spontaneamente (*ut pecunias creditas tantum a volentibus acciperent!*). Magari nessuna *stipulatio* obbligasse il compratore nei confronti del venditore e i patti venissero custoditi non in forza dell’apposizione di sigilli e a conservarli fossero, invece, la *fides* e un animo che coltiva l’*aequum*! (*fides potius illa servaret et aequum colens animus!*) Ma gli uomini anteposero i comportamenti “necessitati” a quelli “ottimi” e preferiscono costringere la *fides* piuttosto che aspettarla (*Sed necessaria optimis praetulerunt et cogere fidem quam expectare malunt*)».

gentium nel senso appena precisato – la cogenza che incombe su chi deve adempiere una prestazione nel rapporto obbligatorio è data dall'esistenza di un meccanismo sanzionatorio dell'ordinamento giuridico positivo romano. Con la sottolineatura del fatto che la *necessitas solvenda rei* operava in conformità ai *iura nostrae civitatis*, la separazione dell'*obligatio* rispetto all'*officium* era, dunque, completa e netta.

Il significato delle parole conclusive, in sostanza, è a mio avviso “conformemente agli istituti del nostro ordinamento giuridico positivo”, ove gli “istituti” sono quelli processuali, implicitamente contrapposti ai meccanismi interiori sollecitatori dell'adempimento dell'*officium*, riconducibili alla *natura* e perciò non propri di una singola *civitas*.

Siffatta traduzione-interpretazione è perfettamente consona al modo di esprimersi di Gaio.

Invero, quanto al termine '*iura*', il suo impiego per indicare i concreti prodotti di un ordinamento giuridico è attestato in due luoghi significativi delle *Institutiones*: a) con il significato di 'istituti giuridici' o 'istituzioni giuridiche', esso è presente nell'affermazione di Gai 1.2 – notevole data la posizione di cornice e premessa dell'intera esposizione del manuale – '*Constant ... iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*' («Gli istituti giuridici del *populus Romanus* derivano da leggi, plebisciti, senatoconsulti, costituzioni imperiali, editti di coloro che hanno il *ius edicendi, responsa dei giuristi*») ⁹⁵; b) con il significato oscillante tra 'istituti giuridici' e 'regole giuridiche', il termine compare in Gai 3.96, ove si afferma che

⁹⁵Non è raro che in dottrina Gai 1.2 venga letto come se il giurista dicesse che i *iura populi Romani* “consistono in” leggi, plebisciti, senatoconsulti etc. (come, se, cioè, '*iura*' si riferisse alle fonti di produzione del diritto). Sennonché, che '*iura*' alluda alle istituzioni giuridiche derivanti da leggi, plebisciti, senatoconsulti etc., ai risultati, cioè, delle fonti di produzione (anziché alle fonti stesse), è mostrato, da un lato, dalla stessa locuzione '*constare ex*' (= “trarre consistenza da”, derivare da”), dall'altro lato, dal fatto che in uno dei paragrafi nei quali ciascuna delle fonti menzionate in Gai 1.2 viene definita, e precisamente in Gai 1.7, i *responsa prudentium* sono descritti come «i pareri e le opinioni di coloro ai quali è stato permesso di creare *iura*» ('*quibus permissum est iura condere*'): dal che si desume che anche nel correlato § 1.2 il termine '*iura*' allude ai risultati, ai prodotti delle varie fonti ivi elencate, non alle fonti stesse.

l'eventuale esistenza di un determinato regime anche presso i *peregrini* potrà esser verificato "*singularum civitatum iura requirentes*" («indagando sui *iura* delle singole *civitates*») – testo nel quale, peraltro, risalta immediatamente la simmetria della struttura '*singularum civitatum iura*' rispetto a '*nostrae civitatis iura*'⁹⁶. Quanto all'aggettivazione '*nostra civitas*', essa compare in un interessante luogo delle *Res cottidianae* sul quale ci soffermeremo anche più avanti (*infra*, § 10.1):

D.41.1.1pr. (Gai. 2 *rer. cott.*) *Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae.*

«Di alcune cose acquistiamo il dominio in base al *ius gentium*, che per una *ratio* naturale è osservato uniformemente presso tutti gli uomini, di altre *res* in base al *ius civile*, cioè in base allo specifico diritto della nostra comunità ...».

Questo riscontro, peraltro, è tanto più importante in quanto il sintagma '*nostra civitas*' è utilizzato per esprimere una polarità tra una realtà propria dell'ordinamento giuridico romano e uno stato di cose avvertito come presente presso tutti i popoli: proprio come accade con la chiusura '*secundum nostrae civitatis iura*', pur se in quest'ultima l'elemento per dir così 'universale' implicitamente contrapposto alla specificità del "nostro ordinamento" è, a mio avviso, la *natura* (da cui discendono, presso tutti gli uomini, i valori interiori che spingono all'osservanza dell'*officium*) e non, come in D.41.1.1pr., l'insieme degli ordinamenti giuridici positivi di tutti i popoli.

A questo punto, è opportuno precisare che a legittimare, su un piano generale, la possibilità che le parole conclusive della definizione risentano della suddetta tradizione culturale testimoniata da Cicerone e Seneca è il fatto della circolazione, in ambiente giurisprudenziale classico, delle prospettive di tipo 'valoriale' insite nei richiami alla *natura*

⁹⁶ Le parole di Gai 3.96 sono già state in precedenza indicate come uno degli indizi in favore della paternità gaiana della definizione: *supra*, § 3 su nt. 20.

e al *ius gentium*: prospettive che potevano esser veicolate o dalla letteratura precettistica riguardante gli *officia*, che verosimilmente i giuristi *ab antiquo* frequentavano (*infra*, § 11), o da altro materiale filosofico e/o retorico confluyente nell'ordinario processo di apprendimento della *scientia iuris*. Richiamo, a tal proposito, alcuni esempi, che rivelano, se non una diretta ispirazione da questa o quella pagina specifica, comunque una chiara recezione delle predette prospettive.

Pomponio (contemporaneo di Gaio) ricollega alla *natura* (o *ius naturae*) il divieto di lucrare a detrimento altrui nei seguenti due brani:

D.12.6.14 (Pomp. 21 *ad Sab.*) *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem.*

«Infatti è equo per natura che nessuno si arricchisca con detrimento altrui»;

D.50.17.206 (Pomp. 9 *ex uariis lectionibus*) *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem.*

«È equo per diritto di natura che nessuno si arricchisca con detrimento e danno altrui».

È agevole constatare che il giurista si esprime in maniera analoga alle notazioni che abbiamo incontrato nel passaggio di Cic., *De off.* 3.21-23, poc'anzi trascritto, nonché alle ulteriori riflessioni che Cicerone compiva nel complessivo contesto in cui quei paragrafi sono incastonati (*De off.* 3.21-32).

Papiniano (fine II secolo) pone sullo stesso piano i *boni mores* e il *ius gentium* nel motivare il seguente responso:

D. 39.5.29.2 (Pap. 12 *responsorum*) *Donationem quidem partis bonorum proximae cognatae uiuentis nullam fuisse constabat: uerum ei, qui donauit ac postea iure praetorio successit, quoniam aduersus bonos mores et ius gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondi[t].*

«È pacifico che fu nulla la donazione di una parte dei beni della parente di sangue più vicina ancora vivente: e invero ho rimpiazzato che a colui che ha donato e che è poi divenuto successore pretorio vanno del tutto denegate le azioni volte ad acquistare l'eredità, dal momento che contro i *boni mores* e il *ius gentium* aveva avuto premura (di donare)».

Il riscontro va apprezzato tenendo presente due circostanze, da coordinare tra loro. Da un lato, in un altro testo di Papiniano (la figura dei “buoni costumi” è ricorrente in questo giurista) i *boni mores* vengono intesi come sintesi di valori quali *pietas*, *existimatio*, *verecundia*: «... quei fatti che ledono la nostra *pietas*, la nostra dignità, il nostro sentimento del pudore e che, per dirlo in termini onnicomprensivi, si compiono contro i *boni mores* ...»⁹⁷. Dall'altro lato, la *pietas*, il primo dei suddetti valori, nella tradizione culturale più su richiamata era lo specifico valore che comportava il rispetto dell'*officium* nei confronti dei parenti di sangue: *pietas* è la virtù che «ammonisce ad osservare l'*officium* nei confronti della patria, dei genitori e degli altri parenti di sangue», la virtù «in forza della quale si tributa ai parenti di sangue e alla patria un *officium* benevolo e un culto zelante»⁹⁸. E appunto in ragione del coinvolgimento dell'*officium* verso i parenti di sangue (*cognati*) si giustifica il richiamo, nel trascritto responso, alla contrarietà ai *boni mores*: ché la donazione di parte del patrimonio della parente di sangue più vicina aveva significato, appunto, mancata osservanza di *benivolum officium* nei suoi riguardi. Ebbene, quel che è significativo ai nostri fini è il fatto che accanto alla contrarietà ai *boni mores* Papiniano richiama la contrarietà al *ius gentium*: il dato stesso della contiguità e abbinamento e la concreta

⁹⁷D. 28.7.15 (Pap. 16 *quaestionum*) ‘... *quae facta ledunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est*’.

⁹⁸Rispettivamente: Cic., *De inventione* 2.66 ‘*pietatem, quae erga patriam aut parentes aut alios sanguine coniunctos officium conservare moneat*’; 2.161 ‘*pietas, per quam sanguine coniunctis patriaeque benivolum officium et diligens tribuitur cultus*’.

fattispecie in esame portano necessariamente a pensare ad un impiego della categoria— *ius gentium*, come nella predetta tradizione culturale, in connessione con i valori e le *virtutes* che presiedono al rispetto dell'*officium*. Del resto, nella medesima tradizione culturale, la *pietas* era fatta derivare dalla *natura* (o dal *ius naturae*)⁹⁹: con il che, il discorso papiniano si pone, quanto alla sostanza, sullo stesso piano rispetto alle notazioni Paolo e di Trifonino, che consideriamo subito di seguito, le quali riecheggiano, esplicitamente, anche il motivo della equipollenza fra *ius gentium* e *natura* presente nei luoghi ciceroniani più su considerati¹⁰⁰.

Paolo, in uno specifico contesto, purtroppo non conservatoci, in cui doveva occuparsi di obbligazioni nascenti da una *datio* e sanzionate da *condictio*¹⁰¹, precisava:

D.50.17.84.1 (Paul. 3 *quaestionum*) *Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.*

«Deve in base alla *natura*, colui che deve dare in base al *ius gentium*, (e) del quale abbiamo seguito la *fides*».

Ora, tenendo conto del predetto sfondo tematico, il collegamento tra *natura*, *ius gentium* e *fides* sembra non trovare altra possibilità di chiarimento se non con riguardo alla figura del mutuo (tutelato, com'è noto, tramite una *condictio*), osservata dalla visuale di una elaborazione come quella testimoniata dal senecano “*Aequissima vox et ius gentium prae se ferens: restituas quod debes!*” e alla luce di una equipollenza tra il *ius gentium* e la *natura* come quella constatata nei

⁹⁹ Le descrizioni dei contenuti della *pietas* che leggiamo in Cic., *De inventione* 2.66 e 161 (cfr. la nt. prec.) sono precedute, rispettivamente, dalle parole: ‘... *ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam ...*’ e ‘*Naturae ius est, quod ... quaedam in natura vis insevit, ut religionem, pietatem, gratia, ...*’. Analogamente, Rhetorica ad Herennium 2.19 ‘*Natura ius est, quod cognationis aut pietatis causa observatur ...*’.

¹⁰⁰ Cic., *de off.* 3.21-23 e 3.69-70.

¹⁰¹ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, 1187 (Paul. n. 1299), inserisce il frammento nella sezione tematica ‘*Si certum petetur: de condictione*’.

testi ciceroniani. Invero, come vedremo appositamente più avanti (*infra*, § 10.3), nell'operazione di mutuo la *fides* era intesa dai giuristi (e certo, prima ancora, dal sentire comune) come avente un ruolo assolutamente decisivo: il contratto di mutuo in tanto si conclude, in quanto un soggetto "si è fidato" di colui che ha chiesto il prestito. Questo rilievo del '*fidem sequi*' (seguire la *fides*) dovette portare Paolo a precisare che il mutuatario, oltre che debitore 'civile' in quanto esposto all'esperimento di un'*actio in personam*, è debitore in base alla *natura* e al *ius gentium* intesi come fondamenti di un dovere di *reddere* presieduto dalla *fides*.

Come ultimo esempio, si consideri un testo di Trifonino (II-III sec. d.C.), in cui il giurista si preoccupa di precisare la concreta portata dell'*aequitas summa*' implicata nella *bona fides* contrattuale, in relazione al caso di un deposito compiuto da chi, accusato in un giudizio capitale, subisca poi confisca dei beni a seguito di condanna:

D. 16.3.31.1 (Tryph., 9 *disputationum*) *Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an uero cum praeceptis ciuilibus et praetoriis? ueluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si ciuile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.*

«La buona fede che si esige nei contratti richiede la massima equità possibile: ma la valutiamo in relazione al solo *ius gentium* o unitamente alle regole del *ius civile* e del *ius honorarium*? Per esempio, un soggetto accusato in un giudizio capitale ha depositato presso di te la somma di cento: successivamente è stato deportato e i suoi beni sono stati confiscati: la somma deve essere restituita a lui o deve essere consegnata all'erario pubblico? Se teniamo conto esclusivamente del diritto naturale e delle genti, deve es-

se restituita a colui che l'aveva data; se teniamo conto del diritto positivo e dell'esigenza di un ordinato assetto giuridico, deve invece essere consegnata all'erario: infatti, colui che ha meritato una punizione pubblica deve anche versare in condizioni di miseria, affinché sia di esempio agli altri per evitare il ripetersi di crimini».

Trifonino sottopone la fattispecie in esame ad una analisi comparativa in relazione a diversi possibili angoli di visuale, segnatamente in relazione all'alternativa tra una soluzione che assuma come punto di riferimento il "semplice *ius gentium*" e una soluzione che tenga conto, invece, delle esigenze di salvaguardia dell'assetto giuridico costituito¹⁰². Ebbene, il giurista afferma che codesta *massima equità*, mentre, se viene valutata alla luce di quest'ultimo referente argomentativo, si traduce nel doversi consegnare all'erario la somma depositata, in nome di una funzione general-preventiva pensata per distogliere gli altri consociati dal delinquere; se invece è commisurata solo al '*naturale et gentium ius*' – unitariamente considerati, si badi, a mo' di eniadi –, impone che, in ogni caso, il depositario restituisca la cosa al depositante: ove torna l'eco di un imperativo del tipo "*Aequissima vox et ius gentium prae se ferens: restituas quod debes!*".

¹⁰² A mio avviso, non può escludersi che nell'originario testo di Trifonino, tra la formulazione della domanda "*sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an uero cum praeceptis ciuilibus et praetoriis?*" e l'esempio "*ueluti reus capitalis iudicii deposuit ...*", fosse richiamata una fattispecie ulteriore, omessa, per qualche ragione, dai compilatori giustinianeî (o precedentemente caduta nella tradizione manoscritta). In tal modo, in effetti, si sanerebbe la sfasatura che si avverte tra una posizione della questione in termini di "precetti civili e pretori" e un successivo esame condotto, invece, con riferimento alla coppia '*civile ius et legum ordo*': da un lato, in questa coppia, diversamente che nell'iniziale binomio '*praecepta civilia et praetoria*', la qualifica '*civilis*' indica l'intero complesso giuridico (dunque, anche il *ius praetorium*), e dall'altro lato, nell'esame svolto sulla fattispecie del deposito fatto dall'accusato in un giudizio capitale, i *praecepta praetoria*, a dispetto della questione posta come premessa, chiaramente non entrano in gioco.

8. La tecnica di una de-finitio

Si era accennato in sede introduttiva (*supra*, § 2) che la definizione di *obligatio*, anziché esser stata concepita come mirante a descrivere in modo compiuto ed esaustivo in cosa consiste l'*obligatio*, dovette esser stata congegnata in chiave di distinzione di quest'ultima rispetto ad altra figura concettuale, esprimendo in sostanza una '*de-finitio*' nel senso di operazione di separazione e determinazione di confini tra due figure per qualche verso simili e, appunto, 'affini' (*ad-fines*).

Ebbene, concluso l'esame dei singoli termini dell'enunciato, possiamo adesso, retrospettivamente, anzitutto esplicitare che il giurista ha inteso distinguere la vincolatività dell'*obligatio* dalla vincolatività dell'*officium*, evidenziando gli elementi discretivi costituiti dall'esistenza, solo nella prima, di meccanismi giudiziari di costrizione all'adempimento e, conseguentemente, la riconduzione di tale vincolatività ad istituti giuridici positivi della *civitas*, anziché alla *natura* e all'*honestum*.

E possiamo, inoltre, osservare più da vicino la peculiare tecnica con la quale tale '*de-finitio*' è stata, efficacemente, costruita¹⁰³.

Intanto, constatiamo che, in funzione del predetto intendimento definitorio, il testo è stato congegnato attraverso il ricorso al criterio del *genus* e della *differentia*: segnatamente, l'apertura '*obligatio est iuris vinculum*', che imprime il senso e, per così dire, traccia il binario all'intero enunciato (come preciserò di seguito) consta dell'immagine del '*vinculum*', alla quale si rapportano tanto l'*obligatio* quanto altri rapporti, tutti collegati all'*officium*, e dell'aggiunta del termine '*iuris*', che, per l'appunto, allude a quel che di specifico ha questo *vinculum* rispetto agli altri.

¹⁰³ Per dovere di precisione segnalo che – pur convinto dell'efficacia, nel senso che dirò subito, della *de-finitio* – non sono io ad avere affermato che il testo è "il migliore enunciato generale sul concetto di *obligatio* a tutt'oggi escogitato" (come, invece, si legge in V. GIUFFRÈ, *La definizione di "obligatio" nelle "Gai Institutiones"*, cit., 113): in realtà, con le parole in questione riportavo ("*Obligatio est iuris vinculum*", 5) – nel quadro di un breve accenno alle vicende storiografiche del testo – l'opinione di autorevoli studiosi (Segré, Lauria, Cannata); i quali, peraltro, si collocano nella prospettiva tradizionale, dalla quale mi scosto, che assume l'enunciato come mirante a descrivere compiutamente in cosa consiste l'*obligatio*.

Lo stesso Gaio ci offre nelle *Institutiones* un interessante elemento di confronto, grazie alla definizione di *agnati* in Gai 1.156: '*Sunt autem agnati <qui> per virilis sexus personas cognatione iuncti <sunt>, quasi a patre cognati*' (le integrazioni tra parentesi uncinata riflettono la versione dello stesso testo conservata nel Digesto, in D. 26.4.1): «Sono agnati coloro che sono legati attraverso una parentela di sesso maschile, come se *a patre cognati*». Ora, nel seguito dello stesso § 156 si precisa che, «invece, coloro che sono congiunti tramite persone di sesso femminile non sono *agnati*, ma piuttosto sono cognati per diritto naturale» (*At hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati*). La definizione di *agnati*, dunque, è fornita con l'obiettivo di distinguere rispetto al caso in cui non si instaura un rapporto di *agnatio*: ebbene, questo intendimento si traduce nell'anticipazione dell'elemento discretivo '*per virilis sexus personas*' rispetto alle parole '*cognatione iuncti*' (valide, invece, anche per il diverso caso e, infatti, presenti anche nella precisazione successiva: '*cognatione coniunguntur*'): proprio quel che si verifica con riguardo all'*obligatio*, con l'anticipazione del discriminante '*iuris*' rispetto al sostantivo '*vinculum*', valevole tanto per l'*obligatio* quanto per i rapporti innervati sull'*officium*.

In secondo luogo, con riguardo ai singoli tasselli dell'enunciato, appare felice la scelta nella disposizione delle parole utilizzate. Così, antepoendo il genitivo '*iuris*' al termine '*vinculum*' (nel brano delle *Res cottidianae* sui fedecommessi conservato in Inst. 2.23.1 si parla, all'opposto, di '*vinculum iuris*'), l'autore fa sì che la giuridicità come elemento discretivo del *vinculum-obligatio* rispetto ad un *vinculum* di altro tipo risalti immediatamente rispetto all'intero enunciato che, appunto, si apre con siffatto riferimento al '*iuris*'. Analoga considerazione può compiersi per le parole '*necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*'. Posto che il termine *necessitas* non è concettualmente separabile dalle parole *alicuius solvendae rei*, il fatto che esso, anziché esser immediatamente contiguo a queste parole, è, invece, collocato prima del verbo '*adstringimur*' determina una sua posizione di spicco che non riterrei casuale: il giurista dà notevole rilievo a ciò da cui è determinato l'*adstringi* nel caso di un rapporto obbligatorio (e cioè, la coercibilità processuale), avendo in mente i differenti fattori di cogenza (e cioè, la *fides*, il *pudor*, l'*aequitas*, etc.) che determinano l'*adstringi* con riguardo all'osservanza dell'*officium*¹⁰⁴. Infine, nella chiusura '*se-*

¹⁰⁴ Si ricordi, in particolare, l'uso del verbo '*obstringere*' (accanto a '*obligare*' e

cundum nostrae civitatis iura’ il segno ‘*iura*’, che allude alla positività degli istituti processuali a fronte dei valori interiori, congruenti alla *natura*, dai quali è indotta l’osservanza dell’*officium*, ha una posizione terminale che determina una circostanza singolare: come notammo nelle battute introduttive (*supra*, § 1), l’intero enunciato si trova compreso tra due riferimenti al *ius* (‘*iuris vinculum*’; ‘*nostrae civitatis iura*’), e ciò determina una enfattizzazione della dimensione del giuridico che, giunti a questo punto, lungi dall’apparirci frutto del caso, acquista un preciso significato nel quadro di un’apposita contrapposizione al piano metagiuridico, morale, dell’*officium*.

Ancora, con riguardo all’enunciato nel suo complesso, è interessante notare la struttura estremamente compatta e densa, nella quale le singole scansioni che si susseguono sono rivolte, tutte, a far dischiudere progressivamente il significato di quelle parole d’esordio, già in sé ricomprendenti i termini della differenziazione dell’*obligatio* rispetto all’*officium*. Così, fissata l’equivalenza ‘*obligatio=iuris vinculum*’, segue il tratto ‘*quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*’, e cioè l’esplicitazione del predetto differenziarsi: esso consiste nell’esistenza di un *adstringi* che è determinato non da una spinta interiore, bensì da una *necessitas solvendi*; quindi, le parole finali ‘*secundum nostrae civitatis iura*’ completano il riferimento a tale *necessitas solvendi*, spiegando che la stessa è dettata dagli istituti processuali positivi della *civitas* e, in tal modo, precisando al contempo la diversità rispetto agli stimoli interiori che presiedono all’adempimento dell’*officium* e che derivano, invece, dalla *natura*: il che significa che anche queste parole conclusive, in definitiva, contribuiscono al pieno dispiegarsi dell’iniziale sintagma ‘*iuris vinculum*’¹⁰⁵.

‘*adligare*’) in relazione al *beneficium* e, più in generale, all’*officium*: *supra*, § 5 nt. 34 e, rispettivamente, § 7.1 nt. 62.

¹⁰⁵In tempi recenti, per vero, si è sostenuto (C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti*, cit., 122 nt. 348) che la definizione non potrebbe considerarsi ben riuscita (non sarebbe, cioè, una “*definitio bona*” nell’accezione indicata dai Glossatori), in quanto difetterebbe del carattere della “corrispondenza biunivoca”, e cioè di quel carattere che consente di leggere in senso inverso un enunciato definitorio senza che esso perda esattezza e validità (es.: “Dante è l’autore della Divina Commedia” = “L’au-

A quest'ultimo proposito, mentre è certo superfluo, ormai, esplicitare che, secondo la ricostruzione qui proposta, con le parole 'iuris vinculum' il giurista, come nella descrizione della storia dei fedecomessi così nella *de-finitio* dell'*obligatio*, non ha inteso indicare un carattere 'ideale', 'potenziale' etc. del vincolo, per distinguerlo da un più antico assoggettamento 'materiale', 'effettivo', 'immediato' etc., è invece il caso di precisare appositamente che, a mio avviso, codeste parole non possono nemmeno venire intese come eco, più o meno

tore della Divina Commedia è Dante"). Ebbene, partendo dal presupposto che la definizione afferma che "l'obbligazione è un vincolo giuridico, in forza del quale siamo tenuti ad effettuare una prestazione secondo il diritto positivo", se essa viene letta all'incontrario si otterrebbe che "un vincolo giuridico, in forza del quale siamo tenuti ad effettuare una prestazione secondo il diritto positivo, è un'obbligazione": «il che non è vero: perché la definizione [...] non è una definizione dell'obbligazione, ma semmai del dovere giuridico in generale». Sennonché, anzitutto, il presupposto del ragionamento è inadeguato: come già accennato (*supra*, nt. 5), la traduzione riportata omette del tutto il termine '*necessitas*', e questo è, invece, come si è visto, un dato saliente, che doveva esser avvertito dal giurista come ben idoneo a contraddistinguere l'*obligatio*. In secondo luogo, non appare condivisibile nemmeno il tipo di ragionamento in sé, dal momento che la definizione viene considerata senza tener conto del possibile contesto nel quale originariamente essa si trovava e dal quale la sua portata concettuale doveva risultare evidente. Un esempio concreto aiuta a chiarire il senso di questa replica. In D.4.5.1 ci è giunta, del tutto isolata, la seguente definizione tratta dal IV libro *ad edictum provinciale* di Gaio: «La *capitis deminutio* è un cambiamento di *status*» ('*Capitis minutio est status permutatio*'). In sé presa, nemmeno questa è una "*bona definitio*", giacché, invertendo la sequenza, non può dirsi altrettanto correttamente che "un cambiamento di *status* è una *capitis deminutio*". Ora, nelle *Institutiones* dello stesso Gaio (§ 1.159), leggiamo «La *capitis deminutio* è un cambiamento del precedente *status*» ('*Capitis deminutio est prioris status permutatio*'). Se anche questa affermazione ci fosse pervenuta come scheggia isolata all'interno del Digesto, il giudizio non muterebbe. Ma questa volta abbiamo un articolato seguito, che è costituito da una spiegazione dei diversi tipi di *capitis deminutio* (*maxima*, *media*, *minima*) e dei loro effetti in ordine alla *civitas*, alla *libertas* e alla condizione giuridica del soggetto (Gai 1.60-163): il che fa risultare la definizione ben adeguata. Analogamente, siamo legittimati a ritenere che il contesto del quale la definizione di *obligatio* era parte la rendesse più immediatamente decifrabile. Al qual riguardo, peraltro, anticipo fin d'ora che il fatto che le parole *necessitas solvenda rei* esprimono la coerenza processuale collima perfettamente con la circostanza che nel verosimile contesto originario della definizione figurava una distinzione tra *obligationes civiles* e *obligationes honorariae* congegnata proprio dal punto di vista della tutela processuale (*infra*, § 10.1, su nt. 160).

consapevole, di un'originaria materialità o di un originario carattere personale dell'assoggettamento del debitore, come pure, con varietà di sfumature ricostruttive, si ritiene comunemente¹⁰⁶. Non si tratta di mettere in discussione diffuse rappresentazioni dell'origine e della più antica storia dell'*obligatio*, che restano del tutto impregiudicate dall'interpretazione qui sostenuta¹⁰⁷. Solo, a mio parere, il dettato della *de-finitio* non entra in circolo con questioni attinenti all'origine e all'evoluzione del vincolo obbligatorio, con riguardo a nessuno dei suoi tasselli testuali¹⁰⁸: ché, a mio avviso, il ricorso alla metafora del *vin-*

¹⁰⁶ Per qualche esempio assai recente, cfr. C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit., 230 ss.; M. MIGLIETTA, *Giurisprudenza tardorepubblicana e formazione della «regula iuris»*, in *SCDR* 25, 2012, 211; U. VINCENTI, *Categorie del diritto romano. L'ordine quadrato*, Napoli 2014, 178; R. CARDILLI, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli 2016, 310 ss. Per altri ragguagli bibliografici rinvio a "Obligatio est iuris vinculum" 71 nt. 192, con l'aggiunta di M. KASER-R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*,¹⁸ München 2005, 197.

¹⁰⁷ Come ha riconosciuto L. PEPPE, *Fra corpo e patrimonio. Obligatus, addictus, ductus, persona in causa Mancipi*, in A. Corbino-M. Humbert-G. Negri (cur.), *Homo caput persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia 2010, 443 s. (con riguardo a quanto ho sostenuto in "Obligatio est iuris vinculum").

¹⁰⁸ Diversamente, C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit., 230 ritiene che la «struttura definitoria palesemente metaforica», con contestuale riferimento al *vinculum*, all'*obligatio*, all'*adstringere* e al *solvere*, mostri che il giurista ha voluto «almeno riecheggiare l'originaria materialità del rapporto tra 'creditore' e 'obbligato'»; ultimamente, all'assoggettamento personale realizzato con la *manus iniectio* riconduce «la ridondanza della *necessitas* affiancata all'*adstringi*» R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., 310.

Conformemente a quanto accennato nel testo, non entro nel merito delle ricostruzioni sugli schemi arcaici del fenomeno obbligatorio e sulla loro evoluzione, che sarebbero echeggiati ancora nella definizione. Solo, osservo che non è giustificato (già in linea generale) immaginare, in nome di ricostruzioni concernenti la storia dell'*obligatio*, l'esistenza di questa o quella diversa redazione originaria della definizione (ad es., con sostituzione di '*vinculum personae*' a '*iuris vinculum*', proposta da B. BIONDI, *Concetto e definizione di obligatio in Scritti di diritto romano*, III, 1965, 246 [già in *Atti del II Congresso internazionale di studi romani*, Roma, 1931] e Id., *Istituzioni di diritto romano*³, 1956, 335; o con trasformazione di '*alicuius solvendae rei*' in '*alicui solvendae pecuniae*', secondo E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955, 43 s., o in '*alicui solvendi*', secondo C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit., 226 nt. 170; 229 n. 176; e, con più decisione, 224 nt. 170; 230) né interpretare, circolarmente, la portata della definizione sulla base di tali

culum da parte di Gaio è da mettere in rapporto diretto con un preesistente ricorrere della stessa a proposito di rapporti e valori ‘obbliganti’ connessi all’*officium*¹⁰⁹ (onde, semmai, la questione è se la circolazione del termine ‘*vinculum*’ nel terreno dell’*officium* riecheggi, essa, un antico atteggiarsi del fenomeno obbligatorio in campo giuridico: il che, però, esula dal nostro discorso).

Se, poi, siano esistite messe a punto teoriche di giuristi precedenti, nelle quali questo o quell’elemento dell’enunciato (a partire proprio dal termine ‘*vinculum*’) si trovasse già utilizzato o magari fosse già espresso in prospettiva definitoria, allo stato delle fonti non è dato sapere. La sola indicazione di cui disponiamo è che il concetto di ‘*necessitas solvendi*’ come alludente all’esposizione del debitore ad un esperimento processuale era già stato elaborato nell’ultimo secolo della repubblica e che esso, agli inizi del I secolo d.C., era considerato come immediatamente identificativo del rapporto obbligatorio¹¹⁰; e d’altra parte, se non altro dai *verba* della *praescriptio pro actore* apprendiamo che era circolante nel lessico giuridico, evidentemente già prima che qualche giurista suggerisse al pretore la formulazione della *praescriptio* da inserire nell’editto, un uso del termine ‘*res*’ per indicare la prestazione del debitore assunta dal punto di vista della pretesa dell’attore (*supra*, § 7.2). Quel che il *corpus* delle fonti pervenuteci legittima a ritenere è che Gaio

pretese diverse stesure. Mi pare che in tale circolarità siano incorsi gli svolgimenti logici compiuti da C. Pelloso (*Il concetto di ‘actio’, cit., 229 ss.*) allo scopo di contestare l’interpretazione ‘personalistica’ della definizione, quale sarebbe, insieme con altre (*exempli causa* richiamate a p. 228 nt. 174), quella da me proposta (cfr. *supra*, nt. 73). Invero, l’asserzione secondo cui nella definizione il contenuto dell’*obligatio* «non è affatto integrato dalla *necessitas solvendi*» (p. 230) e che, piuttosto, in essa «l’oggetto del vincolo obbligatorio [...] è ancora il solo soggetto passivo» (p. 231) si fonda sull’assunto che la costruzione della definizione è tale da «identificare ‘ciò che è *vinculum*’ unicamente con ‘*id quod alicui[us] adstringit* <scil. *obligatum*>’» (p. 230) e cioè proprio sulla lezione del testo – ‘*alicui solvendi*’ al posto di ‘*alicuius solvendae rei*’ – che lo stesso Autore ha immaginato come originaria (nonché sull’affermazione – p. 230 – che l’impiego di ‘*vinculum*’ riecheggia l’originaria materialità del rapporto: il che, però, dovrebbe essere appositamente e preliminarmente dimostrato).

¹⁰⁹ *Supra*, § 7.1, su ntt. 63-64.

¹¹⁰ Si ricordino le attestazioni di Cicerone (*De off.* 2.84-85) e di Seneca (*De ben.* 5.19.8) studiate nel § 7.1.

ha congegnato per proprio conto la *de-finitio*, mettendo insieme questi due elementi terminologico-concettuali già circolanti nella rappresentazione giurisprudenziale sulle *obligationes*.

Infine, giunti a questo punto, possiamo rapidamente riscattare la definizione dalle gravi riserve formulate contro la sua conclusione e il suo valore scientifico da due illustri studiosi, le affermazioni dei quali, pur ormai lontane nel tempo, hanno fatto breccia ancora di recente e anche presso la civilistica ¹¹¹.

In particolare, il Marchi ha sostenuto che la definizione «non dice, né lascia in alcun modo intendere che il creditore, in forza del rapporto obbligatorio stesso, può esigere che il debitore paghi; essa non dice, né lascia in verun modo intendere, che il debitore trovasi mediante *actio in personam* costretto al pagamento. Il testo si limita a rilevare, e in termini assai generici, solo l'effetto coercitivo del rapporto obbligatorio» ¹¹². Sennonché, il fatto che la definizione coglie soltanto il lato passivo del rapporto obbligatorio, senza esplicitare la titolarità in capo al creditore del diritto di esigere la prestazione, è agevolmente spiegabile nel quadro del modello interpretativo che abbiamo proposto: la definizione è impostata esclusivamente dall'angolazione del debitore in quanto è concepita come differenziazione rispetto alla posizione di un altro soggetto *adstrictus*, di un altro 'debitore' ¹¹³, e cioè di colui che è chiamato ad adempiere all'*officium*. E d'altra parte, il riferimento alla *necessitas* (che il Marchi intende come traccia di una configurazione arcaica dell'*obligatio*) – se considerato, com'è doveroso, non isolatamente, bensì nel contesto della complessiva locuzione '*necessitas solvendae rei*' – è perfettamente congruo rispetto alla configurazione classica e, in particolare, smentisce (per il significato tecnico della locuzione che abbiamo rintracciato) l'assunto che la definizione non lascerebbe intendere l'esistenza di un'*actio in personam*.

Parimenti, alla critica di Arangio-Ruiz, secondo cui l'autore della

¹¹¹ Cfr. *supra*, § 1.

¹¹² A. MARCHI, *Le definizioni romane dell'obbligazione*, cit., 44.

¹¹³ Si ricordi il ricorrente impiego esplicito di '*debitum*', '*debere*', '*solvere*' in relazione all'*officium*.

definizione, parlando di ‘*solvere aliquam rem*’, avrebbe fatto riferimento all’“esser tenuti ad un determinato contegno” e pertanto non sarebbe riuscito a distinguere l’*obligatio* rispetto alla generalità dei doveri giuridici, è opponibile il tecnicismo sia delle parole ‘*solvere aliquam rem*’, le quali in sé prese, sono ben riferibili al compimento di qualsiasi prestazione che possa formare oggetto di un rapporto obbligatorio (*supra*, § 7.2), sia della locuzione *necessitas solvendae rei*: quest’ultima, in particolare, esprime proprio il tratto più saliente e caratterizzante di un rapporto obbligatorio agli occhi di un giurista classico, come rivelano fenomeni risaputi quali il normale disporsi delle riflessioni giurisprudenziali in tema di obbligazioni sul piano della esperibilità dell’*actio* e lo scambio anche terminologico tra *obligatio* e *actio*. I due suddetti elementi testuali, in altri termini, rendono sufficientemente delineata la figura dell’obbligazione rispetto a quella di un generico dovere giuridico.

9.1. La trattazione sulle obligationes nelle Institutiones di Gaio e l’assenza della definizione

L’articolata trattazione delle *Institutiones* gaiane dedicata alle *obligationes* (che occupa più della metà del libro III) si apre direttamente e in modo un po’ brusco con una classificazione sulle fonti delle obbligazioni:

Gai 3.88. <*Nunc transeamus ad obligationes*>¹¹⁴. *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.*

«Ora passiamo alle obbligazioni. Delle quali la distinzione principale si articola in due specie: ogni obbligazione invero na-

¹¹⁴ L’integrazione è compiuta dagli editori sulla base di Inst. 3.13pr.

sce o da contratto o da delitto. E consideriamo dapprima quelle che nascono da contratto. Di queste vi sono quattro tipi: un'obligazione infatti si *contrae o re o verbis o litteris o consensu*».

Di fronte ad un avvio di questo tipo, in dottrina ci si è chiesti come mai Gaio non abbia pensato di far precedere la classificazione da un enunciato che spiegasse cosa è l'*obligatio*. Ove si ammetta, poi, che la definizione conservata in Inst. 3.13pr. proviene proprio da questo giurista, è legittimo domandarsi, ulteriormente, per quale ragione costui non l'abbia congegnata già in occasione dell'esordio di trattazione nelle *Institutiones*.

Ebbene, per risolvere entrambi gli interrogativi, quello tradizionale e quello suscitato dalla nostra ipotesi di attribuzione a Gaio della definizione, è necessario prendere le mosse da un carattere di fondo del complessivo impianto espositivo delle *Institutiones* di Gaio.

Mi riferisco ad un peculiare approccio 'dinamico', che consiste nel fatto che Gaio tende a considerare i vari istituti giuridici non in termini dogmatici e astratti, bensì con riferimento alle concrete modalità con le quali gli istituti stessi vengono posti in essere e con riferimento al loro concreto funzionamento. Di più: il prevalente oggetto di trattazione è il modo in cui occorre operare per raggiungere un determinato effetto giuridico o per scongiurare una inefficacia o addirittura, nel caso degli strumenti processuali, un esperimento rischioso. Questo taglio descrittivo, che possiamo designare come 'operativo-cautelare' e che è ben riconoscibile in tutti e quattro i *commentarii* di cui è composto il manuale, si traduce nella ricorrente segnalazione apposita dell'atto che '*valet*' o '*non valet*', e cioè che '*vires habet*' o '*non habet*', dell'atto '*iure factum*' o '*non iure factum*', dell'atto compiuto '*recte*', '*utiliter*' o '*inutiliter*': concettualizzazioni, tutte, che alludono alla piena efficacia o meno, al compiuto dispiegarsi o meno degli effetti proprii dell'atto in ragione del rispetto o meno dei requisiti da osservare nel compimento dello stesso.

Con riferimento alla materia delle *obligationes*¹¹⁵, questo approccio

¹¹⁵ Per una più approfondita disamina dei caratteri della esposizione gaiana, ai

determina un puntamento di attenzione pressoché esclusivo sui concreti comportamenti che generano l'obbligazione: il perno della trattazione è – a partire, appunto, dalla dicotomia iniziale (Gai 3.88) tra obbligazioni *ex contractu* e obbligazioni *ex delicto* – l'atto obbligante.

Così, in tema di *obligationes ex contractu* il discorso è impostato in modo apposito sulle operazioni negoziali, delle quali si indicano i requisiti necessari per loro corretta conclusione, l'elemento discriminante tra la sussistenza e la non-sussistenza, cioè tra l'efficacia e la non-efficacia, le differenze tra un tipo e l'altro di schema negoziale. Ed è in siffatte informazioni che, sostanzialmente, si esaurisce l'illustrazione sui singoli contratti: mancano, invece, informazioni sulle prestazioni dovute dalle parti, sul profilo della responsabilità contrattuale, sulla tutela processuale. In altre parole, il grande assente è il complessivo regime contrattuale.

Bastano pochi, significativi esempi.

L'illustrazione sul mutuo (§ 3.90) si risolve in una precisazione sull'atto della *datio* di cose fungibili, la quale si compie, a seconda dello specifico oggetto, con le modalità del "contare" (*numerare*), del "pesare" (*pendere*) e del "misurare" (*metiri*), in vista del raggiungimento di un determinato effetto giuridico: «le quali cose o contando o pesando o misurando diamo in modo tale che diventino di coloro che le ricevono».

La trattazione sulla *stipulatio* è esclusivamente imperniata sulla indicazione-prescrizione delle parole che è possibile o meno utilizzare (§§ 3.97-103a) e sull'ampia, articolata rassegna dei casi in cui una *stipulatio* è '*inutilis*', '*non valet*', '*non habet vigorem*' (in relazione all'oggetto e ai soggetti: §§ 3.104-109).

In tema di compravendita, Gaio (§§ 3.139-141) esordisce con una precisazione circa il momento nel quale l'operazione può dirsi compiuta, e cioè «una

quali accenno in questo paragrafo, e per una più completa e circostanziata segnalazione dei relativi riscontri rinvio a G. FALCONE, *Approccio operativo-cautelare e obligationes ex contractu nelle Istituzioni di Gaio*, in *Fest. R. Knütel*, Heidelberg, 2009, 313 ss.; ID., *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, in *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, Napoli 2011, 17 ss.; ID., *Osservazioni su Gai 2.14 e le res incorporales*, in *AUPA* 55, 2012, 125 ss.; ID., *La trattazione di Gai 1.40-141 sul pretium della compravendita, tra 'regulae' e ius controversum*, in *AUPA* 58, 2015, 39 ss., spec. 53 ss. Per le evidenze nella trattazione sulle *actiones* cfr. ID., *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003, spec. 62 ss.; 81 ss.

volta che si sia raggiunto un accordarsi sul *pretium*, sebbene il *pretium* non sia stato ancora versato»; avverte, quindi, che il *pretium* “deve” essere *certum* affinché l’accordarsi possa senz’altro ‘*habere vim*’ (“avere efficacia”), essendo, invece, controversa l’efficacia di un accordo che rimetta la determinazione del *pretium* ad un terzo soggetto, diverso dal venditore e dal compratore; e infine, avverte che il *pretium* “deve” consistere in denaro (*pecunia numerata*), essendo dibattuta la configurazione come *emptio-venditio* di un’operazione che preveda l’impiego, come *pretium*, di cose diverse dalla *pecunia numerata* (Gaio riferisce, al riguardo, le contrapposte opinioni dei Sabiniani, per i quali anche in questo caso si realizzerebbe un’*emptio-venditio*, e dei Proculiani, per i quali, invece, una siffatta operazione configurerebbe una *permutatio*).

L’angolazione operativo-cautelare si constata anche a proposito dei c.d. modi di estinzione delle obbligazioni (§§ 3.168-181), la cui trattazione, infatti, si trova direttamente agganciata a quella sui tipi di contratto e sugli atti contrattuali acquisitivi compiuti dai sottoposti, avendo con essa evidente affinità sia di contenuti (illustrazione di operazioni negoziali e di schemi verbali) sia di approccio descrittivo (segnalazione di efficacia, applicabilità, requisiti, cautele nel compimento degli atti)¹¹⁶; laddove l’esposizione sulle *obligationes ex delicto* – per le quali non è questione di cautele da osservare nel compimento di un atto – è lasciata in posizione residuale, come ultima sezione (§§ 3.182-225).

¹¹⁶ Così, in tema di adempimento (*solutio*) Gaio (§ 3.168), lungi dall’indicare, in chiave dogmatica, che l’obbligazione “è eliminata” (*tollitur*) con la *solutio*, precisa “è eliminata con la *solutio* di ciò che è dovuto”, in vista dell’avvertenza – vero oggetto del discorso – che è incerta l’efficacia pienamente liberatoria della c.d. *datio in solutum* (*solvere aliud pro alio*). L’esposizione sull’*acceptilatio* (§§ 3.169-172) è incentrata sull’ambito di applicabilità di questo atto negoziale, sulla sua inutilizzabilità da parte della donna senza l’*auctoritas tutoris* e sull’incerta efficacia di una *acceptilatio* limitata ad una parte del debito. Il discorso sulla *solutio per aes et libram* (§§ 3.174-175) è dedicato agli schemi verbali che devono essere utilizzati e ai limiti della loro operatività. L’illustrazione della novazione (§§ 3.176-179) è interamente calibrata sul rischio, per il creditore, di *amittere* o *perdere rem* in relazione all’impiego dello strumento della *stipulatio* (cfr. *supra*, § 7.2). Infine, il discorso sulla *litis contestatio* (§ 3.181) – evidentemente, presa in considerazione per attrazione esercitata dalla *novatio* – vuol segnalare in quali casi una nuova *intentio* formulare viene direttamente congegnata ‘*inutiliter*’ (senza efficacia) e in quali casi, invece, il creditore “può agire” ma va contrastato tramite una *exceptio*.

Già di fronte a questa generale tendenza espositiva, che filtra ed orienta le informazioni che il giurista ha interesse a fornire ai discenti, non sorprende che anche nel caso dell'*obligatio* manchi un enunciato che descriva in termini astratti in cosa consiste l'istituto, e che, piuttosto, Gaio esordisca direttamente con la classificazione delle fonti delle obbligazioni, impostandola, appunto, sui concreti comportamenti (contratti-delitti) dei soggetti agenti.

9.2. *Continua: le obligationes come res incorporales, elementi del patrimonio del creditore*

Ma con riguardo all'obbligazione, la mancanza di definizione potrebbe dipendere anche da un'altra concomitante ragione specifica.

Invero, se, da un lato, i contenuti della trattazione sono massimamente impostati, come si è or ora detto, sull'atto obbligante, dall'altro lato, le *obligationes* vengono da Gaio assunte come *res incorporales*:

Gai 2.12. *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. 13. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. 14. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae <in> iure consistunt*¹¹⁷, sicut hereditas ususfructus obligationes quo-

¹¹⁷ Il manoscritto veronese riporta '*iure consistunt*'. L'integrazione con la preposizione '*in*' è compiuta da molti editori sulla base della versione del testo gaiano presente nel *Corpus iuris* (in Inst. 2.2.2 e in D. 1.8.1.1) nonché sulla base dell'*Epitome Gai* (2.1.2) e di un brano delle *Pauli Sententiae* (3.6.11), ed è accolta dalla maggior parte degli studiosi. Tuttavia, quel che è determinante in questo senso è l'impiego della medesima locuzione '*ea quae in iure consistunt*' anche in un testo – generalmente, però, trascurato (v., ancora da ultimo, GIUFFRÈ, *La definizione di "obligatio" nelle "Gai Institutiones"*, cit., 107 nt. 18) – del tutto indipendente dalla tradizione gaiana o da possibili echi gaiani, e cioè in un brano di Pomponio tratto dai *libri ad Sabinum* (D. 43.26.15.2: '*Precario habere etiam ea quae in iure consistunt possumus, ut immissa vel protecta*'), in cui questo giurista, contemporaneo di Gaio, allude alla concessione, a titolo di precario, di servitù prediali: cfr. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14*, cit., 133 ss.

quo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, 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.

«Inoltre alcune cose sono corporali, altre incorporali. Sono corporali quelle che si possono toccare, come ad esempio un terreno, uno schiavo, una veste, l'oro, l'argento e altre cose innumerevoli. Sono incorporali quelle che non si possono toccare, quali sono le entità che consistono in un *ius*, come l'eredità, l'usufrutto, le obbligazioni in qualunque modo assunte. Né rileva il fatto che nell'eredità sono contenute anche cose corporali, e che i frutti che si percepiscono da un terreno (in usufrutto) sono corporali, e che ciò che è a noi dovuto in base ad una obbligazione per lo più è corporale, come il fondo, lo schiavo, il denaro: infatti, lo stesso *ius successionis* e lo stesso *ius* di utilizzare e fruire e lo stesso *ius obligationis* è incorporale. Allo stesso gruppo appartengono le servitù prediali rustiche e urbane ...»

La distinzione tra *res corporales*, cose materiali, che si possono toccare, e *res incorporales*, cose che non si possono toccare (*quae tangi non possunt*), “quali sono le entità che consistono in un *ius*”¹¹⁸, è una classificazione fondamentale nell'intero impianto sistematico gaiano. Essa consente al giurista di ricomprendere nella trattazione sulle *res* (commentari II e III) materie eterogenee quali i modi di ac-

¹¹⁸ Dalla complessiva trattazione gaiana sulle *res incorporales* (Gai 2.14-39) e dalla descrizione dell'*actio in rem* compiuta in Gai 4.3 (*In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, ueluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive*) è, a mio avviso, desumibile che il segno '*ius*' del sintagma '*in iure consistere*' alluda ad una posizione giuridica soggettiva: rinvio a *Osservazioni su Gai 2.14*, cit., 136 ss.

quisto di singole cose corporali e di alcuni diritti reali (usufrutto e servitù prediali), l'*hereditas* (e, per attrazione, gli altri casi di successioni, sia *mortis causa* che *inter vivos*) e le obbligazioni; e per tal via, ha permesso, a monte, di organizzare l'intera trattazione del manuale intorno ai tre ambiti, programmaticamente richiamati nelle battute introduttive, delle *personae*, delle *res* e delle *actiones* («L'intero diritto, di cui ci serviamo, concerne o le *personae* o le *res* o le *actiones*») ¹¹⁹: invero, il presupposto logico per la bastevolezza dei tre cardini sistematici '*personae-res-actiones*' è la considerazione di tutti i predetti istituti alla stregua di *res*.

Non possiamo dire se una delle due o entrambe le partizioni sistematiche siano state escogitate per la prima volta da Gaio stesso o se costui abbia riproposto preesistenti elaborazioni di altri autori. Quanto alla tricotomia '*personae-res-actiones*' manca qualsivoglia indicazione in altre fonti. Quanto alla bipartizione interna alle *res*, alcuni dati testuali mostrano senz'altro che, nel periodo tra fine della repubblica e primo Principato, in ambiente giurisprudenziale come nella cultura retorica e filosofica un'attenzione per il profilo dell'incorporeità di determinate entità era ben radicata: ma nessuno di tali riscontri consente conclusioni circa la preesistenza o meno a Gaio della s p e c i f i c a c l a s s i f i c a z i o n e '*res corporales-res incorporales*'.

In particolare, con riguardo all'ambiente giurisprudenziale, Elio Gallo (fine del II – inizi del I sec. a.C.), volendo *de-finire* il possesso per distinguerlo dal suo oggetto materiale, afferma che il possesso «non è tra quelle cose che si possono toccare» ¹²⁰, con ciò attestando l'avvenuta individuazione di una ca-

¹¹⁹ Gai 1.8 *Omne ius, quo utimur, uel ad personas pertinet uel ad res uel ad actiones*.

¹²⁰ Festo, *De verborum significatu*, s.v. '*Possessio*': *Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager. Non enim possessio est <ex iis o in iis> rebus quae tangi possunt ...* («Il possesso è, come ha definito Elio Gallo, un certo uso di un terreno o di un edificio, non lo stesso fondo o terreno. Infatti il possesso non è tra le cose che si possono toccare ...»). Il discorso eliano è «compiuto nel quadro di un intervento di confinazione concettuale (*de-finitio*), diretto a contestare un uso improprio del termine *possessio* per indicare, esso stesso, un bene immobile»: così mi sono espresso in *Osservazioni su Gai 2.14*, cit., 147 nt. 53, ribadendo quanto in precedenza argomentato in *Per una datazione del 'De verborum, quae ad ius pertinent, significatione' di Elio Gallo*, in *AUPA* 41, 1991, 242 ss., ove ho sostenuto che quella compiuta da Elio Gallo è un'«attività di delimitazione concettuale e di precisazione» (rimandando, in nt. 64, alle pagine di Albanese per gli impieghi del verbo '*definire*' in tal senso), e in *Ricerche sulle origini dell'interdetto Uti posside-*

tegoria (da parte dello stesso Gallo o già prima?), quella delle *'res quae tangi possunt'*; Labeone (età augustea) puntualizzava essere l'*hereditas* (e la *bonorum possessio*) un *ius*, non un *corpus*¹²¹; e gli stessi impieghi di Gaio e Pomponio (metà del II sec. d.C.) della locuzione *'ea quae in iure consistunt'* potrebbero forse suggerire, per come sono congegnati, che si trattava già di una locuzione consolidata e sostanzialmente stereotipa¹²². Tra le fonti retoriche, Quintiliano (fine del I sec. d.C.) assumeva come già scontata la considerazione di un *ius* (nel caso in specie, un *ius crediti*) come incorporale: «il *ius*, poiché è *incorporale*, non può esser afferrato con la mano»¹²³. Infine, in am-

tis, in *AUPA* 44, 1996, 25 ss., ove ho affermato (p. 29) che «si tratta di un'operazione – non estranea al valore del *'definire'* ed, anzi, strettamente legata alla stessa origine del lessema – di separazione e precisazione di una figura rispetto ad altre» e ove ho inoltre segnalato (p. 29 nt. 71) il testo di Cic., *top.* 6.29 quale attestazione del fatto che «storicamente, l'attività del *definire* nasce proprio come fissazione di confini e delimitazione». Conviene esplicitare – pur se la cosa, per vero, appare di univoca evidenza – che il cenno che, in siffatto sfondo interpretativo, ho compiuto in *Ricerche*, cit., 29 al diverso tipo di definizione che oggi si suole indicare come 'intensionale' aveva esclusivamente la funzione di far risaltare meglio, per contrasto, la peculiare portata della *de-finitio* congegnata da Elio Gallo, senza postulare alcunché circa l'esistenza o meno di una consapevole riflessione in ordine al fenomeno del *definire* presso lo stesso Elio Gallo o presso chi (Verrio Flacco; Festo) ne ha trasmesso il pensiero (come invece ultimamente adombrato da M. VARVARO, *La definizione della possessio nel Festo Farnesiano fra tradizione manoscritta, edizioni e interpretazione storiografica*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, cit., 7, 401 nt. 2, il quale, per il resto, assume la mia stessa interpretazione: «nel testo della glossa festina, tuttavia [!], può ravvisarsi una delimitazione concettuale operata delineando la portata di un termine tecnico per mezzo di un'equazione semantica [...] cui peraltro ci si riferisce appositamente [...] in termini di *definire*»).

¹²¹ D. 37.1.3.1 (Ulp. 39 *ad ed.*).

¹²² Invero, Gaio (§ 2.14, trascritto *supra*, su nt. 117), anziché congegnare una notazione direttamente calibrata sulla qualificazione *'res incorporales'* subito prima riferita, continuando ad usare il femminile (nel qual caso, avrebbe scritto: *'quales sunt eae, quae in iure consistunt'*), compie uno scarto passando al neutro *'qualia sunt ea, quae in iure consistunt'*: come se, appunto, stesse proponendo una cristallizzata formulazione tecnica. Quanto a Pomponio (D. 43.26.15.2, trascritto *supra*, in nt. 117), costui, al fine di precisare un ulteriore ambito di applicazione della concessione precaria (la facoltà di appoggiare una trave o una grondaia), ha ritenuto la locuzione *'ea quae in iure consistunt'* come senz'altro espressiva per indicare le servitù prediali: cosa che, appunto, induce ad ipotizzare che questa locuzione fosse già acquisita al sapere giurisprudenziale.

¹²³ Quintilianus, *Institutio oratoria* 5.10.116 *'... ius, quod sit incorporale, adprendi manu non posse ...'*.

biente filosofico, Seneca contrapponeva tra enti corporali ed enti incorporali (*Epistulae* 58.11 e 14); precisava che una cosa è il *beneficium*, incorporale, altra cosa l'oggetto materiale del *beneficium* (*De ben.* 1.5.2; 6.2.1-3); e utilizzava, finanche, la concettualizzazione '*res incorporales*' (*Dialogi* 10.8.2). Tuttavia, come anticipato, nessuna delle predette circostanze si presta a far optare per un'origine gaiana o invece pregaiana della elaborazione della apposita classificazione tra *res corporales* e *res incorporales*¹²⁴.

Il complessivo discorso gaiano che riguarda specificamente le *res incorporales* è emblematico del fatto che anche questo inquadramento sistematico è condotto secondo il suddetto approccio operativo-cautelare. Invero, Gaio, dopo aver elencato tali *res* (nell'ordine: l'*hereditas*, l'usufrutto, le *obligationes*, le servitù prediali) e aver precisato che a doversi considerare come *incorporales* sono l'*ususfructus*, l'*hereditas* e le *obligationes* in quanto tali e non i loro concreti oggetti (§§ 2.12-14, poc'anzi trascritti), considera l'ulteriore distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, soffermandosi sulla '*magna differentia*' che consiste nella diversità di negozi che devono essere compiuti per il trasferimento della proprietà su di esse: *traditio*, per le *res nec Mancipi*; *mancipatio* o *in iure cessio*, per le *res Mancipi*. Quindi, torna sulle *res incorporales* (§§ 2.28-39) per avvertire quale fra questi tre negozi sia efficacemente utilizzabile con riguardo a ciascuna di es-

¹²⁴ A ben vedere, con riguardo alla esplicita fissazione della classificazione, la sola indicazione che possediamo è quella, indiretta, che può desumersi da un brano dei *Topica* di Cicerone. Nel brano in questione (§§ 5.26-27) si contrappongono le "cose che sono" («che si possono vedere o toccare») e le "cose che si comprendono con la mente" («che non si possono toccare o indicare e che, piuttosto, si possono vedere e comprendere con la mente»). Ora, nonostante l'opera fosse dedicata ad un giurista; nonostante la contrapposizione tra '*ea quae sunt* ed *ea quae intelleguntur*' fosse rivolta ad illustrare ai giuristi le tecniche definitorie; nonostante gli esempi di entità appartenenti alle contrapposte categorie fossero tratti dalla realtà giuridica; nonostante, infine, che l'autore compisse, in relazione alle cose che non si possono toccare, un esplicito riferimento all'elemento-*corpus* («... alla base delle quali entità non vi è alcun *corpus* ...»); nonostante tutto ciò, Cicerone non ha utilizzato, per enunciare la dicotomia in questione, le categorie '*res corporales*' e '*res incorporales*'. Questa circostanza autorizza a ritenere che quando furono composti i *Topica*, e cioè nel 44 a.C., una contrapposizione in quei termini non avesse ancora fatto la sua comparsa nell'ambiente giurisprudenziale.

se. Così, segnalata l'ovvia inapplicabilità a tutte le *res incorporales* della *traditio* (in ragione del fatto che le *res incorporales* non si possono “toccare con la mano” e dunque non possono essere oggetto di materiale consegna), il giurista afferma che le servitù prediali urbane sono suscettibili di *in iure cessio* e quelle rustiche anche di *mancipatio*; che l'usufrutto può essere oggetto di *in iure cessio* (nel caso di fondi provinciali, anche di *pactiones et stipulationes*); che l'*hereditas* si può trasferire con *in iure cessio*; infine (§ 2.38), che per le *obligationes* non è applicabile nessuno di quei tre negozi e che, piuttosto, se si vuol trasferire la titolarità di un credito è necessario compiere, dietro incarico autorizzativo (*iussus*) del creditore, una *stipulatio* tra il debitore ed il terzo destinatario, operazione – aggiunge Gaio – che si chiama novazione dell'obbligazione (*'obligationis novatio'*)¹²⁵.

Già da quest'ultima indicazione, inserita nell'apposito contesto riguardante le *res incorporales*, si può constatare come le *obligationes* quali *res incorporales* vengono considerate dal punto di vista della loro circolazione: più precisamente, come elementi del patrimonio del creditore, che possono trovarsi all'interno di esso come uscire da questo per esser trasferiti nel patrimonio di un altro soggetto. Il che, del resto, risponde alla coordinata di fondo che Gaio ha fissato una volta per tutte, a mo' di precisazione programmatica, in apertura di II commentario (§ 2.1) allorché ha affermato che le *res*, delle quali si accingeva a trattare, “o sono presenti nel nostro *patrimonium* o si considerano fuori dal nostro *patrimonium*”¹²⁶: una notazione con la qua-

¹²⁵ In mancanza di tale *stipulatio* novativa, prosegue Gaio, colui al quale il creditore ha voluto trasferire l'*obligatio* non può agire processualmente *proprio nomine*, ma deve procedere in qualità di rappresentante processuale del creditore. Ecco l'intero passaggio: Gai 2.38. *Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim 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 novatio obligationis. 39. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri.*

¹²⁶ <Superiore commentario exposuimus> *de iure personarum. modo videamus de rebus, quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium ha-*

le il giurista preannunziava che l'intera trattazione *de rebus* avrebbe avuto come punto di riferimento il fenomeno della circolazione delle *res*, le quali, in un determinato momento e in forza di una concreta vicenda, o *'in nostro patrimonio sunt'* oppure *'extra nostrum patrimonium habentur'*.

E invero, anche al di fuori dello specifico contesto della classificazione *'res corporales-res incorporales'*, l'assunzione in chiave sistematica delle *obligationes* quali *res incorporales* viste in relazione al patrimonio del creditore – e precisamente, in relazione all'ingresso o all'uscita da esso – permane ben ferma, pur se implicita, affiorando in singole indicazioni come negli snodi tematici del manuale.

Così, nei §§ concernenti la questione della capacità delle donne e dei minori (*pupilli*) di alienare efficacemente *res* anche senza l'*auctoritas* del tutore (§§ 2.80-85), il dipanarsi del complessivo discorso di Gaio rivela chiaramente una rappresentazione dell'*obligatio* come entità (*res*; e cioè *res incorporalis*) che entra a far parte del patrimonio del creditore o fuoriesce da esso¹²⁷. Se-

bentur' («Nel commentario precedente abbiamo trattato del diritto delle persone. Ora occupiamoci delle *res*, le quali o sono nel nostro patrimonio o i considerano fuori dal nostro patrimonio»).

¹²⁷ In particolare, Gaio, dopo aver enunciato (nel § 80) che tanto la donna quanto il pupillo non possono *alienare res Mancipi* senza intervento del tutore, e che la donna, diversamente dal pupillo, può invece *alienare* le *res nec Mancipi* anche *sine tutoris auctoritate*, sviluppa questa informazione attraverso alcune precisazioni, tra le quali rileva qui rimarcare le seguenti: il *dare mutuam pecuniam* da parte della donna senza l'intervento del tutore comporta un *contrahere obligationem* (§ 81), mentre il pupillo, nella stessa situazione, *'nullam contrahit obligationem'* (§ 82); la *solutio* compiuta nei confronti del pupillo in assenza del tutore non è pienamente liberatoria, poiché il creditore-pupillo non può *dissolvere obligationem* in quanto non può *alienare* alcuna *res* (§ 84); invece, la *solutio* compiuta in favore della donna *sine tutoris auctoritate* ha piena efficacia liberatoria per il debitore (*recte solvi potest*), poiché la *mulier* – *"come detto poco prima"* (*ut proxime diximus*) – può, anche senza intervento del tutore, *mittere a se una res nec Mancipi* (§ 85). Ecco l'intero svolgimento: 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. 83. Et ex contrario omnes res tam Mancipi quam nec Mancipi mulieribus*

gnatamente, Gaio, prospettando il caso di una dazione a mutuo dall'angolazione del creditore (nel caso in specie, una donna senza l'*auctoritas* del tutore), assume il successivo ricevere una efficace *solutio* della somma di denaro come un 'alienare' la *res-obligatio*, come un separarsi ('*dimittere a se*'), da parte del creditore, dalla *res-obligatio*¹²⁸; dal che si desume, peraltro, che la precedente, correlata affermazione secondo cui la donna, dando a mutuo, "contrae un'obbligazione" ('*contrahit obligationem*') era stata concepita da Gaio nel senso che il creditore acquista la *res-obligatio* al proprio patrimonio.

Parimenti, nelle battute che precedono di poco l'apposita trattazione sulle obbligazioni, Gaio, illustrando gli effetti della *in iure cessio* dell'*hereditas* in ordine alla trasmissione dei suoi contenuti (§ 3.85), contrappone i '*debita*' alle *res corporales*.

Ancora, nel cuore della trattazione apposita sulle obbligazioni compare una sezione concernente la possibilità di "acquistare" attraverso altre persone: «Esposti i tipi di obbligazioni che nascono da contratto, dobbiamo avvertire che acquistiamo non solo tramite noi stessi (=tramite contratti conclusi da noi stessi), ma anche attraverso le persone che si trovano nella nostra *potestas*, nella nostra *manus* o nel nostro *mancipium* ...» (Gai 3.163)¹²⁹. Ebbene, oggetto dell'"acquistare" è l'*obligatio* stessa (in quanto *res*)¹³⁰, la quale,

et pupillis sine tutoris auctoritate solui possunt, quoniam meliorem conditionem suam facere eis etiam sine tutoris auctoritate concessum est. 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.

¹²⁸ Secondo una visuale che doveva già circolare nella tradizione sabiniana, giusta una analoga raffigurazione presente nei *libri ad Sabinum* di Paolo. Cfr. D. 46.3.15 (Paul. 6 *ad Sab.*) *Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest: sed nec delegare potest. quia nec alienare ullam rem potest.* («In favore del pupillo non si può compiere *solutio* senza l'*auctoritas* del tutore; né il pupillo può compiere *delegatio*. Giacché il pupillo non può alienare alcuna *res*»).

¹²⁹ '*Expositis generibus obligationum, quae ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eas personas, quae in nostra potestate, manu mancipioe sunt.*'

¹³⁰ Determinante in tal senso è il confronto con l'impiego, in relazione alla medesima fattispecie dell'acquisto tramite sottoposti, dell'esplicita locuzione '*adquirere obligationem*' in altri testi giurisprudenziali, anche derivanti dallo stesso Gaio, conservati nel Digesto (Gaio in D. 45.3.28pr.-1; 3; Giuliano in D. 23.3.46 pr. e 45.1.56.2; Ulpiano in D. 46.3.22; Paolo in D. 46.6.5); nonché il perfetto parallelismo, anche nel-

con l'acquisto appunto, entra a far parte del patrimonio del creditore.

E nella medesima ottica si può cogliere, su un piano più generale, l'implicito disegno espositivo in base al quale Gaio compiva le trattazioni sulle *obligationes ex contractu* e sui c.d. modi di estinzione delle obbligazioni. In particolare, l'esordio or ora trascritto del discorso sull'"acquistare" tramite altri («Esposti i tipi di obbligazioni che nascono da contratto, dobbiamo avvertire che acquistiamo non solo tramite noi stessi, ma anche ...») consente di riconoscere, retrospettivamente, che l'esposizione sulle obbligazioni nascenti da contratto, svolta fino a quel punto, era stata implicitamente assunta da Gaio come illustrazione di modalità attraverso le quali le *res-obligationes* si acquistano al creditore, entrano nel suo patrimonio¹³¹. E d'altra parte, il fatto che la *solutio* e la *novatio* erano state esplicitamente considerate da Gaio quali vicende che comportano la fuoriuscita della *res-obligatio* dal patrimonio del creditore¹³² rivela che lo scomparto della trattazione riguardante i modi con cui '*tollitur obligatio*' ed imperniato proprio sulla *solutio* e sulla *novatio* (§§ 3.168-181)¹³³ – scomparto che la nostra dogmatica fa considerare come dedicato ai "modi di estinzione" delle obbligazioni – secondo la visuale gaiana trattava, piuttosto, delle modalità con le quali la *res incorporalis-obligatio* "è eliminata", esce dal *patrimonium* del creditore¹³⁴.

Ecco che allora, alla luce di quel che precede, Gaio potrebbe aver

la formulazione del discorso, tra Gai 3.163 e l'esordio di Gai 2.86 in tema di acquisto di *res corporales* tramite altre persone: '*Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipiove habemus etc.*'

¹³¹ Confermando, pertanto, su un piano più generale, quanto già osservabile in relazione al singolo '*contrahere obligationem*' della donna senza l'*auctoritas* del tutore (Gai 2.80), di cui si è detto poc'anzi: *supra*, nt. 127.

¹³² Per la *solutio* (Gai 2.85) cfr. *supra*, nel testo su nt. 127; per la *novatio* (Gai 2.38) cfr. *supra*, nel testo su nt. 125.

¹³³ Invero, dopo la trattazione sulla "*solutio* di ciò che è dovuto" (§ 3.168), Gaio si occupa dell'*acceptilatio* e della *solutio per aes et libram* (§§ 169-173), entrambe presentate come casi di '*imaginaria solutio*'. Segue l'illustrazione della novazione (§§ 176-179), alla quale è agganciata la trattazione della *litis contestatio* in seno ad un *iudicium legitimum* (§§ 3.180-181), chiaramente rappresentata sulla falsariga e in chiave di novazione.

¹³⁴ Talché, in sostanza, nel manuale gaiano le sezioni tematiche in materia di *obligationes ex contractu* appaiono le seguenti: acquisto al patrimonio del creditore della *res (incorporalis)-obligatio*, tramite la conclusione di un contratto; acquisto in forza di un contratto posto in essere da altre persone; eliminazione della *res (incorporalis)-obligatio* dal patrimonio del creditore.

evitato di fornire una definizione non soltanto perché, in generale, era interessato a profili operativo-cautelari e non già teorico-dogmatici, ma anche per il fatto che, a ben guardare, sarebbe stato costretto a scegliere fra almeno tre diverse possibilità: e cioè, scolpire quale cornice concettuale della trattazione o una raffigurazione dell'*obligatio* come *res incorporalis* o una raffigurazione come atto obbligante (sul quale, come detto, si sarebbe massimamente puntata l'attenzione operativo-cautelare del giurista) o ancora una raffigurazione come rapporto obbligatorio, quale sembra sottesa alla costruzione '*nascere ex*' nella stessa classificazione d'esordio (§§ 88-89). Ognuna tra queste opzioni avrebbe dato vita ad un enunciato inevitabilmente unilaterale e parziale rispetto alla coesistenza, nella successiva esposizione, tra le predette prospettive concettuali. Tanto più, poi, che a volte è addirittura all'interno di una stessa notazione che convivono e si trovano sovrapposte diverse rappresentazioni concettuali dell'*obligatio*¹³⁵. Di qui la rinuncia a fornire una nozione generale¹³⁶.

¹³⁵ Ad esempio, proprio in sede di presentazione delle *obligationes* quali *res incorporales* (Gai 2.14) il giurista afferma che "ciò che è a noi dovuto in base ad una *obligatio* per lo più è corporale" ('*quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est*): un'affermazione nella quale '*obligatio*' indica, questa volta, l'atto obbligante o il rapporto obbligatorio. O ancora, in Gai 2.85 il giurista, pur affrontando una questione che attiene all'*obligatio* come *res (incorporalis)* – le donne anche senza *auctoritas* del tutore possono, ricevendo *solutio*, dismettere dal proprio patrimonio la *res nec mancipi-obligatio* (*supra*, su nt. 127) –, intende allo stesso tempo l'*obligatio* in chiave di vincolo da cui il debitore è astretto, dal momento che afferma che il debitore efficacemente "si libera dall'*obligatio*" ('*qui solvit liberatur obligatione, quia res nec mancipi ... a se dimittere mulieres etiam sine tutoris auctoritate possunt*').

¹³⁶ Altra cosa è la circostanza che il manuale gaiano contiene, sparsi nel corso dell'esposizione, elementi che consentono di rintracciare una particolare rappresentazione dell'*obligatio* che il giurista teneva presente in questo scritto, come abbiamo appositamente rimarcato in ordine alla raffigurazione in chiave di *res incorporalis*. Ritenere, invece, *tout court* l'inquadramento delle *obligationes* tra le *res incorporales* di Gai 2.14 e la descrizione dell'*actio in personam* di Gai 4.2 ("con cui agiamo contro chi è obbligato nei nostri confronti") nel loro insieme come "definizione" dell'*obligatio* – anzi, come «una vera e propria definizione come anche noi l'intendiamo», esprimente «la natura dell'oggetto definito», «l'identità giuridica dell'obbligazione», la «designazione precisa di un concetto» (così V. GIUFFRÈ, *La definizione di "obligatio" nelle "Gai Institutiones"*, cit., 121 e 123) – mi sembra, francamente, eccessivo. Specie

Naturalmente, quanto fin qui rilevato vale – il maggiore comprendendo il minore – a giustificare anche la mancanza del particolare enunciato conservato in Inst. 3.13pr., che pur proviene, a mio avviso, dallo stesso Gaio. Ma riguardo a questo dettato, alle ragioni già addotte possono aggiungersi due ulteriori circostanze. Anzitutto, in generale, sarebbe stato del tutto incongruente che Gaio, il quale inquadrava le *obligationes* tra le *res incorporales* ed impostava gli snodi tematici dell'apposita trattazione delle obbligazioni assumendo le stesse quali elementi del patrimonio del creditore, formulasse però un enunciato introduttivo calibrato, invece, sulla situazione di soggezione del debitore ad un vincolo che lo costringe ad adempiere. In secondo luogo, in relazione alla mia ipotesi ricostruttiva, una caratterizzazione-distinzione (*de-finitio*) della vincolatività dell'*obligatio* rispetto alla diversa vincolatività dell'*officium* è preoccupazione che si coordina con un interesse a mettere a fuoco l'essenza ontologica dell'istituto e non certo con un'attenzione esclusivamente mirata sulle modalità operative da compiere, quale è quella che anima la trattazione delle *Institutiones*. Il che non significa, ovviamente, che in altra sede lo stesso giurista – mutando angolazione espositivo-sistematica e approccio di fondo nell'illustrazione degli istituti – non potesse assumere l'*obligatio* in una prospettiva differente, la quale, imposta sul lato passivo del debitore costretto ad adempiere, sollecitasse a fornire una *de-finitio* incentrata sul tipo di vincolatività. È quanto dovette avvenire, a mio avviso, nelle *Res cottidianae*.

10.1. La definizione nel contesto delle Res cottidianae: innovazioni sistematiche in materia di obligationes

In effetti, come il taglio e i contenuti peculiari dell'esposizione delle *Institutiones* dovevano lasciare fuori la formulazione di un enunciato

ove si voglia, poi, utilizzare questa pretesa “definizione” per sostenere (p. 123 ss.) che lo stesso autore (Gaio) che l'ha coniata non potrebbe essere lo stesso che, in una diversa opera, ha formulato la definizione conservata nelle Istituzioni giustinianee, giacché quest'ultima avrebbe una differente natura («descrizione fattuale del rapporto giuridico a contenuto economico fra soggetti determinati, ossia una rappresentazione comportamentale delle persone vincolate»: p. 123), ritenuta incompatibile con la prima.

definitorio e, più in particolare, la formulazione di una precisazione sulla specificità dell'*obligatio* rispetto ad altre situazioni vincolanti, così, al contrario, il compimento di una precisazione iniziale di questo tipo ben si coordina con i dati che i testi, pur non numerosi, pervenuti delle *Res cottidianae* ci restituiscono.

Questo coordinamento deriva dal fatto che in quest'opera la materia delle obbligazioni è stata sottoposta da Gaio ad apposita, rinnovata meditazione, che si appalesa già dalla sua riorganizzazione sistematica.

Viene in questione, anzitutto, un testo espressamente attribuito alle *Res cottidianae*, nel quale è ridisegnata la partizione delle fonti delle obbligazioni. In particolare, mentre nelle *Institutiones*, come abbiamo visto (*supra*, § 9.1), Gaio aveva presentato una dicotomia tra obbligazioni da contratto e obbligazioni da delitto (Gai 3.88), nello scritto più recente egli aggiunge una terza tipologia di fonti (o *causae*) di obbligazioni, le '*variae causarum figurae*':

D. 44.7.1pr. (Gai. 2 *rer. cott.*) *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

«Le obbligazioni nascono o da contratto o da delitto o, a un certo qual proprio titolo, da varie figure di fonti».

Altra innovazione sistematica consiste nella distinzione tra obbligazioni civili e obbligazioni pretorie, conservata, nel breve titolo '*De obligationibus*' delle Istituzioni imperiali, subito dopo la definizione:

Inst. 3.13.1 *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae. Civiles sunt, quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt. Praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur.*

«Di tutte le obbligazioni la distinzione principale si articola in due tipologie: infatti o sono civili o sono pretorie. Sono civili, quelle che sono state istituite tramite leggi o comunque sono state approvate dal *ius civile*. Sono pretorie, quelle che il pretore

ha istituito in base alla propria *iurisdictio*, che si chiamano anche ‘onorarie’»¹³⁷.

Ancora, su un orizzonte sistematico più ampio, nelle *Res cottidianae* la materia delle *obligationes* si trova, con sequenza inversa rispetto a quella adottata nelle *Institutiones*, anticipata rispetto alla materia delle *hereditates*¹³⁸.

Infine, un’ultima innovazione di ordine sistematico riguarda la categoria delle *obligationes re contractae*. Mentre, infatti, nell’apposita *sedes materiae* delle *Institutiones* (§§ 3.90-91) Gaio considera solamente il mutuo e, per attrazione, il pagamento di indebito (*solutio indebiti*), nello scritto più recente il giurista prende in esame, quali casi

¹³⁷ Questa distinzione – il cui luogo d’origine è, come al solito, omesso dai compilatori delle Istituzioni – è ascrivibile alle *Res cottidianae* con verosimiglianza assoluta. In questo senso, infatti, depone il convergere di numerosi elementi. Anzitutto, alcune peculiarità terminologico-stilistiche proprie dell’*usus loquendi* gaiano: l’uso di ‘*diducitur*’ (Gai 3.88 e Inst. 4.6.1, in relazione a distinzioni; nonché Gai 1.188; 2.2; 3.182) e di ‘*constitutae*’ (Gai 4.76, nonché 3.189; 4.16; 4.72; 4.111; 4.171; 4.177; 4.183); la sequenza di due proposizioni relative (‘... *quas praetor constituit, quae etiam honorariae vocantur*’): cfr. *supra*, § 3 su nt. 16; la precisazione ‘*praetor ex sua iurisdictione*’ (Gai 4.110; 4.118; D. 33.2.29 [Gai.1 *fideicomm.*]; Inst. 4.6.3; 8; 12 e 13, tutti derivanti dalle *Res cottidianae*); il lessema ‘*comprobatum*’ per indicare un fenomeno di approvazione-recezione di un istituto giuridico da parte dei giuristi (Gai 2.117; D.24.2.2.1 [Gai 11 *ad ed. prov.*]). Inoltre, la specifica attenzione, in due luoghi delle *Res cottidianae*, per la distribuzione delle materie sulla base delle diverse sfere ordinamentali (Inst. 4.6.3 in tema di *actiones*; D. 41.1.1pr., in tema di modi di acquisto della proprietà, su cui *infra*, su nt. 159). E infine, la singolarità della *divisio in genera* (anziché in *species*), riscontrabile nelle *Institutiones* di Gaio (§ 4.161 ‘*Expositis generibus interdictorum...*’, da leggere in relazione alle *divisiones* tra interdetti enunciate nei §§ 4.142, 143 e 156).

¹³⁸ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, 251 nt. 4; C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti di diritto europeo*, cit., 104. Lo si argomenta – in mancanza di brani dell’opera riguardanti le *successiones* conservati nel Digesto (dunque, con esplicita indicazione del libro) – dal fatto che i testi concernenti le *obligationes* provengono dai libri II e III e che dal libro II provengono anche testi che attengono ai modi di acquisto della proprietà. È impensabile che all’interno dello stesso libro II, oltre alla trattazione sui modi di acquisto della proprietà e oltre alla trattazione di una parte delle *obligationes*, fosse anche contenuta ed esaurita la trattazione sulle *hereditates*. Quest’ultima, piuttosto, per qualche ragione che ignoriamo dovette esser stata da Gaio posposta rispetto alla materia delle *obligationes*.

di ‘*re obligari*’, oltre al mutuo, anche il comodato, il deposito e il pegno, e colloca invece il pagamento di indebito tra le *variae causarum figurae*.

Ebbene, ciascuna di queste innovazioni sistematiche offre spunti che convergono tra loro nel senso di rendere ben plausibile che la definizione di *obligatio*, la cui matrice gaiana si è già prospettata (*supra*, § 4), sia stata da Gaio congegnata proprio nelle *Res cottidianae* e precisamente in apertura di trattazione sulle *obligationes*.

Consideriamo, per prima, in questa prospettiva, la creazione della tripartizione “contratti-delitti-*variae causarum figurae*”.

Tra le “varie figure di fonti” il giurista considera sia atti leciti che atti illeciti. Tra i primi: la *solutio indebiti*, la gestione tutelare, la *negotiorum gestio*, i legati con effetti obbligatori, la *communio* c.d. incidentale (che si instaura tra coloro ai quali una stessa *res* è stata congiuntamente legata in proprietà o donata); tra i secondi: la pronunzia del giudice dettata da imperizia (‘*iudex qui litem suam fecerit*’); il lancio, causativo di danni a cose o persone, di oggetti dalle abitazioni (‘*effusum vel deiectum*’); la caduta, causativa di danni a cose o persone, di oggetti appoggiati su tetti o cornicioni (‘*positum et suspensum*’); i furti e i danneggiamenti subiti da passeggeri di navi e da avventori di locande e stazioni di cambio dei cavalli.

Con riguardo alla *ratio* dell’esclusione delle suddette fattispecie illecite dal raggruppamento– *delicta*, limitiamoci a prendere atto che Gaio pone l’accento sul fatto che il debitore non può ritenersi essere incorso in un *delinquere*. Quanto invece alle fattispecie lecite, è il caso di compiere due rapide osservazioni.

La prima. È diffusa in dottrina l’idea che le *variae figurae* lecite sarebbero accomunate dal fatto che esse consistono in atti privi di accordo (atti leciti non convenzionali). Sennonché, per nessuna di esse Gaio compie, in sede di giustificazione del peculiare inquadramento, un cenno alla mancanza di *conventio*: cenno che sarebbe stato determinante e, oltretutto, assai facile da compiere (anche, se del caso, una volta per tutte). Invero, per la *solutio indebiti* il giurista ripropone l’obiezione che aveva già formulato nelle *Institutiones* (Gai 3.91)¹³⁹, secondo cui l’autore della *datio* – il quale, essendo

¹³⁹ Gai 3.91. *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum*

la prestazione non dovuta, assume il ruolo di creditore rispetto al soggetto che aveva in buona fede ricevuto la prestazione stessa – aveva voluto, con essa, estinguere un rapporto (che credeva) esistente, non già far sorgere un rapporto obbligatorio (D. 44.7.5.3)¹⁴⁰. Per tutte le altre fattispecie, poi, Gaio richiama costantemente il dato fattuale che coloro che si trovano ad essere, rispettivamente, creditore e debitore non avevano in precedenza concluso tra loro alcun contratto¹⁴¹: se si preferisce, non erano proprio entrati in contatto, in rapporto tra loro¹⁴².

accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, 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 («Anche colui che ha ricevuto il pagamento di una somma non dovuta da colui che ha adempiuto per errore è obbligato 're'; infatti nei suoi confronti si può esperire la *condictio* nei termini "*SI PARET EUM DARE OPORTERE*", proprio come se avesse ricevuto a mutuo. Da qui, alcuni ritengono che il pupillo o la donna, ai quali sia stata effettuata una prestazione non dovuta, non sono tenuti da una *condictio*, non diversamente che nel caso di una dazione a mutuo. Ma questo tipo di obbligazione non sembra (o: non risulta) trarre consistenza da un contratto, poiché colui che dà con l'intenzione di adempiere vuole porre fine ad un rapporto giuridico piuttosto che contrarlo»).

¹⁴⁰ D. 44.7.5.3 (Gai. 3 *aur.*) *Is quoque, qui non debitum accipit per errorem soluentis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim soluit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare uidetur* («Anche colui che ha ricevuto una prestazione non dovuta per errore di chi compie l'adempimento si obbliga quasi come sulla base di una dazione a mutuo ed è tenuto dalla stessa azione con la quale i debitori sono tenuti nei confronti dei creditori; ma colui che è tenuto in base a questa causa non può esser considerato obbligato in base ad un contratto: chi infatti adempie per errore risulta compiere la dazione con l'intenzione di estinguere il rapporto obbligatorio anziché di contrarlo»).

¹⁴¹ Per la *negotiorum gestio* (D. 44.7.5pr.): «né colui che ha gestito gli affari si ritiene che abbia in precedenza contratto alcunché con l'assente ...; ancor meno colui, i cui affari sono stati gestiti, può ritenersi, essendo all'oscuro, che abbia contratto alcunché»; per la *tutela* (D. 44.7.5.1): «infatti non si contrae alcun *negotium* tra tutore e pupillo»; per i legati con effetto obbligatorio (D. 44.7.5.2): «infatti il legatario non è ritenuto aver contratto alcunché né con il defunto né con l'erede». Lo stesso tipo di motivazione («poiché tra loro nulla hanno contratto») si legge, in relazione ai comproprietari incidentali di una *res* (coloro, cioè, ai quali congiuntamente una *res* era stata legata o donata), in Inst. 3.27.3: brano che deriva anch'esso, certo, dalle *Res cottidianae*.

¹⁴² Così, ultimamente, S. PIETRINI, *Gai 3.91 e la volontà del creditore volta a «ne-*

La seconda. Si tende per lo più a ritenere che la stessa escogitazione delle *variae causarum figurae* sia legata all'ipotesi della *solutio indebiti*, nel senso che proprio prendendo le mosse dalla perplessità manifestata in ordine a questa fattispecie (Gai 3.91) il giurista avrebbe ritenuto non più sostenibile l'onnicomprensività e la sufficienza dell'elemento – *contractus* insite nella bipartizione '*contractus-delicta*' (cfr. Gai 3.88: "ogni obbligazione nasce o da contratto o da delitto") e avrebbe pertanto introdotto il terzo raggruppamento di fonti delle obbligazioni. In realtà, a questo risultato Gaio potrebbe egualmente esser pervenuto riflettendo (anche) su altre figure obbliganti che egli aveva già considerato nelle *Institutiones* e che appunto nello scritto più recente si trovano sistemate fra le *variae causarum figurae*. Penso in particolare – più che alla *tutela*, indirettamente assunta nelle *Institutiones* gaiane come un *contractus*¹⁴³ – ai legati con effetti obbligatori. Invero, il legato *per damnationem* e il legato *sinendi modo* vengono limpidamente descritti nella loro portata obbligante in due luoghi del II commentario (Gai 2.204 e 213-214), in uno dei quali, oltretutto, l'erede è esplicitamente rappresentato in termini di soggetto '*obligatus*'¹⁴⁴; e il legato *per damnationem* è, addirittura,

gotium contrahere», in *INDEX* 44, 2016, 305, alla quale rinvio anche per una rassegna critica dello stato della dottrina su questo argomento.

¹⁴³ Gai 4.182, trascritto *infra*, in nt. 163.

¹⁴⁴ Nei due brani Gaio contrappone l'effetto obbligatorio dei due tipi di legato, in base ai quali l'erede è tenuto a compiere un atto traslativo (*mancipatio* o *in iure cessio* o semplice *traditio*), all'immediato effetto acquisitivo del *dominium* prodotto dal legato *per vindicationem* (avente, appunto, effetto reale). Ecco i testi: 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* («Ciò che è stato legato in questo modo (*per damnationem*), dopo l'accettazione dell'eredità, anche se sia stato legato senza termini o condizioni, non si acquista automaticamente al legatario, ma rimane nondimeno di proprietà dell'erede: pertanto, il legatario deve utilizzare un'*actio in personam*, assumendo nell'*intentio* che è necessario che l'erede compia una *datio* in suo favore; e dal canto suo, l'erede, se la cosa legata è *mancipi*, deve trasferirla con *mancipatio* o deve compiere *in iure cessio* e compiere *traditio* del possesso; se la cosa è *nec mancipi*, è sufficiente che compia *traditio*»); 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,*

menzionato anche nella *sedes materiae* delle obbligazioni e precisamente a proposito dei modi con i quali ‘*tollitur obligatio*’¹⁴⁵. Ora, il dato oggettivo e di immediata evidenza che fra erede e legatario, come fra tutore e pupillo, non vi era stato alcun incontro negoziale, non era stato concluso alcun atto obbligante, doveva certo essere chiaro nella mente di Gaio già in occasione della stesura delle *Institutiones*; ed è stato, poi, esplicitato nello scritto più recente, come si è detto poc’anzi, quale apposita giustificazione dell’inquadramento di quelle fattispecie tra le *variae causarum figurae*. Tutte e tre queste ipotesi, dunque, e non solo la figura della *solutio indebiti*, dovettero congiuntamente spingere verso una nuova articolazione sistematica che superasse la bipartizione ‘contratti-delitti’.

Ora, mentre la bipartizione delle *Institutiones*, riconducendo l’insieme delle fonti delle obbligazioni alle due sfere ben distinte dei contratti e dei delitti, rifletteva una considerazione differenziata tra obbligazioni da atto lecito, nelle quali prevaleva, come si è visto, il punto di vista attivo del creditore, e obbligazioni da atto illecito, nelle quali, invece, prevaleva il punto di vista dell’esposizione del debitore ad una pena; la nuova organizzazione sistematica, accomunando tra le *variae causarum figurae* atti leciti e atti illeciti, doveva condurre Gaio – o era essa stessa conseguente – a una raffigurazione delle diverse fonti dall’angolazione unificante del debitore “obbligato”, “tenuto”. Tanto è vero che l’ordine di idee che, a livello dogmatico, sorregge questa in-

qui putant ex hoc legato non videri obligatum heredem, ut mancipet aut in iure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur... («Come, invero, la cosa legata *per damnationem* dopo l’accettazione dell’eredità non diventa subito del legatario, ma rimane in proprietà dell’erede fino a quando costui non la renda di proprietà del legatario facendone *traditio* o *mancipatio* o *in iure cessio*, così il regime è identico nel legato *sinendi modo*; e pertanto, anche in base a questo legato vi è la formula dell’*actio in personam* (*ex testamento*) ‘QUALUNQUE COSA L’EREDE DEVE DARE O FARE IN BASE AL TESTAMENTO’. Vi sono tuttavia alcuni giuristi che ritengono che in base a questo legato l’erede non risulta obbligato a fare *mancipatio* o *in iure cessio* o *traditio*, ma che è sufficiente che permetta che il legatario porti via la cosa»).

¹⁴⁵In particolare, il legato *per damnationem* è indicato come una delle *causae obligationis* per le quali, ancora ai tempi di Gaio, è necessario che venga compiuta una *solutio per aes et libram* affinché il debitore sia liberato: Gai 3.175. *Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictum est ...* («Analogamente il legatario libera nello stesso modo l’erede con riguardo a ciò che è stato lasciato con un legato *per damnationem*»).

novazione sistematica consiste nell'osservazione che il debitore "non è tenuto" né in base a un contratto né in base a un delitto, bensì "è tenuto" quasi in base ad un contratto o quasi in base ad un delitto. Si tratta di un costante schema argomentativo, con cui Gaio giustifica la riconduzione di questa o quella fattispecie alle *variae causarum figurae* e che in alcuni casi è stato formulato (o, comunque, ci è pervenuto) in modo esplicito. Così in tema di *tutela*:

D.44.7.5.1: «Anche coloro che sono tenuti dal *iudicium tutelae* non si considerano obbligati propriamente in base a un contratto; [...] ma poiché certo non sono tenuti in base a un delitto, appare che sono tenuti quasi in base a un contratto»¹⁴⁶;

in tema di legato:

D.44.7.5.2: «Anche l'erede, che deve adempiere un legato, non è considerato obbligato né in base ad un contratto né in base ad un delitto»¹⁴⁷;

in tema di '*iudex qui litem suam fecerit*':

D.44.7.5.4: «Se il giudice 'ha fatto sua la lite', non appare obbligato propriamente in base a un delitto, ma poiché non è obbligato nemmeno in base a un contratto ...»¹⁴⁸;

in tema di danni o furti subiti da viaggiatori e avventori:

D.44.7.5.6: «Parimenti, l'armatore della nave o il titolare del-

¹⁴⁶ '*Tutelae quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur: [...] sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri uidentur*'.

¹⁴⁷ '*Heres quoque, qui legatum debet, neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur*'.

¹⁴⁸ '*Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus uidetur, sed quia neque ex contractu obligatus est ...*'.

la locanda o della stazione di cambio dei cavalli appare esser tenuto quasi in base a un delitto per il danneggiamento o per il furto che sia stato fatto nella nave o nella locanda o nella stazione di cambio dei cavalli [...]: poiché nemmeno in base ad un contratto l'azione è stata creata nei suoi confronti, [...] per questa ragione appare esser tenuto quasi in base ad un delitto»¹⁴⁹.

Del resto, la considerazione dell'obbligazione dal punto di vista del debitore compare, prima ancora che nei brani sulle *variae causarum figurae*, già a proposito delle *obligationes ex contractu*: anche nella trattazione di queste ultime in primo piano è la figura del debitore obbligato. Ma c'è di più; in tema di obbligazioni *ex contractu* si incontra altresì un elemento di grande rilievo, che era, invece, del tutto estraneo alla corrispondente esposizione delle *Institutiones*: l'attenzione apposta per il profilo della responsabilità contrattuale del debitore. Questa caratteristica si riscontra nei seguenti squarci dell'opera conservati dai compilatori giustinianeî in tema di comodato:

D.44.7.1.4: «Anche colui, al quale abbiamo dato in comodato qualcosa, è obbligato nei nostri confronti 're', ma costui è tenuto a restituire la stessa cosa che avrà ricevuto. E mentre il mutuatario, se avrà perduto per un caso qualunque la cosa ricevuta, rimane nondimeno obbligato; colui che ha ricevuto in comodato è al sicuro qualora abbia perso la cosa ricevuta per una forza maggiore alla quale la debolezza umana non può opporre resistenza, come a causa di un incendio o di un crollo o di un naufragio. Nondimeno, il comodatario è tenuto a prestare la massima diligenza nella custodia della cosa e non è sufficiente adibire la stessa diligenza che egli adibisce per le cose proprie, se un altro soggetto avrebbe potuto custodire più diligentemente. E in

¹⁴⁹ 'Item exercitor nauis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in naue aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri uidetur, [...]: cum enim neque ex contractu sit aduersus eum constituta haec actio [...], ideo quasi ex maleficio teneri uidetur'.

realtà, egli è tenuto anche nei casi di forza maggiore, se inter- venga una sua colpa, come ad esempio se, volendo invitare degli amici a cena e avendo ricevuto a tal scopo in prestito dell'argenteria, l'abbia portata con sé partendo e l'abbia persa o per naufragio o per un assalto di predoni o di nemici»¹⁵⁰;

in tema di deposito:

D.44.7.1.5: «Anche colui, presso il quale abbiamo depositato qualcosa, è tenuto nei nostri confronti 're': e anche costui è tenuto a restituire la stessa cosa che ha ricevuto. Tuttavia egli resta al sicuro da responsabilità anche se avrà perduto per negligenza la cosa custodita: dal momento, infatti, che egli l'ha ricevuta non nel proprio interesse, ma nell'interesse di colui dal quale ha ricevuto, è tenuto solamente se qualcosa sarà perita per proprio dolo: invece non risponde in caso di perimento dovuto a negligenza, giacché colui che ha affidato una cosa in custodia ad un amico negligente deve dolersi solo di se stesso. Tuttavia, si è affermato che una negligenza grave ricade nell'illecito del dolo»¹⁵¹;

¹⁵⁰ *Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur. Et ille quidem qui mutuum acceperit, si quolibet casu quod acceperit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is uero qui utendum acceperit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, ueluti incendio ruina naufragio, rem quam acceperit amiserit, securus est. alias tamen exactissiman diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. sed et in maioribus casibus, si culpa eius interueniat, tenetur, ueluti si quasi amicos ad cenam inuitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare uoluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumue incursu amiserit'.*

¹⁵¹ *Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. sed is etiamsi negligenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: negligentiae uero nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere'.*

in tema di pegno:

Inst. 3.14.4: «Anche il creditore che ha ricevuto una cosa in pegno è obbligato 're', e anche costui è tenuto, con l'*actio pigneraticia*, a restituire la stessa cosa che ha ricevuto. Ma poiché la cosa viene data in pegno nell'interesse di entrambi, tanto nell'interesse del debitore, affinché il denaro gli venga prestato più facilmente, tanto nell'interesse del creditore, affinché più facilmente il suo credito sia al sicuro, si è affermato che è sufficiente che il creditore adibisca per la custodia della cosa la diligenza ordinaria e che, se il creditore l'avrà adibita e avrà perso la cosa per un qualche caso fortuito, è al riparo da responsabilità né viene impedito dal richiedere processualmente il credito»¹⁵²;

in tema di compravendita:

D.18.6.2.1: «Consideriamo adesso quale custodia debba assicurare il venditore prima del giorno della misurazione: se piena, in modo che risponda anche per la mancanza di diligenza, o se invece per il semplice dolo. E ritengo che il venditore debba adibire quella diligenza per cui venga scusato soltanto un evento fatale o un danno derivante da forza maggiore»¹⁵³;

D. 18.6.1.16: «Se è stato venduto del vino racchiuso in reci-

¹⁵² 'Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere'. La provenienza anche di questo brano dalle *Res cottidianae* può ritenersi sicura.

¹⁵³ 'Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare uenditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an uero dolum dumtaxat, uideamus. et puto eam diligentiam uenditorem exhibere debere, ut fatale damnum uel uis magna sit excusatum'.

pienti e il vino, prima che i recipienti siano portati via dal compratore, è andato a male per sua stessa natura, se il venditore aveva dichiarato la buona qualità del vino, sarà tenuto nei confronti del compratore: ché se invece non aveva dichiarato nulla, il rischio ricadrà sul compratore, giacché se egli non ha effettuato una degustazione o se, degustando, aveva valutato male, deve dolersi di se stesso (= deve imputare a sé il danno). Chiaramente, se il venditore, pur comprendendo che la qualità del vino non si sarebbe mantenuta fino al giorno stabilito per il ritiro, non ha avvertito il compratore, sarà tenuto nei confronti del compratore nella misura corrispondente all'interesse che costui avrebbe avuto ad esser avvertito»¹⁵⁴;

e in tema di società:

D. 17.2.72: «Il socio è tenuto nei confronti di un altro socio anche in base alla colpa, cioè in base alla trascuratezza e negligenza. La colpa tuttavia non è da valutarsi alla stregua della diligenza massima: è sufficiente infatti che il socio adibisca per gli affari comuni la diligenza che suole adibire per i propri affari, giacché colui che si procura un socio poco diligente deve dolersi di se stesso»¹⁵⁵.

La specifica attenzione, nei trascritti brani, per il profilo della re-

¹⁵⁴ *'Si uina quae in doliis erunt uenierint eaque, antequam ab emptore tollerentur, sua natura corrupta fuerint, si quidem de bonitate eorum adfirmauit uenditor, tenebitur emptori: quod si nihil adfirmauit, emptoris erit periculum, quia siue non degustauit siue degustando male probauit, de se queri debet. plane si, cum intellegeret uenditor non duraturam bonitatem eorum usque ad in eum diem quo tolli deberent, non admonuit emptorem, tenebitur ei, quanti eius interesset admonitum fuisse'.*

¹⁵⁵ *'Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquiret, de se queri debet'.*

sponsabilità del debitore è un dato oggettivo e già in sé eloquente¹⁵⁶. Non sarà male, tuttavia, rimarcare che – mentre in relazione a comodato, deposito e pegno le *Institutiones* gaiane non offrono possibilità di confronto diretto, dal momento che Gaio in quella sede non si era occupato appositamente di nessuno di essi (*infra*, § 10.2) – con riguardo alla compravendita e alla società è possibile compiere uno specifico raffronto con l’illustrazione che di questi contratti il giurista aveva svolto nelle *Institutiones*: raffronto dal quale il carattere di novità della più recente trattazione risalta con particolare evidenza. Quanto alla compravendita, infatti, come si ricorderà (*supra*, § 9.1), il discorso di Gai 3.139-141 si esauriva in alcune indicazioni con le quali Gaio avvertiva a quali condizioni, in relazione all’elemento- *pretium*, l’atto negoziale potesse considerarsi efficacemente concluso e configurantesi come *emptio-venditio*, senza alcuna parola sul complessivo regime obbligatorio derivante dall’accordo delle parti, ivi inclusa la questione della responsabilità contrattuale; quanto alla società (Gai 3.148-154b), il giurista si era limitato a considerare, secondo al consueta prospettiva operativo-cautelare, la questione se il contratto possa considerarsi istituito in relazione ad un particolare accordo sulla ripartizione dei profitti e delle perdite, in quali casi la *societas* permane o si scioglie, e la differenza tra la *societas* che si contrae *nudo consensu*, da un lato, e il *consortium erecto non cito* e la *societas* che, “attraverso una determinata *legis actio*”, si poteva contrarre tra *extranei*, dall’altro: disinteressandosi, ancora una volta, delle questioni attinenti ai criteri di responsabilità.

Ora, lo spostarsi dell’angolo visuale sul rapporto obbligatorio (e non più sul solo atto obbligante) dal lato passivo, con l’assunzione dell’“essere tenuto” o “non essere tenuto” a chiave di volta sia per l’individuazione del nuovo raggruppamento delle *variae causarum figurae* sia per la riconduzione ad esso di questa o quella fattispecie, e l’emersione di uno specifico interesse per i profili della responsabilità del debitore in relazione alle obbligazioni *ex contractu*, sono circo-

¹⁵⁶ Anche in ragione dell’impiego di espressioni quali ‘*obligatus permanet*’ (D. 44.7.1.4) e ‘*securus est*’ (D. 44.7.1.4 e 5).

stanze che si coordinano compiutamente con la formulazione di un enunciato generale raffigurante l'*obligatio* come rapporto vincolante assunto dal punto di vista passivo del debitore.

Veniamo, adesso, alla novità sistematica consistente nella fissazione della *divisio* tra obbligazioni civili (“introdotte o comprovate dal *ius civile*”)¹⁵⁷ e obbligazioni pretorie (“introdotte dalla *iurisdictio* pretoria”). Essa rileva per due ragioni. Da un lato, per il fatto stesso che è presentata come ‘*summa*’ e cioè, secondo una qualificazione tipica di Gaio, come “apicale”, “principale”, venendo così anteposta a quella riguardante le fonti delle obbligazioni: invero, l’attribuzione del rango più alto ad una distinzione imperniata sull’ordinamento che attribuisce giuridicità al concreto agire delle parti, anziché alla distinzione direttamente riguardante codesto concreto agire (contratti-delitti-*variae causarum figurae*)¹⁵⁸, conferma come nelle *Res cottidianae* il compimento degli atti non è più oggetto esclusivo né prioritario del puntamento di attenzione da parte del giurista.

Vi è almeno un altro ambito, nelle stesse *Res cottidianae*, per il quale si constata il medesimo fenomeno del subentrare di un criterio sistematico imperniato sulle diverse sfere ordinamentali della *civitas* rispetto ad una precedente or-

¹⁵⁷ ‘*Civiles sunt, quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt*’. Come ha riconosciuto una consolidata tradizione a partire dalla Glossa, la locuzione ‘*iure civili comprobatae sunt*’ dovette far riferimento ai rapporti obbligatori creati dalla prassi del *ius gentium* e “recepiti” dal *ius civile* tramite il filtro dei giuristi. Invero, nessun autore classico, il quale avesse voluto alludere alle diverse sfere ordinamentali che storicamente sono confluite nell’istituto dell’*obligatio*, avrebbe pretermesso il contributo decisivo apportato, in relazione almeno ai contratti consensuali, dal *ius gentium*. Il fatto, poi, che Gaio, anziché menzionare esplicitamente il *ius gentium* accanto al *ius civile*, lo abbia presentato come ‘recepito’ dal *ius civile* si coordina con l’esigenza di collegare il contenuto della categoria alla denominazione ‘*obligationes civiles*’.

¹⁵⁸ Nel titolo ‘*De obligationibus*’ delle Istituzioni imperiali la classificazione viene riformulata dai compilatori, i quali hanno scisso il raggruppamento ‘*variae causarum figurae*’ nelle due categorie delle *obligationes* “quasi da contratto” e “quasi da delitto” (Inst. 3.13.2 ‘*Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut ex maleficio aut quasi ex contractu aut quasi ex maleficio*’); ma trattasi di un’operazione priva di rilievo dogmatico e che non apporta novità sostanziali sui contenuti del raggruppamento originariamente coniato da Gaio.

ganizzazione della materia dal punto di vista operativo del compimento degli atti. Da un brano conservato nel Digesto (D. 41.1.1pr. – Gai. 2 *rerum cottidianarum*), infatti, apprendiamo che la trattazione sui modi di acquisto del *dominium* sulle *res* corporali non è più guidata, come nelle *Institutiones*, dal criterio dell'applicazione di *mancipatio* o *in iure cessio* o *traditio*, bensì dal diverso criterio della successione storica fra i modi di acquisto fondati sul *ius gentium* e modi di acquisto fondati sul *ius civile*: '*Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae. et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit*' («Di alcune cose acquistiamo il dominio in base al *ius gentium*, che secondo una ragione naturale è osservato egualmente tra tutti gli uomini, di altre cose in base al *ius civile*, cioè in base al diritto proprio della nostra comunità. E poiché il *ius gentium* è stato fondato più anticamente, insieme con lo stesso genere umano, è necessario che prima si riferisca dei modi di acquisto derivanti da questo *ius*») ¹⁵⁹. Il dualismo concernente le sfere del *ius* che costituiscono l'ambito di provenienza degli istituti, non soltanto è posto quale perno e criterio sistematico ispiratore dell'intera illustrazione, ma altresì viene fissato nelle battute iniziali della trattazione, proprio come risulta essere avvenuto per il tema delle *obligationes*.

Dall'altro lato, e più specificamente, la *summa divisio* tra obbligazioni civili e obbligazioni pretorie rileva ai nostri fini in quanto essa è congegnata dal punto di vista della tutela processuale. Lo mostra chiaramente il fatto che, a proposito delle *obligationes praetoriae* ('*praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit ...*') ¹⁶⁰, ad esser menzionata è, esplicitamente, la *iurisdictio* del pretore anziché l'*edictum* o il *ius honorarium*; il che implica, evidentemente, che sullo stesso piano della tutela processuale doveva collocarsi, nella mente del giurista, anche l'indicazione relativa alle *obligationes civiles*.

Ebbene, la circostanza che nelle *Res cottidianae* la prima e più im-

¹⁵⁹ Si noti, peraltro, la circostanza che, all'interno degli stessi modi d'acquisto derivanti dal *ius gentium*, il giurista illustra dapprima gli istituti più antichi (caccia, pesca, *occupatio* etc.) e solo per ultimo considera l'atto negoziale *traditio*: con una inversione, dunque, rispetto alla sequenza che era stata congegnata nelle *Institutiones*, nelle quali alla *traditio* venivano successivamente agganciati gli altri modi di acquisto fondati sul *ius gentium* (Gai 2.65-66).

¹⁶⁰ Dobbiamo pensare, in sostanza, alle figure di *obligationes* tutelate tramite *actiones* pretorie.

portante classificazione in materia di *obligationes* era costruita intorno alla tutela processuale delle stesse approntata dal *ius civile* e dal *ius honorarium* rinsalda l'ipotesi che la trattazione della materia si aprisse, nella stessa opera, con una definizione che conteneva, al suo culmine, proprio un riferimento agli strumenti processuali (*iura*) appartenenti al complessivo ordinamento giuridico romano (*nostra civitas*).

Quanto alla novità consistente nella posticipazione dell'ambito delle *successiones mortis causa* rispetto a quello delle *obligationes*, essa permette di valorizzare un dato presente nella descrizione della storia dei fedecommessi compiuta nelle *Res cottidianae* e conservata nel testo di Inst. 2.23.1 a suo tempo esaminato (*supra*, §§ 3-4): e cioè, il modo del tutto naturale e immediato con il quale Gaio ha fatto riferimento ad una mancanza di *vinculum iuris* ('... *nullo vinculo iuris ... continebantur*') in relazione ai fedecommessi sprovvisti di meccanismi processuali che costringano il *rogatus* ad adempiere ('... *nemo invitus cogebatur praestare ...*'), in relazione, cioè, ai fedecommessi privi di efficacia obbligatoria. Invero, che il giurista in quella sede abbia utilizzato *sic et simpliciter* la concettualizzazione '*vinculum iuris*' si presta a confortare l'ipotesi che la trattazione sulle *obligationes*, che precedeva l'illustrazione dei fedecommessi, si aprisse con una rappresentazione dell'*obligatio* proprio in termini di *iuris vinculum* (appunto perché corredata da strumenti di coercizione processuale esperibili avverso il debitore): rappresentazione che ben comprensibilmente l'autore dovette, nel seguito dell'opera, riutilizzare con naturalezza per richiamare la mancanza di obbligatorietà/coercibilità dei fedecommessi originari.

Rimangono da considerare i risvolti dell'ultima delle accennate innovazioni di ordine sistematico e cioè dello scostamento rispetto alle *Institutiones* in relazione alle figure di *obligationes re contractae*. Ma la questione richiede un più articolato discorso autonomo.

10.2. *Continua: Gaio e le obligationes re contractae*

Preliminarmente, è il caso di precisare che la circostanza che nelle *Res cottidianae*, oltre al mutuo, unico contratto reale considerato già nelle *Institutiones* (Gai 3.90), sono menzionati anche il comodato, il

deposito e il pegno non è idonea a far escludere che le due opere provengano da uno stesso autore, come pure si è qua e là, anche in tempi recenti, sostenuto.

Al riguardo, occorre anzitutto segnalare che nelle stesse *Institutiones*, fuori dalla sezione dedicata alle *obligationes ex contractu*, ma comunque in contesti di grande rilievo, compaiono riferimenti al deposito, al comodato e al pegno. E che, tra questi riferimenti¹⁶¹, assai interessante è la notazione sull'esistenza di una azione *in ius ex fide bona*, accanto all'*actio in factum*, per il deposito (Gai 4.47; 60; 62) e per il comodato (Gai 4.47), giacché rivela che Gaio era a conoscenza dell'avvenuto riconoscimento civilistico di questi due istituti¹⁶²; come pure, il fatto che il *iudicium depositi* fa parte di un elenco di azioni comportanti *ignominia*, al quale Gaio fa seguire una esplicita considerazione come "contratti" delle fattispecie lecite sottese alle azioni stesse (Gai 4.182)¹⁶³.

¹⁶¹ In particolare – tralasciando accenni poco significativi in Gai 2.50 (cosa ricevuta in deposito o in comodato), in Gai 4.33 (*actio commodati*) e in Gai 4.59 (*actiones depositi e commodati*) –: il deposito e il comodato sono richiamati in tema di *furtum usus* (Gai 3.196-197) e il pegno in materia di *furtum suae rei* (Gai 3.200); la posizione del creditore pignoratorio, del comodatario e del depositario vengono osservate in ordine alla spettanza o meno dell'*actio furti*, in ragione della ravvisabilità o meno di un interesse a che la cosa non perisca (Gai 3.204-207).

¹⁶² Il che, peraltro, consente di scartare l'interpretazione (Rotondi; Arangio-Ruiz; Fuenteseca; Pastori), secondo la quale la mancata considerazione di deposito, comodato e pegno nella specifica *sedes materiae* delle *obligationes re contractae* deriverebbe da un preteso esclusivo riconoscimento pretorio di questi istituti, che avrebbe fatto sì che essi rimanessero fuori da un sistema, come quello delle *Institutiones* gaiane, che, secondo gli stessi studiosi, sarebbe stato circoscritto al *ius civile*.

¹⁶³ Gai 4.182. *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. sed furti aut vi 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* («I soggetti condannati con determinate azioni divengono ignominiosi, come nel caso delle azioni da furto, da rapina, da *iniuria* e ancora, nelle azioni *pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi*. Ma nel caso di azioni da furto, da rapina o da *iniuria* i soggetti sono marchiati da *ignominia* non solo se condannati, ma anche se hanno concluso un patto transattivo, come si trova scritto nell'editto pretorio; e giustamente: infatti vi è molta differenza se un soggetto è debitore in base ad un delitto o in base ad un contratto»).

Ma soprattutto, è degno di nota il modo in cui Gaio ha impostato la trattazione sul mutuo:

Gai 3.90. *Re contrahitur obligatio uelut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*

«Una obbligazione si contrae *re* come per esempio in forza di una dazione a mutuo. Una dazione a mutuo in senso proprio si realizza su cose che traggono specifica consistenza (= che vengono individuate) attraverso la pesatura, la conta, la misurazione, quale è il denaro contato, il vino, l'olio, il frumento, il rame, l'argento, l'oro; le quali cose o contando o pesando o misurando diamo in modo tale che diventino di coloro che le ricevono e che a noi siano restituite non le stesse, bensì altre della stessa natura. Da qui, peraltro, è stata tratta la denominazione 'mutuo', in quanto ciò che in questo modo è stato dato da me a te, da mio diventa tuo».

Gli elementi indicativi all'interno di questo brano sono due: la presenza dell'avverbio '*proprie*' nella descrizione dell'oggetto del *dare* da parte del mutuante ("Una dazione a mutuo in senso proprio si realizza su cose che ..."); e il modo in cui è descritto l'oggetto del *reddere* da parte del mutuuario ("non le stesse cose, bensì altre della stessa natura"). Invero, l'uso dell'avverbio è sollecitato dal fatto che era radicata *ab antiquo* una promiscuità terminologico-concettuale tra '*mutuum*' e '*commodare*' (o '*utendum dare*'): sia nel senso che il termine '*mutuum*' era utilizzato anche per indicare il prestito d'uso, sia nel senso inverso che l'espressione '*utendum dare*' si trovava applicata anche ad operazioni di mutuo¹⁶⁴. Di fronte a questa commistione terminologico-concettuale,

¹⁶⁴ Cfr., ad es., Plautus, *Persa* vv. 115-117 e 127-128; Sen., *De ben.* 7.5.5; *Epistulae* 26.8; D. 3.6.2 (Paul. 10 *ad ed.*).

Gaio ha voluto precisare quale fosse l'oggetto del mutuo in senso proprio¹⁶⁵. Quanto, poi, alla puntualizzazione "in modo tale che a noi siano restituite non le stesse, bensì altre della stessa natura", essa dovette essere stata compiuta pensando il giurista alla diversa fattispecie del comodato (e forse, anche del deposito), nella quale a doversi restituire era, invece, la stessa cosa che era stata consegnata: Gaio, cioè, dovette porsi nel medesimo ordine di idee che avrebbe, in seguito, suggerito l'analoga osservazione di Paolo, secondo cui «diamo a mutuo per ottenere indietro non la stessa *species* che abbiamo dato (altrimenti si tratterebbe di un comodato o di un deposito), bensì lo stesso genere»¹⁶⁶. La riprova della bontà di questi due indizi è data dalla parallela trattazione delle *Res cottidianae* (D. 44.7.1.2). Invero, in una con l'apparizione della menzione del comodato e del deposito, l'illustrazione del mutuo è modificata giusto in relazione a questi due punti: scompare l'avverbio '*proprie*', e la precisazione sulle cose da restituire non è più articolata secondo la netta contrapposizione "siano restituite non le stesse cose, bensì altre della stessa natura"¹⁶⁷.

Dunque, Gaio già nelle *Institutiones*, non solo è ben al corrente dell'esistenza di deposito, comodato e pegno e della loro ormai compiuta natura civilistica, ma, altresì, ha organizzato l'apposito discorso sulla *mutui datio* avendo in mente anche (e almeno) la diversa figura contrattuale del comodato¹⁶⁸.

¹⁶⁵ È la convincente interpretazione di NELSON-U.MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin, 1999, 81 (cfr. FALCONE, *Sistematiche gaiane*, cit., 18 nt. 3). Rispetto alle fonti tarde indicate dai due studiosi, i testi adottati nella nota precedente rendono questa interpretazione più salda giacché, da un lato, quelli letterari risalgono ad un'epoca precedente a Gaio, dall'altro lato, quello di Paolo attesta la promiscuità in questione anche in ambiente giurisprudenziale (e ancora successivamente all'epoca di Gaio).

¹⁶⁶ D.12.1.2pr. (Paul. 28 *ad ed.*) *Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus.*

¹⁶⁷ D. 44.7.1.2 (Gai 2. *rer. cott.*) *Mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, ..., quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis* («La dazione a mutuo si realizza sulle cose che traggono consistenza dalla pesatura, dalla conta, dalla misurazione, ..., le quali cose diamo in modo tale che diventino di coloro che le ricevono, ottenendo indietro successivamente altre cose dello stesso genere e natura»).

¹⁶⁸ Raggiunta autonomamente la conclusione che Gaio aveva in mente (almeno)

Di fronte a questo stato di cose, francamente non sorprende – né, ancor meno, legittima dubbi circa la paternità gaiana delle *Res cottidianae* – la circostanza che in un’opera di maggior estensione, caratterizzata da una complessiva rimediazione e riorganizzazione sistematica proprio in materia di obbligazioni e da una più ricca ed articolata trattazione all’interno dei singoli temi (si ricordi, al riguardo, il confronto tra i frammenti delle due opere in tema di compravendita: *supra*, § 10.1), Gaio abbia deciso di rendere esplicita quella consapevolezza dell’esistenza di altre figure già avvertita, ma lasciata sullo sfondo, nelle *Institutiones* e abbia pertanto dedicato anche al comodato, al deposito e al pegno una illustrazione apposita.

In realtà, l’autentica questione sulla quale è necessario interrogarsi è, anziché l’ampliamento di contenuti nelle *Res cottidianae*, proprio la precedente scelta di Gaio di illustrare nelle *Institutiones*, dei quattro contratti reali, solo il mutuo. Alla luce dei dati offerti dalla scrittura gaiana, tuttavia, ogni tentativo di spiegazione non può che porsi su un piano meramente congetturale. E su un piano siffatto ritengo, per parte mia, che si possano proporre le seguenti osservazioni.

I) L’esclusiva considerazione di mutuo e *solutio indebiti* potrebbe risalire ad un’antica sistemazione, alla quale Gaio si sarebbe attenuto, impostata su una nozione di ‘*obligare re*’ nel senso di obbligare in forza di una *datio* traslativa della proprietà¹⁶⁹, la quale perciò lasciava fuori deposito, comodato e pegno: in questi, infatti, una *datio* di tal natura mancava (ricevendo comodatario e depositario la cosa in semplice detenzione e acquisendo, il creditore pignoratorio, una *possessio ad interdicta*)¹⁷⁰. Traccia di una dipendenza gaiana

anche il comodato, risulta chiaro, adesso, il motivo per cui ho tradotto il ‘*veluti*’ dell’affermazione iniziale di Gai 3.90 (*‘Re contrahitur obligatio uelut mutui datione’*) con le parole “come per esempio”, intendendo così (con la dottrina maggioritaria) il richiamo alla dazione a mutuo in chiave esemplificativa, e non tassativa.

¹⁶⁹ Sul trasferimento della proprietà insiste Gaio nell’illustrare il mutuo: ‘... *quas res ... in hoc damus, ut accipientium fiant ...*’; ‘... *quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*’.

¹⁷⁰ Per vero, anche la struttura negoziale della *fiducia* – che Gaio considera come *contractus* in un luogo del commentario sulle *actiones* (Gai 4.182, riportato *supra*, in nt. 163) e della quale ricorda, in connessione con il tema dell’*usucapio*, l’applicazione in funzione di garanzia e di custodia (Gai 2.60 ... *fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent ...* [«la fiducia si contrae o con un creditore a titolo di pegno o con un amico, affinché le nostre

da un precedente modello potrebbe in effetti, scorgersi nella circostanza, più su richiamata, che Gaio menziona, sì, la *solutio indebiti* accanto al mutuo, ma introduce in chiusura di discorso una perplessità avverso la considerazione della fattispecie quale ipotesi di *contractus*¹⁷¹.

II) D'altra parte, però, come si è visto, Gaio assume come fonti di obbligazioni anche la *tutela* (Gai 4.182)¹⁷² e, con particolare evidenza, i legati *per damnationem* e *sinendi modo*¹⁷³. Ebbene, mettendo insieme questo dato con la circostanza che lo stesso Gaio afferma, nelle battute introduttive sulle *obligationes ex contractu*, che “le obbligazioni si contraggono o *re* o *verbis* o *litteris* o *consensu*” (Gai 3.89), si profilano le due seguenti possibilità:

II.a) o la *tutela* e i legati con effetti obbligatori non erano pensati da Gaio come ricondotti ad alcuna di quelle quattro tipologie, non si raccordavano con la quadripartizione ‘*re-verbis-litteris-consensu*’, e allora potremmo desumere che anche quest’ultima era stata riprodotta da un precedente testo didattico, ma veniva poi dallo stesso Gaio nei fatti superata (consapevolmente o meno): questo tipo di lettura lascia sussistere la spiegazione poc’anzi indicata *sub I*;

II.b) ovvero Gaio riconduceva anche *tutela* e legati con effetti obbligatori a una di quelle quattro tipologie, nel qual caso non potremmo che pensare alla categoria delle “obbligazioni che si contraggono *re*” e ad un significato ampio di ‘*res*’ come “fatto”¹⁷⁴, idoneo a ricomprendere anche il “fatto” della gestione

cose siano più al sicuro presso di lui»]) – comporta, almeno nelle suddette applicazioni ricordate da Gaio, il compimento di un atto traslativo di dominio (*mancipatio* o *in iure cessio*); ma l’assenza della *fiducia* dal discorso sulle *obligationes re contractae* potrebbe spiegarsi con la circostanza che Gaio, o l’eventuale preesistente autore da lui seguito, ricollegava l’effetto obbligatorio dell’operazione (*in primis*, l’obbligo di trasferimento della proprietà della cosa da parte del fiduciario) più direttamente ad un *pactum fiduciae*, anziché alla *datio* della cosa (è la spiegazione autorevolmente proposta, ad es., da BUCKLAND, *The main Institutions of Roman Private Law*, Cambridge 1931, 256 s.; C. CANNATA, *Sulla ‘divisio obligationum’ nel diritto romano repubblicano e classico*, in *IURA* 21, 1970, 67; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1986, 599; M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano 2001, 283).

¹⁷¹ *Supra*, § 10.1, su nt. 139.

¹⁷² Il testo è trascritto *supra*, in nt. 163. Le questioni, pur interessantissime, che la considerazione della *tutela* quale *contractus* solleva in ordine alla storia della nozione stessa di ‘*contractus*’ non possono essere affrontate in questa sede.

¹⁷³ *Supra*, § 10.1, su ntt. 144-145.

¹⁷⁴ Uno spunto in tal senso potrebbe provenire dalla Parafrasi di Teofilo: una fonte tarda, ma non per questo trascurabile, ove si tenga conto che quest’opera deriva, sì, dall’insegnamento che il maestro e compilatore giustiniano Teofilo ha impartito negli anni 533-534 sulle Istituzioni imperiali, ma si riversa in essa anche l’esperienza

tutelare, dalla quale nascono obblighi reciproci per il tutore e per l'ex pupillo, e il "fatto" dell'accettazione dell'eredità (*aditio hereditatis*), grazie alla quale i legati, come qualsiasi altra disposizione testamentaria, producono i loro effetti giuridici, rendendo l'erede debitore nei confronti del legatario¹⁷⁵. In questo

didattica che il maestro aveva fino ad allora acquisito insegnando proprio sulle *Institutiones* di Gaio (e mettendo a frutto, certamente, anche altro materiale giurisprudenziale classico). In effetti, in tre luoghi della trattazione sulle obbligazioni che nascono 're' Teofilo assume senz'altro 'res' come "fatto" (*fáktion*). Così, illustrando il discorso delle Istituzioni imperiali sul mutuo, Teofilo premette la seguente affermazione (PT. 3.14pr.): «L'obbligazione si contrae 're' in base ad un fatto, come in base ad un'operazione di conta (*aríthmesis*) o ad una consegna manuale». In questa affermazione – nella quale, chiaramente, la 'conta' allude alla *numeratio* propria del mutuo (di denaro) e la consegna manuale allude alla *traditio* che si compiva negli altri tre contratti reali – l'idea che l'*obligatio re* si contrae con un fatto (*apò fáktou*) viene assunta come nozione generale, rispetto alla quale la *numeratio* e la *traditio* costituiscono ipotesi particolari. Poco oltre, in tema di pagamento di indebito (PT. 3.14.1), l'autore precisa che la *condictio mutui* e la *condictio indebiti* hanno come presupposto comune "il fatto della *numeratio*" (*tò fáktion tès arithméseos*). Infine, nella trattazione sul comodato (PT. 3.14.2), il maestro giustifica appositamente la considerazione del comodato come ipotesi di *obligatio re* con la seguente notazione, particolarmente significativa: «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' ...». Questi brani – ove, naturalmente, non siano frutto di un fraintendimento o di una autonoma elaborazione dell'autore bizantino – potrebbero riflettere una concezione rinvenuta nella complessiva produzione gaiana, che Teofilo aveva avuto a disposizione (sia in quanto maestro sia in quanto compilatore del Digesto) in una versione certamente più completa ed organica di quella giunta fino a noi.

¹⁷⁵ In effetti, in entrambi i brani del manuale (Gai 2.204 e 2.213, riportati *supra*, in nt. 144) nei quali Gaio traccia la differenza tra produzione di effetti obbligatori (nel caso dei legati *per damnationem* e *sinendi modo*) e produzione di effetti reali (nel caso di legato *per vindicationem*), questa differenza è individuata con preciso riferimento all'avvenuta *aditio hereditatis*: "dopo l'accettazione dell'eredità" (*post aditam hereditatem*). Ancor più significativa, poi, è la circostanza che in un altro squarcio delle *Institutiones* (Gai 2.35-36), riguardante le conseguenze giuridiche della *in iure cessio* dell'*hereditas*, l'accettazione dell'eredità è per due volte espressamente indicata col termine '*obligatio*' = "atto obbligante": «... se colui al quale l'eredità spetta per legge compie *in iure cessio* dell'eredità prima dell'accettazione, ...; se invece avrà fatto *in iure cessio* dopo l'*obligatio*, ...»; «Invece, l'erede scritto in un testamento, facendo *in iure cessio* dell'eredità ad altri prima dell'accettazione dell'eredità non realizza alcun effetto giuridico; diversamente, se fa *in iure cessio* dopo aver accettato, si producono le stesse conseguenze giuridiche che abbiamo indicate poc'anzi in relazione a colui al quale l'eredità spetta per legge, se fa *in iure cessio*

caso, deriverebbe il corollario che Gaio ha menzionato nell'apposita *sedes materiae* solo mutuo e *solutio indebiti* per una ragione diversa rispetto a quella prospettata con la precedente congettura (*sub I*): egli, cioè, avrebbe scelto di richiamare, tra una variegata gamma di "fatti", un "fatto", per dir così, particolarmente qualificato come una *datio* traslativa di proprietà. Il che, peraltro, si porrebbe in linea con il dato costituito dal ricorrente puntamento di attenzione su vicende di trasferimento della proprietà anche in occasione dei riferimenti alle obbligazioni (da atto lecito)¹⁷⁶.

dopo l'*obligatio*» ('... *si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam ante aditionem cedat [...]; post obligationem vero si cesserit, ...*'; 'Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit; postea vero quam adierit si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post obligationem in iure cedat').

Naturalmente, nel caso di *heredes sui et necessarii* non viene in questione una accettazione dell'eredità, giacché, secondo le regole generali, nei loro riguardi l'acquisto si produce automaticamente con la morte del *de cuius*: in tale ipotesi, dunque, questo evento naturale dovrebbe considerarsi come "fatto"- *res* che rende l'erede obbligato ad adempiere ad eventuali legati. Si noti, comunque come lo stesso Gaio, quando descriveva (nei citati §§ 2.204 e 213) gli effetti obbligatori dei legati, avesse in mente esclusivamente l'ipotesi degli eredi *voluntarii*, sì da menzionare egli stesso l'*aditio hereditatis* ('*post aditam hereditatem*').

¹⁷⁶ Questo fenomeno è attestato da riscontri che si trovano sia all'interno della specifica trattazione sulle obbligazioni sia sparsi qua e là nel II commentario. Riscontri del primo tipo: Gaio incentra sull'impegno a '*dare*' le ampie trattazioni relative alle *stipulationes inutiles* (cfr. in particolare Gai 3. 97; 99; 100; 102; 103-103a), agli *adstipulatores* (cfr. Gai 3.112 e 113) e ai garanti personali (cfr. Gai 3.119; 121; 122; 124); a proposito della *transscriptio a re in personam*, assume quale oggetto del *debere* trasfuso nella scrittura la *pecunia-pretium* o la *pecunia-merces* o la *pecunia-lucrum* societario (Gai 3.129 '*... id, quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas*'); illustra nei §§ 3.166-167a il regime degli acquisti in favore del titolare di *nudum ius Quiritium* con riferimento alle sole ipotesi di *mancipio accipere* e di *stipulari* avente ad oggetto un *dare*; nel § 3.175 fa riferimento alle '*res, quae pondere, numero, mensura constant*' quali oggetti di una *damnatio* tramite *legatum*; imposta interamente l'illustrazione della *novatio* su un *debere* avente ad oggetto un trasferimento in proprietà ('*Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si quod tu mihi debeas, a Titio d a r i stipulatus sim*'); infine, fa ruotare su un *dare rem* il discorso relativo alla *litis contestatio* (§§ 3.189-181). Fuori dalla trattazione specifica sulle *obligationes*, si considerino i seguenti riscontri: Gaio accenna (§§ 2.59-60) al *contrahere fiduciam* nel contesto di un discorso sui modi di acquisto del *dominium* (*usucapio* e *usureceptio*); imposta il discorso sulla capacità di *alienare* delle donne e dei pupilli senza l'intervento del tutore sulla fattispecie del *mutuam pecuniam dare* e sul *solvere*

Allo stesso modo, del resto, come sviluppo coerente dalle *Institutiones* si pone anche lo spostamento della *solutio indebiti* tra le *variae causarum figurae* (D. 44.7.5.3): in uno scritto segnato, in generale, da una maggiore attenzione dogmatica, Gaio dovette semplicemente trarre le conseguenze della riflessione compiuta in chiusura di Gai 3.91 sulla difficoltà di inquadramento di questa fattispecie obbligatoria nel novero delle obbligazioni che “traggono consistenza da un contratto”; riproducendo, peraltro, senza modifiche la motivazione addotta nelle *Institutiones* e consistente, come si è detto, nel fatto che l'autore della *datio* non aveva inteso, con essa, instaurare un rapporto obbligatorio, bensì aveva voluto estinguerne uno (già) esistente¹⁷⁷.

10.3. *Continua: contratti reali, fides, officium*

Chiarito, dunque, che il compimento di una più ampia rassegna di contratti reali (come pure, il nuovo inquadramento della *solutio indebiti*) non legittima sospetti avverso la paternità gaiana delle *Res cottidianae*, consideriamo adesso, come preannunciato, i risvolti di questa innovazione (l'ultima tra quelle richiamate) sulla questione dell'originaria collocazione della *de-finitio* di *obligatio*.

Ebbene, un primo dato che rileva consiste in ciò, che le operazioni di mutuo, deposito, comodato e pegno sono configurate dai giuristi, sia in sede di elaborazione teorica sia in chiave interpretativo-applicativa in ordine a concrete fattispecie, come vicende nelle quali un soggetto si priva di qualcosa contando sulla lealtà e correttezza dell'accipiente-debitore, sulla sua *fides*, dalla quale il dante si aspetta l'osservanza di un dovere di restituzione.

Con riguardo al mutuo, l'antica consapevolezza dell'intimo e qualificante nesso con la *fides* – che stava dietro, ad es., all'affermazione di Cicerone, già studiata, secondo cui il condono in favore dei debitori di

l'obbligazione di ritrasferire la proprietà della somma ricevuta (§§ 2.80-85, trascritto *supra*, in nt. 127); menziona lo *stipulari* accanto al *mancipio accipere* e all'acquisire con *traditio* in relazione all'acquisto in proprietà tramite sottoposti (§ 2.87).

¹⁷⁷ Cfr. *supra*, § 10.1 su ntt. 139-140.

pecunia credita comporterebbe il venir meno della *fides* (e con essa, di una delle fondamenta dello Stato)¹⁷⁸; o alla constatazione, compiuta dallo stesso Cicerone, che «nessuno dà a credito se non a colui che ritiene dotato di *fides*»¹⁷⁹ – in ambiente giurisprudenziale giunge fino al cuore della elaborazione teorica della nozione di ‘credere’ compiuta da Celso e Ulpiano in ordine al titolo edittole ‘*De rebus creditis*’: titolo che, in nome di un’accezione di ‘*res credita*’ più ampia rispetto a quella originariamente ristretta alla sola figura del mutuo, conteneva non solo la *formula* della *condictio* a tutela del mutuo, ma anche quelle dell’*actio commodati* (*directa* e *contraria*) e dell’*actio pigneraticia in personam* (*directa* e *contraria*). Leggiamo:

D. 12.1.1.1 (Ulp. 26 ad ed.) *E re est, priusquam ad uerborum interpretationem perueniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre. Quoniam igitur multa ad contractus uarios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur.*

«È nelle cose che, prima di passare alla spiegazione delle singole parole (contenute nel titolo), compiamo pochi rilievi sul significato dello stesso titolo. Dunque, dal momento che il pretore ha inserito sotto questo titolo molte formule processuali riguardanti diversi contratti, ha premesso il titolo delle “cose date a credito”: infatti, esso comprende tutti i contratti che abbiamo concluso avendo seguito l’altrui *fides*: invero, come afferma Celso nel libro I delle *Quaestiones*, la denominazione ‘credere’ ha portata generale: perciò sotto questo titolo il preto-

¹⁷⁸ Cic., *De off.* 2.84, su cui *supra*, § 7.1 su nt. 69.

¹⁷⁹ Cic., *pro Roscio Amerino* 112 ‘*neque credit (sott. quisquam), nisi ei quem fidem putat*’.

re è intervenuto anche in materia di comodato e di pegno (sott.: oltre che in materia di mutuo). Infatti, allorché aderiamo ad una proposta negoziale avendo seguito la *fides* della (avendo confidato nella) controparte sì da ricevere indietro alcunché, ebbene, sulla base di un siffatto contratto si dice che “diamo a credito”».

Come si vede, l’elaborazione di Celso e Ulpiano non solo chiama in causa, tramite la concettualizzazione ‘*alienam fidem sequi*’ (letteralmente: “seguire l’altrui *fides*”), l’idea del “confidare nell’altrui lealtà”, “fidarsi dell’altro”, “prestar fede ad altri” e simili, ma esplicitamente eleva questo puntare sulla *fides* dell’accipiente ad elemento essenziale dei contratti di mutuo, di comodato e di pegno.

Il particolare schema del “dare a credito” delineato nelle battute conclusive del brano¹⁸⁰ descrive una strutturazione comune ai tre contratti: un soggetto (il futuro mutuante; il futuro comodante; il futuro debitore pignoratizio) acconsente ad una richiesta (*adsentire rei*) che proviene dalla controparte (il futuro mutuatario; il futuro comodatario; il futuro creditore pignoratizio) e che ha ad oggetto la consegna di una *res*; ed acconsente in quanto confida nella lealtà del richiedente, dal quale egli si attende o la restituzione della stessa *res* (nel caso del comodato e del pegno) o la consegna dell’equivalente (nel caso del mutuo). Siffatto schema non ricomprende il contratto di deposito, giacché in questo caso, diversamente che nel mutuo, nel comodato e nel pegno, l’iniziativa non proviene dal futuro accipiente, bensì dallo stesso soggetto che consegnerà la *res*: è il futuro depositante a compiere la proposta contrattuale, la quale viene accettata, questa volta, da chi, appunto perché accetta, riceve la cosa. Ma che anche nella dinamica dell’operazione- deposito il “prestar fede” a chi riceve una cosa abbia un ruolo essenziale è evidente, e non per nulla Papiniano e Ulpiano (D. 45.2.9pr.; D.4.9.1.1; 42.5.24.2), commentando concrete fattispecie di deposito, utilizzano la medesima locuzione

¹⁸⁰ Seguo la lettura che ne ha a suo tempo fornito B. ALBANESE, *Credito e credere*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, 5, 1972, 18 ss. (ora in *Scritti giuridici*, cit., II, 1176 ss.).

‘*fidem sequi*’: il depositario, infatti, nella normalità dei casi, è un soggetto al quale il depositante si è rivolto perché ritenuto, per lealtà e affidabilità, in grado di conservare e salvaguardare adeguatamente e di restituire al momento debito la cosa ricevuta in custodia.

Per questo Ulpiano – con la ricorrente tecnica di spiegare la sostanza di un istituto attraverso l’origine della sua denominazione – riconduce la stessa formazione del termine ‘*depositum*’ all’affidamento quale essenza del contratto:

D.16.3.1pr. (Ulp. 30 *ad ed.*) *Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim «de» auget positum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet.*

«È *depositum* [= oggetto depositato] ciò che è stato dato in custodia a qualcuno, ed è detto così dal fatto che “viene posto”: invero, la preposizione “*de*” rafforza il segno ‘*positum*’, in modo da mostrare che tutto ciò che attiene alla custodia della cosa è stato rimesso alla *fides* di quel soggetto».

Sempre Ulpiano assume la *fides* come elemento-chiave per spiegare la presenza, nell’editto pretorio, di azioni poste a tutela di due distinte fattispecie di deposito: il deposito ordinario (tutelato tramite *actio* con condanna al *simpulum*), nel quale il depositante è libero di scegliere a chi consegnare la cosa, e il deposito c.d. necessario o miserabile (tutelato tramite *actio* con condanna al *duplum*), effettuato a causa di una improvvisa, grave necessità (incendio, crollo, tumulto, naufragio) e, dunque, senza che il depositante possa serenamente scegliere l’affidatario. Ebbene, il giurista, anziché discorrere di “scegliere il depositario”, parla direttamente di “scegliere la *fides*”; e per indicare la violazione della *fides* utilizza l’enfatica concettualizzazione “*perfidiae crimen*”:

D.16.3.1.4 (Ulp. 30 *ad ed.*) *Haec autem separatio causarum iustam rationem habet: quippe cum quis fidem elegit nec depositum redditur, contentus esse debet simplo, cum uero ex-*

*tante necessitate deponat, crescit perfidiae crimen et publica utilitas coercenda est uindicandae rei publicae causa [est enim inutile in causis huiusmodi fidem frangere]*¹⁸¹.

«Questa considerazione separata delle cause di deposito da parte del pretore ha un giusto fondamento: infatti, quando qualcuno sceglie la *fides* e la cosa depositata non gli viene restituita, deve accontentarsi del *simplum*; invece, se effettua il deposito per una urgente necessità, la violazione della *fides* è più grave e va fatta valere la pubblica utilità per tutelare l'interesse generale».

Del resto, è un fatto che l'*actio depositi* comporta l'*ignominia* per il condannato – e cioè, una sanzione che esprime la forte riprovazione del corpo sociale per la mancata osservanza di una condotta ritenuta doverosa sul piano morale (nel senso a suo tempo precisato)¹⁸² –, insieme con altre azioni che tutelano tutte, si badi, rapporti incentrati sulla *fides*: le *actiones pro socio, fiduciae, tutelae, mandati* (Gai 4.182)¹⁸³.

In definitiva, le fonti fin qui richiamate mostrano come la *fides* fosse dai giuristi ritenuta elemento davvero caratterizzante il mutuo, il comodato, il deposito e il pegno.

Ora, questo ruolo assolutamente primario della *fides*, che sappiamo essere la virtù tradizionalmente legata all'osservanza dell'*officium*, facilmente doveva richiamare l'attenzione sulla circostanza che, in relazione a quei contratti, il dovere di restituzione, oltre ad essere oggetto di una prestazione 'giuridica', apparteneva al contempo, appunto, alla dimensione morale: e a sua volta – ecco il dato cruciale –, la consapevolezza circa la compresenza delle due prospettive all'interno del

¹⁸¹ La frase che conclude il frammento e che ho chiuso tra parentesi («è infatti dannoso in casi di questo tipo violare la *fides*»), ha tutta l'aria di un'aggiunta posticcia compiuta da una mano estranea.

¹⁸² In particolare, sul più ampio sfondo in cui trova origine e ragion d'essere la figura dell'*ignominia* cfr. *supra*, nt. 61.

¹⁸³ Il testo è trascritto *supra*, in nt. 163.

rapporto obbligatorio ben poteva sollecitare il compimento di una *definitio* che presentasse l'*obligatio* in modo tale da contrassegnarne la peculiare vincolatività.

Ma in aggiunta al collegamento fra tutti e quattro i contratti reali e la *fides*, merita apposita segnalazione la circostanza che, con riguardo al deposito e al comodato, è proprio Gaio – si badi – a dare testimonianza della percezione di un rapporto con la dimensione dell'*officium* anche da altri punti di vista; e nel caso del deposito, addirittura, la testimonianza è contenuta nella *trattazione apposita compiuta nelle Res cottidianae*.

In quest'ultima, infatti, Gaio assume senz'altro il depositario come un soggetto legato al depositante da un rapporto di *amicitia*. Nello squarcio conservato in D. 44.7.1.5, che abbiamo già incrociato (*supra*, § 10.1), Gaio afferma che il depositario risponde solamente per il caso in cui abbia determinato il perimento della cosa per proprio dolo e giustifica la circostanza che egli non risponde, invece, per il caso in cui la cosa, da lui custodita con scarsa diligenza, venga rubata, con la seguente motivazione: «colui che ha affidato una cosa in custodia ad un amico negligente deve dolersi solo di se stesso» (*qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet*). Il valore della testimonianza deriva dal fatto che, come si è già accennato con riguardo alla prassi dei *beneficia* (*supra*, § 5), il rapporto di *amicitia* era uno dei terreni privilegiati nei quali si dispiegava la doverosità morale, essendo tale rapporto inteso dai romani come fonte e ambito di reciproci *officia*¹⁸⁴. Dunque, il deposito che Gaio ha direttamente in

¹⁸⁴ Per i riscontri nell'ambito dei *beneficia* cfr. *supra*, § 5, ntt. 29-30. Per la generalità degli *officia*, cfr., ad es., Rhetorica ad Herennium, 3.14: «considereremo con quale *fides*, con quale *benivolentia*, con quale *officium* ha gestito i rapporti di amicizia» (*considerabimus ... qua fide, benivolentia, officio gesserit amicitias*); Cic., *pro Plancio* 81: '*officia amicorum*'; Cic., *Ad familiares* 14.4.2: '*amicitiae ius officiumque*' ("relazione cogente e *officium* dell'amicizia"); Cic., *pro Cluentio* 117: '*officiorum et amicitiarum ratio*'; Cic., *Laelius* 71 ('*officiose et amice*'); Cic., *De inventione* 2.161: la *gratia* è la virtù «nella quale sono compresi il conservare memoria dei rapporti di amicizia e degli *officia* dell'altro nonché la volontà di ricambiare» (*gratia, in qua amicitiarum et officiorum alterius memoria et remunerandi voluntas continetur*); Cic.,

mente nella specifica illustrazione delle *Res cottidianae* è un modello contrattuale la cui dimensione giuridica si innesta su un sottostante piano relazionale segnato dalle dinamiche dell'*officium*.

Lo stesso tipo di rappresentazione si constata in un frammento gaiano riguardante il contratto di comodato, tratto questa volta dal commento all'editto provinciale:

D.47.2.55.1 (Gai 13 *ad ed. prov.*) *Eum, qui quod utendum accepit ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est. ex quo satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat. nec movere quem debet, quasi nihil lucri sui gratia faciat: species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi adquirere.*

«È stato risposto che colui che ha dato in comodato ad altri ciò che lui stesso aveva ricevuto in comodato è responsabile per furto. Da ciò risulta che si compie furto anche se qualcuno trasforma l'uso di una cosa altrui in proprio guadagno. Né si obietti che costui in sostanza non fa nulla in vista di un guadagno: una specie di guadagno, infatti, è fare largizioni con cose altrui e acquistare a sé un debitore di *beneficium*».

Gaio, occupandosi del delitto di *furtum*, dà notizia di un responso (non sappiamo quanto antico) secondo il quale anche colui che ha dato in comodato una cosa altrui ricevuta in comodato risponde per furto; vi aggiunge la deduzione che, alla luce di questo responso, commette furto anche colui che converte in proprio lucro l'uso di una cosa altrui; quindi, dato che in epoca classica l'«agire in vista di un proprio guadagno» (*facere sui lucri causa*) era stato elaborato come elemen-

Ad familiares 3.5.1: «un'*amicitia* confermata dai fatti e l'osservanza della *fides* rendono superfluo il richiamo agli *officia* da compiere» (*Re vera confirmata amicitia et perspecta fide commemoratio officiorum supervacanea est*); Cic., *pro Roscio Amerino* 111: «non possiamo compiere tutto da noi stessi; ... per questo sorgono le amicizie, perché l'utilità comune sia retta da reciproci *officia*» (*non possumus omnia per nos agere ...; idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur*). Per alcuni riscontri giurisprudenziali cfr. *infra*, § 11, in materia di *mandatum* e *negotiorum gestio*.

to essenziale perché una condotta si configurasse come *furtum*, pone l'ipotetica obiezione che, in questo caso, non vi sarebbe un *lucrum*, superandola con l'osservazione che un tipo di *lucrum* consiste nel fare largizioni con mezzi altrui e nell'acquisire a sé un *beneficium debitor*, e cioè un soggetto sul quale incombe il dovere di ricambiare il *beneficium* che ha conseguito ricevendo la cosa in comodato.

Il testo rileva ai nostri fini per più d'una ragione. Anzitutto, in quanto Gaio considera il contratto di comodato, per dir così, come sovrastruttura giuridica di un *beneficium*, e in quanto è pienamente consapevole del fatto che l'autore di un *beneficium* rende il destinatario obbligato a *reddere gratiam*, si dà indicare costui come '*beneficium debitor*': una concettualizzazione, come si è visto in precedenza, costante nella documentazione letteraria in tema di *beneficia* e *officia*. In secondo luogo, giacché la naturalezza con la quale Gaio rappresenta la concessione di un bene in comodato quale fonte di un dovere morale di ricambiare da parte dell'accipiente lascia riconoscere che doveva trattarsi di un punto di vista pacifico e ben presente nella riflessione dei giuristi¹⁸⁵. Infine, in quanto Gaio giustifica una soluzione giuridica, la sanzione di un atto come *furtum*, argomentando non dalla costruzione giuridica dell'atto stesso – che non avrebbe comportato la ravvisabilità di un *lucrum* (né, dunque, di un *furtum*) dal momento che il comodato è un contratto a titolo gratuito –, bensì dalla configurazione 'non-giuridica' dell'atto come *beneficium*, obbligante in relazione all'*officium reddendae gratiae*. In sostanza, ed è questo l'elemento di maggior peso, Gaio parte proprio dal dato della coesistenza, in ordine all'operazione-comodato, tra la dimensione giuridica e la dimensione morale dell'*officium* (di ricambiare il *beneficium*) per assumere una presa di posizione interpretativa in merito alla riconduzione di una concreta fattispecie all'ambito del *furtum* e

¹⁸⁵ In mancanza di altri riscontri giurisprudenziali, si tenga presente un'attestazione letteraria come quella offerta, intorno alla metà del I sec. d.C., dal *Satyricon* di Petronio (v. 126): alla decisione di *vendere* alcunché consegue il presentarsi di un compratore ('*Sive ... vendis ..., mercator paratus est*'), mentre alla decisione di dare in comodato consegue la costituzione di un debitore di un *beneficium* ('*sive ... commodas, effice ut beneficium debeam*').

dunque alla sanzionabilità della stessa con *actio furti*.

Orbene, come si è detto poc'anzi, già in sé presa la percezione di una coesistenza tra dimensione giuridica e dimensione morale all'interno di una vicenda contrattuale appare idonea a suggerire la formulazione, in apertura di trattazione, di un enunciato volto a puntualizzare che l'*obligatio* ha una sua specifica vincolatività, diversa da quella propria dell'*officium*.

Che, poi, ciò sia avvenuto nelle *Res cottidianae* appare tanto più plausibile per due ragioni specifiche.

Da un lato, la nuova materia dei contratti reali, con la loro caratterizzante presenza della *fides* e della doverosità sul piano morale, è proprio il primo ambito tematico che seguiva alle battute introduttive della trattazione sulle obbligazioni.

Dall'altro lato, Gaio nelle *Res cottidianae* si mostra attento, con riguardo alle singole *causae obligationum*, all'individuazione di ciò che costituisce il fondamento del rapporto obbligatorio al livello, per dir così, di funzione economico-sociale dell'operazione. Così, in relazione al pegno, allo scopo di giustificare la diligenza ordinaria quale criterio di responsabilità del creditore pignoratizio, Gaio indica la *ratio* e l'interesse sottostanti alla conclusione del contratto: «... poiché la cosa viene data in pegno nell'interesse di entrambi, tanto nell'interesse del debitore, affinché il denaro gli venga prestato più facilmente, tanto nell'interesse del creditore, affinché più facilmente il suo credito sia al sicuro ...»¹⁸⁶. Così, con riguardo al mandato, egli amplia, rispetto a quanto affermato nelle *Institutiones*, l'osservazione del fondamento della configurazione quale contratto, prevedendo anche le ipotesi di mandato '*mea et aliena gratia*', '*mea et tua gratia*', '*tua et aliena gratia*'¹⁸⁷; e insiste sulla qualificazione come semplice "consiglio" del-

¹⁸⁶ Inst. 3.14.4, trascritto *supra*, in nt. 152.

¹⁸⁷ D. 17.1.2.3 (Gai. 2 *cottid.*) *Mea et aliena, ueluti si tibi mandem, ut mea et Titii negotia gereres uel ut mihi et Titio fundum emerem uel ut pro me et Titio fideiubeas*. 4. *Tua et mea, ueluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutaretur*. 5. *Tua et aliena, ueluti si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes: quod si, ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia interuenit mandatum*. («Si configura un mandato "nell'interesse mio e altrui", come per esempio se ti incarico di gestire

l'incarico disposto nell'esclusivo interesse del mandatario ('*tua tantum gratia*') e sulla impossibilità di obbligarsi sulla base di un mero *consilium*¹⁸⁸. Così ancora, in materia di *negotiorum gestio* – dalla cui illustrazione i compilatori del Digesto hanno estrapolato un brano più ampio rispetto ai passaggi escerpiti in relazione alle altre *variae causarum figurae* – Gaio si preoccupa di specificare le concrete ragioni che, *utilitatis causa*, hanno portato al riconoscimento di un reciproco *obligari* e cioè di una reciproca esposizione ad *actiones* in capo al gestore e al gerito. Vale la pena di riportare questo articolato testo (D. 44.7.5pr. – Gai. 3 *aureorum*):

«Se qualcuno avrà gestito gli affari di un assente, se l'avrà fatto in forza di un mandato, è evidente che fra loro nascono *ex contractu* le azioni di mandato, con le quali costoro possono agire vicendevolmente in relazione a ciò che l'uno deve prestare all'altro in base alla buona fede: se invece l'avrà fatto senza mandato, si è affermata comunque la regola che essi si obbligano reciprocamente, e a questo titolo sono state introdotte le azioni che chiamiamo 'di gestione d'affari', con le quali costoro

i negozi miei e di Tizio o di acquistare un terreno a me e a Tizio o di prestare fideiussione in favore di me e di Tizio. "Nell'interesse tuo e mio", come per esempio se ti incarico di prestare denaro con interessi a colui che lo prende a mutuo per impiegarlo in un mio affare. "Nell'interesse tuo e altrui", come per esempio se ti incarico di prestare denaro con interessi a Tizio: ché se, invece, ti incarico di prestare senza interessi, si configura un mandato solamente "nell'altrui interesse»).

¹⁸⁸ D.17.1.2.6 (Gai. 2 *cottid.*) *Tua autem gratia interuenit mandatum, ueluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques quam faeneres, uel ex diuerso ut faeneres potius quam in emptiones praediorum colloques: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui datur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium* («Si configura un mandato "nel tuo interesse", come per esempio se ti incarico di investire denaro tuo nell'acquisto di terreni anziché in prestiti oppure, al contrario, in prestiti anziché in acquisto di terreni: questo tipo di incarico è più un consiglio che un mandato e pertanto non ha effetti obbligatori, poiché nessuno si obbliga in base ad un consiglio sebbene non riesca giovevole a colui al quale viene dato, poiché ciascuno è libero di valutare bene tra sé se il consiglio sia giovevole»).

allo stesso modo possono vicendevolmente agire in relazione a ciò che l'uno deve prestare all'altro in base alla buona fede. Ma queste azioni non nascono né da contratto né da atto illecito: infatti né colui che ha gestito gli affari si ritiene che abbia prima concluso un contratto con l'assente, né certamente è un fatto illecito assumere l'amministrazione di affari (altrui) senza mandato: a maggior ragione colui i cui affari sono stati gestiti non può ritenersi che, da ignaro, abbia concluso un contratto o commesso un delitto: ma per ragioni di utilità è stata accolta la regola per cui essi si obbligano a vicenda. Tale regola è stata accolta perché per lo più gli uomini partono come se dovessero ritornare assai presto e perciò non incaricano nessuno per la cura dei propri affari, poi invece, sopravvenendo qualche nuova ragione, sono costretti ad assentarsi più a lungo: sarebbe stato iniquo che andassero in malora i loro affari, che invero andrebbero in malora se, da un lato, colui che si fosse offerto per gestire gli affari non avesse poi a disposizione un'azione per recuperare ciò che utilmente avesse speso di suo nella gestione, o se, dall'altro lato, colui i cui affari fossero gestiti non potesse agire ad alcun titolo nei confronti chi si era inserito nei suoi affari»¹⁸⁹.

¹⁸⁹ *'Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandato, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus inuicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet: si uero sine mandato, placuit quidem sane eos inuicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequae inuicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur: neque enim is qui gessit cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficio est sine mandato suscipere negotiorum administrationem: longe magis is, cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest: sed utilitatis causa receptum est inuicem eos obligari. ideo autem id ita receptum est, quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde nouis causis interuenientibus ex necessitate diutius absunt: quorum negotia desperire iniquum erat, quae sane desperirent, si uel is, qui obtulisset se negotiis gerendis, nullam habiturus esset actionem de eo, quod utiliter de suo impendisset, uel is, cuius gesta essent, aduersus eum, qui inuasisset negotia eius, nullo iure agere posset'.*

Questa attenzione apposta per le dinamiche poste a fondamento di un rapporto obbligatorio doveva facilmente condurre il giurista a riflettere sul sostrato offerto dall'*officium* e dalla *fides* in relazione a figure quali i contratti reali¹⁹⁰.

10.4. Riepilogo

È opportuno, a questo punto, ricapitolare schematicamente gli elementi della trattazione sulle obbligazioni nelle *Res cottidianae* che abbiamo constatati:

a) in generale, le obbligazioni appaiono ritagliate non più dal punto di vista del creditore, bensì da quello passivo del debitore: è messo in risalto il profilo della responsabilità, cioè dell'esposizione del debitore ad una coercizione processuale, e sono indicati i diversi criteri di responsabilità (dolo, colpa, custodia, diligenza) che caratterizzano la posizione del debitore in questo o quel rapporto obbligatorio;

b) nelle battute introduttive della trattazione compare, quale *sum-*

¹⁹⁰ Naturalmente, anche un istituto come la *fiducia* offriva occasioni di analoga riflessione, dato il suo macroscopico incardinarsi sulla *fides*, quale risulta ad es., oltre che dalla stessa denominazione, da una formuletta negoziale quale '*fidi fiduciae causa*' (attestata in un documento epigrafico di I-II sec. d.C., la c.d. *formula Baetica*), e data la sua stretta connessione con l'*officium*, quale è riflessa, in seno alla c.d. *formula dell'actio fiduciae*, nel richiamo al dovere di comportarsi come *virī boni* (cfr. *infra*, § 11 su nt. 196). Purtroppo, la mancanza di accenni superstiti, dovuta alla deliberata soppressione compiuta dai compilatori giustinianeî su tutte le fonti classiche escerpitate – sia in conseguenza di un'avvenuta spontanea decadenza dell'istituto (le cui funzioni 'contrattuali' già in età classica si realizzavano più comodamente con i contratti di pegno e di deposito), sia perché l'atto traslativo sul quale il negozio fiduciario si imperniava era una *mancipatio* o una *in iure cessio*, la cui menzione era ritenuta in contrasto con l'avvenuta abolizione giustiniana di ogni distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* (C.I. 7.31.1.5) – ci consente soltanto di supporre con alto grado di verosimiglianza che anche nelle *Res cottidianae* Gaio, il quale già nelle *Institutiones* aveva accennato alla *fiducia* (*supra*, nt. 170), si fosse occupato di questo istituto, ma senza poter in alcun modo immaginare in quale connessione dogmatico-sistematica: in particolare, senza poter immaginare se il giurista l'avesse considerata, diversamente che nelle *Institutiones*, tra le *obligationes re contractae*.

ma divisio, una distinzione (obbligazioni civili – obbligazioni pretorie) imperniata, non più sul compimento dei concreti atti obbliganti, bensì sulla tutela giurisdizionale;

c) la raffigurazione dell'azionabilità dei fedecommessi in termini di presenza di un '*vinculum iuris*' fa parte di una trattazione (sulle successioni) che è preceduta da quella sulle obbligazioni;

d) attenzione apposta appare dedicata all'individuazione del fondamento, a livello di funzione economico-sociale, di un rapporto obbligatorio;

e) le battute introduttive sulla materia delle obbligazioni sono immediatamente seguite da alcune figure contrattuali che si innestano sulla *fides* e sull'*officium* (i quattro contratti reali), nonché sull'*amicitia* (deposito e comodato);

f) l'illustrazione di deposito, comodato e pegno costituisce una innovazione delle *Res cottidianae* rispetto alle *Institutiones* (nelle quali fra i contratti reali era considerato solo il mutuo): la presenza di queste figure, cioè, non è mera ripetizione da una precedente scrittura, bensì consapevole aggiunta del giurista;

g) con riferimento al comodato, lo stesso Gaio, in altra sede, parla con naturalezza di '*beneficium*' e di '*beneficii debitor*', mostrando con ciò di concepire il comodato come operazione contrattuale dalla quale nasce, per il comodatario, un *officium* di ricambiare il favore ricevuto; nell'apposita trattazione delle *Res cottidianae*, poi, raffigura il deposito come istituito normalmente tra soggetti legati da una relazione di *amicitia*.

Mentre alla luce degli elementi a), b) e c) la definizione appare c o o r d i n a r s i con la trattazione sulle *obligationes*, le circostanze richiamate nelle restanti lettere, più specificamente, dovevano nel loro insieme s o l l e c i t a r e il compimento della *de-finitio* con la portata che abbiamo in precedenza ricostruito.

Invero, è legittimo ipotizzare che Gaio, attento a riflettere sul fondamento e sull'essenza delle singole vicende obbliganti (d) e avendo rinnovato una precedente impostazione con l'aggiunta, proprio come primi argomenti di illustrazione (f), di figure (comodato, deposito e pegno) nelle quali, a livello di funzione economico-sociale, si innesta-

no le prospettive dell'*officium* (*e*), tenesse ben in mente già in sede di presentazione dell'istituto-*obligatio* il fatto che all'interno di determinati rapporti obbligatori un ruolo significativo gioca la doverosità morale coinvolta da quelle prospettive, come del resto attestato in una specifica occasione interpretativa dallo stesso Gaio in tema di comodato (*g*); e fosse pertanto indotto a precisare subito, con un enunciato generale, il *quid proprium* della vincolatività 'giuridica' dell'*obligatio* in senso tecnico a fronte della diversa doverosità dell'*officium*, pur essa avvertita e predicata tradizionalmente in chiave di '*obligari*' e '*debere*': un enunciato che a tal fine puntava, come si è visto, sull'elemento caratterizzante-discriminante della *necessitas solvendi*, e cioè dell'esposizione del debitore agli istituti processuali dell'ordinamento giuridico positivo.

Aggiungasi una significativa corrispondenza: secondo l'interpretazione proposta, la presentazione-distinzione in termini di *iuris vinculum* era massimamente sollecitata dalla consapevolezza dell'esistenza di un *officium* implicato dalla *fides* che è fulcro dei contratti reali, allo stesso modo in cui, nella successiva trattazione sui fedecommessi, la locuzione *vinculum iuris* è (ri)utilizzata proprio come contraltare rispetto alla *fides* che, insieme con il *pudor*, presiede all'*officium* di adempiere alla *rogatio* del disponente.

11. Officium e morale nella riflessione dei giuristi in tema di rapporti obbligatori

Un'operazione di *de-finitio* come quella qui ricostruita, che prende le mosse dalla consapevolezza del rilievo della doverosità morale anche all'interno di vicende contrattuali, si inserisce in una tradizione di lavoro giurisprudenziale su temi legati alle prospettive dell'*officium* e, pertanto, su materiale che si prestava a far riflettere sui rapporti – di alterità e separatezza, ma anche di coesistenza e interazione – tra *officium* e *ius*.

Per vero, quantitativamente i brani che affrontano questioni giuridiche puntando specificamente e in modo esplicito su eventuali profili

connessi agli orizzonti dell'*officium* sono assai esigui rispetto al complessivo *corpus* giurisprudenziale pervenutoci. Ciò potrebbe spiegarsi o con una effettiva tendenza metodologica dei giuristi stessi ad esaminare istituti e problemi giuridici prevalentemente da un'angolazione tecnica e a scapito delle istanze morali, sociali ed economiche, come è stato a suo tempo sostenuto in alcune famose pagine da Fritz Schulz (il quale parlava di "isolamento" – *Isolierung* – del dato giuridico rispetto agli altri predetti profili)¹⁹¹; ovvero potrebbe essere conseguenza di un 'filtro' adottato dai compilatori giustiniani, i quali potrebbero aver selezionato, dal materiale giurisprudenziale passato al vaglio per la composizione del Digesto, i testi che più direttamente si ponevano a quel livello di astrazioni di fattispecie e *responsa* e di pura analisi tecnico-giuridica che poteva interessare maggiormente i destinatari ideali della raccolta, e cioè avvocati e giudici.

Nondimeno, la documentazione di cui disponiamo, giuridica e letteraria, ci assicura che i giuristi non solo si imbattevano, fin da età repubblicana, nell'*officium* quale diretto oggetto di osservazione e studio, ma altresì, all'occorrenza, ricorrevano ad argomentazioni che chiamavano in causa i profili dell'*officium* in sede di *interpretatio* di concrete fattispecie.

Quanto al primo aspetto, basti considerare che già Elio Gallo, giurista operante a cavallo tra la fine del II e gli inizi del I secolo a.C., re-

¹⁹¹ A detta di questo studioso, i giuristi romani avrebbero ben conosciuto l'incidenza del "costume" (*Sitte*) e dell'"etica" (*Sittlichkeit*), della prassi negoziale e dei rapporti e fondamenti economico-politici di una regola nella genesi e nella regolamentazione di istituti giuridici; ma avrebbero lasciato questi tre ambiti fuori dai loro interessi scientifico-professionali, assumendoli come presupposti (SCHULZ, *I principii del diritto romano*, cit., 16 ss.). L'ambito "costume ed etica" veniva da Schulz riassunto proprio nella figura dell'*officium*, a proposito del quale egli scriveva: «accanto all'ordinamento del diritto sta l'ordinamento del costume e della morale, quella cerchia di obblighi extragiuridici che proprio nel mondo romano ha tanta importanza anche per la vita del diritto, e che formano il contenuto prevalente della parola *officium*» (p. 17). Quindi, nell'illustrare l'assunto che «la giurisprudenza romana non si è limitata a separare rigorosamente le norme extragiuridiche dalle giuridiche, ma le ha pure escluse in massima dal suo studio» (p. 19), affermava che «i legami extragiuridici che derivano dalla *pietas*, dalla *fides*, dalla *reverentia*, in una parola dall'*officium*, sono appena menzionati» (p. 20).

gistrava nel proprio lessico di cose giuridiche (*De verborum quae ad ius pertinent significatione*) la figura dei *'necessaria officia'* da compiere nei confronti di *cognati et adfines*¹⁹²; o che Sabino, il grande giurista operante nei primi decenni del I secolo d.C., nel proprio scritto sul *Ius civile* si era interessato appositamente della gerarchia da seguire nell'osservanza degli *officia* verso pupilli, clienti, ospiti, *cognati, adfines*, fissata in epoche precedenti¹⁹³ (rivelando, in tal modo, un'attenzione non cursoria né marginale sul tema); o ancora, che lo stesso ambito dei legami dell'*officium* che si creavano tra patrono e cliente e tra *cognati* sarebbe stato richiamato per giustificare un'antica sanzione contro i mutuatari insolventi (in nome di una comune rilevanza della *fides*) da un giurista contemporaneo di Gaio quale Cecilio Africano (*supra*, § 4).

D'altra parte, apprendiamo da Cicerone (*De oratore* 3.133) che i giuristi solevano dare responsi "non solo in materia di *ius civile*, ma anche in relazione ad ogni *officium* e ad ogni affare da intraprendere" (*'non solum de iure civili, verum etiam de omni aut officio aut negotio'*); ed è stato opportunamente rilevato che «è naturale che la consuetudine del *respondere* sugli *officia* ponesse alla riflessione dei giuristi la problematica dei rapporti fra questi e il diritto»¹⁹⁴.

¹⁹² Festus, *De verborum significatu*, s.v. *'Necessarii'* (158 L.) *Necessarii sunt, ut Gallus Aelius ait, qui aut cognati aut adfines sunt, in quos necessaria officia conferuntur, praeter ceteros.* («Sono *necessarii*, come dice Elio Gallo, coloro che sono o cognati o affini, nei confronti dei quali, sopra tutti gli altri, sono compiuti *officia necessaria*»).

¹⁹³ Gell., *Noctes Atticae* 5.13.5 *'Masurius [...] Sabinus in libro iuris civilis tertio antiquiorem locum hospiti tribuit quam clienti. Verba ex eo libro haec sunt: 'in officiis apud maiores ita observatum est: primum tutelae, deinde hospiti deinde clienti tum cognato postea adfina. Aequa causa feminae uiris potiores habitae pupillarisque tutela muliebri praelata. Etiam aduersus quem adfuissent, eius filii tutores relictos in eadem causa pupillo aderant'* («Masurio Sabino, nel terzo libro del Diritto civile, assegna all'ospite la precedenza sul cliente. Queste sono le parole da quel libro: "Nei doveri questa era la regola presso gli antenati: al primo posto la *tutela*, poi l'ospite, quindi il cliente, poi il parente di sangue e da ultimo l'affine. A parità di condizione, le donne erano considerate prima dei maschi e la tutela dei minori aveva la precedenza su quella delle donne. Perfino, i tutori che venivano designati per i figli di un soggetto contro il quale essi avevano patrocinato una causa, in quella causa difendevano il pupillo»).

¹⁹⁴ G. NEGRI, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso. Saggi storico-giuridici*, Milano 1975, 241.

Nel ruolo, poi, di creatori/ispiratori di schemi e formule processuali, è notevole che i giuristi che, all'incirca nel corso del III secolo a.C., suggerirono il dettato della *formula* dell'*actio fiduciae* pensarono – certo, prendendo spunto dalla delicatezza di una vicenda nella quale un soggetto, il fiduciante, si privava della proprietà di una *res Mancipi* e restava in attesa che, come pattuito, l'accipiente fiduciario adempisse all'obbligo di ritrasferirgli il *dominium*: vicenda che richiedeva il massimo di affidabilità nella persona del fiduciario – i giuristi pensarono, dicevo, di recepire sul piano del diritto un elemento valoriale-comportamentale nato sul terreno etico, 'tipizzando' nella *formula fiduciae* il modello del *vir bonus*, che indicava, come ben sappiamo, un soggetto caratterizzantesi per l'osservanza dell'*officium*¹⁹⁵: '*ut inter bonos bene agier oportet ...*' ("come occorre che ci si comporti adeguatamente tra buoni")¹⁹⁶. E d'altra parte, proprio una *formula* di questo tipo, a sua volta, alimentava ulteriormente la coscienza del fatto che all'interno del rapporto giuridico in questione operavano valori ed istanze attinenti alla dimensione morale. Su più larga scala, del resto, una analoga circolarità doveva verificarsi con riguardo ai *iudicia bonae fidei* e ai rapporti con essi tutelati.

Una consapevolezza di un intersecarsi tra *officium* e *ius*, dunque, che veniva da lontano; e che, con riguardo ai rapporti obbligatori – ai quali conviene limitarci, in ragione del nostro interesse specifico – affiora qua e là nitidamente nel materiale giurisprudenziale classico, in chiave sia di diagnosi sia di *interpretatio* di fenomeni giuridici.

Si è già richiamata l'attenzione (*supra*, § 10.3) su due brani in tema di deposito e, rispettivamente, comodato, i quali rivelano come proprio Gaio raffigurasse il modello astratto del deposito quale relazione giuridica sorta tra *amici* e cioè tra soggetti chiamati a reciproci *officia*; e intendesse il contratto di comodato come realizzazione di un *bene-*

¹⁹⁵ *Supra*, § 6, su ntt. 50-53.

¹⁹⁶ Questa locuzione – sul cui valore intrinseco rinvio a G. FALCONE, *La formula*, cit., spec. 266 ss. – ci è nota attraverso alcuni accenni ciceroniani (*supra*, § 7.3, nt. 89), dai quali, però, non è purtroppo possibile determinare in quale posizione essa si trovasse rispetto alla complessiva *formula* (onde si oscilla, in dottrina, tra una collocazione all'interno di un'*intentio in factum concepta* e una collocazione in una *demonstratio* premessa ad una *formula in ius* con *intentio incerta*).

ficium, dal quale sorgeva, per il comodatario-beneficiario, un *officium* di ricambiare e, di conseguenza, per il comodante, una forma di guadagno (*species lucri*): cosa che, nell'ottica interpretativo-applicativa del discorso gaiano, consentiva la sanzionabilità della fattispecie tramite *actio furti*.

Aggiungo rapidamente, adesso, alcuni riscontri che riguardano la *negotiorum gestio* e il *mandatum*. Per la prima, Paolo assume l'*officium amicitiae* quale causa normale di gestione di un *negotium im-uberis* fuori da un rapporto di *tutela* (D. 42.5.23); Cervidio Scevola (seconda metà del II secolo d.C.) illustra una complessa fattispecie di *negotiorum gestio* senz'altro in termini di '*officium*' e di "adempimento di *officium*" ('*officium implere*': D. 3.5.35(34)pr.); e di nuovo Paolo afferma che, nel caso di *mora solvendi* nell'ambito di una *negotiorum gestio*, non si configura un acquisto, che non sarebbe ammesso, tramite un non-sottoposto (*per liberam personam*), in quanto la *negotiorum gestio* consiste, piuttosto, in un "adempimento di *officium*" (D. 22.1.24.2). Per il mandato, collegato alla *fides* e all'*amicitia* già fin dalle commedie di Plauto¹⁹⁷, ancora Paolo ne individua l'essenza nell'*officium*, giustificando in tal modo il carattere della gratuità: «Il mandato se non è gratuito è nullo: trae infatti origine dall'*officium* e dall'*amicitia*: e invero, la mercede è contraria all'*officium*»¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Cfr. Plaut., *Trinummus* vv. 134 ss.; 154 ss. Per un'epoca più vicina basti considerare un interessante passaggio dell'orazione *pro Roscio Amerino* (§ 111) nel quale Cicerone, parlando della figura del *mandatum*, menziona la *fides* degli amici quale "sostituta delle nostre attività" in ragione del fatto che "non possiamo compiere tutto da noi stessi" (*operae nostrae vicaria fides amicorum ...*; '*non possumus omnia per nos agere ...*') e, allargando quindi la prospettiva al ruolo della *fides* nella conservazione della convivenza sociale della comunità intera ('*commune praesidium*'; '*societas vitae*'), afferma che "le amicizie si formano proprio affinché l'interesse comune venga retto attraverso reciproci *officia*" ('*idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur*').

¹⁹⁸ D. 17.1.1.4 (Paul. 32 *ad ed.*) *Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium vero est officio merces*. Non sono, invece, utilizzabili le testimonianze di Giavoleno (D. 17.1.36.2), Africano (D. 47.2.62 (61).5), Gaio (D. 17.1.27.2) e dello stesso Paolo (D. 19.5.5.4), pur adottati da qualche studioso, giacché in questi casi il termine '*officium*' non allude all'astratta doverosi-

Ma soprattutto, merita una considerazione apposita un brano davvero esemplare di Paolo in materia di comodato, nel quale la raffigurazione di questo contratto come *beneficium* – che abbiamo già incontrato, ma da angolazione diversa, nel testo di Gaio poc’anzi ricordato – costituisce il perno di un ragionamento svolto a proposito dell’editto con il quale il pretore metteva a disposizione del comodatario l’*actio commodati contraria*:

D. 13.6.17.3 (Paul. 29 ad ed.) *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit., id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque in tempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio interdandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. Ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere incohavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. <...> Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile dicendum est.*¹⁹⁹

tà etica *tout court* (come nel brano trascritto), bensì ha il diverso significato di incarico, compito, concreto impegno o dovere da espletare.

¹⁹⁹ Per un approfondimento su questo illuminante brano di Paolo rinvio all’apposita disamina che ho compiuto in *A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 (offi-*

«Come dare in comodato è una questione di volontà e di *officium* piuttosto che di *necessitas*, così stabilire la modalità e il limite temporale del comodato spetta a chi attribuisce il *beneficium*. Una volta però che costui lo ha fatto, cioè dopo che ha dato la cosa in comodato, stabilire allora un limite temporale e richiedere anzitempo indietro la cosa comodata lo impedisce non solo l'*officium*, ma anche il rapporto obbligatorio assunto al momento del dare e del ricevere la cosa. Infatti viene posta in essere un'operazione giuridica bilaterale e sono state apprestate *actiones* per l'una e l'altra parte, cosicché risulta chiaro che ciò che in principio era stato una questione di *beneficium* e di pura volontà si è trasformato in prestazioni ed azioni civili reciproche. Come accade nei confronti di colui che ha iniziato a gestire gli affari di un assente: né infatti costui abbandonerà impunemente affari che andranno in malora: giacché probabilmente li avrebbe intrapresi un altro, se egli non li avesse iniziati: in effetti, è questione di volontà accettare un incarico, ma è questione di *necessitas* portarlo a compimento. Pertanto se mi hai dato in comodato alcune tavolette affinché il debitore mi scrivesse una garanzia, non ti comporterai correttamente chiedendole indietro prima del tempo: infatti, se tu me le avessi negate (in prestito), io o le avrei comprate o avrei adibito testimoni (anziché una garanzia scritta). Lo stesso accade se hai dato in comodato delle travi per puntellare una casa e poi le hai chieste indietro oppure me le hai prestate sapendo che erano difettose: dobbiamo invero essere aiutati, non ingannati, da un *beneficium*. <...> Sulla base di queste fattispecie è da dirsi che è utilizzabile anche il *iudicium contrarium*».

cium, beneficium, commodare), in *AUPA* 59, 2016, 241 ss. (cui rinvio anche per l'analisi esegetica del testo: a mio avviso integralmente genuino, salvo la probabile caduta di un breve tratto nella parte centrale – *infra*, nt. 201 – e la sicura caduta di un altro breve tratto subito prima delle parole conclusive '*Ex quibus causis ...*': *infra*, nt. 204).

Come si constata, la raffigurazione del comodato in termini di *beneficium* compare ben tre volte nel discorso, e in tre punti-chiave: una prima volta, per precisare che, nella fase della formazione dell'accordo, la determinazione di limiti e durata del godimento della *res* spetta al comodante, indicato come colui che "attribuisce il *beneficium*" (*'beneficium tribuit'*); una seconda volta, allorché Paolo spiega che ciò che all'inizio della trattativa era stato questione di *beneficium* e di semplice volontà (era stata, cioè, una scelta volontaria benefica da parte del comodante), in seguito alla formazione del vincolo obbligatorio si trasforma (*converti*) in un rapporto di prestazioni e azioni reciproche; una terza volta, infine, nella notazione moraleggiante "dobbiamo invero essere aiutati, non ingannati, da un *beneficium*".

Parlavo di angolazione diversa rispetto a quella adottata da Gaio, giacché nel discorso di Paolo il riferimento al *beneficium* non ha la funzione di chiamare in causa l'*officium* di ricambiare che grava sul comodatario, bensì allude al fatto che la doverosità etica di cui la decisione di *commodare* è espressione ("d a r e i n c o m o d a t o è u n a q u e s t i o n e d i v o l u n t à e d i o f f i c i u m ")²⁰⁰ porta al compimento di un atto volontario benefico di concessione gratuita dell'uso della cosa da parte del comodante. Ma, pur con questa differenza di prospettiva, anche il testo di Paolo è testimonianza preziosa del fatto che per un giurista classico il comodato, ad un livello sottostante rispetto alla sua configurazione tecnico-giuridica quale contratto, è inteso come un *beneficium*. Da questo punto di vista, il complessivo svolgimento del discorso di Paolo è particolarmente istruttivo e merita di essere seguito.

Paolo, dunque, afferma che dare in comodato è frutto di una determinazione volontaria, rispondente all'*officium* – in sostanza, ad un dovere di umana solidarietà, che sta dietro il fenomeno della *beneficentia* –, e non già costretta da una *necessitas* e cioè da un (preesistente) obbligo. Solo una volta che il soggetto, avendo preso la deci-

²⁰⁰ In questo brano *officium* ha il medesimo senso astratto di doverosità etica *tout court*, con il quale lo stesso Paolo utilizza il concetto in relazione alla gratuità del contratto di mandato: D. 17.1.1.4, riportato *supra*, in nt. 198.

sione di *commodare*, conclude il contratto, subentra la *necessitas*²⁰¹, e cioè l'obbligatorietà di prestazioni giuridiche. Con riguardo al comodante – sul quale è puntata l'attenzione di Paolo, posto che egli sta commentando l'azione esperibile contro costui (*iudicium contrarium commodati*) – subentra, in particolare, l'obbligo di consentire al comodatario il godimento della cosa nei modi e nei tempi stabiliti (astendosi, in particolare, da una richiesta anticipata di restituzione della cosa). Ebbene, pur se l'elemento-chiave del ragionamento paolino è il contrappunto tra la libera formazione della volontà di *commodare* e la necessità di comportamenti una volta che il contratto è concluso²⁰², e pur se, in quest'ottica, il giurista sottolinea con forza la vicenda del subentrare del vincolo e della coercibilità del rapporto obbligatorio ("ciò che in principio era stato una questione di *beneficium* si è trasformato in prestazioni ed azioni civili reciproche"), nondimeno l'*officium* con la sua doverosità morale, lungi dall'esser avvertito come spinto fuori di scena dalla conclusione dell'operazione giuridica, continua ad essere considerato come presente e come esercitante un ruolo: un ruolo non più, adesso, sollecitatore di un comportamento (il dare in comodato), bensì impeditivo di una condotta contraria al sentimento di solidarietà e *beneficentia*: «stabilire allora un limite temporale e richiedere anzitempo indietro la cosa comodata lo impedisce non solo l'*officium*, ma anche il rapporto obbligatorio». Anzi, a ben guardare, l'articolazione interna di quest'ultima affermazione (*non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio*) rivela che la persistente presenza ed operatività dell'*officium* viene

²⁰¹ Il concetto è ribadito da Paolo, nella parte centrale del testo (*Ut accidit in eo – necessitatis consummare*'), avendo riguardo sia all'ipotesi di una *negotiorum gestio* spontanea sia all'ipotesi di un contratto di *mandatum* (probabilmente, queste due ipotesi erano collegate tra loro da un breve segmento testuale, caduto per distrazione di un copista). In relazione al *mandatum* una notazione analoga è compiuta dallo stesso Paolo in D.17.1.22.11 (Paul. 32 ad ed.) '*... sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet*': «... come è una libera scelta non accettare il *mandatum*, così, una volta accettato, è necessario eseguirlo ...».

²⁰² Tanto che, come si è rilevato nella nt. prec., Paolo compie questa puntualizzazione anche con l'ausilio del confronto con due fattispecie ulteriori (*negotiorum gestio* e *mandatum*).

data per scontata, come una base certa rispetto alla quale la portata ostativa dell'intervenuta *obligatio* costituisce aggiunta di una prospettiva ulteriore (segnata dall'esistenza di "prestazioni e azioni reciproche"). Anche la parte finale del testo traduce una percepita coesistenza tra dimensione giuridica e sottostante dimensione morale. Infatti, da un lato, i concreti esempi di comportamenti contrari agli obblighi del comodante (chiedere indietro prima del tempo tavolette prestate ad uso di garanzia scritta o travi prestate per puntellare un edificio; prestare scientemente travi difettose) vengono presentati sotto lo schema concettuale '*non recte facies*', il cui significato è "non ti comporterai correttamente" da un punto di vista morale²⁰³: tant'è che Paolo fa sfociare la diagnosi '*non recte facies*' direttamente nella notazione moraleggiante «dobbiamo invero essere aiutati, non ingannati, da un *beneficium*». Dall'altro lato, però, a questo riferimento ad una contrarietà all'*officium* ('*non recte facies*') Paolo fa seguire la menzione della coesistente reazione processuale, del diritto positivo: "sulla base di queste fattispecie è da dirsi che è utilizzabile anche il *iudicium contrarium*"²⁰⁴. E ove si voglia, poi, ipotizzare che la fattispe-

²⁰³ Il senso è lo stesso riconoscibile in altri testi giurisprudenziali, tra i quali basterà richiamare, ad esempio, quello in cui Ulpiano (D. 25.7.1.3) qualifica come '*non recte facere*' e, poco dopo, come '*facinus*' (scelleratezza) la condotta della concubina che, dopo essere stata tale con il patrono, cominci ad esserlo anche con il figlio o con il nipote: '*Si qua in patroni fuit concubinatu, deinde filii esse coepit vel in nepotis, vel contra, non puto eam recte facere, quia prope nefaria est huiusmodi coniunctio, et ideo huiusmodi facinus prohibendum est*'. Per altri impieghi della locuzione '*non recte facere*' nella medesima prospettiva rinvio al mio citato studio in *AUPA* 59, 258 nt. 53.

²⁰⁴ Il riferimento al *iudicium contrarium* come strumento ulteriore ("è utilizzabile a n c h e il *iudicium contrarium*") è una spia del fatto che, nel testo originario, doveva comparire, subito prima, la menzione di un'altra risposta processuale sanzionatrice del comportamento del comodante. È stato ipotizzato (Schwarz) che si trattasse di una *denegatio actionis*, opposta dal pretore ad una richiesta processuale prematura del comodante. Ma credo che si possa altresì congetturare un richiamo, da parte di Paolo, (anche?) alla *retentio* in favore del comodatario, che si sarebbe realizzata o in virtù di un'*exceptio doli c.d. generalis* inserita nella formula dell'*actio commodati in factum* o direttamente in virtù del criterio della *bona fides* nel *iudicium commodati ex fide bona*. Uno spunto in favore di questa congettura può provenire dal cenno di Pomponio in D. 13.7.8pr. «... avrò a disposizione non soltanto la *retentio*, ma anche

cie del commodare scientemente travi difettose – ben diversa dal richiedere indietro prima del tempo la cosa comodata – costituisca una estensione della cerchia dei comportamenti perseguibili con *iudicium commodati contrarium* suggerita dallo stesso Paolo, conseguirebbe che la considerazione del *commodare* in chiave di ‘*beneficium tribuere*’ sarebbe, utilizzata, non solo come registro di lettura per giustificare un regime esistente, ma addirittura anche come leva per proporre una interpretazione estensiva dell’ambito di applicazione di una previsione editale.

Fermiamoci qui. Se la rapida rassegna appena compiuta mostra, in generale, una salda presenza, lungo tutto l’arco dell’esperienza giurisprudenziale romana, di un’attenzione per istituti che costituivano essi stessi *officia* o che incrociavano prospettive dell’*officium* (con conseguente, desumibile riflessione sulle relazioni intercorrenti tra *officium* e *ius*), per quanto attiene allo specifico ambito dei rapporti obbligatori è attestata la circostanza che presso i giuristi classici, da Cervidio Scevola a Paolo allo stesso Gaio, la coesistenza e la comunicazione tra le sfere del *ius* e dell’*officium* all’interno di una vicenda contrattuale era assunta come un dato pacifico, tale da non richiedere apposite precisazioni e da costituire, piuttosto, elemento con cui giustificare un determinato regime o addirittura punto di partenza per argomentare in una determinata direzione. Questo stato di cose era *humus* fertile per una concettualizzazione come quella sull’*obligatio* quale *iuris vinculum*: quanto più un giurista avvertiva la permeabilità tra le due sfere relativamente ad un medesimo istituto, tanto più doveva esser portato a puntualizzare che, rispetto alla doverosità e coerenza morali dell’*officium*, altro sono la doverosità e coerenza giuridiche dell’*obligatio*.

l’*actio pigneraticia contraria*» (‘... non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneraticiam actionem habeo ...’). L’omissione, in ogni caso, potrebbe forse esser stata determinata, più che da una svista di un amanuense, da una voluta semplificazione, da parte dei compilatori del Digesto, di un discorso che aveva come direttrice tematica principale la presenza di ‘*actiones*’ (‘... invicem propositae sunt actiones ...’; ‘... converti in mutuas praestationes actionesque civiles’).

12. *L'Umanesimo giuridico e il destino della definizione*

Se ci chiediamo per quale ragione testimonianze, pur esplicite, come quella sul *vinculum iuris* in tema di storia dei fedecommessi, come le fonti senecane sul dualismo tra *creditum* e *beneficium*, come le evidenze sulla doverosità dell'*officium* e sulla sua rappresentazione in termini di *obligare* e di *vinculum*, siano rimaste fuori dalla tradizione di studi sulla definizione, probabilmente la risposta, di ampio respiro, parte da molto lontano: direi, risalendo indietro, dal modo in cui la definizione è stata presa in considerazione nell'Umanesimo giuridico. Vale la pena indugiare sul punto, anche perché ne deriva un'occasione per riflettere su come, in ogni epoca, la lettura delle fonti antiche venga influenzata, e talvolta condizionata in misura più o meno determinante, dalle istanze scientifiche e culturali proprie del Presente dell'interprete.

Un tratto assai significativo dell'Umanesimo giuridico, quale si delinea a partire dal XVI secolo soprattutto in Francia e in area germanica, è l'attenzione apposita, anche attraverso un fiorire di scritti programmatici, per la questione del metodo nell'insegnamento e per l'esigenza di sistemazione organica del diritto. Ad esser propugnata, con insistenza quasi ossessiva, è l'utilizzazione della dialettica (*methodus dialectica*): le parole d'ordine sono *ratio*, *ordo* e, soprattutto, *ars* e *ius ad artem redigere*. Queste ultime due sono attinte da una pagina del *De oratore* ciceroniano, costantemente richiamata dagli Umanisti, nella quale Cicerone raccomandava il ricorso allo strumentario dell'*ars dialectica* in vista di una sistemazione ordinata delle nozioni giuridiche in funzione di insegnamento del diritto.

Segnatamente, in un passaggio dell'opera (*De oratore* 1.187-189) Cicerone, attraverso uno dei protagonisti del dialogo (il grande oratore Crasso), auspicava che anche con riguardo al diritto civile, come già era avvenuto per altre discipline, venisse realizzata una innovativa operazione di coordinamento e sistemazione delle varie nozioni, fino ad allora 'disperse', 'sparpagliate', 'slegate e separate tra loro' (*dispersa*, *dissipata*, *res dissoluta divulgatae*), allo scopo di «organizzare il diritto in un'arte» (*ius in artem redigere*). La tecnica da utilizzare per compiere questa operazione avrebbe dovuto essere la dialettica, e cioè l'*ars* che consente di collegare elementi tra loro autonomi in

base ad un determinato criterio ordinatore (*'ratio'*), costituito dalla distinzione in *genera* e *species* (*'generatim componere'*, “mettere insieme” le nozioni giuridiche in base alla distinzione in generi e specie): i diversi istituti giuridici andrebbero ricondotti ad una categoria (genere) comune e poi suddivisi, all'interno di questa, in base a determinate caratteristiche specifiche che li distinguano tra loro; i generi ai quali ridurre gli istituti giuridici dovrebbero essere “molto pochi” (*perpauca*); e i singoli istituti dovrebbero essere accompagnati da definizioni che descrivano l'elemento caratteristico e pertanto giustificino l'inquadramento in una 'specie' particolare.

Nel recupero umanistico di questa iniziativa ciceroniana vi era anche un presupposto ideologico di fondo, che emerge, ad es., in uno dei suddetti scritti programmatici (di Duarenus, a. 1544): «Il dovere del docente consiste principalmente nel descrivere attraverso lo schema 'genere-specie' i concetti che si trovano 'slegati' e 'sparsi' e così nell'ordinare e nello spiegare secondo un'arte apposita, attraverso definizioni e suddivisioni, quel che Triboniano ha messo insieme senza alcun ordine nel Digesto e nel Codice». Il perseguimento del programma di sistemazione dialettica del diritto costituiva, dunque, anche una reazione avverso l'operato compilatorio di Triboniano, al quale molti autori rimproveravano di aver raccolto nel Digesto e nel Codice il diritto classico in modo asistematico e disordinato²⁰⁵. Del resto, al pari del nascente interesse di tipo storico-filologico per gli strati pregiustiniani dell'antico diritto, con le conseguenti accuse a Triboniano di aver stravolto il diritto classico a colpi di interpolazioni, anche l'indirizzo sistematico, e con esso la critica al 'disordinato' lavoro dei Compilatori, si legava alla visione di fondo dell'Umanesimo giuridico, che assumeva il diritto come un prodotto umano, storico e razionale: come tale, riconducibile nei suoi contenuti complessivi ad una rete di collegamenti e diramazioni razionalmente tracciabili.

²⁰⁵ Il che, per vero, era in qualche modo conseguenza degli stessi materiali contenuti delle due compilazioni, frammenti di giuristi e, rispettivamente, dettati legislativi imperiali, caratterizzati, gli uni e gli altri, da un'impostazione di tipo 'casistico'. Per altro verso, gli Umanisti si distaccavano con consapevolezza dai Commentatori dei secoli XIV-XV, i quali avevano, sì, utilizzato la dialettica, ma solo allo scopo di analizzare aspetti particolari, senza ricondurli ad un sistema di principi generali e ad una complessiva mappa sistematizzante e senza interessarsi alla questione generale del metodo.

Nell'ambito di una produzione contraddistinta da una siffatta attenzione per la sistematica su base dialettica²⁰⁶ troneggiano i *Commentarii iuris civilis* di Donellus (Hugues Doneau, 1527-1591), campione dell'indirizzo sistematico dell'Umanesimo giuridico, la cui opera si segnala per aver costituito una rigorosa *reductio ad unitatem* razionale dell'universo diritto e per avere costituito un modello di sistematica e dogmatica giuridica che tanto ha influenzato la cultura giuridica europea nei secoli XVI-XIX. Una scorsa all'opera lascia subito riconoscere la cura estremamente meticolosa per le geometrie dell'impianto espositivo e dell'articolazione delle tematiche, quale appare, ad es., già nell'insistito

²⁰⁶ Una curiosità. È proprio grazie alla valorizzazione per l'*ars dialectica* che il grande umanista Cujacius (Jacques Cujas, 1522-1590) poté avanzare l'ipotesi che autore della definizione potesse esser stato il Gaio delle *Res cottidanae*. In una *Recitatio* solenne del 1588 riguardante il titolo D.44.7 del Digesto '*De obligationibus et actionibus*' (in *Opera*, Prati 1838, t. VI c. 1325), questo autore, anziché fermarsi allo stadio della scrittura giustiniana e assumere il testo come una definizione atemporale dell'*obligatio*, coerentemente all'indirizzo storico-filologico di cui egli fu esponente di punta, si è pronunciato anche sulla paternità dell'enunciato. In particolare, Cujacius parte dall'osservazione che nelle *Res cottidanae* Gaio si sofferma sulle cause, sui fatti generatori e sulle specie di *obligationes* ('*origines, parentes, species*'); in effetti, come abbiamo visto (*supra*, § 10.1), i frammenti di quest'opera conservati nel titolo 44.7 del Digesto mostrano che Gaio ha fissato la tripartizione delle fonti delle obbligazioni (contratti, delitti, *variae causarum figurae*) e che ha impostato le descrizioni concernenti le *variae causarum figurae* sulla rilevata impossibilità di ricondurle ad una delle *species* 'contratti' o 'delitti'. Quindi, muovendo da questa constatazione, il grande umanista afferma: «È probabile invero che Gaio, i cui scritti attestano sufficientemente che possedeva un'*ars*, abbia fissato una definizione prima delle specie o tipi». Invero, Cujacius poteva osservare, attraverso i frammenti delle *Institutiones* di Gaio presenti nel Digesto e attraverso l'*Epitome Gai* (edita nel 1517, e cioè proprio nel clima umanistico di riscoperta delle fonti pregiustiniane), che il giurista classico faceva largo uso dello strumento della *divisio* in *genera* e *species*: da qui, il giudizio, di stampo squisitamente 'umanistico', secondo cui presso Gaio era riscontrabile un'*ars*; e da qui, ulteriormente, la deduzione che, proprio in virtù del possesso di tale *ars*, Gaio potrebbe aver fissato una definizione prima della menzione delle varie *species*, giacché secondo il programma ciceroniano, appunto, ciascuna partizione in *genera* e *species* avrebbe dovuto essere accompagnata da una definizione. Evidentemente, quella addotta da Cujacius non è una base argomentativa sufficiente per attribuire la definizione alle *Res cottidanae*, ma essa è davvero emblematica degli ideali metodologici della *scientia iuris* del tempo, che orientano anche opere e prese di posizione in sé non dirette a costruire edifici sistematici.

coordinamento esplicito, all'inizio dei vari titoli, tra le diverse materie, nella ripetuta sottolineatura dei nessi tra gli istituti e dei passaggi ai nuovi argomenti rispetto ai precedenti (la c.d. *'transitio et ordo'*).

È con queste sollecitazioni metodologiche che il grande umanista inquadra anche la figura dell'*obligatio* e ne analizza la definizione conservata nelle Istituzioni giustiniane, puntando l'attenzione, in particolare, sulle parole *'necessitate adstringimur alicuius solvendae rei'*.

Donellus, muovendo da alcuni celebri enunciati (di Ulpiano) conservati nel titolo I del Digesto, giunge, attraverso una serie di rigorosi passaggi logici, a fissare come asse portante dell'intero *ius privatum* la categoria del *'nostrum'*²⁰⁷, che viene distinta in due tipologie: "ciò che è propriamente *nostrum*" e "ciò che è a noi dovuto" (*'proprie nostrum'* e *'quod nobis debetur'*). Il secondo elemento della dicotomia coincide, evidentemente, con le obbligazioni²⁰⁸. A tal proposito Donellus spiega: «"Ciò che è a noi dovuto" non è, nella realtà attuale, *nostrum*: lo sarà, piuttosto, quando il debitore avrà compiuto la prestazione; nondimeno, per il diritto (*effectu iuris*), appare già in qualche modo nostro (*'quodammodo nostrum'*) poiché abbiamo un'azione che

²⁰⁷ In particolare, Donellus prendendo le mosse dal brano d'esordio del Digesto, in cui si legge che il termine *'ius'* deriva dalla *'iustitia'* (D.1.1.1pr.), stabilisce che l'obiettivo del diritto (*'finis iuris civilis'*) deve essere la giustizia; in questo modo, pone come fondamento dell'intera organizzazione sistematica la nozione di *iustitia* (D.1.1.10pr.) come *'constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens'* ("ferma e stabile volontà di attribuire a ciascuno il suo *ius*") ed assume che da essa discendono i due *praecepta iuris* *'alterum non laedere'* e *'suum cuique tribuere'* (D. 1.1.10.2; il primo dei tre *praecepta*, *'honeste vivere'*, è considerato da Donellus come non specifico della *iustitia*): in particolare, riferisce l'*'alterum non laedere'* al *'ius suum'* che concerne la persona e il *'suum cuique tribuere'* al *'ius suum'* concernente le cose; a questo punto, può impostare l'intero sistema intorno alla categoria del *'nostrum'*, come indicato nel testo. Per i passaggi logico-sistematici qui lapidariamente richiamati cfr. *Commentarii iuris civilis*, lib. II, cap. I, §§ I ss. (*Opera omnia*, ed. Lucae 1762, t. I, col. 181 ss.).

²⁰⁸ Quanto all'area del "propriamente *nostrum*", Donellus vi inserisce, con riguardo alle persone, «ciò che ciascuno ha in se stesso a prescindere dall'esistenza di *res externae*» e cioè, vita, sicurezza, libertà e reputazione (*vita, securitas, libertas, estimatio*); con riguardo alle cose, il *dominium*, la *possessio bonae fidei*, il *ius pignoris*, l'enfiteusi, la *superficies*, l'uso, l'usufrutto, le servitù prediali, nonché l'uso delle cose pubbliche, delle cose comuni e delle cose sacre.

ci permette di ottenere la prestazione»; ciò in quanto «colui che ha un'*actio* per ottenere una *res* è come se avesse la *res*»²⁰⁹. Dopo aver presentato siffatto impianto sistematico, Donellus lo svolge distesamente lungo la trattazione dei vari argomenti (che adottava, di fatto, la complessiva sequenza tematica delle Istituzioni giustinianee). E come per ogni istituto, così anche per l'*obligatio* indugia, in apertura di illustrazione apposita, sulle ragioni del transito al nuovo argomento e sul nesso con il precedente, ribadendo che anche “ciò che è a noi dovuto” può in qualche modo considerarsi '*nostrum*' in ragione della presenza di un rimedio processuale che costringe il debitore all'adempimento²¹⁰: giustificazione che non mancherà di ripetersi anche in altre occasioni nel corso della trattazione.

Dunque, in funzione delle coordinate sistematiche adottate, Donellus lega intimamente la figura stessa dell'*obligatio* all'esistenza di un'azione per l'adempimento.

Ci saremmo attesi, coerentemente, una valorizzazione in questa direzione anche della definizione, con riguardo, in particolare, al riferimento alla *necessitas solvendi* che, come abbiamo visto grazie a Seneca e a Cicerone, esprimeva con terminologia tecnica l'esistenza di una coercizione processuale (*supra*, § 7.1). Non è così; anzi, proprio a Donellus si deve una dilatazione della portata del termine '*necessitas*' che apre la strada ad un notevole svilimento del suo significato. Donellus, infatti, non solo mostra di non aver presente i testi di Seneca e di Cicerone, che non cita, ma, mentre va ripetendo che l'obbligazione in senso proprio è caratterizzata dalla *necessitas praestandae rei* intesa come esistenza di uno strumento processuale, al contempo però ammette la presenza di una qualche *necessitas* anche nelle obbligazioni naturali, sprovviste di azione. Questo atteggiamento, maturato in occasione dell'esegesi apposita della definizione, è diretto frutto dell'approccio metodologico di ascendenza ciceroniana poc'anzi richiamato: si trattava, infatti, di valutare la congruità tra una definizione di un istituto (la definizione 'ufficiale' offerta dalle Istituzioni

²⁰⁹ *Comm. iuris civilis*, loc. ult. cit.

²¹⁰ *Comm. iuris civilis*, lib. XII cap. I §§ I-II (t. III, col. 411-414).

imperiali!) e l'articolazione in *species* relative all'istituto stesso.

In particolare, Donellus afferma che occorre verificare se la definizione non risulti 'falsa' o 'manchevole' di fronte al banco di prova offerto dall'esistenza di tre *species* di obbligazioni, che egli stesso individuava nei seguenti termini: accanto alla vera e propria obbligazione che è accompagnata da azione, «la quale in senso proprio impone la *necessitas praestandi*», vi sono l'*obligatio naturalis*, che non ha alcuna azione, e l'*obligatio* "meramente civile", che legittima l'esercizio di un'azione, la quale, però, può essere infirmata *iure honorario* dall'opposizione di una *exceptio*. Ora, se la definizione vuol ricomprendere tutte queste *species*, apparirebbe 'falsa', in quanto essa affermerebbe che ogni *obligatio* presenta una *necessitas praestandi*; se, invece, essa non ricomprende tutte le *species*, allora sarebbe manchevole ('manca'). Ebbene, Donellus salva la bontà dell'enunciato attraverso una soluzione di compromesso. Segnatamente, egli afferma che Giustiniano ha voluto definire specificamente le vere e proprie obbligazioni, quelle, cioè, che presentano una '*plena necessitas praestandi*' derivante dall'esistenza di un'azione²¹¹; ma che, nondimeno, la definizione si presta a ricomprendere anche le obbligazioni naturali e quelle meramente civili. Anche queste altre due *species*, infatti, «hanno a loro modo una *necessitas*»: nel caso delle obbligazioni naturali, essa consiste nel fenomeno della *soluti retentio* e nella deducibilità in compensazione nonché nella possibilità di far accedere al debito un fideiussore o una garanzia reale; nel caso dell'obbligazione "meramente civile", essa consiste nel fatto che, pur se l'azione può essere infirmata attraverso una *exceptio*, fintantoché l'*exceptio* non venga opposta, l'azione ha il suo vigore²¹².

²¹¹ Donellus argomenta dal fatto che nello stesso titolo introduttivo *De obligationibus* (Inst. 3.13) subito dopo la definizione compare la distinzione tra obbligazioni civili e obbligazioni pretorie, la quale assume come punto di vista l'esistenza di un'azione (*supra*, § 10.1); e dal fatto che all'interno di ciascun titolo riguardante le *obligationes ex contractu* viene menzionata appositamente l'azione di volta in volta esercitabile.

²¹² *Comm. iuris civilis*, lib. XII, cap. I, §§ IX-X (t. III, col. 417-418). Poco oltre, illustrando appositamente le tre *species obligationum* (cap. II, § 3, col. 425), Donellus ha

Dunque, la preoccupazione di salvare la bontà del coordinamento tra la *definitio obligationis* e le *species obligationum* ha portato a slargare il significato della *necessitas solvendi*, facendone perdere il valore pregnante e tecnico. D'altra parte, anche l'interpretazione del sintagma '*iuris vinculum*' – direttamente legato alla '*necessitas solvendae rei*' (supra §§ 7.1 e 8) –, viene condizionata dalla predilezione per gli snodi dialettico-sistematici: in questo caso, viene in questione la classificazione delle *obligationes* tra le *res incorporales*. Donellus, infatti, intende che la specificazione '*iuris*' ha il compito di precisare che, pur se l'uso del termine '*vinculum*' è mutuato dai vincoli corporali (come già intendeva la Glossa)²¹³, il *vinculum* dell'*obligatio* non è però corporale, giacché «non vi è nulla che si vede o che abbia una consistenza in natura»: esso, piuttosto, '*in iure consistit*'²¹⁴.

L'ampliamento della nozione di *necessitas solvendi* giunge al suo culmine quando la cura per la sistematica di stampo umanistico si incrocia con le vedute giusnaturaliste. È il caso, ad esempio, della posizione assunta da un noto esponente della c.d. giurisprudenza elegante olandese del sec. XVII, Vinnius (Arnold Vinnen, 1588-1657) in opere che hanno costituito anch'esse una presenza solida nella formazione giuridica di generazioni di studiosi²¹⁵.

occasione di formulare con ancora maggior nettezza la propria interpretazione della *necessitas*. Egli infatti fa precedere l'illustrazione delle obbligazioni naturali dalla seguente definizione: «La *naturalis obligatio* è un vincolo di equità e natura, ovvero di *ius gentium*, in base al quale siamo costretti dalla *necessitas alicuius solvendae rei* in modo tale, che a questo titolo non vi è alcuna *actio*».

²¹³ Segnatamente, per Donellus la scelta del termine *vinculum* si spiegherebbe con il fatto che, come coloro che sono legati materialmente a qualcuno sono trattieneuti sì da non poter sfuggire fino a quando non vengono sciolti, allo stesso modo «colui che è a noi *obligatus* è tenuto da un *vinculum* e da una *necessitas praestationis* in modo tale da non poter sfuggire fino a quando è *obstrictus*»: *Comm. iuris civilis*, lib. XII, cap. I, § V (t. III, col. 415).

²¹⁴ *Comm. iuris civilis*, Lib. XII cap. I, § 6 (*ibid*). Donellus leggeva la classificazione delle obbligazioni tra le *res incorporales* in D.1.8.1.1 e in Inst. 2.2.2 (corrispondenti a Gai 2.14, riportato *supra*, § 9.2 su nt. 117).

²¹⁵ Un recepimento delle intervenute correnti giusnaturaliste appare, ad es., dalla circostanza che la distinzione fra le tre *species obligationum*, nei concreti contenuti

Nel giustamente celebrato *Commentarius* alle Istituzioni giustiniane, Vinnius, allo scopo di identificare la figura dell'*obligatio naturalis*, la quale «vincola esclusivamente le *conscientiae* dell'uomo, in quanto si tratta di un vincolo di natura e di equità», richiama il testo di Paolo (D.50.17.84.1) '*Is natura debet, quam iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus*': un testo che, come abbiamo visto, doveva riguardare un rapporto obbligatorio nascente da una *datio* tutelata tramite *condictio*²¹⁶, ma che Vinnius, come tutti i giuristi d'età moderna, considera relativo alle *obligationes naturales*, prive di azione. Ebbene, lo studioso olandese avverte che in questo brano il verbo *oportere* ha il significato di «una certa *necessitas moralis*, che *in foro exteriori* e per il *ius civile* non ha l'efficacia di produrre un'azione e una esecuzione»²¹⁷.

Pochi anni dopo, nella *Jurisprudentia contracta*, Vinnius non solo riproduce la definizione di obbligazione naturale formulata da Donellus, che faceva coesistere la *necessitas solvendi* con la mancanza di azione – «La *naturalis obligatio* è un vincolo di equità e natura, ovvero di *ius gentium*, in base al quale siamo costretti dalla *necessitas alicuius solvendae rei* in modo tale, che a questo titolo non vi è alcuna *actio*» –, ma individuava una sotto-categoria delle obbligazioni natu-

già elaborata da Donellus, è però da Vinnius interamente imperniata sull'elemento della *naturalis aequitas*: ora è questa sola a reggere il *vinculum*, come nelle *obligationes naturales*, ora essa concorre con l'*auctoritas iuris civilis* (è il caso delle "*obligationes mixtae*", e cioè della generalità delle obbligazioni contrattuali), ora essa manca del tutto, come nelle "*obligationes* meramente *civiles*", rette dal solo «rigore del diritto contro la *naturalis aequitas*» (è il caso del debitore convenibile con un'*actio*, la quale, tuttavia, può essere infirmata *iure honorario* tramite *exceptio*, ad es. *doli* o *metus* o *pacti conventi* in relazione ad un *pactum de non petendo*). Parimenti, è indicativa la circostanza che Vinnius, dopo aver riproposto la definizione di obbligazione naturale già formulata da Donellus (*infra*, nel testo), aggiunge la precisazione che essa è un *vinculum* qualificato "di *natura* e di *aequitas*" in relazione alla natura umana, cioè in relazione alla «*recta ratio*, la quale sola detta cosa è *aequum*»: cfr. *Jurisprudentiae contractae sive Partitionum juris civilis libri quattuor*, lib. II, c. II (ed. Venetiis 1736, p. 124).

²¹⁶ *Supra*, § 7.3, su nt. 101.

²¹⁷ *In quattuor Institutionum Imperialium commentarius*, ed. Venetiis 1783, t. II, p. 80.

rali prive di qualsivoglia “ausilio del *ius civile*”²¹⁸ e vi riconduceva (contrariamente alla soluzione negativa che aveva sostenuto Donellus) l'*obligatio* che nasce dal conseguimento di un *beneficium* (*obligatio beneficium accepti*), adducendo la seguente giustificazione: in questo caso «non vi è alcuna *necessitas* oltre il *vinculum di naturalis honestas*, in base al quale chi ha ricevuto un *beneficium* è costretto ad esser grato e a ricambiare, se vuol esser considerato *vir bonus*»²¹⁹.

Come si vede, Vinnius si spinge più in là rispetto a Donellus: mentre quest'ultimo aveva, sì, dilatato la nozione di *necessitas solvendi* oltre la cogenza processuale, ma – riconducendola ad istituti quali la *soluti retentio*, la deducibilità in compensazione, la costituzione di garanzie – l'aveva pur sempre lasciata entro il perimetro del diritto positivo, Vinnius ammette una *necessitas solvendi* anche come cogenza puramente morale, «imposta da un imperativo della *natura*» (“*iussu naturae imposita*”)²²⁰.

Ebbene, prese di posizione autorevoli e dall'eco duratura come quelle di un Donellus o di un Vinnius consolidavano uno scoloramento della *necessitas solvenda rei*, alla quale finiva per essere collegata un'ampia e generica, e perciò inespressiva, idea di cogenza, buona anche per le obbligazioni non coercibili. E siffatta rappresentazione in colore, d'altra parte, inevitabilmente si rifletteva sulla concettualizzazione '*iuris vinculum*': appannatasi l'accezione tecnica della *necessitas solvendi* in relazione alla coercizione processuale, anche la percettibilità della specificazione '*iuris*' in chiave di contrapposizione ad una vincolatività non coercibile giudizialmente perdeva di evidenza²²¹.

²¹⁸ Ausilio che, per le altre obbligazioni naturali, poteva consistere nella *soluti retentio*, nella deducibilità in compensazione, nella costituzione di garanzie personali o reali.

²¹⁹ *Jurisprudentiae contractae*, cit.: “... obligatio beneficium accepti, in qua nulla necessitas praeter illud honestatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem et remunerationem obstringitur is, qui beneficium accepit, si vir bonus haberi velit”. L'affermazione era già nel *Commentarius*, loc. cit.

²²⁰ *Jurisprudentiae contractae*, cit., loc. cit.

²²¹ Rimanendo, semmai, avvertita in occasione di operazioni sistematrici che giu-

In questo modo, la grande stagione storiografica in materia di obbligazioni avviatasi nella metà del XIX secolo si innestava su una tradizionale assenza di caratterizzazione specifica e pregnante delle nozioni di *vinculum iuris* e di *necessitas solvendae rei*; alla quale, per di più, si accompagnava una perdurante presenza, inaugurata dai Glossatori e perpetuata dagli Umanisti, di un collegamento dell'immagine del *vinculum* con il legame corporale. Una teorizzazione, come quella di Savigny, sulla obbligazione come “rapporto di dominio su un atto del debitore”²²²; l'elaborazione del Brinz dell'obbligazione come “un diritto sulla persona del debitore”²²³ e la conseguente irruzione nella scena della responsabilità del debitore quale elemento centrale del rapporto obbligatorio; l'approfondimento, scaturente dal dibattito sul binomio ‘Schuld-Haftung’ (debito-responsabilità), delle più antiche configurazioni dei rapporti obbligatori, dapprima nel diritto germanico e quindi nel diritto romano, con il conseguente puntamento di attenzione su arcaiche forme di assoggettamento (*addicti, nexi, praedes, vades, obnoxii*): ebbene, queste elaborazioni e questi flussi storiografici si riversavano su due concettualizzazioni, ‘*vinculum iuris*’ e ‘*necessitas solvendae rei*’, che nella cultura giuridica erano rimaste, per dir così, prive di una connotazione decisa. Con la conseguenza che su di esse si veniva imponendo una diffusissima tendenza (quasi una percezione istintiva, generata in seno a quei dibattiti e ancora perdurante nelle più recenti pagine)²²⁴, a correlare la presentazione dell'*obligatio* come *iuris vinculum* con quella idea di un originario assoggettamento della persona del debitore, che si andava sempre più

stapponevano le *species* delle obbligazioni civili e delle obbligazioni naturali (o delle obbligazioni perfette e delle obbligazioni imperfette) e su una sollecitazione come quella offerta da un testo di Papiniano (D. 46.3.95.4) in cui la *naturalis obligatio* è detta reggersi “su un esclusivo *vinculum aequitatis*” (*supra*, nt. 21). È il caso, ad es., del *Trattato delle obbligazioni* di Joseph Pothier (1699-1772): cfr. l'art. prelim. e il n. 175, rispettivamente alle pp. 11 e p. 251 della trad. it., Milano 1809.

²²² F.C VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1851, 4 ss. (sviluppando quanto già formulato in *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1840, I, 338 s.).

²²³ A. BRINZ, *Begriff der Obligatio*, in *Grünhut's Zeitschrift*, I, 1874, 11 ss.

²²⁴ *Supra*, § 8 su ntt. 106-108.

radicando nella storiografia: ravvisandosi in codesta presentazione ora una eco di una primigenia materialità del vincolo ora un intento di differenziare l'*obligatio* classica quale vincolo meramente ideale²²⁵. Mentre, d'altra parte, la *vis* attrattiva della configurazione originaria dell'*obligatio* portava a trascurare le fonti concernenti il fenomeno della vincolatività dell'*officium*, in grado di legittimare una diversa lettura come quella che si è qui proposta.

Anche quest'ultima, d'altronde – è bene precisarlo –, è frutto di una determinata temperie storiografica, quella attuale, caratterizzata, per quel che qui interessa, da nuove consapevolezze: circa la necessità di tener conto dei possibili sostrati culturali sottesi ai testi e alle prese di posizione giurisprudenziali, circa l'incidenza di prospettive valoriali nella riflessione dei giuristi, circa il rilievo del non-giuridico quale sfondo di istituti e fenomeni giuridici (in relazione sia alla loro storia sia alle interpretazioni degli stessi fornite dai giuristi classici). Anche la ricostruzione proposta in questi *Appunti*, cioè, è una veduta resa possibile dalle lenti che, come avviene in ogni epoca, ha inforcato l'interprete. Confido, non troppo deformanti.

²²⁵ È sintomatico che, quando gran parte della produzione scientifica sulle forme arcaiche dell'*obligatio* doveva ancora apparire, già G. PACCHIONI, *Concetto e origini dell'obligatio romana*. Appendice a F.C. Savigny, *Le obbligazioni*, trad. it. Torino 1912, I, 173, dopo aver asserito che il *vinculum iuris* della definizione esprimeva una contrapposizione rispetto ad un "*vinculum facti*", scriveva che nella definizione «ritorna l'antico concetto del *nexum*. Come il *nexum* era potere materiale di fatto sulla persona fisica del debitore adibito a determinare l'adempimento di un *debitum* indipendentemente sorto, così l'*obligatio* classica è un potere giuridico, un *nexum* o *vinculum iuris* della sua personalità patrimoniale».

Finito di stampare nel mese di settembre 2017
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220