

Prof. ANTONIO MARCHI
della Regia Università di Macerata

I del 33

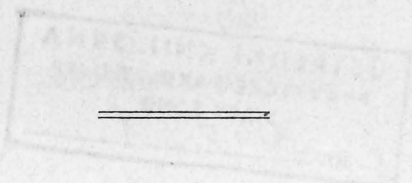


1308/I

STORIA E CONCETTO

DELLA

OBBLIGAZIONE ROMANA



Inv. čís.: 153
Sign: 93

ATHENAEUM
SOCIETÀ EDITRICE ROMANA
ROMA - 1912.

B

ÚSTŘEDNÍ KNHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY UJEP
STARÝ FOND
Č. inv.: 04281

ALLA CARA MEMORIA

DI

MIO PADRE

MIO PRIMO MAESTRO

AVVERTENZA

Di questo libro, — pensato e maturato a Messina nel 1910 e nel 1911, quando io esposi in quella Università la materia delle obbligazioni, — la prima parte, riguardante la storia della *obligatio*, fu pubblicata in poche copie fin dall'Ottobre dello scorso anno.

Soltanto ora, per cause indipendenti da me, il libro apparisce compiuto. Mi auguro che gli studiosi lo accolgano così favorevolmente, come la prima ristretta cerchia di lettori accolse le pagine già pubblicate.

Macerata, Marzo 1912.

La disputa sul concetto di obbligazione è sempre aperta. Questo concetto resta come uno dei più oscuri e controversi, non ostante i molti studi compiuti su di esso, specialmente in questi ultimi tempi. ⁽¹⁾

L'opinione tradizionale, che ravvisava nell'obbligazione un dovere giuridico in forza del quale una persona è tenuta ad una prestazione verso un'altra, conta ancora molti ed autorevoli seguaci. È, in fondo, ancora l'opinione dominante.

Ma contro di essa furono diretti e si dirigono attacchi sempre più violenti. Chi non ricorda, ad esempio, la critica poderosa ed acuta che ne ha fatto il Perozzi? Il quale, pur ricono-

⁽¹⁾ Forse nessun altro punto del diritto privato può vantare una così ricca letteratura. Ricorderò solo gli scritti più recenti, perchè in molti di questi trovasi riferita e talora anche ampiamente discussa la letteratura anteriore: WINDSCHEID-KIPP *Lehrbuch des Pandektenrechts* 9 1906 II §§ 250, 251. PUNTSCHART *Die moderne Theorie des Privatrechts* 1893 p. 125-355 (particolarmente notevole per l'ampio esame critico delle varie opinioni espresse sino allora pag. 125-242). FERRINI *Pandette* 1910 §§ 86-91; 403-405; 419, 420. SCIALOJA *Lezioni sulle obbligazioni* raccolte dal Dott. Rostaing pag. 1-119. BEKKER *Ueber die Objecte und die Kraft der Schuldverhältnisse, Zeits. der Savigny Stiftung* XXIII (1902) p. 1 seg. Conf. anche *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik* XLIX (1905) pag. 51 segg. PEROZZI *Le Obbligazioni Romane* 1903 e l'esame critico di questo interessantissimo scritto fatto dal CARUSI *L'obbligazione nel diritto romano, Studi in onore di V. Scialoja* I 1905 pag. 121 segg. BRINI *L'obbligazione in diritto Romano* 1905, BONFANTE *Lezioni sulle obbligazioni* 1906-1907 I pag. 1-39, *Istituzioni di diritto romano* 4 §§ 117-118. Tenta di determinare il concetto clas-

scendo che l'obbligazione non possa concepirsi altro che come un dovere, sostenne esser impossibile distinguere l'obbligazione dagli altri obblighi. « Il diritto positivo — scrive il Perozzi ⁽¹⁾ —

sico di *obligatio* il COSTA *Storia del diritto romano privato* 1911 pag. 406 segg.

Speciale riguardo al diritto italiano ha la lucida trattazione del POLACCO *Le Obbligazioni nel Diritto Civile Italiano* 1899 pag. 1 segg., quella del BRUNETTI *Il Delitto Civile* § 176, segg., il recente pregevolissimo scritto di ALFREDO ROCCO *Studi sulla teoria generale del fallimento* II. *L'obbligazione e la sua realizzazione* nella *Rivista di Diritto Commerciale* VIII (1910) pag. 674 segg. Un cenno della questione dà anche il SEGRÈ nel successivo volume della stessa *Rivista* IX (1911) pag. 623-624.

Un'importanza addirittura fondamentale son venuti acquistando in questi ultimi tempi gli scritti del BRINZ, *Der Begriff Obligatio* nella *Zeitschrift* di Grünhut I (1874) pag. 1 segg. *Pandekten*² II §§ 206-218 *Obligation und Haftung* nell'*Archiv für civ. Praxis* LXX (1886) pag. 371 segg. in risposta all'articolo del RÜMELIN pubblicato nella stessa rivista Vol. LXVIII (1885) pag. 149 segg. Infatti la teoria del BRINZ e la sua distinzione tra *Schuld* e *Haftung* è stata il punto di partenza di un ampio e interessantissimo svolgimento diretto a stabilire il valore della distinzione stessa sia dal punto di vista storico che dogmatico Conf. da ultimo PACCHIONI, *Sul Concetto di obbligazione* negli *Studi Giuridici offerti a F. Schupfer* I (1898) pag. 201 segg. *Corso di Diritto Romano* II 1910 §§ 102, 182. *La Successione singolare nei debiti e le teorie germanistiche sul concetto di obbligazione* nella *Rivista di Diritto Commerciale* IX (1911) pag. 1045, CERIOLI *Sulle origini e sul Concetto di obligatio* (tesi di laurea) 1909 e specialmente l'eruditissima opera di OTTO GIERKE *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht* 1910 assai notevole anche perchè nell'introduzione, pag. 1-6, contiene ampie indicazioni bibliografiche, che debbon ora essere completate con l'aggiunta degli scritti seguenti comparsi posteriormente: SCHULZ *System der Rechte auf dem Eingriffserwerb* in *Archiv für civ. Praxis* 1909, Vol. CV pag. 1-488, ROCCO ALFREDO *Studi sulla teoria generale del fallimento* già cit. KOSCHAKER *Babylonisch-Assyrisches Bürgerrechtsrecht — Ein Beitrag zur Lehre von Schuld und Haftung*.

⁽¹⁾ *Le obbligazioni romane* pag. 15.

vincola tutti i cittadini in un modo solo, proprio in quel modo in cui si dice vincolarli l'obbligazione, cioè imponendo agli uni di tenere una certa condotta, che gli altri possono esigere da quelli che sia tenuta ».

A suo avviso, il concetto di obbligazione non sarebbe un concetto dogmatico, ma un concetto puramente storico, formatosi nella vita precivica e con questa scomparso. L'obbligazione dormirebbe « il sonno della morte, chiusa nel suo sarcofago romano ». ⁽¹⁾

Il Brinz, invece, negò recisamente che l'obbligazione potesse concepirsi come un dovere.

In uno scritto ⁽²⁾, divenuto famoso, tentò di dimostrare, con copia di argomenti e con robusta dottrina, che l'obbligazione non consiste nel dover prestare, nel dovere, cioè, che incombe al debitore di eseguire la prestazione (*Schuld*), ma consiste nella responsabilità (*Haftung*) che contrae il debitore e in cui egli incorre, se il debito non è adempiuto. Sarebbe perciò, secondo il Brinz, oggetto dell'obbligazione non la prestazione, ma la persona stessa del debitore come subbietto del suo patrimonio.

Questa nuova teoria parve dapprima cedere sotto il peso di critiche schiaccianti. ⁽³⁾ Ma ora non pochi pensano che l'essenza dell'obbligazione sia da ricercare nella responsabilità, anzichè nel dovere la prestazione.

V'è chi dice che l'obbligazione deve concepirsi come un rapporto tra il patrimonio del debitore e quello del creditore; e taluno già presagisce a questa dottrina gli onori del trionfo. ⁽⁴⁾

Altri giunge addirittura a negare l'esistenza di un dovere giuridico alla prestazione e rispettivamente di un diritto ad essa da parte del creditore. Ciò che spetta al creditore altro non

⁽¹⁾ pag. 153.

⁽²⁾ *Der Begriff Obligatio* nella *Zeitschrift* di Grünhut I (1874) pag. 1 segg. Conf. anche *Pand.*² e *Arch. für civ. Praxis* cit.

⁽³⁾ Conf. specialmente RÜMELIN *Archiv für civ. Praxis* LXVIII (1885) pag. 149 segg.

⁽⁴⁾ BRUGI *Istituzioni di Diritto Civile*² 1907 pag. 405.

sarebbe che un diritto di soddisfacimento sul patrimonio del debitore. ⁽¹⁾

Dal punto di vista dogmatico, può ormai dirsi quasi universalmente riconosciuta almeno l'opportunità di distinguere nel rapporto obbligatorio il dovere che incombe al debitore, il *debitum*, dalla responsabilità, e di mettere in luce sia la diversa natura di questi due elementi dell'obbligazione, sia in quale rapporto si trovino fra loro. ⁽²⁾

*
**

Il diritto attuale ha ereditato dal diritto romano il concetto di obbligazione. ⁽³⁾ Occorre risalire al diritto romano per sapere che cosa essa sia. Soprattutto occorre rintracciare l'origine e lo svolgimento storico dell'*obligatio* romana.

Per molto tempo, finchè dominò senza contrasto l'opinione tradizionale che definiva l'obbligazione come il dovere giuridico di adempiere la prestazione, forse neppure si sospettò che il concetto di obbligazione potesse avere una storia. Ma quando l'opinione tradizionale cominciò a vacillare, la dogmatica invocò l'aiuto della storia. ⁽⁴⁾

L'interminabile disputa relativa all'oggetto dell'obbligazione, la nuova teoria del Brinz, i risultati delle ricerche dell'Amira e del Puntchart, che parvero confermarla ampiamente dal punto di vista della storia del diritto, dettero un vigoroso impulso

⁽¹⁾ BRUNETTI *Il Delitto Civile* pag. 404 segg.

⁽²⁾ ROCCO ALFREDO in *Rivista di Diritto Commerciale* VIII (1910) pag. 682 n. 1 e PACCHIONI nella stessa *Rivista* IX (1911) pag. 1045 segg.

⁽³⁾ Si avverta che io parlo solo del concetto e, per quanto riguarda il concetto, credo che su ciò non possa cadere dubbio.

⁽⁴⁾ Già il BRINZ cercava di avvalorare la sua teoria dal punto di vista della storia del diritto, Conf. *Pand.*² § 212 n. 2.

alle ricerche storiche. ⁽¹⁾ A questo movimento più o meno direttamente si ricongiungono i numerosissimi scritti comparsi in questi ultimi tempi sul *nexum*, che per unanime consenso ritenevasi il punto di partenza per la storia dell'*obligatio* romana.

Il problema dell'origine del concetto di obbligazione cominciò allora a porsi e a richiamare l'attenzione degli studiosi. ⁽²⁾

L'ipotesi che l'*obligatio* traesse origine dal pegno del *nexus* veniva sempre più avvalorata dal diritto comparato, veniva avvalorata dal trovare anche in diritto romano antiche forme di garanzie, nelle quali (come avviene necessariamente nel pegno di persona libera) risponde del debito una persona diversa da quella che deve adempierlo. Tale ipotesi si è a poco a poco fatta strada ed ha finito ora per fare la sua comparsa in uno dei nostri più recenti e pregevoli manuali. ⁽³⁾

Altri ravvisava, forse un po' confusamente, nel *nexus*, nell'*obligatus* la persona libera imprigionata per debiti, ed esprimeva l'ipotesi che il diritto romano non avesse conosciuto la nozione astratta di *obligatio*, ma solo la condizione personale del *nexus* e del *obligatus*. La nozione astratta di obbligazione si sarebbe svolta più tardi dal riconoscimento giuridico accordato a negozi posti un tempo soltanto sotto il vincolo della *fides*. ⁽⁴⁾

Altri, risalendo alla primitiva organizzazione sociale romana, metteva in luce il concetto che l'obbligazioni più antiche doversero configurarsi come relazioni tra *familiae* (intese queste quali

⁽¹⁾ Nelle più recenti trattazioni quasi mai mancano ricerche o cenni sul *nexum* o sull'antica procedura esecutiva. Conf. p. e. HARTMANN *Die Obligation* pag. 29 segg. 122 segg. PUNTCHART *Die moderne Theorie des Privatrechts* pag. 213 etc. etc.

⁽²⁾ Il problema appare già nettamente posto nello scritto di ANTONIO VANNI *Svolgimento storico del concetto di obbligazione nel diritto romano* Urbino 1893.

⁽³⁾ PACCHIONI *Corso di Diritto Romano* II pag. 378 Conf. nello stesso senso CERIOLI *Sulle Origini e sul concetto di Obligatio*.

⁽⁴⁾ CUQ *Les Institutions Juridiques des Romains* I pag. 331 seguito da ANTONIO VANNI scritto cit.

organismi politici autonomi) e che fonte esclusiva di obbligazione nelle origini fosse il delitto. ⁽¹⁾

Neppur mancò chi credette di poter dimostrare che l'obbligazione derivi da riti magici e religiosi. ⁽²⁾

Ma più d'ogni altro degno di nota fu il tentativo, veramente grandioso, fatto dal Perozzi, nelle sue *Obbligazioni Romane*, di ricostruire l'intero svolgimento storico dell'obbligazione romana dalle origini a Giustiniano.

È assai difficile riassumere in poche righe questo scritto denso di idee nuove. ⁽³⁾ Il Perozzi parte da due concetti fondamentali: 1) il diritto romano non conosce il concetto astratto di *obligatio*, ma le *obligationes*, cioè casi singoli, fissi di rapporti obbligatori; 2) il termine *obligatio* altro non significa letteralmente che asservimento.

Il concetto di *obligatio* si sarebbe formato nella vita precivica, quando la *gentes* vivevano in uno stato di assoluta indipendenza. Questa indipendenza avrebbe costituito la condizione normale della *gens* e sarebbe stata designata col nome di *libertas*. In seguito, una specie di diritto internazionale, formatosi fra le *gentes*, avrebbe riconosciuto che la *gens*, la quale avesse recato offesa ad un'altra, dovesse subire la vendetta o pagare la composizione, e che, se un affare fosse stato concluso, la *gens* debitrice fosse costretta ad adempierlo.

Data la condizione di assoluta indipendenza delle *gentes*, questi doveri sarebbero allora apparsi quali limiti alla loro autonomia, quali *asservimenti*. In questa limitazione di libertà, in tale *asservimento* starebbe, a giudizio del Perozzi, l'essenza dell'obbligazione romana, la quale trarrebbe perciò la sua individualità dell'antitesi tra la condizione normale della *gens* su cui

⁽¹⁾ BONFANTE *Diritto Romano* pag. 345 pag. 400 - 403 *Storia del Diritto Romano*² pag. 222 - 224.

⁽²⁾ HUVELIN *Les tablettes magiques et le droit romain* negli *Annales Internationales d'Histoire* Macon 1901.

⁽³⁾ Nel riassumere l'opinione del PEROZZI tengo presente anche le sue *Istituzioni di Diritto Romano* II pag. 1 segg.

non incombono doveri o responsabilità, e la condizione anormale di quella su cui ne incombono per contratto o per delitto. ⁽¹⁾

Venuta meno l'organizzazione sociale primitiva e con essa l'indipendenza delle *gentes* e delle *familiae*, non avrebbero potuto più esservi *obligationes*, perchè « la vita dell'*obligatio* sarebbe incompatibile con ogni atteggiamento sociale moderno ». ⁽²⁾ Nondimeno gli antichi rapporti, formati nella vita precivica, avrebbero continuato a chiamarsi *obligationes*, e avrebbero costituito il gruppo delle *obligationes* classiche, le quali sarebbero state poi più tardi confuse con gli altri doveri giuridici.

Questi vari tentativi, e segnatamente quello del Perozzi, hanno portato un considerevole contributo alla soluzione del problema; ma non parmi l'abbiano risolto.

Lo studio del *nexum* (chi potrebbe dubitarne?) è di capitale importanza per la storia dell'obbligazione. Però al *nexum* non resta ristretta questa storia, e neppure resta ristretta, come sembra taluno pensi, ai rigori dell'antica esecuzione personale.

Anche in materia di obbligazioni, fecondo di utili risultati è lo studio della primitiva organizzazione sociale romana. Felice è l'idea che configura i doveri più antichi quali relazioni fra gruppi politici autonomi. Ed, in certo senso, può esser anche vero che in origine fonte esclusiva di obbligazione fosse il delitto. Ma tutto ciò non ci dice ancora in che cosa consistesse l'*obligatio* primitiva, nè ci spiega le fasi del suo svolgimento.

⁽¹⁾ Non sarà inutile avvertire, poichè la parola *asservimento* adoperata dal PEROZZI può dar luogo ad equivoci, che egli dichiara espressamente (*Le obbligazioni romane* pag. 58 p. 264 n. 1) di non connettere l'idea di *obligatio* nè al pegno del *nexus*, nè all'incatenamento cui, secondo l'idea del CUQ, sarebbero stati soggetti i *nexi* che non avessero soddisfatto il debito e i cittadini colpevoli che non avessero pagata la composizione. Secondo il PEROZZI l'obbligato è, come egli dice, « idealmente legato » e l'obbligazione fu sempre un dovere, il quale si distingueva in origine dagli altri, sol perchè eccedeva le necessità riconosciute dalla vita di gruppo e dalla convivenza dei gruppi (*ivi*, pag. 64).

⁽²⁾ *Le obbligazioni romane* pag. 56.

Un'ipotesi erudita e geniale è che l'obbligazione romana tragga origine da riti magici e religiosi. Ma, se si eccettua la *sponsio*, non trovo altra traccia o ricordo di riti religiosi nelle *obligationes* primitive, e di queste parmi le fonti attestino una origine diversa.

Più di una delle idee espresse dal Perozzi credo racchiuda verità sinora del tutto inavvertite e profonde. Così p. e., pur non potendo consentire nell'affermazione del Perozzi che i Romani non conoscessero il concetto astratto di *obligatio*, credo che egli giustamente ritenga che l'*obligatio* resti ristretta nell'antico diritto e nel diritto classico solo ad un certo numero di rapporti obbligatori. ⁽¹⁾ Credo anche io che la parola *obligatio* non esprima affatto l'idea del dovere. Ed anche io credo che solo le antiche *obligationes* avessero caratteri propri atti a distinguerle nettamente dagli altri rapporti giuridici.

Però, se io non m'inganno, la ricostruzione della storia dell'*obligatio* tentata dal Perozzi abbisogna di una attenta revisione.

Infatti a me sembra, come risulterà da quanto dirò in seguito, che i tipi originari e i tipi classici di *obligationes* non siano quelli da lui indicati o per lo meno non siano tutti quelli in cui egli ravvisa delle *obligationes*. Ritengo per certo che l'*obligatio* non sia stata mai un asservimento nel senso che egli sostiene. Come del pari ritengo per certo che il confronto tra la *servitus* e l'*obligatio*, su cui egli insiste tanto ⁽²⁾, non solo non chiarisca, ma più che mai offuschi il concetto di *obligatio*, perchè fra le servitù prediali e le obbligazioni non è mai interceduto verun nesso, veruna analogia. Neppure stimo esatto attribuire il venir meno dell'antico concetto di *obligatio* al cessare dell'autonomia delle *gentes* e delle *familiae*. Nè in fine, esaminando le fonti, trovo che i compilatori abbian dovuto com-

⁽¹⁾ Dal fatto che solo un numero determinato di rapporti obbligatori costituissero presso i Romani le *obligationes* non consegue che essi non conoscessero il concetto astratto di *obligatio*. Conf. BONFANTE *Lezioni sulle Obbligazioni* (1906-1907) pag. 36.

⁽²⁾ *Obbligazioni* pag. 74 segg. 78 segg.

piere quell'immane lavoro di interpolazione, che il Perozzi pensa sia stato necessario per adattare al diritto nuovo la dottrina classica delle *obligationes*.

*
**

A mio avviso, l'obbligazione romana trae origine dal pegno di persona libera. ⁽¹⁾

Nè è solo il *nexum* a fornirci la prova di ciò. Noi ritroviamo questo pegno nelle fasi più antiche del delitto. Noi lo ritroviamo nella fase primitiva dei più antichi contratti.

Come del pari troviamo che l'antica *solutio*, la *solutio per aes et libram*, altro non fu in origine che il riscatto del colpevole o dell'ostaggio divenuto *mancipium* del creditore.

Giova intanto avvertire subito che *obligatio* e *obligare*, nei più antichi testi in cui queste parole sono adoperate in senso giuridico, indicano non un rapporto di credito, ma un vincolo di garanzia ⁽²⁾. E, ammettendo che l'obbligazione tragga origine dal pegno di persona libera, è facile spiegare anche perchè

⁽¹⁾ A tale origine accenna, oltre il BRINZ negli scritti cit., il LENEL *Zeits. der Savigny Stiftung* XXIII pag. 97-99, il MOMMSEN *Zeits. cit.* p. 348 e tra noi, con pregevole svolgimento, il PACCHIONI *Corso cit.* seguito dal CERIOLI scr. cit. Spero di poter dare una dimostrazione più completa di questa fase originaria dell'*obligatio* e di poter mettere in luce, il che forse è anche più difficile, lo svolgimento successivo.

⁽²⁾ Come avverte il MITTEIS *Röm. Privatrecht* I pag. 86 n. 38, il solo passo di PLAUTO in cui s'incontri la parola *obligare* in senso giuridico è *Trucul. 2, 1, 4 ... Nam fundi et aedes obligatae sunt ob amoris prandium*. Nei testi giuridici la parola *obligare* appare per la prima volta nella *lex Agraria* del 643 a proposito della *cautio praedibus* I, 47: *neive de ea re quis ob eam rem, quod praes factus est, populo obligatus esto*. Anche nel noto passo di Q. MUCIO, riferito da VARRONE *De Lingua Latina* VII, 105 *obligari* è, a mio avviso, adoperato per indicare un vincolo di garanzia. Conf. Cap. IIII, § 7.

la terminologia romana dell'*obligatio* coincida esattamente con quella in uso nel pegno e nelle garanzie reali. *Nexus* e *obligatio*, *nectere* e *obligare*, *contrahere*, *solvere*, *liberare*, *luere* servono nel linguaggio giuridico a significare, se si riferiscono a persona, che si è costituito o si è sciolto un rapporto personale di obbligazione, se si riferiscono a una cosa, che si è costituito o sciolto un vincolo reale di garanzia. Anche oggi per esprimere l'idea che dobbiamo adempiere od abbiamo adempiuto un dovere sogliamo dire che ci siamo *impegnati*, che abbiamo contratto un *impegno*, che siamo *tenuti*, che siamo *liberi* dall'*impegno*, che da esso ci *sciogliamo*. Noi parliamo così, perchè l'obbligazione un tempo fu veramente un pegno.

Un lento e complicato svolgimento trasformò poi questo vincolo di garanzia nel dovere giuridico di adempiere la prestazione.

Di tutto ciò credo possa darsi una esauriente dimostrazione e questo appunto tenterò di fare nella prima parte del presente lavoro.

Messa in luce la storia dell'*obligatio*, riuscirà meno arduo determinare il concetto di obbligazione.

PARTE PRIMA



La storia dell'obligatio

I

I TIPI CLASSICI DI OBLIGATIONES E LE CAUSE OBLIGATORIE PRIMITIVE.

§ 1. - *Obligationes* ed obblighi; l'elenco delle *obligationes* formato dal Perozzi. — § 2. - L'insufficienza della quadripartizione bizantina delle fonti delle obbligazioni ed il concetto tradizionale di *obligatio*. — § 3. - L'apparente insufficienza della bipartizione classica: contratti e delitti. — § 4. - I tipi classici di *obligationes*. — § 5. - Le cause obbligatorie primitive. — § 6. - Le cause obbligatorie primitive e il procedimento seguito nell'ampliare l'ambito originario dell'*obligatio*.

§ 1. — La prima ricerca che convien compiere per ricostruire la storia dell'*obligatio* romana, deve necessariamente essere diretta a rintracciare quali furono le cause obbligatorie primitive, quali altre cause si vennero a poco a poco aggiungendo a quelle che, più o meno modificate, sopravvissero nell'epoca classica, quale criterio si seguì nell'ampliare l'ambito originario dell'*obligatio*.

Spetta al Perozzi il merito di aver intuito che i Romani non riconobbero il carattere di *obligationes* altro che ad un numero

limitato di rapporti obbligatorî e di aver tentato di dimostrare ciò compiendo un lavoro paziente e faticoso. ⁽¹⁾ Egli ha creduto che si abbia « un solo criterio sicuro per determinare « in quali casi d'obbligo i Romani vedessero presente un'obbligo, ed è l'uso del termine *obligare* e derivati. Dove ci « dicono che il tale affare o il tale delitto *obligat*, ivi abbiamo « un'obbligazione; dove non ci dicono ciò, ma usano invece « costantemente il termine *teneri* o gli altri termini e perifrasi « accennati (ad es. *debere*, *cogi*), ivi non abbiamo un'obbligazione ». ⁽²⁾ Perciò il Perozzi ha esaminato attentamente le fonti ed è così riuscito a compilare un elenco di rapporti in cui s'incontra la nomenclatura propria dell'*obligatio*. Questi rapporti costituirebbero, a suo avviso, le *obligationes* romane. ⁽³⁾

Ma il criterio seguito dal Perozzi per distinguere le *obligationes* dagli obblighi è ben lungi dal potersi dire sicuro. Io non credo che tra *obligari* e *teneri* o *teneri actione*, tra *actio* ed *obligatio* sussista, in diritto classico, quella netta separazione che egli vi ravvisa.

In ogni modo non mi pare lecito dire che si abbia un'*obligatio* solo là dove le fonti adoprano il termine *obligare* e derivati. Il concetto di *obligatio*, specialmente nei testi delle Pandette, può essere espresso con frasi e con parole che non derivano in verun modo da *obligare*. ⁽⁴⁾ D'altra parte neppure l'uso della parola *obligare* basta per decidere se si abbia o no un'obbligazione. Il verbo *obligare*, a differenza del sostantivo *obligatio*, è largamente adoprato fuori del campo del diritto, e, nel

(1) PEROZZI, *Le Obbligazioni Romane* (Bologna 1903) pagg. 2, 62 segg., 82, 98 segg., 110 segg. — *Istituzioni di Diritto Romano* II pag. 4-5, 15.

(2) PEROZZI, *Istituzioni* cit. pag. 15.

(3) PEROZZI, *Obbligazioni* pag. 83 n. 1; pag. 114 n. 1. — *Istituzioni* II pag. 15 segg.

(4) *Contrahere, expensum ferre, credere, praestare, oportere (dare, facere, praestare oportere) condicere*, ecc. ecc.

campo stesso del diritto, *obligare* ed *obligatio* designano talora rapporti che non rientrano tra le obbligazioni, quali, ad esempio, i rapporti di garanzia reale e non questi soltanto. ⁽¹⁾ È per ciò accaduto che nell'elenco compilato dal Perozzi figurino taluni obblighi, rispetto ai quali, benchè s'incontri la terminologia propria dell'*obligatio*, può per lo meno sorgere il dubbio che nell'epoca classica si considerassero vere e proprie *obligationes*, ⁽²⁾ e che nell'elenco stesso manchino invece altri obblighi, cui parmi non possa in verun modo disconoscersi il carattere di *obligationes*. ⁽³⁾

Dunque bisogna battere un'altra via, ed io ritengo che possa giungersi a risultati assai più soddisfacenti, prendendo a guida le varie classificazioni che delle cause obbligatorie s'incontrano nelle fonti. I rapporti giuridici raccolti dai Romani in queste classificazioni furono indubbiamente delle *obligationes*, e, se anche ivi non furono comprese tutte, può ritenersi per certo che vi fossero comprese almeno quelle più antiche e più rispondenti al concetto di *obligatio*. Queste classificazioni finora sono state oggetto più di critica che di studio; ma a torto, perchè esse hanno una grandissima importanza, specialmente dal punto di vista storico.

(1) Conf. p. e. HYGINUS (LACHMANN pag. 116) — *Vectigales autem agri sunt obligati, quidem reipublicae populi Romani* etc. *Dig.* 39, 6, 18 § 3 *Qui hominem noxae nomine vel alias obligatum mortis causa acceperit. Dig.* 48, 10, 30 pr. *Lege Cornelia testamentaria obligatur, qui signum adulterinum fecerit, sculpsit.*

(2) Così p. e. i *recepta*, il *constitutum*, l'*indicium*, l'*aditio hereditatis*, il *modus*, l'*actio funeraria*. PEROZZI, *Obbligazioni* pag. 83 n. 1. — *Istituzioni* pag. 15 segg.

(3) Comodato, Deposito, Pegno, l'*A. si iudex litem suam fecerit*, l'*A. furti adversus nautas, caupones, stabularios*, l'*A. de positis et suspensis*, l'*A. de effusis et deiectis*, l'*A. in factum adversus nautas, caupones, stabularios*. Sorprende poi vivamente, dal punto di vista storico, l'affermazione del PEROZZI, *Istituzioni* II pag. 158, che il *nexum* non fosse in nessun modo un caso di obbligazione.

§ 2. — Nelle Istituzioni di Giustiniano (III, 2) i rapporti obbligatori trovansi raccolti nelle note categorie: contratti, obbligazioni *quasi ex contractu*, delitti, obbligazioni *quasi ex delicto*. Nelle due categorie delle obbligazioni sorgenti quasi da contratto e quasi da delitto (III, 27. IV, 5) sono compresi taluni fatti giuridici, i quali, benchè non potessero rientrare fra i contratti ed i delitti, davan però vita a rapporti obbligatori analoghi a quelli derivanti da contratto e da delitto. E non può in verun modo dubitarsi che proprio tale analogia abbia servito di base per formare queste due categorie e per decidere quali rapporti dovessero esservi compresi. Ciò appare in modo evidente dalla stessa denominazione *obligationes quasi ex contractu, obligationes quasi ex delicto*; ed il nesso che intercede fra queste obbligazioni e quelle derivanti da contratto e da delitto è poi nelle Istituzioni più volte rilevato espressamente. ⁽¹⁾

L'idea di ravvicinare alle figure tipiche tradizionali di contratti e delitti altre cause obbligatorie affini non fu del tutto estranea neppure alla giurisprudenza classica. ⁽²⁾ Anzi, se si am-

⁽¹⁾ IUST., *Inst.* III, 27: *quae non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur* § 1 *Quas (actiones negotiorum gest.) ex nullo contractu proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se optulerit.* Conf. anche §§ 2, 3, 4 e § 5 *Sed tamen proinde is qui accepit obligatur, ac si mutuum illi daretur.* IUST. *Inst.* III pr. *Si iudex litem suam fecerit non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur ideo videtur quasi ex maleficio teneri;* conf. anche §§ 1, 3. Conf. anche BONFANTE, *Diritto Romano* pag. 413, *Lezioni sulle obbligazioni* (1906-1907) pag. 44.

⁽²⁾ BONFANTE, *Lezioni cit.* pag. 44 n. 2, 3, 4 Conf., del resto, GAIO *Inst.* III, 91: *proinde ei condici potest « SI PARET EUM DARE OPORTERE » ac si mutuum accepisset.*

mette che le obbligazioni nascenti *proprio quodam iure ex variis causarum figuris*, di cui si fa parola nella L. 1 pr. e nella L. 5 *Dig. de oblig. et act.* 44, 7, non siano da attribuire ad interpolazione, ⁽¹⁾ avremmo che il nesso fra le giustinianee *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex delicto*, da un lato, e i contratti ed i delitti, dall'altro, sarebbe stato già messo in rilievo da Gaio, e che questa parte delle Istituzioni di Giustiniano sarebbe stata tratta dai *libri aureorum*. Convien però avvertire che, anche in tale ipotesi, i compilatori delle Istituzioni non si sarebbero limitati a riprodurre ciecamente quanto Gaio avrebbe scritto.

⁽¹⁾ L'interpolazione delle *variae causarum figurae* nel fr. di GAIO, *Dig.* 44, 7, 1 pr. fu vigorosamente sostenuta dal PEROZZI *Obbligazioni cit.* pag. 47 n. 1, e la sua dimostrazione ha convinto il CARUSI *Studi per Scialoja* I pag. 163 e poi anche il MITTEIS, *Röm. Privatrecht* I pag. 86 n. 38. Il fr. Gaiano è invece ritenuto genuino dal BONFANTE, *Riv. di diritto commerciale VI* (1908) pag. 10, 11 e 12 (dell'estratto) *Lezioni cit.* pag. 47-48 e parmi a ragione. Infatti non solo, come dimostra il BONFANTE, mancano indizi formali di interpolazione; ma credo che l'ipotesi del PEROZZI contrasti col fatto che i bizantini hanno preferito nelle Istituzioni una diversa classificazione e una diversa denominazione (*obligationes q. ex contractu; obligationes q. ex delicto*). D'altro canto non può sorprendere che le istituzioni di GAIO non coincidano esattamente con i *libri aureorum*, perchè è noto che quelle si attengono così rigidamente ai vecchi modelli, che non corrispondono neppure sempre al diritto del tempo in cui furono scritte (conf. SEGRÈ, *sull'età dei giudizi di b. f. di comodato e di pegno* negli *Studi in onore di Carlo Fadda* pag. 4 n. 1 (dell'estratto), le mie *Disposizioni testamentarie a titolo di pena* in *Bullettino dell'Istituto di Dir. Rom.* XXI pag. 51 n. 2, BIONDI, *La dottrina romana dell'a. arbitraria*, pag. 37, n. 1). Come del pari, e lo vedremo in seguito, non può sorprendere che GAIO abbia ritenuto insufficiente l'antica bipartizione, (conf. GAIO III, 91), nella quale non v'era posto per taluni rapporti, che al suo tempo costituivano indubbiamente delle *obligationes* (p. e. la *condictio indebiti*, il legato per *damnationem*), ed abbia cercato di completare la classificazione delle obbligazioni, aggiungendovi una nuova categoria.

Essi avrebbero innanzi tutto preferito la denominazione *obligationes quasi ex contractu* e *obligationes quasi ex delicto*, la quale, a differenza dell'altra *variae causarum figurae*, mette particolarmente in evidenza il nesso che intercede fra queste obbligazioni ed i contratti o i delitti. Ed avrebbero poi completato l'elenco Gaiano, perchè in questo (*Dig.* 44, 7, 5 pr. §§ 1-3) non figurano le obbligazioni nascenti dalla comunione e dalla coeredità, che sono invece comprese fra le *obligationes quasi ex contractu*, (*Inst.* III, 27), e che pare al tempo di Gaio non dessero ancora luogo a giudizi di buona fede. ⁽¹⁾ Potrebbe perciò pensarsi che il carattere di buona fede, in seguito attribuito all'*a. familiae erciscundae* e *communi dividundo*, abbia accentuato l'analogia fra queste obbligazioni e quelle derivanti dalla società, e che questo abbia indotto i compilatori delle Istituzioni a comprendere la comunione e la coeredità tra le *obligationes quasi ex contractu*.

Contro questa quadripartizione bizantina delle fonti delle obbligazioni sono state mosse da tempo critiche gravi e vivaci, ma, a mio avviso, non sempre abbastanza fondate.

Così p. e. ingiustificato è l'appunto che fra le *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex delicto* siano stati compresi rapporti obbligatori che non presentano veruna analogia con i contratti e con i delitti. ⁽²⁾ Per quanto concerne le obbligazioni nascenti quasi da contratto, l'analogia sussiste in ogni caso, non escluso quello del legato ⁽³⁾, benchè questo in generale si adduca

⁽¹⁾ GIRARD, *Manuel* ⁵ pag. 629 n. 2.

⁽²⁾ Conf. da ultimo PEROZZI, *Obbligazioni* pag. 145 n. 1 in fine, — PACCHIONI, *Corso di Diritto Romano* II pag. 427, — GIRARD, *Manuel* ⁵ pag. 391 n. 3.

⁽³⁾ Avverte giustamente il BONFANTE *Diritto Romano* pag. 413, che l'analogia intrinseca e la ragione del ravvicinamento non è, come i moderni hanno supposto, nella presunzione di consenso, bensì nel

come esempio sicuro di rapporto obbligatorio che non può in verun modo essere ravvicinato ai contratti. E l'analogia sussiste anche rispetto alle *obligationes quasi ex delicto*, purchè, ben inteso, non si voglia ricercarla nell'elemento subbiiettivo (dolo, colpa), anzichè in quello obbiettivo, vale a dire nella natura del fatto che determina il sorgere dell'obbligazione. ⁽¹⁾ Da questo punto di vista è facile intendere che importa poco che si risponda del fatto proprio o dell'altrui, si risponda per dolo per colpa o senza colpa; quel che determina il ravvicinamento di queste figure alle figure tipiche di delitto (furto, ingiuria, danno) è che taluno sia responsabile perchè la cosa altrui fu rubata o danneggiata, e ciò si verifica in tutti i casi di obbligazione *quasi ex delicto*. ⁽²⁾ Dubbio resta solo il caso del *iudex qui litem suam fecerit*; ma, se anche qui effettivamente venisse meno ogni nesso con le figure tipiche di delitto, sarebbe certamente eccessivo censurare in base a questo solo caso l'intera classificazione.

fondamento obbiettivo, nella causa. Da questo punto di vista è parmi innegabile che la *negotiorum gestio* e la tutela possono ravvicinarsi al mandato, la coeredità e la comunione possono ravvicinarsi alla società, la *condictio indebiti* al mutuo e il *legatum per damnationem* alla *stipulatio*, alla quale è in realtà ravvicinato in moltissimi testi delle Pandette conf. il mio studio sulle *Disposizioni testamentarie a titolo di pena* in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* XXI pag. 31 n. 5 ed ora MITTEIS, *Stipulation und Legat* nella *Zeitschrift der Savigny Stiftung* XXXII pag. 1 segg.

⁽¹⁾ BONFANTE, *Diritto Romano* pag. 413.

⁽²⁾ Al furto si riporta evidentemente l'*a. furti adversus nautas, caupones et stabularios* (LENEL *Editto XXIII*, 136), alla legge Aquilia si riportano l'*a. in factum adversus nautas, caupones et stabularios* (LENEL *Editto XV*, 78) e le azioni *de effusis et deiectis, de positis et suspensis*, delle quali ultime si parla nei Digesti al titolo che segue immediatamente quello relativo alla legge Aquilia (*Dig.* IX, 3).

Più grave e meno infondato è l'appunto che questa quadripartizione sia ben lungi dal poter comprendere tutte le varie cause obbligatorie. A prescindere infatti che non appare dove in essa dovrebbero collocarsi p. e. i patti pretorî, i patti legittimi e tutto il gruppo dei contratti innominati, vaste categorie di obbligazioni ne restan fuori, anche se si tenti di completare il breve elenco delle *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex delicto* mediante altri ravvicinamenti, ponendo p. e., come talora fu fatto, accanto alle obbligazioni derivanti dalla tutela, quelle che derivano dalla curatela, accanto alla *condictio indebiti* tutto il gruppo delle *condictiones*, accanto alla comunione il regolamento di confini, accanto all'azione pretoria *de positis et suspensis* quella data dagli edili contro colui che tiene bestie feroci in vicinanza di una via pubblica e via dicendo. Però, anche per quanto concerne questa innegabile insufficienza della quadripartizione, io credo che la responsabilità dei compilatori delle Istituzioni resti, se non esclusa, almeno diminuita da un'attenuante.

È certo che la classificazione non basta a comprendere tutte le varie cause obbligatorie. Ma come mai i commissari giustiniani, maestri insigni di diritto, quali Triboniano, Teofilo e Doroteo, non se ne sono avveduti? L'ipotesi che ciò sia da attribuire ad imperizia è evidentemente da mettere da parte, come è da mettere da parte l'ipotesi che ciò sia da ascrivere ad un eccessivo desiderio di seguire pedissequamente modelli classici. Le Istituzioni, se non mi inganno, non offrono altri esempi di un così servile attaccamento ai classici. Si affaccerà l'ipotesi di una svista? Ma tale svista sarebbe nel caso nostro veramente imperdonabile. Sarebbe avvenuta compilando un testo legislativo, quale è quello delle Istituzioni. Sarebbe avvenuta in un punto su cui si era necessariamente fermata l'attenzione dei commissari, i quali, come dicemmo, completarono l'elenco delle *obligationes quasi ex contractu* ed escogitarono questa nuova denominazione per le due categorie, che dovevan comprendere le obbligazioni non rientranti nel delitto e nel contratto. Sarebbe avvenuta nel formare una classificazione che era, in parte almeno, opera genuina dei commissari giustiniani e che avrebbe perciò

dovuto essere in tutto conforme al diritto del tempo. Sarebbe avvenuta, benchè non mancassero nei Digesti altri esempi di classificazioni più comprensive, quale è indubbiamente la tripartizione che leggesi alla L. 1 *Dig. de oblig. et act.* e la classificazione di Modestino riferita alla L. 52 dello stesso titolo. Se i commissari giustiniani avessero parlato di *variae causarum figurae*, avrebbero formato una classificazione sufficiente. Infatti in questa ampia categoria delle *variae causarum figurae* avrebbe potuto senza difficoltà essere compresa qualsiasi obbligazione che non rientrasse fra i delitti e fra i contratti. Dunque i bizantini errarono, perchè vollero errare? Ma ciò è assurdo; ed io perciò penso che abbia impedito ai commissari giustiniani di avvertire l'insufficienza della loro classificazione non una svista o il soverchio attaccamento ai classici, ma un concetto tradizionale, tutt'ora al tempo di Giustiniano profondamente radicato nelle scuole di diritto, il concetto, cioè, che l'obbligazione restasse ristretta solo a certi determinati tipi di contratti e di delitti, e che a questi tipi potessero tutto al più aggiungersi talune altre cause obbligatorie, le quali, pur non rientrando tra i delitti ed i contratti, avevan però con quei tipi fondamentali di *obligationes* una stretta analogia.

§ 3. — Che i bizantini fossero guidati da tale concetto non è una semplice ipotesi.

I rapporti obbligatori che figurano nelle categorie giustiniane delle *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex delicto* e tra le *variae causarum figurae*, di cui si fa menzione nei Digesti, ottennero in generale il loro definitivo riconoscimento giuridico sin dall'inizio dell'epoca classica. Rispetto a taluni di questi rapporti, quali p. e. il *legatum per damnationem* e la *condictio indebiti*, ciò si è verificato indubbiamente in tempi assai remoti, molti secoli prima che vivesse Gaio. Però la più antica tradizione giuridica non conosce che due sole fonti di obbligazioni: il contratto ed il delitto. È questa una classificazione che risale forse all'età repubblicana e che appare quasi

universalmente seguita dai giureconsulti classici. ⁽¹⁾ Le stesse Istituzioni di Gaio, che sono calcate su vecchi modelli, si attengono ancora ad essa ed avvertono espressamente (III, 88) che ogni obbligazione nasce da contratto o da delitto.

Può ritenersi che, quando era in uso questa bipartizione delle fonti delle obbligazioni, le cause obbligatorie, che troviamo poi raccolte tra le *variae causarum figurae* e tra le *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex delicto*, fossero allora comprese tra i contratti e tra i delitti?

Per quanto concerne specialmente le *obligationes quasi ex contractu*, ciò è stato talora ammesso in modo più o meno esplicito da scrittori autorevolissimi. Si è detto che da principio il contratto non esigea come requisito essenziale la *conventio*, e che perciò in esso potevan rientrare, e rientravano effettivamente, tutte le obbligazioni civili nascenti da atto lecito. ⁽²⁾ Si è osservato che rispetto ad alcuni rapporti obbligatori, che non esigono l'accordo delle parti, rispetto p. e. alla *negotiorum gestio* e alla tutela, talora le fonti classiche adoperano la parola *contrahere*, e persino la parola *contractus*. ⁽³⁾ Ma, a mio avviso, questi argomenti non sono perentori. L'uso del verbo *contrahere* poco giova per decidere se si abbia o no un contratto. Questa parola ha un così ampio significato che, riferita alle cause obbligatorie, può comprenderle tutte, non escluso neppure il delitto:

⁽¹⁾ Conf. PEROZZI, *Le obbligazioni romane* pag. 47 n. 1 in fine, il quale ritiene che questa bipartizione fosse già formata ai tempi di Silla.

⁽²⁾ Conf. FERRINI, *Pand.* § 519. — PEROZZI, *Le obbligazioni romane* pag. 31 n. 1. — SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di b. f. di comodato e di pegno* (negli *Studi in onore di C. Fadda*) pag. 4. n. 1 (dell'estratto). — BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto* in *Riv. di Diritto Commerciale*, Anno VI (1908), *Lezioni* cit. I pag. 50 segg.

⁽³⁾ Conf. p. e. (*contrahere*) *Dig.* II, 7, I. 42, 4, 3 § 3. 4. 50, 17, 19 pr. (*contractus*) *Dig.* 3, 5, 15. 44, 7, 49. 13. 5, I § 6.

le espressioni *crimen contrahere*, *delictum contrahere* non sono ignote alle fonti classiche, ⁽¹⁾ e non per questo si dirà che il delitto sia un contratto. Meno ampio è il significato della parola *contractus*, la quale non solo non trovasi mai riferita, ma è invece costantemente contrapposta al delitto. Nè, certo, può esser messo in dubbio il fatto che essa nelle fonti sia adoprata talora in senso ristretto per indicare i rapporti giuridici obbligatori in cui interviene l'accordo delle parti, talora in senso più lato per indicare anche altri rapporti obbligatori nei quali tale accordo manca. Però l'uso della parola *contractus* nei testi classici dimostra, se non m'inganno, che si è verificato uno svolgimento in senso diametralmente opposto a quello che ravvisano questi scrittori.

Infatti il significato ristretto della parola *contractus* appare nelle più antiche testimonianze che possediamo di questa parola. In questo senso trovasi adoprata da Servio Sulpicio, da Pedio e forse anche da Labeone. ⁽²⁾ In senso lato è adoprata,

⁽¹⁾ *Dig.* I, 3, I. 12, 5, 2 § 2. 39, 5, 15. 31 § 4. — BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto* in *Riv. di Diritto Commerciale*, VI (pag. 6 dell'estratto).

⁽²⁾ SERVIO SULPICIO, riferito da GELLIO *Noctes Atticae* IV, 4, ... *is contractus stipulationum sponsionum dicebatur « sponsalia »*. *Dig.* 2, 14. I § 3 *ut eleganter dicat PEDIUS nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat* Non ostante il contrario avviso del PEROZZI, *Obbligazioni*, pag. 31 n. 1, credo che questo testo sia genuino. Anche il BONFANTE, art. cit. pag. 9, *Lezioni* cit. pag. 63, non eleva alcun dubbio in proposito. *Dig.* 50, 16, 19 LABEO *libro primo praetoris urbani definit quod quaedam « agantur », quaedam « gerantur », quaedam « contrahantur »* *contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem, venditionem, locationem, societatem*. Gli esempi di *contractum* qui ricordati da LABEONE non solo esigono tutti la *conventio*, ma la bilateralità sembra fosse ritenuta quale una caratteristica dei contratti consensuali (GAIO, III, 137).

invece, da Paolo ⁽¹⁾, per ben tre volte, ed anche da Ulpiano. ⁽²⁾ Può infine aggiungersi che il ritenere che in origine la *conventio* fosse requisito essenziale del contratto e che solo col volger del tempo si sia ravvisato un *contractus* anche in taluni rapporti obbligatori in cui essa non era richiesta, nulla ha di sorprendente e di inesplicabile. Questo svolgimento è in pieno accordo non solo con l'uso della parola *contractus* nei testi classici, ma anche, con l'origine del contratto. D'altra parte nulla vieta di pensare, ed è appunto questo il mio avviso, che, quando in tempi relativamente recenti (forse nel primo o nel secondo secolo dell'Impero) si sentì il bisogno di comprendere nella classificazione delle fonti delle obbligazioni altre cause obbligatorie, le quali non avevano tutti i caratteri propri del contratto e del delitto, si siano formate tra i giureconsulti classici varie tendenze. Alcuni giureconsulti credettero di dover tener fermo il concetto originario di contratto e di delitto, e di dover perciò raccogliere queste cause obbligatorie in nuove categorie da aggiungersi alla classificazione tradizionale. Altri giureconsulti, invece, ritennero di dover tener ferma la bipartizione delle fonti delle obbligazioni e di dover ampliare, per comprendere in questa le nuove cause obbligatorie, il concetto originario di contratto e di delitto. Alla prima tendenza s'ispira la tripartizione: contratti delitti, *variae causarum figurae*. S'ispirano all'altra tendenza le Istituzioni di Gaio e gli altri testi classici, in cui si parla di *contractus* anche là dove manca la *conventio*. ⁽³⁾

Ma, qualunque fosse il concetto classico di contratto, può, senza temere di errare, affermarsi che i casi di obbligazione raccolti da Giustiniano fra le *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex delicto* non furono sin da principio compresi tra i contratti e tra i delitti. Nessuna di queste obbligazioni figura mai negli elenchi dei contratti e dei delitti che si leggono nelle Istituzioni

(1) PAOLO, *Dig.* 3, 5, 15. 5, 1, 20. 44, 7, 49

(2) ULPIANO, *Dig.* 13, 5, 1 § 6

(3) Su tutto ciò conf. Cap. VI § 27.

di Gaio, il quale (III, 91) accenna solo alla *condictio indebiti*, ma esclude espressamente che possa rientrare fra i contratti. Sarebbe strana una così costante omissione di queste obbligazioni, specialmente se si ritiene, come non è improbabile, che fra i contratti ivi indicati siano compresi anche casi di obbligazioni in cui non è richiesta la *conventio*. ⁽¹⁾ È poi noto che le obbligazioni da contratto vengono suddivise in reali, verbali, letterali e consensuali, e che questa suddivisione appare quasi costantemente seguita dai giureconsulti classici. ⁽²⁾ Ora è certo che tutte le *obligationes quasi ex contractu* restan fuori di questa suddivisione. ⁽³⁾ Infatti è impossibile pensare, contro l'espressa attestazione di Gaio, (III, 91), che la *condictio indebiti* fosse compresa tra i contratti reali; il *legatum per damnationem* fosse compreso tra i contratti verbali, che Gaio dice (III, 92) si concludono mediante interrogazione e risposta; la comunione e la coeredità e la *negotiorum gestio*, in ciascuna delle quali l'obbligazione non solo sorge senza il consenso delle parti, ma, se il consenso vi fosse, si tramuterebbero rispettivamente in società e mandato, fossero comprese tra i contratti consensuali.

(1) FERRINI, *Pand.* § 519. Va anche notato che nelle Istituzioni di GAIO si esclude che la *condictio indebiti* sia un contratto non già perchè manca la *conventio*, ma perchè *is qui solvendi causa dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere* (GAIO, III, 91).

(2) Conf. p. e. PEDIO *Dig.* 2, 14, 1 § 3. — POMPONIO, *Dig.* 46, 3, 80. — GAIO, III, 89, 119^a, 182, *Dig.* 44, 7 1 § 1. 4. — ULPIANO, *Dig.* 16, 1, 2 § 4. 46, 1, 8 § 1. 46, 2, 1 § 1. Pare che ad essa si attenesse anche PAOLO nelle sue *Istituzioni* *Dig.* 44, 7, 3 § § 1, 2 (come GAIO, anche qui PAOLO inizia la trattazione dei contratti parlando prima del mutuo, poi della *stipulatio*). È noto che nei testi delle *Pandette* i compilatori hanno tolto da questa suddivisione i contratti letterali.

(3) Di contrario avviso è il PEROZZI, *Le obbligazioni romane* pag. 30 in nota, il quale, ritiene che i Romani con la parola *contractus* intendessero ciò che noi siamo soliti significare con la parola *affare* e che perciò fra i *contractus* fossero comprese tutte le obbligazioni, tranne quelle da delitto. Al PEROZZI non è sfuggito che con un

Convien dunque ritenere che durante l'epoca classica, quando non si conosceva ancora altra fonte di obbligazione che il contratto ed il delitto, nè si era ancora sentito il bisogno di ampliare gli schemi tradizionali, esulassero da questa bipartizione tutte le cause obbligatorie che i bizantini raccolsero poi fra le *obligationes quasi ex contractu*, e vediamo perciò riprodursi, in termini anco più gravi, quella insufficienza nella classificazione delle fonti delle obbligazioni che già notammo rispetto alla quadripartizione giustiniana. Ma questa insufficienza è solo apparente. Se la bipartizione contratti e delitti fosse stata in realtà incapace a comprendere tutte le obbligazioni,

si ampio concetto di contratto è in aperto contrasto la suddivisione in esame. Egli però ha creduto di poter rimuovere tale difficoltà (pag. 41 in nota) adducendo che: 1) lo schema *re, verbis, litteris, consensu* non si riferisce ai contratti, ma alle obbligazioni da contratto; — 2) lo schema stesso « non è affatto utilizzato dalla giurisprudenza romana »; — 3) i luoghi delle Pandette in cui esso s'incontra sarebbero i seguenti: *Dig.* 2, 14, 1 § 3. 46, 1, 8 § 1. 46, 2, 1 § 1. 44, 7, 52. Di questi quattro testi, i primi tre sarebbero interpolati. Ma questa argomentazione del PEROZZI presta il fianco a critiche facili ed esaurienti. Innanzi tutto, ammesso anche che la suddivisione concerna non i contratti, ma le obbligazioni da contratto, resta sempre vero che queste obbligazioni erano suddivise in quattro categorie, ciascuna delle quali si distingueva dalle altre per caratteri propri, e vero resta perciò anche che in queste categorie non potevano comprendersi i doveri giuridici costituenti il gruppo delle *obligationes q. ex contractu*, perchè come è detto nel testo, queste *obligationes* non avevano i requisiti necessari per essere comprese in nessuna delle categorie stesse. L'affermazione poi che lo schema in questione non sia stata utilizzata dai giureconsulti classici è contraddetta apertamente dalle fonti, perchè, come risulta dalla nota precedente, di questo schema si fa menzione anche in molti altri testi, oltre quelli ricordati dal PEROZZI. Finalmente, a mio avviso, non solo non è interpolato il famoso passo di ULP. *Dig.* 2, 14, 1 § 3, ma non è neppure interpolato il fr. di ULP. *Dig.* 46, 2, 1 § 1. Indubbiamente genuino è poi l'altro fr. di ULP. *Dig.* 46, 1, 8 § 1, come emerge dal confronto con GAIO III 119^a.

non avrebbe potuto conservarsi inalterata per secoli, nè avrebbe potuto esser concordemente accolta dai giureconsulti. Tanto più che risulta, lo vedremo fra breve, che il sorgere di nuove figure contrattuali, le quali si riteneva dovessero effettivamente esser comprese nella bipartizione, ha fatto sì che alle primitive suddivisioni (contratti *re, verbis*) altre se ne sian venute aggiungendo, foggiate appunto per queste *obligationes* (contratti *litteris, consensu*).

La classificazione contratti e delitti era, dunque, allora sufficientissima; ed era tale, perchè l'obbligazione, anzichè comprendere qualsiasi dovere giuridico, restava rigorosamente ristretta a poche tipiche figure di contratti e di delitti.

Ciò spiega e conferma il formarsi di quel concetto tradizionale che impedì ai bizantini di avvertire l'insufficienza della loro classificazione. Giustifica il criterio che essi seguirono sia nella scelta della denominazione delle due nuove categorie, *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex delicto*, sia nel determinare quali rapporti obbligatori dovessero esservi compresi. E, quel che più importa per noi, dimostra anche che il concetto classico di *obligatio* fu più angusto persino di quel ristretto concetto che di essa sembra avessero i commissari giustiniani, allorchè tentarono di costringerla entro i limiti della loro classificazione.

§ 4. — Ma l'ambito dell'*obligatio* diviene ancora più angusto, se si tenta di stabilire quali fossero le *obligationes* comprese in origine tra i contratti ed i delitti.

Nelle Istituzioni di Gaio (III, 90), fra i contratti reali non figura che il mutuo, nè v'è alcun accenno al comodato, al deposito ed al pegno. Tra i contratti verbali si annoverano la *spensio*, la *stipulatio*, la *dotis dictio* ed il *iusiurandum liberti*. Però queste due ultime *obligationes* non corrispondono esattamente alla definizione che dell'*obligatio verbis* danno le fonti e che leggesi nelle stesse Istituzioni di Gaio. Infatti, mentre trovasi costantemente detto nei testi classici che l'*obligatio verbis* si stringe

mediante interrogazione e risposta ⁽¹⁾, la *dotis dictio* ed il *iusiurandum liberti* (le Istituzioni di Gaio non tralasciano di avvertirlo ⁽²⁾) si contraggono *nulla praecedente interrogatione, uno loquente*. I contratti consensuali comprendono la compra-vendita, la locazione-conduzione, la società, il mandato; e tanto nelle Istituzioni di Gaio che in altri luoghi delle fonti s'indica la bilateralità come un carattere proprio del contratto consensuale. ⁽³⁾ Però il mandato è un contratto sinallagmatico imperfetto. Inoltre le obbligazioni reciproche nascenti tra soci dal contratto di società hanno un fondamento giuridico che non coincide esattamente con quello delle obbligazioni nascenti dai contratti bilaterali veri e propri, e si fanno valere, non con due azioni diverse, o con quella diretta e contraria, ma con la sola azione *pro socio*. Nè va tralasciato di notare che la *dotis dictio* ed il *iusiurandum liberti*, la società ed il mandato si trovano tutti collocati alla fine delle rispettive categorie.

Dobbiamo ora domandarci: perchè nelle Istituzioni di Gaio si parla solo del mutuo? Perchè del contratto verbale si dà una definizione che s'attaglia solo alla *sponsio-stipulatio* ⁽⁴⁾ e non può comprendere tutti i casi di obbligazione raccolti in questa categoria? Perchè rispetto ai contratti consensuali si rilevano delle caratteristiche che poi non si riscontrano esattamente nei singoli tipi formanti questo gruppo? Perchè tutto ciò

⁽¹⁾ GAIO III, 92, *Dig.* 44, 7, 1, 7. MODESTINO *Dig.* 44, 7, 52, 2, 3. *Inst.* 3, 5, 1 pr.

⁽²⁾ GAIO *ep.* II, 9, 3 *Sunt et aliae obligationes, quae nulla praecedente interrogatione contrahi possunt, id est ut si mulier dotem dicat 4 Item et alio casu uno loquente et sine interrogatione alii promittente, contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iuravit.*

⁽³⁾ GAIO, III, 137 *Dig.* 44, 7, 2, 1. IUST. *Inst.* 3, 20; conf. anche *Dig.* 50, 16, 19.

⁽⁴⁾ Conf. le note definizioni di POMPONIO *Dig.* 45, 1, 5, 1 e di PAOLO *Sent.* 2, 3.

si verifica solo in figure contrattuali che sono sempre collocate alla fine delle rispettive categorie?

Io non so trovare altra spiegazione che questa: vi fu un tempo in cui fra i contratti non si annoverava che il mutuo, la *sponsio-stipulatio*, il *nomen transcripticium* e la compra-vendita; solo più tardi a questi tipi fondamentali si vennero aggiungendo, con un procedimento simile a quello seguito dai bizantini nel formare le due categorie supplementari delle *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex delicto*, altre figure contrattuali che sembrava avessero una stretta analogia con quei tipi.

Non è, certo, da attribuire ad amore di brevità, se nelle Istituzioni di Gaio tra i contratti reali non figura che il mutuo. L'amore di brevità avrebbe, quanto mai, consigliato di tralasciare una questione non strettamente necessaria, quale è quella ivi trattata, (III, 91), se cioè la *condictio indebiti* fosse o no un contratto, e di far menzione piuttosto degli altri contratti reali. Sarebbe poi davvero strano che l'amore di brevità sia stato sentito di fronte a questa sola categoria e non mai rispetto a nessuna delle altre, le quali contengono tutte un completissimo elenco dei singoli contratti. È invece evidente che nelle Istituzioni di Gaio non si fa menzione del comodato, del deposito e del pegno, e si pensa piuttosto alla *condictio indebiti*, perchè questa è più vicina al mutuo che non lo siano quelli altri contratti, ed il mutuo era il tipo del contratto reale. Infatti, se già sin da principio si fosse avuto il concetto che ogni contratto in cui c'è l'obbligo di restituire la cosa ricevuta fosse un contratto reale, nelle Istituzioni di Gaio si sarebbe indubbiamente parlato innanzi tutto non del mutuo, ma della *fiducia*. Perchè questo sarebbe stato il contratto reale di gran lunga più importante di ogni altro e, da tutti i punti di vista, agli altri assai più vicino del mutuo. Nella *fiducia* v'è l'obbligo di restituire la stessa cosa, che si è ricevuta; la *fiducia* è stata adoprata in funzione di pegno, di deposito e forse anche di comodato; per quanto concerne il suo riconoscimento giuridico, la *fiducia* ha attraversato fasi analoghe a quelle che attraversarono il comodato, il deposito ed il pegno.

Che poi fin da tempi assai antichi siasi effettivamente seguito il sistema di ampliare il gruppo originario delle *obligationes*, tra queste comprendendo altri rapporti obbligatori che sembravano analoghi ai tipi fondamentali, appare in modo assai manifesto sia dal tentativo, che è fatto nelle stesse Istituzioni di Gaio (III, 91), di comprendere tra i contratti reali la *condictio indebiti*, sia anche dall'elenco dei delitti privati. Questo elenco è assai breve. Esso comprende solo il furto, la rapina, l'ingiuria e il *damnum iniuria datum*.⁽¹⁾ Ciò dimostra chiaramente che il furto, l'ingiuria e il *damnum iniuria* furono le figure tipiche di *obligationes ex delicto*, alle quali col volger del tempo potè aggiungersi la rapina, sol perchè la rapina fu in origine un caso di furto e presentava una stretta analogia con questa figura tipica di delitto.⁽²⁾ Così si spiega agevolmente perchè, di regola, non figurino negli elenchi delle *obligationes ex delicto* anche gli altri numerosi atti illeciti repressi con azioni penali di origine pretoria p. e. l'*a. doli*, che pur ebbe una così decisiva influenza su tutto il diritto privato.⁽³⁾

È quindi naturale che, come col volger del tempo fra i delitti fu compresa la rapina, così del pari fossero compresi fra i contratti anche il comodato, il deposito ed il pegno, i quali presentavano una certa analogia col mutuo; la *dotis dictio* ed il *iusiurandum liberti*, che potevano ravvicinarsi alla *stipulatio*, perchè si concludevano *verbis*; la locazione, la quale è in sì stretta familiarità con la compra-vendita (anche questo è avvertito espressamente nelle Istituzioni di Gaio⁽⁴⁾), che in taluni casi era dubbio

(1) GAIO III, 182. IV, 75, 76, 112, 182.

(2) GAIO III, 209. PAOLO *Dig.* 47, 8, 1.

(3) Il fatto che l'*obligatio ex delicto* resti ristretta ai quattro delitti menzionati nel testo fu già avvertito e dimostrato dal PEROZZI *Obbligazioni* pag. 114.

(4) GAIO III, 145 *Adeo autem emptio et venditio locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio.*

se si fosse concluso l'uno o l'altro contratto; la società ed il mandato, il quale, alla sua volta, differisce dalla locazione di opera, sol perchè (ed anche questo è avvertito nelle Istituzioni di Gaio⁽¹⁾) qui l'incarico si compie gratuitamente. Come del pari non può davvero sorprendere che tutti questi contratti si trovino sempre collocati alla fine delle rispettive categorie: essi in realtà non ne erano che delle appendici, a poco a poco aggiunte ai tipi originari di contratti e di delitti.

Vi fu dunque un tempo in cui l'*obligatio* restò rigorosamente ristretta alle cause obbligatorie seguenti: al mutuo, alla *sponsio-stipulatio*, al *nomen transcripticium*, alla compra-vendita, al furto, all'ingiuria e al *damnum iniuria datum*. Questi furono i tipi fondamentali che servirono di base allo svolgimento successivo.

§ 5. — Questi tipi fondamentali non son però tutti egualmente antichi. Rispetto ai contratti, non è difficile dire quali abbiano preceduto e quali siano più recenti, anche perchè la loro classificazione in contratti *re, verbis, litteris et consensu* ha indubbiamente un fondamento storico⁽²⁾. Infatti è certo che il contratto consensuale, che ivi è posto all'ultimo, è il più recente di tutti. Il contratto letterale, che è il penultimo, è alla sua volta più antico del contratto consensuale, ma più recente di quello verbale, perchè le forme scritte appartengono a tempi più progrediti che non le forme verbali. Stando a questa classificazione, converrebbe poi dire che il contratto *re* è più antico di quello *verbis*; ed è effettivamente così, perchè, a mio avviso, il mutuo trae origine dal *nexum*.⁽³⁾ Il gruppo dei delitti risale anche esso ad una remota antichità, come può agevolmente arguirsi dal fatto che, nei casi più gravi di furto e di ingiuria, la legge delle XII tavole consente tutt'ora la vendetta

(1) GAIO III, 162. *In summa sciendum est quotiens aliquid gratis faciendum dederim, quo nomine, si mercedem statuissem locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem.*

(2) Ciò riconosce anche il BONFANTE *Lezioni* cit. pag. 75-76.

(3) Cap. V § 2.

privata e la composizione volontaria. ⁽¹⁾ Meno antico è il *damnum iniuria ex lege Aquilia*; però non convien dimenticare che questa legge è risultato di un ampio svolgimento. Essa è stata preceduta da altre leggi e taluni casi di danneggiamento alle cose eran preveduti ed assai rigorosamente puniti dalla stessa legge decemvirale. ⁽²⁾

Io credo quindi che i tipi primitivi di *obligationes*, quelli che convien studiare attentamente per rintracciare l'origine dell'*obligatio*, siano: il furto, l'ingiuria, il *damnum iniuria datum*, il *nexum* e la *sponsio*.

§ 6. — L'analisi che abbiamo compiuta delle fonti delle obbligazioni, permette di concludere che da principio l'*obligatio* restò ristretta a certe determinate figure tipiche di contratti e di delitti, alle quali col volger del tempo si aggiunsero poche altre cause obbligatorie.

Questo ampliarsi dell'*obligatio* è solo in piccolissima parte da attribuire alla tutela giuridica accordata via via ad obblighi che prima ne erano sforniti, ed al sorgere di nuovi doveri giuridici. Fin da tempi remotissimi, un numero assai grande di questi obblighi e di questi doveri, benchè fossero riconosciuti e tutelati dal diritto quiritario, è rimasto fuori dell'*obligatio*. Basterà ricordare, ad esempio, che son rimasti fuori di essa, se non proprio tutti, certo però almeno quasi tutti i casi menzionati da Gaio (IV, 21-29), nei quali era concessa la *manus iniectio* e la *pignoris capio*.

Abbiamo anzi potuto accertare che, in generale, tutta l'immensa massa di doveri giuridici i quali, obbiettivamente considerati, non potevan riportarsi alle figure tipiche di contratti e di delitti, è rimasta costantemente fuori delle classificazioni più in uso delle *obligationes* (quella di Modestino è tarda, assai oscura ed isolata). Nè ciò deve sorprendere, perchè il proce-

⁽¹⁾ *Lex XII tab.* VIII, 2. 14.

⁽²⁾ *Dig.* 9, 2, 1 *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive XII tabulis sive alia quae fuit.* Conf. anche *Lex XII Tab.* VIII, 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11 etc.

dimento che si è sempre seguito, dall'inizio dell'epoca classica sino a Giustiniano, nell'ampliare l'ambito dell'*obligatio* è stato questo: si sono timidamente aggiunte a quelle figure tipiche di *obligationes* solo poche altre cause obbligatorie, che sembrava presentassero con le figure stesse una stretta analogia.

Questo importantissimo svolgimento può riassumersi nel seguente prospetto, che parmi più sicuro dell'elenco delle *obligationes* formato dal Perozzi, e che ha poi anche il pregio di mettere chiaramente in evidenza sia quali furono i tipi fondamentali di *obligationes*, sia il fatto che l'analogia con questi tipi fu sempre il criterio determinante l'assunzione di nuovi doveri nella classificazione delle obbligazioni:

Furto	Rapina	<i>A. furti adversus nautas, caupones, stabularios</i>
Ingiuria		<i>A. si iudex litem suam fecerit (?)</i>
Damnum Iniuria datum		<i>A. de positis et suspensis, A. de effusis et deiectis, A. in factum adversus nautas, caupones et stabularios</i>
Nexum, Mutuo	Comodato, Deposito, Pegno, Fiducia (?)	<i>Condictio indebiti</i>
Sponsio, Stipulatio	Insiurandum liberi, dotis dictio	<i>Legatum per damnationem</i>
Nomen transcrittium	Singrafi e chirografi, Contratto letterale giustiniano	
Compra-vendita	Locazione, Società, Mandato	<i>Negotiorum gestio, Tutela, Coeredità, Comunione</i>

II

ORIGINE e SVOLGIMENTO STORICO DELLA SOLUTIO per AES et LIBRAM.

§ 1. — Il problema dell'origine della *solutio per aes et libram* e la *solutio per aes et libram* del *iudicatus*. Nostra opinione sull'origine di questa *solutio*. — § 2. - Obbietto della sentenza nelle fasi primitive del processo. — § 3. - Condizione giuridica del *iudicatus* nelle fasi primitive del processo. — § 4. - La liberazione del *iudicatus* mediante *solutio per aes et libram*. — § 5. - Svolgimento storico della *solutio per aes et libram*.

§ 1. — Converrebbe ora esaminare le cause obbligatorie primitive (furto, ingiuria, *damnum iniuria*, *nexum*, *sponsio*) per poi vedere se sin da principio i Romani ravvisarono un'*obligatio* nel dovere giuridico, che incombe al debitore, di eseguire la prestazione. Ma, avanti di far ciò, stimo per più ragioni opportuno ricercare l'origine e lo svolgimento storico della *solutio per aes et libram*. Questa, come ha con ragione rilevato il Mitteis, ebbe indubbiamente da principio un campo di applicazione di gran lunga più esteso che non appaia dalla tarda testimonianza di Gaio (III, 173-175), e fu forse modo generale di

estinzione dei crediti derivanti dalle più antiche cause obbligatorie. ⁽¹⁾ Certo non mancano buoni argomenti per ritenere che essa fosse necessaria sia per il pagamento delle più antiche composizioni, ⁽²⁾ sia per la liberazione del *nexus*, ⁽³⁾ sia per liberare lo *sponsor* dalla responsabilità in cui incorreva in caso di inadempiamento da parte del debitore principale. ⁽⁴⁾ È facile intendere che il sapere quale fosse in origine la natura e l'obbietto di questa *solutio* spiega anche quale fosse la natura e l'obbietto del vincolo derivante da queste cause obbligatorie primitive.

Per rintracciare il carattere originario e l'originaria funzione della *solutio per aes et libram* credo poi convenga studiarla in relazione al giudicato. Invero gli altri casi in cui risulta espressamente dalle fonti o può da altri indizi arguirsi che essa trovasse applicazione, mal si prestano a questa delicata ricerca, perchè o su di essi sappiamo ben poco, o trattasi di casi, come avviene appunto nel *legatum per damnationem*, che non risalgono ad una remota antichità. Rispetto al giudicato abbiamo notizie meno scarse e più sicure, soprattutto perchè Gaio (III, 173-174) ne tratta abbastanza compiutamente; e riesce poi meno arduo ravvisare le ragioni per le quali tale *solutio* era qui necessaria, anche perchè non è impossibile ricostruire i tratti essenziali delle fasi primitive del processo.

Lo studio della *solutio per aes et libram* in relazione al giudicato permette, a mio avviso, di stabilire con sufficiente certezza che essa solo col volger del tempo divenne un modo formale di estinzione di taluni debiti; in origine, invece, fu un vero e proprio riscatto del debitore, divenuto *mancipium* del creditore.

(1) MITTEIS, *Röm. Privatrecht* I pag. 274.

(2) Cap. III §§ 2, 3.

(3) Cap. III, 2 § 2.

(4) EISELE, *Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte* (1896) pag. 25. MITTEIS I. c.

§ 2. — È noto quale fosse secondo la legge decemvirale la condizione del *iudicatus*. La sentenza di condanna faceva obbligo al convenuto soccombente di pagare all'attore una somma di denaro. Se entro trenta giorni il pagamento non veniva effettuato, l'attore aveva diritto di impadronirsi del *iudicatus* con la *manus iniectio* e di tenerlo prigioniero per sessanta giorni. Trascorso inutilmente anche questo ultimo termine, l'attore poteva ucciderlo o venderlo *trans Tiberim*,⁽¹⁾ cioè il *iudicatus* restava asservito all'attore, come diremo in seguito (§ 3). Stando dunque a quanto risulta dalla legge decemvirale, la sentenza di condanna attribuiva immediatamente all'attore il diritto al pagamento di una somma di denaro, e solo se tale pagamento non avesse avuto luogo, il *iudicatus* veniva asservito all'attore. In altri termini, può dirsi che il diritto di asservire il *iudicatus* era dalla sentenza soltanto condizionalmente attribuito all'attore, soltanto cioè se verificavasi la condizione del mancato pagamento entro il termine stabilito dalla legge.

A mio avviso, però questa barbara procedura è stata preceduta da una fase anteriore, ancora più barbara e rigorosa, in cui la sentenza non aveva per oggetto il pagamento di una somma di denaro, ma attribuiva senz'altro immediatamente all'attore il diritto di asservire il *iudicatus*, per modo che, appena veniva emanata, si producevano a danno di costui quelle conseguenze estreme che, secondo la legge decemvirale, si verificavano solo se nei sessanta giorni susseguenti alla *manus iniectio* non fosse stata pagata la somma stabilita dalla sentenza.

Nelle fasi più antiche del processo la condanna al pagamento di una somma di denaro fu indubbiamente del tutto sconosciuta. Ogni sentenza di condanna presuppone che il convenuto soccombente in giudizio abbia leso il diritto dell'attore; ed è noto che nei più antichi tempi la lesione del diritto legittima la vendetta privata. Solo più tardi alla vendetta si sostituiscono le composizioni volontarie e, più tardi ancora, le com-

(1) *Lex XII Tab.* III 1-5.

posizioni legali.⁽¹⁾ Il sistema della vendetta privata, che era necessariamente in fiore nella vita precivica, quando mancava ancora un'autorità superiore che tutelasse il diritto, non è scomparso d'un tratto col sorgere e col consolidarsi dell'autorità dello Stato,⁽²⁾ perchè lo Stato ha cominciato ad intervenire nelle liti fra privati, non già per impedire l'esercizio della vendetta privata, ma per accertare che ad essa si facesse ricorso solo se il diritto dell'attore fosse stato effettivamente leso.⁽³⁾ Quindi nelle fasi più antiche del processo manca completamente la sentenza di condanna al pagamento di una somma di denaro.

Con ciò, per vero, non è ancora dimostrato che la sentenza non abbia avuto sin dall'origine tale contenuto ed abbia invece avuto per effetto di riconoscere subito all'attore il diritto di asservire il convenuto, imperocchè il *iudicium* e la relativa sentenza appaiono sol quando sono state già sorpassate le fasi primitive del processo. Però a sostegno della nostra ipotesi concorrono altri indizi.

(1) In tempi primitivi non solo il delitto, ma anche l'inadempimento delle convenzioni si considera quale un'offesa ed è punito dal punto di vista penale, BONFANTE, *Diritto Romano* pag. 400, *Istituzioni* § 40. — PEROZZI, *Obbligazioni* cit. pag. 56-58; conf. anche il mio studio sul *Risarcimento del danno morale in dir. rom.* in *Bullettino dell'Istituto di dir. rom.* XVI pag. 283 segg. Sulle varie fasi attraversate dalla pena privata conf. da ultimo GIRARD *Manuel*⁵ pag. 394 segg. — COSTA, *Storia del diritto privato romano* (1911) pag. 307 e gli autori ivi cit.

(2) Infatti la vendetta privata perdura ancora nei tempi storici in materia di delitti privati *Lex XII Tab.* VIII, 2, 12, 14 etc.

(3) A questo solo resta ristretto il compito del magistrato nella *manus iniectio*, la quale, come avverte giustamente il GIRARD *Manuel*⁵ pag. 983, non ha potuto, sin dall'origine, essere una procedura esecutiva di un precedente giudicato; ma ha dovuto invece servire solo a far valere dei crediti che la producevano direttamente. Sull'intervento dello Stato nelle controversie tra privati conf. anche le osservazioni del BONFANTE, *Diritto Romano* pag. 486 segg., del PEROZZI, *Istituzioni* II pag. 37 segg. e del SENN *Nouvelle Revue Historique* XXIX (1905) pag. 82.

1). — Sappiamo che nella *legis actio sacramento* il giudice si limitava a decidere quale *sacramentum* fosse giusto e quale ingiusto, ⁽¹⁾ e si ammette comunemente che, se si agiva *in personam* (dell' *a. in rem* non è qui necessario occuparsi), avesse poi luogo l'*arbitrium litis aestimandae* per stabilire quanto il convenuto dovesse pagare all'attore. ⁽²⁾ Ora che alla *legis actio sacramento in personam* facesse seguito questa procedura complementare di liquidazione, non è che una ipotesi. Certo è, in ogni modo, che questo *arbitrium* non potrebbe essere che posteriore alla *legis actio sacramento* ⁽³⁾. Quindi conviene necessariamente ammettere che un tempo il procedimento *in iudicio* aveva termine con la sentenza resa dal *iudex sacramenti*, la quale, dichiarando *iniustum* il *sacramentum* del convenuto, riconosceva implicitamente che era stato leso il diritto dell'attore.

Ciò conferma che la sentenza non ha avuto da principio per oggetto la condanna del convenuto a pagare una somma di danaro all'attore. Nè va poi tralasciato di notare

(1) GIRARD *Manuel* ⁵ pag. 990 n. 2.

(2) Da ultimo in questo senso GIRARD o. c. pag. 991 n. 1. Conf. però le gravi obiezioni del PEROZZI *Istituzioni* II pag. 43 n. 1.

(3) Infatti, se la *legis actio sac.* fosse sorta quando già era in uso la condanna pecuniaria, il *iudex sacramenti* avrebbe dovuto indubbiamente procedere anche alla *litis aestimatio*, perchè, altrimenti, l'*arbitrium* altro non sarebbe stato che un'assurda complicazione procedurale. Di più l'*arbitrium* avrebbe dovuto compiersi mercè la *legis actio per iud. arb. postulationem* (GIRARD *Manuel* ⁵ pag. 992), la quale *legis actio* è però indubbiamente posteriore alla *legis actio sac.* Dal mio punto di vista, l'*arbitrium* sarebbe facilmente spiegabile. Esso si sarebbe a poco a poco introdotto, di mano in mano che declinava il sistema delle composizioni volontarie. L'*arbiter* sarebbe dapprima intervenuto in qualche caso eccezionale per moderare le pretese eccessive dell'attore; in seguito si sarebbe fatto sempre ricorso a lui, quando alle composizioni volontarie si sostituirono quelle legali. Così alla *legis actio sac.* si sarebbe venuta ad aggiungere questa procedura complementare di liquidazione.

che la sentenza doveva essere allora immediatamente esecutiva, doveva cioè attribuire subito all'attore il diritto di asservire il convenuto. Infatti, mancando allora, a differenza di quanto si verificava nella procedura esecutiva regolata dalla legge decenvirale, la condanna del convenuto a pagare una somma all'attore, non occorre attendere che spirasse verun termine per effettuare tale pagamento; e, d'altra parte, non avendo il convenuto diritto di evitare col pagamento l'esecuzione personale, veniva evidentemente meno ogni ragione per ritardare l'esercizio del diritto, spettante in forza di sentenza all'attore, di procedere alla vendita privata.

2). — Gaio (IV, 21) ci attesta che nella *manus iniectio iudicati* non era lecito al *iudicatus manum sibi depellere et pro se lege agere*; ma doveva dare un *vindex*. Come si spiega questa grave limitazione, posta al diritto del *iudicatus* di impugnare la legalità della *manus iniectio*?

Io credo che il *iudicatus* non potesse *manum sibi depellere et pro se lege agere* appunto perchè, in origine, per effetto della sentenza, egli era immediatamente asservito all'attore, e perciò non aveva la capacità necessaria per agire in giudizio. Si consideri che questa limitazione non sussiste rispetto a coloro che subiscono la *manus iniectio pura* (Gaio IV, 24), e che è proprio delle persone, le quali non hanno la piena capacità giuridica, il non poter intentare in proprio nome azioni in giudizio. ⁽¹⁾

3). — Il convenuto soccombente in giudizio è detto *iudicatus*. L'attore, procedendo alla *manus iniectio*, diceva (Gaio IV, 21):

(1) Non mi pare assurdo ravvicinare il *vindex* nella *manus iniectio* all'*adsertor libertatis*. FESTO, v. *Vindex*, mi pare accenni appunto al fatto che chi dà il *vindex* trovasi nell'impossibilità di difendersi perchè è in potere altrui: « *Vindex ab eo quod vindicat, quo minus is qui prensus est ab aliquo teneatur* ». In sostanza, nulla di diverso compie l'*adsertor* nella *vindicatio in servitatem*.

quod tu mihi iudicatus es Anzi talora nelle fonti si parla anche di *adiudicatus*.⁽¹⁾ Queste parole e queste frasi esprimono nettamente l'idea che il giudizio avesse per oggetto la persona del convenuto, e non accennano in verun modo al dovere di pagare una somma di denaro. Il *iudicatus*, di cui si fa menzione nella formula della *manus iniectio*, e l'*adiudicatus* altri non può essere che chi è attribuito in seguito a giudizio all'attore. È quindi ragionevole pensare che tale terminologia si sia venuta formando in tempi in cui la sentenza aveva realmente per effetto di far cadere il convenuto in potestà dell'attore, e che sia rimasta tutt'ora in uso, anche quando diverso fu il contenuto e l'effetto della condanna.

Queste osservazioni mi sembrano sufficienti per ritenere che, emanata la sentenza, il *iudicatus* venisse immediatamente a trovarsi in balia dell'attore. Se qualche dubbio su ciò fosse ancora possibile, esso sarebbe, a mio avviso, rimosso da quanto dirò per rintracciare come da questo rigoroso regime si giunse all'altro, relativamente più mite, della legge decemvirale. Per chiarire tale passaggio conviene però innanzi tutto determinare esattamente in quale condizione venisse a trovarsi il *iudicatus*, che per effetto della sentenza, prima che questa avesse per oggetto il pagamento di una somma di denaro, fosse caduto in potere dell'attore.

§ 3. — Il *iudicatus* poteva essere ucciso. È questo un diritto che trovasi tutt'ora sancito contro di lui dalla legge delle XII Tavole,⁽²⁾ ed è stato indubbiamente il più antico diritto riconosciuto a chi avesse subito un torto.⁽³⁾ Al *iudicatus*, però, l'attore poteva far grazia della vita. In tal caso la legge decemvirale

(1) GAIO, III, 189.

(2) *Lex XII Tab.* III, 5, 6.

(3) Conf. Cap. III § 2.

prescriveva che egli fosse venduto all'estero. Questa vendita, che aveva per effetto di rendere schiavo il *iudicatus*,⁽¹⁾ altro non fu che un surrogato della pena di morte, ed è stata necessariamente introdotta più tardi, perchè presuppone:

a) — che sia già sorta la schiavitù, e sia stato perciò riconosciuto che si può trarre profitto dalla proprietà su di un altro uomo, il quale, pertanto, viene ad acquistare, come servo, un valore dal punto di vista economico e diviene oggetto di scambio;

b) — che sia sorto lo Stato, e con questo il principio, poi in parte abbandonato dallo stesso diritto romano, che per nessuna causa potesse il cittadino diventare schiavo nell'interno della *civitas*.⁽²⁾

Tenendo presente tutto ciò, può dunque dirsi che, nella vita precivica, chi avesse leso l'altrui diritto, veniva a trovarsi di fronte all'offeso in una condizione simile a quella del nemico preso in guerra.⁽³⁾ Da principio veniva senz'altro ucciso; più tardi fu in arbitrio dell'offeso o di ucciderlo, o di ridurlo in servitù. Il sorgere dello Stato e l'organizzarsi dei giudizi non mutarono sostanzialmente questi estremi diritti spettanti all'offeso. Il *iudicatus* poteva ancora essere ucciso o ridotto in schiavitù; ma, poichè non si ammetteva che il cittadino divenisse schiavo nell'interno della città, il *iudicatus* non diventava servo altro che con la *venditio trans Tiberim*.

Nell'intervallo di tempo che intercedeva fra la sentenza e l'uccisione o la vendita, egli doveva essere necessariamente *in causa mancipii* presso l'attore. Infatti il *iudicatus* non poteva essere

(1) GIRARD, *Manuel*⁵ pag. 100.

(2) GIRARD, l. c.

(3) FLORENTINUS, *Dig.* I, 5, 4, 2 *Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare, nec occidere solent.* GIRARD, *Manuel*⁵ pag. 92-93.

libero, perchè era stato dalla sentenza attribuito all'attore, il quale poteva persino ucciderlo; nè poteva essere servo, perchè il cittadino non poteva divenire schiavo nell'interno della *civitas*. Egli era perciò *in causa mancipii*,⁽¹⁾ come è *in causa mancipii* il *filius familias*, abbandonato con la *noxae deditio* alla vendetta dell'offeso.

§ 4. — Accertata così l'originaria condizione del *iudicatus*, è ormai tempo di ricercare come sorse e si fece strada il principio che egli potesse essere liberato mediante *solutio per aes et libram*, il che chiarirà anche il punto fondamentale della nostra ricerca, cioè quale fosse in origine la natura giuridica di questa *solutio*.

Naturalmente ogni possibilità di liberazione veniva meno per il *iudicatus* ucciso dall'attore. Ma altrettanto credo debba dirsi per il caso che egli fosse stato venduto *trans Tiberim*. Invero il *iudicatus* avrebbe, in tal caso, subito la *maxima capitis deminutio* e con ciò gli sarebbe stata definitivamente preclusa la via al riacquisto della libertà, perchè, è noto che, a differenza del prigioniero di guerra, chi era venduto *trans Tiberim*, non godeva dello *ius postliminii*.⁽²⁾ Ma anche indipendentemente da ciò, può escludersi che la *solutio per aes et libram* sia sorta per liberare il *iudicatus* venduto all'estero, perchè questo negozio giuridico solenne del diritto quiritario era accessibile ai soli cittadini⁽³⁾, mentre, in tal caso, il *iudicatus* veniva acquistato

(1) Conf. BONFANTE, *Storia del Diritto Romano*² pag. 209-210, il quale giustamente rileva che i casi di persone *in causa mancipii* dovettero essere frequenti nell'antico diritto. In generale si vede nella *causa mancipii* esclusivamente o quasi esclusivamente una conseguenza della vendita del *filius familias*, fatta dal *pater* nell'interno della città; il che, per vero, non parmi storicamente esatto. Conf. in questo senso da ultimo GIRARD, *Manuel*⁵, pag. 130 segg. — COSTA, *Storia del Diritto Privato Romano* pag. 154.

(2) GIRARD, *Manuel*⁵ pag. 106.

(3) Conf. GAIUS, I, 119.

da uno straniero. Deve perciò ritenersi che la *solutio* non fosse possibile altro che prima che l'attore avesse ucciso o venduto il *iudicatus*, quando cioè costui era ancora *in causa mancipii* nell'interno della *civitas*.

Si avverta poi che la *solutio*, stando alle notizie che possediamo su di essa, poteva essere indifferentemente compiuta dal *iudicatus* stesso o da un terzo.⁽¹⁾ Però, se si ammette, come abbiamo veduto, che la sentenza avesse da principio per effetto di asservire immediatamente il *iudicatus* e che questi fosse *in causa mancipii* presso l'attore, bisogna riconoscere che la possibilità che il *iudicatus* liberasse se stesso altro non può essere che una innovazione di tempi posteriori, e che da principio, invece, la *solutio* poteva essere compiuta soltanto da un terzo nell'interesse del *iudicatus*.⁽²⁾ Parmi quindi lecito concludere che la *solutio per aes et libram* veniva da principio compiuta fra chi aveva *in causa mancipii* il *iudicatus* ed un terzo, il quale, sborsando una data somma di denaro, procurava al *iudicatus* la liberazione. Era, insomma, una vera e propria *mancipatio*, perchè ne ricorrono tutti gli estremi sostanziali e formali; con questa notevole differenza però che, invece, di operare la trasmissione della signoria sul *iudicatus* dal venditore al compratore, aveva per effetto di liberarlo dalla *causa mancipii*.

(1) Dal *iudicatus* stesso GAIUS, III, 174; da un terzo LIVIO 6, 14, 5 *rem creditorum palam populo solvit, libraque et aere liberatum emittit*, conf. anche la disposizione della legge decemvirale, che fa obbligo al creditore di condurre il *iudicatus* a tre mercati, *Lex XII Tab.* III, 5, la quale disposizione è introdotta appunto per dar modo ai congiunti e agli amici di riscattare il *iudicatus*. Si tenga anche presente il noto principio in materia di pagamento: *Solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum* (*Dig.* 3, 5, 38); il quale principio, a mio avviso, risale a tempi assai remoti.

(2) Ciò è ben lungi dal costituire una particolarità della liberazione del *iudicatus*, perchè vedremo che nella fase originaria delle più antiche *obligationes* (furto, ingiuria, *damnum iniuria, nexum, sponsio*) non solo la responsabilità (*Haftung*) dell'inadempimento del debito grava su una persona diversa da quella che deve eseguire la prestazione (*Schuld*), ma l'*obligatus* non può mai liberare se stesso.

Come si spiega questo effetto liberatorio, che, a prima vista, sembra essere inconciliabile con l'ipotesi che la *solutio* fosse una *mancipatio* vera e propria? Potrebbe forse pensarsi che nei più antichi tempi il terzo acquistasse effettivamente la signoria sul *iudicatus* e che poi lo manomettesse. Ma a ciò ritenere osta sia il fatto che la manomissione pare non risalga ad una remota antichità, ⁽¹⁾ sia che l'effetto liberatorio sembra essere la conseguenza diretta ed immediata della *solutio* stessa, anzichè di un atto da questa del tutto indipendente, come sarebbe in tal caso la *manumissio*.

Che cosa dovremo dunque pensare? Se io non mi inganno, può al quesito darsi una esauriente risposta, la quale varrà a confermare ancora una volta le osservazioni testè fatte sul carattere originario della *solutio per aes et libram*. Io credo che questa arcaica *solutio* tragga origine da ciò: il *iudicatus* veniva venduto ai propri agnati, veniva cioè venduto agli appartenenti allo stesso gruppo politico cui apparteneva avanti di cadere *in causa mancipii*, perchè costoro, pur di sottrarlo all'attore, eran disposti a pagarlo più di qualsiasi altro compratore. E questa vendita, che doveva naturalmente essere fatta, trattandosi di vendita di un *mancipium*, con le forme della *mancipatio*, aveva appunto per effetto che il *iudicatus*, tornando fra i suoi, riacquistasse la libertà. In breve, noi troviamo qui in uso quella stessa forma di riscatto, mercè la quale il prigioniero di guerra poteva riacquistare la libertà.

Abbiamo detto che il *iudicatus*, nell'intervallo di tempo che intercedeva fra la sentenza e l'uccisione o la vendita *trans Tiberim*, si trovava presso l'attore in condizione di *mancipium*, ed è altresì noto che la condizione del *mancipium* fu da principio

(1) Poco sappiamo sulla *manumissio sac. causa*, FESTO *v. v. Manumitti, Puri*. Ad una remota antichità non può risalire non solo la *manumissio censu*, ma neppure quella *vindicta*, la quale presuppone la *in iure cessio*, e questa risale a tempi posteriori alla *mancipatio*, MITTEIS *Röm. Privatrecht* I pag. 257. Della *manumissio testamento* non è qui il caso di parlare.

simile a quella dello schiavo. ⁽¹⁾ Ora chi cadeva *in causa mancipii*, Gaio (I, 162) ce lo attesta espressamente, subiva una *capitis deminutio minima*, la quale, trattandosi nel caso del *iudicatus*, di una *persona sui iuris*, aveva necessariamente, per quanto riguarda la *patria potestas*, effetti analoghi a quelli che si verificavano se il *pater familias* fosse caduto in schiavitù; cioè i figli del *iudicatus* non cadevano, come il loro padre, in potestà dell'attore, ma erano liberati dalla *patria potestas* e divenivano *sui iuris*. ⁽²⁾ Essendo poi la *servitus* del *iudicatus* indubbiamente *iusta*

(1) GAIO I, 138 ... *servorum loco habentur*.

(2) Ciò parmi sicuro, benchè non risulti espressamente dalle fonti. Si consideri infatti che: a) l'asservimento, come abbiamo detto, ha sostituito l'uccisione del *iudicatus*, la quale aveva indubbiamente per effetto di rendere *sui iuris* i figli del *iudicatus* stesso; — b) come la liberazione dalla *patria potestas* si verificava quando il *pater familias* cadeva in servitù, così del pari, data l'innegabile analogia che sussisteva in origine tra la servitù e la *causa mancipii*, ciò doveva verificarsi quando il *pater familias* divenisse *mancipium*; — c) niun argomento contro la nostra ipotesi fornisce l'*adrogatio*, perchè questa ha origine, fondamento e scopi assolutamente diversi: si procede all'*adrogatio* per procurarsi dei discendenti, non per esercitare la vendetta contro l'*adrogatus*; questi diviene *filius familias*, non già *mancipium*; — d) quanto dice GAIO I, 135 non solo non è contrario alla nostra tesi, ma forse l'avvalora, sia perchè, se i figli nati prima che il padre cadesse *in causa mancipii* fossero anch'essi divenuti *mancipia*, GAIO avrebbe di ciò fatto menzione in questo punto, sia perchè, se non cadono *in causa mancipii* i figli del *filius familias* concepiti dopo la prima e seconda *mancipazione* (della terza non dobbiamo occuparci, rannodandosi i suoi effetti alla nota disposizione delle *XII Tav.*; *si pater filium ter venunduit* etc. che non è originaria, v. pag. 53 n. 2), a più forte ragione non potevano cadere *in causa mancipii* i figli nati prima che il padre divenisse *mancipium*; perciò, quando chi cadeva *in causa mancipii* era una *persona sui iuris*, i figli, dovevano necessariamente essere liberati dalla *patria potestas*. In ogni modo è certo che il cit. brano di GAIO almeno non prova nulla contro la nostra tesi, perchè si riferisce a un caso sostanzialmente diverso (condizione dei figli nati o concepiti

e verificandosi essa anche nell' interno della città, egli poteva validamente essere venduto da chi l'aveva *in mancipio* con le forme solenni della *mancipatio* (la *in iure cessio* appartiene a tempi più recenti ⁽¹⁾), la quale, naturalmente, doveva anche in tal caso produrre l'effetto proprio di qualsiasi *mancipatio*, doveva cioè trasferire la signoria sul *mancipium* dal venditore al compratore. E ciò infatti doveva avvenire se il compratore era una persona estranea alla *familia*, cui apparteneva il *mancipium* avanti di cadere *in causa mancipii*. Ma, se il compratore era uno degli agnati del *iudicatus* stesso, p. e. il figlio di lui divenuto *sui iuris* in seguito alla *capitis deminutio* subita dal padre, nessuna difficoltà si opponeva a che il venditore, come in qualsiasi altra mancipazione, perdesse la signoria sul *mancipium*. Rispetto invece al compratore gli effetti dovevan essere necessariamente diversi. Infatti, come non si ammetteva che il cittadino potesse essere

mentre il padre è *in causa mancipii*); — e) *sui iuris* divenivano indubbiamente i figli del *fur manifestus addictus* al derubato (anche tale *addictio* deve essere considerata come una mitigazione della pena di morte e questo asservimento costituiva una *poena capitalis: poena manifesti furti ex lege XII Tab. capitalis erat* così scrive GAIO III, 189) e perciò la questione di cui qui fa cenno GAIO I. c. (sulla quale si confrontino le giuste osservazioni del GIRARD *Manuel* ⁵ pag. 406), non sarebbe potuta sorgere, se anche i figli del *iudicatus* non fossero in antico divenuti *sui iuris*; — f) GAIO (III, 199) parlando dei casi di furto di persona libera, ricorda il *iudicatus*, ma non i figli di costui, il che conferma che l'attore non aveva alcun potere su costoro; — g) non solo non risulta, ma non è neppure verosimile che fossero soggetti ad esecuzione i figli del *iudicatus*: la vendetta contro i discendenti del colpevole è, in epoca storica, sconosciuta, al diritto romano persino nei delitti più gravi, FERRINI. *Diritto Penale* (in *Enciclopedia del Diritto Penale diretta da E. Pessina* Vol. I) pag. 12-13; ed è assurdo pensare che a danno del *iudicatus* potessero prodursi conseguenze anco più gravi di quelle che si producevano a danno di chi si fosse reso colpevole dei maggiori delitti. Su tutto ciò conf. del resto anche PEROZZI *Istituzioni* II, pag. 159 n. 3.

(1) MITTEIS, *Röm. Privatrecht* I pag. 257.

schiaivo nella propria città, così del pari non si poteva ammettere che il *pater familias*, ritornando nella propria *familia* in un modo che dal diritto era riconosciuto atto a legittimare tale ritorno, potesse ivi trovarsi in condizione di *mancipium*, in una condizione, cioè, analoga a quella del servo. ⁽¹⁾ Egli ritornava dunque nella sua *familia* come libero: egli, mediante questa *mancipatio*, era liberato dalla *causa mancipii*.

E che così fosse può arguirsi anche dal fatto che il *filius familias in causa mancipii*, se veniva remancipato al proprio padre, ricadeva sotto la sua potestà, da principio, sempre, più tardi, solo se il padre non avesse definitivamente perduto la *patria potestas* per aver venduto tre volte il figlio; ⁽²⁾ il figlio, cioè, ritornava come figlio non come *mancipium* nella sua *familia*. Ciò dimostra che la *mancipatio*, in questo caso, faceva sì che, nonostante la *capitis deminutio* subita dal figlio, si venisse a ristabilire il vincolo agnatizio fra padre e *filius familias*. E se tale riacquisto verificavasi rispetto alla persona *alieni iuris*, è ben naturale che si verificasse altresì rispetto alla persona *sui iuris*, perchè, invero, non saprei proprio vedere per quale ragione il riacquisto dovesse aver luogo nel primo caso e non nel secondo, tanto più che è indubbiamente più assurdo ammettere che il padre potesse essere *in causa mancipii* presso il proprio figlio, che non l'ammettere che il figlio potesse essere *in causa mancipii* presso il proprio padre.

A conferma della nostra ipotesi può in fine addursi anche la disposizione della legge delle XII Tavole che fa obbligo all'attore

(1) Il parallelismo tra la primitiva organizzazione familiare e la *civitas* primitiva è stato assai felicemente messo in luce e spiegato dal BONFANTE in più scritti; conf. da ultimo la sua *Storia del Diritto Romano* 2 pag. 209 segg.

(2) GIRARD, *Manuel* 5 pag. 137-138. Che la prescrizione *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* (*Lex XII Tab.* IIII, 2) non sia originaria parmi possa arguirsi anche dal fatto, comunemente ammesso, che tale prescrizione fu introdotta per punire il *pater familias* che avesse abusato dello *ius vendendi*. Essa pertanto avrebbe limitato un diritto che, da principio, non doveva avere alcun limite.

di condurre il *iudicatus* a tre mercati successivi, proclamando la causa e l'ammontare del debito.⁽¹⁾ La legge decemvirale non ha qui fatto che codificare un uso, formatosi in tempi anteriori. Questo obbligo, che incombeva all'attore, di condurre il *iudicatus* al mercato, aveva indubbiamente per iscopo di dar modo agli amici ed ai congiunti del *iudicatus* di liberarlo, e prova quindi che la sua liberazione soleva avvenire a cura di costoro. Si aggiunga che presso tutti i popoli che hanno conosciuto o conoscono la schiavitù, suole il riscatto ordinariamente avvenire mediante vendita ai congiunti, ai concittadini, agli amici. Si rammenti l'obbligo imposto ai gentili di concorrere alla liberazione del gentile, che non possa dai congiunti essere riscattato dalla prigionia o non possa pagare le condanne a lui inflitte⁽²⁾; si rammenti, soprattutto, l'istituto della *redemptio ab hostibus*. La quale, per quanto si fondi su presupposti in parte diversi da quelli che s'incontrano nella *solutio* (il *captivus* gode del *ius postliminii*), prova però pur sempre che il riscatto dalla servitù soleva avvenire mediante vendita ai congiunti, agli amici o ai connazionali. Non può quindi far meraviglia che il *iudicatus* fosse da principio liberato dalla *causa mancipii* mediante vendita ai propri agnati, e che questa vendita, la quale aveva effetto liberatorio e compivasi mediante *mancipatio*, costituisse la originaria *solutio per aes et libram*.

§ 5. — Resta ora a vedere (il che, per vero, dal nostro punto di vista riesce abbastanza facile) in seguito a quale svolgimento la *solutio* abbia cessato di essere un vero e proprio riscatto del *iudicatus* asservito all'attore, e sia divenuta un modo solenne di estinzione del credito esecutivo derivante dalla condanna pecuniaria.

La *solutio per aes et libram*, quale appare nella fase originaria da noi testè descritta, compivasi senza che in nessun

(1) *Lex XII Tab.* III, 5.

(2) DIONIGI DI ALICARNASSO II, 10.

modo vi intervenisse l'autorità dello Stato. Il giudice allora non aveva altro potere che quello di accertare che l'attore avesse effettivamente diritto di vendicarsi contro il convenuto. Perciò la *solutio* non poteva allora aver luogo altro che se l'attore avesse voluto rinunciare alla vendetta ed avesse altresì acconsentito a mancipare, per un prezzo liberamente pattuito, il *iudicatus* ai propri agnati. Ma col volger del tempo questa originaria condizione di cose doveva necessariamente mutare per le cause stesse che, in materia di delitti privati, portarono all'abolizione del sistema delle composizioni volontarie e all'introduzione delle composizioni legali, imperocchè la *solutio*, in sostanza, altro non era che una rinuncia alla vendetta dietro un compenso liberamente stabilito. Quindi, come in materia di delitti privati lo Stato ha finito per sottrarre all'arbitrio dell'offeso sia il rinunciare alla vendetta mediante un compenso pecuniario, sia lo stabilire l'ammontare del compenso stesso, così del pari ha qui finito per sottrarre interamente la *solutio* all'arbitrio dell'attore. Ciò è avvenuto con l'introduzione della condanna pecuniaria, la quale trae evidentemente origine dall'aver alla fine lo Stato attribuito al giudice, oltre il potere di riconoscere che l'attore aveva subito un torto e che aveva diritto di vendicarsi, anche il potere di determinare a quali condizioni dovesse aver luogo il riscatto del *iudicatus*.⁽¹⁾

Questo nuovo potere attribuito al giudice ha considerevolmente alterato il carattere originario della *solutio*. Per quanto perdurino immutate le antiche forme, e la liberazione del *iudi-*

(1) Conf. infatti GELLIO *Noctes Atticae* XX, 1, 37-38 *Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talioni imperanti non parebat, aestimata lite, iudex hominem pecuniae damnabat.* — Conf. anche GAIO IV, 32: la *factio*, quivi ricordata, contenuta nella formula data al pubblicano, rivela chiaramente che la condanna pecuniaria ha in questo caso preso il posto della somma che, un tempo, veniva liberamente stabilita dalle parti (la *pignoris capio* si compiva senza che vi intervenisse nè il magistrato, nè il giudice, GAIO IV, 29) e che veniva pagata per riscattare il pegno.

catus avvenga pur sempre mediante *mancipatio* agli agnati, ora non è più una facoltà, ma è un obbligo per l'attore procedere a tale *mancipatio*, se gli viene offerto il prezzo stabilito dal giudice nella sentenza; nè egli può pretendere di più. La *mancipatio* è così divenuta obbligatoria per l'attore e si compie alle condizioni fissate dal giudice. L'elemento convenzionale è ora in essa completamente venuto meno; l'attore non vi interviene che per riscuotere la somma indicata dalla sentenza. Ma non basta. Che il convenuto cadesse *in causa mancipii* appena emanata la sentenza, era del tutto giustificato avanti l'introduzione della condanna pecuniaria. Tale asservimento altro non era che una conseguenza del diritto alla vendetta, e questo diritto era allora dalla sentenza immediatamente attribuito all'attore. Col nuovo sistema della condanna pecuniaria e col riconoscimento, a favore del *iudicatus*, di un vero e proprio diritto al riscatto, se quella somma fosse stata pagata, non è più così, perchè il diritto alla vendetta veniva soltanto sotto condizione ad essere attribuito all'attore, soltanto, cioè, se tale pagamento non avesse avuto luogo. Conseguentemente anche l'asservimento del *iudicatus* veniva ad essere subordinato alla condizione del mancato pagamento, e perciò la sentenza non poteva più avere per effetto di far cadere immediatamente il *iudicatus in causa mancipii*: questi frattanto doveva essere libero. E ciò è appunto avvenuto. Infatti la legge decemvirale concede al *iudicatus* trenta giorni di tempo per effettuare il pagamento della somma fissata dal giudice, ed egli, in attesa che trascorra questo termine, è libero di fatto e di diritto. Trascorsi inutilmente questi trenta giorni, l'attore può impadronirsi di lui con la *manus iniectio*; nondimeno il *iudicatus* conserva tutt'ora integra la sua capacità giuridica ⁽¹⁾, il che si spiega agevolmente, tenendo presente che l'attore deve attendere ancora altri sessanta giorni prima di aver diritto di ucciderlo o di venderlo all'estero. Il *iudicatus* pertanto non cade definitivamente

(1) Egli può nutrirsi *de suo*, *Lex XII Tab.* III, 4 e può venire a patti col creditore, *Lex. XII Tab.* 3, 5. GIRARD *Manuel* ⁵ pag. 129.

in potestà dell'attore, altro che se anche questo termine sia inutilmente trascorso.

Tutto ciò, come è facile intendere, non poteva non avere notevoli conseguenze rispetto alla *solutio*. Se, in attesa che trascorressero i termini posti dalla legge per effettuare il pagamento, il *iudicatus* non cadeva più in *causa mancipii* e conservava tutt'ora integra la sua capacità giuridica, nulla più si opponeva a che egli stesso personalmente potesse procedere alla *solutio*. Nè d'altro canto la *solutio* poteva più avere per effetto di liberarlo dalla *causa mancipii*, perchè egli era tutt'ora libero. Così la *solutio* ha cessato di compiersi fra l'attore e gli agnati del *iudicatus*, ed è divenuta un atto che può indifferentemente compiersi dal *iudicatus* stesso o da un terzo qualsiasi; ed ha cessato altresì di essere un vero e proprio riscatto dalla *causa mancipii*, per assumere il carattere di modo formale di estinzione di un credito esecutivo, quale è quello che deriva dalla sentenza.

Dell'originaria *solutio* non restano più nell'epoca classica che le forme; ma in queste e nelle parole solenni, che il *iudicatus* pronunzia allorchè ad essa procede, perdura vivo il ricordo di ciò che essa fu. Le forme sono tutt'ora quelle stesse della *mancipatio*. Il *iudicatus* dice che egli è stato aggiudicato all'attore (*quod ego tibi tot milibus condemnatus sum*); che egli da lui si scioglie, si libera (*me... a te solvo liberoque*). Egli parla così, perchè vi fu realmente un tempo, in cui il *iudicatus* era attribuito all'attore, diveniva suo mancipio, e la *solutio* serviva a scioglierlo, a liberarlo da questo stato di personale soggezione.

Questo svolgimento storico della *solutio per aes et libram* ha evidentemente non poca importanza per la storia dell'*obligatio* romana. Certo, dal solo fatto che questa *solutio* era necessaria per estinguere un dato rapporto obbligatorio, sarebbe troppo affrettato dedurre senz'altro che chi veniva così liberato dovette

da principio essere in *causa mancipii* presso il creditore. Infatti non convien dimenticare che questa *solutio* fu richiesta p. e. anche per liberare l'erede onerato di un legato *per damnationem*, e ciò dimostra che essa ricevette ulteriori applicazioni anche quando aveva perduto il carattere originario ed era divenuta un modo formale di estinzione dei crediti. Nondimeno rispetto ad altre cause obbligatorie, che ora esamineremo e che risalgono a tempi di gran lunga più remoti, vedremo che la *solutio per aes et libram* fu da principio un vero e proprio riscatto della persona libera caduta in *causa mancipii* presso il creditore.

III

LE FASI PRIMITIVE DELLE OBBLIGAZIONI EX DELICTO nascenti dal furto, dalla ingiuria e dal danneggiamento.

§ 1. - Lo svolgimento storico delle obbligazioni *ex delicto* nascenti dal furto, dall'ingiuria e dal danneggiamento. Nostra opinione sull'origine delle composizioni. — § 2. - La *solutio per aes et libram* ed il pagamento delle più antiche composizioni dovute per il furto, l'ingiuria ed il danneggiamento. — § 3. - Il riscatto del colpevole divenuto *mancipium* dell'offeso ed il regime delle composizioni volontarie. — § 4. - Il regime delle composizioni legali ed i suoi effetti sul riscatto del colpevole. -- Conclusione.

§ 1. — È noto che il sistema classico delle *obligationes ex delicto* trae origine dalla vendetta privata, alla quale, col volger del tempo, si sono sostituite le composizioni volontarie e poi quelle legali. ⁽¹⁾ Il furto, l'ingiuria e il danneggiamento (le fonti a noi pervenute ce ne danno prove sicure ⁽²⁾) hanno attraversato tutte queste varie fasi, per quanto non contemporaneamente,

⁽¹⁾ Su questo svolgimento conf. da ultimo GIRARD *Manuel* 5 pag. 393 segg.

⁽²⁾ Per l'ingiuria e per il furto conf. § 3; per il danneggiamento parmi possa arguirsi dal fatto che taluni casi di danni alle cose si considerano dalla legge delle XII Tavole come delitti pubblici e sono puniti con la pena di morte *Lex XII Tab.* VIII 8, 9, 10, 24 b.

perchè, come è facile intendere, nei casi meno gravi il passaggio dalla vendetta alla composizione si è verificato ben presto: esso infatti appare già compiuto al tempo della legge delle XII Tavole ⁽¹⁾; nei casi più gravi questo passaggio è avvenuto più tardi ed è stato compiuto soltanto dal diritto pretorio. ⁽²⁾ Per l'obbietto della nostra ricerca è di sommo interesse, perchè ciò metterà in luce una parte assai notevole della storia dell'obbligazione, rintracciare quanto meglio è possibile come sia avvenuto che il diritto alla vendetta si sia trasformato in un semplice diritto di credito, quale è appunto il diritto, spettante al danneggiato, di ottenere il pagamento della composizione legale.

Io credo che la composizione tragga origine dal riscatto del reo asservito all'offeso. La composizione fu da principio il prezzo, mediante il quale l'offeso, dopo essersi impadronito del colpevole, invece di vendicarsi contro di lui, acconsentiva a venderlo agli agnati; ed il colpevole, ritornando così fra i suoi, nella propria *familia*, non solo evitava la vendetta, ma riacquistava anche la libertà. ⁽³⁾

§ 2. — Ritene giustamente il Mitteis che con le forme solenni della *solutio per aes et libram* dovessero pagarsi le composizioni fisse stabilite dalla legge decemvirale in materia di ingiurie e la composizione dovuta in caso di furto di una somma di denaro. ⁽⁴⁾ Rispetto alle composizioni dovute, secondo la legge stessa, per il furto di cose e, secondo la legge Aquilia, per il *damnum iniuria datum*, impedirebbe, a giudizio del Mitteis, di ritenere che fosse necessaria tale *solutio* il fatto che l'ammontare di queste composizioni, invece di esser determi-

⁽¹⁾ *Lex XII Tab.* VIII, 3, 4, 5, 16.

⁽²⁾ GAIO III, 189; 224.

⁽³⁾ Su questa vendita agli agnati e sul suo effetto liberatorio conf. pag. 50 segg.

⁽⁴⁾ *Röm. Privatrecht* I pag. 274 n. 1.

nato in una somma fissa, si calcolava in base al valore della cosa rubata o danneggiata. Perciò egli ritiene che questa *solutio* non potesse qui trovare applicazione altro che se vi fosse stata una preventiva confessione giudiziale di una somma certa di denaro. ⁽¹⁾

Stando alle notizie a noi pervenute, questa difficoltà rilevata dal Mitteis sussiste indubbiamente. ⁽²⁾ Però, se risaliamo ai tempi più antichi, quando non si era ancora smarrito il ricordo dell'originaria funzione della *solutio per aes et libram*, è lecito almeno dubitare che questa non potesse trovare applicazione altro che rispetto a crediti il cui ammontare fosse certo. Intanto parmi difficile escludere la *solutio per aes et libram* proprio rispetto alle composizioni dovute in forza della legge Aquilia, le quali, a prescindere che derivano da una *damnatio*, crescono al doppio *adversus infitiantem* ⁽³⁾. In tutti gli altri casi in cui la lite *adversus infitiantem crescit in duplum* ⁽⁴⁾, risulta che il pagamento doveva essere fatto per *aes et libram*. ⁽⁵⁾ Inoltre, se le parti, anche senza ricorrere alla confessione giudiziale, erano d'accordo nello stabilire l'ammontare della composizione, non saprei vedere che cosa avrebbe potuto impedire di compiere il pagamento con le forme solenni *per aes et libram*, tanto più che, come abbiamo dimostrato ⁽⁶⁾, questa *solutio* fu in origine una vera e propria *mancipatio* e nella *mancipatio*, al pari di qualsiasi altra vendita, il prezzo era liberamente determinato dalle parti. Si aggiunga che

⁽¹⁾ MITTEIS, I. c.

⁽²⁾ GAIO, III, 175.

⁽³⁾ GAIO, III, 216.

⁽⁴⁾ GAIO, IV, 171 ... *adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si iudicati, aut depensi, aut damni iniuriae, aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur* ... PAOLO I. XIX.

⁽⁵⁾ GAIO III, 173-175. Per quanto concerne l'*a. depensi*, conf. EISELE *Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte* pag. 25.

⁽⁶⁾ Pag. 49 segg.

la *solutio per aes et libram* risale indubbiamente a tempi anteriori a quelli in cui furono introdotte le composizioni legali ⁽¹⁾; perciò il fatto che la somma da pagare fosse determinata di comune accordo dalle parti, come avveniva necessariamente quando le composizioni erano ancora volontarie, non può in verun modo aver impedito che fosse necessaria questa forma solenne di pagamento. ⁽²⁾ In ogni modo, è assai probabile, se non addirittura sicuro, che, anche in caso di furto o di danno, le più vetuste composizioni legali fossero stabilite in una somma fissa. La composizione altro non fu, in origine, che il prezzo della vendetta; e perciò essa a questa, non al valore della cosa rubata o danneggiata, ha cominciato a commisurarsi. Finchè la pena privata ha serbato inalterato il suo carattere originario, a riparare il pregiudizio patrimoniale derivante dal delitto hanno provveduto esclusivamente le azioni reipersecutorie, non le azioni penali. Che la pena sia proporziale al danno arrecato all'offeso

(1) A prescindere dall'alta antichità della *mancipatio*, la *solutio per aes et libram*, quale appare nella fase originaria da noi descritta nel precedente capitolo, non può non risalire a tempi anteriori al costituirsi della *civitas*. Inoltre tale *solutio* serviva anche a liberare sia il *nexus* che lo *sponsor*, e tanto il *nexus* che la *sponsio* sono, come vedremo, istituti precivici.

(2) Infatti con la *solutio per aes et libram* doveva esser pagata la condanna pecuniaria, la quale trae origine dalla composizione volontaria (Conf. pag. 54 segg.). Nè ad ammettere che le composizioni volontarie dovessero essere pagate con la *solutio per aes et libram*, osta il noto principio che basta il nudo patto per estinguere le azioni derivanti dai più antichi delitti o quelle almeno derivanti dal furto e dall'ingiuria *Dig. 2, 14, 17 § 1*, perchè il *pactum*, cui si attribuisce tale efficacia, è quello che nell'antico diritto veniva concluso prima che l'offeso si fosse impadronito del reo; mentre invece il patto relativo alla composizione avveniva, come diciamo nel testo, (pag. 65 segg.), quando già il reo era in potere dell'offeso. La composizione era il prezzo del riscatto dalla *causa mancipii* e tale liberazione non poteva avvenire *nuda voluntate*.

è un concetto sconosciuto al diritto penale primitivo. Il ladro notturno o che si difenda a mano armata, può, secondo la legge decemvirale essere ucciso, qualunque sia il valore della cosa rubata. ⁽¹⁾ Qualunque sia il valore della cosa rubata, il ladro manifesto, secondo la legge stessa, è sempre asservito al derubato. ⁽²⁾ Chi recide gli alberi altrui, deve pagare sempre una ammenda di venticinque assi, qualunque sia il valore degli alberi recisi. ⁽³⁾ In materia di ingiurie, solo il diritto pretorio ha permesso di proporzionare ogni volta la pena alla gravità dell'offesa. ⁽⁴⁾

Ora, se si ammette che le più antiche composizioni dovute per il furto, per l'ingiuria e per danneggiamento, dovettero essere pagate con le forme solenni per *aes et libram*, è lecito pensare anche che la composizione dovuta in questi casi altro non fosse in origine che il prezzo del riscatto del colpevole, asservito all'offeso, perchè, come abbiamo dimostrato ⁽⁵⁾, questa forma di *solutio* servì appunto da principio a riscattare la persona libera, caduta *in causa mancipii*.

§ 3. — Del resto, a sostegno di questa nostra ipotesi sull'origine della composizione, possono addursi altri validi argomenti.

Che al tempo in cui era in fiore la vendetta privata il colpevole divenisse *mancipium* dell'offeso, può dedursi in modo non dubbio da quanto sappiamo sulla fase primitiva del delitto privato. Nei tempi più antichi il delitto ha legittimato la vendetta, la quale allora non ha conosciuto limiti: l'offeso si è impadronito del reo e l'ha ucciso. Di questo primitivo diritto di uccidere il colpevole abbiamo numerosi ricordi. La legge

(1) *Lex XII Tab.* VIII, 12, 13, 24 b.

(2) *Lex XII Tab.* VIII, 14.

(3) *Lex XII Tab.* VIII, 11.

(4) *GAIO* III 223-225.

(5) Pag. 48 segg.

decemvirale permette ancora di uccidere il ladro che sia colto a rubare di notte o che si difenda a mano armata. ⁽¹⁾ Il ladro manifesto è asservito al derubato ⁽²⁾; ma è noto che questa pena, che Gaio dice capitale ⁽³⁾, deve essere considerata come una mitigazione della pena di morte, già un tempo in uso pure in questo caso ⁽⁴⁾. Per la *membra ruptio* la legge stessa permette all'offeso, se il reo non viene a patti con lui, di far ricorso al taglione ⁽⁵⁾; ed anche il taglione non è che un surrogato del diritto di uccidere il colpevole, perchè l'obbligo di proporzionare la vendetta all'offesa è un limite, posto dal costume o dallo Stato, al diritto, in tempi anteriori illimitato, alla vendetta. ⁽⁶⁾

Questo illimitato diritto alla vendetta è poi pienamente in armonia con l'ordinamento sociale primitivo.

Se risaliamo ai tempi anteriori al costituirsi della *civitas*, quando mancava ancora un'autorità superiore che tutelasse il diritto e si avevano gruppi politici autonomi, convien ritenere che il delitto desse luogo ad una vendetta collettiva in tutto simile alla guerra ⁽⁷⁾, e che perciò i colpevoli venissero a trovarsi

⁽¹⁾ *Lex XII Tab.* VIII, 12, 13.

⁽²⁾ *Lex XII Tab.* VIII, 14.

⁽³⁾ GAIO III, 189 *Poena manifesti furti ex lege XII Tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat...*

⁽⁴⁾ Da ultimo FERRINI *Diritto Penale Romano* (nell' *Enciclopedia* diretta dal PESSINA Vol. I) pag. 152.

⁽⁵⁾ *Lex XII Tab.* VIII, 2.

⁽⁶⁾ HITZIG nella raccolta *Zum ältesten Strafrecht* (Lipsia 1905) pag. 36. Se il passo di CATONE *Originum IV*, ricordato da PRISCIANO 6, 13, 69: *si quis membrum rupsit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur* potesse riferirsi ai Romani, avemmo anche la prova che l'*ossis fractio*, prima di essere punita con l'ammenda pecuniaria di trecento assi (*Lex XII Tab.* VIII, 3), fu punita col taglione, il quale, giusta quanto or ora dicemmo, trae origine dal diritto di uccidere il reo. Però è dubbio che il passo cit. si riferisca al diritto penale romano. Sulla questione conf. da ultimo BONFANTE *Storia del Diritto Romano* 2 pag. 601.

⁽⁷⁾ PEROZZI *Le Obbligazioni Romane*, pag. 56-57.

di fronte agli offesi in una condizione analoga a quella dei vinti di fronte ai vincitori. Da questo punto di vista è facile spiegare i tratti più caratteristici del delitto privato: perchè qui la pena abbia a suo fondamento esclusivamente la vendetta; perchè l'uccisione del colpevole non abbia carattere di sacrificio espiatorio ⁽¹⁾; perchè sia in arbitrio dell'offeso non uccidere il reo e rinunciare alla vendetta; e specialmente, ciò che a noi più interessa, perchè il colpevole, di cui l'offeso siasi impadronito, cada in servitù. Sussiste, invero, rispetto al reo la stessa causa, che giustifica l'asservimento del prigioniero di guerra: l'offeso può farlo suo, perchè ha diritto di ucciderlo ⁽²⁾. Se non che, mentre il prigioniero di guerra, essendo uno straniero, continua sempre a cadere in servitù, costituitasi la *civitas*, il colpevole, essendo un cittadino, cade invece *in causa mancipii*, perchè, come abbiamo già avuto occasione di notare, l'antico diritto romano non ammette che il cittadino possa essere servo nell'interno della città ⁽³⁾.

Data pertanto questa innegabile analogia fra la primitiva condizione del reo e quella del nemico vinto in guerra, parmi ragionevole pensare che, come il prigioniero soleva essere riscattato dalla servitù, se il vincitore avesse acconsentito a rilasciarlo dietro adeguato compenso ai propri connazionali, così del pari si sia introdotto il costume, allorchè cominciò a declinare la vendetta privata, di rilasciare, dietro adeguato compenso, agli agnati il colpevole, il quale, ritornando così fra i suoi, evitava la vendetta ed era, per le ragioni già indicate, ⁽⁴⁾ liberato dalla

⁽¹⁾ Come avviene appunto nei delitti pubblici, conf. da ultimo in questo senso BONFANTE *Storia del Diritto Romano* 2 pag. 195.

⁽²⁾ *Dig.* I, 5, 4, 2 *Inst.* I, 3, 3.

⁽³⁾ Pertanto il ladro manifesto diveniva *mancipium* del derubato, come diveniva *mancipium* il *iudicatus*, sinchè non fosse stato venduto *trans Tiberim*. Il dubbio se il ladro potesse divenire servo in seguito all'*addictio*, GAIO 3, 189, non è potuto sorgere che più tardi, quando tra le varie pene, che potevano essere inflitte al cittadino, figurò anche la schiavitù. Conf. GIRARD *Manuel* 5 pag. 100-101.

⁽⁴⁾ Pag. 50 segg.

causa mancipii. E l'ipotesi divien certezza, quando noi troviamo, come accade appunto per le più antiche composizioni legali dovute in caso di furto, di ingiuria e di danneggiamento, che non basta che si paghi la composizione, ma occorre che ciò si faccia con le forme solenni della *solutio per aes et libram*. Queste forme attestano autorevolmente che vi fu un tempo, in cui la liberazione del colpevole era l'effetto di una vendita ⁽¹⁾. Ed una vendita è proprio il riscatto del colpevole nel modo da noi esposto, come una vendita è la *redemptio ab hostibus*.

§ 5. — Come poi sia avvenuto che questo riscatto si sia trasformato in un semplice pagamento, non è davvero difficile dire. Trattasi di uno svolgimento che coincide esattamente con quello che ebbe a verificarsi anche rispetto alla liberazione del *iudicatus* ⁽²⁾, e che può agevolmente essere ricostruito, tenendo presente uno dei punti più sicuri della storia del delitto privato: il passaggio dalle composizioni volontarie alle composizioni legali.

Finchè fu rimesso all'arbitrio dell'offeso il rinunciare alla vendetta e lo stabilire l'ammontare dell'ammenda, la liberazione del colpevole continuò ad essere un vero e proprio riscatto, perchè l'offeso aveva diritto e trovava assai vantaggioso di impadronirsi del reo per poi rilasciarlo dietro adeguato compenso agli agnati. Così facendo, l'offeso non solo si assicurava il pagamento della composizione, ma, con la minaccia di incrudelire contro il colpevole, che aveva in suo potere, riusciva facilmente ad estorcere agli agnati la somma che gli fosse piaciuto chiedere per il riscatto. È questa una forma di coazione, propria dei tempi primitivi e non certo ignota ai Romani. Essa trova, in tempi storici, esatto riscontro nell'antica *legis actio per pignoris capionem*, mercè la quale il creditore s'impadroniva delle cose del debitore e, con la minaccia di distruggerle o di appro-

⁽¹⁾ Pag. 50 segg.

⁽²⁾ Pag. 54 segg.

priarsele, riusciva ad estorcergli un elevato compenso per il riscatto.

Ma quando le composizioni volontarie hanno ceduto il posto a quelle legali, sono venuti meno i presupposti del riscatto. Infatti nei casi in cui lo Stato ha cominciato ad imporre la composizione legale, non è stato più in arbitrio dell'offeso nè il concedere o negare il riscatto, nè il determinare a qual prezzo dovesse avvenire. Il reo aveva ormai un vero e proprio diritto d'essere liberato, pagando nè più nè meno della composizione fissata dallo Stato. Perciò in questi casi non solo è completamente venuto meno l'elemento convenzionale proprio del riscatto, ma, quel che più importa, è venuta altresì meno ogni ragione che giustificasse il preventivo asservimento del reo. Innanzi tutto il colpevole, di cui l'offeso si fosse frattanto impadronito, non sarebbe più caduto in *causa mancipii*, perchè, non avendo più egli, in attesa del pagamento, alcun diritto a far ricorso alla vendetta, sarebbe venuta a mancare la causa giustificatrice dell'asservimento ⁽¹⁾. Il quale asservimento, d'altro canto, non offriva ora più alcun vantaggio all'offeso. Non serviva più a garantire il pagamento della composizione, perchè, istituiti ormai i giudizi, lo Stato stesso assicurava all'offeso il diritto alla vendetta, se il pagamento non fosse stato effettuato, e non era perciò più necessario che egli avesse preventivamente in sua mano il colpevole. Nè l'asservimento poteva più, come in passato, servire quale mezzo di coazione per estorcere un elevato compenso agli agnati del reo, sia perchè la minaccia di incrudelire contro costui sarebbe rimasta priva di effetto, non avendo più l'offeso, in attesa del pagamento della composizione, diritto di vendicarsi, sia perchè egli non poteva chiedere ed ottenere una somma maggiore di quella stabilita dallo Stato. È quindi naturale che

⁽¹⁾ Infatti, come abbiamo già avuto occasione di avvertire (pag. 56), è questa appunto la ragione che spiega perchè il *iudicatus*, in attesa che trascorran i termini posti dalla legge decemvirale per effettuare il pagamento, conservi integra la sua capacità giuridica.

il sorgere delle composizioni legali abbia fatto sì che l'offeso, in attesa del pagamento, più non si sia impadronito del reo e che questi abbia cessato di cadere *in causa mancipii*. Però, come è facile intendere, col venir meno di questo preventivo asservimento, è venuto anche meno l'obbietto del riscatto, perchè, in corrispettivo del pagamento della composizione, non v'è stato più, nè più poteva esservi, il passaggio della signoria sul *mancipium* dall'offeso agli agnati e la conseguente liberazione del reo dalla *causa mancipii*: questi era già libero. Ciò ha determinato un'ulteriore innovazione: il pagamento dell'ammenda non è stato più fatto dagli agnati, ma dal colpevole stesso. Infatti, restando egli frattanto libero e conservando perciò integra la sua capacità giuridica, più non è stato necessario che gli agnati provvedessero, in sua vece, al pagamento della composizione. La trasformazione del riscatto in semplice pagamento è così divenuta completa. Più tardi, quando per il pagamento delle nuove composizioni, che sostituirono quelle più antiche, non fu più richiesta neppure la *solutio per aes et libram*, di questo riscatto si smarrì ogni traccia, ogni ricordo.

Io credo quindi che, per quanto concerne l'origine e lo svolgimento storico dell'obbligazione *ex delicto* nascente dal furto, dalla ingiuria e dal danneggiamento, possa giungersi a questa conclusione:

In una fase primitiva, l'offeso si è impadronito del colpevole e lo ha ucciso. In una fase ulteriore, l'offeso ha continuato pur sempre ad impadronirsi del colpevole; però egli non se ne è impadronito più per ucciderlo, ma solo per costringere i suoi agnati a riscattarlo mediante il pagamento di una composizione volontaria. Finalmente, introdotte le composizioni legali, l'offeso ha cessato di impadronirsi del colpevole, perchè lo Stato ha determinato l'ammontare della composizione e ne ha assicurato il pagamento, riconoscendo all'offeso il diritto dell'azione. In questa fase ultima, il furto, l'ingiuria ed il danneggiamento fanno sorgere a favore dell'offeso soltanto un diritto di credito: il colpevole è giuridicamente obbligato a pagare la composizione legale.

III

I CONTRATTI PRIMITIVI.

I

Il pegno di persona libera nel più antico diritto romano.

§ 1. - Il pegno di persona libera e la primitiva organizzazione sociale romana. — §. 2. - Il pegno sul *iudicatus*, sul colpevole asservito all'offeso e sul *noxae deditus*. La *cautio praedibus*.

§ 1. — Le ricerche di diritto comparato dimostrano che presso i popoli, i quali si trovano in uno stato di civiltà poco avanzato, è largamente in uso il pegno di persona libera. ⁽¹⁾ Può ritenersi che, nei più antichi tempi, questo pegno fosse in uso anche in Roma? Al quesito si potrebbe già senz'altro rispondere affermativamente, tenendo presente quanto risulta intorno

⁽¹⁾ Conf. su questo punto i numerosi scritti citati dal VIARD, *Le Praes* pag. 50 segg.; inoltre MITTEIS, *Über die Herkunft der Stipulation* in « *Aus Römischem und Bürgerlichem Recht* » pag. 123 e *Röm. Privatrecht* I pag. 268; POST, *Giurisprudenza Etnologica* §§ 48 e 228; SCHUPFER, *Il Diritto Privato dei Popoli Germanici* III pag. 225; PARTSCH, *Griechisches Bürgschaftsrecht* I pag. 39, e segnatamente GIERKE, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht* pag. 50 segg. Conf. anche KOSCHAKER, *Babylonisch-Assyrisches Bürgschaftsrecht* pag. 228.

alla primitiva organizzazione sociale romana. Perchè, se si ammette — e il non ammettere ciò parmi ormai addirittura impossibile — che, avanti il costituirsi della *civitas*, non si avessero che gruppi politici autonomi ⁽¹⁾ e che le primitive relazioni fra questi gruppi, le quali servirono poi di base al diritto quiritario, avessero allora quasi il carattere di rapporti internazionali, ⁽²⁾ conviene di necessità ammettere anche che l'adempimento delle convenzioni dovette allora essere garantito mediante ostaggi. L'ostaggio infatti serve, anche in tempi storici, a garantire le convenzioni fra Stati autonomi. E non può dubitarsi che nelle convenzioni internazionali si fa ricorso a questa forma di garanzia, perchè qui perdura una condizione di cose in tutto simile a quella che si ebbe anche nella primitiva organizzazione sociale romana: manca un'autorità superiore che assicuri l'adempimento delle convenzioni, e il venir meno all'impegno assunto si considera quale un'offesa, che dà diritto alla vendetta. ⁽³⁾

Perciò chi non sia animato da preconcetti, dovrà almeno riconoscere che il pegno di persona libera è così in armonia con le primitive condizioni sociali romane, che, sino a prova del contrario, potrebbe senz'altro ritenersi che esso fosse allora in uso.

Ma l'esistenza di questo pegno emerge da prove ancora più sicure. Nondimeno ci è sembrato opportuno avvertire subito come esso si accordi pienamente con la più antica organizzazione sociale romana, perchè ciò non solo giustifica questa forma primitiva di garanzia, ma dimostra anche quanto a torto si vedano con manifesto disfavore teorie recenti, che tentano di ravvisare in taluni vetusti istituti del diritto quiritario tracce più o meno visibili di questo pegno.

⁽¹⁾ BONFANTE, *Storia del Diritto Romano* ² pag. 76 segg., pag. 184 segg., 208 segg.

⁽²⁾ BONFANTE, *Diritto Romano* pag. 345, *Istituzioni* ⁴ pag. 135 n. 2; PEROZZI, *Obbligazioni* pag. 56 segg.

⁽³⁾ BONFANTE, *Diritto Romano* pag. 400; PEROZZI, o. c. pag. 56.

§ 2. — I casi in cui si fa luogo al pegno di persona libera, abbondano nell'antico diritto.

Ricercando quale fosse nelle fasi primitive del processo la condizione del *iudicatus* e ricostruendo lo svolgimento storico del delitto privato, vedemmo già che il sorgere delle composizioni volontarie non rese superfluo, nè fece d'un tratto scomparire l'uso che l'attore e l'offeso si impadronissero del *iudicatus* e del colpevole. Per molto tempo ancora si continuò a ciò fare, perchè in tal modo l'attore e l'offeso non solo si assicuravano il pagamento della composizione, ma, con la minaccia di incrudelire contro il *iudicatus* e il *colpevole*, riuscivano anche ad estorcere ai congiunti un più elevato compenso per il riscatto. ⁽¹⁾ L'attore e l'offeso, impadronendosi del giudicato e del colpevole, venivano perciò ad acquistare sulla persona di costoro quello stesso diritto di pegno, che sulle cose del debitore, di cui si fosse impadronito, acquistava il creditore nella fase più antica della *legis actio per pignoris capionem*. Anzi, per quanto concerne il *iudicatus*, l'attore ha conservato anche sotto l'impero della legge delle XII tavole, un diritto di pegno, benchè di natura un po' diversa, sulla persona del *iudicatus* stesso, perchè egli ha pur sempre diritto, trascorsi trenta giorni dalla sentenza, di impadronirsene mediante la *manus iniectio* e di ucciderlo o venderlo *trans Tiberim*, se entro sessanta giorni non gli è pagata la somma stabilita dal giudice ⁽²⁾.

In un diritto di pegno si trasforma la signoria sul *filius familias noxae deditus*, quando fu riconosciuto che egli dovesse esser liberato, se colui al quale era stato dato in noxa avesse per suo mezzo acquistato quanto gli spettava per il danno patito ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Pag. 50 segg.; pag. 66-67.

⁽²⁾ *Lex XII Tab.* III, 5.

⁽³⁾ *Coll.* 2, 3, 1.

Prescindendo dal *vindex* e dai *vades*, un ostaggio fu certamente da principio, il *praes* ⁽¹⁾. È noto che non pochi istituti giuridici, i quali nei tempi storici trovano applicazione soltanto nel processo e nel diritto pubblico, risalgono a tempi remotissimi ed hanno speciale importanza dal punto di vista della storia del diritto, perchè per molto tempo hanno conservato pressochè inalterati i caratteri primitivi ⁽²⁾. Anche la *cautio praedibus*, che, stando a quanto risulta dalle notizie a noi pervenute, sembra trovasse applicazione solo nel processo e nei contratti con lo Stato, ci ha conservato un ricordo veramente prezioso di una forma di garanzia personale, che dovette sorgere ed essere in uso in tempi remotissimi, forse ancor prima che la *civitas* fosse costituita. Sappiamo in modo non dubbio, perchè risulta dalle fonti, che da principio mediante questa *cautio* obbligavasi non il *manceps* o il debitore, ma il *praes* soltanto, e che questi soltanto, e non già il debitore, o il *manceps*, era responsabile di fronte allo Stato o al creditore, se l'impegno così garantito, non fosse stato adempiuto. Sappiamo anche che in una fase successiva si sono obbligati anche il *manceps* o il debitore ed hanno assunto la responsabilità che assumeva il *praes*, facendosi con questi *praedes* di se stessi. ⁽³⁾

Questa figura di garanzia in cui non risponde il debitore, ma solo il garante, è in aperto contrasto con i principi, che in materia di garanzie personali vigono in età avanzata. Essa però è pienamente in armonia con i principi dell'antico diritto, come risulta dal fatto che s'incontra frequentemente presso popoli,

(1) Conf. VIARD o. c. pag. 47 segg.; MITTEIS, *Über die Herkunft der Stipulation* o. c. pag. 123.

(2) p. e. la *pignoris capio* concessa al magistrato, la *sponsio* e la *noxae deditio* in uso nei rapporti internazionali.

(3) Su tutto ciò conf. specialmente MITTEIS, scritto cit. pag. 120 segg. Conf. anche VIARD o. c. pag. 63; PEROZZI, *Istituzioni II*, pag. 155.

i quali trovansi tutt'ora in uno stato di civiltà poco progredito ⁽¹⁾.

È facile intendere che in tempi in cui lo Stato ancora non è sorto, od ancora non ha assunto la tutela del diritto, v'è pericolo non solo che il debitore non adempia l'impegno che ha contratto, ma che si sottragga anche, con la fuga o con la violenza, alla vendetta del creditore. Perciò chi non vuole concludere un negozio puramente fiduciario, si trova allora necessariamente costretto ad esigere delle garanzie dal debitore. La garanzia che suole in generale darsi, è il pegno; ed è appunto il pegno su persona libera. È il pegno, perchè il creditore vuole preventivamente avere in sue mani la garanzia per essere sicuro che, in caso di inadempimento, egli potrà soddisfarsi su di essa. Ed è il pegno su persona libera, perchè ciò che in tempi primitivi vuole assicurarsi il creditore, non è nè il risarcimento del danno, nè la composizione, ma soltanto l'esercizio della vendetta privata.

Ora è evidente che, finchè dura questo stato di cose, il debitore non può in verun modo assumere la garanzia del proprio debito. Il garante, dato in pegno, viene necessariamente a trovarsi presso il creditore in una condizione, se non identica, certo simile a quella del servo ⁽²⁾; quindi, se il debitore desse in

(1) PACCHIONI negli *Studi in onore di F. Schupfer* I pag. 203 segg.; VIARD, o. c. pag. 64-65; MITTEIS, scritto cit. pag. 123; GIERKE o. c. pag. 56 segg.; per l'antico diritto polacco, conf. il riassunto del libro del DABKOWKI PRZEMYSŁAW nel *Bulletin de la société polonaise pour l'avancement des sciences* I-VIII 1908, pag. 56 segg., citato dal COSTA, *Storia del Diritto Priv. Rom.* pag. 440 n. 1.

(2) Infatti l'ostaggio, dato a garanzia delle convenzioni internazionali, è in una condizione simile a quella del *captivus*, Dig. 49, 14, 31. 32. 28, 1, 11. Altrettanto dovette in origine verificarsi allorchè si costituiva un pegno su di una persona libera, sia perchè costui usciva dalla propria *familia* per entrare nella *familia* del creditore, nella quale, essendo straniero, doveva trovarsi come *mancipium*, sia perchè, mediante questo pegno, non si sarebbe pienamente raggiunto lo scopo di assicurare la vendetta, se chi era dato in pegno non fosse caduto in potestà del creditore.

pegno se stesso, verrebbe non solo di fatto, ma anche di diritto, a porsi nell'impossibilità di adempiere il debito che ha contratto. Naturalmente, non potendo il debitore dare in pegno se stesso, occorre che altri si dia in pegno per lui. Così sorgono queste figure di garanzie in cui risponde il garante, ma non il debitore. Le quali garanzie, giudicate in base ai principî di diritto che vigono in tempi più progrediti, appaiono inesplicabili; giudicate invece alla stregua dei principî di diritto e delle condizioni sociali proprie dei tempi in cui esse sorsero, s'intendono agevolmente, perchè altro non sono che la logica e necessaria conseguenza di quei principî e di quelle condizioni.

Ecco dunque perchè il debitore o il *manceps* non hanno potuto sin da principio assumere la responsabilità del *praes*: questi era dato in pegno, e il debitore o il *manceps* non potevano dare in pegno se stessi. Infatti non va tralasciato di notare che le fonti parlano costantemente di *praedes dare, praedes accipere*,⁽¹⁾ il che conferma che vi fu un tempo, in cui i *praedes*, al pari degli ostaggi, venivano effettivamente consegnati a chi era prestata la *cautio*.

Può aggiungersi che quel che rese possibile in progresso di tempo al debitore o al *manceps* di assumere la responsabilità del *praes*, fu appunto il venir meno di questa preventiva consegna. Quando, col volger del tempo, lo Stato si è assunto il compito di tutelare il diritto, è venuto a cessare il pericolo che il garante potesse sottrarsi con la forza o con la fuga alla vendetta del creditore, perchè lo Stato ha assicurato al creditore l'esercizio di questo suo diritto. Allora, ed allora solo, si è potuto fare a meno di consegnare preventivamente il garante, il quale, pertanto, in attesa che il debitore adempisse il debito, non solo è rimasto libero di fatto, ma ha altresì conservato integra la sua capacità giuridica. Con ciò è venuto meno l'ostacolo, che rendeva impossibile al debitore di assumere la

(1) *Lex Latina Tabulae Bantinae* 11; *Lex Acilia repetundarum* 57, 61, 66-67; *Lex Agraria* 47; *Lex municipii Tarentiui* 9, 13-14, 17-18; *Lex Coloniae Genetivae Iuliae* LXXV; *Lex municipii Malacitani* LX, LXIII; *Lex parietali faciendo Puteolana* 5; GAIUS, IV, 13. 16. 94.

garanzia del proprio debito; ed egli allora ha potuto assumere, ed ha effettivamente assunto la responsabilità che prima assumeva solo il garante e con questi si è fatto *praes* di se stesso.

Concludendo: anche la *cautio praedibus*, nella sua fase primitiva, può senza timore di errare essere annoverata fra i casi di pegno di persona libera, che furono in uso nei tempi più antichi di Roma. Essa, anzi, ha una speciale importanza, perchè dimostra in modo sicuro l'evoluzione che questo pegno primitivo ha subito col sorgere e con l'affermarsi dell'autorità dello Stato.

Dopo quanto abbiamo qui avuto occasione di dire, non potrà destare meraviglia, se, ricercando l'origine e lo svolgimento storico del *nexum* e della *sponsio*, dovremo ancora imbatteci nel pegno di persona libera. A dire il vero, dovrebbe sorprendere che non fosse così.

2

Il nexum.

§ 1. - Come deve esser posto il problema relativo al *nexum*. — § 2. - Il *nexum* abolito dalla legge *Poetelia*. Nostra opinione in proposito. — § 3. - Principali ragioni che vietano di ritenere il *nexum* un contratto munito di forza esecutiva. — § 4. - La fase primitiva del *nexum*. — § 5. - Il *nexum* quale appare dalle notizie a noi pervenute. — § 6. - L'abolizione del *nexum*. — § 7. - Il *nexum aes*. I passi di Q. Mucio, di Varrone, di Festo e di Gaio sul *nexum aes*. — § 8. - La struttura originaria del *nexum aes*. — § 9. - Il *nexum aes* negozio formale *per aes et libram*.

§ 1. — L'annosa disputa per decidere se il *nexum* fosse un contratto di mutuo avente forza esecutiva o non piuttosto una mancipazione fiduciaria, a scopo di garanzia, della persona del debitore, o dei suoi figli, od anche delle sue opere, è ben lungi dal potersi dire sopita. Anzi, specialmente in questi ultimi tempi, dopo la poderosa critica che fece il Mitteis all'opinione, allora quasi dominante, dell'Huschke, le più svariate ipotesi sono state espresse su questo vetusto istituto romano.⁽¹⁾ Ma la disputa continuerà ancora senza giungere a risultati definitivi, finchè il problema non verrà posto nei suoi veri termini. Perchè

⁽¹⁾ Un elenco dei numerosissimi scritti antichi e recenti sul *nexum* trovasi in COSTA, *Storia del Diritto Romano Privato* (Torino, 1911) pag. 332 n. 2. Agli scritti ivi cit. sono però da aggiungere: BERTOLINI, *Appunti Didattici* pag. 7 segg.; MITTEIS, *Röm. Privatrecht* I pag. 136; PEROZZI, *Istituzioni* II pag. 158; PACCHIONI, *Corso di Diritto Romano* II pag. 511; CERIOLI, *Sull'origine e sul concetto di obligatio* (tesi di laurea, Torino 1909) pag. 8 segg.; BEKKER, *Vermutungen* nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* XXX pag. 30-41; EISELE, *Studien zur röm. Rechtsgeschichte* (Tubingen 1912) pag. 1 segg.

è fuori di dubbio che vi sono stati due *nexa*: l'uno che aveva per obbietto la persona del debitore (*nexus*) e che fu abolito dalla *lex Poetelia*; l'altro che aveva per obbietto una somma di denaro (*nexum aes*) e che sopravvisse a questa legge.⁽¹⁾ È facile intendere che finchè questi due *nexa* non si terranno nettamente distinti, e si continueranno, come d'ordinario avviene, a confondere le notizie che si riferiscono all'uno con quelle che si riferiscono all'altro, riuscirà sempre impossibile ricostruire esattamente questo arcaico e complesso istituto. Il problema relativo al *nexum*, più che nel decidere se fu un pegno di persona libera o non piuttosto un mutuo, consiste dunque nel determinare che cosa fu il *nexum* abolito dalla legge *Poetelia*, che cosa fu il *nexum* rimasto a lungo in vigore dopo questa legge.

§ 2. — Il *nexum* abolito dalla legge *Poetelia*. — Le notizie a noi pervenute su questo *nexum*, permettono, a mio avviso, di ritenere come sicuri i punti seguenti:

1) — il *nexum* si compiva con le forme della *mancipatio*;⁽²⁾

⁽¹⁾ Infatti del *nexum aes* parlano concordemente come di un istituto ancora vigente Q. MUCIO, VARRONE (VARRONE, *De lingua latina* VII, 105), FESTO, (v. *nexum aes*) e persino GAIO, III, 173 (su questo passo conf. pag. 92 n. 2).

⁽²⁾ Tra il *nexum* e la *mancipatio* dovevano intercedere rapporti assai stretti, come risulta dal fatto che spesso nel linguaggio giuridico si adopera la parola *nexum* per indicare appunto la *mancipatio*: MANLIO, cit. da VARRONE, *De lingua latina* VII, 105 (conf. pag. 93 n. 1); CICERONE, *pro Mur.* II, 3; *de har. resp.* VII, 14; *parad.* V, 35; *top.* V, 28; *ad fam.* VII, 30, 2; *de rep.* I, 17, 27. *de orat.* I, 38, 173; BOEZIO in *Cic. top.* V, 28; FRONTINUS, *De contro. agr.* (LACHM.) pag. 36, 3; GAIO, II, 27. I casi di *nexum*, ricordati da ELIO GALLO (FESTO (v. *Nexum*), altro non sono che casi di *mancipationes* (sulla *nexi liberatio* pag. 83 n. 1). Finalmente il *nexum* è ravvicinato alla *mancipatio* nel noto passo della legge delle XII Tav. (VI, 1): *cum nexum faciet mancipiumque* etc., nè trovo alcun motivo che consigli di correggere questo testo o di sospettare che sia interpolato. Sulle ragioni di tale ravvicinamento, conf. pag. 84 n. 1.

2) — ad esso si ricorreva, allorchè si dava denaro a mutuo; ⁽¹⁾

3) — la restituzione della somma doveva essere fatta con la *solutio per aes et libram*; ⁽²⁾

4) — la *lex Poetelia* abolì il *nexum*, perchè era eccessivamente gravoso per il debitore. ⁽³⁾

Io credo che il *nexum* fosse in origine un negozio giuridico diretto a dar vita ad un vero e proprio diritto di pegno su persona libera; ma credo altresì che esso abbia, col volger del tempo, subito uno svolgimento storico che coincide esattamente con quello, che testè vedemmo ebbe a verificarsi nella *cautio praedibus*. Da principio il *paterfamilias*, per garantire la restituzione della somma avuta a mutuo, mancò fiduciarmente *pignoris iure* al creditore una o più persone libere sottoposte alla sua potestà. Col volger del tempo però gli effetti di questa *mancipatio* si vennero attenuando. Dapprima s'introdusse, a poco a poco, il costume di rilasciare, in attesa che il debitore restituisse la somma presa a mutuo, precariamente il *nexus* presso il debitore. ⁽⁴⁾ In seguito il *nexus* più non cadde *in causa mancipii* sin dal momento in cui il *nexum* veniva concluso: egli restò frattanto libero di fatto e di diritto, e solo se la somma non era restituita alla scadenza, egli fu asservito al creditore. In una fase ultima, quando già il diritto del creditore erasi così modificato, il debitore ha assunto egli stesso la responsa-

⁽¹⁾ Il *nexum* appare sempre contratto in occasione del mutuo, e LIVIO, parlando dell'abolizione del *nexum*, ricorda espressamente la *pecunia credita*. LIVIO VIII, 28: *pecunia creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*.

⁽²⁾ Risulta dal fatto che il *nexum* veniva concluso *per aes et libram*, e dal fatto altresì che tale *solutio* era richiesta anche per sciogliere il *nexum* rimasto in vigore dopo la legge *Poetelia*, GAIO III, 173.

⁽³⁾ LIVIO VIII, 28; CICERONE, *De rep.* II, 34; VARRONE, *De lingua latina* VII, 105; DIONIGI DI ALICARNASSO XVI, 5.

⁽⁴⁾ Ciò è avvenuto anche nella *fiducia* e nel pegno, GAIO II, 60; *Dig.* 43, 26, 6, 4. 2, 8, 15, 2; ISIDORO, *Orig.* V, 25, 17.

bilità del *nexus*. ⁽¹⁾ Allora, ed allora soltanto, quando il *nexus* non diveniva più *mancipium* del creditore altro che se alla scadenza la somma non fosse stata restituita, è stato possibile al debitore di mancipare al creditore se stesso, oppure se stesso e le persone libere sottoposte alla sua potestà. ⁽²⁾

Questo svolgimento chiarisce un punto, addirittura fondamentale, lasciato molto oscuro dai non pochi che pur hanno giustamente ravvisato nel *nexum* una forma primitiva di garanzia personale: come mai il debitore potesse mancipare se stesso al creditore. Il che, per vero, non può, a prima vista, non apparire abbastanza enigmatico. Infatti questa *Selbstmancipation* ha dato occasione ai seguaci dell'Huschke di muovere agli avversari talune critiche facili e, in parte almeno, fondate.

§ 3. — Il *nexum* è un negozio giuridico che si compie con le forme della *mancipatio*. Ora, in tutti gli altri casi in cui l'antico diritto richiede l'osservanza di queste forme, trattasi sempre costantemente di negozi che sono, o che da principio furon diretti a trasmettere la signoria sulle cose o sulle persone. Così è nella *fiducia*; così è nella *coemptio*; così è nel *testamentum per aes et libram*, che, come è noto, trae origine da una mancipazione fiduciaria che il testatore soleva fare all'*emptor familiae*; ⁽³⁾ la stessa *solutio per aes et libram* fu, nella sua fase originaria, come abbiamo già veduto ⁽⁴⁾, una vera e propria alienazione del debitore, divenuto *mancipium* del creditore. Quindi, poichè anche il *nexum* è un negozio giuridico che si compie con

⁽¹⁾ Anche il VIARD, *Le Praes* pag. 49-50 accenna all'ipotesi che nel *nexum* si sia verificato uno svolgimento analogo.

⁽²⁾ Così si spiega agevolmente come in taluni casi siano responsabili dell'inadempimento del debito anche i figli del debitore, LIVIO II, 24; DIONIGI DI ALICARNASSO VI, 26. 29.

⁽³⁾ GAIO II, 102-104.

⁽⁴⁾ Pag. 40 segg.

le forme della *mancipatio*, e poichè anzi spesso non solo è a questa ravvicinato, ma è addirittura con questa confuso ⁽¹⁾, conviene innanzi tutto vedere se anche esso servì da principio a trasmettere, la signoria sulle cose o sulle persone; e sarà lecito ricorrere ad altre ipotesi, sol quando sarà in modo non dubbio dimostrato che, ciò ammettendo, riesce assolutamente impossibile dare una soddisfacente spiegazione di questo antico istituto. Però tale impossibilità non sussiste in verun modo.

Sappiamo che, durante tutta l'epoca classica, fu presso i Romani vivo ed assai diffuso il costume di ricorrere appunto alla *mancipatio* per assicurare la restituzione del denaro dato a mutuo: alludiamo evidentemente alla *fiducia cum creditore*. Ora è certo che la *mancipatio*, fin da tempi remotissimi, quando essa era tutt'ora una vera vendita a contanti, ha potuto agevolmente servire a raggiungere questo scopo, assumendo l'aspetto di una compravendita con patto di riscatto. Invero niuna difficoltà si opponeva a che taluno allora vendesse una cosa, facendosi dal compratore promettere che glie l'avrebbe remancipata, quando a lui fosse restituito il prezzo che aveva pagato. Le parti in tal modo avrebbero, in apparenza, concluso una compravendita; in realtà, un mutuo garantito da pegno. Il quale pegno avrebbe perfettamente garantito il creditore, anche prima che lo Stato avesse assunto la tutela del diritto. Il creditore infatti all'atto stesso in cui avesse dato il denaro a mutuo, avrebbe avuto in suo potere la cosa data in pegno; e, se alla scadenza la somma non fosse stata restituita, egli non avrebbe avuto bisogno nè di esperire azioni, nè di ricorrere alla vendetta contro il debitore, perchè, giusta l'accordo intervenuto, egli avrebbe definitivamente acquistato la cosa già a lui in precedenza mancipata.

Sorge così spontanea l'ipotesi che il *nexum*, abolito dalla legge *Poetelia*, altro non fosse che una mancipazione fiduciaria, conclusa per garantire la restituzione del denaro dato a mutuo e avente per oggetto, invece di una cosa, la persona stessa del *nexus*.

(1) Conf. pag. 77 n. 2.

Ma può ammettersi che questo fosse l'antichissimo *nexum* o non deve, piuttosto ritenersi che esso abbia dato vita ad un vero e proprio contratto di mutuo avente forza esecutiva? Evidentemente no. Innanzi tutto chi ravvisa nel *nexum* un contratto di mutuo riferisce al *nexum* abolito dalla legge *Poetelia* talune notizie relative all'altro *nexum* rimasto lungamente in uso dopo questa legge, ⁽¹⁾ e le interpreta inesattamente ⁽²⁾. Inoltre, se il *nexum* avesse dato vita ad un semplice diritto di credito, sia pure munito di forza esecutiva, converrebbe forse escludere che esso risalga ad una remota antichità, perchè diversa è la natura dei contratti che appartengono a tempi primitivi. ⁽³⁾ Resterebbe poi a spiegare, e non con argomenti più o meno fantastici, perchè per concludere e per sciogliere il *nexum*, fossero necessarie le forme della *mancipatio*, le quali (è strano che occorra rilevarlo) non consistono solo nel pesare il metallo alla presenza di testimoni, e furono, in origine almeno, costantemente richieste non per il pagamento di somme di denaro, ma per trasmettere la signoria sul *mancipium* e sulle *res mancipi*.

Si aggiunga che la parola *nectere* indica, se non proprio esclusivamente, certo però almeno assai frequentemente il costi-

(1) Segnatamente le notizie che del *nexum* ci danno Q. MUCIO, VARRONE (VARRONE, *De lingua latina* VII, 105), FESTO v. *nexum aes* e GAIO III. 173.

(2) Nei passi citati di Q. MUCIO, VARRONE e FESTO la parola *obligari* non sta a significare che mediante il *nexum* si costituisce un rapporto di credito; ma sta a significare invece che si costituisce un vincolo di garanzia; conf. § 7.

(3) Come abbiamo già avuto occasione di dire, pag. 69 segg., i contratti primitivi servono a costituire un vincolo di garanzia e questo vincolo grava di regola su una persona diversa dal debitore. Di tutto ciò troveremo una conferma autorevolissima, esaminando la funzione originaria della *sponsio* (Conf. Cap. IIII, 3, § 5).

tuirsi di un vincolo di garanzia⁽¹⁾. È quindi ragionevole pensare che il *nexum* sia stato un negozio giuridico diretto a contrarre un vincolo di garanzia. Questo vincolo doveva poi necessariamente gravare sulla persona del *nexus*, perchè, se chi aveva contratto il *nexum* dicevasi *nexus*, convien ritenere che oggetto di tale negozio fosse appunto la sua persona e che su questa gravasse la garanzia, alla stessa guisa che, quando trovasi detto che la *res* è *nexa*,⁽²⁾ altro non si può intendere con ciò che la cosa soggiace ad un vincolo di garanzia. Infatti non mancano testi che mettono chiaramente in evidenza che il *nexus* veniva dato al creditore e che a questi era assoggettato il suo corpo⁽³⁾; nè ciò deve sorprendere, perchè abbiamo già veduto che il pegno di persona libera non fu ignoto al più antico diritto romano.

Finalmente, ritenendo che il *nexum* fosse in origine un negozio diretto a costituire un vincolo di garanzia sulla persona del *nexus*, può spiegarsi non solo perchè, come abbiamo già

(1) *Dig.* 2, 14, 52, 2 *si quas summas, propter tributiones praedii pignori nexi factas, creditor solvisset.* 10, 2, 33 *partem nexu pignoris liberam consequatur.* 13, 7, 27 (*species auri*) *voluntate domini nexae videntur.* 43, 4, 1, 4 *rem suam putabat vel sibi nexam vel certe non esse debitoris.* 49, 14, 22, 1 *Res... nexas pignori distrahere.* *Teod.* 2, 30, 2 *Nexum non faciat praediorum, nisi persona, quae iure potuit obligari.* *Cod.* 4, 24, 3 *qui praedium pignori sibi nexum detinuit.* 10 pr. eod. *debitores pignori quondam res nexas petentes.* 5, 70, 2 *Si fundus tibi pignori nexus est.* 8, 18, 2, 1 *pignoraque tibi nexa persequi.* 8, 25, 7 *fundi qui nexus pignori fuerit.* 8, 27, 2 *Creditor qui hypothecae seu pignori rem sibi nexam vendiderit.* 7 eod. *quae pignori sibi nexa erant.*

(2) Conf. i testi cit. alla nota precedente.

(3) VARRONE, *De lingua latina* VII, 105; DIONIGI DI ALICARNASSO VI, 83; LIVIO VIII, 28 (conf. su questi testi le osservazioni del MITTEIS *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* XXII pag. 118 segg.); VALERIO MASSIMO VI, 9.

avvertito, si contraesse mediante *mancipatio*, ma anche perchè il *nexum* abbia potuto addirittura esser confuso con questa. Il *nexum* fu indubbiamente il precedente storico della *fiducia cum creditore*.

Nei numerosi passi di giuristi e di scrittori in cui la parola *nexum* sta ad indicare la *mancipatio*⁽¹⁾, il *nexum* comprende indubbiamente anche la *mancipatio pignoris iure*. E se nelle fonti classiche la garanzia reale costituita mediante trasferimento fiduciario di proprietà non si dice più *nexum* ed ha assunto invece il nome di *fiducia*, ciò nulla prova contro la nostra tesi. Perchè non bisogna dimenticare che la *fiducia* può contrarsi anche mediante *in iure cessio*, può avere per oggetto anche *res nec mancipi* e da essa sorge l'*actio fiduciae*; mentre l'antico *nexum* esigeva la *mancipatio*, restava ristretto alle sole *res mancipi* e da esso non sorgeva l'*actio fiduciae*, che, a quanto sembra, è stata introdotta relativamente tardi. È quindi naturale che nelle fonti giuridiche dell'età imperiale, più non si parli di

(1) Conf. i testi cit. a pag. 77 n. 2. Inoltre, a mio avviso, la *nexi liberatio*, ricordata da ELIO GALLO (FESTO v. *Nexum*), altro non è che il riscatto di ciò che è stato mancipato *fiduciae causa*. Infatti è impossibile riferire questa *nexi liberatio* al *nexum* abolito dalla legge *Poetelia*, perchè ELIO GALLO ne parla come di una *solutio* tutt'ora in vigore (egli adopera il presente: *in quo genere sunt haec*). E neppure può pensarsi che questa *nexi liberatio* sia la *solutio per aes et libram*, perchè in tal caso converrebbe ammettere che, al tempo in cui viveva ELIO GALLO, chi era debitore per una causa obbligatoria la quale esigeva tale *solutio*, si dicesse *nexus*, il che non è verosimile, tanto più che in taluni casi di *solutio per aes et libram* questa designazione sarebbe stata del tutto ingiustificata (p. e. rispetto all'erede onerato di un legato *per damnationem*). Dunque nella frase in questione la parola *nexi* è il genitivo non di *nexus*, ma di *nexum*, e, poichè *nexum* è sinonimo di *mancipium*, la *nexi liberatio* è il riscatto di ciò che è stato mancipato fiduciarmente.

nexum, ma di *fiducia*.⁽¹⁾ Tuttavia, pur nelle fonti più tarde, non è punto smarrito il ricordo di questa originaria funzione del *nexum*, perchè la parola *nectere* è tutt'ora largamente adoprata, ed anzi è addirittura parola tecnica, per indicare il vincolo che nelle garanzie reali grava sulla cosa.⁽²⁾

§ 4. — Però, se si ammette che il *nexum* fosse una vera e propria *mancipatio pignoris iure*, bisogna anche ritenere che la persona così mancipata, il *nexus*, divenisse *mancipium* del creditore sin dal momento in cui il *nexum* era stato concluso. E conviene altresì necessariamente ritenere che questa persona, data in garanzia, fosse una persona diversa dal debitore, perchè, a prescindere da ogni altra considerazione, se il debitore avesse ciò fatto, si sarebbe posto nell'impossibilità di restituire la somma avuto a mutuo. Egli sarebbe caduto *in causa mancipii*, e le persone libere *in causa mancipii*, al pari di tutte le altre persone libere sottoposte all'altrui potestà, non hanno, nè possono avere un patrimonio

(1) Tutto ciò, mentre chiarisce perchè il *nexum* sia spesso ravvicinato alla *mancipatio* e talora anzi con questa confuso, chiarisce anche perchè questo negozio, pur essendo stato in origine una vera e propria *mancipatio*, abbia assunto il nome specifico di *nexum*. Ciò evidentemente è da attribuire al fatto che col volger del tempo gli effetti derivanti da tale negozio andarono sempre più differenziandosi da quelli che erano propri della *mancipatio* (conf. § 5). Simile specializzazione è avvenuta ovunque ebbe a verificarsi uno svolgimento analogo. Si è verificata rispetto alla potestà del *pater familias*, la quale finì per designarsi con termini specifici diversi (*manus*, *patria potestas*, *potestas*, *mancipium*), quando diversa divenne la condizione delle persone a lui sottoposte. La stessa *mancipatio*, indipendentemente dal *nexum*, ha assunto termini specifici diversi (*solutio per aes et libram*, *coemptio*, *testamentum per aes et libram*, *fiducia*), di mano in mano che col progredire del diritto più nette divenivano le differenze fra queste varie sue applicazioni.

(2) Conf. i testi cit. a pag. 82 n. 1.

proprio.⁽¹⁾ D'altro canto la stessa *capitis deminutio* che il debitore avrebbe subito mancipandosi al creditore⁽²⁾, avrebbe estinto il debito da lui contratto. Quindi la persona libera mancipata al creditore, il *nexus*, doveva essere una persona diversa dal debitore, una delle persone che egli poteva validamente dare *in mancipio*: in breve, una delle persone libere sottoposte alla sua potestà.

A conferma di ciò può addursi anche il fatto che per sciogliere il vincolo derivante dal *nexum*, non bastava restituire la somma, ma occorreva la *solutio per aes et libram*, la quale, come abbiamo già dimostrato⁽³⁾, servi in origine appunto per riscattare la persona libera caduta *in causa mancipii* presso il creditore. In caso di *nexum*, la *solutio* altro non era che l'atto inverso a quello che le parti avevano compiuto per concluderlo. Prima il debitore, prendendo il denaro a mutuo, aveva mancipato *pignoris iure* il *nexus* al creditore; ora il creditore, ricevendo il denaro dato a mutuo, remancipava al debitore il *nexus*, che, ritornando sotto la potestà del proprio *paterfamilias*, era così liberato dalla *causa mancipii*⁽⁴⁾.

Finalmente, giusta quanto siamo venuti dicendo, il *nexus*, e non già il debitore, doveva essere responsabile dell'inadempimento del debito. Infatti, se alla scadenza la somma non fosse stata restituita, il creditore non avrebbe avuto altro diritto che quello di ritenere definitivamente il *nexus* come suo *mancipium*.

§ 5. — Sicchè, riassumendo, lo studio delle forme richieste per il *nexum*, l'innegabile legame che ricongiunge questo arcaico istituto alla *fiducia* classica, il fatto, che per la liberazione del *nexus* occorreva la *solutio per aes et libram*, portano concordemente a ritenere che:

a) — il *nexus* diveniva *mancipium* del creditore al momento stesso in cui il *nexum* era concluso;

(1) GAIO I, 123 II, 86. 90 III, 163.

(2) GAIO I, 162.

(3) Cap. II.

(4) Pag. 50 segg.

b) — il *nexus* era necessariamente una persona diversa dal debitore;

c) — in caso di inadempimento del debito, era responsabile non il debitore, ma il *nexus*.

Risulta invece in modo non dubbio ⁽¹⁾ che:

a) — nel momento in cui il *nexum* veniva concluso, il creditore non acquistava nessun potere sul *nexus*: egli aveva diritto di impadronirsene soltanto se alla scadenza la somma non fosse stata restituita;

b) — il *nexus*, altri non era che il debitore;

c) — conseguentemente, in caso di inadempimento, il debitore stesso era responsabile del debito contratto.

Come si spiega questo contrasto fra le conclusioni cui siamo giunti noi, e le notizie relative al *nexum*? In un modo, per verità, abbastanza semplice e ragionevole: il *nexum*, come abbiamo già accennato in principio, ha col volger del tempo subito uno svolgimento storico, che ne ha alterato la figura e gli effetti originari.

Si ammette generalmente, e non certo a torto, che il *nexum* risalga ad una remota antichità, a tempi addirittura primitivi. Ora le notizie a noi giunte sul *nexum* ce lo descrivono, invece, quale esso fu in tempi che indubbiamente non sono più tali. D'altra parte è noto che il contenuto e gli effetti degli atti giuridici soglion spesso modificarsi assai prima delle forme: queste talora sopravvivono a lungo ed a lungo continuano ad osservarsi, anche quando più non hanno veruna ragione d'essere. Ciò si è verificato forse in tutti gli istituti dell'antico diritto quiritario che perdurano ancora nel diritto classico, e per questo appunto lo studio delle forme è, in generale, ottima guida per la ricostruzione storica dei più antichi istituti giuridici. Non può quindi meravigliare che le forme del *nexum* più non corrispondano esattamente agli effetti che da esso derivano: le forme sono rimaste inalterate, gli effetti sono mutati.

⁽¹⁾ LIVIO II, 23. 27. 31. VI, 14. 15. 18. 20. 27. 34-36. VII, 19. VIII, 27. DIONIGI DI ALICARNASSO IV, 9. 11. V, 69. VI, 26. 59. 83. XVI, 5.

Ed infatti, studiando il *nexum* come abbiamo fatto noi, in base principalmente alle forme richieste sia per concluderlo che per scioglierlo, che cosa abbiamo trovato? Abbiamo trovato che il *nexum* garantiva la restituzione del denaro dato a mutuo, attribuendo al creditore un vero e proprio diritto di pegno su una persona libera, la quale, invece del debitore, era responsabile dell'inadempimento del debito, assumendo così una responsabilità che coincideva con quella che sogliono assumere gli ostaggi. Abbiamo perciò trovato una di quelle forme di garanzie personali, già da noi studiate, le quali son proprie di tempi addirittura primitivi, sono in pieno accordo con la più vetusta organizzazione sociale romana; ma che proprio per questo non potevan restare, nè sono in realtà rimaste inalterate, quando questa organizzazione è venuta meno e si è affermata l'autorità dello Stato. ⁽¹⁾

Ma v'è anche di più. Se a questo *nexum* originario applichiamo lo svolgimento che risulta abbian col tempo subito queste garanzie primitive, ritroviamo proprio lo stesso *nexum*, che ci è descritto nelle notizie a noi pervenute. Sappiamo infatti, e la storia della *cautio praedibus* ce ne dà una prova sicura, che col volger del tempo in queste forme arcaiche di garanzie personali, il garante cessa di essere preventivamente dato in pegno, e perciò cessa di cadere di diritto e di fatto in potestà del creditore, in attesa che il debitore esegua la prestazione dovuta. Sappiamo anche che questa prima innovazione, la quale è il risultato essa stessa di un lungo svolgimento, ne rende possibile un'altra, perchè, non essendo più il garante preventivamente asservito al creditore, vien meno l'insuperabile ostacolo che prima impediva al debitore di assumere la responsabilità che gravava sul garante: allora il debitore da solo o col garante può assumere, ed assume effettivamente la responsabilità del proprio debito: allora la qualifica di debitore e di garante, prima scisse fra due persone diverse, possono trovarsi, ed effettivamente si trovano riunite nella medesima per-

⁽¹⁾ Su tutto ciò conf. pag. 69 segg.

sona ⁽¹⁾. Ora se si ammette che il *nexus* col volger del tempo non sia stato più preventivamente consegnato al creditore ed abbia cessato di cadere *in causa mancipii* all'atto stesso in cui il *nexus* veniva concluso, restando, però, pur sempre come prima responsabile, qualora il debitore non avesse alla scadenza restituita la somma ricevuta; e se si ammette che in una fase successiva il debitore abbia assunto la responsabilità che assumeva il *nexus*, abbiamo appunto il *nexus*, quale ci è descritto specialmente dagli storici: un *nexus*, cioè, che, come il primitivo, si conclude e si scioglie con le forme della *mancipatio*; ma che non dà altro diritto al creditore, che quello di impadronirsi del debitore qualora questi alla scadenza non restituisca il denaro preso a mutuo.

Questa esatta coincidenza fra le più arcaiche garanzie personali e il *nexus*, quale appare dovesse essere in base allo studio delle forme; fra l'aspetto, assunto col volger del tempo, dalle garanzie stesse e il *nexus*, quale appare nelle fonti a noi pervenute, questa esatta coincidenza, dicevamo, evidentemente non può essere dovuta al caso, e conviene perciò ritenere che solo allo svolgimento storico subito dal *nexus* sia da attribuire, se il *nexus* non diviene *mancipium* del creditore all'atto stesso in cui il *nexus* veniva concluso, se la qualifica di *nexus* e di debitore trovansi congiunte nella medesima persona e se non altri che il debitore è responsabile dell'inadempimento del debito.

§ 6. — Ma in questa fase ultima in cui il creditore ha soltanto diritto di impadronirsi del debitore, se questi alla scadenza non restituisca la somma avuta a mutuo, avrà egli fatto valere questo suo diritto con la *manus iniectio* o con la *vindicatio*?

Io credo che il creditore avesse la *vindicatio*, e ciò ritengo perchè risulta non solo dalle cose dette, ma anche da altri indizi. Innanzi tutto le notizie che ci danno frequentemente gli storici sulla sorte serbata ai *nexi*, non sono in verun modo di

(1) Pag. 74-75.

ostacolo a ritenere che il creditore conducesse il *nexus* innanzi al magistrato, affermando il suo diritto ad averlo come *mancipium*, e che, non trovando alcuno il quale contrastasse questa sua affermazione, il processo si chiudesse *in iure* con l'*addictio* del *nexus* al creditore ⁽¹⁾. D'altra parte, il ritenere che dal *nexus* sorgesse la *manus iniectio* urta in difficoltà addirittura insuperabili. A prescindere, infatti, che occorrerebbe dimostrare con argomenti migliori di quelli addotti finora come mai da un negozio giuridico che si compie mediante *mancipatio*, potesse sorgere un diritto di credito, converrebbe almeno spiegare non solo perchè il *nexus* abbia dato occasione a tante drammatiche lotte e a tanti tumulti, ma anche perchè la *lex Poetelia*, che lo abolì, sembrò aver iniziato addirittura un'era novella di libertà per la plebe. ⁽²⁾ Il semplice fatto, sia pure aggravato da speciali condizioni economiche, che il *nexus* desse diritto al creditore di procedere alla *manus iniectio*, non basta a dar ragione di ciò, perchè è certo che, anche dopo la *lex Poetelia*, son tutt'altro che infrequenti i casi, in cui, pur senza giudicato, è lecito far ricorso alla *manus iniectio*. ⁽³⁾ Ammettendo invece che al creditore spettasse la *vindicatio*, tutto ciò si spiega agevolmente. Questa era pel debitore assai più odiosa ed assai più gravosa della *manus iniectio*. Era più odiosa, perchè permetteva al creditore di impadronirsi di lui con lo stesso mezzo, cui egli avrebbe dovuto ricorrere per far conoscere la sua signoria sopra uno schiavo, e ciò non poteva non offendere i plebei. Era più gravosa, perchè a favore del *nexus* non eran posti i termini di tolleranza, che trovavano luogo nella *manus iniectio*: ⁽⁴⁾ il ter-

(1) LIVIO II, 27. VI, 14. 15. 18. 20. 27. 34-36. DIONIGI DI ALICARNASSO VI, 83.

(2) LIVIO VIII, 28 *Et anno plebi romanae velut aliud initium libertatis factum est quod necti desierunt.*

(3) GAIO IV 22-23.

(4) DIONIGI DI ALICARNASSO VI, 83 con le parole: ὑπερήμεροι ταῖς νομίμοις προδεσμίαις accenna, non ad un termine legale per effettuare il pagamento, ma alla scadenza del debito, PEROZZI, *Istituzioni* II, pag. 164 (in nota).

mine di trenta giorni dalla scadenza del debito; il termine di sessanta giorni dall' *addictio*. Il *nexus* cadeva in *causa mancipii* mediante una procedura, che, se non veniva iniziata a torto, era rapidissima, e il creditore aveva diritto di compierla senza indugio, il giorno stesso in cui il debito era scaduto. Ecco perchè tumultuava la plebe; ecco perchè la *lex Poetelia* sembrò iniziare un' era novella di libertà.

Sorto in tempi primitivi, quando era in fiore la vendetta privata, il *nexum* trovavasi ora effettivamente in aperto contrasto con le mutate condizioni sociali e con i principii nuovi di diritto. Per quanto col volger del tempo fosse venuto meno il preventivo asservimento del *nexus*, per quanto fosse stato riconosciuto che questi, in attesa che la somma fosse restituita, dovesse essere libero, il che aveva permesso al debitore di assumere da solo la responsabilità del proprio debito, fermo però ed inalterato era pur sempre rimasto quello che, fin dall' inizio, fu il precipuo diritto del creditore: il diritto di avere il *nexus* come suo *mancipium*, se alla scadenza il denaro non fosse stato restituito. Nè poteva esser diversamente, perchè questo appunto era lo scopo che le parti si prefiggevano di raggiungere ricorrendo al *nexum*; questo era l'effetto che derivava direttamente dalla natura stessa dell'atto che veniva compiuto. Ma proprio questo diritto di asservire una persona libera, sol perchè alla scadenza non aveva restituito il denaro preso a mutuo, non era più tollerabile. Era un diritto proprio di tempi ormai già tramontati per sempre. Togliere tale efficacia al *nexum* non si poteva, perchè le forme *per aes et libram* non avevano perduto ancora il loro significato ed il loro valore originario e, per quanto a scopi diversi, trovava tutt'ora larga applicazione la *mancipatio* di persona libera; non restava dunque che abolirlo. Ciò fece la *lex Poetelia*.

Questo a me pare fosse il vetusto e disputatissimo *nexum*.

§ 7. — Il *nexum aes*. Si riferiscono a questa forma di *nexum* alcuni pochi testi che è bene qui riprodurre, perchè sian meglio tenuti presenti:

Varro, *De lingua latina* VII, 105⁽¹⁾: (*Nexum Manilius scribit omne quod per aes et libram geritur, in quo sint mancipia*) *Mucius, quae per aes et libram fiant, ut obligetur* ⁽²⁾, *praeterquam mancipio detur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit de quo quaerit; nam id aes* ⁽³⁾, *quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum.*

Festus 165: Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia quae per nexum obligatur.

Festus 173: Nuncupata pecunia, ut ait Cincius in l. II de officio iurisconsulti, nominata, certa nominibus propriis pronuntiata: « Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto ».

Varro, *De lingua latina* VI, 60: « *Nuncupare* » *nominare valere apparet in legibus, ubi 'nuncupatae pecuniae' sunt scriptae.*

Gaius III, 173: Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram, quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum sit.

Da questi testi possiamo dedurre quanto segue.

1) — Il *nexum* in esame si compiva *per aes et libram*, ma non per *mancipatio* (*Mucius praeterquam mancipio detur*). Ed infatti, avendo qui il *nexum* per oggetto una somma di denaro (*aes nexum*) e non essendo il denaro una *res mancipi*, la *mancipa-*

(1) Su questo disputatissimo testo e sulle varie proposte di correzioni ed aggiunte conf. da ultimo: PEROZZI, *Istituzioni* II pag. 161 n. 3; MITTEIS, *Röm. Privatrecht* I pag. 138 n. 10; KRETSCHMAR, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* XXX p. 62.

(2) Il ms. Fiorentino ha *obligentur*, ma, poichè il soggetto non può essere *quae* (che si riferisce indubbiamente alla parola *negotia* ivi sottintesa), bisogna leggere *obligetur*, come ha già riconosciuto il MOMMSEN *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* XXIII pag. 349 n. 1.

(3) Il ms. Fiorentino ha *est*. Però è certo che tale lezione è errata e che, invece di *est*, devesi leggere *aes* (conf. MITTEIS e MOMMSEN l. cc.), come emerge specialmente dal confronto col noto passo di FESTO v. *Nexum aes*.

tio non poteva trovare applicazione. Alla *mancipatio* e agli altri negozi che da essa derivano (*fiducia, coemptio, testamentum per aes et libram, solutio per aes et libram*), non resta però ristretto il *gerere per aes et libram*, perchè è noto che, avanti l'introduzione della moneta coniatata e fusa dallo Stato, ogni qual volta aveva luogo un versamento di una certa quantità di denaro (*aes rude*), occorreva, come quando si precedeva alla *mancipatio*, pesare la quantità di metallo che si dava ⁽¹⁾. L'esser qui richieste le forme *per aes et libram* induce perciò a ritenere che in questo negozio avesse luogo un versamento di denaro e che il negozio stesso sia anteriore all'introduzione della moneta coniatata dallo Stato.

2) - Come negli altri casi in cui s'incontrano le forme *per aes et libram*, così anche qui ha luogo una *nuncupatio*.

3) - Per sciogliere il vincolo contratto mediante questo *nexum* occorre la *solutio per aes et libram* ⁽²⁾.

4) - Il *nexum aes*, serviva a costituire un vincolo di garanzia su di una somma di denaro.

Dobbiamo insistere specialmente su questo ultimo punto.

Che a tale scopo servisse il *nexum* appare già abbastanza fondato, se si tiene presente che anche il *nexum* abolito dalla legge *Poetelia* serviva a costituire un vincolo di garanzia. I due *nexa* avrebbero avuto la medesima funzione ed avrebbero differito in questo: nel *nexum* abolito dalla legge *Poetelia* oggetto del vincolo di garanzia era una persona libera (*nexus*); nel *nexum aes* oggetto del vincolo di garanzia era una somma di denaro (*aes nexum*).

In ogni modo, che questa fosse la funzione e che questo fosse l'oggetto del *nexum aes* parmi risulti dai passi surriferiti di Varrone e di Festo.

(1) GAIO I, 122; FESTO vv. *Pendere, Poenas*.

(2) Ciò risulta dal passo cit. di GAIO (III, 173), perchè il negozio di cui egli fa menzione non può essere che questo. Infatti concludevasi *per aes et libram* e, occorrendo per scioglierlo la *solutio per aes et libram*, doveva anche avere per oggetto una somma di denaro (GAIO III, 175).

Il passo di Varrone ci attesta che, secondo Manilio, il *nexum* comprendeva ogni negozio che si concludesse *per aes et libram* in cui fossero *mancipia* (*omne quod per aes et libram geritur, in quo sint mancipia*). *Mancipium* nel latino classico designa tecnicamente ciò che è oggetto di dominio o viene trasferito mediante *mancipatio*. Quindi, secondo Manilio, il *nexum* coinciderebbe con la *mancipatio* ⁽¹⁾, ed in questo senso, infatti, tale parola trovasi assai spesso usata anche altrove ⁽²⁾.

(1) Questo passo di MANILIO, in generale, s'interpreta diversamente, s'interpreta cioè nel senso che MANILIO intenda per *nexum* qualsiasi negozio *per aes et libram* e che l'inciso *in quo sint mancipia* altro non sia che un'aggiunta, di MANILIO stesso o di VARRONE, diretta a mettere in evidenza che tra i vari negozi *per aes et libram* costituenti il *nexum* doveva essere compresa anche la *mancipatio* (Conf. SENN *Nouvelle Revue Historique* XXIX pag. 60 segg.; MITTEIS *Röm. Rechtsgeschichte* I pag. 139; KRETSCHMAR *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. XXX p. 62; EISELE *Studien zur röm. Rechtsgeschichte* pag. 16). Ma parmi che questa sia un'interpretazione arbitraria e sforzata. La frase *in quo sint mancipia*, intesa letteralmente, non ha questo significato. Col quale contrasta poi anche il trovare qui la parola *mancipia* al plurale, poichè ciò dimostra che con tale frase non si allude tanto all'atto della *mancipatio*, quanto all'oggetto e agli effetti di essa. Di più VARRONE qui non ricerca se nel *nexum* debba essere o no compresa la *mancipatio*, ma che cosa sia il *nexum*, mentre, interpretando l'*in quo sint mancipia* nel senso sovraindicato, sembrerebbe che VARRONE cercasse che cosa comprendesse il *nexum*. Finalmente la frase in questione sarebbe assai strana, perchè, se realmente MANILIO riteneva che il *nexum* abbracciasse tutti i negozi *per aes et libram*, era superfluo aggiungere che tra questi doveva ritenersi inclusa anche la *mancipatio*. Chi avrebbe potuto mai dubitare di ciò? Io credo dunque che non si debba abbandonare l'interpretazione letterale del testo, perchè questa dà alla definizione di MANILIO un significato che è di per sè plausibilissimo, è in piena armonia con tutto il brano di VARRONE e, per giunta, coincide con quello che trovasi dato alla parola *nexum* in numerosissimi altri passi di scrittori e di giuristi (conf. pag. 77 n. 2).

(2) Conf. pag. 77 n. 2.

Secondo Q. Mucio, il *nexum* sarebbe, invece, il negozio *per aes et libram* concluso per *obligare* e rimarrebbe fuori di esso li *mancipio dare* (*quae per aes et libram fiant ut obligetur, praeterquam Mancipio detur*⁽¹⁾). L'oscillante significato della parola *obligare* fa sì che questa definizione possa essere variamente intesa; però Varrone determina in qual senso essa debba interpretarsi.

Egli osserva innanzi tutto che il significato della parola *nexum* induce a preferire come più vera la definizione di Mucio (*Hoc verius esse ipsum verbum ostendit de quo quaerit*). A conferma di ciò lo stesso Varrone aggiunge che appunto da questo significato che ha la parola *nexum*, trae origine l'essersi detto *nexum* l'*aes*, il quale si obbliga *per libram* senza che divenga suo (*nam id aes, quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum*). Questa spiegazione non brilla certo per chiarezza. In essa ritorna il verbo *obligare*, il cui significato è dubbio, e, per di più, la lettura di questo passo non è sicura. Però io credo che, se realmente il brano si esamina senza verun preconetto, non sia impossibile afferrare il senso della definizione di Mucio e della spiegazione di Varrone.

Tutto il ragionamento Varroniano poggia sul significato della parola *nexum*. Questa deriva da *nectere* e nel linguaggio giuridico il verbo *nectere*, se non proprio esclusivamente, certo però almeno di regola è usato per indicare non il vincolo personale di obbligazione, il debito, ma il vincolo di garanzia che ne assicura l'adempimento⁽²⁾. È lecito perciò pensare che, a giudizio di Varrone, Q. Mucio avesse adoprato il verbo *obli-*

(1) Il *praeterquam* potrebbe qui significare *oltre che*, invece di *eccetto che*. In tale ipotesi Q. Mucio direbbe: il *nexum* comprende i negozi *per aes et libram* diretti ad *obligare*, oltre che la *mancipatio*. Ma parmi più probabile che Q. Mucio ritenesse esclusa la *mancipatio* dal *nexum*, perchè tale interpretazione si accorda meglio con quanto dice VARRONE, il quale evidentemente si sforza di dimostrare che il *nexum* è, come riteneva appunto Q. Mucio, un negozio diretto ad *obligare* e non già a trasferire la proprietà.

(2) Pag. 82 n. 1.

gare nello stesso senso di *nectere*, per indicare cioè il costituire un vincolo di garanzia, e che quindi la definizione Muciana non volesse dire che questo: il *nexum* è il *gerere per aes et libram* diretto a costituire un vincolo di garanzia senza trasmettere la proprietà.

Quanto dice Varrone conferma poi autorevolmente che questo appunto era il senso della definizione di Q. Mucio. Infatti il verbo *obligare* nella tormentatissima frase Varroniana: *id aes quod obligatur per libram neque suum fit*, non può in verun modo essere stato adoprato per significare il sorgere di un semplice rapporto di credito, perchè:

a) — quando *obligare* ed *obligari* sono riferiti, come qui avviene, ad una cosa (*id aes quod obligatur per libram*), indicano, di regola, che sulla cosa grava un vincolo di garanzia, e non già che la cosa forma oggetto di un diritto di credito⁽¹⁾;

b) — la frase in questione non avrebbe alcun senso plausibile;

d) — si farebbe dire a Varrone una cosa diversa da ciò che dice Q. Mucio, mentre egli non solo approva la sua definizione, ma si propone anzi di spiegarla.

Non resta dunque che intendere anche qui il verbo *obligare* nel senso di costituire un vincolo di garanzia e riferire necessariamente il *neque suum fit* al creditore, non essendo possibile costituire un vincolo di tal genere a vantaggio di una persona diversa. Così inteso, tutto il brano acquista un senso plausibilissimo e viene a trovarsi in perfetto accordo con quanto diceva Mucio. Varrone esprime questo concetto: l'*aes* si dice *nexum*, quando con le forme *per aes et libram* su di esso si contrae un vincolo di garanzia, senza che il creditore ne divenga proprietario (*id aes quod obligatur per libram, neque suum fit, inde nexum dictum*).

La definizione Muciana non diceva nulla di diverso; parlava anch'essa di un vincolo di garanzia che si costituiva senza

(1) Credo superfluo addurre dei testi a prova di ciò: basta consultare un qualsiasi vocabolario.

trasmettere la proprietà (*quae per aes et libram fiant, ut obligetur, praeterquam mancipio detur*).

Finalmente in pieno accordo con quanto dicono Q. Mucio e Varrone, è pure la notizia dataci da Festo: *Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur*, perchè è fuori di dubbio che anche qui, per le ragioni ora accennate, la parola *obligari* esprime il costituirsi non di un rapporto di credito, ma di un vincolo di garanzia.

Dunque il *nexum aes* serviva a costituire un vincolo di garanzia su di una somma di denaro, assicurava cioè l'esecuzione di un dovere, garantendo al creditore una somma di denaro, in caso che il dovere non fosse stato adempiuto.

§ 8. — Col debole aiuto di queste poche notizie bisogna ora rintracciare la natura giuridica del tanto discusso *nexum aes*.

Se per le ragioni già dette non può ammettersi che questo negozio servisse a dar vita ad un semplice diritto di credito e si deve ritenere invece che servisse a costituire un vincolo di garanzia, si presenta spontanea l'ipotesi che da esso sorgesse un diritto di pegno, tanto più che sta decisamente a favore di questa ipotesi l'interpretazione più sicura della frase *nexum aes: la res creditori nexa* è, come abbiamo più volte avvertito, la cosa su cui grava un vincolo reale di garanzia.

Però è certo che il creditore non acquistava un diritto di pegno, perchè, a prescindere da ogni altra considerazione, qui trovava luogo la *solutio per aes et libram*, la quale serviva ad estinguere i rapporti personali di obbligazione, non già il vincolo di garanzia derivante dall'*obligatio rei*. Dovrebbe dunque dirsi che da questo *nexum* sorgeva un diritto di pegno, il quale però non attribuiva altro che un semplice diritto di credito sulla cosa pignorata. Avremmo insomma un pegno che non è pegno, cioè una così strana figura di garanzia, che sarebbe davvero inesplicabile, se l'indagine compiuta sul *nexum* abolito dalla legge *Poetelia* non ci permettesse di chiarire la natura di questo negozio giuridico, che a prima vista pare proprio un indecifrabile enigma.

Si rammenti ancora una volta quello svolgimento che dimostrammo essersi verificato nel *nexum* abolito dalla legge *Poetelia* e che spiega in modo assai soddisfacente come col volger del tempo la qualifica di *nexus* e quella di debitore poterono trovarsi congiunte nella stessa persona, e come alla fine il debitore potè senza difficoltà mancipare se stesso al creditore. Vedemmo che da principio il *nexus* fu una persona diversa dal debitore, fu una delle persone libere sottoposte alla sua potestà, la quale persona veniva mancipata e consegnata *pignoris iure* al creditore. Vedemmo che più tardi parve eccessivamente gravoso che, in attesa dell'adempimento del debito, il *nexus* fosse presso il creditore, e s'introdusse perciò il costume di rilasciarlo frattanto al *pater familias* debitore. Anche nelle garanzie reali è largamente attestato questo uso di rilasciare, in attesa dell'adempimento del debito, a titolo di precario o di locazione la garanzia nelle mani del debitore. Ma vedemmo che nel *nexum* si andò assai più oltre, perchè il *nexus*, alla fine, non solo non fu più preventivamente consegnato al creditore, ma cessò addirittura di divenire suo *mancipium* all'atto stesso in cui il *nexum* era concluso, e al creditore non rimase altro diritto che quello di impadronirsene, se alla scadenza non fosse stata restituita la somma data a mutuo ⁽¹⁾.

È evidente che, in questa fase del suo svolgimento, la figura originaria del *nexum* è rimasta, per così dire, deformata. Esso continuò ancora ad essere una *mancipatio pignoris iure*, e non dal punto di vista formale soltanto, perchè da questo negozio sorgeva un vincolo di garanzia, il quale aveva pur sempre per effetto di rendere, in caso di inadempimento del debito, il *nexum mancipium* del creditore; però, contrariamente a quanto si verificava in ogni altra *mancipatio pignoris iure*, il creditore non acquistava più frattanto il dominio sulla garanzia: questo era rilasciato al debitore. V'era insomma nel *nexum* una *mancipatio pignoris iure*, senza immediato trasferimento di proprietà.

(1) Su tutto ciò conf. pag. 76-88.

Ora a me pare che uno svolgimento analogo e una analoga deformazione si siano avuti anche nel *nexum aes*, e che a questo solo sia da attribuire lo strano aspetto, che questo negozio presenta, di una garanzia oscillante tra il pegno e il mutuo.

Le forme richieste per contrarre questo *nexum* dimostrano che qui aveva luogo un versamento di una certa quantità di denaro e, poichè trattavasi di fornire una garanzia al creditore, bisogna ammettere che il denaro fosse consegnato dal debitore al creditore e che fosse consegnato a titolo di pegno. Da principio tale consegna fu effettiva, come in origine fu effettiva la *mancipatio* e la consegna del *nexus* al creditore. E come questi acquistava allora immediatamente la potestà su lui, così del pari nel *nexum aes* il creditore acquistava la proprietà del denaro, anche se le parti non avessero voluto concludere un pegno irregolare, perchè il denaro è una *res nec Mancipi* e delle *res nec Mancipi*, nell'antico diritto, non era ammessa la *reivindicatio* ⁽¹⁾.

Però anche qui dovette necessariamente sentirsi vivo il bisogno di rilasciare, in attesa dell'adempimento del debito, la garanzia nelle mani del debitore, perchè il pegno pecuniario riesce sempre assai gravoso al debitore, e addirittura gravosissimo dovette essere nei più antichi tempi, quando la moneta era ancora tutt'altro che abbondante. Ma, essendo il denaro una cosa consumabile, per rilasciare al debitore l'uso ed il godimento della somma data in pegno, non v'era che un mezzo: che il creditore mutuasse la somma stessa al debitore. Quindi, col volger del tempo, il *nexum aes* non fu più una semplice costituzione di pegno su di una somma di denaro: a questo pegno venne ad aggiungersi un contratto di mutuo concluso tra le stesse parti ed avente per oggetto la somma stessa.

Naturalmente tale innovazione alterò la figura originaria di questo antico pegno, alla stessa guisa che, quando si riconobbe che il *nexus*, in attesa dell'adempimento del debito, dovesse tutt'ora rimanere in potestà del *paterfamilias* debitore, fu alterata la figura originaria del *nexum* personale. Il fondamento del diritto

del creditore che aveva contratto il *nexum aes*, continuò pur sempre ad essere il pegno, perchè egli, in caso di inadempimento del debito, aveva diritto di soddisfarsi sulla somma, e per questo appunto si diceva che sul denaro gravava un vincolo di garanzia (*aes nexum*) e che il negozio serviva ad *obligare*. Questo originario diritto di pegno però si risolveva ormai in un semplice diritto di credito, perchè, essendo la somma frattanto mutuata al debitore, il creditore non ne aveva nè la proprietà nè il possesso, e non poteva da lui ripetere la somma stessa altro che con un'azione personale.

La struttura giuridica dei due *nexa*, quello avente per oggetto una persona libera e quello avente per oggetto una somma di denaro, viene così a coincidere esattamente: l'uno e l'altro servirono in origine a costituire un vincolo di garanzia mediante trasferimento di proprietà, l'uno e l'altro subirono uno analogo svolgimento, il quale svolgimento nell'uno e nell'altro ebbe per effetto che, in attesa dell'adempimento del debito, la proprietà di ciò che formava oggetto della garanzia fosse rilasciata al debitore. E se dal *nexum aes* nasceva un'azione personale contro il debitore, mentre dal *nexum* abolito dalla *lex Poetelia* nasceva invece la *vindicatio*, ciò è da attribuire solo alla diversa natura dell'obbietto dei due *nexa*. Del denaro, infatti, la *reivindicatio* non era possibile, non solo perchè l'antico diritto non conosceva la *reivindicatio* della *res nec Mancipi*, ma anche perchè, essendo il denaro una cosa consumabile, non se ne poteva rilasciare l'uso e il godimento al debitore, senza trasmettergliene la piena proprietà.

Che questo fosse il *nexum aes* appare già, in base a quanto siamo venuti finora dicendo, come assai probabile. Nondimeno a favore di questa ipotesi militano altri argomenti che mi sembrano tali da rimuovere ogni dubbio in proposito.

Il *nexum aes*, inteso nel senso ora indicato, corrisponde esattamente a quanto su di esso ci dicono Q. Mucio, Varrone e Festo. È un negozio che si compie *per aes et libram*; serve a costituire un vincolo di garanzia; questo vincolo ha per oggetto una certa quantità di denaro; su questo denaro il creditore non acquista la proprietà, nè il possesso, nè qualsiasi altro

(1) BONFANTE, *Diritto Romano* pag. 255; GIRARD, *Manuel* ⁵ pag. 250.

diritto reale. Come mai avvenga che nelle notizie a noi pervenute esso assuma l'aspetto di un pegno che non è pegno, è, dal nostro punto di vista, spiegabilissimo: in origine fu realmente un pegno di denaro, da cui per altro, in seguito, più non derivarono tutti gli effetti propri del pegno, perchè ad esso accedeva un mutuo della somma pignorata. Nè meno agevole è spiegare perchè questo negozio porti il nome di *nexum*. Esso non solo ebbe una funzione di garanzia, ma la sua struttura giuridica coincide esattamente con quella del *nexum* abolito dalla legge *Poetelia*.

Finalmente, sempre dal nostro punto di vista, il *nexum aes* rappresenta uno svolgimento assai logico dell'antico *nexum* personale. Questo aveva per oggetto la persona del *nexus* e serviva a garantire la vendetta privata. È quindi ben naturale che, quando alla vendetta si sostituirono le composizioni volontarie, si sia pensato di assicurare al creditore il pagamento di una somma di denaro, e che tale scopo si sia raggiunto con un nuovo negozio foggiato sulle orme dell'antico. Il *nexum aes* è il *nexum* di tempi più progrediti, quando è venuta meno la vendetta e si sono introdotte le composizioni. Sappiamo, infatti, che esso è rimasto lungamente in uso dopo la legge *Poetelia*.

§ 9. — Io credo dunque che il *nexum aes* ebbe per oggetto non il debito, ma la garanzia del debito, e che esso sorse per assicurare al creditore il diritto alla composizione, in caso di inadempimento dell'impegno verso di lui contratto dal debitore. In tempi remotissimi, prima ancora che lo Stato avesse cominciato a batter moneta, tale scopo si raggiungeva pesando una certa quantità di metallo, che veniva data in pegno al creditore. Ben presto però, per rendere meno gravoso al debitore il fornire siffatta garanzia, s'introdusse il costume di mutuare, in attesa dell'adempimento del debito, la somma stessa, formante oggetto del pegno, al debitore, il quale poté così frattanto disporre liberamente di essa. Il debitore, come qualsiasi altro mutuatario, era sempre tenuto a restituire la somma al creditore; ma, in caso di inadempimento del debito, il creditore riteneva la somma, perchè questa era a lui dovuta

in forza del diritto di pegno; in caso di adempimento, doveva invece alla sua volta restituirla al debitore, perchè questi aveva diritto che il pegno gli fosse reso.

Lo svolgimento verificatosi nella *mancipatio* e negli altri negozi *per aes et libram* rende verosimile supporre che anche qui, col volger del tempo, il pesar del metallo sia divenuto puramente simbolico, e che l'atto sia stato accompagnato da una *nuncupatio*. È assai probabile, se non addirittura sicuro, che la *nuncupatio*, la quale veniva pronunziata allorchè si contraeva il *nexum*, contenesse una *damnatio* del debitore. Punti di contatto tra il *nexum aes* e la *damnationes* certo non mancano. Qui trova luogo la *solutio per aes et libram*, la quale è pur richiesta per il pagamento delle più antiche composizioni, per il pagamento della condanna pecuniaria e per il pagamento del *legatum per damnationem*. Nel brano di Festo in cui si parla di *pecunia nuncupata*, si rammenta anche la *nuncupatio votorum*, dove pure interviene una *damnatio* ⁽¹⁾. Ma soprattutto mi rende proclive a ciò ritenere la natura stessa dell'atto che veniva compiuto mediante il *nexum*. Perchè è certo che la *damnatio*, spogliata di tutte le fantastiche congetture dell'Huschke, altro non fu che una solenne pronunzia dell'obbligo di pagare il *damnum*, cioè la composizione ⁽²⁾. Una composizione, infatti, fu anche da principio la condanna pecuniaria, una composizione fu, a mio avviso, in origine, la somma dovuta in forza del *legatum per damnationem* ⁽³⁾, ed una composizione è, in sostanza, il denaro che assicura il *nexum* al creditore.

(1) Conf. i passi raccolti dal BRISSONIUS, *De formulis* I. 168.

(2) Che questo sia il significato proprio della parola *damnum* è fuori di dubbio, HIRTZIG nella raccolta *Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker* pag. 32; MITTEIS, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* XXII pag. 113.

(3) È tutt'altro che assurdo pensare che il *legatum per damnationem* fosse in origine sempre un *legatum poenae nomine*. Le più antiche testimonianze ce lo presentano in siffatta funzione (conf. il mio studio sulle *Disposizioni testamentarie a titolo di pena* in *Bull. dell'Istituto*

Divenuto il *nexum aes* un negozio formale, del pegno originario non rimase che un ricordo nel nome e nelle forme; quel che le parti, in realtà, concludevano, era ormai una vera e propria clausola penale ⁽¹⁾, perchè, se ben si osserva, questo è appunto il risultato che praticamente si ottiene allorchè il pegno pecuniario viene mutuato, in attesa dell'adempimento del debito, al debitore. Vedremo in seguito quali rapporti intercedano tra questo *nexum* e i contratti formali in uso nel diritto classico.

Concludendo: il *nexum aes* fu, a mio avviso, un negozio giuridico solenne diretto a garantire al creditore il pagamento della pena convenzionale. Esso fu calcato sul modello del *nexum personale*. Il *nexum personale*, nella fase ultima del suo svolgimento, fu un pegno di persona libera, il quale presentava questa particolarità: in attesa dell'adempimento del debito, il pegno veniva rilasciato nelle mani ed in potere del debitore. Il *nexum aes* fu un pegno di denaro che presentava la stessa particolarità: in attesa dell'adempimento del debito, la somma pignorata veniva data a mutuo al debitore, perchè potesse frattanto usarne.

di *Diritto Romano* XXI p. 31). Inoltre, ritenendo che il *legatum per damnationem* fosse in origine sempre un *legatum poenae nomine*, riesce agevole spiegare: — a) perchè in origine non ebbe per oggetto che denaro (FERRINI, *Pandette* § 660); è noto infatti che la *poena*, da principio fu sempre pecuniaria; — b) la stretta analogia che sussiste tra *legatum per damnationem* e la *stipulatio* (pag. 24 n. 3); anche la *stipulatio* fu sempre, in origine, una *stipulatio poenae* (pag. 122-123); — c) perchè, per estinguere il *legatum per damnationem*, occorresse la *solutio per aes et libram*; questa, come abbiamo già veduto, era richiesta appunto per il pagamento delle più vetuste composizioni (pag. 60-66).

(1) Da questo punto di vista, credo anche io giusto ravvicinare il passo di FESTO: *Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur* al noto passo di VARRONE, *De lingua latina* V, 182... *qui pecuniam alligat, stipulari et restipulari (dicunt)*. Infatti qui la *pecunia alligata* altro non è che quella formante oggetto di una *stipulatio poenae*.

3

La sponsio.

§ 1. - Il carattere religioso della *sponsio* primitiva. — 2. - Il problema dell'origine del contratto verbale che solea concludersi mediante *sponsio*: nostra opinione. — § 3. - La *sponsio* primitiva. — § 4. - Lo svolgimento storico della *sponsio*. — § 5. - La funzione originaria e l'importanza della *sponsio*.

§ 1. — Arduo quanto altro mai e quanto altro mai importante per la storia dell'*obligatio* è il problema relativo all'origine del contratto verbale romano che solea concludersi mediante *sponsio* ⁽¹⁾. Delle varie opinioni sinora espresse in proposito ⁽²⁾, nessuna, a mio avviso, coglie interamente nel segno, benchè talune, e fra queste specialmente la nota ipotesi del Mitteis ⁽³⁾, abbiano chiarito alcuni punti fondamentali e abbiano avviato il problema verso la soluzione, che a me pare vera.

(1) Dal punto di vista della storia del diritto, la *sponsio* deve essere tenuta nettamente distinta dalla *stipulatio*. Di questa si dirà al capitolo seguente. Parmi sicuro che dall'una sorgessero azioni diverse da quelle derivanti dall'altra. Conf. pag. 123 n. 2.

(2) Bibliografia in COSTA, *Storia del Diritto Romano Privato* pag. 336 segg.

(3) *Über die Herkunft der Stipulation* in « *Aus Röm. und Bürg. Recht* » pag. 109 segg., *Röm. Privatrecht* I pag. 266 segg. Questa acutissima ipotesi del MITTEIS ha destato un vivo e fecondo dibattito: LEVY nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* XXVIII pag. 398-405; BEKKER *Zeitschrift* cit. XXX pag. 41-54; WENGER *Zeitschrift* cit. XXX pag. 410-411; DEBRAY *Nouvelle Revue Historique* XXXIV pag. 531-544.

La *sponsio* non appare soltanto nel campo del diritto privato: essa s'incontra anche nel campo della religione ⁽¹⁾, e s'incontra altresì nei rapporti internazionali ⁽²⁾. In sè considerata, fu indubbiamente un atto religioso, forse una specie di giuramento, che aveva per effetto di far sorgere a carico dello *sponsor* il dovere religioso di adempiere quel che avesse promesso. Il carattere religioso della *sponsio* risulta, invero, da indizi e da prove così numerose, così gravi e così concordanti, che non credo possa ragionevolmente essere posto in dubbio ⁽³⁾.

Naturalmente, come ritiene con buon fondamento l'opinione tutt'ora dominante, tale carattere ebbe da principio anche la *sponsio* del diritto privato. E se si ammette, come io ritengo, che questa risalga ad una remota antichità, a tempi addirittura anteriori al costituirsi della *civitas*, non può davvero sorprendere che, per assicurare l'adempimento di doveri giuridici, si sia allora ricorso ad un atto religioso: le parti giuravano, invocavano, in caso di inadempimento, l'ira della divinità sul proprio capo, creavano, insomma, un vincolo religioso a garanzia dell'impegno assunto, perchè mancava una autorità superiore che tutelasse il diritto. E infatti troviamo che la *sponsio* fu largamente adoperata anche per assicurare l'adempimento di convenzioni fra Stati autonomi, dove, in epoca storica, perdura tutt'ora una condizione di cose non molto dissimile da quella che si ebbe nella primitiva organizzazione sociale romana ⁽⁴⁾.

Se non che, mentre la *voti sponsio* e la *sponsio* internazionale hanno conservato a lungo il carattere religioso originario,

(1) CICERONE *De legibus* II, 16: *Diligentia votorum satis in lege dicta est, ac voti sponsio, qua obligamur deo.*

(2) MOMMSEN, *Röm. Staatsrecht* I⁸ pag. 246 segg.

(3) Conf. da ultimo in questo senso: PEROZZI, *Istituzioni* II pag. 162 segg.; GIRARD, *Manuel*⁵ pag. 486-487. Lo stesso MITTEIS riconosce (*Röm. Privatrecht* I pag. 271) che la sua ipotesi non è inconciliabile col ritenere che la *sponsio* fosse, in origine, un atto religioso.

(4) BONFANTE *Diritto Romano* pag. 345, *Istituzioni*⁴ pag. 135 n. 2; PEROZZI, *Obbligazioni* pag. 56 segg.

la *sponsio* del diritto privato ha ben presto del tutto perduto tale carattere, ed è divenuta un vero e proprio negozio giuridico formale e astratto.

Questo svolgimento è importante non solo dal punto di vista storico, ma anche perchè permette, a mio avviso, di ritenere che sia ben lungi dal fornire una qualsiasi prova contro la religiosità della *sponsio* primitiva il fatto che la *sponsio*, per così dire, giuridica fosse accessibile soltanto ai cittadini romani ⁽¹⁾. Questa dell'atto religioso primitivo aveva più o meno compiutamente serbato le forme, ma non la sostanza, e perciò più non obbligava dal punto di vista religioso. Essa obbligava invece dal punto di vista giuridico, e ciò perchè il diritto quiritario, in base ad un particolare svolgimento che si era verificato in Roma soltanto e soltanto rispetto alla *sponsio* in uso nel diritto privato, aveva riconosciuto che il semplice compimento di quelle forme fosse sufficiente a dar vita ad un rapporto di obbligazione. È quindi naturale che questa *sponsio*, a differenza delle altre *sponsiones*, avesse efficacia obbligatoria per quelli solo i cui rapporti giuridici erano regolati dal diritto quiritario. I peregrini, facendo ricorso a questa *sponsio*, propria ormai dei Romani, avrebbero compiuto un atto di per sè insufficiente a produrre un qualsiasi effetto tanto nel campo della religione che in quello del diritto: nel campo della religione, perchè se esso aveva la forma, non aveva più la sostanza di atto religioso; nel campo del diritto, perchè il compimento di mere forme religiose è, di per sè, un atto irrilevante dal punto di vista giuridico.

§ 2. — Ma, contrariamente a quanto in generale si crede, per risolvere il problema dell'origine della *sponsio* non basta ammettere che questa fosse un atto religioso il quale obbligava ad adempiere quel che si fosse promesso. Resta infatti dopo di ciò ancora a vedere se essa fu in origine introdotta nel campo del diritto per obbligare il debitore all'adempimento di quanto dovesse al creditore, cioè se fin da principio assunse la funzione

(1) GAIO III, 93.

di contratto; e, qualora risulti che assunse una funzione diversa, converrà altresì vedere attraverso quale svolgimento essa finì per assumere la funzione di contratto e per quali ragioni non la assunse sin da principio.

È noto che nel diritto privato la *sponsio* non servì soltanto per obbligare il debitore ad eseguire la prestazione dovuta al creditore; ad essa si fece ricorso anche sia per obbligare il garante, sia per obbligare il debitore al pagamento della pena convenzionale (*sponsio poenalis*) o al pagamento dell'equivalente pecuniario della prestazione dovuta (*sponsio del quanti ea res est*⁽¹⁾). Ora io credo che la *sponsio* in funzione di garanzia, la *sponsio poenalis* e la *sponsio del quanti ea res est* rappresentino altrettante fasi attraversate dalla *sponsio* prima di assumere la funzione di contratto.

§ 3. — La *sponsio* da principio ha servito solo ad obbligare il garante: perciò da principio fu solo un modo solenne di prestar garanzia. Essa veniva allora conclusa non già fra il debitore e il creditore, ma fra il creditore e un terzo (*sponsor*), il quale prometteva che, se il debitore non avesse adempiuto l'impegno assunto, egli si sarebbe dato al creditore. Rispetto al creditore era obbligato non il debitore, ma solo lo *sponsor*. In caso di inadempimento, lo *sponsor*, giusta la promessa fatta, doveva darsi in balia del creditore. Se, invece, il debitore adempiva l'impegno assunto, non era con ciò solo liberato lo *sponsor*: all'uopo occorreva anche un modo formale di liberazione: l'*acceptilatio*.

Questa originaria configurazione della *sponsio* emerge, a mio avviso, con sicurezza da un attento esame di talune notizie a noi su di essa pervenute. Che in origine la *sponsio* fosse un

(1) Esempi di siffatte *sponsiones*, per vero, mancano, perchè ben presto la *sponsio* è stata quasi completamente sostituita dalla *stipulatio* (COSTA, *Storia del Diritto Romano Privato* p. 340); però che esse siano state in uso può arguirsi dal fatto che assai frequenti sono le stipulazioni del *quanti ea res est* (pag. 132 n. 3).

procedimento avente per iscopo soltanto il prestar garanzia, e che, mediante essa, da principio si obbligasse non il debitore, ma il garante, è stato dimostrato dal Mitteis con argomenti, che sono indubbiamente decisivi, e parmi perciò superfluo insistere su questo punto⁽¹⁾. Che poi in origine la *sponsio* avesse per effetto che, in caso di inadempimento da parte del debitore, lo *sponsor* dovesse subire la vendetta del creditore, appare di per sè già assai probabile, se si ammette, come a me sembra, che la *sponsio* risalga ad una remota antichità. L'antico diritto non conosce responsabilità che non sia penale; e la pena è allora la vendetta privata. In ogni modo, nella *sponsio* in uso nei rapporti internazionali, che ha indubbiamente conservato a lungo inalterati i caratteri propri della *sponsio* primitiva, è largamente attestato che gli *sponsors*, quando non si verificava quel che essi avevano garantito, erano dati in nozza al nemico⁽²⁾. Che finalmente il semplice adempimento da parte del debitore non fosse di per sè solo sufficiente a sciogliere il vincolo di garanzia assunto dallo *sponsor*, e che occorresse l'*acceptilatio* risulta con certezza dal fatto che fin nell'epoca classica è richiesto questo modo formale di estinzione dell'obbligazione. Non è improbabile che l'*acceptilatio* fosse allora alquanto diversa da quella in uso nell'epoca

(1) MITTEIS, scritto cit. pag. 117 segg., *Röm. Privatrecht* I pag. 266 segg.; COSTA, *Storia* cit. pag. 338 n. 2. Se si tiene presente che il diritto comparato largamente attesta che nei diritti primitivi suole essere responsabile una persona diversa dal debitore, e se si tiene presente che ciò si è verificato anche a Roma, come risulta dalla storia della *cautio praedibus* e del *nexum*, dovrà riconoscersi che quella indicata dal MITTEIS è la spiegazione più sicura e fondata del fatto (a torto da taluno messo in dubbio) che la parola *sponsor* in origine servì ad indicare soltanto il garante e non già il debitore principale. Si aggiunga, come osserva a ragione il BONFANTE *Storia del Diritto Romano* 2 pag. 224 n. 1, che anche la *sponsio* in uso nel diritto pubblico ebbe funzione di garanzia.

(2) LIVIO IX, 8. 9. 10; CICERONE *De officiis* III, 30.

classica⁽¹⁾; ma non può in verun modo ammettersi che non fosse sin da allora necessaria, perchè è certo che questo modo formale di estinzione dell'obbligazione, che permane ed è tutt'ora richiesto nell'epoca classica, è indubbiamente il residuo di un ordinamento anteriore in cui esso era necessario per ragioni sostanziali, venute poi meno col volger del tempo.

§ 4. — Movendo da questa fase originaria della *sponsio*, riesce agevole rintracciare le fasi ulteriori, attraverso le quali finì per trasformarsi in contratto: quando il punto di partenza è giusto, la meta si raggiunge senza smarrire la via.

Col volger del tempo, naturalmente, questa *sponsio* primitiva non poteva restare immutata. Essa doveva innanzi tutto subire due notevoli modificazioni e cioè:

a) doveva alla fine anche il debitore assumere insieme col garante la responsabilità del proprio debito, e ciò non solo perchè tale svolgimento si è verificato nelle altre forme arcaiche di garanzie personali, in cui, come nella *sponsio* primitiva, dell'inadempimento del debito rispondeva il garante invece che il debitore⁽²⁾, ma anche perchè questo svolgimento costituiva il necessario presupposto dello svolgimento ulteriore, che trasformò la *sponsio* garanzia in contratto;

b) doveva attenuarsi la grave responsabilità che assumeva lo *sponsor*, perchè anche qui, come nei delitti privati, la vendetta doveva cedere il posto alla composizione volontaria.

Infatti ci è giunta notizia che, un tempo, la *sponsio* non poteva avere per oggetto altro che una somma di denaro⁽³⁾.

(1) La formula riferita da GAIO III, 169 presuppone una *stipulatio*, non una *sponsio* (GAIO III, 92-93).

(2) Nella *cautio praedibus* (pag. 72 segg.), nel *nexum* (pag. 86 segg.).

(3) Ciò risulta da vari indizi: — 1) dal fatto che quanto più si risale indietro nel tempo, tanto più frequenti appaiono le *sponsiones* penali; — 2) dal fatto che anche la *stipulatio* da principio ebbe per oggetto solo denaro (pag. 116 n. 2); — 3) dal fatto che l'a. data allo *sponsor* contro il debitore principale porti il nome di *a. depensi*, il che dimostra che lo

Questa somma di denaro, che lo *sponsor* prometteva e che ha sostituito la promessa originaria di darsi in nassa al creditore, fu da principio una vera e propria composizione volontaria. Ciò spiega parecchi punti non privi di interesse per la storia della *sponsio*. Spiega innanzi tutto perchè la *sponsio*, un tempo, non potesse avere per oggetto altro che denaro, noto essendo che, da quando fu introdotta la moneta, le composizioni furono sempre pecuniarie. Spiega perchè la somma che taluno prometteva per il caso che non dia o non faccia ciò che deve dare o fare, abbia assunto e tenacemente conservato il nome di *poena*. Ma soprattutto spiega e giustifica l'acuta ipotesi dell'Eisele⁽¹⁾ che il semplice pagamento non bastasse in antico allo *sponsor* per liberarsi dal creditore e che occorresse la *solutio per aes et libram*. Sappiamo infatti, avendone altrove data un'ampia dimostrazione⁽²⁾, come e perchè tale forma di *solutio* fosse nei più antichi tempi richiesta appunto per il pagamento delle composizioni volontarie.

Può quindi ritenersi che col volger del tempo il debitore assunse insieme col garante la responsabilità del proprio debito e che il debitore e il garante promisero che avrebbero pagato, in caso d'inadempimento del debito, una composizione al creditore. La *sponsio* primitiva si trasformò pertanto in una *sponsio poenalis*, che creava un'obbligazione correa passiva a carico del debitore e del garante.

Ma lo svolgimento della *sponsio* non si è arrestato qui. In una fase successiva la *poena* è stata promessa dal debitore soltanto, il quale da solo ha assunto la responsabilità del proprio

sponsor era obbligato a pagare al creditore una somma di denaro (GAIO, I, 122); — 4) dal noto passo di VARRONE *De lingua latina* VI, 69: *Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa*, perchè nulla vieta di ammettere che, in una fase più antica, anche gli sponsali si concludessero mediante *sponsiones* penali (conf. il mio studio sulle *Disposizioni testamentarie a titolo di pena* nel *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* XXI p. 34-35).

(1) *Beiträge*, p. 25.

(2) Pag. 60-66.

debito, concludendo una vera e propria *sponsio poenalis*. Così, accanto alla *sponsio* mercè la quale si obbliga ad un tempo il debitore principale e il garante, è sorta la *sponsio* clausola penale, in cui si verifica precisamente l'opposto di ciò che si verificava nella *sponsio* primitiva: obbligato non è il garante, ma il debitore. Nondimeno questa *sponsio poenalis* presenta ancora un punto di contatto con la *sponsio* originaria, perchè tanto l'una quanto l'altra obbligano lo *sponsor* non ad adempiere il debito, ma a subire la vendetta o a pagare la *poena* in caso di inadempimento, garantiscono cioè una responsabilità penale.

Però ben presto anche su questo punto è avvenuta una innovazione, perchè, accanto alla *sponsio poenalis*, vediamo sorgere un'altra forma di *sponsio*: quella del *quanti ea res est*. Qui il debitore non promette più una somma fissa, il cui ammontare è liberamente determinato d'accordo col creditore, come avviene appunto nelle composizioni volontarie e nella *sponsio poenalis*, ma promette che, se non adempirà l'impegno assunto, pagherà nè più nè meno dell'equivalente pecuniario della prestazione dovuta. È questa pertanto una specie di *sponsio*, la quale, in caso di inadempimento del debito, assicura al creditore non la *poena*, ma il risarcimento, il che dimostra che essa appartiene a tempi più recenti, quando si è fatto strada e si è affermato il principio che l'inadempimento del debito non era più sufficiente a far sorgere una responsabilità penale a carico del debitore ⁽¹⁾.

Finalmente la *sponsio* ha assunto la funzione di contratto, perchè il debitore ha promesso al creditore che avrebbe adempiuto il debito. In questa fase ultima il vincolo obbligatorio, derivante dalla *sponsio*, non ha più per contenuto la responsabilità in cui il debitore, o altri per lui, dovrà incorrere in caso di inadempimento della prestazione dovuta, ma ha per contenuto la prestazione stessa e, poichè tale vincolo è ora indubbiamente un vincolo giuridico, il debitore, facendo la *sponsio*, contrae di fronte al creditore il dovere giuridico di eseguire la prestazione.

⁽¹⁾ Conf. su questo punto il mio studio sul *Risarcimento del danno morale in dir. rom.* nel *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* XVI p. 285-289.

§ 5. — Ed ora che abbiamo rintracciato l'origine della *sponsio* ed abbiamo altresì ricostruito lo svolgimento storico attraverso il quale essa finì per divenire un contratto, convien fare su tutto ciò qualche osservazione.

La responsabilità che nella fase più antica assumeva lo *sponsor*, coincide esattamente con quella che, nelle forme più arcaiche di garanzie personali, soleva assumere il garante, coincide cioè con la responsabilità dell'ostaggio. Come l'ostaggio, così anche lo *sponsor* è allora obbligato invece del debitore: egli solo è responsabile in caso di inadempimento del debito; al pari dell'ostaggio, lo *sponsor* è esposto alla vendetta del creditore; come quando è dato l'ostaggio, così nella *sponsio* il semplice adempimento da parte del debitore non è di per sè sufficiente a liberare il garante, ma occorre un atto speciale a ciò diretto. Nondimeno lo *sponsor*, certamente, non è un ostaggio ⁽¹⁾, perchè l'ostaggio, in attesa che il debitore adempia l'impegno assunto, è in potere del creditore, lo *sponsor*, invece, resta frattanto libero e promette soltanto di darsi a lui in nozza, se l'impegno non verrà adempiuto. Abbiamo dunque che qui la preventiva consegna e il possesso effettivo del garante sono sostituiti dal vincolo obbligatorio derivante dalla *sponsio*.

Ciò per vero non è senza importanza, perchè, mentre il vincolo obbligatorio contratto dallo *sponsor* non impediva a questi di restare, in attesa dell'adempimento del debito, libero e di conservare integra la sua capacità giuridica, la preventiva consegna del garante al creditore aveva, invece, necessariamente per effetto che il garante stesso, uscendo dalla propria *familia*, venisse presso di lui a trovarsi in condizione di *mancipium* ⁽²⁾.

Questa figura di garanzia in cui, come nella *sponsio* primitiva, il garante, pur assumendo la responsabilità che grava sull'ostaggio, non è preventivamente consegnato al creditore, non è senza precedenti nella storia del diritto romano. Noi

⁽¹⁾ Infatti, in LIVIO IX, 5, gli *sponsores* vengono nettamente distinti dagli *obsides*.

⁽²⁾ Pag. 73-74.

abbiamo anzi già avuto occasione di incontrarne altri esempi, perchè, parlando della *cautio praedibus* e del *nexum*, abbiamo veduto che, col volger del tempo, tanto il *praes* quanto il *nexus*, benchè continuassero, come in passato, ad essere responsabili in caso di inadempimento da parte del debitore o del *manceps*, cessarono di essere preventivamente consegnati e asserviti al creditore. Però nella *cautio praedibus* e nel *nexum* tale innovazione sembra non risalga a tempi molto remoti, perchè essa verosimilmente ebbe a verificarsi solo quando lo Stato intervenne in queste forme primitive di garanzie e riconobbe ed assicurò, in caso di inadempimento, al creditore il diritto di impadronirsi del garante. ⁽¹⁾

La *sponsio*, invece, che fu in origine un atto religioso e faceva sorgere il dovere religioso di adempiere ciò che si era promesso, potè essere adoperata per evitare la preventiva consegna del garante al creditore in tempi pur anco anteriori, avanti il costituirsi della *civitas*. Infatti è largamente attestato l'uso di garantire mediante *sponsores*, (i quali, naturalmente, a differenza degli ostaggi, non sono dati in pegno al nemico) le convenzioni fra Stati autonomi, dove manca appunto un'autorità superiore, che tuteli con giuridica coazione l'adempimento della promessa fatta dagli *sponsores*.

Io credo quindi che possa con buon fondamento ritenersi che la *sponsio* risalga a tempi assai antichi, quando era tutt'ora vivo e diffuso il costume di dare in pegno persone libere; e credo anche che ad essa si sia ricorso perchè, prima ancora che lo Stato fosse in qualsiasi modo intervenuto in queste arcaiche garanzie, permetteva al garante di evitare la preventiva consegna al creditore, e di conservare perciò, in attesa che il debito fosse adempiuto, integra la sua libertà e la sua capacità giuridica.

Lo svolgimento ulteriore della *sponsio* non è certo meno interessante.

Questa, invero, fin dall'origine fu indubbiamente una promessa obbligatoria astratta che, appunto perchè tale, aveva

⁽¹⁾ Pag. 74-75.

per effetto di porre chi si fosse così obbligato nella necessità di adempiere quanto avesse promesso, qualsiasi fosse il contenuto e la causa della promessa. Ciò ha reso possibile alla *sponsio* non solo di garantire l'adempimento di qualsiasi debito, ma anche di adattarsi agevolmente alle mutevoli condizioni della vita giuridica. Sorta in tempi antichissimi, quando soleva contrattarsi dando dei garanti, la *sponsio* servì ad obbligare il garante. Ma quando più tardi in queste forme primitive di garanzie divenne possibile al debitore di assumere la responsabilità che prima gravava soltanto sul garante, la *sponsio* servì per fare assumere al debitore la responsabilità del proprio debito. Quando poi, ancora più tardi, s'introdusse il sistema delle composizioni volontarie, la *sponsio* servì ad assicurare al creditore il pagamento della composizione. Venuto meno l'antico principio che l'inadempimento del debito costituisse un delitto, si fece ricorso alla *sponsio* per garantire al creditore il diritto al risarcimento del danno (*quanti ea res est*). Finalmente, in una fase ultima, la *sponsio* potè senza difficoltà servire per far sorgere a carico del debitore il dovere giuridico di adempiere il debito. Lo svolgimento della *sponsio* dimostra dunque, in modo evidente, che questa si è venuta costantemente adattando alle esigenze dei tempi.

Ciò spiega come essa, pur risalendo ad una remota antichità, abbia potuto, a differenza del *nexum*, conservarsi in vita sino all'epoca classica, ed assumere, anzi, per il suo carattere astratto una speciale importanza nel sistema contrattuale romano. Questo svolgimento ha poi particolare interesse per la storia dell'*obligatio* romana, perchè ne riproduce esattamente i tratti più salienti, e lo vedremo fra breve. Ma qui non può tralasciarsi di avvertire che l'aver la *sponsio* assunto la funzione di contratto solo in seguito ad un lungo svolgimento, avvalora l'ipotesi che il contratto, inteso quale negozio giuridico che fa sorgere a carico del debitore il dovere di eseguire la prestazione, dovette essere del tutto sconosciuto all'antico diritto. Se il contratto, nel senso ora indicato, non fosse stato allora sconosciuto, la *sponsio* sarebbe stata indubbiamente, sin da principio, adoprata per obbligare il debitore ad eseguire la

prestazione. Infatti nulla avrebbe ad essa impedito di servire, sin dall'origine, a questo scopo, ovvio essendo che, come lo *sponsor*, in caso di inadempimento da parte del debitore, era obbligato a subire la vendetta del creditore, perchè ciò aveva promesso con le forme solenni della *sponsio*, così del pari il debitore, sin da allora, sarebbe stato obbligato ad eseguire la prestazione, se ciò avesse promesso mediante *sponsio* al creditore.

In ogni modo, a nessuno potrà sfuggire quanto sia importante per la storia dell'*obligatio* romana l'aver almeno accertato che la *sponsio*, che fu la forma cui solevano ordinariamente ricorrere i Romani per rendere obbligatorie le loro convenzioni, la figura tipica di contratto romano, si ricongiunga direttamente alle più arcaiche garanzie personali.

V

LE FIGURE TIPICHE CONTRATTUALI DEL DIRITTO CLASSICO: il mutuo, la *stipulatio*, il *nomen transcripticium*, la compra-vendita.

- § 1. - Punti oscuri e apparenti stranezze concernenti il *mutuo*, la *stipulatio* e il *nomen transcripticium*. — § 2. - Il mutuo originario e la sua originaria funzione. — § 3. - La funzione originaria della *stipulatio*. — § 4. - La struttura originaria e l'originaria funzione del *nomen transcripticium*. — § 5. - La struttura originaria e la nuova struttura che il mutuo, la *stipulatio*, e il *nomen transcripticium* hanno in diritto classico. — § 6. - Le cause che determinarono il sorgere di queste nuove figure contrattuali. — § 7. - Le cause che trasformarono queste figure contrattuali da negozi diretti a far sorgere il dovere giuridico di pagare la pena convenzionale, in negozi diretti a far sorgere il dovere giuridico di eseguire la convenzione. — § 8. - L'originaria obbligatorietà della compra-vendita consensuale.
-
-

§ 1. — Nell'epoca classica il *nexum aes* è scomparso e la *sponsio* non trova ormai applicazione che nel processo e negli sponsali⁽¹⁾. Al loro posto troviamo altri tipi di contratti: il mutuo, la *stipulatio*, il *nomen transcripticium*, la compra-vendita⁽²⁾. A differenza del *nexum aes* e della *sponsio poenalis*, queste nuove

(1) Su questo svolgimento della *sponsio*, conf. COSTA *Storia del Diritto Romano Privato*, pag. 340.

(2) Pag. 37-38.

cause obbligatorie non assicurano al creditore il diritto al pagamento della pena convenzionale, ma fanno nascere il dovere giuridico di eseguire la prestazione. Noi dobbiamo chiarire il sorgere di queste figure contrattuali, dobbiamo vedere in quale rapporto esse si trovino col *nexum aes* e con la *sponsio*.

Prescindiamo per ora dalla compra-vendita, che appartiene indubbiamente a tempi più recenti.

Il mutuo, la *stipulatio* e il *nomen transcripticium* sono intimamente collegati fra loro. Hanno tutti, di regola, per oggetto il denaro, perchè il prestito di denaro è la figura tipica di mutuo romano⁽¹⁾; risulta con sufficiente certezza che anche la *stipulatio* non ebbe, in origine, un diverso oggetto⁽²⁾; e il *nomen transcripticium* si contrae simulando avvenuto un versamento di fondi⁽³⁾. Tutti e tre questi contratti ricadono nel concetto di

(1) Ciò può dedursi da vari indizi. Innanzi tutto dal fatto che *creditor* e *credere* sono, in senso proprio, parole relative al prestito di denaro (*Dig.* 50, 16, 10 *sed et si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur. II eod. Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur.* Conf. anche GAIO III, 124, *Dig.* 12, 1, 20. 41. 14, 6, 3, 3 e 4. 4. 6. 19. 17, 1, 12, 13. 4, 4, 24, 4. 27, 1. *etc.*). Inoltre può dirsi che la teoria del mutuo romano sia svolta, avendo, di regola, presente il prestito di denaro: i testi relativi al mutuo raccolti nel titolo del Digesto *De rebus creditis* (XII, 1) si riferiscono quasi tutti al mutuo di denaro, e il titolo del Codice *Si certum petatur* (IV, 2) non contiene che costituzioni concernenti questa specie di mutuo.

(2) È assai probabile che *stipulari* derivi appunto da *stips*, come insegnano concordemente FESTO (v. *stipem* 313) e VARRONE (*De lingua latina* V, 182). In ogni modo, dati gli intimi nessi che intercedono sia tra la *sponsio* e la *stipulatio*, sia tra la *stipulatio* e il *legatum per damnationem* (pag. 24 n. 3), è ragionevole pensare che anche la *stipulatio*, al pari della *sponsio* (pag. 108-109) e del *legatum per damnationem* (Pag. 101 n. 3 e FERRINI *Pandette* § 660), abbia avuto, in origine, per oggetto soltanto il denaro.

(3) GAIO III, 129, 130.

creditum⁽¹⁾. Da tutti e tre nasce nell'epoca classica la medesima azione: l'*a. certae creditae pecuniae*⁽²⁾.

Ora se ci facciamo a considerare queste figure contrattuali, più di una cosa appare degna di nota. Il mutuo, e più precisamente il mutuo di denaro, costituisce il tipo del *credere*: è il punto di partenza dell'ampio concetto di *creditum*, il quale ha avuto una così decisiva importanza in materia di obbligazioni che ha finito per dare il nome al soggetto attivo del rapporto obbligatorio (*creditor*). Rispetto al mutuo si fa, specialmente nei testi letterari⁽³⁾, frequente richiamo alla *fides*. Il mutuo romano, come è noto, non ammette interessi⁽⁴⁾; il debitore non può in nessun caso esser tenuto a restituire più di quanto abbia ricevuto⁽⁵⁾.

(1) Il mutuo costituisce il *credere* per eccellenza. Per la *stipulatio* risulta espressamente dal noto passo di PAOLO *Dig.* 12, 1, 2, 5: *Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interpretato, veluti stipulatione.* Conf. anche GAIO III, 124. Se rientrava nel concetto di *creditum* la *stipulatio*, a più forte ragione doveva rientrarvi il *nomen transcripticium*, in cui veniva simulato un mutuo di denaro. Del resto su tutto ciò conf. SAVIGNY *System V Beil.* XIV, §§ 9-10.

(2) Il passo seguente di CICERONE *Pro Roscio Com.* IV, 13, è tale da rimuovere ogni dubbio su ciò: *Adnumerasse sese negat: expensum tulisse non dicit, quum tabulas non recitat. Reliquum est ut stipulatum se esse dicat: praeterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit non reperio.* V, 14 *Pecunia petita est certa: cum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur: expensam latam non esse codices Fannii confirmant: stipulatam non esse taciturnitas testium concedit. Quid ergo est?*

(3) GELLIO *Noctes Atticae* XX, 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.* Conf. poi i numerosi passi Plautini raccolti dal COSTA, *Il Diritto Priv. Rom. nelle com. di Plauto*, pag. 307-309.

(4) *Dig.* 19, 5, 24; PAOLO *Sent.* II, 14, 1; *Cod.* 4, 32, 3.

(5) *Dig.* 12, 1, 11, 1. 2, 14, 17 pr.

Tutto ciò è abbastanza strano. È strano che il tipo di mutuo romano sia il prestito di denaro. Il più antico mutuo è stato indubbiamente il prestito di derrate; questo soddisfa ad esigenze addirittura primitive e risale a tempi anteriori alla moneta. Perché dunque il mutuo romano si riporta non al tipo originario, ma ad una figura più recente? È strano che il linguaggio giuridico faccia uso della parola *credere* per indicare tecnicamente il dar denaro a mutuo: *credere pecuniam* significa affidare il denaro, e chi presta denaro nulla affida al debitore. Certo, assai più esattamente si parla di *credere* rispetto ad altri contratti p. e. rispetto al deposito, in cui troviamo, invece, che si ha un'estensione del concetto originario di *credere* ⁽¹⁾. Anche più strano è che questo mutuo non consenta interessi. Un mutuo siffatto, dal punto di vista giuridico, è assurdo, ed è fuori della realtà, perchè contrasta, nel modo più stridente, sia col fatto che i Romani acquistarono assai presto un'idea ben netta dell'importanza del denaro, sia anche con la nota rapacità dei creditori romani, repressa indarno dai rigorosi provvedimenti contro l'usura.

Si è tentato di spiegare questa così palese stranezza del mutuo romano dicendo che la gratuità del mutuo è un tardo vestigio dei rapporti amichevoli da cui è sorto ⁽²⁾. Ma, pur accogliendo ad occhi chiusi questa pretesa origine del mutuo, dal fatto che tra mutuante e mutuatario intercedano rapporti di amicizia, consegue forse *necessariamente* che il mutuo debba essere senza interessi? Più spesso si dice che la gratuità del mutuo è da attribuire a questo: il mutuo potè da principio ottenere giuridica protezione non dal punto di vista contrattuale, ma da quello dell'ingiusto arricchimento, in base al principio che chi ha ac-

⁽¹⁾ Dig. 42, 5, 24, 2 *aliud est credere aliud deponere*. Nondimeno è fuori di dubbio che anche il deposito ricada nel concetto di *creditum*. Dig. 12. 1, 1, 1. 2, 3. Sulle ragioni per le quali il deposito non figura nell'editto tra le *res creditae* conf. da ultimo ROTONDI *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* XLV pag. 44.

⁽²⁾ COSTA, *Storia del Diritto Romano Privato* pag. 362.

quistato senza causa la cosa altrui, è tenuto a restituirla o a pagarne il valore ⁽¹⁾. Ma neppure questa spiegazione soddisfa, perchè, se ciò si ammette, convien spiegare anche come mai rispetto al mutuo non siasi verificato ciò che, di regola, si è verificato rispetto agli altri rapporti da principio tutelati solo dal punto di vista dell'ingiusto arricchimento mediante *condictio*, vale a dire come mai, col progredire del diritto, questa originaria ed imperfetta tutela non sia stata sostituita da un'altra più rispondente alla natura e alla funzione economica propria del mutuo.

Pure la *stipulatio* presenta taluni punti abbastanza oscuri. Che il mutuo e il *nomen transcripticium* abbiano per oggetto denaro, si spiega agevolmente, per quanto, come dicemmo, il tipo più arcaico di mutuo dovette necessariamente essere quello di derrate. Che invece la *stipulatio* in origine non potesse avere per oggetto altro che denaro, non è punto giustificato. La *stipulatio* è un negozio formale e astratto: l'obbligazione nasce dalle parole che le parti pronunziano. Quindi, come era obbligato chi avesse promesso di dare cento, così del pari avrebbe dovuto essere obbligato chi avesse promesso di dare un'altra cosa o di compiere un atto. Perchè dunque v'è questa limitazione, la quale restringe notevolmente l'ambito della *stipulatio*? Nè meno vivamente sorprende che la *stipulatio* sia annoverata tra le *res creditae* e sia tutelata dalla azione stessa del mutuo. Dove è il *credere* nella *stipulatio*? Come mai da questo negozio formale nasce in diritto classico l'*a. certae creditae pecuniae*? ⁽²⁾

Queste difficoltà non sorgono rispetto al *nomen transcripticium*. Qui ognuno intende agevolmente perchè questo negozio non potesse avere per oggetto altro che denaro; perchè fosse annoverato tra le *res creditae* e munito dell'*a. certae creditae pecuniae*. Però tanto rispetto al *nomen transcripticium*, quanto rispetto alla *stipulatio* e al mutuo, non può tralasciarsi di no-

⁽¹⁾ GIRARD *Manuel* ⁵ pag. 507-508.

⁽²⁾ È questo il nome tecnico dell'azione nascente dalla *stipulatio* di una somma di denaro certa, GIRARD *Manuel* ⁵ pag. 492 n. 2.

tare che il denaro è assai raramente oggetto di convenzione, e che vi fu indubbiamente un tempo in cui non si riconosceva efficacia giuridica altro che a questi contratti. Bisognerebbe dunque ammettere che, in tempi abbastanza progrediti, quali sono quelli cui risalgono i contratti in esame, il diritto romano non riconoscesse, nè desse modo di tutelare giuridicamente altro che un numero estremamente scarso di convenzioni.

Ma è ciò possibile? E perchè mai il diritto romano avrebbe fatto questa posizione privilegiata alle poche convenzioni aventi per oggetto il denaro, e avrebbe obliato completamente le infinite altre che hanno un diverso oggetto, e che non sono, dal punto di vista sociale e giuridico, meno importanti?

§ 2. — Tutti questi punti oscuri, tutte queste stranezze inducono a pensare che il mutuo, la *stipulatio* e il *nomen transcripticium* dovettero necessariamente avere, in origine, una funzione ben diversa da quella che suole ad essi attribuirsi e che risulta avessero nel diritto classico. E tenendo presenti specialmente i risultati delle ricerche già compiute tanto sul *nexum aes* che sulla *sponsio*, parmi si possa stabilire assai bene quale essa fosse.

Trattando del *nexum aes*, abbiamo già avuto occasione di imbatterci in un caso assai particolare di mutuo. Vedemmo che nel *nexum aes* le parti pervenivano a garantire il pagamento della pena convenzionale in questo modo: il debitore dava in pegno al creditore una somma di denaro, e il creditore, in attesa dell'adempimento della convenzione a garanzia della quale la somma era data, la mutuava al debitore, perchè questi potesse frattanto usarne.⁽¹⁾ Ora, mentre i principi del mutuo romano sono in uno stridente ed insuperabile contrasto con la natura e con la funzione economica del contratto di prestito vero e proprio, si trovano invece in sì pieno e perfetto accordo con questa speciale figura di mutuo accedente al pegno pecuniario, che non può in verun modo dubitarsi che il tipo originario di mutuo romano sia stato proprio questo.

(1) Pag. 98 segg.

Innanzitutto questo mutuo, contratto in occasione del *nexum*, aveva necessariamente per oggetto denaro, non solo perchè concludevasi *per aes et libram*, ma anche perchè ciò che veniva mutuato altro non era che la composizione, e la composizione, in origine, fu sempre pecuniaria. Questo mutuo corrisponde esattamente al significato proprio della parola *credere*, perchè chi rilascia la garanzia nelle mani stesse del debitore, più che concludere un prestito, a lui *affida*, in attesa dell'adempimento del debito, la garanzia, affinchè la serbi per lui e, ove occorra, gliela restituisca. È questo un negozio veramente basato sulla *fides*, non solo perchè il rilasciare la garanzia nelle mani del debitore dovette essere da principio una concessione priva di qualsiasi tutela giuridica, ma anche perchè il creditore che a ciò acconsente, rinuncia al vincolo di garanzia reale risultante dal pegno, e si accontenta di un vincolo assai meno sicuro, quale è il rapporto obbligatorio derivante dal mutuo; tutto ciò, come ognuno intende, non suole avvenire altro che quando il creditore abbia piena fiducia nella probità del debitore. Ad un mutuo siffatto non si addivene che tra persone amiche, perchè esso è veramente concluso nell'interesse esclusivo del mutuatario, cioè al solo ed unico scopo di permettere a questi di usare e di godere frattanto, in attesa che la convenzione sia adempiuta, della somma pignorata. Finalmente è più che naturale che questo mutuo non ammetta interessi: il debitore qui non riceve, in sostanza, che il denaro proprio; e, se fu sconosciuto all'antico diritto, ben presto però si venne energicamente affermando il principio che il creditore non potesse far suoi i frutti della cosa pignorata. Anzi il richiedere interessi sarebbe stato qui addirittura contrario allo scopo che le parti si prefiggevano, perchè non convien dimenticare che questo mutuo sorse appunto per mitigare le conseguenze del pegno pecuniario, eccessivamente gravose per il debitore.

Dunque il *credere* originario, la figura primitiva del mutuo, è stato il rilasciare il pegno di denaro nelle mani del debitore. Così il *credere* viene a coincidere esattamente col *nexum aes*, dal quale differisce sol perchè questo si contrae con le forme *per aes et libram*, ed è perciò un negozio del diritto quiritario; mentre

il *credere* non esige forme, basta l'effettivo versamento del denaro dal debitore al creditore e poi da questi al debitore, ed è un negozio *iuris gentium*, accessibile ai peregrini ⁽¹⁾. Può dirsi pertanto che il *credere* fu, in origine, il *nectere* non formale in uso tra peregrini, e avente, al pari di questo, sostanzialmente la funzione di garantire al creditore il pagamento della pena convenzionale, perchè, come abbiamo già avuto occasione di avvertire ⁽²⁾, questo è appunto il risultato che si ottiene praticamente, allorchè il creditore acconsente di mutuare, in attesa dell'adempimento della convenzione, al debitore la somma stessa che questi gli ha dato in pegno.

§ 3. — Per quanto concerne la *stipulatio*, niun dubbio che essa non ebbe da principio per oggetto altro che denaro, sol perchè da principio ad essa non si fece ricorso che per garantire al creditore il pagamento della pena convenzionale: fu, insomma, da principio, sempre una *stipulatio poenae*.

Tutto concorre a dimostrare ciò. Il sorgere della *stipulatio* risale a tempi ⁽³⁾, in cui il venir meno all'impegno assunto, se non si considerava più come un'offesa che desse diritto alla vendetta, si considerava però ancora come un'offesa che dava diritto a ciò che si è immediatamente sostituito alla vendetta, dava cioè diritto alla *poena*, alla composizione volontaria. Solo più tardi la stipulazione è stata adoperata per far sorgere a carico del debitore il dovere giuridico di adempiere l'impegno assunto; ma allora ha potuto indifferentemente avere ad oggetto qualsiasi cosa ed anche il *facere*. Uno svolgimento analogo si è verificato non solo nella *sponsio* ⁽⁴⁾, ma ancora nel *legatum per damnationem* ⁽⁵⁾, il quale presenta notevoli punti di contatto con

(1) GAIO III, 132.

(2) Pag. 102.

(3) Come è noto, la *stipulatio* era già in uso al tempo della legge Aquilia.

(4) Pag. 108 segg.

(5) Pag. 101 n. 3.

la *stipulatio*. Così si spiega agevolmente perchè quanto più si risale indietro nel tempo, tanto più frequente appare l'uso della *stipulatio poenae*; perchè un così angusto contenuto non impedi alla *stipulatio* di essere, sin dal suo nascere, il negozio formale cui i Romani solevano, di regola, ricorrere per assicurare l'adempimento di qualsiasi convenzione, qualunque ne fosse l'obbietto.

Ciò premesso, la *stipulatio*, se si considera dal punto di vista formale, appare visibilmente quale una derivazione della *sponsio*. Anche la *sponsio* servì a far sorgere il dovere di pagare la *poena*, allorchè alla vendetta privata si sostituì la composizione; tanto la *sponsio* quanto la *stipulatio* sono contratti formali e astratti; l'una e l'altra si concludono *verbis* mediante interrogazione e risposta; la *stipulatio*, nel diritto classico, appare come la continuazione della *sponsio* ed ha finito per prenderne il posto. Non-dimeno la *stipulatio*, a differenza della *sponsio*, è accessibile anche ai peregrini ⁽¹⁾; a differenza della *sponsio*, ricade nel concetto di *credere*; finalmente, a differenza della *sponsio*, dalla *stipulatio* nasce l'*a. certae creditae pecuniae* ⁽²⁾. Abbiamo pertanto che, formalmente, la *stipulatio* coincide con la *sponsio*; gli effetti che da essa derivano, coincidono invece col *credere*

(1) GAIO III, 92.

(2) Le notizie a noi pervenute sulla *sponsio*, per quanto scarse, permettono però di escludere che da essa sorgessero le azioni stesse nascenti dalla stipulazione, perchè risulta che: — 1) la *sponsio* era tutelata dall'*a. ex sponsu* (VARRONE, *De lingua latina* VI, 72 ... *neque agi potest cum eo ex sponsu — cum eo agi non potest ex sponsu*. SERVIO Sulpicio, riferito da GELLIO *Noctes Atticae* VI, 4: *qui stipulabatur ex sponsu agebat*); — 2) l'infrazione della *sponsio* dava luogo ad un *iudicium censorium* (VARRONE o. c. VI, 71) del tutto sconosciuto in materia di *stipulatio*; — 3) nell'*a. ex sponsu* il giudice aveva una libertà di apprezzamento (SERVIO, riferito da GELLIO l. c.: *iudex quamobrem data acceptave non esset uxor, quaerebat. Si nihil iustae causae videbantur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem dari aut accipi, eum qui sponponderat condemnabat*), che trovasi in aperto contrasto con la natura rigorosa del giudizio, cui dava luogo la *stipulatio certa*.

in funzione di garanzia. Alla causa reale, propria del *credere*, trovansi qui sostituita una causa formale, foggiate sul modello della *sponsio*, e questa causa permette appunto di garantire al creditore il pagamento della *poena*, non come se avesse avuto luogo una *sponsio*, ma come se fosse stata effettivamente compiuta quell'operazione, che solevano i peregrini compiere per assicurare, mediante il *credere*, il pagamento della pena convenzionale. La *stipulatio* è perciò un negozio formale, che il diritto considera come equivalente al *credere* in funzione di garanzia.

Vedremo tra breve ⁽¹⁾ quali cause determinarono il sorgere di questa nuova figura contrattuale, e perchè essa, pur essendo formalmente foggiate sul modello della *sponsio*, producesse effetti che non coincidono con quelli che da questa derivano; qui importa solo notare che, se si ammette che la *stipulatio* fosse un negozio formale che il diritto riteneva equivalente al *credere*, non è più neppure strano, nè inesplicabile che essa sia stata compresa tra le *res creditae* e tutelata con l'*a. certae creditae pecuniae*.

§ 4. — Finalmente, dati i nessi che intercedono tra il mutuo, la *stipulatio* e il *nomen transcripticium*; dato il fatto che anche il *nomen transcripticium* è, insieme col mutuo e con la *stipulatio*, compreso tra le *res creditae* ed è tutelato dall'*a. certae creditae pecuniae*, non farà meraviglia che io ritenga che anche il contratto *litteris* derivi dal *credere* in funzione di garanzia e che, al pari del *credere*, abbia, in origine, servito a garantire il pagamento della pena convenzionale.

Il *nomen transcripticium* poteva senza difficoltà servire ad assicurare il pagamento della pena convenzionale e, in funzione di clausola penale, poteva senza difficoltà garantire l'adempimento di qualsiasi accordo. Anzi tale scopo poteva raggiungersi, simulando nel *codex* come avvenuta un'operazione assai vicina a quella che veniva simulata nell'epoca classica.

(1) Pag. 129-130.

Nell'epoca classica, il creditore fingeva di aver ricevuto dal debitore il pagamento di quanto era a lui dovuto e di aver poi dato a credito al debitore stesso la somma che questi aveva pagato (*transcriptio a re in personam*), ⁽¹⁾ fingeva, cioè, avvenuto un primo versamento di denaro *solvendi causa* e un successivo versamento *credendi causa*. Ma è facile intendere che come il creditore poteva fingere di avere ricevuto il pagamento dal debitore e di aver poi a lui restituito la somma che questi aveva pagato, così poteva anche fingere di aver ricevuto dal debitore non *solvendi causa*, ma *pignoris iure* una somma di denaro e di averla poi data a credito al debitore stesso. Formalmente, nell'uno e nell'altro caso l'operazione era la stessa, perchè, dal punto di vista formale, non poteva avere nessuna importanza il fatto che il primo versamento si fingesse avvenuto *pignoris iure*, anzichè *solvendi causa*. Diversi erano, invece, gli effetti derivanti dalla *transcriptio*.

Nel primo caso il debitore era sempre tenuto a pagare la somma che risultava essergli stata data dal creditore. Nell'altro caso (quando cioè avesse formato oggetto della *transcriptio* il pegno pecuniario) occorre distinguere. Se il debitore adempiva la convenzione a garanzia della quale fingevasi dato il pegno, egli, in realtà, nulla doveva pagare al creditore, perchè, pur essendo formalmente tenuto a restituire la somma che risultava essergli stata data, aveva però diritto che il creditore, alla sua volta, gli restituisse la somma che appariva da lui ricevuta in pegno. Bastava perciò, per liberare il debitore e il creditore dalle rispettive obbligazioni, far delle iscrizioni fittizie contrarie a quelle compiute nel concludere il *nomen transcripticium* ed attestanti che l'uno aveva ricevuto la somma data a mutuo e l'altro il pegno. Se, invece, il debitore non adempiva la convenzione, il creditore aveva diritto di agire contro il debitore per farsi restituire la somma che appariva essergli stata data a credito e, ottenutala, aveva diritto di ritenerla, perchè gli spettava *pignoris iure*. Quindi, nel caso che la *transcriptio* avesse

(1) GAIO III, 129.

avuto per oggetto il pegno pecuniario, il creditore riusciva ad ottenere che il debitore fosse giuridicamente tenuto a pagargli una somma di denaro, qualora non avesse adempiuto la convenzione; il che è quanto dire che il creditore, mediante il *nomen transcripticium*, riusciva a concludere una vera e propria clausola penale.

Questa operazione, che aveva per oggetto il pegno di denaro, che poteva simularsi nel *codex* e che era analoga a quella che veniva simulata nell'epoca classica, fu ben nota ai Romani, i quali avvertirono esattamente i vantaggi pratici che presentava, e fecero ad essa assai di frequente ricorso: questa operazione è quella medesima che con le forme *per aes et libram* compivasi, contraendo il *nexum aes*; è quella medesima che, senza forme, compivasi, allorchè si ricorreva al *credere*; è quella medesima, i cui effetti si producevano, senza che fosse in realtà compiuta, allorchè si ricorreva alla *stipulatio poenae*. Ma v'è anche di più. Questa operazione, quando era effettivamente compiuta, doveva essere notata nel *codex accepti et expensi* del creditore, perchè consisteva appunto in un duplice versamento di fondi: in un'entrata, quando il debitore dava al creditore la somma *pignoris iure*; in una spesa, allorchè il creditore mutuava la somma stessa al debitore. È quindi ragionevole pensare che il *nomen transcripticium* tragga origine appunto dalla menzione, che doveva necessariamente farsi nel *codex accepti et expensi*, del *nexum aes* e del *credere* in funzione di garanzia.

E l'ipotesi divien certezza, se si tiene poi presente:

a) - che il *nomen transcripticium* è molto antico ⁽¹⁾ ed è quasi impossibile ammettere che, al tempo cui risale il suo nascere, sia stato adoperato per far sorgere il dovere giuridico di eseguire la prestazione, anzichè quello di pagare la pena convenzionale;

b) - che è assurdo ammettere che in tempi in cui doveva sentirsi vivo il bisogno di assicurare l'adempimento delle con-

(1) GIRARD, *Manuel*⁵ pag. 497 nn. 3, 4; COSTA, *Storia del Diritto Romano Privato* pag. 346 n. 1.

venzioni, poche essendo quelle riconosciute e protette dallo Stato, si adoprassero il *nomen transcripticium* in modo da restringerle il campo di applicazione alle poche convenzioni aventi per oggetto denaro, come è avvenuto più tardi, quando il contratto *litteris* è stato effettivamente adoperato per far sorgere il dovere giuridico di eseguire la prestazione ⁽¹⁾.

Dunque il *nomen transcripticium* deriva dal *credere* ⁽²⁾ in funzione di garanzia e, al pari di questo e della *stipulatio*, ha servito in origine a far sorgere il dovere giuridico di pagare la pena convenzionale.

§ 5. — Ed ora, se mettiamo a confronto l'originaria struttura giuridica di questi negozi con la nuova struttura che essi hanno poi assunto nel diritto classico, troviamo che il *credere* non è più un prestito accedente al pegno della composizione e avente per oggetto la somma data in pegno, cioè la composizione stessa, ma è una causa obbligatoria autonoma, riconosciuta dal diritto atto a far sorgere il dovere giuridico di restituire una quantità pari a quella che è stata ricevuta a mutuo ⁽³⁾. Troviamo che oggetto della *stipulatio* non è più sempre la *poena*, ma, di regola, la prestazione: il debitore, non promette che, se non adempirà la convenzione, pagherà una

(1) Infatti, in diritto classico, il *nomen transcripticium* non trova applicazione che nelle obbligazioni aventi per oggetto denaro, GIRARD *Manuel*⁵ pag. 500.

(2) Ad ammettere questa derivazione dal *credere* non osta che il *nomen transcripticium* fosse un negozio *quodammodo iuris civilis*, (GAIO III, 133). È infatti evidente che tale carattere aveva il *nomen transcripticium* non per la natura dell'operazione che in esso veniva simulata, la quale è certamente *iuris gentium* (GAIO III, 132), ma per le forme occorrenti alla conclusione di tale negozio. Queste si riportavano ad un'usanza schiettamente romana, quale è quella della regolare tenuta del *codex accepti et expensi*. Conf. ASCONIUS in *Cic. Verr.* II, 1, 60 *Moris ... fuit unumquemque domesticam rationem sibi totius vitae suae per dies singulos scribere*. GIRARD *Manuel*⁵ pag. 500.

(3) GAIO III, 90.

penale al creditore; ma promette puramente e semplicemente ciò che deve in forza della convenzione stessa ⁽¹⁾. Troviamo che oggetto del *nomen transcripticium* non è più la somma di denaro, la *poena*, che fingevasi data in pegno dal debitore al creditore a garanzia di una convenzione; ma è ciò che è dovuto in forza di questa: il creditore non simula più nel suo *codex* di aver ricevuto *pignoris iure* una data somma dal debitore e di averla poi mutuata al debitore stesso; ma simula, invece, di aver ricevuto dal debitore quanto questi gli doveva, e di aver poi ciò mutuato al debitore stesso ⁽²⁾.

Abbiamo, insomma, che il rapporto giuridico il quale veniva in origine costituito per far sorgere il dovere giuridico di pagare la pena convenzionale, viene ora costituito per far sorgere il dovere giuridico di adempiere la convenzione: la prestazione ha qui preso il posto della *poena*, la prestazione, invece della pena, è ora oggetto del contratto.

§ 6. — Tutto ciò ha non poca importanza, perchè, accertata l'originaria funzione del *credere*, della *stipulatio* e del *nomen transcripticium*; messo in rilievo il mutamento di oggetto verificatosi col volger del tempo in queste *obligationes*, noi abbiamo un solido appoggio per ricostruire uno dei periodi più oscuri e interessanti, forse il più oscuro e interessante, della storia dell'*obligatio*.

Se si prescinde, ben inteso, dalle garanzie reali, l'antico diritto quiritario non conosceva che due procedimenti atti ad assicurare l'adempimento delle convenzioni non ancora di per sè tutelate dal diritto: il *nexum aes* e la *sponsio poenalis*; l'uno e l'altra diretti a far sorgere il dovere giuridico di pagare la pena convenzionale; l'uno e l'altra rigorosamente accessibili ai soli cittadini. Quando, con l'affermarsi della potenza di Roma e col progredire delle condizioni economiche e sociali, divennero ognora più frequenti i rapporti coi peregrini, dovette necessariamente sentirsi vivo il bisogno di assicurare l'adempimento delle con-

(1) GAIO III, 97-98.

(2) GAIO III, 129. 130.

venzioni che venivano strette con costoro. Da principio a ciò provvede la più antica e comune garanzia: il pegno. E dovette essere necessariamente pegno di denaro, perchè ciò è avvenuto in tempi, in cui l'inadempimento delle convenzioni si considerava ancora come un'offesa, che, se non dava più diritto alla vendetta, dava però diritto alla composizione; e a garanzia di questa il pegno era costituito.

Sappiamo però che il pegno pecuniario mal si presta per concludere affari. Esso esige che il debitore, in attesa dell'adempimento della convenzione, si privi della somma pignorata, e ciò non solo è sempre abbastanza molesto, ma fa sì che questo pegno possa esser dato solo dai pochi che han copia di denaro. I Romani — che avevano anch'essi, nei più antichi tempi, dovuto ricorrere al pegno pecuniario — erano pervenuti a rimuovere questo inconveniente mercè il *nexum aes*, che era pur sempre un pegno di denaro, cui però accedeva un mutuo della somma pignorata, e questo mutuo permetteva appunto al debitore di poter frattanto, in attesa dell'adempimento della convenzione, usare e godere di quella somma.

Questo vantaggio, che il *nexum aes* aveva in confronto del pegno puro e semplice, fu assicurato anche ai peregrini mediante il *credere*, che, come dimostrammo, altro non fu da principio che il *nectere* privo delle forme *per aes et libram* e accessibile ai non cittadini.

Ma i Romani conoscevano anche la *sponsio*. Questa aveva sul *nexum aes* e sul *credere* una notevole superiorità. Come il *nexum* e il *credere* garantiva al creditore il pagamento della *poena*, senza sottrarre al debitore, in attesa dell'adempimento dell'impegno assunto, una somma di denaro pari al suo ammontare; presentava però maggior semplicità di forme e, soprattutto, poteva concludersi anche se il debitore, all'atto di fare la *sponsio*, non avesse avuto a sua disposizione tale somma. Infatti, a differenza di quanto avveniva nel *nexum* e nel *credere*, qui la *poena* non occorre fosse versata dal debitore al creditore e poi da questi al debitore; bastava prometterla.

La *sponsio* era inaccessibile ai peregrini. Per rendere possibile anche a costoro di garantire il pagamento della pena con-

venzionale mediante semplice promessa, non v'era che un mezzo: creare un nuovo negozio. Questo nuovo negozio fu la *stipulatio*. La quale formalmente è foggata sul modello della *sponsio*, ma produce gli effetti stessi che derivano dal *credere*. Perchè? La risposta non è delle più facili. Nondimeno, se si tiene presente, da un lato, che nell'antico diritto non era troppo agevole introdurre nuove azioni, dall'altro, che quel che aveva determinato il sorgere di questo nuovo negozio era stato proprio il bisogno di permettere ai peregrini di raggiungere, senza che occorresse effettivamente numerare il denaro, lo scopo stesso che essi raggiungevano ricorrendo al *credere*, è lecito pensare che la *stipulatio* sia stata considerata come un atto, dal punto di vista giuridico, equivalente al *credere* appunto per questo: per poter attribuire ad essa efficacia giuridica.

Un ulteriore perfezionamento dei procedimenti diretti a garantire il pagamento della pena convenzionale si ebbe col *nomen transcripticium*.

Il *nexum aes* cade a poco a poco in disuso, perchè i Romani stessi preferiscono ormai far ricorso al *credere* che non esige forme ingombranti. La *stipulatio* di giorno in giorno usurpa la provincia riservata alla *sponsio*. Nondimeno la *sponsio* e la *stipulatio*, benchè permettessero di garantire il pagamento della *poena* senza che in verun modo occorresse, all'atto in cui venivano concluse, versare il denaro, presentavano taluni inconvenienti: era necessaria la presenza delle parti; era necessario che queste potessero parlare e udire⁽¹⁾. L'antica usanza di registrare esattamente nel *codex accepti et expensi* tutto ciò che il *paterfamilias* avesse ricevuto e speso, e quindi anche il duplice versamento di denaro che aveva luogo allorchè si addiveniva al *credere*, permette di introdurre una nuova figura di contratto formale, il *nomen transcripticium*, che poteva concludersi anche tra assenti, anche dai sordi e dai muti⁽²⁾. Più tardi, col riconoscimento delle singrafi e dei chirografi, pure i peregrini poterono fruire di questi vantaggi.

(1) *Dig.* 45, I, I pr.; *Inst.* 3, 19, 7. 12.

(2) GAIO III, 138; GIRARD *Manuel*⁵ pag. 501 n. I.

In breve, ciò che determina il sorgere di queste nuove *obligationes* (*credere, stipulatio, nomen transcripticium*) è il bisogno di garantire l'adempimento delle convenzioni che venivano concluse con i peregrini, e il bisogno altresì di nuove forme di garanzia, meglio rispondenti alle progredite condizioni economiche e sociali.

§ 7. — Queste nuove *obligationes* non solo sono intimamente collegate con quelle già in uso tra cittadini, perchè il *credere* altro non è, in sostanza, che il *nectere* non formale, la *stipulatio* è la *sponsio* dei peregrini e il *nomen transcripticium* trae, a sua volta, origine dal *credere*; ma conservano tutt'ora inalterati i caratteri essenziali delle antiche *obligationes*.

Il *credere*, la *stipulatio* e il *nomen transcripticium* garantiscono l'adempimento dell'impegno assunto, facendo sorgere un vincolo di responsabilità; e un vincolo di responsabilità, diretto a garantire l'impegno assunto, veniva pur costituito nell'antico *nexum* e nella forma primitiva della *sponsio*. Questo vincolo assicura ancora una responsabilità penale: non è più il diritto alla vendetta, ma è il diritto a ciò che a questa si è immediatamente sostituito, vale a dire, il diritto alla composizione volontaria, chè altro non è, in realtà, la pena convenzionale. Lo svolgimento del diritto aveva dunque eliminato ciò che l'antica *obligatio* aveva di più ripugnante e di più gravoso: aveva eliminato il pegno di persona libera e il diritto alla vendetta; aveva reso possibile garantire il diritto alla composizione senza che occorresse preventivamente sborsarla al creditore; ma la funzione dell'*obligatio* era, in sostanza, rimasta la stessa.

Però, che le parti pensassero a garantire la responsabilità, che tale responsabilità avesse carattere penale e che spettasse alle parti stesse stabilire l'ammontare della *poena* era pienamente giustificato, finchè scarsa era l'autorità dello Stato, finchè era ancora largamente rimesso all'iniziativa dei privati la tutela del diritto e, soprattutto, finchè perdurava l'antico concetto che il venir meno all'impegno assunto costituisse un'offesa da reprimersi e punirsi quale delitto. Ma non fu più giustificato quando, col volger del tempo, a poco a poco questo imperfetto

ordinamento e queste idee completamente scomparvero, quando l'iniziativa dei privati cedette di fronte all'azione dello Stato, quando, venuto a poco a poco del tutto meno l'antico concetto che l'inadempimento delle convenzioni dovesse punirsi con una *poena* ⁽¹⁾, si riconobbe che il debitore inadempiente dovesse essere tenuto a pagare solo il *quanti ea res est*, cioè una somma pari al valore della prestazione ⁽²⁾.

Tutto ciò non poteva non esercitare una decisiva influenza su queste *obligationes*. Se il mancare all'impegno assunto non dava più al creditore diritto altro che all'equivalente pecuniario della prestazione, il *credere*, la *stipulatio* e il *nomen transcripticium* non dovevano più servire ad assicurare il pagamento della *poena*, ma dovevano servire, invece, ad assicurare il pagamento di una somma pari al valore della prestazione.

E questo è in realtà avvenuto.

Una prova sicura ce ne dà l'uso, persistente tutt'ora nell'epoca classica, di stipulazioni del *quanti ea res est* ⁽³⁾, le quali non possono spiegarsi che come un prezioso vestigio di questa fase attraversata dalle *obligationes*, allorchè alla *poena* si sostituì il risarcimento. Queste stipulazioni, infatti, assicurano, come le stipulazioni penali, l'adempimento di convenzioni facendo sorgere, qualora non siano adempiute, il dovere di pagare una somma di denaro, la quale però non è una *poena*, perchè resta rigorosamente ristretta all'equivalente pecuniario della prestazione.

(1) BONFANTE *Diritto Romano* pag. 401 - 402.

(2) Il risarcimento, in origine, resta ristretto al valore della cosa; solo più tardi esso si amplia in modo da comprendere l'interesse che aveva il creditore all'adempimento dell'obbligazione. Conf. F. MOMMSEN *Beiträge zum Obligationenrecht* II pag. 47 segg.

(3) Le stipulazioni pretorie (LENEL EDITTO LXV 280 - 292) sono, almeno di regola, al *quanti ea res est* (*quanti ea res est, tantam pecuniam dari*). Conf. *Dig.* 46, 5, 11. 46, 8, 8, 2. È così anche nella *stipulatio Aquiliana*, *Dig.* 46, 4, 18, 1 *Inst.* 3, 29. 2. Assai frequente dovette essere nell'antico diritto l'uso di promettere nella *cautio rei uxoriae* l'equivalente pecuniario della dote, GIRARD *Manuel* ⁵ pag. 955 n. 1.

Questa nuova funzione, assunta dalle *obligationes*, di garantire il pagamento di una somma pari al valore della prestazione, anzichè il pagamento della *poena*, ha determinato, alla sua volta, un ulteriore svolgimento, il quale ha finito per far loro perdere del tutto il carattere originario e per far loro assumere il nuovo aspetto che esse hanno nel diritto classico.

Tale svolgimento si inizia rispetto alle convenzioni aventi per oggetto una somma certa di denaro. Rispetto a queste convenzioni è accaduto che l'obbietto dell'*obligatio*, (ora che questa non serve più a far sorgere il dovere di pagare la pena convenzionale, ma serve invece a far sorgere il dovere di pagare l'equivalente pecuniario della prestazione) l'obbietto dell'*obligatio*, dicevamo, è venuto ad essere identico all'obbietto della convenzione.

Suppongasi che, prima che il diritto tutelasse il contratto di compravendita, si fosse fatto ricorso al *credere*, alla *stipulatio* od al contratto *litteris* per garantire il pagamento dei 100 dovuti al venditore come prezzo della cosa comprata. Queste *obligationes* avrebbero servito a far sorgere il dovere giuridico di pagare, se il compratore non avesse puntualmente sborsato il prezzo, una somma pari a questo, cioè 100. È facile intendere che, in questi casi, foggare ancora il *credere*, la *stipulatio* e il *nomen transcripticium* nella forma originaria di clausole penali, altro non sarebbe stato che una inutile complicazione, perchè il venditore sarebbe stato tutelato egualmente tanto se il compratore avesse, p. e. mediante *stipulatio*, promesso che, qualora non avesse pagato il prezzo di 100, gli avrebbe dato 100 a titolo di risarcimento, quanto se egli avesse stipulato puramente e semplicemente di dargli i 100 a lui dovuti a titolo di prezzo. Che la somma fosse dovuta per l'uno o per l'altro titolo era per il venditore indifferente; ciò che importava, era che egli potesse costringere giuridicamente il compratore a pagargli i 100, e tale diritto era a lui assicurato tanto nell'uno che nell'altro caso: se il compratore non pagava i 100, il venditore poteva agire sempre contro di lui con l'*a. certae creditae pecuniae*.

Queste stesse considerazioni che valgono per la *stipulatio*, valgono altresì per il *credere* e per il *nomen transcripticium*. Infatti, se ben si osserva, il venditore era tutelato egualmente tanto se, adoperandosi il *credere* o il contratto letterale come per l'innanzi, il compratore avesse effettivamente dato in pegno 100 e questi fossero stati poi effettivamente mutuati al compratore stesso, ovvero tutto ciò fosse stato solo simulato mediante iscrizioni fittizie nel *codex accepti et expensi*, quanto se, facendosi queste operazioni rispetto alla prestazione, anzichè rispetto alla *poena*, il compratore avesse effettivamente pagato il prezzo di 100, e questo poi gli fosse stato restituito a titolo di mutuo, o tutto ciò fosse stato simulato mediante contratto letterale.

È così accaduto che, rispetto alle convenzioni concernenti una somma certa di denaro, oggetto del *credere*, della *stipulatio* e del *nomen transcripticium* non fu più una somma pari a quella dovuta in base alla convenzione, ma la somma stessa; la prestazione finì per prendere il posto del risarcimento, e il rapporto giuridico, che veniva costituito per far sorgere a carico del debitore il dovere di pagare, in caso di inadempimento, l'equivalente pecuniario della prestazione, fu ora costituito, invece, per far sorgere il dovere giuridico di adempiere la convenzione.

Rispetto alle altre convenzioni aventi un contenuto diverso, queste *obligationes* serbarono ancora l'originaria struttura di clausole penali, perchè non potevano ancora avere per oggetto altro che una somma certa di denaro. Però ben presto tale difficoltà venne meno. Introdotta la *condictio certae rei* o *triticaria*, potè verificarsi anche rispetto alle convenzioni aventi per contenuto una cosa certa o una quantità certa di cose fungibili quel medesimo svolgimento che erasi già verificato rispetto alle convenzioni aventi per contenuto denaro: il *credere* e la *stipulatio* (la cui struttura giuridica, a differenza del *nomen transcripticium*, non esigeva necessariamente che avesse per oggetto solo il denaro) poterono servire per far sorgere il dovere giuridico di dare la cosa o la quantità convenuta, anzichè quello di pagare a titolo di risarcimento una somma pari al loro valore.

Finalmente la *stipulatio*, che per la sua struttura poteva avere per oggetto qualsiasi prestazione, ha potuto, introdotta che fu l'*a. ex stipulatu*, agevolmente adattarsi alla nuova funzione anche rispetto alle convenzioni concernenti una quantità incerta, un fatto od una astensione: oggetto della *stipulatio* divenne anche in questi casi la prestazione stessa, il debito.

Così a poco a poco il *credere*, la *stipulatio*, il *nomen transcripticium* hanno finito per far sorgere il dovere giuridico di eseguire la convenzione, anzichè quello di pagare, in caso di inadempimento, la *poena*. Della funzione originaria, propria di queste *obligationes*, non è rimasto nel diritto classico che un pallido ricordo in quella tra queste tipiche figure contrattuali a noi più nota e di uso più frequente: nella *stipulatio*.

La *stipulatio poenae* non è scomparsa, per quanto ne sia divenuto di giorno in giorno più raro l'impiego; ma il *credere* e il *nomen transcripticium* mai non appaiono in funzione di clausole penali. Il *credere* ha interamente perduto l'originario carattere di negozio accessorio diretto a costituire un vincolo di garanzia, ed è divenuto una causa obbiettiva riconosciuta dal diritto come sufficiente a far sorgere il dovere giuridico di restituire una quantità pari a quella ricevuta. La *stipulatio* e il *nomen transcripticium* sono tutt'ora negozi formali e astratti. Ma il *nomen transcripticium*, ora che ha per oggetto la prestazione anzichè la *poena*, non può, per la sua particolare struttura, essere adoperato altro che rispetto alle poche convenzioni aventi per oggetto una somma certa di denaro, e, poichè queste hanno ben presto ottenuto giuridico riconoscimento, non serve ormai che per operare una specie di novazione obbiettiva e subbiettiva delle convenzioni stesse ⁽¹⁾. La stessa funzione novatoria, rispetto a qualsiasi dovere, qualunque ne sia l'obbietto, adempie la *stipulatio*, la quale trova però anche larghissima applicazione come forma atta ad assicurare l'adempimento di convenzioni di per sè non ancora tutelate dal diritto, facendo sorgere il dovere giuridico di adempierle.

(1) GAIO III 129-130.

§ 8. — Resterebbe ora a vedere come e perchè il diritto romano finì per riconoscere il carattere di *obligatio* alla compra-vendita consensuale, resterebbe cioè a rintracciare la tanto discussa origine della vendita romana. Ma pur troppo credo che su ciò, allo stato attuale delle nostre conoscenze, nulla possa dirsi con certezza: poco soddisfano i vari tentativi fatti per risolvere questo problema, nè a me è riuscito di trovare una soluzione migliore di quelle sinora proposte. Un punto fondamentale della storia dell'*obligatio* romana rimane così ancora avvolto nel mistero.

Nondimeno, essendo la compra-vendita la più recente tra le tipiche figure di *obligationes* del diritto classico, questa grave lacuna, se io non m'inganno, non impedisce di ravvisare i tratti essenziali dell'ampio svolgimento che trasformò l'*obligatio* primitiva nell'*obligatio* giustiniana.

VI

LA STORIA DELL'OBLIGATIO ROMANA

- § 1. - I due periodi della storia dell'*obligatio* romana. — § 2. - **Primo Periodo.** — Il punto di partenza della storia dell'*obligatio* romana: il diritto di uccidere il colpevole in caso di delitto; l'ostaggio (*nexus*). — § 3. - Le varie fasi attraversate dalle *obligationes ex delicto* (furto, ingiuria, *damnum iniuria*). — § 4. - L'asservimento del colpevole e il riscatto mediante *solutio per aes et libram*. — § 5. - L'origine delle composizioni. — § 6. - La *pignoris capio* del colpevole. — § 7. - Le cause che fecero cessare la *pignoris capio* del colpevole. — § 8. - La fase ultima delle *obligationes ex delicto*. — § 9. - Cenno delle varie fasi attraversate dalle *obligationes ex contractu*. — § 10. - La prima mitigazione introdotta nella condizione degli ostaggi *sui iuris*. Origine della *sponsio*. — § 11. - Temperamenti introdotti nella condizione del *nexus*. — § 12. - Il debitore *nexus* o *sponsor* di se stesso. — § 13. - La responsabilità originaria del *nexus* e dello *sponsor* e le cause che determinarono il sorgere del *nexum aes*. — § 14. - Struttura giuridica e funzione del *nexum aes*. La clausola penale. — § 15. - La *sponsio poenalis* e l'abolizione del *nexum* personale. — § 16. - Oggetto delle *obligationes ex contractu* dopo la legge *Poetelia*. — § 17. - Le nuove *obligationes*: *credere*, *stipulatio* e *nomen transcripticium*. Struttura originaria e originaria funzione. — § 18. - Il risarcimento del danno e la sua influenza sul *credere*, sulla *sponsio-stipulatio*, sul *nomen transcripticium*. — § 19. - La fase ultima di queste *obligationes*. — § 20. - Il risultato dello svolgimento verificatosi nel *credere*,

nella *sponsio-stipulatio* e nel *nomen transcripticium*. — § 21. - Le tipiche *obligationes ex contractu* del diritto classico. La compra-vendita consensuale. — § 22. - Le *obligationes* da delitto e da contratto alla fine del primo periodo della storia dell' *obligatio*. — § 23. - Secondo Periodo della Storia dell' *obligatio romana*. — L'ampliarsi dell'ambito dell' *obligatio* in diritto classico e in diritto giustiniano. — § 24. - Le cause di questo svolgimento. — § 25. - Le nuove *obligationes* da contratto e da delitto. — § 26. - Le altre *obligationes* non rientranti fra i contratti e i delitti. — § 27. - I tentativi fatti in diritto classico per comprendere anche questi rapporti nella classificazione tradizionale delle *obligationes*. — § 28. - L'opera dei commissari giustiniani in materia di *obligationes*.

§ 1. — Giova riassumere, da un punto di vista generale, i risultati delle ricerche compiute sulla non breve storia dell' *obligatio romana*.

Questa storia può dividersi in due periodi.

Il primo periodo va dalle origini al cadere dell'età repubblicana. Esso comprende la fase originaria dell' *obligatio*. Comprende poi il lungo svolgimento che modificò l' *obligatio* primitiva e portò alla formazione di quel gruppo di *obligationes*, le quali appaiono nell'epoca classica come le cause obbligatorie tipiche: il furto, l'ingiuria e il *damnum iniuria datum*; il mutuo, la *sponsio-stipulatio*, il *nomen transcripticium* e la compra-vendita.

L'altro periodo abbraccia lo svolgimento successivo, durante il quale l'ambito dell' *obligatio* si andò lentamente ampliando, perchè si riconobbe il carattere di *obligationes* ad un numero sempre maggiore di fatti giuridici, i quali pareva presentassero una stretta simiglianza con le figure tipiche di *obligationes*: la rapina, il comodato, il deposito, il pegno, la *dotis dictio*, il *iusiurandum liberti*, la locazione, la società, il mandato, e poi tutto il gruppo dei rapporti giuridici raccolti dai bizantini nelle categorie delle *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex delicto* ⁽¹⁾.

(1) Su tutto ciò conf. pag. 19-39.

*
**

§ 2. — Cominciamo dal primo periodo.

Lo studio della fase originaria delle più antiche *obligationes*, cioè del furto, dell'ingiuria, del *damnum iniuria* e del *nexum*, ci richiama a condizioni sociali addirittura primitive.

Numerosi ricordi attestano che vi fu un tempo in cui chi aveva sofferto un furto, un'ingiuria, un danno alle cose, poteva impadronirsi del colpevole e ucciderlo ⁽¹⁾.

Un attento esame delle notizie a noi pervenute sul *nexum* dimostra che questo arcaico negozio serviva a costituire un vero e proprio pegno su persona libera. Il *paterfamilias*, per garantire che avrebbe restituito la somma avuta a mutuo, mancipava *pignoris iure* al creditore uno o più *filiifamilias*. Il *filiusfamilias*, così mancipato, diveniva *nexus* del creditore ⁽²⁾.

Tutto ciò è pienamente in armonia con la primitiva organizzazione sociale romana.

Se risaliamo a tempi anteriori al costituirsi della *civitas*, quando si avevano solo gruppi politici autonomi, convien ammettere (come ha visto acutamente il Bonfante, seguito dal Perozzi) che le relazioni tra gruppo e gruppo avessero il carattere di rapporti internazionali.

Questa idea del Bonfante spiega assai bene la fase primitiva dell'obbligazione *ex delicto*. Se un torto veniva allora commesso, il gruppo che l'aveva sofferto si faceva giustizia da sè, ricorrendo alla forza e alla violenza. Procurava di impadronirsi del colpevole e, se vi riusciva, l'uccideva. Una sorte non diversa era allora serbata ai nemici presi in guerra.

Ma l'idea del Bonfante (e sorprende che a ciò non si sia posto mente) spiega non meno bene la fase originaria del *nexum*. Infatti, se le primitive relazioni fra gruppo e gruppo avevano il

(1) Pag. 63-65.

(2) Pag. 78-79.

carattere di rapporti internazionali, gli ostaggi non potevano mancare ⁽¹⁾, perchè gli ostaggi soglion garantire in antico gli accordi fra Stati autonomi e li garantiscono tuttora presso popoli di civiltà poco avanzata. Il *nexus* altro non fu, in principio, che un vero e proprio ostaggio.

Il punto di partenza della storia dell'*obligatio* romana è dunque, per il delitto, il diritto di uccidere il colpevole; per il contratto, l'uso di garantire l'adempimento delle convenzioni mediante ostaggi.

§ 3. — Naturalmente col volgere del tempo tutto ciò ha subito mutazioni profonde.

Prescindiamo, per ora, dal contratto e limitiamoci al delitto.

Per quanto concerne la responsabilità derivante da delitto, un lento svolgimento, non ancora del tutto compiuto al tempo della legge delle XII Tavole, ha finito per sostituire al diritto di uccidere il colpevole il diritto di ottenere da lui il pagamento della composizione legale.

§ 4. — Le fasi di questo svolgimento dell'*obligatio ex delicto* ⁽²⁾ possono riassumersi così.

Ben presto il colpevole non fu più ucciso: l'offeso preferì serbarlo in vita e tenerlo come suo *mancipium*, per le cause stesse per le quali ben presto si preferì ridurre in servitù i vinti in guerra anzichè ucciderli.

Più tardi il colpevole, divenuto *mancipium* dell'offeso, ha potuto riacquistare anche la libertà mediante un riscatto (*solutio per aes et libram*), simile alla *redemptio ab hostibus*: il colpevole veniva venduto allo stesso gruppo politico cui egli apparteneva avanti di cadere *in causa mancipii*, veniva cioè venduto ai propri agnati ⁽³⁾.

(1) E, in realtà, non sono mancati, conf. pag. 72-75.

(2) Pag. 59-68.

(3) Pag. 63-66.

§. 5. — Questa vendita conciliava assai bene l'interesse del danneggiato con quello del colpevole.

Il danneggiato aveva interesse a concluderla: gli agnati, pur di riscattare il loro congiunto, erano disposti a pagare un prezzo superiore a quello che si sarebbe potuto ricavare in una vendita ad estranei. Essi pagavano un prezzo di affezione.

D'altro canto il colpevole, ritornando in forza di questa vendita fra i suoi, era liberato dalla *causa mancipii*, perchè vedemmo che l'antico diritto come non ammetteva che il cittadino potesse essere servo nell'interno della *civitas*, così non ammetteva che l'*adgnatus* potesse essere *mancipium* nella propria *familia* ⁽¹⁾.

Il riscatto (*solutio, liberatio*) divenne perciò ognora più frequente, e da esso trae origine la composizione volontaria.

La composizione fu, da principio, il prezzo che pagavano gli agnati per riscattare il reo asservito all'offeso.

Così sorse e cominciò a farsi strada il concetto che il colpevole potesse essere liberato col pagamento di una somma di denaro.

§ 6. — Nondimeno l'offeso continuò ancora ad impadronirsi del reo.

Finchè la composizione fu volontaria, egli aveva interesse a far uso di questo suo diritto specialmente per due ragioni. Avendo in suo potere il colpevole, egli poteva, con la minaccia di incrudelire contro di lui, estorcere agli agnati una composizione più elevata. Il possesso effettivo del colpevole serviva poi anche a garantire il pagamento della composizione, alla stessa guisa che il pegno garantisce l'adempimento delle convenzioni, perchè, se la somma pattuita per il riscatto non veniva pagata, l'offeso si vendicava contro il colpevole, il quale, essendo in suo potere, non poteva sottrarsi alla vendetta.

Però l'atto mediante il quale l'offeso s'impadroniva del reo, dal punto di vista giuridico, mutò carattere.

(1) Pag. 50-54.

Prima era un atto avente per scopo di uccidere il colpevole o di acquistare il dominio su di lui; ora divenne una vera e propria *pignoris capio* ⁽¹⁾.

§ 7. — Ma frattanto s'era costituita la *civitas*.

Già il costume aveva posto taluni limiti alla vendetta privata e al diritto di asservire il reo. Altri, e ben più gravi, ne pose lo Stato, di mano in mano che la sua autorità si andò consolidando.

Lo Stato intervenne a regolare il riscatto. Determinò i casi in cui esso doveva necessariamente concedersi, determinò a qual prezzo dovesse avvenire.

Le composizioni legali presero il posto di quelle volontarie. Allora cominciò anche a farsi a meno della *pignoris capio* del colpevole.

Quando la composizione legale sostituì la composizione volontaria, non solo non fu più in arbitrio dell'offeso concedere o negare il riscatto, ma non fu più neppure in suo arbitrio fissare a qual prezzo esso dovesse aver luogo. Il reo aveva ormai un vero e proprio diritto di essere riscattato, se gli agnati avessero pagato nè più nè meno della composizione determinata dallo Stato. Perciò la *pignoris capio* non poteva servire più per estorcere agli agnati un prezzo più elevato.

Ma essa non serviva più neppure come garanzia del pagamento, perchè a poco a poco lo Stato tutelò, mediante azione, il diritto di ottenere le composizioni.

Così a poco a poco l'offeso, in attesa che gli fosse pagata la *poena*, cessò di impadronirsi del colpevole.

§ 8. — Il venir meno di questa *pignoris capio* sulla persona del reo determinò un'ultima innovazione.

Se in attesa del pagamento della *poena* il colpevole non diveniva più *mancipium* dell'offeso e restava libero, niuna diffi-

(1) Pag. 66-67.

coltà più si opponeva a che egli stesso potesse, invece degli agnati, provvedere a tale pagamento.

Allora la composizione cessò di esser pagata dagli agnati, e cominciò a pagarsi dal reo.

Attraverso queste fasi il furto, l'ingiuria e il danneggiamento finirono per far sorgere a carico del colpevole il dovere giuridico di pagare la composizione.

§ 9. — E, venendo ora alla *obligatio ex contractu*, anche il vincolo di garanzia gravante sull'ostaggio fu alla fine sostituito dal dovere giuridico di eseguire la convenzione. Ma qui lo svolgimento è stato assai più complicato.

Se si prescinde dalla compra-vendita, può dirsi, in generale, che l'ingentilirsi dei costumi e il progredire del diritto resero dapprima meno gravoso il vincolo di garanzia assunto dall'ostaggio; poi mitigarono la sua responsabilità; poi quella del debitore, quando questi finì per assumere la responsabilità del proprio debito.

Infatti il diritto alla vendetta, spettante in origine al creditore in caso che la convenzione non fosse stata adempiuta, cedette il posto al diritto alla composizione. Alla sua volta il diritto alla composizione cedette il posto al diritto di ottenere il risarcimento del danno.

Alla fine il vincolo di garanzia che veniva costituito per far sorgere il dovere giuridico di risarcire il danno, fu costituito per far sorgere il dovere giuridico di adempiere la convenzione.

Allora gli stessi negozi giuridici che servivano prima a far sorgere un vincolo di garanzia (*obligationes*), servirono invece a far sorgere il dovere giuridico di eseguire la prestazione.

§ 10. — Il vincolo di garanzia contratto dall'ostaggio era assai duro. Egli era esposto alla vendetta del creditore, se la convenzione, a garanzia della quale era stato dato, non veniva adempiuta; e, in attesa che la convenzione fosse adempiuta, egli era preventivamente consegnato al creditore.

Questa preventiva consegna aveva per effetto che l'ostaggio subisse una *capitis deminutio* ⁽¹⁾. Egli usciva dal proprio gruppo politico per entrare in un altro in cui veniva a trovarsi in una condizione analoga a quella del prigioniero di guerra.

Le conseguenze di questa *capitis deminutio* erano certo assai gravi, se, come verificavasi nel *nexum*, chi veniva dato in ostaggio era una persona *alieni iuris*. Ma è facile intendere che tali conseguenze erano di gran lunga più gravi, se l'ostaggio era una persona *sui iuris*. È quindi naturale che assai per tempo si sia pensato di evitare la preventiva consegna degli ostaggi *sui iuris*.

A ciò provide un atto religioso: la *sponsio* ⁽²⁾.

Lo *sponsor* (che da principio fu sempre una persona diversa dal debitore) assumeva la stessa responsabilità che assumeva l'ostaggio. Però — a differenza dell'ostaggio — non era preventivamente consegnato al creditore. Lo *sponsor* contraeva soltanto un vincolo religioso di darsi a lui in nozza, se la convenzione non fosse stata adempiuta; ma frattanto restava tra i suoi, a capo della propria *familia*, era libero e non subiva veruna *capitis deminutio*.

§ 11. — Col volger del tempo anche al *nexus* fu risparmiata la *capitis deminutio* derivante dal cadere preventivamente in potere del creditore ⁽³⁾.

Egli continuò sempre, come per lo innanzi, ad essere mancipato *pignoris iure*.

Ma dapprima s'introdusse il costume di rilasciarlo, in attesa dell'adempimento del debito da lui garantito, precariamente presso il proprio *paterfamilias*.

In seguito il *nexus* non fu soltanto libero di fatto, ma anche di diritto, perchè non divenne più *mancipium* del creditore al momento stesso in cui il *nexum* veniva contratto. Egli restò frat-

(1) Pag. 73-74.

(2) Pag. 111-112.

(3) Pag. 78-88.

tanto sotto la potestà del proprio *paterfamilias*, e solo se questi mancava all'impegno assunto, il *nexus* diveniva *mancipium* del creditore.

§ 12. — Il venir meno del preventivo asservimento del *nexus*, l'esser lo *sponsor* libero in attesa dell'adempimento del debito, ha poi determinato un'ulteriore innovazione che corrisponde a quella che ebbe a verificarsi nei delitti privati, quando cessò la *pignoris capio* del colpevole.

Come il reo assunse allora l'obbligo di pagare la composizione, così il debitore alla fine assunse la responsabilità del proprio debito. Il debitore, da solo o con altri, potè farsi e si fece *sponsor* o *nexus* di se medesimo ⁽¹⁾, alla stessa guisa che, quando il *praes* cessò di essere dato in pegno, il *manceps* potè farsi e si fece *praes* di se stesso.

In seguito a questo lento svolgimento deformante, facilmente spiegabile, divenne possibile quella mancipazione di se stesso, che appare nella fase ultima del *nexum* e che ha fatto sorgere tante discussioni e tante stranissime ipotesi.

§ 13. — Il progredire del diritto aveva dunque permesso di garantire le convenzioni, senza che fosse più necessario che il creditore avesse preventivamente in suo potere la persona la quale doveva rispondere del loro adempimento. Il vincolo di garanzia, risultante dal preventivo asservimento dell'ostaggio, era stato a poco a poco sostituito dal diritto di impadronirsi del *nexus* o dello *sponsor*; se la convenzione non fosse stata adempiuta. Quando ciò avveniva — quando cioè la convenzione non era adempiuta — il creditore aveva diritto di rivendicare il *nexus* come suo *mancipium* ⁽²⁾; aveva diritto che lo *sponsor* a lui si desse in *noxa* ⁽³⁾.

(1) Per lo *sponsor*, conf. pag. 106-109; per il *nexus*, conf. pag. 78-79, 85-88.

(2) Pag. 88-90.

(3) Pag. 106-107.

fra queste arcaiche garanzie e le nuove condizioni giuridiche e sociali.

Ben presto la *sponsio* finì per adattarsi alla nuova funzione di garanzia. Le sue agili forme non solo permisero tale adattamento, ma permisero anche di raggiungere, in modo assai semplice, lo scopo stesso che le parti raggiungevano ricorrendo al *nexum aes*. Lo *sponsor*, invece di promettere che, in caso di inadempimento della convenzione, si sarebbe dato in noxa al creditore, promise che, in caso d'inadempimento, avrebbe dato al creditore una somma di denaro a titolo di *poena* ⁽¹⁾.

La *sponsio* si tramutò così in *sponsio poenalis* e, al pari del *nexum aes* (ma senza che occorressero nè le forme *per aes et libram*, nè alcun versamento di denaro), servì a garantire il pagamento della pena convenzionale.

Più a lungo rimase in uso l'antico *nexum*.

I plebei, le persone d'infimo stato e, in generale, tutti coloro che o erano oberati di debiti o non avevano patrimonio, continuarono ancora a garantire con la propria persona e con la propria libertà l'adempimento del debito. Il *nexum* personale divenne a poco a poco la forma di garanzia, cui soleva ricorrere chi o non poteva fornire una garanzia reale, o non aveva il denaro e il credito occorrenti per concludere il *nexum aes* o la *sponsio poenalis*.

Alla fine intervenne la *lex Poetelia* a togliere di mezzo questo tardo residuo della vita precivica, incompatibile con i tempi nuovi e causa ormai di continue lotte, di continui tumulti.

§ 16. — Io non credo troppo enfatico il detto Liviano che la legge *Poetelia* abbia iniziato un'era novella di libertà per la plebe. Con l'abolizione del *nexum* personale comincia veramente un nuovo periodo della storia dell'obbligazione da contratto.

Le *obligationes* da contratto, cioè il *nexum aes* e la *sponsio poenalis*, continuano ad essere come per l'innanzi negozi diretti a costituire un vincolo di garanzia. Ma questo vincolo cessa inte-

(1) Pag. 108-109.

ramente, e per sempre, di essere costituito sulla persona (debitore o garante), la quale deve rispondere dell'adempimento della convenzione. Infatti l'*obligatio* non solo non esige più come un tempo che chi deve rispondere dell'adempimento del debito sia preventivamente consegnato al creditore, ma non garantisce neppure più al creditore il diritto alla vendetta. Ciò che garantisce ora l'*obligatio* altro non è che il diritto al pagamento della pena convenzionale.

Si potrebbe perciò dire che dopo la legge *Poetelia* il vincolo di garanzia derivante dall'obbligazione cessa definitivamente di avere per oggetto la persona del garante o del debitore, ed ha invece per oggetto la composizione volontaria, la pena convenzionale.

§ 17. — E per molto tempo l'*obligatio* non ha avuto una funzione diversa, nè un diverso contenuto.

I Romani hanno intrapreso fortunate conquiste e sono venuti a contatto con le fiorenti civiltà dei popoli abitanti le rive del Mediterraneo. Sono mutate ancora una volta le condizioni economiche e sociali. Tutto ciò ha determinato il sorgere di nuove *obligationes* più conformi alle esigenze dei tempi e, in parte, accessibili ai peregrini, le relazioni coi quali divenivano di giorno in giorno più frequenti ⁽¹⁾.

Queste nuove *obligationes* furono il *credere*, la *stipulatio*, e il *nomen transcripticium*. Ma tutte e tre queste *obligationes*, nessuna esclusa, hanno in origine servito, come il *nexum aes* e la *sponsio poenalis*, a garantire il pagamento della pena convenzionale.

Il *credere* (e mi pare di averne dato a suo luogo un'esauriente dimostrazione ⁽²⁾) altro non fu da principio che il *nectere aes*, privo delle forme *per aes et libram*, e perciò accessibile ai peregrini ⁽³⁾. Anzi il sorgere del *credere* fece ben presto cadere in

(1) Pag. 128-131.

(2) Pag. 116-122.

(3) Pag. 128-129.

disuso il *nexum aes*, perchè gli stessi cittadini a poco a poco preferirono far ricorso al *credere*, che non esigea l'osservanza di forme ingombranti.

La *stipulatio* fu, per così dire, la *sponsio* dei peregrini ⁽¹⁾; e da principio fu sempre una *stipulatio poenae* ⁽²⁾.

Finalmente il *nomen transcripticium* servì da principio a garantire il pagamento della pena convenzionale, simulando, mediante iscrizioni fittizie nel *codex accepti et expensi*, avvenuta l'operazione stessa che si compiva effettivamente allorchè si ricorreva al *credere* ⁽³⁾.

§ 18. — Nondimeno il volger del tempo fece invecchiare anche questa funzione, che così a lungo ebbe l'*obligatio*, di garantire al creditore il pagamento della pena convenzionale.

Nè poteva essere diversamente.

Tale funzione aveva ancora a suo fondamento l'antichissima idea che il mancare all'impegno assunto costituisse un'offesa da reprimersi e punirsi come un delitto. Le *obligationes*, se non assicuravano più il diritto alla vendetta, assicuravano però ancora quel che era stato immediatamente sostituito alla vendetta, cioè la composizione volontaria (pena convenzionale).

Ora la storia delle poche convenzioni frattanto riconosciute e protette dallo Stato ci dimostra che questa antichissima idea alla fine è completamente venuta meno. La composizione, la *poena*, ha finito per esulare completamente dal campo contrattuale e per rimanere in uso soltanto in materia di delitti privati. L'inadempimento della convenzione non ha dato più diritto al creditore di esigere dal debitore inadempiente una *poena*, ma solo il risarcimento del danno, cioè, da principio, solo una somma di denaro pari al valore della prestazione (*quanti ea res est*) ⁽⁴⁾. E il risarcimento si è venuto a poco a poco nettamente

(1) Pag. 129-130.

(2) Pag. 116-117; 119; 122-124.

(3) Pag. 116-117; 119-120; 124-127; 130.

(4) Pag. 132 n. 2.

a distinguere dalla *poena*, alla quale ha poi finito addirittura per contrapporsi.

S'intende facilmente che questo svolgimento non poteva restare senza influenza rispetto alle *obligationes*: esso aveva scalzato proprio l'idea, che testè dicemmo essere a loro fondamento.

Quindi come in passato il sorgere delle composizioni aveva avuto per effetto che le primitive *obligationes* (*nexum* personale, *sponsio*), dirette a garantire la vendetta, fossero sostituite da altre dirette a garantire il pagamento della composizione (pena convenzionale), così ora il sorgere del risarcimento del danno ebbe per effetto che le attuali *obligationes* (*credere*, *sponsio-stipulatio*, *nomen transcripticium*) fossero adoperate, almeno di regola, per garantire al creditore il risarcimento (*quanti ea res est*) ⁽¹⁾, anzichè la *poena*.

Questo ulteriore attenuarsi della responsabilità del debitore, non alterò ancora l'originaria natura dell'*obligatio*. Infatti l'*obligatio* servì ancora, come per l'innanzi, a costituire un vincolo di garanzia. Però l'oggetto di questo vincolo tornò nuovamente a mutare. Un tempo, obbietto del vincolo di garanzia derivante dall'obbligazione era stato la persona stessa del *nexus* e dello *sponsor*; poi fu la composizione (*poena*). Ora divenne oggetto dell'*obligatio* una somma certa di denaro pari al valore della prestazione, cioè il risarcimento del danno.

§ 19. — Ma quel che ancora non avvenne quando il risarcimento prese nell'*obligatio* il posto della pena convenzionale, avvenne ben presto in seguito. Infatti tale mutamento verificatosi nell'oggetto dell'obbligazione ne trasse seco un altro che alterò profondamente la natura dell'*obligatio* e fece assumere al *credere*, alla *sponsio-stipulatio* e al *nomen transcripticium* l'aspetto che questi hanno nel diritto classico ⁽²⁾.

Invero, avendo ora il *credere*, la *sponsio-stipulatio* e il *nomen transcripticium* per oggetto non più la *poena*, ma una somma

(1) Pag. 132.

(2) Pag. 133-135.

certa di denaro pari al valore della prestazione dovuta al creditore, accadde che, quando facevasi ricorso a queste *obligationes* per garantire convenzioni aventi per oggetto una somma certa di denaro, l'obbietto dell'*obligatio* venne ad essere identico a quello della convenzione. Per garantire, ad esempio, il pagamento di 100, dovuti in base ad una convenzione qualsiasi di per sè sfornita di efficacia giuridica, il debitore avrebbe dovuto ora garantire al creditore che, se non avesse puntualmente pagati i 100 a lui spettanti in base a quella convenzione, gli avrebbe pagato 100 a titolo di risarcimento.

S'intende facilmente come foggiare ancora queste *obligationes* secondo la loro originaria struttura, cioè come clausole penali, era, rispetto a queste convenzioni, una inutile complicazione. Per limitarci al caso della *stipulatio*, che è il più semplice, ognuno intende che il creditore era tutelato egualmente tanto se il debitore avesse promesso di dare 100, qualora non avesse pagato i 100 dovuti giusta la convenzione, quanto se avesse puramente e semplicemente promesso di pagare i 100 dovuti secondo la convenzione stessa. La *stipulatio* nell'uno e nell'altro caso avrebbe assicurato sempre al creditore il diritto di agire contro il debitore, se questi non pagava i 100 che gli erano dovuti.

Così di fronte alle convenzioni aventi per oggetto una somma di denaro certa, s'introdusse il costume di dedurre nell'*obligatio* la prestazione dovuta, anzichè una somma di denaro pari al suo valore.

Più tardi, quando, introdotta la *conditio certae rei* e l'*a. ex stipulatu*, il *credere* potè avere per oggetto qualsiasi cosa fungibile e la *stipulatio* qualsiasi prestazione, lo stesso mutamento si verificò in queste *obligationes* anche rispetto alle convenzioni aventi un contenuto diverso dal denaro.

§ 20. — Il risultato di tale svolgimento fu questo:

La prestazione prese il posto della pena convenzionale e divenne obbietto dell'*obligatio*. Il *credere*, la *sponsio-stipulatio* e il *nomen transcripticium* perdettero l'originaria struttura di clausole penali e non servirono più ad *obligare* il risarcimento, ma servi-

rono invece ad *obligare* la prestazione, cioè non servirono più a far sorgere il *dovere giuridico* di risarcire il danno, se la convenzione da loro garantita non fosse stata adempiuta, ma servirono invece a far sorgere il *dovere giuridico* di adempiere la convenzione.

§ 21. — Questo è, per sommi capi, il lungo e complicato svolgimento che portò alla formazione delle tre tipiche *obligationes ex contractu* del diritto classico: il mutuo, la *sponsio-stipulatio* e il *nomen transcripticium*.

Alle quali in seguito, per ragioni a noi ignote, un'altra se ne aggiunse, la compra-vendita consensuale.

§ 22. — Con ciò si chiude il primo periodo della storia dell'*obligatio* romana.

Le cause obbligatorie tipiche derivanti da delitto (furto, ingiuria, danneggiamento) o da contratto (mutuo, *sponsio-stipulatio*, *nomen transcripticium*, compra-vendita) sono formate. Le *obligationes* non danno più vita, come un tempo, ad un vincolo di garanzia diretto ad assicurare il pagamento della composizione o l'adempimento della convenzione, ma sono a poco a poco divenute cause obbiettive che il diritto ritiene sufficienti a far sorgere, in caso di delitto, il dovere giuridico di pagare la *poena*, in caso di contratto, il dovere giuridico di adempiere quanto le parti hanno convenuto.

*
**

§ 23. — Il secondo periodo della storia dell'*obligatio* è assai più semplice.

Sappiamo già, per lo studio che abbiamo fatto delle varie classificazioni delle obbligazioni ⁽¹⁾, che cosa avvenne dell'*obligatio* in diritto classico e in diritto giustiniano.

(1) Pag. 19-39.

Il numero delle *obligationes* andò via via aumentando. Nell'ambito dell'*obligatio* furono, con moto lento e incessante, attratti altri rapporti giuridici, i quali sembrava presentassero una stretta analogia con le *obligationes*. Si accrebbe il numero dei delitti, si accrebbe anche più considerevolmente il numero dei contratti. Alla fine i contratti e i delitti sembrarono insufficienti a contenere tutte le *obligationes*. Alle *obligationes* nascenti da contratto e da delitto si aggiunsero quelle nascenti *proprio quodam iure ex variis causarum figuris*. Alle antiche categorie delle obbligazioni *re, verbis, litteris, consensu, ex delicto*, si aggiunsero le obbligazioni nascenti *re et verbis*, quelle nascenti *lege, iure honorario, ex necessitate*. I Bizantini parlano di *obligationes quasi ex contractu*, e di *obligationes quasi ex delicto*.

§ 24. — Quali le ragioni di questo incessante ampliarsi dell'ambito dell'*obligatio*? È presto detto.

Le *obligationes*, nella fase ultima del loro svolgimento, più non differivano dagli altri infiniti casi in cui, in base ad un negozio giuridico o ad un fatto illecito o ad un fatto giuridico puro e semplice, il diritto riconosceva che taluno fosse giuridicamente tenuto a dare, a fare o a non fare alcunchè. Cause di doveri giuridici erano questi negozi e questi fatti; cause di doveri giuridici erano ora le *obligationes*.

§ 25. — I giureconsulti non potevano non avvertire che v'erano rapporti giuridici i quali presentavano una spiccata analogia con queste *obligationes*.

Se era un'*obligatio* il dovere giuridico di pagare la composizione in caso di furto, perchè non doveva essere un'*obligatio* il dovere giuridico di pagare la composizione in caso di rapina? La rapina non era simile al furto? Anzi, un tempo, non era stata punita come un furto? E se era un'*obligatio* la compra-vendita, perchè non doveva essere un'*obligatio* anche la locazione, che, per dirla con Gaio, era con quella in sì stretta familiarità da rendere talora incerto se fosse stato concluso l'uno o l'altro contratto? E per il mandato poteva farsi il medesimo ragionamento. Non era anch'esso, in certo modo, simile alla

locazione di opera? E le singrafi e i chirografi non erano, alla lor volta, simili al *nomen transcripticium*?

Il trovare accolti negli elenchi classici di *obligationes* questi ed altri rapporti analoghi ai tipi fondamentali dimostra che i giureconsulti si proposero il quesito se anche tali rapporti fossero *obligationes*, e che al quesito risposero in senso affermativo ⁽¹⁾.

Nè questo può davvero sorprendere.

Le *obligationes* (e lo vedremo meglio in seguito, trattando del concetto di obbligazione) un tempo avevano in realtà avuto caratteri propri atti a distinguerle nettamente da questi altri rapporti giuridici (*actiones*), ma in diritto classico non era più così. L'elenco tradizionale dei contratti e dei delitti doveva necessariamente parere incompleto; è perciò naturale che si sia pensato di completarlo.

§ 26. — Nè lo svolgimento poteva arrestarsi a questo primo passo.

Aggiungendo alle *obligationes* questi rapporti, si era creduto di colmare una lacuna. In realtà, se ne era aperta un'altra assai più profonda. Il concetto tradizionale che fossero *obligationes* solo quelle poche figure tipiche di contratti e delitti che sino da antico solevano designarsi con questo nome ⁽²⁾ si era mostrato fallace, e, d'altra parte, di mano in mano che si accresceva il numero delle *obligationes*, venivano in luce nuove analogie.

L'attenzione dei giureconsulti tornò a fermarsi su altri fatti leciti o illeciti, dai quali nascevano doveri giuridici simili alle *obligationes*: sulla *condictio indebiti*, che era simile al mutuo; sul *iusiurandum liberti*, sulla *dotis dictio*, sul *legatum per damnationem*, che avevano taluni punti di contatto con la *stipulatio*; sulla *negotiorum gestio*, sulla tutela, che erano simili al mandato; si fermò su casi di responsabilità che potevano ravvicinarsi al furto o al *damnum iniuria*, quali, ad esempio, quelli in cui trovavano

(1) Pag. 33-37.

(2) Pag. 27 segg.

applicazione le azioni *de effusis et deiectis, de positis et suspensis* o le azioni contro i padroni di navi, alberghi e rimesse per i furti e danni dei loro dipendenti, e via dicendo.

Da questi fatti giuridici leciti o illeciti nascevano doveri che trovavano tutti esatto riscontro nelle figure tipiche di *obligationes* o nei rapporti già accolti fra queste ⁽¹⁾.

Erano dunque *obligationes*.

§ 27. — Ma sorgeva una difficoltà. Nella bipartizione tradizionale, contratti e delitti, non v'era posto anche per queste nuove *obligationes*.

I doveri nascenti dai fatti leciti or ora indicati non potevano comprendersi fra i contratti, perchè il contratto esigeva la *conventio* ⁽²⁾, mentre da quei negozi il dovere giuridico sorgeva senza che vi fosse l'accordo delle parti. I doveri nascenti da fatto illecito, per quanto obbiettivamente considerati fossero simili a quelli derivanti dalle tipiche *obligationes ex delicto*, non potevano tra queste esser compresi, perchè non avevano tutti i caratteri proprî dell'*obligatio ex delicto*.

La difficoltà non parve insuperabile, e fu superata.

Ma per accogliere anche questi rapporti tra le *obligationes*, occorreva necessariamente o ampliare il concetto tradizionale di contratto e delitto, o aggiungere alla classificazione tradizionale delle obbligazioni altre categorie speciali per queste *obligationes*, o fare addirittura una nuova classificazione su altre basi.

Tra i giureconsulti non vi fu accordo su questo punto: alcuni si attennero al primo partito, altri al secondo, qualcuno al terzo.

Nelle Istituzioni di Gaio compaiono fra i contratti anche la *dotis dictio* e il *iusiurandum liberti*, che parmi non esigano la *conventio*. Certo in noti testi delle Pandette si parla di *contractus* rispetto a negozi da cui sorgono doveri giuridici senza accordo delle parti (*negotiorum gestio*, tutela etc.).

(1) Pag. 24-25.

(2) Pag. 28-30.

Invece lo stesso Gaio nei *libri aureorum* aggiunge alla bipartizione tradizionale, contratti e delitti, la categoria delle obbligazioni nascenti *proprio quodam iure ex variis causarum figuris*, e in questa raccoglie le nuove *obligationes*.

Modestino tenta una diversa classificazione. Egli non parla più di contratti: *obligamur*, egli scrive, *aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut iure honorario, aut necessitate, aut ex peccato*.

§ 28. — In questo stato di elaborazione scientifica i commissari di Giustiniano trovarono l'*obligatio* negli scritti classici, e in questo stato essi la lasciarono.

Nelle Istituzioni accolsero il concetto tradizionale di contratto e di delitto e, se raggrupparono gli altri rapporti, che già da tempo erano stati riconosciuti come *obligationes*, nelle due nuove categorie delle *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex delicto*, serbarono però inalterato nelle Pandette il ricordo del diverso concetto che i giureconsulti classici ebbero del contratto, serbarono inalterato il ricordo dei varî tentativi fatti dai giureconsulti per ovviare all'insufficienza dell'antichissima bipartizione delle obbligazioni in contratti e delitti. La stessa classificazione bizantina delle obbligazioni, lo dimostrammo al principio di questo studio ⁽¹⁾, s'ispira ancora all'idea tradizionale che l'*obligatio* resti ristretta solo a certi determinati tipi di contratto e di delitto e a pochi altri rapporti che, pur non rientrando fra i contratti e i delitti, presentano una stretta analogia con quei tipi fondamentali. Questa idea tradizionale non rispondeva più non solo al concetto bizantino, ma neppure al concetto classico di *obligatio*. La classificazione bizantina a noi sembra ed è insufficiente a comprendere tutte le *obligationes*. Negli stessi testi classici noi incontriamo ad ogni passo la parola *obligatio* usata per indicare rapporti giuridici, che mai non appaiono nelle classificazioni scolastiche e dottrinali sol perchè tali elenchi sono, di

(1) Pag. 27 segg.

regola, calcati su vecchi modelli e si tramandano, per lunga consuetudine, di giureconsulto in giureconsulto.

Ma noi dobbiamo essere grati ai compilatori di non avere alterato quanto trovarono nei testi classici e di avere anch'essi ciecamente seguito la tradizione. Così facendo, ci hanno serbato forse il più valido aiuto per ricostruire la storia dell'*obligatio* romana.

INDICE DELLA PRIMA PARTE



LA STORIA DELL'OBBLIGATIO

Introduzione	Pag. 7-16
I — I tipi classici di obligationes e le cause obbligatorie primitive . . .	Pag. 19-39
II — Origine e svolgimento storico della solutio per aes et libram . . .	Pag. 40-58
III — Le fasi primitive delle obbligazioni ex delicto nascenti dal furto, dall'ingiuria e dal danneggiamento . . .	Pag. 59-68
III — I contratti primitivi:	
1. - Il pegno di persona libera nel più antico diritto romano . . .	Pag. 69-75
2. - Il nexum	Pag. 76-102
3. - La sponsio	Pag. 103-114
V — Le figure tipiche contrattuali del diritto classico: il mutuo, la stipulatio, il nomen transcripticium, la compra-vendita	Pag. 115-136
VI — La storia dell'obbligazione romana	Pag. 137-158

REV15

7

ÚK PrF MU Brno



3129S04291