

Raimondo Santoro

**PER LA STORIA
DELL'*OBLIGATIO*. I.**

HISTORY, LAW & LEGAL HISTORY - 1

PER LA STORIA DELL'*OBLIGATIO*. I.

Raimondo Santoro

Director

Mario Varvaro

Scientific Board

Christian Baldus (Heidelberg)
Licia Califano (Urbino)
Luigi Capogrossi Colognesi (Roma)
Marta Cartabia (Milano)
Guido Clemente (Firenze)
Sara Domianello (Messina)
Giovanni Fiandaca (Palermo)
Enrico Follieri (Foggia)
Flavia Frisone (Lecce)
Elisabetta Grande (Alessandria)
Patrizia Guarnieri (Firenze)
Umberto Laffi (Pisa)
Laura Moscati (Roma)
Luca Nogler (Trento)
Annick Peters-Custot (Nantes)
Emanuela Prinziavalli (Roma)
Serena Quattrocolo (Alessandria)
Boudewijn Sirks (Oxford)
Giusto Traina (Paris)
Cristina Vano (Napoli)
Giovanna Visintini (Genova)
Andreas Wacke (Köln)

Editorial Board

Rosaria Crupi
Monica De Simone
Manfredi Matassa

ISBN cartaceo: 978-88-5509-222-7

ISBN online: 978-88-5509-223-4

© Copyright 2020 New Digital Frontiers srl
Via Serradifalco, 78
90145 Palermo - Italia
www.newdigitalfrontiers.com

Achi ama

Sono grato agli amici, agli studenti, ai colleghi con i quali ho discusso gli argomenti di questo libro. Fra questi ultimi devo la mia riconoscenza a Monica De Simone anche per la trascrizione del testo e per la redazione dell'indice delle fonti nonché a Mario Varvaro anche per avere curato con sagacia l'edizione del volume per la collana di studi che dirige.

INDICE GENERALE

PRESENTAZIONE DEL VOLUME	XI
ABBREVIAZIONI	XVII
INTRODUZIONE	1
CAPITOLO 1 LA NOZIONE DI ' <i>OBLIGATIO</i> ' IN I. 3.13 PR.	5
CAPITOLO 2 STATO DELLA DOTTRINA	9
CAPITOLO 3 DATI LESSICALI	49
CAPITOLO 4 TESTIMONIANZE APPARENTEMENTE DIVERGENTI	109
CAPITOLO 5 ' <i>OBLIGATIO</i> ' COME 'RAPPORTO OBBLIGATORIO'	191
CAPITOLO 6 PARTE I. ' <i>OMNIA IUDICIA ABSOLUTORIA ESSE</i> '. ORIGINI DELLA NOZIONE DI 'OBBLIGAZIONE'	203
CAPITOLO 7 PARTE II. IL ' <i>IUDICATUM FACERE OPORTERE</i> ' NELLA PROSPETTIVA DELL'ESECUZIONE PERSONALE	289
CAPITOLO 8 PARTE III. <i>ACTIO. IUDICIUM</i> : D. 44.7.51 (CELS. 3 DIG.)	379
INDICE ANALITICO	453
INDICE DELLE FONTI CITATE	463

PRESENTAZIONE DEL VOLUME

Questa poderosa ricerca di Raimondo Santoro ricostruisce la storia dell'*obligatio* e individua l'epoca in cui maturarono le condizioni perché essa cominciasse ad assumere la fisionomia con cui gli storici del diritto hanno teso a raffigurarsela nei suoi rapporti con l'*actio*, cioè come rapporto giuridico sostanziale protetto da un mezzo processuale che è l'azione (*in personam*).

Consapevole del peso schiacciante finora giocato dalla dogmatica su un nodo così problematico della storia giuridica di Roma antica, l'Autore avvia il proprio studio con un'indagine lessicale che consente di fissare un primo, indispensabile punto fermo: solamente sul finire dell'età repubblicana il termine '*obligatio*' fa la sua comparsa nella lingua giuridica nel testo di una lettera di Cicerone e in due passi di Servio Sulpicio Rufo. In tali testi, tuttavia, il vocabolo non ricorre ancora con il significato di 'rapporto giuridico' che lega un debitore a un creditore, quanto con quello di 'atto vincolante'. Sino alla fine dell'età repubblicana, infatti, l'atto vincolante non si pone ancora come fonte del 'rapporto obbligatorio', ma direttamente come *causa actionis* (riflesso nel nome delle azioni *in personam* come per esempio in quello dell'*actio ex stipulatu*); sicché è ancora da escludere la possibilità di configurare il trinomio atto-*obligatio-actio*, nel quale l'*obligatio* indica non più l'atto vincolante, ma un rapporto giuridico volto all'adempimento di un debito.

Sulla base di queste premesse viene precisato che in origine l'*oportere* dedotto nelle formule delle azioni *in personam* non indica un 'obbligo', quanto piuttosto un'opportunità, per il convenuto, di tenere un comportamento (di *dare, facere, praestare*) per evitare la condanna cui si trova esposto in seguito alla *litis contestatio*. Per responsabilità del debitore, infatti, deve intendersi la sua esposizione al mezzo esecutivo in seguito alla *condemnatio*. È una responsabilità primaria, legata alla nozione più antica di azione in senso materiale, come potere, e non all'inadempimento dell'obbligazione (che comporta una responsabilità secondaria). Il convenuto, peraltro, può evitare la condanna anche prima della *litis contestatio*, ma comunque in seno all'*actio*. La sua *confessio* o l'*indefensio*, difatti, comportano una cd. esecuzione personale (attuata in età più antica con *manus iniectio* e successivamente con *ductio*) o un'esecuzione patrimoniale (che pure può risolversi in esecuzione personale). In origine, dunque, l'*actio in personam* assolve a una funzione esecutiva e può – ma non necessariamente deve – culminare in una *condemnatio* (da *cum-damnari*), che per effetto della *litis contestatio* consente all'attore e al giudice di costituire un vincolo che il convenuto subisce sì, ma che gli consente di liberarsi con una *solutio* consistente nel pagamento della somma determinata di denaro oggetto della condanna.

Nell'ambito di tale quadro può apprezzarsi come il mutamento del valore di *oportere* espresso nelle azioni *in personam*, che da onere per evitare la responsabilità si va trasformando in obbligo dell'adempimento, sia individuabile soltanto negli ultimi decenni dell'età repubblicana. In corrispondenza della crisi che aggrava in termini generali il fenomeno dell'indebitamento e della insolvibilità, alla quale l'editto '*Condemnatus ut pecuniam solvat*

duci iubebo non riesce a porre rimedio, l'opera dei giuristi romani ricava all'interno dell'*actio* l'elemento del debito (la 'Schuld') che, insieme a quello della responsabilità (la 'Haftung'), permette di scorgere nell'obbligazione un rapporto fra creditore e debitore che mira all'adempimento di una prestazione.

Ad assumere rilevanza è il processo interpretativo, in seno alla giurisprudenza della prima età classica, che prende corpo nel dibattito fra Sabiniani e Proculiani per sfociare nell'affermazione del principio '*omnia iudicia absoluta esse*' cui si allude in Gai 4.114 (con riferimento al quale il termine '*iudicium*' va inteso nel senso di 'programma di giudizio'). In tale percorso una tappa significativa è rappresentata dal riconoscimento della possibilità che anche nell'ambito dei *bonae fidei iudicia* (in virtù dell'interpretazione della clausola '*ex fide bona*' che qualifica l'*oportere* espresso nell'*intentio*), e dunque pure in azioni *in personam* nate da atti vincolanti e non ricomprese nel novero delle azioni cd. arbitrarie, al convenuto sia consentito evitare la *condemnatio* anche in seguito al compimento della *litis contestatio*. Su impulso dei Sabiniani, difatti, nella *satisfactio* dell'attore pur dopo la *litis contestatio* viene individuato un comportamento idoneo a liberare il convenuto in seno all'azione in modo diverso dalla *solutio* della somma di denaro da quantificare con la *condemnatio*.

Con l'applicazione di tale principio anche al campo dei cd. *iudicia stricta*, l'*actio in personam* si tramuta dunque in età classica da azione volta alla condanna, che fa valere la responsabilità primaria del debitore, in mezzo per l'adempimento, diretto a fare valere il debito. A favorire siffatto sviluppo deve avere contribuito la migliorata situazione economica del Principato, in cui i rapporti commerciali risultano avvantaggiati da una prassi giudiziaria nell'ambito della quale si incoraggiano i debitori ad adempiere anche dopo la *litis contestatio*. Il germogliare dell'*obligatio* dal terreno dell'*actio*, d'altra parte, deve essere stato fecondato da istanze di natura sociale frutto della maturazione di valori etici che inducono a obbedire a 'doveri' avvertiti, sul piano individuale, come obblighi soggettivi che inducono all'adempimento, considerato ormai in età classica come un modo di scioglimento dal vincolo obbligatorio.

A questo punto l'*obligatio* non è più, soltanto, un 'atto vincolante' che genera responsabilità nel senso di esposizione alla *condemnatio* in esito all'azione, ma un atto da cui nasce un 'rapporto obbligatorio' e infine un 'rapporto obbligatorio' che può assumere rilevanza pure al di fuori dell'azione, e persino in assenza di un'azione, come accade per il *naturale debitum* nel caso delle obbligazioni naturali, spingendosi al punto di riconoscere la rilevanza del fattore morale nel campo delle obbligazioni naturali non coercibili. Ciò deve avere aperto la strada alle *cognitiones extra ordinem*, nelle quali la condanna può essere anche in forma specifica (*condemnatio in ipsam rem*).

In tal modo il diritto soggettivo (di credito) racchiuso nell'*obligatio* nasce – scrive incisivamente Santoro – “nel ventre dell'azione” (*infra*, pag. 236), profilandosi in età classica come quel '*iuris vinculum alicuius solvendae rei*'

di cui si discorre nella definizione tramandata nel testo di I. 3.13 pr., che risale a un giurista romano del II secolo d.C.

Acquisiti questi risultati, nell'ultima parte della ricerca il fuoco dell'indagine si concentra sul rapporto fra *actio* e *iudicium*. L'ultimo dei due termini potrebbe essere inteso come 'giudizio', muovendo da un esame della prospettiva comunemente nota come *aktionenrechtliches Denken*, ma che appare riduttiva. In tale contesto si affronta la questione del valore da riconoscere all'*actio*. A tale proposito l'attenzione viene rivolta a quanto si legge nella nota definizione di azione fornita da Celso e riferita in D. 44.7.51 (3 dig.), che la rappresenta come nient'altro che il '*ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*'.

In tale ordine di idee viene verificato se nell'azione possa o meno scorgersi una pretesa (o un *Anspruch*) che rileva in vista del giudizio. Un serrato confronto con le posizioni su cui si è attestata la storiografia sul tema consente di osservare che l'*actio* non è un 'mezzo processuale' che fa valere una posizione di vantaggio come il 'diritto soggettivo', ma costituisce essa stessa, con il suo valore materiale, una posizione di vantaggio che nasce a prescindere da un giudizio (il quale può anche mancare). In questa prospettiva assumono significato i passi delle fonti che discorrono di un '*recte agere*', alludendo appunto al fatto che l'azione spetta a un soggetto che ha ragione.

L'azione, pertanto, si profila come un potere che spetta al creditore che ha ragione di esercitarla per perseguire quanto gli sia dovuto per il tramite di un '*iudicium*' da intendere non nel senso di giudizio, ma ancora una volta nel senso di formula che da astratto programma di giudizio diventa concreto quando il convenuto lo accetti partecipando alla *litis contestatio*. In età classica, del resto, tutte le formule delle azioni *in personam* sono ormai assolute nel senso che permettono al convenuto di ottenere l'assoluzione mediante l'adempimento del debito. Non è un caso, allora, se lo stesso Celso definisce l'appartenenza in D. 17.1.16 (18 dig.) in termini di '*quod ex re mea superest cuius vindicandi ius habeo*'.

La prospettiva muta nella versione che i giustinianeî danno della definizione celsina dell'*actio* in I. 4.6 pr. A differenza che in D. 44.7.51, infatti, in tale passo l'espressione '*in iudicio*' che si legge in luogo di '*iudicio*' si riferisce al tribunale, come risulta dal termine impiegato nel corrispondente brano dei Basilici (Bas. 52.1.50: *ἐν δικαστηρίῳ*): una volta maturato il riconoscimento ai rapporti giuridici di un valore sostanziale, l'obbligazione è divenuta ormai '*mater actionis*' e l'*actio* ha assunto carattere formale riducendosi a un mero strumento processuale.

Anche in questo volume può distinguersi la stessa direttrice d'indagine presente già nella prima monografia dell'Autore, improntata all'idea che il diritto corrisponde all'esperienza giuridica e si risolve in un'azione che non è solamente quella processuale. A quel lavoro, pubblicato nel 1967 con il titolo *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, ne sono seguiti altri che hanno sempre contribuito a dare nuova linfa, con originalità di prospettive, a filoni storiografici su grandi temi di centrale importanza per la conoscenza e la comprensione del diritto privato romano: gli *Studi sulla condictio*, dati alle stampe nel 1971, e *Il contratto nel pensiero di Labeone*, pubblicato nel 1983.

Con la sua vita di studioso animata da una continua e inarrestabile ricerca Raimondo Santoro – primo degli allievi diretti di Bernardo Albanese – ha saputo dare sostanza all'appartenenza alla scuola del suo maestro. Tale appartenenza egli continua a testimoniare non con un “lungo dire” (quello che “ha del rettorico” e “sente d'artificio più o meno stucchevole”, per riprendere una definizione del *Dizionario* di Niccolò Tommaseo), ma *rebus ipsis ac factis*. Solo al termine di una nota a piè di pagina, quasi sottovoce, egli avverte i lettori di avere proseguito sulla stessa via tracciata già negli studi precedenti, con l'ambizione di sviluppare il pensiero espresso da Salvatore Riccobono e dalla sua scuola (*infra*, pag. 105, nt. 431). In questa sobrietà si coglie un tratto comune allo stile del suo maestro, riconoscibile in quella sostanza che non sente il bisogno di un posto in prima fila e rende superfluo ogni proclama. Non comune, inoltre, appare la sua capacità di cogliere nelle critiche ricevute a formulazioni precedenti del suo pensiero non attacchi a risultati personali da difendere a tutti i costi, ma un'occasione di riflessione che incoraggia a raffinare di continuo una ricerca che è «la ricerca» alla quale tutti devono contribuire.

I legami con la scuola, in ogni caso, risultano evidenti se si considera l'intreccio fra il metodo dell'indagine, la scelta dei temi di ricerca e la capacità di affrontarli nei loro profili squisitamente tecnici. Con il suo respiro, anche il presente studio sulla storia dell'*obligatio* si inserisce con perfetta coerenza nel percorso di ricerca cominciato oltre mezzo secolo fa da Santoro nella monografia dedicata all'*actio in rem*, ora completato in un certo senso con un contributo altrettanto significativo sull'*actio in personam*. Anche questa indagine risulta affrontata con la medesima capacità di lavoro, con la stessa dirompente novità di risultati, con immutata efficacia espositiva e con persistente consapevolezza della rilevanza delle questioni metodologiche. Ancora una volta la ricerca si incammina con passo esperto e sicuro sulla via di una conoscenza saldamente ancorata all'esame critico e attento dei dati testuali forniti dalle fonti, esame condotto senza scorciatoie e accompagnato da un confronto completo con l'imponente letteratura sui temi affrontati (realizzato a onta delle numerose e gravi ferite subite negli ultimi tempi dalla biblioteca specialistica disponibile a Palermo).

A destare ammirazione è la naturale capacità di ricomprendere in un ampio orizzonte, ma sempre con sguardo acuto e penetrante, i nessi fra i vari problemi trattati, mentre il filo dell'indagine si va dipanando attraverso i campi di volta in volta intercettati nel raggio della ricerca. Come le precedenti, dunque, anche la prima parte dell'indagine sulla storia dell'*obligatio* rappresenta il frutto di un'attività che è manifestazione viva di un'autentica vocazione allo studio delle discipline storico-giuridiche, affrontato grazie alla dimestichezza con l'intero terreno del diritto privato romano e a una completa padronanza della dogmatica giuridica unita alla sensibilità dello storico.

È un frutto destinato non solo ai giusromanisti, ma anche agli storici e ai giuristi che vogliano interrogarsi criticamente sulle vicende di una nozione cruciale nella crescita dell'ordinamento giuridico considerata tanto nei suoi aspetti tecnici quanto in quelli dinamici, nell'ambito di una riflessione capa-

ce di valorizzare in chiave storica le connessioni con altri fattori del progresso economico, sociale, etico e culturale. L'apporto originale a una questione così rilevante imporrà di ripensare dalle fondamenta molti dei risultati sui quali la storiografia romanistica si era da tempo adagiata.

Per tale ragione – ma non solo – lo studio di Santoro sulla storia dell'*obligatio* si presta assai bene a inaugurare la nuova collana *History, Law & Legal History* a cui l'Autore ha scelto di destinarlo: una collana improntata all'idea espressa incisivamente da Giorgio Pasquali quando scriveva che «nelle scienze dello spirito non esistono discipline severamente limitate, "scomparti", Fächer, ma solo problemi che devono essere spesso affrontati contemporaneamente con metodi desunti dalle più varie discipline.»

Mario Varvaro

Editorial and publishing policies

Publishing proposals are to be submitted to the Director of the *History, Law & Legal History* series (mario.varvaro@unipa.it).

One or two Reviewers will evaluate each proposal by means of a double-blind peer-review process. If a revision of the work is requested, the Referees will ascertain if the Author has made the requested changes. If there are inconsistencies with the latter, the work will be submitted to the Scientific Board for a final evaluation.

On submission of their work, the Authors will declare that it is an original piece of work, which does not breach intellectual property or other rights. The Authors must also ensure that their book or chapter does not contain any libellous matter or violate any copyright or other intellectual property rights. The Authors are obliged to cite content from other appropriate sources in order to avoid plagiarism.

The Reviewers will behave in a fair and impartial manner; they will review the material in a timely manner and assist in improving the quality of a submitted proposal or typescript by reviewing the material with care, consideration and objectivity. The Reviewers will inform the Editorial board of any published or submitted content, which is similar to the material under review, or of any suspected plagiarism; they will also maintain the confidentiality of any information or material submitted during the review process.

The Director will: act in a fair and balanced way when carrying out their duties; devoid of discrimination; manage submissions in a timely manner; and treat all material as confidential. They will also provide guidance to the Authors regarding the expectations of the publication and the decision-making process regarding which books to publish, in turn is based on the quality and suitability for the said series.

Finito di stampare nel mese di
novembre 2020
presso
Fotograph s.r.l.
Palermo

Editing e typesetting
Paragraphics Soc. Coop.

Progetto editoriale e grafico
Luminita Petac
Paragraphics Soc. Coop.
per conto di NDF