

I dcd 198



čís. 1726/I.

SILVIO PEROZZI

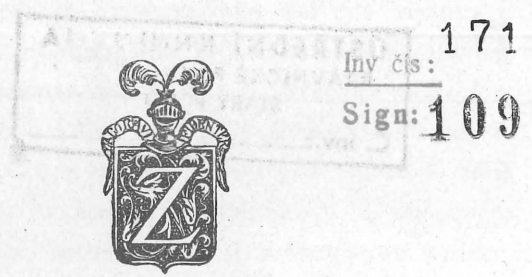
PROFESSORE ORDINARIO D'ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO
NELLA R. UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

LE

OBBLIGAZIONI ROMANE

PROLUSIONE LETTA IL 14 APRILE 1902

CON NOTE



BOLOGNA

DITTA NICOLA ZANICHELLI

1903

Proprietà letteraria.

Bologna, Tipi della Ditta Zanichelli, 1903.



ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
 PRÁVNICKÉ FAKULTY
 STARÝ FOND
 Č. inv.: 04385

PREFAZIONE

Fu da una di quelle impressioni complessive, che trae dalle fonti chi ne abbia un lungo uso, che scaturì la tesi sostenuta in questo discorso, letto con molte omissioni, inaugurando il mio corso d'istituzioni di diritto romano nella R. Università di Bologna. Rivedendo poscia lo scritto, non ebbi da fare troppe aggiunte al testo originario. Invece richiesi un lungo lavoro la dimostrazione del mio assunto, il quale sovverte troppo radicalmente le idee comuni sia intorno al concetto di obbligazione sia intorno a parecchi punti fondamentali della teoria e della storia delle obbligazioni romane, perchè non fossi tenuto ad essere accurato e rigoroso nella prova delle mie idee. Di qui il gran numero e la lunghezza delle note, per le quali la prolusione è divenuta un volume. Il lettore troverà in esse un abbondante materiale esegetico raccolto mediante una diretta esplorazione delle fonti. Dovetti rintracciare in queste tutti i luoghi nei quali s'incontra il termine « obligare » e derivati e molti di questi sono citati nel lavoro. Dovetti anche circa ad altri termini ed istituti fare un simile lavoro. Fu lunga fatica non solo, ma sopra tutto ingrata, perchè mi sarebbe stata risparmiata, se possedessimo intero un vocabolario del diritto romano condotto in modo più semplice e perfetto di quello, la pubblica-

zione del quale è rimasta così precocemente sospesa e perchè, con tutta la cura posta nel fare le ricerche accennate, non procedendovi io con l'arte del lessicografo, mi resta sempre il dubbio che qualche luogo mi sia sfuggito in cui sta alcuno dei termini ricercati e non è escluso che in questo luogo non si trovi in una nuova applicazione, che resterebbe così non considerata. Credo tuttavia, data la massa dei testi contemplati, che qualche involontaria omissione non possa infirmare le conclusioni particolari, e sopra tutto che, se qualche luogo mi sfuggi che contiene il termine « obbligare », non possa risulterne nulla contro il mio concetto d'obbligazione.

Al quale tengo per crederlo vero e per non essere questa verità ancora stata scorta. Ma voglio soggiungere che io mi riterrei perfettamente compensato del mio lavoro, se esso riuscisse a mettere in vista un problema d'importanza capitale nei nostri studi e a provocare intorno ad esso una discussione degna della sua importanza. Ciò che fu scritto sinora per distinguere le obbligazioni romane da tutti gli altri obblighi si riduce a brevi asserzioni, a qualche nota. Quando si ha la pagina in proposito, si trova la veduta aprioristica, che non scende per nulla da uno studio anche superficiale delle fonti. Si può perciò dire che il tema che io tratto fu toccato, ma non studiato mai. E si tratta nientemeno che di sapere che cosa era questa « obligatio » romana, che riempie di sé quasi la metà dei trattati di diritto romano, e di solito un intero volume di essi e di avere così la spiegazione dei fenomeni che essa presenta.

Lo studio delle fonti mi ha condotto a scoprir fatti, cito ad. es. quello che solo quattro delitti obbligano, dinanzi ai quali io stesso rimasi e rimango sconcertato. Tanto rompono idee tradizionali nella scienza e tanta audacia par quindi vi sianell' affermarli. Il lettore mi crederà se dico che, tutt'altro

dal desiderare di venire innanzi con affermazioni rivoluzionarie, io non mi sono indotto ad esse che riluttante, obbedendo a una specie d'intimazione che mi veniva dalle fonti.

Chi abbia come me la convinzione che il diritto romano classico non opera sui concetti generali, a cui si possono ridurre i tipi giuridici, ma conosce e opera solo sui tipi giuridici; che esso ad es. non conosce la *servitus* ma le *servitutes*, non la servitù personale, ma l'*ususfructus*, l'*usus* ecc.; non la *iusta causa traditionis* ma le singole sue cause, e così le singole cause di usucapione, le singole figure di legato, le singole cause di possesso ecc., costui accoglierà più facilmente il pensiero precipuo svolto nelle pagine seguenti: che il diritto romano non ha l'*obligatio*, ma ha le *obligationes*, cioè dei singoli casi fissi di obblighi, in cui si vedevano degli asservimenti. Dico questo per rilevare il nesso del presente lavoro con altri miei lavori precedenti e per gettar là un'idea che renda fin dalla soglia il lettore proclive a considerare simpaticamente la teoria esposta nel libro. Forse sarebbe stato più opportuno per certi rispetti togliere al lavoro la forma di discorso e distribuire tutta la materia in forma di monografia. Me ne distolse sia il desiderio di conservar memoria del nuovo periodo di mia vita didattica e scientifica iniziatosi col mio ingresso nell'Università di Bologna, sia l'idea ancora che lo svolgimento della tesi fondamentale riusciva più efficace e più denso lasciandogli la sua forma originaria.

Dedico questo libro al Prof. Vito De Pirro della R. Università di Parma in segno di riconoscenza per la sua fida e cara amicizia.



SIGNORI

Alle cattedre di diritto romano nello Studio di Bologna sono congiunti troppo alti e universali ricordi di gloria, perchè, salendo la prima volta una di esse, io non deva considerare con ansia inquieta quanto dista ciò che possono l'ingegno e la dottrina mia da ciò che dovrebbero potere per concedermi di essere pari al nome augusto della Scuola. Mi conforta tuttavia il pensare che voi, onorandi colleghi, chiamandomi, con dimostrazione di fiducia che vince ogni maggiore gratitudine, a succedere su questo seggio ad un valoroso docente estintosi dopo una vita ornata di dottrina e di patriottismo non avete creduto che l'opera mia potesse riuscire sufficiente alla fama, ma bensì all'onore del vetusto istituto. Ed io non so se neppure a questa meta basteranno le forze; so però che ad essa si eleva colle speranze vostre il fermo proposito mio. Mi giovi ad attuarlo la benevolenza così degli antichi compagni nel magistero giuridico, ai quali mi ricongiungo con viva letizia del cuore, come dei nuovi. A tutti il mio ossequente saluto. Mi giovi sopra tutto il vostro amore o giovani, sublime premio che io attendo col desiderio fidente di chi sa che la sua fatica mira ad essere piccola parte di un lavoro a molti comune diretto a condurre le nuove generazioni italiane al segno di una nobile conquista.

Dal giorno infatti che entrò in vigore il codice civile dell'impero germanico, la competizione scientifica delle genti culte nel campo degli studi romanistici si esercita in uguali

condizioni, in quanto trae dovunque da pari fini pari incitamenti. Ed ora è quindi lecito concepire la speranza, non temeraria se già è presagio di qualche straniero ⁽¹⁾, che il primato in essi torni ad essere patrimonio del nostro paese. Alla speranza va compagno l'augurio che chi di quel primato andò giustamente superbo per tutto il secolo appena scorso voglia fortemente difenderlo e contendercelo.

Augurio non vano. Pur ieri alcuni fra i migliori dotti tedeschi del diritto e della storia — domina sugli altri il nome di Teodoro Mommsen — lamentavano uniti, ripetendo e approvando parole dell'Audibert, che rivolgersero ogni attività al diritto civile sino molti di quei loro concittadini, che avevano conseguito alta rinomanza, coltivando la storia delle istituzioni giuridiche di Roma ⁽²⁾. Forse nel lamento si confonde in uno il male avvenuto e quello temuto. Resta a ogni modo palese che nella terra considerata classica delle indagini romanistiche all'antico fervore per esse è succeduta un'improvvisa disaffezione.

Io non credo tuttavia che possa imperversare a lungo in un popolo così ricco di pensiero e così avido delle grandi contemplazioni codesto furore di modernità nazionale e pratica nello studio del diritto. Il malessere delle menti, ben prima che il danno, lo ricondurrà ai monumenti che sono la casa paterna di ogni civiltà giuridica, e lo farà partecipare con rinnovata ed intensa emulazione alle vittorie della scienza, tra il cui numero soltanto può esser bella l'auspicata vittoria nostra. Per la quale contiamo adunque, non sulla decadenza altrui, ma sopra impulsi e virtù nostri: su quel dovere ed orgoglio di sangue e di memorie che ci spinge a ricercare tutto che sia stato di Roma, sull'affinità di lingua e di pensiero con essa, sull'attitudine alla lucida e plastica visione del fatto storico e a perseguire nella dogmatica l'astratto soltanto sin dove giunga a comporre ad unità e a chiarire il

⁽¹⁾ V. KALB citato da ROBERTO DE RUGGERO *Il diritto romano e la papirologia* p. 13. n. 5.

⁽²⁾ *Zeitschr. d. Sav. St. rom. Abth.* XXII pag. 195.

concreto. Sono gli impulsi e le virtù che ci fecero e forse ci fanno ancora secondi nella gara. Perché la scienza romanistica italiana consegue quel che ancora le manca alla forza e alla palma, cioè la volontà delle lunghe fatiche e l'audacia di ricercare nuove vene nella miniera tormentata da quasi un millennio, basta che le continui il favore della cultura nazionale.

Se questo è sostenuto dal ricordo dell'ufficio educativo esercitato efficacemente da essa verso la scienza del diritto patrio, io non vorrei che una sua diminuzione dovesse venire da due nuove circostanze. Una è l'aver l'ultima tecnica esegetica chiuso i libri del corpus iuris civilis ai cultori d'altri diritti, per non lasciarli aperti che a pochi iniziati; l'altra il parere a molti che il metodo storico comparativo, ora dominante nelle ricerche romanistiche, ne aumenti il pregio contemplativo a danno del pratico. Non è dato di eliminare quella causa, che è di fatto; ma è dato di eliminare questa, che è causa di opinione. Poiché è opinione fallace. Per quel metodo la nostra scienza non perde utilità per la vita, ma la muta. Certo non è a dimenticare che il diritto romano deve non meno al razionalismo ellenico dell'imperatore bizantino che al suo culto per la tradizione romana il proprio secolare dominio sulle persone, il dominio eterno sul pensiero giuridico. Ma, fermato questo, è pur vero che, a parte le esagerazioni di alcuni giuristi pieni di spiriti archeologici più che giuridici e la faticosa ricerca di preziose inezie cara ad altri, il recente indirizzo dei nostri studi era il solo che avesse potere di far dei loro cultori altrettanti ribelli e apostoli di ribellione a tutto ciò che nel diritto privato e nella sua scienza è antiquato ed illogico.

Gli uomini del diritto sono pur troppo inclini ad un'ammirazione dell'antico prescritto e dell'antico pensato che perpetua le norme ed i dogmi che più meriterebbero d'essere composti nel sepolcro. Ora la scienza del diritto romano, com'è oggi costituita ed avviata, va cancellando uno ad uno molti di codesti punti ammirativi, che danno un aspetto di compimento a periodi dell'evoluzione legislativa e scientifica

che dovrebbero essere continuati, ed insegna a continuarli. Il beneficio è più ancora della dottrina che della legislazione; perchè, dove i bisogni incalzino, la resistenza dei conservatori del diritto alla lunga s'infrange; ma gli errori e le deficienze dottrinali hanno una vitalità inesauribile. Essi si trasportano dalla vecchia legge alla nuova, continuando con questa la malefica simbiosi usata con quella. Perciò è ai concetti ed ai sistemi della dottrina che più preme avere rivolta l'attenzione.

Questo mi giustifichi se oggi, incominciando il mio corso e proprio dal punto, dal quale lo dovrò proseguire, è di un concetto dottrinale, che vi farò parola.

Chi apra un trattato di diritto romano o di diritto civile al punto, ove s'inizia la materia delle obbligazioni, v'incontra un paio di sentenze romane divenute notissime, di cui l'una di Paolo ⁽¹⁾ si limita a dire che i diritti d'obbligazione

(1) È poi veramente di Paolo? Ne dubito. Il principio della l. 3. D. 44.7, che contiene la sentenza, non si connette per nulla con quanto segue. Paolo ai §§ 1. 2. parla rispettivamente del mutuo e della stipulazione ed è chiaro, leggendo il § 1, che ad esso non potea precedere un discorso in generale sulla obbligazione, ma un discorso intorno al mutuo; Paolo doveva dire precisamente che per avere un mutuo occorre che i *nummi* diventino proprietà del mutuatario. Bisogna dunque in ogni caso ammettere che fra la nostra sentenza e il § 1 qualche cosa fu ommesso che si riferiva al mutuo, perchè non si può supporre che del mutuo si parlasse prima della nostra sentenza e che questa fosse un'osservazione incidentale, non sapendosi vedere a che proposito, rispetto al mutuo, ci fosse necessità di dettar la sentenza stessa. La quale sarebbe a suo luogo in un libro d'istituzioni, come è quello, a cui appartiene, prima di entrare a discorrere delle singole obbligazioni. È a credere ora che sia la sentenza preposta da Paolo alla trattazione delle singole obbligazioni, che poi esponeva nell'ordine Gaiano: obbligazioni reali (mutuo), obbligazioni verbali (stipulazione)? L'ipotesi è ammissibile, benchè della definizione di obbligazione non senta nessun bisogno Gaio. Ma se Paolo definiva l'obbligazione, non è credibile che esponesse un'antitesi fra l'obbligazione e i diritti reali, antitesi che non troviamo in nessun'altra parte delle nostre fonti. E in che modo la espone! *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat sed ut alium nobis obstringat* ecc. « *Substantia obligationum* » credo non si possa tradurre

non sono diritti reali, rilevando che in quelli c'è un obbligo a fare, in antitesi a questi, deve intendersi, ove un tale ob-

altrimenti che nel modo comune: « *essenza delle obbligazioni* ». Lo SCIALOIA *Lezioni del 1899* p. 37 traduce invece « *essenza dell'atto dell'obbligazione* ». Ora evidentemente qui « *substantia* » è la traduzione letterale del termine greco *οὐσία*, che ha appunto in Platone ed in Aristotele il senso di *essenza*, vero essere. Perciò in questo senso non è termine, nè concetto romano. Tanto è vero che dove lo troviamo usato da un classico in questo senso, troviamo anche citato il termine greco tradotto con quello. L. 9 § 2. D. 18. 1. Ulp. *Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit... an emptio et venditio sit... ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία est etc.* Ed ecco un primo motivo di dubitare che qui, dove non si tratta neppure dell'essenza di una cosa, ma di un rapporto giuridico, il termine « *substantia* » ci venga dai bizantini. « *Substantia obligationis* » nel senso di *essenza dell'obbligazione* o in quello affine di *essere, esistenza dell'obbligazione* si trova in altri testi, ma son anche tutti interpolati. a) § 1. I. 3. 23 *ac ne dari quidquam necesse est ut substantiam capiat obligatio.* È questa una proposizione introdotta dai compilatori in un testo di Gaio (3. 135 — 137). b) L. 6 D. 14. 6. Scaev. *contra etiam recte dicitur, si a patre familias stipulatus sis, credas postea filio familias facta, senatus potestatem exercendam; quia expleta est numeratione substantia obligationis.* L'interpolazione delle parole sottolineate risulta dal trovarsi esse alla fine del testo (cf. per la simiglianza della forma la l. 72 pr. D. 18. 1 che cito più innanzi); dall'essere la sentenza del giurista evidentemente finita colle parole « *senatus potestatem exercendam* »; dal non esservi alcun bisogno che Scevola dia questa ragione della sentenza, perchè la ragione la avea già detta prima nella l. 4, di cui questa è la continuazione, contemplando il caso inverso: *quia quod vulgo dicitur filio familias credi non licere, non ad verba referendum est sed ad numerationem*; e perchè da ultimo non si può dare un senso soddisfacente a codesto « *quia* ». Vuol dire Scevola che col versamento della somma diviene valida la stipulazione precedente? Ma questa si era estinta colla *diminutio capitis* del pater familias, salvi i rimedi pretorii. O vuol dire che col versamento si ha un mutuo? In tal caso perchè usa una perifrasi così complicata, anzi che dire semplicemente come fa Ulpiano l. 3. § 4 D. eod. *quia mutua iam filiofamilias data est?* c) L. 6 pr. C. 4. 2. Diocl. e Mass. a 293.: *si ex pretio debitae quantitatis facta novatione per stipulationem usuras licitas contra quem supplicas stipulatus es, falsa mutuae quantitatis demonstratio praemissa, cum obligationis non defecerat substantia, quominus usque ad modum placitum*

bligio manca, e non è perciò una definizione; l'altra delle istituzioni è una vera definizione dell'obbligazione e suona così:

usurae possint exigi nihil nocet. Il testo è probabilmente corrotto nel suo insieme; già c'è imbarazza quella « demonstratio » che, se accenna a una formula d'azione, farebbe credere all'esistenza al tempo di Diocleziano di una speciale azione pel mutuo (V. BRINZ Pand. II § 296 n. 24), esistenza per altri motivi incredibile; e se non si riferisce a una formula, è usato a sproposito. Ma qui mi basta notare che « cum obligationis non defecerat substantia » è latinamente insostenibile; dovrebbe essere scritto « cum non deficiat » e quindi questa frase almeno del testo si deve ritenere interpolata. *d*) L. 54 D. 46. 3 Paolo 56 ad ed. Il giuriconsulto vi commenterebbe i termini dell'editto: ait praetor: condemnatus ut pecuniam solvat (V. LENEL Paling. 690) dicendo: solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur quam ad nummorum solutionem. Per l'interpolazione delle parole sottolineate stanno le seguenti considerazioni. La sentenza è finita con « factam ». Ciò che segue è una dilucidazione superflua. Facendo finire la sentenza con « factam », allora questa assume la stessa forma dell'altra che vi corrisponde e che fa parte dello stesso commento a queste parole dell'editto: l. 4 D. 50. 16 liberationis verbum eandem vim habet quam solutionis. Corrisponde anche alla sentenza che pronuncia Ulpiano in l. 4 § 7 D. 42. 1. Solvisse accipere debemus non tantum eum qui solvit, verum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa iudicati descendit; e a quella di Gaio in l. 50 D. 3. 3. Quaecumque ratione procurator tuus a me liberatus est, id tibi prodesse debet. In questi testi genuini a nessun giurista passa pel capo di avvertire che la parola « solutio » si riferisce più alla sostanza dell'obbligazione che al versamento del danaro, e dobbiamo perciò ritenere che non sia neppur passato pel capo di far ciò nel nostro testo a Paolo. Il quale, se avesse mai voluto avvertire che nell'editto la frase « pecuniam solvere » ha codesto significato, non avrebbe scritto due proposizioni e non avrebbe usata una forma così astratta come è la frase « magisque ad substantiam obligationis refertur » ma avrebbe scritto: solutionis verbum non tantum ad nummorum solutionem pertinet, verum ad omnem liberationem quoquo modo factam. Ma poichè i segni formali delle interpolazioni persuadono di più che i sostanziali, ne metto in rilievo due di decisivi. L'uno si è che il nostro testo contiene due termini per indicare la stessa idea di relazione (pertinet — refertur) contro l'uso dei classici e in conformità all'uso bizantino. L'altro sta nei « nummorum ». È merito del MANCALEONI *Contributo allo studio delle interpolazioni* l'aver dimostrato che presso i bizantini « pecunia »

obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alienius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura; l'obbligazione

che classicamente significa « somma », ha cioè senso collettivo, si converte in « pecuniae » nel significato di « nummi ». Qui siamo proprio innanzi ad uno di questi casi; il compilatore a cui sta innanzi il testo di Paolo nel suo contesto originario come parte del commento ai termini dell'editto: condemnatus ut pecuniam solvat » che voleva dire condannato a pagare una somma (« pecunia » sta infatti nell'editto in senso collettivo) intende « pecunia » per « pecuniae » cioè per « nummi » e traduce quindi « solutio pecuniae », per « nummorum solutio »; frase che non significa il pagamento di una somma, ma il versamento di una certa quantità di monete. Così nella proposizione che ci occupa il carattere bizantino della frase « nummorum solutio » conferma il carattere bizantino di « substantia obligationis ». Il quale è posto fuor di ogni dubbio quando si consideri che l'uso di « substantia » per essenza, o per essere degli istituti giuridici è tutto giustiniano. Vedansi infatti i seguenti testi presi da costituzioni giustiniane, o dalle istituzioni, ove son dettate dai compilatori, o da un testo classico interpolato. L. 20 § 3. C. 5. 30 si igitur et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio. L. 1. pr. C. 7. 31 cum nostri animi vigilantia ex iure Quiritium nomen et substantiam sustulerit. § 12 I. 2. 23 et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent et tam nomen quam substantiam acceperunt. L. 72 pr. D. 18. 1. Pap. an idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emptionis substantia constitit ex pretio. Non c'è bisogno di dar prove dell'interpolazione delle parole sottolineate. Tuttavia, per chi non ha l'intuito delle alterazioni dei testi, richiamo l'attenzione sul fatto che la sentenza è finita colle parole « quaesitum est », che le successive sono un'appiccicatura; che « constitit » è un perfetto di « constare » o di « consistere » perfetto spropositato, perchè dovrebbe essere scritto « constat »; e da ultimo che è la più amena sentenza del mondo dire che l'essenza della vendita sta nel prezzo.

Non infirma quanto abbiamo detto sui testi sin qui considerati Gaio IV 118: quae omnes (scil. exceptiones) vel ex legibus, vel ex his quae legis vicem obtinent substantiam capiunt vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt. Anzi ne risulta confermata. Qui infatti « substantia » sta nel senso comune ai latini di materia, contenuto. Le leggi non introducono eccezioni, ma offrono il modo di costruirle in base ad esse. Il pretore invece introduce senz'altro l'eccezione nella figura di eccezione. Quest'antitesi Gaio esprime latinamente correttamente opponendo le eccezioni da legge e le eccezioni pretorie colle frasi rispet-

gazione è un vincolo di diritto, pel quale siamo stretti dalla necessità di pagare qualche cosa, secondo le norme del nostro

tive: *substantiam capiunt — ex iurisdictione praetoris proditae sunt*. Ciò che non faranno invece i compilatori scrivendo (§ 7 I. 4. 6) di un'azione pretoria che « *ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit* » altro testo da mettere insieme con quelli precedentemente citati.

Procedendo a dire le altre ragioni per negare la genuinità della definizione Paulina, occorre di notare che un latino non avrebbe mai detto che l'essenza delle obbligazioni non consiste in ciò che « *facia* » e che « *costringa* »; (curiosa questa essenza che « *fa* » e che « *costringe* »!) ma bensì avrebbe riferito i due verbi ad « *obligationes* » e avrebbe scritto « *faciant* » — « *obstringant* ». Questo per la forma. E quanto al contenuto, par proprio possibile che un giurista antico sentisse un bisogno che non sentiamo neppur noi, quello cioè di dire che l'essenza delle obbligazioni non è quella della proprietà e delle servitù? E che ce lo venisse a dire in una forma così ambigua? Perché si ammetterà che ci vuol poco ad intendere il testo nel senso che l'essenza delle obbligazioni non è di servire a procurarci la proprietà e le servitù, nel qual caso la sentenza sarebbe per molti casi erronea. E non è curiosa la circonlocuzione in sé: « *ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat* » quando era tanto più semplice e più conforme all'uso latino scrivere: *ut per eam (substantiam) o per eas (obligationes) dominium aut servitus nobis adquiratur*? Perché « *aliquod corpus* » e non anche « *aliquam servitatem* »? E come si giustifica « *alium* » per « *aliquem* », quando « *alius* » nelle nostre fonti importa sempre in sé il concetto di una diversità? « *Corpus* » per « *res* » non offende in quanto è antitetico a un « *ius* » e quest'antitesi tra « *corpora* » e « *iura* » è normale. Ma offende che invece di « *corpus* » e « *ius* » si dica « *aliquod corpus aut servitatem* ». Perché « *servitus* » presso i classici significa soltanto « *servitù prediale* ». E qui dove si trattava di distinguere il dominio dagli altri diritti reali, un classico avrebbe dovuto nominare anche l'usufrutto, integrando così la serie dei veri e puri diritti reali noti agli antichi. La spiegazione è però sotto mano. Per i bizantini « *servitus* » è anche l'usufrutto; e quindi questa sola parola basta secondo loro a indicare tutti i diritti reali. La parola « *servitus* » la troviamo qui per lo stesso motivo pel quale la troviamo in l. 13 § 1 D. 39. 2. Ulp. *sive corporis dominus sive is qui ius habet (ut puta servitatem)*. Le parole tra parentesi sono evidentemente interpolate. E così è interpolato « *servitutes* » in l. 41. pr. D. 30. Ulp. *et quidem corpora legari omnia et iura et servitutes possunt*. Le « *servitutes* » sono bene « *iura* »; sono « *iura* » per eccellenza; i classici le chiamavano *iura praediorum*. E si capisce quindi come i

Stato. Questa definizione in ragione del concetto che esprime, ossia che l'obbligazione consiste nel dover tenere alcuno una

testi genuini si fermino all'antitesi: *corpora — iura*: l. 222 D. 50. 16 Herm. *et tam corpora quam iura continentur*. Dunque « *et servitutes* » non va: è frase che serve ai compilatori per esemplificare ad uso della scuola i « *iura* »; tanto vale « *et servitutes* » quanto « *ut puta servitatem* » e tutte e due le frasi valgono quanto la « *servitatem* » della definizione di Paolo.

Tirate le somme, io direi quindi che l'antitesi fra obbligazioni e diritti reali è bizantina. Se Paolo definiva l'obbligazione, la sua definizione non doveva scostarsi molto da quella delle istituzioni. Ma probabilmente non definiva nulla. I classici conoscono un'antitesi, ma è soltanto fra azioni in rem e azioni in personam. Questa è in Gaio IV. 2. 3. che giova citare per intero. *In personam actio est qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere*. § 3 *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, veluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive aut cum ex diverso adversario est negativa*. Paolo non mostra di avere diverso concetto dell'actio in rem e in personam, come appare dalla l. 14 § 2. D. 44. 2., perché anch'egli al pari di Gaio riduce l'actio in personam all'azione da obbligazione: *actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur*. La nostra definizione di obbligazione non è ora che una trasformazione bizantina in un discorso sull'obbligazione di un discorso sull'actio (vedremo più volte nel corso di questo lavoro i bizantini mutare actio in obligatio) fatto da Paolo con termini su per giù uguali a quelli usati da Gaio, o più probabilmente è una trasformazione del discorso citato di Gaio. Il quale discorso troviamo qui compreso in pochi termini. « *Ut aliquod corpus nostrum faciat* » corrisponde alla frase di Gaio « *corporalem rem intendimus nostram esse* »; e si spiega così come incontriamo quell'anomalia rilevata che consiste nell'usar la frase « *ut aliquod corpus nostrum faciat* » invece di « *ut per eam (eas) dominium nobis adquiratur* ». Il compilatore mantenne il « *nostram* » di Gaio. « *Aut servitatem nostram* » è un sunto del lungo discorso di Gaio sull'usus, sull'usus fructus e sulle singole servitù prediali; sunto reso possibile, come avvertii, dall'aver i bizantini esteso il termine e il concetto di servitus anche alle servitù personali. Sulla fine della definizione di Paolo il compilatore tradisce il lavoro fatto, tradisce cioè la riduzione di un discorso sull'azione in un discorso sull'obbligazione, riproducendo da Gaio i termini processuali presi dalle

certa condotta d'azione o d'astensione che altri ha diritto di esigere da lui, e un po' anche in ragione di quella plastica immagine del vincolo che lega il debitore al creditore — così s'interpreta comunemente la frase « vinculum iuris » ⁽¹⁾ — immagine cara ai giuristi dai glossatori in poi, è divenuta nelle più varie parafrasi la definizione normale dell'obbligazione. Non sono mancati i critici e gli ipercritici di essa; chi intese a correggerla, mutandola in qualche parte o completandola, specialmente coll'avvertenza che la prestazione deve avere valore pecuniario; chi si affannò per trovare una formula del tutto nuova, ed è celebre il tentativo, a cui si dà ora almeno una giustificazione storica ⁽²⁾, di far consistere

formule delle azioni, cioè il dare, facere, praestare « ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum ». Chi legga le istituzioni giustiniane IV 1. 2. troverà fatto su Gaio un lavoro inverso di diluizione ed anche di corruzione. Pur troppo la pseudo definizione di Paolo fu causa che la scienza giuridica creasse la categoria di dubbio valore dei diritti patrimoniali e distinguesse poi questi nei due campi dei diritti reali e di obbligazione. Gaio concorse a questo per la sua parte non tanto parlando di duo genera actionum in rem o in personam, quanto non dando altra base all'actio in rem che un diritto reale. Non occorre però, per il mio argomento, che entri ad esaminare il valore di questa bipartizione, perchè il concetto d'actio in personam è così ben definito con termini generali e precisi da Gaio stesso come l'azione che spetta contro chi per un contratto o per un delitto si trova obbligato, che qualora si voglia ritenere la bipartizione esauriente, si dovrà aumentare il numero delle azioni in rem e quindi estendere il concetto d'actio in rem (Gaio lo permette colla sua formula « aut ius aliquod nobis competere ») ma non mai aumentare il numero delle azioni in personam ed estendere il concetto d'actio in personam. Questo è fisso e tanto si estende quanto il concetto di obbligazione, che è l'oggetto di questo studio.

⁽¹⁾ Anche recentemente il POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano* nel capitolo intitolato « il vincolo » scrive a pag. 37: « a me basta porre in rilievo che, coll'accennare alle parole che vincolano l'uomo, la glossa ha di mira soltanto l'obbligazione contrattuale. Invece è il diritto obbiettivamente considerato quello che, data una qualunque delle possibili fonti delle obbligazioni e fra queste il contratto, tiene vincolata l'una parte all'altra ».

⁽²⁾ PACCHIONI *Sul concetto della obbligazione*, in *Studi di diritto romano per il XXV anniversario d'insegnamento di F. Schupfer* p. 203 seg.

l'obbligazione in una responsabilità anzi che in un dovere ⁽¹⁾; la grandissima maggioranza dei giuristi le rimane fedele. E tanto più volentieri in quanto essa non toglie loro ogni libertà, ma permette che si distraggano in quegli svaghi innocenti, che sono le discussioni: se l'obbligazione ha un oggetto o non lo ha; se, dato che l'abbia, questo è il debitore o la sua volontà o la sua attività o la prestazione o il risultato della prestazione; se corre tra persone o tra personalità patrimoniali o tra patrimonii; se mira al futuro, creando uno stato di tensione o può mirare al presente; se predomina in essa l'idea del fine o quella del mezzo. I più malevoli tra quelli che si sottopongono al suo giogo esprimono il pensiero che questo si può accettare, perchè è molto leggiero; leggiero tanto che quasi non si sente. Non vale la pena di disgustarla la nostra definizione, par che pensino; conta così poco ⁽²⁾!

Il guaio si è che, così come si interpreta da tutti, anzi che contar poco, conta nulla. Perchè il diritto positivo vincola tutti i cittadini in un modo solo, proprio in quel modo, in cui qui si dice vincolarli l'obbligazione, cioè imponendo agli uni di tenere una certa condotta, che gli altri possono esigere da quelli che sia tenuta. Gli enti pubblici come i privati possono perciò esprimere, quando si costruisca correttamente la categoria dei così detti diritti facoltativi, in termini di obbligazione in senso attivo o passivo ogni loro condizione giuridica. E quindi la definizione, che dovrebbe secondo il pensiero del giurisperito ⁽³⁾ che la scrisse, di chi la inserì nelle istituzioni e di tutti i posteriori giuristi, che la ripetono, descrivere una data categoria di situazioni giuridiche, in cui può trovarsi una persona, le descrive invece tutte quante. Essa esaurisce tutta intera la materia del diritto ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ BRINZ *Der Begriff obligatio* nella *Zeitschr. für das Privat. und öffentliche Recht der Gegenwart* I pag. 11-40

⁽²⁾ RÜMELIN *Obl. u. Haftung* nell' *Archiv. f. d. civ. Pr.* vol. 68 p. 216.

⁽³⁾ Fiorentino? (FERRINI), Papiniano? (KÜBLER *Zeitschr. d. S. S.* 23 p. 519).

⁽⁴⁾ La giurisprudenza del secolo scorso aveva scorto ed esprimeva questo dicendo: *positio iure, ponitur obligatio*. Mi sembra una iper-

Non è a dire che questo fatto sia sfuggito all'osservazione almeno di quei giuristi, che usano meditare un po' sulla comprensione delle formule che adoperano. Questi perciò si acciusero all'impresa di eliminare dalla definizione una quantità maggiore o minore di doveri di condotta, in modo che il concetto di obbligazione coprisse un'area limitata di rapporti giuridici, anzi che tutta la superficie di questi. L'eliminazione non si poteva ottenere naturalmente che determinando certi caratteri differenziali, i quali distinguono gli obblighi che si vogliono esclusi dal concetto di obbligazione da quelli che vi si vogliono inclusi e così si fece. Strano però che, mentre si veniva a riconoscere che la definizione abbracciava sia gli uni che gli altri, tuttavia la si sia mantenuta in uso, preferendo, invece di abbandonarla, di restringerle la naturale comprensione con posteriori dichiarazioni, cioè colla esposizione dei caratteri differenziali accennati. Dico strano, perchè, quantunque la necessaria brevità e l'indole didattica delle definizioni concedano e persino consiglino qualche imprecisione, v'ha un limite invalicabile di tolleranza e qui il limite fu valicato. Fu trascuranza o necessità? Il dubbio sarà deciso più innanzi.

Citerò l'una presso l'altra queste dichiarazioni, che soggiacciono, giova dirlo subito, a una sorte comune: di essere una per una combattute con calore pari a quello con cui sono

critica l'obbiettare, come fa il RYCK *Die obligatio* p. 9 che si contrappone così l'obligatio al diritto come qualche cosa d'indipendente, mentre costituisce l'essenza stessa del diritto. La formula citata non significa altro se non che ogni diritto si riduce ad obbligazione; è soltanto rispetto ai diritti che non vengono formulati dal punto di vista dell'obbligo altrui, come i diritti reali, che l'obbligazione parrà essere qualche cosa, data quella formulazione, d'indipendente dal diritto. Ma si tratta di un'apparenza che in realtà la formula citata è destinata a combattere. L'osservazione ulteriore del RYCK (ibid.) che l'idea di obbligazione va ristretta a quel tanto di libertà umana che non è assorbito già per gli scopi giuridici obbiettivi dall'ordinamento giuridico, ma che rimane disponibile e che al di là l'idea stessa è un concetto inutile, è evidentemente un'affermazione aprioristica.

fatte. Non si devono dire obbligazioni tutti i doveri di condotta, nei quali sia implicito un elemento pubblicistico; quindi ad es. così l'obbligo di prestare il servizio militare, come quello di assumere una tutela o di pronunciare un giudizio arbitrale. L'obbligazione deve servire a scopi privati e restare quindi nel campo stretto del diritto privato (1). Pur qui non si devono chiamare obbligazioni i generali doveri dei cittadini. Questi generali doveri v'ha chi li fa corrispondere alla categoria, che si qualifica per antiquata (2), ma che non è morta (3) dei diritti assoluti. Pel nostro scopo basta descrivere il concetto di generale dovere in relazione ai diritti reali, che sarebbero almeno il tipo più chiaro dei diritti assoluti. È tutto un modo particolare di concepire il diritto subbiettivo che qui si manifesta. Si pensa che lo Stato eserciti la sua potenza creatrice di diritti, concedendo una facoltà all'uno, anzi che limitando la libertà altrui; permettendo un'iniziativa, anzi che ordinando agli altri di fare o di non fare. Così si dice espli-

(1) HARTMANN, *Die Obligation*, p. 142, 159. Sembra dello stesso avviso il FERRINI *Pand.* § 421: « ma qui non può parlarsi di obbligazione in senso tecnico, sia perchè non si ha tanto riguardo all'interesse concreto di un privato, quanto alla pubblica utilità.... ».

(2) POLACCO *op. cit.*, p. 14.

(3) WINDSCHEID *Pand.*, I § 40 n. 1. V. anche ROGUIN *La règle de droit* p. 207 segg. Dirò, poichè lo ho citato, che questo scrittore è costretto anche lui con tutto il pensiero odierno a confondere l'obbligazione coll'obbligo; tanto è vero che a p. 209 scrive parlando dei diritti assoluti: « l'obligation à contenu passif est donc l'élément premier de ces droitures ». Per costruire un'idea tecnica di obbligazione, che per lui è il diritto relativo, prende in sostanza la stessa idea del RYCK citato dianzi a p. 15 n. 4, in quanto sostiene che i rapporti obbligatori presuppongono « la reconnaissance de droits absolus antérieurs de contenu négatif » (p. 212) — « la réunion de tous les droits absolus consacrés par elle [une législation donnée] forme la plate-forme générale sur laquelle se constituent les rapports particuliers d'obligation, et qui en est la condition sine qua non » (p. 213). Il male si è che l'antiorità dei diritti assoluti sui relativi, se non ci si rifugia nel diritto naturale, non esiste; le legislazioni positive creano contemporaneamente gli uni e gli altri. Circa l'altra idea del ROGUIN che l'obbligazione di tutti la quale forma il diritto assoluto è la « garantie d'un pouvoir sur un objet » (p. 212) rinvio il lettore alla nota 1 p. 23.

citamente che non si è proprietari perchè lo Stato obbliga tutti gli altri ad astenersi dall'intervenire arbitrariamente in una cosa e non fa quest'obbligo a noi, onde restiamo liberi per la forza stessa del nostro organismo di agire su di essa; ma si è tali, perchè lo Stato ci concede libera iniziativa sulla cosa, ci dà un potere assoluto, immediato sulla cosa. Questo è il dominio e dal dominio nasce per tutti quell'obbligo di astensione, il quale adunque è generale dovere, caso e forma dell'obbligo comune di non offendere il diritto e non è perciò obbligazione. L'esclusione di questi doveri di condotta dall'idea di obbligazione si crede di ottenerla, dichiarando che l'obbligazione è uno *speciale* dovere di condotta, che corre solo fra due persone determinate o determinabili in seguito da particolari circostanze, ad es. dal possesso del titolo al portatore ⁽¹⁾ e non fra una di esse e tutta quanta la *collettività sociale* ⁽²⁾. Chi creò la teoria della pretesa (*Anspruch*) esprime lo stesso concetto dicendo che nei diritti reali la pretesa scende dal diritto, su cui è fondata, e non lo esaurisce; nelle obbligazioni coincide con esso e lo esaurisce ⁽³⁾. Ma anche quando il dovere di condotta corra solo tra due determinate persone, si deve badare. Perchè, se esso ha la sua origine in una lesione del diritto reale, com'è l'obbligo di rendere una cosa altrui che indebitamente si ritiene, non deve dirsi obbligazione. Qui si dice che manca l'indipendenza dell'obbligo; si ha una forma di necessità giuridica, che dipende dall'esistenza di un altro rapporto giuridico ⁽⁴⁾. Non è obbliga-

⁽¹⁾ La più aperta e precisa espressione di questi concetti è in RYCK *die Lehre von den Schuldverhältnissen* p. 5 seg. del quale cito nel testo in gran parte le parole. Accede al RYCK il DERNBURG *Pand.* II, § 1 n. 11.

⁽²⁾ L'antitesi è così espressa in POLACCO *op. cit.* p. 11. ROGUIN *op. cit.* p. 207 invece della collettività sociale parla della « *totalité des justiciables* »

⁽³⁾ WINDSCHEID *Pand.* I. § 43.

⁽⁴⁾ DERNBURG *Pand.* II § 1. n. 11. Questo è però uno dei punti più controversi del sistema. Basterà che citi tra chi vede nel caso in questione un'obbligazione WAECHTER, *Handbuch des Würtemb. Rechts* p. 298, RÜMELIN *op. cit.* p. 192 segg. Incerto parmi WINDSCHEID *Pand.* I § 43 n. 4.

zione neppure qualunque dovere, che appartenga alla categoria dei diritti di famiglia, perchè, dirà qualcuno ⁽¹⁾ i doveri familiari si collegano ad una subordinazione personale, o perchè, dirà qualche altro ⁽²⁾, l'elemento etico, che sovrasta nei rapporti di famiglia dà loro un carattere particolare. Non è obbligazione il dovere legale di prestare gli alimenti, perchè deriva « direttamente, non da uno speciale motivo di obbligazione, ma dall'organismo giuridico sociale » ⁽³⁾. Non è obbligazione neppure alcun dovere che appartenga alla sfera dei rapporti di vicinanza, perchè deriva « da una generale necessità risultante materialmente dall'organismo giuridico del diritto di vicinanza » ⁽⁴⁾. Pare anche — dico pare, perchè non mi riesce su questo punto di cogliere un pensiero, nè un'affermazione precisi — che la qualità della procedura, una qualità, che resta anch'essa negli scrittori indeterminata, sia quella che induce alcuno ad escludere dal concetto di obbligazione una serie di doveri disformi, quali ad es. il dover un padre emancipare un figlio; il dover acconsentire al suo matrimonio; il dover alcuno per testamento o per contratto sottostare ad oneri privi di valore pecuniario, il dover obbedire all'interdetto proibitorio del pretore ecc. ⁽⁵⁾. Non è obbligazione alcun ob-

⁽¹⁾ SOHM *Institutionen* § 73. La stessa idea è in WAECHTER *op. cit.* p. 290.

⁽²⁾ WINDSCHEID *Pand.* I § 41. II § 250.

⁽³⁾ HARTMANN *op. cit.* p. 145.

⁽⁴⁾ HARTMANN *ibid.*

⁽⁵⁾ RYCK *Schuldverh.* p. 7. — HARTMANN *op. cit.* p. 142 segg. — BEKKER *Aktionen* p. 68. Alla procedura ha anche riguardo il FERRINI ma nel solito modo indeterminato. Egli inclina ad esigere per l'esistenza di un'obbligazione l'azione; però non assolutamente. Scrive infatti: « può in generale dirsi che dove non c'è actio, non c'è obligatio » (*Pand.* § 421). Sembra adunque che in qualche caso ammetta l'obbligazione anche dove manca l'azione, ma c'è « qualche apparato che non è azione » (*ibid.*). Il FERRINI non dice perchè l'idea di obligatio resti in generale legata all'actio; nè perchè qualche volta possa esserne disgiunta, nè il carattere di questi « apparati » contrari in genere, favorevoli qualche volta a far che l'obbligo che sanzionano sia un'obbligazione. Il FERRINI esige anche ad avere un'obbligazione che il modo di agire a cui taluno viene compulsato abbia il carattere di « pre-

bligato che non abbia carattere patrimoniale ⁽¹⁾ e neppure, per chi riduce l'obbligazione a responsabilità, alcun obbligo che non importi una generica responsabilità patrimoniale del debitore ⁽²⁾.

Non oso asserire, data la vastità della letteratura, che questa lunga enumerazione dei modi coi quali si cerca di discernere entro gli obblighi le obbligazioni, sia intera. Ma non occorre neppure che sia tale. Non è mai necessario fare perfette collezioni di tutte le forme, che prende un medesimo errore. La frase non sembri aspra. Infatti se gli scrittori dessero a codesto lavoro di esclusioni e di limitazioni questo significato: noi riconosciamo che essendo il diritto positivo norma di condotta delle persone, tutti i rapporti giuridici corrono tra persone e consistono quindi sempre primariamente in doveri di condotta; ci sembra tuttavia opportuno per la trattazione discernere nella vasta massa di questi un gruppo, che chiameremo delle obbligazioni, perchè ad essi assai spesso, ma non sempre, convengono certe teorie che di rado, ma pur qualche volta convengono anche ad altri obblighi e ci gioviamo per far questa cernita di certe differenze che corrono tra gli obblighi che chiamiamo obbligazioni da un lato e gli altri obblighi dall'altro, le quali differenze non sono però concettuali; se, ripeto, gli scrittori facessero questo, le esclusioni e le limitazioni in discorso non meriterebbero eccesso di lode, ma neppure eccesso di biasimo. Il gruppo delle obbligazioni nascerebbe da semplici ragioni di opportunità sistematica e didattica e intorno a codeste ragioni non giova accendersi troppo in difese o in offese.

Ma qui si tratta d'altro. Qui siamo in piena ontologia. I motivi opportunistici sono invocati di raro e incidental-

stazione » (*ibid.*). Non merita il conto che mi soffermi a mostrare l'indeterminatezza e l'inconsistenza di questa idea.

⁽¹⁾ Il diniego è di chiunque esige che la prestazione abbia valore pecuniario come un requisito essenziale dell'obbligazione.

⁽²⁾ In antitesi alle responsabilità consistenti nell'esecuzione speciale sulla cosa, o penali o d'altro genere. Così il BRINZ.

mente. Gli scrittori limitano ed escludono sempre principalmente in nome dell'assoluto. Poichè nel sistema giustiniano, al quale si lega tutta la tradizione scientifica del diritto privato, l'obbligazione assume pel nome stesso e per la teoria l'aspetto di una specie entro il genere dei doveri di condotta, credono che all'apparenza risponda in quel diritto la realtà. Si vuole quindi non già creare una categoria arbitraria, ma riconoscere un esistente per quella stessa necessità, per la quale un naturalista predarwiniano dovea riconoscere in un vivente una determinata specie. L'obbligazione non si crede che sia una specie estinta; si crede invece che esista tuttora. E i casi, in cui i romani parlano di obbligazione, servono quindi da esemplari, sui quali si cerca di determinare i suoi caratteri, per poterla riconoscere anche nei rapporti a loro noti, ai quali eventualmente non abbiano dato quel nome e in quelli a loro ignoti prodotti dalla posteriore evoluzione giuridica. S'incontrino condizioni giuridiche in cui a quei caratteri se ne uniscano altri diversi od opposti e allora queste si scindono in parti e si parla di casi misti ⁽¹⁾ o di casi limitari ⁽²⁾; riesce particolarmente gradito discorrere di diritti reali che si colorano di obbligazione, di obbligazioni che si colorano di diritto reale. L'obbligazione diventa così un istituto, prende persona e di questa persona si dicono le lodi. Essa è il trionfo del volere; è il regno dell'etica pura, mentre nei diritti reali l'etica si riveste di forza fisica; essa sta in alto nell'aria e nel sole, quando il diritto reale rade la terra; essa è la forma giuridica per eccellenza; essa vale per sé e insieme perfeziona e raffina gli altri rapporti. Così canta un poeta del diritto romano ⁽³⁾.

Dato questo significato delle limitazioni ed esclusioni accennate, non è più luogo a nessuna tolleranza verso nessuno di codesti criteri e di codeste affermazioni fondate assai spesso, com'è naturale in chi si abbandoni alla visione estatica del-

⁽¹⁾ Cito ad es. WAECHTER *op. cit.* p. 310.

⁽²⁾ HARTMANN *op. cit.* p. 141 segg.

⁽³⁾ KUNTZE *die Obligationen im röm. und heutigen Recht* p. 54, 55.

l'obbligazione, su comode intuizioni. Allora, riassumendo in gran parte antiche, insuperabili e tuttavia sempre inascoltate obiezioni, va detto, che l'incertezza dei confini tra il diritto privato ed il pubblico e tanto più l'infinita comprensione dell'idea d'interesse pubblico e il suo affacciarsi in quasi ogni forma di rapporti privati elimina l'asserita forza differenziale di uno di codesti criteri. Quanto all'antitesi così comune e in cui tanto si confida — quantunque almeno le recenti ricerche storiche ⁽¹⁾ dovrebbero persuadere chiunque che la fiducia è mal posta — tra diritti reali e obbligazioni, quelli diritti immediati sulle cose e che obbligano altri solo in quanto a tutti incombe il dovere generale del rispetto al diritto altrui, queste non fonti di obbligo, ma obbligo esse stesse di una o più persone, premesso che nella crisi attuale del concetto di diritto reale ⁽²⁾, conviene presupporre che si mova a pensar ciò dal concetto logico ⁽³⁾ tradizionale di esso, come diritto a disporre, che obbliga solo a non fare o a tollerare che altri faccia, è da dire che l'antitesi cade appena si consideri che è erroneo ed è illiberale supporre che la potenza dello Stato, come creatore di diritti, si manifesti concedendo facoltà, anzi che limitando libertà ⁽⁴⁾. Perciò la configurazione dei diritti reali come diritti immediati sulle cose non ha che il valore di un'immagine ad uso della scuola, che basta togliere di mezzo, perchè appaia la sostanza loro di condizioni giuridiche formate concettualmente e primariamente di doveri di condotta altrui, i quali soli le costituiscono e non s'integrano affatto di forza fisica, perchè questa non entra mai per nulla in nessun rapporto giuridico che è sempre relazione tutta morale da persona a persona e si attua

⁽¹⁾ V. BONFANTE *Diritto romano* p. 339-356.

⁽²⁾ V. FADDA *Note al WINDSCHEID* I. p. 547 seg. SCIALOIA *Obbligazioni. Lezioni del 1899* p. 86 seg.

⁽³⁾ Così lo qualifica il SOHM nella *Rivista di Grünhut* V. 35 in antitesi a qualunque possibile concetto storico. La citazione è in FADDA *op. cit.* p. 547.

⁽⁴⁾ Cfr. IELLINEK. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. VIII e *passim*.

sempre per una condotta di persone diverse dal titolare ⁽¹⁾. Costituendo codesti doveri di condotta il diritto reale in sè,

⁽¹⁾ Giova dire ancora una volta a dilucidazione di quanto affermo nel testo che la potestà di godere delle cose l'uomo la ha da natura per la forza del suo organismo. Chi concepisce il dominio, prendendo questo rapporto come il tipo dei diritti reali, come facoltà di disposizione, che importa solo per conseguenza l'obbligo dell'astensione altrui, si trova perciò condotto ad ammettere che, posto un uomo solo sulla terra, questi sia proprietario della terra, perchè in realtà essa sta a sua disposizione in causa di codeste forze (vedasi GIORGI *Obbligazioni* I p. 3: « La proprietà sussiste piena e perfetta senza bisogno di altre persone diverse dal proprietario »). Il vero si è che quell'uomo solo disporrebbe della terra, ma non ne sarebbe proprietario. La proprietà come ogni altro diritto presuppone un gruppo sociale umano. Diritto non può essere che una facoltà che è data dall'organizzazione sociale e non una facoltà che l'uomo avesse anche nella solitudine. Quindi anche la proprietà come diritto non può essere che quella facoltà che la forza dello Stato aggiunge alle facoltà naturali dell'uomo. Ora la forza dello Stato non aggiunge altro che l'obbligo degli altri cittadini di astenersi dalla cosa, rispetto alla quale vuole che possa un altro esplicare le facoltà d'azione che ha per le sue forze organiche, contro i possibili impedimenti degli altri uomini, creando così a favore di questo un potere che è di libertà sociale d'azione. Dunque la proprietà come diritto non è anch'essa che obbligo degli altri verso di uno; cioè essa si riduce al così detto lato negativo; il lato positivo non è che lo stesso lato negativo considerato nel risultato che importa: la libertà sociale (non la potestà fisica) d'azione. Che giovi, volendo definire la proprietà, muovere dal lato positivo, parlando di una giuridica facoltà di disposizione, e mettendo così innanzi lo scopo che ha l'obbligo imposto agli altri, non si discute. Ciò che non è lecito è adoperare la definizione così formulata come argomento per dire che l'obbligo altrui dell'astensione dalla cosa è solo una conseguenza del diritto di disposizione. Ciò falsa la visione di tutto il rapporto. Allora, soppresso dal concetto del dominio l'obbligo dell'astensione altrui, la facoltà di disposizione non appare più la libertà sociale, ma si confonde nel pensiero colla facoltà fisica d'azione; anzi si trasforma in essa. Questa facoltà che si ha da natura si comincia col presentarla come una concessione dello Stato, per farla apparire un diritto. Ma perchè appunto si ha da natura, si finisce col dimenticare lo Stato, e la si presenta come proprietà cioè come diritto anche in una ipotetica condizione di solitudine dell'uomo; si estende questa ipotesi a tutti i diritti reali, dei quali si dice che a concepirli basta presupporre un uomo e una cosa; e l'obbligo altrui dell'astensione dalla cosa nel dominio, o di non fare o di tollerare che altri faccia

essi sono nell' stesso rapporto col dovere supremo di rispetto al diritto altrui, — dovere sia detto incidentalmente, tutto morale, ignoto al diritto positivo, che conosce solo dei doveri singoli di condotta — in cui è qualunque altro obbligo a cui si dà il nome di obbligazione. E se a formare il diritto reale si dice che occorre un dovere di condotta di tutti e a formare l' obbligazione il dovere di condotta solo di uno o di alcuni, ricordo che questa differenza è immaginaria ⁽¹⁾ e non ripeto gli argomenti per i quali appare tale solo perchè, anche se fosse vera, è troppo evidente che essa sarebbe forse una ragione per collocare in una parte del sistema i diritti a una data condotta di tutti e in un' altra quelli a una data condotta di molti o di pochi o di uno, ma non distinguerebbe concettualmente quelli da questi ⁽²⁾. Allora va detto inoltre che col-

negli altri diritti reali, che costituisce veramente la situazione giuridica creata dallo Stato, diventa una conseguenza della facoltà di disposizione, una sua garanzia e difesa, conseguenza a cui per forza non si può dare altro fondamento che il precetto del rispetto al diritto altrui, precetto tutto morale e punto giuridico.

⁽¹⁾ V. RÜMELIN *op. cit.* p. 200 seg. e gli autori ivi citati.

⁽²⁾ Dicendo questo io non intendo di eliminare dalla scienza giuridica la frase: diritto reale. Miro soltanto ad eliminare l' idea di diritto reale, nel senso che contesto che si possa utilmente determinare un' idea di potere giuridico movendo da quelle figure, a cui si riconosce la qualità di diritto reale sia pur da chi arriva ad ammettere diritti reali in faciendo. Quando nel corso del tempo si sono qualificati vari rapporti per diritti reali non si è mai fatto altro che dire che ad essi si adattava l' immagine di un diritto che parte come un raggio dalla persona del titolare e va a colpire la cosa. Perciò la più semplice, la più comune definizione di diritto reale, quella che ebbe il migliore dei successi nel passato e lo avrà sempre nell' avvenire è questa: diritto reale è il diritto immediato sopra una cosa. Questa definizione non è ora che descrizione di quell' immagine. Ma questa è anche immagine che conviene a non assolute e diverse realtà. In generale si può dire che quanto meno si presenta al pensiero l' obbligo di dare persone di lasciarci godere di una cosa e quanto più quindi si presenta al pensiero prima la facoltà di godimento che quell' obbligo genera, tanto più anche occorre al pensiero quell' immagine. Il campo di sua applicazione sarà quindi sempre incerto. È questione d' impressione, di tradizione e direi anche di gusto. Essendo immagine e non

l' etica in antitesi all' economia, colla subordinazione personale in antitesi alla libertà non si distinguono gli obblighi famigliari dagli altri, quando l' elemento economico pervade, anche agli occhi di chi respinge le unilateralità del materialismo storico, le relazioni famigliari; l' elemento etico pervade le relazioni economiche e le subordinazioni famigliari, spogliatesi del carattere di sottoposizioni a potestà, anche se manteniamo questo nome, non sono divenute che riassunti concettuali di determinati doveri, cioè di limiti di libertà al pari di ogni altro obbligo ⁽¹⁾. E non serve appellarsi a differenze di procedure, le quali, oltre ad essere mutevoli nel tempo, sono conformi spesso per diritti disformi e disformi per diritti conformi ⁽²⁾; e neppure alla sanzione generica patrimoniale, perchè l' idea dei rapporti è indipendente da quella

concetto, bisogna rinunciare ad ogni rigidità di applicazione. E noi vediamo che essa si applica al dominio che serve contro tutti, come al dominio relativo del proprietario bonitario o del possessore di mobili in buona fede in base a titolo; al primo diritto di pegno su di una cosa, come ai successivi; alle servitù, come agli oneri reali ecc. Ogni definizione del diritto reale come tipo fisso di potere con un determinato e costante contenuto è destinata perciò a certo insuccesso. Essa non può rimanere che una concezione individuale. La comune opinione scientifica non conobbe e non conoscerà mai altro che la configurazione realistica di rapporti vari di contenuto suscettibili di essere ridotti sotto a quell' immagine comune, non sotto una definizione comune.

⁽¹⁾ È palese che gli obblighi tra padre e figli, marito e moglie ecc. da un lato e quelli tra il capo di casa e certe persone di servizio dall' altro non si distinguono affatto con una linea assoluta. In quanto si possano comprendere in formule quelli, sono comprensibili questi, e in quanto nessuna formula comprende esattamente quelli, nessuna formula comprende esattamente questi. Anche l' elemento etico è comune ad entrambi. Onde per la stessa ragione per la quale si qualifica da chiunque per obbligazioni questi, pur notandone il carattere quasi famigliare, dovrebbero e potrebbero essere qualificati per obbligazioni anche quelli.

⁽²⁾ Ad es. colle forme dell' interdetto ci si faceva presentare in Roma così un testamento come i figli; nell' un caso per far valere un supposto interesse economico, nell' altro per la custodia ed in nome della propria potestà. D' altro lato un' azione era data per la mercede al locatore d' opere; una *cognitio extra ordinem* per l' *honorarium* a chi prestò servizi liberali.

delle loro mutevoli sanzioni ⁽¹⁾. Serve anche meno invocare l'autonomia dell'obbligo. Un futile pretesto. Futile, perchè riducendosi i diritti reali ad obblighi, l'obbligazione derivante dalla lesione di un diritto reale è obbligo da obbligo al pari di quello che deriva dalla lesione delle così dette obbligazioni, del quale si dice che è obbligazione. Pretesto, perchè appunto di questa autonomia si fa palesemente a meno, dove si tratta di obblighi derivanti dalle così dette obbligazioni, com'è l'obbligo di risarcire il danno, se non si esegue l'obbligazione, e se ne fa nascostamente a meno dove si tratta di obblighi derivanti da altri diritti così detti assoluti, tutte le volte che la lesione assuma il carattere di delitto, giovandosi dell'artificio di coprire il diritto, da cui l'obbligo deriva, dietro questo schermo scolastico del delitto, facendolo derivare da questo anzi che da quello ⁽²⁾. « Interesse pecuniario della prestazione » è poi tal frase che interpretata largamente fa di tutti gli obblighi un'obbligazione e interpretata restrittivamente ridurrebbe la categoria delle obbliga-

⁽¹⁾ Basta ricordare in prova la storia della sanzione dell'obbligazione romana, rimasta per i giuristi antichi sempre lo stesso rapporto, pur nel profondo mutarsi della sanzione.

⁽²⁾ L'abitudine di parlar di obbligazioni derivanti da delitto non ci deve infatti far dimenticare che esse sono spesso derivazione immediata di un diritto. Chi mi lede nell'onore mi deve secondo il diritto romano una pena pecuniaria. Questo dovere è obbligazione, diceano gli antichi, ripetono i moderni, da delitto. In realtà è anch'esso dipendenza di un obbligo di astenersi da azioni lesive dell'altrui onore, che opportunamente, poichè è di tutti o di moltissimi, si trasforma nel pensiero della giurisprudenza odierna in un diritto all'onore, per lo stesso processo pel quale l'obbligo di tutti o di moltissimi di astenersi dalla cosa, rispetto alla quale il diritto vuole che altri abbia libertà d'azione, si trasforma in un diritto di godimento di una cosa. Quindi se la dipendenza dal dominio dell'obbligo di riparare la lesione del dominio stesso toglie all'obbligo il carattere di obbligazione, dovrebbe negarsi il carattere di obbligazione anche all'obbligo di pagare per le lesioni all'onore, perchè dipende dal diritto all'onore. Il non essere spesso quella lesione un delitto e l'esserlo questa, l'essere l'obbligo là attuazione del diritto e qui pena non elimina il fatto della dipendenza e non dovrebbe perciò giustificare una disparità di qualificazione dell'obbligo stesso.

zioni a pochissimi casi, in contraddizione con le leggi, colla giurisprudenza, colle esigenze sociali e persino con la volontà della scienza stessa ⁽¹⁾. Infine non sono altro che nebbia

⁽¹⁾ Devo giustificare, trattandosi di questione tanto dibattuta, l'opinione espressa nel testo. Io penso che la questione non sarebbe sorta se si fosse bene determinato il senso delle formule usate ad esprimerla come equivalenti. Già lo SCIALOJA ha avvertito come si confonda in uno due questioni: l'una se la prestazione deve avere valore pecuniario, l'altra se si deve avere un interesse pecuniario alla prestazione (*Obbligazioni. Lezioni del 1899* p. 45). Io ora direi che nè l'una nè l'altra questione appare risolvibile affermativamente, appena si precisi il senso delle questioni stesse. Che vuol dire che la prestazione deve avere valore pecuniario? Che si possa avere per denaro? Allora il requisito non ha alcuna forza limitativa della validità di un'obbligazione perchè per danaro si può aver tutto. Il FERRINI (*Pand.* § 408) ammettendo che, dovunque ci si sia fatto promettere per una prestazione un corrispettivo pecuniario, la prestazione riceve di riverbero un significato economico e perciò è valida, non s'avvede che così distrugge la ragione stessa di essere del requisito che afferma. Un secondo senso appare possibile; questo: ha valore pecuniario la prestazione, a cui corrisponde un equivalente pecuniario determinabile dai periti della materia. In questo senso il requisito sarebbe affermato utilmente, in quanto che sarebbe un limite alla validità delle obbligazioni; ma in questo senso è anche insostenibile. Perchè, onde si possa parlare di equivalente pecuniario della prestazione, occorre che questa mantenga un'uguaglianza di tipo e di utilità e in questa figura sia oggetto usuale di contratti a danaro, così da potersi parlare rispetto ad essa di un mercato. Ma è chiaro allora che le prestazioni non si distinguono in quelle che hanno e in quelle che non hanno valore pecuniario. Invece noi dobbiamo raffigurarci tutte le possibili prestazioni distribuite in una serie discendente, in cui, partendo da quelle che presentano la massima stabilità di tipo e di utilità e che sono oggetto frequentissimo di contrattazioni a danaro ed hanno perciò un valore pecuniario evidente e certo si passa alle altre ordinate secondo che aumenta la variabilità loro di tipo e di utilità e diminuisce il numero delle contrattazioni, finchè si giunge a quelle prestazioni, rispetto alle quali si perde sin l'ombra dell'idea che esse abbiano un valore pecuniario, perchè la prestazione riesce nuova, onde non soccorrono nemmeno lontani raffronti ed analogie economiche che aiutino a stabilirne il prezzo e ogni perizia diviene impossibile. Pur quante fra queste sono tali che il contratto relativo è degno di essere tutelato dal diritto! Sembra che comunemente il nostro requisito sia interpretato nel senso che abbia valore pecuniario la prestazione che usa (e non soltanto

retorica quegli organismi, di cui ci si parla del diritto sociale, del diritto di vicinanza, quando si vuole presentarli come fonti degli obblighi, che invece li formano.

può) ottenersi per danaro. È un terzo senso possibile, ma anche con esso il requisito perde ogni efficacia. Perché non è vero che le prestazioni si dividano in quelle che usa e in quelle che non usa ottenere per danaro. Usa vendere tutto ciò che usa donare e inversamente. La famosa, in questa materia, promessa di un valzer a un giovinotto da parte di una signorina è una promessa che le signorine di buona famiglia non vendono, ma che certe signorine che frequentano i balli pubblici delle grandi capitali vendono ai giovanotti desiderosi di danzare e privi di ballerina. Si può immaginare un quarto senso della frase; ed è che abbia valore pecuniario la prestazione per la quale non ripugna alla coscienza sociale che si offra e si accetti un compenso in danaro. E anche in questa forma è insostenibile, perché la non ripugnanza del compenso è compatibile colla maggiore frivolezza e viceversa la ripugnanza è compatibile colla massima utilità individuale e sociale della prestazione promessa. Certo, se il pattuire un compenso renderà il contratto immorale, questo sarà nullo per la sua immoralità. Ma qui si suppone un contratto morale e in questa supposizione non si vede perché dovrebbe escludersi la validità del contratto stesso (e dicasi lo stesso delle promesse unilaterali nei casi, in cui se ne ammette per gli altri requisiti la forza obbligatoria) quando la prestazione possa essere utile, per quanto o in generale o nel caso concreto un compenso sembri ripugnare ad essa. Lo stabilire un requisito simile produrrebbe molte volte un arresto dannoso nello sviluppo di certe prestazioni. A molti ripugna che alcuno si faccia pagare per tener conferenze. Eppure l'uso entrato di compensare i conferenzieri facilitò il diffondersi di questa forma d'istruzione. E sarebbe strano che al conferenziere stipendiato un tribunale negasse l'azione dal contratto nel caso di mancato pagamento colla scusa che ripugna alla coscienza sociale il tener conferenze per danaro. Domani un critico onesto può trovar onesto lo scrivere una recensione elogiativa di un libro del quale pensa bene per un compenso promesso dall'autore. Si dovrebbe negare a lui l'azione colla scusa della ripugnanza in discorso, se, fatta la recensione, l'autore non paga il compenso dovuto? O si dovrebbe negarla all'autore che non affrontò le spese di pubblicazione del libro che in seguito alla promessa della recensione, se il critico manca alla promessa, l'abbia fatta gratuitamente o meno? Dove il contratto si presenti per morale, la prestazione possa essere utile e dove quindi non perda il suo pregio per essere adempiuta sotto una coazione giuridica, ivi la validità dell'obbligazione va adunque per riguardo alla natura della prestazione sempre riconosciuta. Certo con-

Onde, concludendo, appare che tutto questo ingente sforzo di speculazione per dar forma e figura all'obbligazione in antitesi a tutti gli altri obblighi è vano. Costruire ex novo un tipo

verrà che le parti intendano di obbligarsi giuridicamente, ma questa intenzione risulta dalle circostanze più varie e tra queste il valore pecuniario della prestazione, qualunque senso si dia a questa frase, non voglio dire che sia l'ultima, certo non è la prima. Rivolgendoci ora all'altra questione, tanto diversa, se si deva avere un interesse pecuniario alla prestazione, la prima avvertenza da fare è che per dare serietà e forza limitatrice al requisito, bisogna supporre che non basti che il contraente *creda* di avere un interesse pecuniario alla prestazione, ma che lo abbia; e che sia un interesse diretto, immediato. Se ci si accontentasse di esigere un'opinione, non si sa a che scopo si affermasse il requisito, a meno che non si torni all'errore di pensare che solo quando si crede di avere un interesse pecuniario alla prestazione si voglia anche stringere un vincolo giuridico. E se ci si accontentasse di un interesse non immediato, il requisito non servirebbe a niente, perché non c'è prestazione, di cui non si possa pensare che indirettamente il riceverla o no non influisca sulla nostra economia. Detto questo, mi sembra che anche il requisito in discorso si possa intendere in due sensi: la prestazione dev'essere tale che il suo difetto deva certamente recare un danno economico al creditore — dev'essere tale che possa recarlo. Ora sia nell'uno che nell'altro senso il requisito non regge. Se si tolgono le prestazioni consistenti nella trasmissione al creditore di un capitale, la proprietà o il possesso del quale sia in ogni caso utile (ad es. restituzione di una somma mutuata) in tutti gli altri infiniti casi di obbligazione manca sempre la certezza che il difetto della prestazione rechi un danno e d'altro lato c'è sempre la possibilità che lo rechi. Che il difetto della prestazione rechi un danno non dipende che raramente dall'indole della prestazione considerata in sé, ma dall'azione del creditore in vista del credito e dalle condizioni della sua azienda in relazione al credito al momento della scadenza di questo. Così con una interpretazione del requisito si dovrebbe negare la validità di tutte le obbligazioni che non siano del tipo accennato; e colla seconda bisognerebbe ammetterla per tutte, in quanto che è per tutte supponibile che in date condizioni del creditore il loro difetto gli porti un danno diretto. Convieni affermare che la stessa sanzione generica patrimoniale dell'obbligazione, che è poi il fondamento recato pel requisito dell'interesse pecuniario alla prestazione, non importa che l'interesse pecuniario sia elemento della validità dell'obbligazione. Esso, se mai, è elemento della sua perseguibilità in giudizio. L'obbligazione è una forza pel creditore, onde, verificandosi pel man-

di diritto, a cui dare quel nome è sempre, si capisce, possibile, perchè chiunque può costruire a migliaia idee di rapporti e nomenclature relative. Ma riconoscere entro ai doveri di condotta esistenti la specie obbligazioni, prendendo per guida i caratteri sistematici, che si scorgono o si crede di scorgere nelle obbligazioni romane, ecco ciò che è impossibile. Tutti quei caratteri loro, che sarebbero, come tali, caratteri atti a distinguere anche le obbligazioni moderne dagli altri obblighi si rivelano inetti a discernerele. Per questo, risolvendo il dubbio, che ho esposto dianzi, non è per trascuranza, è per necessità che non sappiamo definire l'obbligazione che come dovere giuridico di condotta. La società non conosce che questo; la scuola si sforza di trovare, ma non sa trovare un carattere che differenzi concettualmente le obbligazioni dagli altri obblighi e i giuristi piegano il capo e definiscono il dovere di condotta, salvo a tentare di ribellarsi poi alla definizione che subiscono.

Tutto questo, che ho detto, non serve per il mio assunto che come il fondo oscuro del quadro che mette in luce la figura. Si trattava per me di persuadere che questo discernere, come fecero i romani, entro i doveri di condotta l'obbligazione è una cosa tutt'altro che spontanea e facile a pensarsi e che, se non riesce a distinguere l'obbligazione da tutti gli altri doveri di condotta la nostra speculazione scientifica tanto più evoluta della loro, che era appena embrionale o non era affatto allorchè formarono l'idea di obbligazione, ciò significa che questa idea non fu evidentemente presso i romani frutto

care della prestazione un danno, ne ottenga il risarcimento. Ma appunto è una forza che, se opera solo in un dato evento, è forza anche prima di quell'evento. Essa è un'arma carica pronta per la difesa del creditore; il danno è ciò che accende la polvere. Del resto non parmi possibile non accedere all'opinione di chi sostiene che anche il legare la perseguibilità in giudizio dell'obbligazione al danno patrimoniale subito è una forma ripugnante di materialismo giuridico. La società ha altri interessi più degni ancora di tutela che gli economici; e un'obbligazione destinata a salvaguardare questi va protetta con una pena di soddisfazione, anche se manchi il danno patrimoniale.

della dottrina discorde nella sua libertà di pensiero, ma imposta alla dottrina dalla vita che la aveva prodotta. Ma allora ecco anche presentarsi il sospetto che l'obbligazione prendesse la sua individualità da una condizione di fatto e quindi da un pensiero proprio della vita romana e che l'impossibilità in cui siamo ora di definire quell'obbligazione derivi da ciò che quella condizione di fatto e quel pensiero sono svaniti. Di qui la domanda: forse quella definizione delle istituzioni, che interpretata, come usa, non è che definizione del dovere giuridico di condotta, non conterrebbe invece interpretata diversamente, l'espressione di ciò che per i romani formava l'essenza dell'obbligazione? Dobbiamo raccogliere, prima di rispondere, gli elementi necessari alla risposta.

I nostri trattatisti del diritto romano e del diritto civile enumerano cinque cause o fonti di obbligazione, quattro prese dalla compilazione giustiniana (il contratto, il delitto, il quasi contratto e il quasi delitto) la quinta aggiunta dai suoi interpreti: la legge. Romanisti e civilisti insegnano ora rispetto a queste cause: che mentre il contratto è per noi il consenso, onde si distingue nel contratto obbligatorio, reale, familiare e persino ereditario, per i romani non esistevano che i contratti obbligatori (1). Che il delitto privato romano

(1) Questa è l'opinione attuale della scienza intorno al concetto romano di contratto. Citerò come suoi rappresentanti PERNICE *Vertragslehre* p. 219 il quale vuole che da un certo tempo (Celso, Giuliano) il termine *contractus* abbia assunto il senso tecnico di convenzione obbligatoria fornita d'azione civile e il FERRINI *Pand.* §§ 519, 520. Questi ammette che il diritto romano non conosce la figura generale di contratto in quanto che non considera contratto che l'obbligatorio. Del contratto obbligatorio avrebbe però avuto un'idea. Se Gaio nelle sue istituzioni mostra d'intendere per contratto ogni atto giuridico dal quale anche senza convenzione possa derivare un'obbligazione, si formò, egli scrive, un'accezione più angusta della parola, alla quale fini di piegarsi Gaio stesso, secondo la quale il contratto significherebbe la convenzione obbligatoria. Questa sarebbe la vera nozione del contratto romano e risulterebbe da più testi: l. 1 § 1 D. 2, 14 — l. 3 pr. D. 50. 12 — l. 31 D. 44. 7. Io credo che nè il PERNICE di cui riferisco nel testo l'opinione, nè il FERRINI esprimano idee esatte intorno al contratto romano. La

non esiste più, perchè di esso non rimane nel diritto privato

mia opinione si è che i romani non abbiano avuto altra idea di contratto da quella di affare lecito. E poichè questo preconetto che il contratto sia la convenzione obbligatoria o almeno l'affare obbligatorio ha influenza su tutta la trattazione successiva, devo esporre con qualche estensione le ragioni del mio parere.

Anzi tutto la nozione di contratto come accordo delle parti è giustiniana. La l. 1 § 1. 2 D. 2. 14 è certamente alterata dai compilatori. La definizione datavi di pactum corrisponde infatti ad un tempo, in cui non si avea più alcun senso dell'antitesi fra patto e contratto; ma e l'uno e l'altro erano fusi nell'idea di « pactio » cioè di accordo. Probabilmente Ulpiano diceva che patto deriva da pace, e accennava alla transazione che mette pace tra le parti. Il suo discorso doveva essere simile a quello di Festo: « Pacionem antiqui dicebant quam nunc pactionem dicimus: unde et pacisci adhuc et paco in usu remanet » dove, come appare, Festo fa derivare dalla stessa radice pactio, pacisci e paco, e non fa derivare pace da patto. I compilatori misero in un inciso l'etimologia Ulpiana di patto da pace, invertendola, scrivendo cioè che pace deriva da patto (inde etiam pacis nomen appellatum est) e ridussero il patto a pactio e la pactio a « duorum plurimumve in idem placitum et consensus » due parole queste di cui l'una o l'altra è superflua. Così la definizione susseguente (§ 3) di conventio diveniva per forza una ripetizione di quella di patto, e tocca a noi interpreti intravedere faticosamente la distinzione tra patto e convenzione che faceva originariamente Ulpiano nelle parole « ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt ». Che la definizione Ulpiana di pactio sia interpolata appare anche dalla l. 3 pr. D. 50. 12 « pactum est duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissum ». Qui si dà del « pactum » la definizione data nella l. 1 § 1 in discorso della « pactio »; qui il binomio « placitum et consensus » si converte in « consensus atque conventio », senza che si veda una ragione del mutamento, e senza che si veda perchè diventino sinonimi « consensus » e « conventio », quando nella l. 1 § 3. D. 2. 14 la conventio è invece l'atto che deriva dal consenso; qui si pone da ultimo per antitesi alla pollicitatio il pactum, quando è chiaro che all'« offerentis solius promissum » doveva essere antitetico anche il contratto e non il solo pactum. L'antitesi, imperfetta per un classico, è però perfetta per un bizantino, perchè nell'età bizantina « pactum » è preso per sinonimo di « pactio », cioè di accordo. Oltre che per questi motivi il brano citato della l. 3 pr. risulta interpolato sia pel neutro « promissum », sia perchè non ha nulla a che fare con ciò che segue nella legge stessa. Siamo evidentemente innanzi

che un obbligo come un altro, quello cioè di risarcire il

a una di quelle definizioni, che i compilatori inseriscono nel corpo del titolo quasi a celare la loro mano. Del resto l'interpolazione di questa legge fu già vista dal NABER *Mnem.* 97. 332. Non è a dubitare quanto al § 3 della l. 1 D. 2. 14 che Ulpiano vi parlasse di « conventio », ma solo per dire che si ha una conventio dove c'è il consenso in un contratto o in un patto; ora « consensus » è antitetico a forma, il contratto consensuale è antitetico al solo contratto formale (V. il mio *Contratto consensuale classico*) e perciò, venendo alla famosa dichiarazione di Pedio contenuta nel cit. § « ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat » possiamo star sicuri di trovarci innanzi ad una delle più forti falsificazioni del pensiero antico fatta dai compilatori. Che cosa dicesse elegantemente Pedio nessuno saprà mai; certo non disse questo che gli fan dire i compilatori. Proprio nella l. 2. pr. successiva Labeo manifesta l'idea che conventio e cioè consensus è antitetico solo ad atto formale (*vel re* infatti vi è interpolato. V. il mio citato lavoro p. 9) e questa è idea di tutti i classici. Come pensare che Pedio si ponga contro a tutto il pensiero e la terminologia dei giuristi che lo precedettero e lo seguirono? Ma ci sono altri dati chiarissimi della falsificazione. Siccome sta scritto « nullum esse contractum nullam obligationem... sive re sive verbis fiat » è chiaro che « obligatio » è una tautologia di « contractus »; prolissità inutile e che stupisce in un classico, ma non in un bizantino. Si prenda ad es. la l. 5 pr. C. 1. 14 a. 439: « nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum »; la si combini con l. 7 C. 2. 19 a. 299-304: « vel cuiuscumque alterius contractus obligationis » (Bas. ἢ οἰουδὲποτε ἄλλου συναλλάγματος ἢ ἐνοχίης) e la si confronti con un testo notoriamente interpolato: l. 9 pr. D. 12. 1 « Certi condictio competit ex omni causa ex omni obligatione » e si sentirà a che penna è dovuto « nullum esse contractum, nullam obligationem ». In ben altro senso invece troveremo una dichiarazione classica ove « contractus » è avvicinato a « obligatio »: l. 6 pr. D. 50. 16 Ulp. « nominis » et « rei » appellatio ad omnem contractum et obligationem pertinet »; qui obligatio non è una tautologia di contractus, ma vale per sé ed abbraccia anche le obbligazioni da delitto. Stile a parte, in nessun altro luogo delle nostre fonti « obligatio » sta per « contractus ». La l. 20 D. 5. 1. non prova questa sinonimia. Il PERNICE *Labeo* III p. 280 n. 3. avverte che in essa Paolo non commenta i termini dell'editto. Ciò si può ammettere; ma non per questo obligatio diventa secondo il testo sinonimo di contractus; il giurista stesso ci dice in che senso scrive: « omnem obligationem pro contractu habendam exi-

danno; che il quasi contratto ed il quasi delitto non sono mai

stimandum est », nel senso cioè che dove c'è un'obbligazione, e si deve intendere da atto lecito, ivi il debitore ha fatto un contratto « ut ubicumque aliquis obligetur et contrahi videatur ». Paolo così non si distacca dal pensiero comune ai classici che l'obligatio deriva dal contratto e non si confonde con esso. Inoltre nel presente testo di Pedio non tanto è notevole l'omissione di « litteris » nella frase « sive re sive verbis fiat » quanto l'omissione di « consensu ». Era bene il caso questo di dire tutta la quadripartizione dei contratti, pur potandola del membro « litteris ». I compilatori omisero « consensu » perchè per loro non era « elegante » il dire che occorre il « consensus » nei contratti consensuali; e non lo sarebbe stato evidentemente; ma è pur chiaro che un giurista classico non avrebbe fatta codesta omissione, ma avrebbe scritto che non solo nei contratti consensuali, ma anche negli altri (re, verbis) occorre la conventio. Così si sarebbe salvata insieme l'eleganza, la completezza e la naturalezza del discorso. Noi del resto vedremo in altro luogo che la enumerazione delle tre specie di contratti è uso bizantino e non classico; tutte le serque: « sive re, sive verbis sive consensu » che ci appaiono sempre o quasi sempre senza un ordine fisso nelle specie enumerate e con omissioni il più spesso ingiustificate, sono chiaramente opera bizantina a scopo didattico. Nel nostro testo noterei anche che ai due termini « contractum, obligationem » corrisponderebbe meglio « fiant » e non « fiat » e ancora che il verbo « fieri » se conviene a « obligatio » non conviene a « contractus ». Gaio scrive sempre: verbis obligatio fit (III, 92); litteris obligatio fit (III 128); consensu fiunt obligationes (III, 135). Che scopo ha poi la dichiarazione che anche la stipulazione è nulla se non c'è il consenso, quando è già detto che nessun contratto vale se non c'è il consenso? e perchè l'avvertenza che la stipulazione « verbis fit »? Avvertenza superflua, in quanto abbia lo scopo di ricordare come si fa la stipulazione, ma più che tutto falsa, perchè non la stipulazione si fa colle parole, ma l'obligatio, come dice Gaio e come dicono tutti; nella stipulazione obbligano le parole; questo vuol dire la frase « verborum obligationes ». E perchè ancora il testo dice che occorre il consenso nella stipulazione e non dice lo stesso per i contratti reali, dove si potea pur pensare che l'obbligazione derivava dalla res e non dal consenso? Ciò tutto conduce inevitabilmente a concludere che nella nostra elegante dichiarazione attribuita a Pedio di Pedio non c'è parola. Forse questi avvertiva soltanto, chi lo sa a qual proposito, che alla validità della stipulazione occorre la volontà delle parti di obbligarsi e non bastano più soltanto le parole. (Per questo non mi pare fondata l'ipotesi del PERNICE *op. cit.* p. 199 n. 1 che Pedio parlasse del contratto letterale, in cui il consenso è celato, e non della

esistiti, poichè l'analogia che i nomi affermano dei rapporti

stipulazione, dove esteriormente almeno apparisce. L'osservazione del PERNICE è buona però rispetto allo scopo attuale che avrebbe il testo e concorre a dimostrare l'intervento dei compilatori). — In l. 31 D. 44. 7 si legge « quia in ea re quae ex duorum pluriumve consensu agitur omnium voluntas spectetur » ed è proposizione riferita alla stipulazione ed ai « ceteri contractus. » Questa legge sembra interpolata allo SCIALOJA *Sulle condizioni impossibili nei testamenti* p. 10 ed è veramente tale, come risulta dal tornar qui la definizione veduta di pactio, dalla frase « ceteri contractus » e dallo scopo della legge di spiegare la ragione di una massima divenuta famosa. Meciano in realtà non parlava che della stipulazione e non dava spiegazioni; anche tutto lo stile rivela la mano dei compilatori. Concludendo: nessuno dei tre testi citati dal FERRINI come contenenti la vera nozione del contratto romano sono romani; sono tutti testi bizantini. Il concetto di contratto come convenzione obbligatoria è bizantino. Bizantina è anche la l. 7 pr. § 1 D. 2. 14. che il FERRINI non cita, dalla quale scaturirebbe la stessa nozione (V. il mio *contratto consensuale* classico p. 12 seg. e v. una nota ulteriore di questo lavoro); come pure tale ritengo l'inciso in l. 1 § 6 D. 16. 3: contractus enim legem ex conventionem accipiunt.

Resta così aperta la questione: quale era il concetto romano di contratto? Ora questa questione si risolve semplicemente se si parta dall'osservazione che la giurisprudenza romana riconduceva concorde le obbligazioni a due sole fonti: il contratto e il delitto. Ciò significa che la bipartizione era sufficiente ad abbracciare tutte le obbligazioni. (Contro FERRINI *Pand.* § 519 che ammette ne rimanessero escluse alcune poche « che hanno una funzione complementare nell'ordinamento giuridico e che dipendono dal verificarsi di un'oggettiva condizione di cose »; idee e parole molto oscure!) Ma, perchè fosse sufficiente, occorreva che per i romani contratto significasse soltanto « affare » (il termine « lecito » che ho aggiunto finora per maggior chiarezza si può omettere; « affare » già di per sé implica l'idea della liceità), abbia l'affare o no a base un accordo. Allora solo infatti restano comprese nelle obbligazioni da contratto così quelle da stipulazione che da legato, così quelle da mandato che da negotiorum gestio e in genere tutte le obbligazioni non da delitto. Oltre che ottener così la sufficienza della bipartizione, arriviamo a penetrare il suo vero senso. I romani notarono che un privato (originariamente, come si dirà, una gente) può obbligarsi verso di un altro o perchè fa un affare con lui o perchè lo lede; ciò torna a dire o entrando in una relazione di pace o entrando in una relazione di guerra con lui. Queste due idee veramente e pienamente antitetichè della relazione di pace o di guerra sono le

obbligatori raccolti sotto di essi con quelli da contratto.

idee espresse dai due termini: contratto e delitto. Siccome l'antitesi in discorso è evidentemente fondamentale nella vita e nel pensiero delle società antiche, ci spieghiamo così perchè la bipartizione delle obbligazioni in da contratto e da delitto oltre che romana sia anche greca; v. Aristotile eth. ad Nicom. 5. 5 citato da PERNICE *Vertragslehre* p. 249 n. 2. Si supponga che « contratto » nella bipartizione non significasse tutti gli affari, ma una categoria di essi, e l'antitesi verrebbe meno. Da un lato avremmo la categoria dell'atto di guerra: il delitto; dall'altro non quella che la copre in senso contrario: l'atto di pace, l'affare, ma una specie indefinita di affari e quindi le due parti dell'antitesi non combacierebbero in ogni punto più. C'è una necessità poi assoluta d'intendere « contractus » nella nostra partizione in questo senso. Una volta dimostrato che l'idea di contratto pari ad accordo è bizantina, ci manca un modo qualsiasi di estrarre per generalizzazione un'idea di contratto anche dai soli casi in cui Gaio parla di obbligazioni da contratto. Perchè dotis dictio, giuramento del liberto da un lato e vendita dall'altro son atti che di comune non hanno appunto altro che la qualità di essere « affari » « negotia ».

Eccece il mio compito e il mio tema ricercare e spiegare perchè in certi casi di atti giuridici non si usa il termine *contrahere*, nè quello di *contractus*. A me basta provare che da tutte le fonti risulta che « *contrahere* » senz'altro oggetto non vuol dire che « *contrahere negotium* » e « *contractus* » che « *negotium* ». Che quindi, quando i giuristi dicono delle obbligazioni che derivano « *ex contractu aut ex delicto* » non dobbiamo tradurre: derivano dai contratti o dai delitti, ma da contratti o da delitti. L'idea di *contrahere negotium* e di *contractus* va oltre quella di affare che fonda un'obbligazione non da delitto, e tanto più oltre quella di affare che fonda un'obbligazione civile. Essa si estende tanto quanto l'idea di affare e non è limitata nè dall'idea di un modo dell'affare, nè dall'idea di una sua conseguenza.

Alle deduzioni del PERNICE *op. cit.* io oppongo solo questa osservazione: poichè gli scrittori antichi non adoperano il termine *contractus* in senso tecnico, ma parlano di *contractus negotii, rei*, per indicare il compimento di un affare (p. 219); poichè nell'editto « *contrahere* » si scambia con « *negotium gerere* », come può essere avvenuto ciò ch'egli sostiene ossia che « *contrahere* » nell'editto significhi, sia pure « *regelmässig* » (p. 196), il fondare un'obbligazione commerciale, o al più non da delitto, e che « *contractus* » significhi da Celso e Giuliano in poi il fondare, con convenzione, un'obbligazione fornita d'azione civile? Come l'idea di « *negotium gerere* » può re-

o da delitto è o tenue o parziale o insussistente. Resta

stringersi a quel primo modo, se non significa che fare un affare? Come i giuristi da Celso in poi possono aver dato a « *contractus* » un senso che è più ristretto di quello che avea nell'uso comune, più ristretto di quello che ha il verbo « *contrahere* » da cui deriva, e più ristretto di quello che ha proprio nell'editto che è il testo di legge che hanno sempre dinanzi all'occhio e al pensiero? Si ammetterà che il PERNICE afferma essere avvenuto un fenomeno di terminologia giuridica che contrasta al modo comune con cui si formano codeste terminologie e a quello particolare con cui i romani formarono la loro. La verità si è che uso comune, pretore e giuristi di ogni epoca si trovano tutti d'accordo in quel senso di *contrahere* e di *contractus* che io ho detto.

Che « *contrahere* » e « *contractus* » abbraccino infatti tutti i casi di obbligazioni sia munite d'azione civile che di azione pretoria, purchè non da delitto risulta dai seguenti testi. Anzi tutto dalla l. 20. D. 5. 1 di Paolo già citata, ma che qui giova ripetere: *omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut ubicumque aliquis obligetur et contrahi videatur*; legge tanto più importante se non è commento all'editto. Si confronti anche l. 21 D. 44. 7 Iul. *Contraxisse quisque in eo loco intellegitur in quo ut solveret se obligavit*. Per i casi particolari di obbligazione cito, ricordando che i romani qualificano « *obligari* » l'adizione dell'eredità in ragione dell'assunzione delle obbligazioni del defunto che essa importa (v. l. 20 § 3 D. 29. 2), la l. 3 § 3 D. 42. 4. Ulp. *etenim videtur impubes contrahere cum adiit hereditatem*. L. 4 D. eod. Paolo: *sed et is qui miscuit se contrahere videtur*. — « *Contrahit* » l'erede quanto all'obbligazione di pagare il legato l. 19 pr. D. 50. 17 Ulp. *qui cum alio contrahit vel est vel debet esse non ignarus condicionis eius: heredi autem hoc imputari non potest, cum non sponte cum legatariis contrahit*. *Contrae* col defunto chi lo seppellisce l. 1 pr. D. 11. 7 Ulp. *qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur non cum herede*. È chiamata « *contractus* » la *negotiorum gestio*: l. 15 D. 3. 5. Paolo. *Sed et cum quis aliena negotia mea gerat, non multa negotia sunt sed unus contractus* (il resto del testo è probabilmente interpolato). È chiamata « *contractus* » la tutela: l. 49 D. 44. 7 Paolo: *ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is apud quem depositum est* (Cf. *quantunque* sia alterata la l. 1 § 6 D. 13. 5).

La prova che « *contractus* » coincide con « *negotium* », « *contrahere* » con « *negotium gerere* » risulta da Gaio anzitutto 3. 91. Quando nega che nel caso della *condictio indebiti* si abbia un *contractus*, che ragione

la legge che i classici non nominano mai come fonte di

dà egli? Questa: sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere. In queste parole « contrahere negotium » è reso equivalente a contractus; tanto equivalente che i compilatori poterono convertire queste parole nelle altre: magis... ex distractu quam ex contractu possit dici obligatus esse (Ist. III. 27 § 6). Giuliano non avrà perciò, per ammettere un « contrahere negotium » cioè un « contractus » nel caso di *condictio indebiti* che da fare il ragionamento inverso di quello di Gaio: l. 33 D. 12 6. nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit; cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. (Pel pensiero di Gaio che solvere non è contrahere cf. anche l. 9 pr. e § 2 D. 26. 8). In conformità, quando lo stesso Gaio 3. 136 parla delle obbligazioni consensuali, che derivano « ex contractu » scriverà che « ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi quia... sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur. « Contractus » dunque è per lui la vendita ecc. perchè vi si ha un « negotium gerere » un « negotium contrahere ». Quindi ancora egli può scrivere: l. 3 pr. D. 42. 5 aut ubi quisque contraxerit. contractum autem non utique eo loco intellegitur, quo negotium gestum sit. Anche più significativa è la l. 29 pr. D. 40. 7 Pomp. statuliberi a ceteris servis nostris nihil paene differunt. et ideo quod ad actiones vel ex delicto venientes vel ex negotio gesto contractu pertinet etc. Il MOMMSEN propone di leggere « contractuve ». La correzione è erronea. Pomponio avea espresso l'antitesi tra contratti e delitti opponendo le actiones ex delicto venientes alle actiones ex negotio gesto, allo stesso modo che fa Ulpiano in l. 1 § 8 D. 9. 3 « utrum noxalis actio danda sit, quia non est ex negotio gesto? an de peculio quia non ex delicto servi venit? » e che fa Paolo in l. 4 § 1 D. 11. 5 « dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis, quia ex negotio gesto agitur. » Pomponio dovea scrivere così, perchè anche altrove fa un tutt'uno di contrahere e di negotium gerere: l. 5 pr. D. 45. 1 totidem genera sunt quot paene dixerim rerum contrahendarum et pendent ex negotio contracto. Un annotatore memore del modo più comune, col quale si formula l'antitesi, scrisse la glossa « contractu » che dovea spiegare la frase « ex negotio gesto » glossa che rimase poi inserita nel testo. Un contrahere negotium, un contractus non si può avere quando anzi che fare un affare, si fa la pace intorno a un affare o un delitto preesistente. Perciò il patto non si confonde col contractus. Come esprime ora Ulpiano l'idea che una convenzione non è un patto, ma è un con-

obbligazione. Quei tre testi di Modestino e di Paolo nei

tratto? Così: l. 15 D. 19. 5. Et quidem conventio ista non est nuda ut quis dicat ex pacto actionem non oriri sed habet in se negotium aliquod. — Paolo che nella l. 20 D. 5. 1 citata scrive: « ut ubicumque aliquis obligetur et contrahi videatur » deve vedere un duplice « contrahere » dove si ha dallo stesso rapporto d'affari una mutua obbligazione. Ma ecco che invece di « contrahere » egli userà « negotium gerere »; l. 17 D. 13. 6. geritur negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones. L'antitesi tra donazione e contratto è espressa da Aristone a questo modo: l. 18 pr. D. 39. 5. Cum mixtum sit negotium cum donatione obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est; e ugualmente da Ulp. in l. 24 § 4 D. 24. 3. e da Paolo in l. 41 § 1 D. 26. 7. Che negotium stia in questi testi per contractus risulta appunto da ciò che Aristone pensa che ne possa derivare un'obbligazione. Il negotium mixtum cum donatione o semplice è qui la fiducia v. il § 1 della stessa legge 18 D. 39. 5 cit.

Fin qui ho citato testi che non hanno alcuna relazione coll'editto. Ne citerò ora alcuni che questa relazione la hanno. Vi incontreremo lo stesso alternarsi col medesimo senso di « contractus » e « negotium », « contrahere » e « negotium gerere », prova evidente che era nella lingua latina e non nella lingua più dell'uso, che del pretore o dei giuristi questa equivalenza di termini. Il Pretore nell'editto sull'actio exercitoria scrive: quod cum magistro eius gestum erit; in quello sull'actio institoria: « quod cum institore gestum erit »: « in quello sull'actio tributaria » qui... negotiabitur, quod cum eo eius mercis nomine contractum erit; il pretore ancora raccoglie gli editti sull'actio de peculio, de in rem verso, quod iussu, sul beneficium competentiae sotto la rubrica: quod cum eo, qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur. Ecco ora come si esprimono i giuristi: Gaio 4. 71 tunc autem exercitoria locum habet, cum... quid cum eo [scil. filio, servo] eius rei gratia cui praepositus fuerit negotium gestum erit. cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur. 4. 80 haec ita de his personis quae in potestate sunt, sive ex contractu sive ex maleficio earum etc. L'« haec ita » si riferisce a tutta la trattazione sulle azioni prima indicate. Gaio ancora scriverà l. 1. D. 14. 5 omnia proconsul agit, ut qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit. Anche Ulpiano rende il « negotium gerere » della rubrica accennata dell'editto e degli editti accennati con « contractus » l. 4 § 2 D. 14. 5 quamquam autem ex contractu in id quod facere potest actio in eum datur etc.; l. 1 pr. D. 15. 1. ordinarium praetor arbitratus est, prius eos contractus exponere eorum qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hunc pervenire ubi de peculio datur actio. « Contrahere »

quali si parla di « lege obligari » di « obligatio lege

per questi casi è anche in un passo che par genuino delle istituzioni IV. 7. § 8.

Che i termini « contrahere » e « contractus » vadano da ultimo oltre i casi di negozi da cui scaturisce un'obbligazione munita di azione risulta da l. 66 D. 46. 3. Pomp. Chi si crede debitore di un pupillo paga, senza l'autorità del tutore, al creditore di esso dietro invito del pupillo; per questo caso il giurista sentenza che il supposto debitore non può condicere « nec creditori, cum quo alterius iussu contraxit ». Il PERNICE *op. cit.* p. 197 n. 2 suppone in queste parole un' interpolazione; ma l'asserzione è priva di fondamento. Chi ricordi come Giuliano nella citata l. 33 D. 12. 6 veda un « negotium » nel pagamento troverà invece conforme alla terminologia classica che qui pel pagamento si parli di contrahere. Cf. anche l. 2 pr. D. 12. 6. È chiamata « contractus » la datio in solutum in l. 4 C. 8. 44 a 212. Decisivi sono in particolar modo certi testi del titolo D. 4. 4. La l. 7 pr. Ulp. dice: ait praetor: « gestum esse dicetur », gestum sic accipimus qualiter qualiter, sive contractus sit, sive quid aliud contigit. Questo testo è indubbiamente corrotto perchè « qualiter qualiter » domanda un verbo per sé, verbo che ha in tutti i testi, dove il termine ritorna (qualiqua- l'iter innotescere, possidere, damnum dare, redimere; v. HEUMANN ad h. v.) e qui il verbo manca. « Sive contractus sit » va tradotto: « sia che si abbia un contratto », ed è forma latinamente impossibile. « Sive quid aliud contigit » è frase troppo indeterminata, perchè serva a commentare il termine « gestum ». Il testo originale si può però riprodurre. In tutti i brani tolti al libro 11 ad ed. dove Ulpiano commenta l'editto del pretore « de minoribus viginti quinque annis » non si parla che di « contrahere » e di « contractus »: l. 11 § 2. neque enim contractum proponi cum minore; l. 13 § 1 licet cum eo non sit contractum; l. 16 pr. § 3 eod. ut puta cum pupillo contractum est.... ubi contractus non valet. In particolare in l. 9 § 2 si legge: nunc videndum minoribus utrum in contractibus captis dumtaxat subveniatur, an etiam delinquentibus. Risulta da queste parole che tutto il discorso precedente verte sui « contractus ». Ora prima si parla anche di ricevere un pagamento, di ripudiare un legato, di ripudiare un'eredità. Dunque anche questi atti erano « contractus ». Ciò significa che il testo originario diceva: gestum sic accipimus qualiter qualiter contractum sit. I compilatori, che hanno un'idea più limitata di contratto, mutano; lasciano sospeso il « qualiter qualiter », introducono i loro « sive », convertono « contractum » in « contractus » e completano il discorso con uno dei loro neutri indeterminati « sive quid aliud contigit », di cui facevano talora uso a sproposito (Es. l. 22 D. 39. 5 eum qui donationis

nova introducta » sono interpolati oppure, per altro mo-

causa pecuniam vel quid aliud promisit etc. Per l'interpolazione di « vel quid aliud » V. PERNICE *op. cit.* p. 216 n. 8).

Viste queste prove, il lettore non si meraviglierà se i testi che il PERNICE *op. cit.* p. 219 cita in prova della sua tesi che « contractus » abbia assunto da Celso in poi il senso di convenzioni fornite di azione civile sono tutti interpolati. Sulla legge 7 § 2 D. 2. 14. parlerò più innanzi. In l. 32 D. 17. 1, se è dubbio che siano interpolate le ultime parole del testo: praeterea etc., ciò che assevera il PERNICE *op. cit.* p. 238 n. 4, non può esser dubbio che siano tali tutte le parole: « et in summa... mandet » le quali interrompono malamente un discorso diretto ad esporre il caso di mandati fideiussorii in occasione di successioni ereditarie. Per l'interpolazione di l. 34 eod. rinvio al citato mio lavoro sul contratto consensuale classico p. 28. La l. 2 D. 19. 5 è citata dal PERNICE per errore, perchè non contiene il termine « contractus » ed essa è dichiarata interpolata dal PERNICE stesso *op. cit.* p. 250.

Dopo ciò si può dire che Labeone definendo, unico fra i giuristi romani, il participio (non il sostantivo) « contractum » per altro citroque obligationem » in antitesi ad « actum » e a « gestum » si attacca non all'uso romano del termine, ma al *συνάλλαγμα* greco: la sua definizione è frutto di un'erudizione erronea e male impiegata, e non la si trova seguita da alcun giurista romano. Del resto neppur Labeone indica un contenuto dell'atto come essenza del contrahere, ma una conseguenza: il sorgere da un atto che resta indefinito nel contenuto una obbligazione bilaterale. Per una limitazione dell'idea di contractus non si può neppur citare lo schema di Gaio. Perchè Gaio non classifica i contratti, ma le obbligazioni da contratto. Non dice che vi siano quattro specie di contratti; ma quattro specie di obbligazioni da contratto: III 88 harum [scil. obligationum ex contractu] quattuor genera sunt. Il suo schema crea delle difficoltà, in quanto non si sa in quale di codeste categorie faceva entrare le obbligazioni da contratto che non nomina, nè nelle istituzioni nè altrove, ove espone la quadripartizione (come ad es. il legato); ma non crea nessuna difficoltà all'idea che pure per lui l'obbligazione da legato ecc. non fosse da contratto. Del resto poi il suo schema non è affatto utilizzato dalla giurisprudenza romana. Il PERNICE *op. cit.* p. 220 n. 5 cita i luoghi ove s'incontra, e s'incontrerebbe presso Pedio, Ulpiano, Modestino. Ora il testo di Pedio è interpolato come mostrai in questa nota. L'interpolazione di l. 8 § 1 D. 46. 1. 1 § 1 D. 46. 2 sarà dimostrata più oltre; sul testo di Modestino l. 52 pr. 44. 7. parlerò pure più innanzi; ma qui giova ricordare che con Modestino la giurisprudenza classica è finita, e sono già arrivati i tempi del dominio di Gaio. Tralascio l'insolubile questione sull'ori-

tivo non hanno alcun valore per determinare il pensiero

gine della quadripartizione Gaiana dei contratti; se cioè sia un ritrovato di Gaio o di altri. Certo si è che ha carattere didattico (PERNICE *op. cit.* p. 226) e che senza alcun dubbio non è esauriente. Gaio non annovera tutti i contractus obligatorii. Lascia aperta la categoria delle obbligazioni re, delle quali non dà che un esempio, nè ci dice in che stesse la res. È chiaro però dal mutuo, dal pagamento d'indebitato che nomina nelle istituzioni, dal deposito, commodato, pegno che nomina negli aureorum come esempi di « re obligatio » che « obligatio quae re fit » è l'obbligazione che sorge dalla cosa (res) consegnata. « Res » sta per cosa corporale e non sta per « fatto ». E si capisce; il concetto di « fatto » è così esteso, che la categoria di « re obligari », se si dà a « re » il senso di fatto, abbraccerebbe qualunque fonte di obbligazioni, perchè anche le parole, la scrittura, il consenso, il delitto sono « fatti ».

Quindi mi sia lecito dir qui che è dovuta soltanto ai compilatori la riduzione delle obbligazioni da delitto a obbligazioni « re ». In realtà se si confronta Gaio III. 182: transeamus nunc ad obligationes quae ex delicto nascuntur... quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur con l. 4 D. 44. 7 Gaio 3.º aureorum: ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto... quae omnia unius generis sunt: *nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu* appare chiaro che le parole sottolineate sono interpolate. È un compilatore che crede di dare un nome a questo unico « genus » delle obbligazioni da delitto, a cui non occorre dare per Gaio un nome, perchè appunto era un genere unico, qualificato dall'illicità dell'atto, che importa la pena. A questo fine il compilatore prende la categoria *re* e naturalmente allora deve non più ricordare semplicemente i quattro (diventati tre) generi delle obbligazioni contrattuali, ma nominarli. Per la forma rilievo il *nam*; l'*id est*; il *non tantum... sed*. Il « re obligari » pel delitto torna in pr. I. 4. 1., passo tutto dovuto ai compilatori, e in cui, per aver voluto alterare l'esemplare di Gaio colla menzione che le obbligazioni da delitto sono « ex re », si trova malamente collocata dopo questa menzione l'enumerazione dei reati, che in Gaio invece (alla legge citata come nelle istituzioni) precede alla loro qualificazione di obbligazioni « unius generis ». Dove i compilatori non furono provocati a qualificare per « res » nel senso di « fatto » il delitto dal discorso di Gaio, diedero ad esso il nome esplicito di « fatto ». L. 25 § 1 D. 44. 7. Ulp. Actionum autem quaedam ex contractu, quaedam ex facto, quaedam in factum sunt. ex contractu actio est, quotiens quis sui lucri causa

cum aliquo contrahit, veluti emendo vendendo locando conducendo et ceteris similibus. ex facto actio est quotiens ex eo teneri quis incipit, quod ipse admisit, veluti furtum vel iniuriam commisit vel damnum dedit. in factum actio dicitur qualis est exempli gratia actio, quae datur patrono adversus libertum, a quo contra edictum praetoris in ius vocatus est. Questo è un testo meraviglioso, che fa il paio con la l. 52 D. eod. di Modestino; è un'alterazione completa di tutte le categorie classiche intorno alle azioni e ai contratti. Alle azioni personali è applicata la distinzione fatta dai classici per le obbligazioni (ex contractu-ex delicto), ma, trasformando il secondo membro della distinzione stessa da « ex delicto » in « ex facto », il compilatore si trova indotto ad aggiungere un terzo membro nelle actiones in factum, che poi non sa definire. L'azione da contratto è limitata al caso di un contratto fatto per lucro (lucro nel mandato, nel deposito, nel commodato!) L'azione da delitto non si avrebbe che nel caso di delitto commesso dall'obligato (e le azioni nossali!). L'ipotesi dell'actio in factum non è definita; e pour cause; non se ne dà che un esempio. L'avvicinamento delle azioni in factum alle azioni « ex facto » riduce la partizione delle azioni ad essere fondata sopra il suono delle parole: poichè si comincia con una divisione quanto all'origine e si finisce con una categoria d'azioni, non determinata dall'origine, ma dal chiamarsi « in factum », mentre la precedente è detta « ex facto ». Segni formali certi dell'interpolazione abbiamo inoltre nella frase « veluti emendo vendendo locando conducendo et ceteris similibus » (V. PEROZZI, *Contratto consensuale classico*, p. 17 seg. SCIALOIA, *Condizioni impossibili nei testamenti* p. 10 n. 2); nell'usarsi due termini diversi per dir la stessa cosa « admisit-commisit »; nell'impossibilità sintattica del coordinamento delle due proposizioni: quotiens ex eo teneri quis incipit quod ipse admisit-veluti furtum vel iniuriam commisit vel damnum dedit; dovrebbe essere scritto almeno: veluti cum etc. Certo « res » per « fatto » non è impossibile; e ne abbiamo un esempio in l. 1 C. 7. 16 Imp. Antoninus: rem quidem illicitam et inhonestam admisisse confiteris. Ma si noti che « res » qui sta per « fatto » solo in quanto « fatto » a sua volta s'intenda per « azione ». L'imperatore dice: hai commesso un'azione illecita e disonesta. In quanto invece le obbligazioni da delitto sarebbero « ex re », come nei casi di « re obligari » da contratto, « fatto » non s'intende, nè si può intendere da chi sostiene questa tesi se non per « avvenimento, realtà » ecc. (« eine Tatsache » scrive il PERNICE *Labeo* I p. 420.) e quindi anche questa innocente espressione dell'imperatore Antonino, che non avrebbe poi nessun valore per non connettersi a un discorso sulle categorie delle obbligazioni o delle azioni, è proprio citata a sproposito (dal FERRINI Pand. § 207) a favore della tesi accennata. Non infirma invece la nostra il trovarsi nelle fonti « ex re venit actio » (l. 46 D. 44. 7. Paolo 7 ad Plautium) frase, in cui « res »

starebbe, secondo qualche scrittore, per fatto. Perché « res » non vi sta invece nè punto, nè poco in codesto senso. « Res » qui sta per la cosa corporale comune; l'azione viene dalla cosa. Infatti nella l. 29 D. 10. 3., che contempla appunto come la l. 46 D. 44. 7 cit. il caso di spese fatte sulla cosa comune Paolo scrive: *et magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur*. E dobbiamo quindi dire che anche nella l. 29 la « res » da cui viene l'azione è la cosa comune nella quale il socio spese, o cui il pupillo danneggiò. Sia detto di passaggio che nella l. 46: « *nam iudicio communi dividundo obligabuntur* » è un' interpolazione; al « *nam* » non segue infatti una ragione della sentenza; il « *nam* » serve solo ad unire l'avvertenza dei compilatori, che nei due casi si agisce con l'*actio communi dividundo*. A togliere ogni dubbio che Paolo non avesse di « *re obligari* » la stessa idea di Gaio, e che quindi anche la sua frase « *ex re actionem venire* » si riferisca a una cosa e non a un fatto, basterebbe del resto la l. 17 pr. D. 2. 14 Paul. 3 ad ed. *Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi nisi quatenus datum sit*. L'idea di Paolo è ancora ripetuta in l. 6 C. 4. 30 Diocl. e Mass. *Cum ultra hoc quod accepit re obligari neminem posse constet*. Cade interamente con ciò l'affermazione del PERNICE *Labeo* I p. 419 che « *re obligari* » significhi obbligazione che deriva da un fatto e cadono le altre deduzioni che egli trae da questo concetto.

Quanto qui si è detto sul « *re obligari* » nel caso di maleficio non è che una parentesi nel nostro discorso. Tornando alle istituzioni Gaiane e alla quadripartizione dei contratti, è palese che per Gaio stesso i « *contractus* » andavano oltre a quelli che nominava nelle istituzioni e a quelli che pensava di nominare negli *aureorum* (dep. comm. pegno). Egli ammette infatti l'obbligazione nel caso di legato II. 214, di fedecom-messo II 277 e doveano adunque pur queste obbligazioni derivare da un *contrahere*, cioè da un *contractus*, come pensa Ulpiano. E dunque, riassumendo, e concludendo, comunque delimitassero nel loro pensiero i romani il « *contrahere negotium* » il « *contractus negotii* » cioè il « *contractus* », certo si è che queste frasi e parole non hanno altro significato da quello di affare in antitesi all'atto illecito, il delitto. La giurisprudenza romana non restrinse il sostantivo « *contractus* » in modo che significasse meno di ciò che significa il participio « *contractum* » e il verbo « *contrahere* » col complemento « *negotium* ». Non aveva nessun motivo di far ciò, perchè essa non si occupa che delle singole figure di negozii così dentro come fuori della teoria delle obbligazioni. Era solo spontaneamente che l'idea stessa di « *contrahere negotium* » escludeva dal *contrahere* e dal contratto il patto, ove non si fa un *negotium*, ma « *paciscitur* » si fa la pace intorno a un *negotium* o a un *delictum* preesistente. Perciò « *contrahentes* » si trova solo detto a pro-

della giurisprudenza romana (1); e la legge a una mente moderna non può presentarsi che come causa di tutte le obbligazioni, anzi che di una sola categoria, onde la scuola è co-

posito di patti nel senso di condizioni contrattuali (l. 40 § 3 D. 2. 14; l. 12 § 1 D. 23. 4) patti che portavano tuttavia il nome di *pactum*, perchè esprimono la pace che si fa in seguito alla lotta delle trattative, ed erano quindi « *pacta* » per l'idea di pace, ma erano anche parte di un contratto, in quanto erano parti di un *negotium*. Ma quando si smarrì il senso dell'antitesi fra stringere un affare e fare la pace, allora sorse anche la possibilità di fare pur dei patti dei contratti, per apparire anche quelli dei *negotia* l. 7 C. 2. 19. a 293.

(1) L. 52 § 5 D. 44. 7 — l. un. D. 13. 2. — l. 41 pr. D. 44. 7. Sulla l. un. D. 13. 2. e l'essere essa fattura dei compilatori v. GIRARD *Manuel élémentaire de droit romain* p. 607 n. 1. Il testo suona: *si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est*. La l. 41 pr. D. 44. 7 è formulata nella prima parte in modo simile: *quotiens lex obligationem introducit, nisi si nominatim caverit, ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere*. Questo testo è collocato dal LENEL sotto la rubrica: *ad legem Aquiliam*; il precedente sotto la rubrica: *de lege Aquilia*. La perfetta coincidenza della prima parte di entrambe le leggi, tolte a due opere diverse (libri ad *Plautium*, libri ad *edictum*) e collocate dai compilatori in luogo, dove manca il nesso loro originale, dimostra che almeno l'ipotesi comune ad entrambe è opera di essi. Noti nella seconda anche la consueta formula interpolatizia « *nisi nominatim caverit* »; e inoltre che non regge almeno linguisticamente che si dica prima: *lex obligationem introducit*; e che poi l'*obligatio* si trasformi in *actio*: *ut sola ea actione utamur*. Che la prima legge così come sta non abbia un senso plausibile è già affermato dal PERNICE *Labeo* 3. 1. p. 204 n. 1. Come si esprimessero i classici in casi simili a quelli qui contemplati risulta particolarmente da l. 29 D. 48. 5 Marc. *quod ex his causis debetur, per conditionem quae ex lege descendit, petitur*. Dalla legge deriva dunque per essi l'azione, non l'*obligatio*. Il testo pare anche a me genuino come al PERNICE op. cit. 3. 1. p. 204 n. 1. Quanto al testo di Modestino (l. 52 D. 44. 7) esso sta fuori di tutta la tradizione romana sulle fonti dell'obbligazione e in parte anche sui tipi di contratti e non se ne può far uso per determinare il pensiero classico, nè postclassico e starei per dire neppure giustiniano, perchè certo è in contraddizione colle fonti delle obbligazioni ammesse da Giustiniano nelle istituzioni e in D. 44. 7. Il testo ha l'aria più di una esposizione filosofica o retorica che giuridica. Proprio la parte (§ 5), ove si parla di *lege obligari*, non ha nessun senso giuridico e neppure comune.

stretta a giovarsi di tutti i ripieghi possibili, per contenere la naturale forza della legge di essere la fonte d'ogni obbligazione e ridurla ad essere solo fonte di alcune, impedendole di assorbire le altre cause.

Senza il codice civile questa enumerazione di cause sarebbe scomparsa dalla nostra scienza civilistica, e v'ha, com'è noto, altri codici e v'ha trattati sulle obbligazioni, che ne fanno a meno; ne fanno a meno sin certi trattati del diritto comune. In realtà la quinta causa non serve che a celare l'impossibilità, in cui è un moderno di enumerare tutte le cause dell'obbligazione, anche se considera quelle che a lui sembrano le obbligazioni del diritto romano. Di qui sorge a noi la necessità di chiederci: che cosa condusse i romani a parlare di fonti delle obbligazioni, se c'era la legge? Che

Perchè è sensato dire che siamo obbligati dalla legge quando la obbediamo e quando non la obbediamo? Circa a questo testo non si può, come mi sembra, che manifestare l'ipotesi di alterazioni in parte antiche in parte fors'anco dei compilatori. Nel principio sorprende « aut simul utroque ». Il contratto « re et verbis » lo troviamo in un altro testo l. 9 § 3 D. 12 1. che è notoriamente tutto dei compilatori. Sorprende ancora che tra l'obligari ex contractu (aut re, aut verbis aut simul utroque aut consensu) e l'obligari ex delicto (aut ex peccato) si trovi inserito « aut lege, aut iure honorario, aut necessitate ». L'antica distinzione delle fonti delle obbligazioni è qui accresciuta improvvisamente di tre membri offerti, non dalla storia, ma dalla speculazione. « Peccatum » per « delictum » non è classico. I classici scrivono o delictum o maleficium. « Peccare » esprime il mancare in qualsiasi modo secondo i classici; peccatum è la mancanza e non il delitto (contro HEUMANN *ad h. v.*; per la prova v. gli stessi testi da lui citati tolto questo che esaminiamo). Invece « peccatum » e « peccator » per delitto e delinquente è giustiniano. V. Ist. 4. 18 §§ 4. 8 e i testi citati dal LONGO *Vocab. delle costit. di Giust.* alla voce « pecco ». Nel § 3 « consentientes » è bizantino. Nel § 5 « lege obligari » è frase che troviamo interpolata negli altri due testi esaminati in questa nota. Ma qui non avrebbe che il senso generale per cui Teodosio e Valentiniano dicono che il principe è « legibus alligatus » (l. 4 C. 1. 14). Corrisponde all'idea bizantina di « lege obligari » l'« iure honorario obligari » del § 6. I classici scrivevano « ex edicto praetoris obligatur » (es. l. 1 § 3 D. 47. 5) ma non vogliono dire che l'editto obblighi in quanto prescrive o vieta; vogliono dire che in base all'edicto nasce

cosa a tacere della legge come fonte collaterale alle altre? È da attribuire ciò davvero a una speculazione scientifica superficiale in un caso, incompleta nell'altro? E sarà stato un mero amore di coordinare le nuove obbligazioni alle antiche col rilievo elegante, anche se erroneo, di analogie che indusse (vedremo chi) a parlare di obbligazioni quasi da contratto e quasi da delitto?

La più antica tradizione scientifica romana non distingueva quattro ma due sole cause di obbligazione: contratti e delitti. Gaio ancora al tempo degli Antonini non si perita di scrivere nelle sue istituzioni che tutte, si badi, tutte le obbligazioni nascono da un contratto o da un delitto. Sono i compilatori che lo fanno parlare altrove di *variae causarum figurae* ⁽¹⁾. Poichè molti obblighi che hanno altra fonte non

l'obbligazione dal furto avvenuto. L'« obligari necessitate » nel § 7 si riferisce al solo caso speciale degli eredi necessari ivi nominati, ed è provocato appunto dalla frase « necessarius heres ». Ciò contro il pensiero di Modestino, il quale come appare dalla l. 40 D. 1. 3 se considera da dove scaturisce il diritto (e anche nella nostra legge è questo che farebbe come appare dalle frasi *lege, iure honorario obligari*) dà alla « necessitas » un senso ben più ampio. Coi §§ 9. 10 si torna alle obbligazioni da contratti consensuali. Considerando quest'ultimo fatto, si è tentati di dire che il testo in origine non contemplava che le varie specie di obbligazioni da contratto. Ma siccome le interpolazioni mancherebbero di scopo, così non resta a dire, come ho fatto, se non che il testo non è certo uscito quale lo abbiamo dalla penna di Modestino, benchè questi dimostri un qualche distacco dal mondo classico; e che i compilatori vi posero la mano; ma non è esclusa l'ipotesi che lo abbiano già ricevuto carico di altre alterazioni. — Mi sono occupato di questi tre testi dove si parla di « lege obligari » perchè sono i soli che si riferiscono alla legge in genere. Va da sé che non ha nulla a che fare col mio discorso il trovar detto l. 3 D. 48. 10. Mod. *lege Cornelia testamentaria obligatur qui signum adulterinum fecerit, sculpsert*; l. 28 pr. D. 9. 2. Paolo: *lege Aquilia obligati sunt*. In questi casi si dee tradurre: in forza della legge Cornelia, Aquilia. Ciò che obbliga non è la legge; è il delitto. La frase ha lo stesso valore dell'altra frequentissima « *ex edicto praetoris obligari* », di cui è discorso sopra.

(1) Riesce infatti impossibile pensare che Gaio, il quale nelle istituzioni non annovera in più luoghi (III 88; IV 2; IV 112-113; IV. 182) che due fonti di obbligazioni, poi nelle *res cottidianae* venisse a com-

si distinguono per nulla da quelli, che derivano da queste, la scienza si è creduta in dovere di cercare l'elemento par-

pletarne la enumerazione coll'aggiunta: « aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris ». Si noti che non gli mancava motivo neppure nelle istituzioni di ricordare questa terza categoria di fonti. Egli vi parla infatti dell'indebitum acceptum. Si concepisca come si vuole il rapporto fra le istituzioni e le res cottidianae, resta sempre che, se Gaio pensava a una tripartizione di cause, non la avrebbe neppure nelle istituzioni potata di un membro. Nella proposizione che ci occupa inoltre si presentano con caratteri interpolatizii sia la frase « proprio quodam iure » che l'altra « ex variis causarum figuris ». « Proprius » non può stare qui che in antitesi a « communis » (L'antitesi è gaiana sia quando « communis » è espresso, come in Ist. I 1, omnes populi... partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur... populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur; sia quando è sottaciuto III. 209 qui res alienas rapit, tenetur etiam furti... sed propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit. C'è un'azione comune al furto e alla rapina, dice Gaio, ma il pretore ne introdusse una di speciale per la rapina). Ma appunto per questo la frase non ha senso. Perché viene a dire che delle obbligazioni alcune nascono da contratto e delitto per un commune ius, e le altre da altre cause per un ius proprium. Ora nessuno saprebbe dire quale è il commune ius da cui pendono le une, e quale è l'ius proprium da cui pendono le altre. La terminologia in discorso si spiega però benissimo quando si confrontino col nostro testo i seguenti testi di Giustiniano e di Zenone. Cod. 3. 33. 13 pr. Cum antiquitas dubitabat usufructu habitationis legato, et primo quidem cui similis est, utrumne usui vel usufructui an neutri eorum, sed *ius proprium et specialem naturam sortita est habitatio* (a. 530). Cod. 5. 13. 1. 9. Cumque ex stipulatu actio in his casibus quos enumeravimus *propriam habeat naturam* (a. 530). Ist. 3. 24. 3. sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur et a quibusdam locatio a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui *propriam statuit naturam*. Cod. 4. 66. 1 pr. *Ius emphyteuticarium* neque conductionis neque alienationis esse titulis addendum, sed *hoc ius tertium sit constitutum* ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, *conceptionem definitionemque habere propriam* (a. 476-484). Ist. 3. 23. 2. sed Proculi sententia dicentis permutationem *propriam esse speciem contractus* a venditione separatam merito praevaluit. Come appare « ius » è in questi testi o una data figura giuridica (nella legge di Zenone il contratto d'emfiteusi) o la qualità di essere una figura giuridica (nella cost. 13 pr. C. 3. 33 di Giustiniano). Nel primo senso

ticolare e comune a codeste due cause, per il quale gli ob-

« ius » è anche dei classici. Basta che citi Gaio II. 65: nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium romanorum; II. 197: optimum autem ius est per damn. legati. Ma è bizantino l'uso di « ius proprium » in senso assoluto e non, come nel citato testo di Gaio II. 65, in senso relativo cioè come una figura giuridica propria di alcuno. Per i bizantini una figura giuridica ha o è un « ius proprium », quando è autonoma, non si confonde cioè con altre, ma ha una speciale natura, concetto, definizione. Il « proprio iure » del nostro testo esprime adunque l'idea che le obbligazioni non da contratto e non da delitto, in quanto non derivano appunto da contratto, nè da delitto, costituiscono *quanto all'origine* un « proprium ius », una figura giuridica a sè. (Cf. anche quanto dico alla nota 1 p. 125 su « quasi negotio quodam inter nos gesto *proprii contractus* »). Dipende dall'aver male unita la terminologia bizantina « proprium ius » al testo di Gaio che parla di « nasci » che ne risulti detto che queste obbligazioni derivano per un diritto speciale da varie figure di cause, ciò che neppure i bizantini poteano pensare, poichè questo diritto speciale non esiste. Ad esuberanza ricordo che è una particolare debolezza di Giustiniano questa di rilevare la specialità, l'autonomia delle figure giuridiche in qualunque senso, il che corrisponde all'indole del pensiero greco abituato alle distinzioni precise dei concetti. Qui abbiamo il « proprium ius » e la « propria natura ». Altrove avremo il « proprium nomen ». L'una distinzione vuole l'altra. Ed ecco che laddove Gaio II. 146 si limita a dire: sed quia sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, Giustiniano ispirato dalla passione dei nomi, che egli confessa (§ 3 I. 2. 7. sed nos consequentia nomina rebus esse studentes) scriverà nella parte sottolineata di l. 1 § 5. D. 1. 2. haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus propria parte aliqua non appellatur, *ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus*, sed communi nomine appellatur ius civile; l. 1 § 4 D. 2. 14. sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt. l. 7 § 1 D. eod. quae pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in *proprium nomen* contractus; l. 1 pr. D. 19. 3. quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur; l. 1 pr. D. 18. 5. *cum proprium nomen* invenire non possumus; l. 20 pr. D. 12. 1. dixi in huiusmodi propositionibus non *propriis verbis* nos uti. Tutti questi testi sono infatti interpolati (v. la nota 1 p. 125); è tale anche il penultimo, benchè vi si parli di actio in factum (contro GRADENWITZ *Interpolationem* p. 127), poichè non può essere di Papiniano e non può appartenere ad una quaestio un periodo di carattere così prolissamente didattico. Per la fine di questo testo l'interpo-

blighi che ne derivavano si presentavano ai romani come

lazione è affermata dal PERNICE *Vertragslehre* p. 253. Circa alla preoccupazione giustiniana del « nomen » v. anche le cost. l. 3. 48 § 4. — 5. 3. 20 § 3 — 7. 31. 1. pr. — e la l. 31 pr. D. 39. 6. che riporto alla pag. seg.

Venendo alla frase « ex variis causarum figuris », va detto che nelle fonti « causa obligationis » significa il modo di essere di un'obbligazione; v. ad es. l. 27 D. 50. 17. Pomp. quamvis obligationum causae possint immutari (benchè si possano mutare le condizioni di un'obbligazione) l. 44 pr. D. 44. 7. Paul. obligationum fere quattuor causae sunt; aut enim dies in iis est, aut condicio, aut modus, aut accessio, o significa l'essere di un'obbligazione v. ad es. l. 20 D. 24. 1. Iav. in pendentibus putat esse causam obligationis; (stimolo che resti sospesa l'obbligazione). Quando in relazione ad un'obbligazione, ma senza il genitivo « obligationis », si parla di « causa », allora il termine indica semplicemente « fatto » e non mai lo stesso rapporto di debito come assevera il PERNICE *Vertragslehre* p. 222. Es. l. 39 D. 44. 7. filiusfamilias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur; l. 8 pr. D. 17. 1. ex hac causa agi posse depositi (sono i due testi citati dal PERNICE per l'anzidetta affermazione; e chiaramente nei due casi va tradotto: per qualunque fatto, per questo fatto) l. 37 pr. D. 26. 7. tutorem... in singulas res per tempora velut ex pluribus causis obligari putaverunt (traducasi « ex pluribus causis »: per più fatti distinti) l. 7 pr. D. 3. 5 et ideo si ex causa fuit obligatus quae certo tempore finiebatur (traducasi: se fu obbligato per un fatto, per cui non era tenuto che per un certo tempo) l. 5 pr. D. 46. 1. ex causa fideiussionis liberari (traducasi: essere liberato dall'obbligazione che pende dal fatto della fideiussione). In questi due ultimi testi il discorso contiene un anacoluto; onde il senso di « causa » come « fatto » non si ottiene che sciogliendo i pensieri riuniti nella frase, ma il significato della parola resta a ogni modo evidente. Nella nostra lingua si rende meglio tutte queste sentenze usando della parola « caso » anzi che « fatto », traducendo cioè rispettivamente nelle leggi citate: in ogni caso — in questo caso — da più casi — per un caso — dal caso della fideiussione. In questo stesso senso di « caso » per « fatto » che ha conseguenze giuridiche Gaio userà il termine « causa » in 3. 96: haec sola causa est ex qua iure iurando contrahitur obligatio: questo è il solo caso ecc. Resta adunque provato che « ex variis causarum figuris » va tradotto, se si segue il senso classico del termine « causa », per « varie figure di casi ». Implicitamente sarebbe però allora qualificato caso, « causa » anche il contratto e il delitto, mentre risulta dai testi citati che per « causa » i romani intendono un fatto singolo concreto, determinato: ad es. il

entità uguali tra loro, ossia come obbligazioni, e diverse da

fatto del deposito, della fideiussione ecc. e non fatti generici, come sono il contratto e il delitto. Donde il sospetto che la nostra frase non sia genuina. Un classico non la avrebbe usata. Non può averla usata che un bizantino, il quale o diede a « causa » il senso di caso, dove non era opportuno usar la parola, se si voleva evitare che fossero implicitamente qualificati per « causae » anche il contratto e il delitto; o, com'è più probabile, diede a « causa » il senso più comune di causa, cagione, origine, e intese dire che le obbligazioni o hanno per causa il contratto e il delitto, o hanno varie cause, dove « varie » non saprei se significhi: diverse tra loro, o diverse dalle due prima menzionate.

Ha maggior forza dimostrativa dell'interpolazione la parola « figura ». Il termine in latino ha la stessa forza di species, ma non nel senso di specie, bensì di apparenza, configurazione. Occorre normalmente un'esteriorità fisica, perchè si parli di una figura; l'esteriorità sarà così un organismo, come un discorso (figura orationis) ma deve normalmente esistere un'esteriorità qualsiasi. Perciò in testi genuini troveremo applicata la parola ove si tratti di formule, per dire che hanno o no una certa configurazione: l. 70 D. 28. 5. Proc. et non solum figuram, sed vim quoque condicionis continere; l. 30 § 4 D. 25. 2. Maec. tamen id, quod non figura condicionis accipere iussus est. In Gaio però si trova una volta sola usato il termine, dove non è nessuna esteriorità fisica, per indicare allora una forma in sè; 2. 191: nam loquimur de his iuris figuris; « iuris » non indica infatti la sostanza della figura; indica solo il genere suo; la frase si traduce: parliamo di quelle configurazioni giuridiche; modernamente si direbbe: di quegli istituti. Neanche Gaio usa adunque la parola mai nel senso, in cui sta nella nostra frase, ossia di « specie ». Donde la probabilità che « figura » non sia che la traduzione del greco εἶδος, parola che i greci usavano bensì sia ad indicare la figura, sia ad indicare la specie (in antitesi a γένος,) ma il senso più comune della quale era appunto la configurazione di una cosa. Volendo esprimere l'idea: varie specie di cause, si presentò loro al pensiero la parola εἶδος, e qui la tradussero colla parola latina più comunemente corrispondente ad essa: figura. « Figura » per « specie » sta in un altro testo attribuito a Gaio, ma certamente interpolato: l. 31 pr. D. 39. 6. mortis causa capitur cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit *exceptis his capiendi figuris quae proprio nomine appellantur, certe enim et qui hereditario aut legati aut fideicommissi iure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem, sed quia proprio nomine haec species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur.* La spiegazione, opportuna per la

tutti quanti gli altri obblighi. Ed uno storico recente del di-

scuola, sta male in un commento all'editto. La ripetizione della stessa idea sul principio e sulla fine del testo, la frase « *proprium nomen* » e la ripetizione anche di questa imprimono al testo un carattere interpolatizio. Questo carattere si manifesta anche coll'uso di due termini diversi, per indicare la stessa cosa (*capiendi figurae* — *species capiendi*). Si manifesta ancora da ciò che l'ablativo assoluto « *exceptis his capiendi figuris* » non si lega sintatticamente a « *mortis causa capitur* ». Nè da ultimo un giurista classico avea affatto bisogno di fare l'avvertenza che fa Gaio. « *Capere mortis causa* » avea assunto per i romani un senso tecnico, per il quale nessuno avrebbe confusa la « *mortis causa capio* » coll'eredità o coi legati o coi fedecommissi. Non ci spiegheremmo altrimenti sentenze come questa di Paolo l. 9 D. 39. 6. *omnibus mortis causa capere permittitur, qui scilicet et legata accipere possunt*. L'eccezione, che farebbe Gaio, è dunque dovuta ai compilatori, che di inutili eccezioni aveano la passione. Vedasi ad es. l. 5 D. 1. 1. *obligationes institutae, exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt*; l. 18 pr. D. 46. 4. *et uno ex pluribus contractibus vel certi vel incertis vel, quibusdam exceptis, ceteris etc.* Non si crederà infatti che qui parli Fiorentino, a cui si attribuisce il testo. Ist. 2. 20 § 36. *exceptis his videlicet quae impossibilia sunt vel legibus interdicta aut alias probrosa; huiusmodi enim dispositiones valere secta temporum meorum non patitur*. Se dopo ciò si considera che l'uso di « *figura* », dove non c'è nulla di fisico rispetto cui si possa parlar di una forma, e dove neppure si presenta l'idea di forma, è giustiniano (Cod. 5. 11. 7 § 2 debito in sua figura remanente. — Cod. 5. 13. 1 § 7 *rudem figuram ex stipulatu damus actioni*. — Nov. 37. 8 *sed ad ecclesiarum figuram eas volumus reformari*) si ha già quanto basta per concludere che anche le « *variae causarum figurae* » sono uscite dalla stessa penna bizantina, che scrisse « *proprio iure* ».

Ma l'origine compilatoria di questo terzo membro della partizione delle fonti delle obbligazioni non si rivela meglio che da questo, che di una tripartizione di esse (e neppure della quadripartizione delle istituzioni giustiniane) non c'è traccia in nessun giurista. La bipartizione formata già ai tempi di Silla dura per tutta la giurisprudenza classica. Che esistesse in tempo così antico lo deduco da Dionigi 4. 13, ove scrive che Servio Tullio emanò circa cinquanta leggi sui contratti e sui delitti: *τοὺς νόμους τοὺς τε συναλλακτικὰς καὶ τοὺς περὶ τῶν ἀδικημάτων ἐπεκύρωσε τὰς πρώτας*. Questa distinzione di leggi sui contratti e sui delitti Dionigi non può, come mi pare, averla attinta che da una fonte, che le contemplava congiuntamente come leggi sulle obbligazioni. Ora Dionigi attinge agli annalisti del tempo di Silla. Ed è quindi a rite-

ritto romano ⁽¹⁾ concorde in questo con un pandettista italiano ⁽²⁾ credette di aver trovato. Sono cause volontarie, egli scrive; l'obbligazione romana è quel dovere che dipende da un volere concorde e lecito delle parti o da un volere illecito e non da un fatto. Nel contratto c'è una volontà che il diritto sanziona; nel delitto una volontà che il diritto disapprova. L'affermazione si combatte osservando anzi tutto che è dottrina e quegli antichissimi, ai quali dobbiamo la bi-

nere che almeno al tempo di Silla la nostra bipartizione esistesse. Quanto alla sua persistenza, essa oltre che in Gaio ai luoghi citati al principio di questa nota si trova in Pomponio l. 29 pr. D. 40. 7. ed esplicitamente o implicitamente ritorna più volte in Paolo l. 14 D. 5. 3; l. 4 § 1 D. 11. 5; l. 43 D. 44. 7; e in Ulpiano l. 9 § 2 D. 4. 4; l. 18 § 1. D. 5. 1; l. 57 D. 5. 1; l. 4 § 2 D. 14. 5; l. 10 §§ 2. 3. D. 16. 2; l. 14 D. 44. 7; l. 49 D. 44. 7; l. 8 § 1 D. 46. 1; l. 12 pr. D. 50. 16. Tutt'altro che la tripartizione delle fonti dell'obbligazione sia comune a tutti i giuristi, come si è sostenuto, essa è invece ignota a tutti. Si noti da ultimo che le « *variae causarum figurae* » nelle istituzioni di Giustiniano scompaiono, per esservi sostituite dal quasi contratto e dal quasi delitto: *sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio* (III. 13). E concludiamo. Gaio non conobbe che la bipartizione delle sue istituzioni. I compilatori credettero che non fossero comprese in essa tutte le obbligazioni e ampliarono a gradi la bipartizione: nei digesti colle « *variae causarum figurae* », e nelle istituzioni sciogliendo le « *variae figurae* » nelle obbligazioni quasi da contratto e quasi da delitto.

⁽¹⁾ KARLOWA *Römische Rechtsgeschichte* II p. 807.

⁽²⁾ FERRINI *Bullettino dell'istituto di d. r.* VII p. 93. Il FERRINI è però meno risoluto del KARLOWA. Egli riferisce alla volontà umana la « *principale genesi delle obbligazioni* ». Esulavano dalle due categorie (contratti e delitti) pochissime obbligazioni « *nascenti ope iuris senza concorso della volontà umana, sulle quali l'attenzione dei giuristi non si era sufficientemente soffermata* ». Quest'ipotesi di una trascuranza dei giuristi non mi sembra molto probabile; essa non è che un artificio, di cui si giova lo scrittore per girare il problema dei limiti del concetto di obbligazione presso i romani, evitando la pena di affrontarlo. La dipendenza dell'obbligazione dal volere è affermata incidentalmente anche dall'HUVELIN *Les tablettes magiques et le droit romain negli annales internationales d'histoire* — Congrès de Paris — II section 1902 p. 75.

partizione, che Gaio riprodusse, erano dei pratici e non dei dottrinari. È poi inconcludente, perchè lascia l'adito aperto a una domanda ulteriore, proprio l'essenziale: e perchè il derivare un obbligo da un volere meritò che lo si distinguesse da quell'obbligo che dipende da un fatto? Contiene anche un equivoco; sia pure infatti che senza volontà concorde delle parti non si abbia contratto e senza volontà dell'azione delitto; ma nel contratto in codesta ipotesi si vuole e il contratto e l'obbligazione, che ne consegue; nel delitto si vuole il delitto, ma non si vuole l'obbligazione che lo punisce. E allora come può una così diversa volontà aver forza di confondere i due doveri da contratto e da delitto in un unico concetto? La volontà diventa così un mero presupposto comune, ma non la ragione comune dell'obbligazione. « Sia pure » ho detto; ma non è. Perchè quello che dà lo storico accennato non è il concetto romano di contratto; i contratti romani spesso obbligavano anche senza la volontà del debitore di obbligarsi; e il vecchio delitto romano obbliga senza la volontà pur dell'azione delittuosa. D'altra parte abbiamo doveri, che dipendono certamente da un volere, così quelli che discendono dal matrimonio, atto eminentemente volontario anche per gli antichi, l'obbligo di riparar la parete nella *servitus oneris ferendi*, che qualche antico riconduceva alle formule pronunciate costituendo la *servitù* ⁽¹⁾, dunque a una esplicita dichiarazione di volontà. Ma questi doveri i romani non li chiamano obbligazioni. Onde il nostro storico lega l'obbligazione al volere, mentre dove per i romani è presente l'obbligazione può non essere presente il volere, e dove è presente il volere può non essere presente l'obbligazione.

Un altro pandettista e storico insieme, pur non ponendosi il problema dei limiti del concetto di obbligazione, scrive intorno alla bipartizione antica e alla quadripartizione recente delle fonti delle obbligazioni, in modo da giustificare l'una

(1) L. 33 D. 8. 2.

e l'altra non solo, ma da suggerire l'idea che non si possa parlare giustamente di obbligazioni che dove il dovere scaturisce da quelle fonti. I contratti, egli scrive, sono lo strumento del commercio. I delitti sono atti colpevoli puniti dal diritto con una pena privata. Non tutte le obbligazioni sono da contratto o da delitto. Ma tutte hanno in prima linea scopi patrimoniali o scopi penali. Perciò i romani chiamavano le obbligazioni che non nascevano da contratto o da delitto, obbligazioni quasi da contratto o quasi da delitto ⁽¹⁾. Parole che sembrano di sapienza, ma non sono. Dobbiamo ancora una volta chiedere: perchè solo gli obblighi con scopi patrimoniali o penali doveano essere per i romani obbligazioni? Ed è credibile che gli antichi ponessero simili speculazioni di carattere tutto moderno sulle funzioni dei rapporti a base delle loro distinzioni? Sono poi un sogno codeste funzioni. A che commercio serve, o almeno che idea di commercio bisogna farsi per dire che serve ad esso il mandato gratuito e il mutuo senza interesse, il *commodato*, il deposito e che non serve al commercio il *precario* ⁽²⁾? Perchè è obbliga-

(1) DERNBURG *Pand.* II § 6.

(2) Noto incidentalmente che il *precarium* non è detto « *contractus* » che dai compilatori in l. 23 D. 50. 17, un testo che contiene una delle solite serque di negozi care ai bizantini. Esso pare interpolato per altre ragioni anche al PERNICE *Labeo* III p. 23 n. 4. L'UBBELOHDE *die Besitzinterdicte* p. 320 avverte che la parola « *contractus* » vi assume il significato eccezionale di rapporto giuridico bilaterale, da cui deriva un debito e che essa assume questo significato anche in altre leggi. Senza esaminare se la parola ha in questi testi codesto senso, basta ch'io dica che vi si trova per una interpolazione; perciò non me ne giovai per determinare il senso di « *contractus* » alla nota 1 pag. 31 segg. In l. 1 § 6 D. 13. 5 sono interpolate le frasi: *id est ex quocumque contractu sive certi sive incerti — vel ex quocumque contractu*. In l. 65 D. 5. 1 tutte le parole « *nec enim... reditura* » che contengono nel « *quam* » uno sproposito; in l. 9 pr. D. 45. 2 sono interpolate almeno le parole « *veluti... testamento* ». La legge manca addirittura di sintassi; è anzi incompleta; e vi si chiama *contractus* sino al *testamento*, mentre Ulpiano nega che pure nell'editto il termine « *contrahere* » si applichi al *testamento* l. 20 D. 50. 16. e Paolo in l. 1 § 3 D. 44. 4,

zione il dovere sottostare alla pena per le note figure di delitto e non è obbligazione il dovervi sottostare in tutti gli altri casi ove è pure comminata una pena? ⁽¹⁾. E c'era nel tempo, in cui si formò la bipartizione, un commercio nel senso che annettiamo alla parola? E c'era un ordine sociale e statuale, che la pena servisse a mantenere coll'intimidazione, nel senso che diamo attualmente alla parola: ordine, nel senso che annettiamo alla parola: pena?

La radice prima di queste fallacie sta in un presupposto, ed è che il concetto dell'obbligazione romana si possa trarre dal sistema del diritto giustiniano, dove, in forza dell'accennata sentenza attribuita a Paolo, l'obbligazione è presentata nell'antitesi divenuta tradizionale coi diritti reali e assume quindi l'aspetto di un'idea sistematica, che, dato tutto l'insieme dei principi di quel diritto e lo spirito, che lo informa, non pare che deva essere diversa da quella, che cerchiamo, benchè vanamente, di farci noi rispetto ai diritti odierni. No. Quella legislazione è cosa moderna, per quanto vecchia; e in quella vecchia modernità l'obbligazione era già estinta, come nella nostra recente, perchè la sua vita è incompatibile con ogni atteggiamento sociale moderno. Si può dire che nel corpus juris civilis l'obbligazione romana è imbalsamata di fresco e perciò par viva; in realtà è fatta salma e a noi non resta che dir quel che fu in una specie di laudatio funebris di essa.

Si parta dalla considerazione di una condizione odierna di cose. Uno Stato può modernamente recare offesa ad un altro con atti non consistenti nella violazione di un trattato. Ma non si giudica diversamente, si considera cioè offesa, anche la violazione di un accordo internazionale. Di quella

se il testo è genuino, scrive: et quidem dolo fit tam in contractibus quam in testamentis quam in legibus! La qualità di contratto al precario è esplicitamente negata in l. 14 D. 43. 26 da Paolo: magis enim ad donationes et beneficium causam, quam ad negotium contracti spectat precarii condicio.

⁽¹⁾ V. GIRARD *Op. cit.* p. 246 seg.

e di questa offesa non v'ha che una sanzione: la guerra, diretta a punire l'offesa, che vuol dire ad ottenere insieme una soddisfazione morale e il risarcimento materiale del danno. Al posto dei grandi Stati odierni si pongano quei piccoli Stati che sono le genti primitive romane e intenderemo che una responsabilità di una gente verso di un'altra, cioè d'un pater gentis verso un altro pater gentis, dato che le genti romane avessero capi, non potea sorgere che dall'offesa. La responsabilità consisteva nel doverla riparare, dando una soddisfazione alla gente offesa, che questa accettava, facendo così la pace (il pactum ⁽¹⁾) o nel dover trovarsi esposta a subirne la guerra; guerra che solo nel corso del tempo si riduce ad una vendetta che scendeva sull'autore della colpa ⁽²⁾, ma che scendendo su di lui colpiva anche la gente a cui apparteneva, come capo o come suddito ⁽³⁾. Si poteva dalla gente sfuggire all'una o all'altra conseguenza respingendo da sè ogni solidarietà nella colpa, col consegnare il colpevole nelle mani della gente offesa. Finchè le genti non avranno avuto dei principi di diritto in comune, che determinassero i casi della responsabilità e i suoi limiti, dall'offesa non sorgeva alcuno stato di diritto; la responsabilità era nel fatto che potea scaturir dall'offesa una guerra e questa riuscire disastrosa all'offensore. Non più. Ma da quando questi principi furono, la responsabilità fu giuridica nel senso che gravava sulla gente offendentrice la giuridica necessità di dare a noia o di subire una guerra conforme al diritto. Si chiami l'offesa: delitto; la responsabilità giuridica conseguente: obbligazione e avremo la figura primitiva dell'obbligazione romana: una responsabilità giuridica penale di una gente verso di un'altra per un'offesa commessa da quella contro di questa. E inverso

⁽¹⁾ Mi riferisco agli studi del MANENTI *Contributo critico alla teoria generale dei Pacta*.

⁽²⁾ GIRARD *op. cit.* p. 402 in f. 403.

⁽³⁾ Tra i sudditi comprendo anche gli schiavi, come persone nella manus del pater familias.

gli studi romanistici e di diritto comparato concorrono a dimostrare che le obbligazioni primitive erano tutte da delitto in Roma, come presso altri popoli e che del delitto era responsabile nei limiti e nei modi indicati la gente, a cui apparteneva il colpevole ⁽¹⁾. Quando la gente si ritira a così dire, innanzi all'avanzarsi in essa delle famiglie, è in queste, cioè nei patresfamilias che la responsabilità passa. E così la troviamo nel periodo storico del diritto romano.

Venne però, e venne tanto più tardi, il giorno, in cui un padre di famiglia (scendo senz'altro all'epoca ultimamente accennata), stretto un dato affare con un altro padre di famiglia, diede a lui in pegno se stesso in garanzia che l'affare avrebbe avuto per l'altra parte un dato risultato ⁽²⁾. Può essere che questo darsi in pegno fosse originariamente considerato come una spontanea offerta di se stessi alla vendetta del creditore, se il risultato mancasse ⁽³⁾, così che non si vedesse anche in

⁽¹⁾ Il carattere internazionale delle primitive obbligazioni romane è rilevato dal BONFANTE *op. cit.* p. 345, il quale riconferma anche l'antica idea della comune loro origine da delitto; *ibid.* p. 400-403. Per la responsabilità primitiva delle sole gentes vedi quanto scrivono gli storici del diritto tedesco su quella delle sole Sippen. Mi limito a citare AMIRA *Grundriss des germ. Rechts* 2^a ed. p. 133.

⁽²⁾ Non esprimo, come si vede, un parere intorno alla questione: quale sia stato il primo contratto obbligatorio romano. Sono costretto a questo ritengo dalle recenti controversie in proposito e in particolare intorno al nexum. Da questi studi io traggo solo l'idea che il pegno di una persona abbia accompagnato i primitivi affari obbligatori. Non connetto però il concetto d'obligatio a tal pegno. Io non mi giovo di questa probabile ipotesi che per presentare il tipo più antico di una responsabilità priva del carattere di vendetta. Sulle controversie accennate v. MITTEIS *Ueber das Nexum* nella *Zeitschr. der. S. S.* XXII p. 118 seg. LENEL *Das Nexum* *ibid.* XXIII p. 64 seg. MOMMSEN *Nexum* *ibid.* p. 348 seg. Evito anche nel testo di presentare il pegno della persona come garanzia per l'adempimento di un obbligo assunto. Il pegno ad es. può aver accompagnato la mancipatio come garanzia non di un fare futuro, ma che la cosa non sarebbe stata sottratta al compratore.

⁽³⁾ L'opinione è espressa dal SOHM *Institutionen* p. 280.

questa ipotesi che una responsabilità penale, benchè anticipatamente determinata e pacificamente subita. Se mai ciò fu, questo modo di considerare l'oppignorazione non durò, nè poteva durare: Si avvertì invece che in questo caso tutto procedeva in via pacifica. Invece di una responsabilità penale da un atto considerato offesa e provocatore quindi di vendetta, si avea una responsabilità diversa per la fonte, chè scaturiva da tutto l'insieme del negozio corso tra le parti, cioè da un atto pacifico, e diversa per la sostanza, poichè esulava dalla servitù, in cui eventualmente cadeva chi si avea dato in pegno, il carattere di vendetta per il solo fatto che la vendetta suppone l'involontarietà di essa da parte di chi la subisce e qui la servitù, cioè la responsabilità era invece volontaria. Questa nuova responsabilità costituisce il secondo stadio storico e nel tempo il più frequente contenuto dell'obbligazione. La quale rimane adunque ancora responsabilità, e responsabilità interfamigliare ⁽¹⁾, perchè corre tra gruppi famigliari rappresentati dai loro capi nel senso esposto, ma alla fonte antica, un'offesa provocatrice di vendetta, cioè un delitto, se ne aggiunge una nuova: un affare, un atto di pace, che crea una responsabilità pacifica, cioè un contratto. Sono formate così le due cause romane d'obbligazioni: contratto e delitto ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Nel caso di prediatura la responsabilità correva sempre tra gruppi; solo qui, se da un lato era il pater familias, dall'altro era la civitas. La cautio praediis praedibusque sta dentro il diritto pubblico anzi che privato. Nel diritto privato l'obbligazione è soltanto interfamigliare. Il concetto del resto d'obligatio verso la civitas è lo stesso di quello tra padri di famiglia.

⁽²⁾ Si possono vedere ancora contrapposte nel loro senso originario nelle parole che Gaio III 94 scrive pel caso che un principe straniero manchi alla sponsio conclusa coll'imperatore: si quis adversus pactio-nem fiat, non ex stipulatu agitur, sed iure belli res vindicatur. Si traduca: non si agisce per contratto, ma per delitto. Quell'atto che nell'interno dello Stato sarebbe mancanza a un contratto diviene nei rapporti internazionali delitto. Il mutamento di certe figure di delitti

Nel corso del tempo la responsabilità pacifica va normalmente unendosi ad affari che importano un dovere di fare una prestazione. Nel caso di delitto non si aveva invece che responsabilità. Non c'è infatti un dovere di patire vendette o di sottrarre se od altri ad esse con riscatti, o di liberarsi da responsabilità coll'uso della *noxae datio*. Ma quando lo Stato nel caso di delitto interviene a determinare ed imporre le pene pecuniarie, che il padre di famiglia deve pagare a meno che non dia a noxa il colpevole, vietando da ultimo le pene corporali, e si costituiscono per la loro esazione i giudizi, allora l'obbligazione da delitto si accosta a quella da contratto nel senso che l'idea di un dovere e precisamente di un dovere di pagare una somma si presenta anche in quella. Questa idea del dovere, del debito, di una necessità di fare, in antitesi alla mera responsabilità come esposizione a subire, finisce col vincere in tutti i delitti e in tutti gli affari obbligatorii ⁽¹⁾ e sino nel caso di fideiussione quella di responsabilità, la quale si trasporta dal rapporto alla sua sanzione giudiziaria. L'obbligazione diviene anzi tutto un dovere, di cui si risponde innanzi allo Stato: questo prescrive la condotta e determina la responsabilità per la condotta mancata; nè importa che lo Stato lasci al privato sia l'iniziativa dell'azione che del giudizio e l'esecuzione di questo. Si rende così possibile nel corso dell'evoluzione giuridica il concetto di obbligazione naturale tutta formata di dovere senza responsabilità ⁽²⁾.

in figure di contratti corrisponde alla progressiva involuzione dell'autonomia delle famiglie, senza la quale involuzione le obbligazioni contrattuali in genere con l'esclusione dalla loro tutela dell'idea di pena non avrebbero potuto formarsi.

(1) Così ad es. la responsabilità nel caso veduto di *mancipatio* diviene dovere di pagare il doppio del prezzo.

(2) Ometto volutamente di considerare nel testo la configurazione religiosa dell'obbligazione descritta dall'*HUVELIN* nel citato suo lavoro. A suo avviso la nozione religiosa del dovere, che diviene nel campo giuridico l'obbligazione (p. 20), poggia sull'idea di *Nemesi*.

Dal contratto e dal delitto l'obbligazione romana non si stacca nel pensiero romano più. Avverrà che, spiccando entro le famiglie gli individui, si concepisca un'obbligazione contrattuale del figlio di una famiglia verso il capo di un'altra, di cui il padre dell'obbligato non ha da rispondere; avverrà che l'obbligazione da delitto, pur rimanendo intatte le norme antiche sull'obbligo del padre di famiglia di risarcire il danno o di dare a noxa, sia concepita sempre più come obbliga-

Ogni uomo nascendo ha fissata la sua parte di bene e di male nella vita. Chi distrugge a suo vantaggio e a danno altrui la parte fissata ad entrambi deve ristabilire l'equilibrio. La vendetta privata ristabilisce l'equilibrio nel caso di obbligazione da delitto, purchè abbia la forma di taglione: occhio per occhio, dente per dente. Nel caso di obbligazione da atto lecito va ristabilito l'equilibrio nella forma stessa in cui fu rotto (p. 20 seg.). Ove non bastino le forze umane al ristabilimento dell'equilibrio, giovano gli Dei. Coi riti magici si provocano gli Dei, allora indifferenti, a ristabilire l'equilibrio. Questi riti sono la prima sanzione delle obbligazioni. Si compiono con formule orali o scritte; fra le quali tiene il primo posto la « *devotio* » con cui una persona denunzia ai numi che un'altra ha violato a suo profitto la legge di divisione del bene e del male e mette questa persona a loro disposizione, perchè sia soddisfatta la *Nemesi*. Normalmente la *devotio* contiene il nomen della persona rea della lesione. E così s'intende perchè il credito si chiamasse in Roma « *nomen* »; è che « la sola iscrizione di un *nomen* ha una virtù soprannaturale, crea a danno della persona nominata un'obbligazione magica. Aver il nome di una persona è poter far la *devotio* di questo nome in conformità alle regole della *Nemesi*; è aver presa sulla persona. Così il *nomen* è il credito magico, prima di essere il credito civile » (p. 40 seg.). Le tavolette contenenti la *devotio* erano spesso infisse nei luoghi sottoposti alla potenza degli dei inferi. L'autore della tavoletta dichiara non di raro che egli lega il suo nemico (*obligo*, *perobligo*, *deligo*) e si trova pure il termine « *dannare* », che significa in origine legare poi sottomettere, poi domare, introdottosi in Italia colla filosofia pitagorica circa al tempo della redazione delle dodici tavole.

La formula magica della *damnatio* si estende e la si trova nei voti in senso stretto (una promessa con giuramento a una divinità di farle una prestazione se essa soddisfa al nostro desiderio; soddisfatto questo, il vovente è voti *damnatus*; compiere la prestazione dicesi *votum solvere*), nelle *damnationes* e nelle multe sepolcrali e testamentarie, e

zione dell'individuo anzi che della famiglia; avverrà anche che le donne pur sui iuris si trovino in rapporti di obbligazione per ogni causa. Per tutto ciò il carattere interfamigliare dell'obbligazione andrà svanendo, sino a scomparire, ma obbligazioni resteranno sempre soltanto gli obblighi derivanti da certe figure di contratto, da certe figure di delitto.

Qui si presenta la nostra domanda; perchè solo questi obblighi erano obbligazioni e non anche gli infiniti altri obblighi che per altre cause stringevano i cittadini? Ed io direi quanto segue.

Se si considera l'assetto giuridico sociale della Roma più antica, si scorge che non abbiamo se non una federazione di gruppi sociali: le genti prima, quindi le famiglie, che sorgono dal frangersi e sparir delle genti come unità politiche. Entro

nelle damnationes giuridiche. Damnationes giuridiche sono le damnationes contrattuali, cioè pronunziate da una persona in seguito a una convenzione colle persone cui la damnatio lega e tale è la damnatio del nexum; le damnationes legislative, quale la damnatio della legge Aquilia e di altre leggi recenti; altre damnationes difficili a qualificare e che si cercherà tardivamente di inserire e di ordinare fra le fonti di obbligazioni quasi ex contractu; infine le damnationes giudiziarie. La damnatio cessa col « solvere » la persona da essa, il che avveniva nelle damnationes condizionali coll'adempiere la condizione; ma era più sicuro anche in esse ed era necessario nelle damnationes semplici ottenere la solutio compiendo riti inversi a quelli con i quali si era costituita l'obligatio. La sanzione dei voti e delle devotiones è di fare del voti damnatus e del devotus un homo sacer e di immolare quest'uomo in sacrificio agli Dei. Col tempo al sacrificio si sostituirà l'abbandono del devotus alla discrezione e alla vendetta degli Dei, il che importa la possibilità per chiunque di impadronirsi e di uccidere l'homo sacer senza giudizio: una manus iniectio popolare. La sanzione valea in origine per le damnationes; ma poi avvennero successive mitigazioni. Gli stadi sono 1) sacratio capitis 2) manus iniectio 3) azione. Nel corso della storia l'idea fondamentale su cui riposava la damnatio si alterò.

L'epicureismo prima, affermando che la volontà si sottrae al fato, lo stoicismo poi, ammettendo che la necessità domina gli oggetti dell'intelligenza e non l'intelligenza, che questa e la volontà sono liberi,

a questi gruppi gli obblighi e i doveri reciproci restano collegati alle varie condizioni personali dei membri di essi, come sono quelle di padre, di figlio, di coniuge, di schiavo ecc., che si riflettono anche nella condizione delle cose. Poichè rispetto a queste o si è padri e quindi domini, o si è dipendenti, come schiavi, figli, clienti, e non si può essere che titolari di un peculio o di un precario. Federatisi nella città, questi gruppi si sottomettono a tutte le norme che la città stabilisce, perchè sia resa possibile la convivenza dei gruppi in essi e siano raggiunti i fini della federazione. Ai diritti e quindi agli obblighi, che fanno parte della vita interna del gruppo, si uniscono così quelli che la città stessa impone per la sua vita, i quali restano anch'essi collegati o alla qualità

conduceano a vedere la fonte dell'obbligazione nella volontà; infine il Cristanesimo ripudiando ogni nozione fatalista, facea cadere la vecchia idea della Nemesi. Se ciò è, resta anche però « che l'obbligazione romana ha la sua origine in riti magici e religiosi » p. 77. — Ho fatto questo sunto dell'articolo dell'HUVELIN perchè contiene attestazioni di fatto ed idee interessanti, che meritano di essere conosciute più ampiamente di quel che permetta il modo di pubblicazione dell'articolo. Serie obiezioni alla tesi dell'A. furono mosse nella seduta, in cui l'articolo fu letto, e si possono vedere esposte negli annuali citati pp. 78-81. Tutto ciò che si può a mio avviso raccogliere dall'articolo dell'HUVELIN è che l'obbligazione romana da contratto e da voto è un assoggettamento religioso nelle sue forme primitive e nelle sue remotissime origini, ottenuto con riti religiosi. Ma non si connette ad idee di assoggettamento religioso l'obbligazione da delitto. La damnatio qui non è la sanzione; è una sanzione in più, oltre alla vendetta, che il leso può procurarsi coi riti descritti dall'autore. Ipotetica è la relazione di queste damnationes, obligationes col concetto della Nemesi. Le influenze delle altre teorie filosofiche sul concetto di obbligazione vanno incontro alle note obiezioni contro ad una seria influenza di qualsiasi idea filosofica e, dall'inizio del periodo storico del diritto romano, anche religiosa sullo sviluppo dei suoi istituti. Il lavoro dell'HUVELIN con quel suo rilievo in particolare del senso di *ἀσμεσία* che egli rende con: je lie, j'assujettis, puis je dompte (p. 46) non è che un'ulteriore conferma del senso di obbligazione, che esporremo più innanzi nel testo.

di cittadino o alle varie condizioni politiche, in che può essere il cittadino, quali son quelle di magistrato, di senatore, di tribule o di erario, di sacerdote ecc. Si ha così un'infinita serie di obblighi. Ma questi obblighi hanno un carattere comune, di essere cioè, come necessari, così sufficienti alla vita di gruppo e alla convivenza dei gruppi nella civitas. Stando codesti obblighi nell'ordine sociale, si sente ora nell'ordine anche la persona che vi è soggetta.

Rechi però alcuno di un gruppo un'offesa ad un altro gruppo, atta a legittimare di fronte al diritto la vendetta di questo, si faccia un pater familias auctor in occasione di una mancipatio, stringa una sponsio con un altro pater familias e allora in forza di quel delitto o di questo contratto sorgerà un obbligo e una responsabilità non diversi da altri obblighi e da altre responsabilità pel contenuto, ma che hanno un carattere particolare. Essi eccedono le necessità riconosciute della vita di gruppo e della convivenza dei gruppi, necessità manifeste nelle condizioni personali che costituiscono l'ordinamento dei gruppi e della città, e negli obblighi ad esse inerenti. Quindi l'obbligo si presenta come una soggezione, un vincolo, che distingue chi vi è sottoposto dalle altre persone che non lo subiscono. Costui è legato, idealmente legato (non si pensi, come alcuno fa, alle ritorte, che stringevano i nexi nella custodia del creditore ⁽¹⁾) mentre gli altri restano sciolti, liberi; costui è, mi si passi il termine di transizione, oblegato, cinto cioè di un vincolo; costui è obbligato, costui ha contratta un'obbligazione.

⁽¹⁾ CUQ *Les institutions juridiques des romains* p. 331, parla di uno « stato di obbligato » in questo senso, tanto diverso da quello con cui ne parlerò anch'io poco più innanzi nel testo. L'idea del CUQ che il nome di « obbligati » sia preso dall'incatenamento, a cui erano sottoposti i capi di famiglia che aveano fatto un nexum e non aveano soddisfatto il debito e i cittadini che, avendo commesso un delitto, non aveano pagata la pena imposta dal magistrato è accettata tra noi dal VANNI *Svolgimento storico del concetto di obbligazione nel diritto romano* p. 7.

Ed ecco quell'essenza dell'obbligazione romana, che andavamo cercando. Responsabilità prima, dovere di condotta poi, essa non trae però la sua individualità dalla responsabilità, nè dal dovere, ma dall'anormalità loro; dall'antitesi fra la condizione normale personale del cittadino, su cui non incombono che doveri e responsabilità stabiliti per mantenere la vita di gruppo e la vita di città e la condizione personale anormale di colui, sul quale ne incombono altri per un contratto o per un delitto. Non a caso dico « condizione personale ». L'obbligazione è infatti uno stato personale come molti altri; soltanto è uno stato straordinario. Stato, perchè l'oggetto dell'obbligazione non conta; conta il tormento del vincolo; non si è obbligati a far qualche cosa; si è obbligati semplicemente, come si è gentili o clienti, liberi o servi; i romani diceano: si è nexi.

Questo senso di « asservimento » (non trovo parola più propria ad indicare la cessazione di uno stato normale di libertà) del termine « obligatio » è costante nell'uso dei giureconsulti. La possibilità di tradurlo in molti testi nel senso odierno ci nasconde quello, in cui lo usavano i romani. Il quale però ci appare tosto che codesta possibilità venga meno. Si prenda la frase di Gaio: *etiam adversus fideiussores agi posse ut se reponant in obligationem* ⁽¹⁾ e si provi a tradurre in essa il termine « obligationem » come « dovere » od « obbligo » ed avremo una traduzione senza senso. Dovremo tradurre codesta frase invece: potersi agire contro i fideiussori onde si rimettano nell'asservimento. Così pure non possiamo evidentemente tradurre la frase di Scevola « *redire in obligationem creditorum* » ⁽²⁾ che a questo modo: tornare asserviti ai creditori. Qui infatti « *obligatio creditorum* » vale quanto vale normalmente « *servitus fundi* ». Cioè si deve tradurre rispettivamente: asservimento ai creditori, asservimento al fondo ⁽³⁾. Per lo stesso motivo ricordando la « re-

⁽¹⁾ L. 10 pr. D. 4. 2.

⁽²⁾ L. 30 D. 44. 7.

⁽³⁾ Altrove s'incontra « *obligatio rei* » nel senso di asservimento

vocatio in servitutem » del liberto ingrato verso il patrono, non esiteremo a tradurre la parte che c'interessa del seguente testo di Giuliano: omnes debitores qui in fraudem creditorum liberantur, per hanc actionem revocantur in pristinam obligationem ⁽¹⁾, per « sono rivotati nel primiero asservimento ». E così tradurremo anche la frase di Paolo « nec (scil. res) revocantur in obligationem », quantunque qui non sia la cosa, che è asservita, ma essa sia oggetto del rapporto d'asservimento ⁽²⁾.

In corrispondenza a questo senso di asservimento, che ha il termine obligatio, mentre noi col nostro concetto di obbligazione, come dovere giuridico di condotta, non abbiamo un nome comune per la fine dell'obbligazione, ma parliamo di pagamento nel senso di fare la prestazione e parliamo poi di altri modi di estinzione dell'obbligazione, i romani il nome comune lo hanno ed è « solutio », parola che non esprime un atto, nè una fine, ma lo scioglimento, la liberatio ⁽³⁾, il ritorno del debitore nella condizione comune di libertà ⁽⁴⁾.

del debitore L. 35 D. 5. 1. Iav. fideiussor ante obligationem rei accipi possit. Si può tradurre infatti anche questo testo solo in un modo: prima dell'asservimento del debitore. L. 81 § 1 D. 46. 3. Pomp. « non incidam in obligationem », se il testo è genuino, si tradurrà bene anch'esso solo così: non cadrò in un asservimento. La frase corrisponde a « cadere in servitutem » es. l. 27 § 1. D. 34. 4. L. 10 § 1 D. 4. 2 « ut in tua persona redintegretur obligatio » si tradurrà: che si ristabilisca l'asservimento nella tua persona. Al « redire in obligationem creditorum » nel testo citato di Scevola corrisponde a capello « in veterem obligationem reverti » detto del pegno l. 12 § 12 D. 49. 15. Osservo incidentalmente non parermi genuino perchè la sintassi del testo non regge: non ut dolum aut culpam in servitute admissam in obligationem revocet nella l. 18 § 1 D. 3. 5. Paul.

⁽¹⁾ L. 17 pr. D. 42. 8.

⁽²⁾ L. 83 § 5 D. 45. 1. Paul.

⁽³⁾ L. 54. D. 46. 3; l. 47 D. 50. 16. — Anche l'uso di questo termine consiglia di rendere « obligatio » per asservimento.

⁽⁴⁾ L'idea di asservimento, soggezione si trova espressa letteralmente da un classico in l. 1. § 6 D. 44. 5. Ulp. 76 ad ed. sed idem erit probandum et hic, tamen causa cognita, si liquido appareat libertum

Quella definizione delle istituzioni, dalla quale ho preso le mosse, questa essenza dell'obbligazione romana la dice.

metu solo vel nimia patrono reverentia ita se subieccisse, ut vel poenali quadam stipulatione se subiceret. Il riferirsi il testo alle promesse dei liberti strappate loro « onerandae libertatis causa » non toglie il significato che diamo al testo stesso. Vuol dire soltanto che qui si ha una più grave « subiectio ». L'idea di asservimento è pur letteralmente espressa da un bizantino: Teofilo 3. 13. 2 συναλλαγμα δὲ ἐστὶ δύο ἢ καὶ πλείονων εἰς τὸ αὐτὸ συνόδος τε καὶ συναίσεις ἐπὶ τὸ συτήσασθαι ἐνοχλῶν καὶ τὸν ἕτερον τῶ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον. Che « obligatio » significhi linguisticamente « asservimento » affermò recentemente il MOMMSEN *Nexum* nella *Zeitschr. d. S. S.* XXIII p. 248. L'essere l'obbligazione « stato personale » appare anche da ciò che precisamente il termine « liberare », che vale per la cessazione delle obbligazioni, vale per la cessazione delle potestà personali. Il debitore è « obligatione liberatus » come altri è tutela, servitute, patria potestate liberatus. Evidentemente il termine fu trasportato nel campo delle obbligazioni, prendendolo da quello delle condizioni personali di soggezione che costituivano tutte in origine un asservimento. Ma più che da tutto ciò il significato di « asservimento » e non di « obbligo » del termine « obligatio » risulta a mio avviso da questo che mentre noi, appunto perchè ad « obbligazione » diamo il significato di « obbligo » non usiamo il termine « obbligato » nel campo giuridico senza dire o sottintendere a che si è obbligati, nelle fonti sia giuridiche che extra-giuridiche nell'immensa maggioranza dei casi è usato in senso e modo assoluto, ossia senza indicazione dell'oggetto dell'obbligo. Sarà bene che in questa occasione si considerino i vari modi di complemento del termine « obligare ».

« Obligatus ad », per dir l'oggetto della prestazione si trova in questi soli testi: l. 12 § 1 D. 20. 5. Triphon. verum obligatus est ad restituendum; l. 103 D. 30. Iul. obligaret se ad praestandum fideicommissum; l. 32 § 4 D. 35. 2. Maec. legatarius ad fideicommissa praestanda obligabitur; l. 127 D. 45. 1. Scaev. esse autem fideiussorem obligatum ad hoc ut vivo homine conveniatur, vel ex mora sua postea; l. 28 C. 2. 3. Diocl. e Max. ad praestandum in posterum indebitum solutum obligare non potuit eum qui pactum fecit; l. 25 § 11 D. 5. 3. Ulp. quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Sono sei soli testi nella massa delle nostre fonti; e si può escludere quello di Scevola, che cito solo per l'uso dell'« ad », in quanto che non vi si esprime l'oggetto dell'obbligazione, come pure si può escludere l'ultimo perocchè il diretto complemento di « obligare » è « sibi ».

L'oggetto dell'obbligazione qualche rara volta è indicato con « ut ».

Si vuole, come ho avvertito, che la frase « vinculum iuris »

Gaio 2. 214. non videri obligatum heredem ut mancipet aut in iure cedat; l. 8 D. 21. 2. Iul. et sicut obligatus est venditor ut praestet licere habere hominem quem vendidit; l. 21 D. 44. 7. Iul. in quo ut solveret se obligavit; l. 19 § 4 D. 5. 1. Ulp. qui ita fuit obligatus ut in Italia solveret.; l. 38 pr. D. 45. 1. Ulp. sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat; obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat. Ancora qualche volta si trova usato il « de » sempre in relazione all'oggetto dell'obbligazione. E anzi tutto nelle leggi: Lex Agraria a 641. c. 47 neive de ea re quis ob eam rem, quod praes factus est, populo obligatus esto. Lex Iulia (a. 736) e Papia Poppaea (a. 762) ne quis eorum operas doni muneris aliudve quicquam.... de quibus iuraverit promiserit obligatusve erit. Ma anche nei giuristi e nelle costituzioni: Gaio 2. 278. Titius heredem suum obligatum relinquit de fideicommisso restituendo; Gaio 3. 137. Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet. l. 62 D. 21. 1. Mod. sane de dolo obligare se donator et debet et solet. S'intenda: deve obbligarsi circa a prestare il dolo. Il dativo in relazione all'oggetto non è mai usato. Nelle leges arae Augusti Narbonensis a. 11. e a. ¹²/₁₃ (BRUNS *Fontes* p. 261 seg.) il dativo « colendo » è provocato da « Numini » al quale la plebs Narbonensium si obbliga: qui se Numini eius in perpetuum colendo obligaverunt. Solo un paio di volte trovo per l'oggetto dell'obbligazione il « pro »: l. 32 § 2 D. 12. 6. Iul. Mulier si in ea opinione sit ut credat se pro dote obligatam. l. 21 § 3 D. 46. 1. Afr. pro ipso obligatus, ma forse il testo non è genuino. Anche l'ablativo qualche volta indica l'oggetto: l. 122 pr. D. 45. 1. Scaev. summam qua stipulatione obligatus est; l. 57 pr. D. 47. 2. Iul. altera poena obligatur. Il « pro » si usa per indicare l'estensione della responsabilità in l. 2 Cod. 8. 39. Diocl. e Max. unusquisque pro parte sit obligatus. Ma per indicare questa estensione ed insieme l'oggetto si preferisce l'« in » ad es.: Gaio 3. 121. in viriles partes obligantur; l. 2 pr. D. 9. 4. Ulp. in solidum obligat; l. 5 pr. D. 26. 8. Ulp. obligabitur in quantum locupletior factus est; l. 13 § 5. D. 39. 2. Ulp. neque enim in infinitum obligatus est; l. 21 § 1. D. 39. 5. Celso, ut in reliquum tantum reus tibi maneat obligatus; l. 57 D. 23. 3. Iav. tota pecunia in quam filius obligatus est; l. 2 pr. C. 8. 40. a. 297 in eam pecuniam in qua se obligaverit; l. 58 § 2 D. 24. 1. Scaev. si mater obligatum filium in ea pecunia voluit esse; l. 55 D. 46. 1. Paul. in omnes summas obligatus est; l. 56 § 8 D. 45. 1. Iul. res in quam Seius obligaretur; l. 22 D. 42. 8. Scaev. quod in vetus creditum ut obligaretur pactus esset; l. 36 § 2 D. 7. 1. Afr. aliud dici non posse ait quam in id obligatum esse heredem, quanti legatarii intersit

sia una figura retorica destinata ad esprimere il dovere,

moram factam non esse; l. 49 § 3 D. 31. Paul. obligatum esse vel in ipsam rem.... vel.... in eius aestimationem; l. 1. C. 11. 5. Arc. e Hon. non in dispendium solum atque naufragii damnum tenebitur obligatus. Sembra che talora l'oggetto dell'obbligazione sia indicato col genitivo ma non è. Nei testi: l. 13 pr. D. 46. 4. Ulp. operarum obligationem (cf. l. 41 D. 38. 1.); l. 185 D. 50. 17. Celso. impossibilium nulla obligatio est. l. 12 § 2 D. 23. 4. Paul. poenae obligatio, non si ha che abbreviazioni di più ampie proposizioni in cui il genitivo, che qui compare, sta per la causa. Il primo testo significa: l'obbligazione che deriva dalla promissio operarum; il secondo: l'obbligazione da stipulazioni d'impossibile (forse in relazione alla vendita LENEZ *Pal.* 81); il terzo; l'obbligazione che deriva dalla stipulatio poenae, della quale si parla nel testo precedentemente; (un'abbreviazione di altro genere si ha in Gaio 4. 131. futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intellegitur). Il genitivo unito ad « obligare » « obligatio », come in questi tre testi, così in altri molti indica nelle fonti o da solo, o talora con « nomine » il fatto o l'atto o il rapporto di debito e credito, da cui scaturisce l'obbligazione. Lex Rubria (fra il 705 e il 712) cap. 22: obligatumve se eius rei noxiaeve esse confessus erit deixerit; l. 4 D. 13. 7. Ulp. creditor.... furti obligatur; l. 5 § 2 D. 36. 4. Ulp. quod se damni infecti obligavit (si sottintenda: stipulatione damni infecti); l. 3 § 11 D. 15. 1. Ulp. iudicati velut obligationem; l. 41 § 1. D. 36. 1. Mare. locationum obligatio; l. 69 § 3. D. 21. 2. Scaev. evictionis obligatione tenebitur; l. 82 pr. D. 30. Jul. obligatio legati extinguitur. Gaio 3. 124. obligari creditae pecuniae. Paul. rec. sent. II. 17. 3. auctoritatis.... obligatur (s'intenda: perchè fu auctor); l. 20 pr. C. 6. 2. Iust. sed etiam servi corrupti is obligetur. Basterà poi che ricordi la rei, litterarum, verborum obligatio. L. 27 D. 3. 5. Jav. cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est; l. 39 § 1. D. 21. 2. Jul. evictionis nomine obligatur; (« nomine » col genitivo lo trovo usato una sola volta ad indicare l'oggetto del debito l. 24 § 4 D. 19. 2. Paul. neque ipse pensionum nomine obligatus erit.); l. 96 § 4 D. 46. 3. Pap. obligatio debiti; l. 28 § 6 D. 34. 3. Scaev. omnem obligationem eius debiti, frase ripetuta dallo stesso autore in l. 31 § 4 D. eod; l. 34 pr. D. 32. Scaev. eius nominis obligationem. Qualche volta la causa, con o senza preposizione, si trova all'ablativo; es. Gaio 3. 208. obligari eo crimine; Gaio 4. 31. stipulatione obligare; Gaio 4. 187. vadimonio obligare; l. 78 D. 36. 1. Scaev. ut mater fideicommisso obligetur; l. 43 D. 38. 1. Pap. operis obligatus (e vuol dire dalla promissio operarum); l. 12 D. 39. 5, Ulp. qui ex donatione se obligavit; l. 14. D. 44. 7. Ulp. ex delictis.... ex contractibus

in quanto è rapporto che unisce, lega il debitore al cre-

obligantur. Metterei pur qui l. 1. Cod. 1. 3. Costanzio. et vos et mancipia vestra nullus novis collationibus obligabit, in quanto traduco: con nuove collazioni, imponendo nuove collazioni. Sta anche in funzione di causa all' ablativo il debito e l' azione pel debito (ommesa la parola « actione ») e persino sta nella stessa funzione l' obbligazione per la quale si è obbligati: l. 15 D. 16. 1. Iul. cum maneam debito obligatus; Paul. rec sent. II. 9. 1. de in rem verso.... vel patrem vel dominum obligat; l. 1. pr. D. 45. 1. Ulp. et erit quod iussu obligatus; l. 3. § 5 D. 15. 1. Ulp. de peculio obligari; l. 82 D. 17. 2. Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur; l. 7 pr. D. 3. 5. Ulp. negotiorum gestorum actione erit obligatus; l. 46. D. 44. 7. Paul. nam iudicio communi dividendo obligabuntur; l. 21 § 1. D. 46. 1. Afr. non est novum, ut fideiussor duabus obligationibus eiusdem pecuniae nomine teneatur: nam si in diem acceptus mox pure accipiatur, ex utraque obligatur. Si può aggiungere che sta all' ablativo, sempre in funzione di causa, la « necessitas » in cui ci si trova; l. 6 D. 2. 11. Gaio. necessitate sistendi obligatum esse. In quanto un fatto, un atto, una condizione, una cosa nel più ampio senso del termine sia rappresentata come ciò a cui ci si lega, ci si asservisce, in quanto in altri termini si esprima quel pensiero stesso, che noi esprimiamo col termine « vincolato » « asservito » (ad es. all' ufficio, alle necessità della carriera, ai doveri della posizione sociale ecc.) il termine obligare torna, quando è la persona anzi che la cosa a cui ci si vincola, nel senso di vincolo, di asservimento col complemento al dativo: l. 6 pr. D. 29. 2. Ulp. ne aeri alieno pater obligaretur; l. 10 D. 46. 5. Ulp. primae stipulationi obligatis; l. 1. Cod. 2. 24. Anton. paternae hereditati vos obligastis; l. 7 pr. Cod. 1. 5. Teod. e Valent.... onerosis quin etiam militiae seu diversis officiis facultatum et personalium munerum obligatos; l. 14 pr. Cod. 12. 57. Leo. quisquis cohortalibus adhuc obsequiis obligatus; Cod. Teod. 12. 1. 177. Onor. e Teod. obligari necessitatibus curiarum praecipiant; Cod. Teod. 16. 5. 54 § 4. Onor. e Teod. huiusmodi autem conditionibus etiam honoratos reliquos obligamus; Cod. Teod. (a. 416) necessitatibus iudaicae religionis homines obligatos. In questo stesso senso troverei usato una volta il complemento « ad »: l. 8 Cod. 10. 72. Valent. Teod. e Arc. qui ad publici munus officii editi atque obligati fuerint. Chiudo l' elenco con due testi nell' uno dei quali l' « ad » sta ad indicare una mera relazione: l. 1. Cod. 10. 62. Sev. e Ant. tunc enim consentiendo pater ad decurionatum obligatur, e vuol dire: è obbligato in relazione al decurionato assunto dal figlio; e nell' altro compare la prima e l' unica volta l' infinito a indicare l' oggetto del-

ditore. Se così fosse, la frase seguente « quo necessitate

l' obbligazione: l. 66. Cod. 10. 32 Anast. obligatos... curiae commoditatibus inservire, cioè ad assumere l' ufficio di curiali.

Risulta da questi vari modi di complemento del termine « obligare » che effettivamente al termine « obligare » i romani non congiungono l' idea che noi vi congiungiamo costantemente che si sia obbligati a fare qualche cosa. Per loro ciò che importa è l' affermazione che si è o non si è asserviti. Di qui le infinite volte in cui nelle fonti si usano i modi: obligatur, non obligatur, manet obligatus, durat obligatus, obligat, habere aliquem obligatum, senza l' indicazione dell' oggetto, cioè di ciò che si deve dare, facere, praestare. Citerò fra cento qualche esempio: Gaio 4. 31. sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium suum. « A che » non è detto, nè occorreva dire; il giurista esprime questa sola idea: asservisce l' avversario colla stipulatione; l. 18. § 3 D. 39. 6. Jul. Qui hominem noxae nomine vel alias obligatum non si può tradurre che: o asservito per qualche altra causa; l. 6. § 1 D. 32. Paul. nec recipiendum est ut, cui nihil dederis, eum rogando obliges; e anche qui si può tradurre solo: tu lo asservisca col pregarlo. Il complemento naturale di obligare è perciò soltanto quello che indica la persona a cui si è obbligati, cioè asserviti; è il complemento che troviamo tanto nelle leggi (Lex Agraria 47: populo obligatus esto; lex municipalis Malacitana cap. 64 populo romano obligati; leges arae Augusti: qui se Numini.... obligaverunt) che negli scrittori non giuridici (Festo: praes est qui populo se obligat. Cic. ad div. VII. 11. obligatus ei nihil eram: ad div. VIII. 12 malui collegae eius.... me obligare. Plin. Epit. X. 3. 1. ut audeam tibi etiam pro amicis obligari) che negli scrittori giuridici; es. l. 44. D. 46. 3. Marc. et obligat sibi legatarium; l. 56. § 1. D. 46. 1. Paul. et eidem esse obligatus (« Apud eundem » in l. 21. § 3 D. 46. 1. per indicare la persona a cui si è obbligati fa parte di proposizione probabilmente interpolata). Costo senso assoluto, l' affermazione cioè del mero asservimento, domina esclusivo in Cicerone. Ai testi citati si unisce Dom. 8. populumque romanum scelere obligasses; Fin. 1. 14. saepe etiam legum iudiciorumque poenis obligantur; in Verr. II. 72 obligentur non solum iurisiurandi atque existimationis periculo, sed etiam communi inter se conscientia; pro L. C. Balbo 15. qui [scil. populus romanus] iniussu suo nullo pacto potest religione obligari — Populus enim se nusquam obligavit; ad div. V. 20. quum praesertim non deberent esse obligati.... sed neque tum me humanitate literarum mearum obligatum me putabo; Caec. II. Si quis quod spondit, qua in re verbo se obligavit uno, id non facit; Murena II. qui se nexu obligavit; ad div. X. 8.... civitates largitionibus concessionibusque praemiorum erunt obligatae; ad div. XX.

adstringimur, sarebbe una tautologia. La tautologia non c'è

16, magno praeterea beneficio eius, magnoque merito sum obligatus. Ma anche in altri scrittori l'uso di « obligare » è il medesimo: Velleio Pater. II. 56.... Bruto et Cassio quorum alterum promittendo consularum non obligaverat, contra differendo Cassium offenderat; Svet. T. 67. quum locupletes eo facilius scelere se obligarent. Plin. Panegy. 85. tibi amicos tuos obligandi adest facultas; ibid. VI. immo ultra dantem obligasti. E venendo agli autori che si occupano di cose di diritto, vedasi Varro. de l. l. VI. v. *Spondere*.... qui idem faciat obligatur sponsu.... quod [sc. qui sponderat filiam] sponsu erat alligatus. Colloco qui anche un giurista: Paul. rec. sent. V. 23. 15. Qui sacra impia nocturnave, ut quem obcantarent, defigerent, obligarent fecerint, sul qual testo v. HUVELIN *art. cit.* p. 44. Per questo il termine « obligatio » vale anche per la cosa. La cosa non dà, non fa e non presta; ma è obbligata perchè è asservita. E sarà quindi possibile non solo parlare di un' obbligatio delle cose per il pegno, ma anche in altri rapporti: Festo v. *Nexum*; nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia quae per nexum obligatur; Varro l. l. VII.... Mucius [sc. scribit] quae per aes et libram fiant ut obligentur.... nam id est quod obligatur per libram neque suum fit. E si obbligherà il vino: Trebatius Testa 9. nec religione obligabitur ceterum [scil. vinum]; la parola: Svet. Vesp. 4. unde quum obligatam aerario fidem obligare non posset; Plinio VI. 18. 3 Ep. Proinde firmanis tuis.... obliga fidem meam; Cic. Phil. V. 18 Audebo etiam obligare fidem meam; gli dei: Ovid. Fasti II. 62 nec satis est homines; obligat ille Deos e altre cose consacrando: Cic. Dom. 40 sed etiam in posterum tempus sempiterna religione obligare. Dopo ciò non si può rimanere incerti di questo che *sempre* nelle nostre fonti l'« obligare » va tradotto per « asservire » e *mai* per obbligo. Il dovere esula dal concetto dell'obbligazione romana. Si è obbligati in quanto si deve, questo sì; ma appunto il dovere dare, fare e prestare è soltanto il presupposto per cui si è obbligati, cioè asserviti Per questo diventano possibili le frasi vedute: obligatio debiti, e obligatio nominis, in cui il dovere, il debito e il credito, è presentato chiaramente come la causa anzi che l'essenza dell'obbligazione. In quegli stessi pochi testi dove l'« obligare » o coll' « ad » o coll' « ut » o col « de » pare che si possa tradurre nel senso moderno per essere obbligati a far qualche cosa, per dover fare qualche cosa, non si deve invece tradurre così. Non si rende il pensiero romano a codesto modo. L'« ad » e l'« ut, » e il « de » indicano il fine e la misura dell'asservimento. I giuristi affermano sempre anzitutto l'asservimento; poi indicano i limiti suoi, che son dati da ciò che si deve dare, fare, prestare. Ad es. l. 12 § 1 D. 20. 5. Triph. verum obligatus est ad id restituendum; non va tradotto: è obbligato a restituire ciò; ma: è asservito al fine che

per questo che codesta interpretazione è erronea. » Vinculum

restituiscia ciò. Che questa traduzione, la quale ci riesce tanto ostica, sia esatta, appare dal testo cit. di Scevola l. 127 D. 45. 1. esse autem fideiussorem obligatum ad hoc ut vivo homine conveniatur, vel ex mora sua postea. Anche qui c'è un « obligatus ad »; ma è chiaro che nessuno è obbligato « ad essere convenuto »; tradurremo per forza nel modo stesso di prima: il fideiussore è asservito al fine che sia convenuto. Perciò in l. 25 § 11 D. 5. 3. cit. coll' « ad » si può congiungere il complemento « sibi »: quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt; testo che si deve per forza tradurre: quantunque abbiano asservito a sè alcuno al fine che rimunerì. Venendo all' « ut », ad es. Gaio 2. 214. non videri obligatum heredem ut mancipet aut in iure cedat, non si tradurrà: l'erede non è obbligato a mancipare o cedere in iure; ma non è asservito al fine che egli mancipi o ceda in iure. Altrove Gaio stesso scriverà 3. 126 quod [scil. fideiussores] ita obligari non possunt ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur. at ex diverso ut minus debeant obligari possunt. E qui ci appar chiaro quel senso di asservimento che nel testo precedente ci appare meno chiaro. Perchè « essere obbligati a dovere » è frase senza senso. Ma si traduca il testo: i fideiussori non possono essere così asserviti che devano più... ma bensì così che devano meno; e avremo un senso persuasivo; il dover più o meno è la misura dell'asservimento. Lo stesso senso dell'« ut » ci apparirà chiaro da l. 18 D. 31. Celso: heredem meum ita tibi obligare possum ut.... dare eum tibi dannas sit. Anche qui non si può tradurre: obbligare ad essere dannato a dare; ma: asservire nel senso che deva dare. « Obligare » col « de » nasce dall'indicare il « de » il punto intorno cui cade l'asservimento, come l'« ut » e l'« ad » il fine, come si è visto, di esso. Ad es. Gaio 2. 278. Titius heredem suum obligatum reliquit de fideicommissio restituendo, non significa: lo lasciò obbligato a rendere il fedecommesso; ma lo lasciò asservito rispetto alla restituzione del fedecommesso. Questo senso del « de » si accetterà quando si confronti la lex Iulia e Papia Poppaea citata: de quibus iuraverit, promiserit, obligatusve erit; perchè il « de » non può stare qui con « obligari » in senso diverso da quello in cui sta con « iurare » e « promittere » e con questi termini sta evidentemente nel senso del punto intorno cui cade il giuramento, la promessa. « Pro dote » obligatam in l. 32 § 2 D. 12. 6. va tradotto: asservita a titolo della dote, e s'intende quindi: asservita pel fatto di dovere la dote; « obligatus pro parte » e « obligatus in » significherà asservito in relazione alla parte, alla somma, al fondo, alla cosa, al vecchio credito ecc. ecc. Sarà anche lecito riferendosi all'obbligo per cui si è asserviti parlare di parte dell'obbligazione es. l. 26. § 13 D. 12. 6. Ulp. partem

ius » non vuol dire il legame ideale che avvince il debitore al creditore ⁽¹⁾; ma il vincolo del debitore in antitesi alla libertà degli altri cittadini; l'obbligazione è « vinculum iuris » non perchè lega l'uno all'altro; ma perchè lega l'uno e non lega gli altri ⁽²⁾.

Un fenomeno, più che analogo, identico a questa costituzione di uno stato anormale personale si produsse in Roma

dimidiam obligationis. Il senso di « asservimento » è palese nella frase « in vetus creditum obligari » della l. 22. D. 42. 8, dove, come appare, il credito e l'obbligazione sono distinti nello stesso modo che sono distinti il debito e l'obbligazione nella frase di Giuliano cit. l. 15. D. 16. 1. cum maneam debito obligatus. Senza dubbio, per concludere, il dovere e l'asservimento dal dovere erano due idee che doveano accostarsi, perchè, pur essendo diverse, coincidevano. Nel corso del tempo le forme che nacquerò dalla distinzione dell'asservimento e del dovere restarono a indicare solo l'oggetto del dovere, « obligatus.... inservire.... » significa al tempo di Anastasio e precisamente della costituzione citata (497-499): « obbligato a servire »; ma intanto resta che tutti i testi romani dalle antiche leggi, a traverso la letteratura giuridica e non giuridica, sin dentro la letteratura post classica riescono e quanto al senso assoluto in cui si adopera il termine « obligare » senza cioè alcun complemento e in particolare senza il complemento che indichi ciò a cui si è obbligati e quanto al rilievo presso che costante della causa e della persona verso cui ha luogo l'obbligazione, e quanto alla forma che assume quel che sembra il complemento oggetto, e quanto al significato ultimo veduto della cosa a cui ci si lega, ci si asservisce, e quanto agl'impieghi del termine fuori del campo degli obblighi personali, una prova palese e assoluta di quel che costituisce l'essenza dell'obbligazione romana.

⁽¹⁾ Una forma che pare contraddire la nostra idea s'incontra nelle leggi seguenti: l. 58 D. 2. 14. consensu eorum qui inter se obligati sint; l. 42 § 2 D. 3. 3. ea obligatio quae inter dominum et procuratorem consistere solet mandati actionem parit. Ma son testi interpolati. Tale risulta il secondo dal « solet » e dal suo carattere didattico. Circa al primo, l'interpretazione delle prime parole della l. 58, vista da tempo, importò anche quella delle nostre, che sostituiscono termini riferentisi nell'originale solo al compratore e venditore (v. il mio *Contratto cons. classico*, p. 16).

⁽²⁾ Perciò è possibile una obligatio senza un creditore come nel votum. V. KARLOWA, *op. cit.* II, p. 580. A « vinculum iuris » i compilatori crearono per l'obligatio naturalis una corrispondenza colla frase « vinculum aequitatis » in l. 95 § 4 D. 46. 3.

quanto allo stato dei fondi. Lo rilevo, perchè illumina e conferma il mio pensiero. Ricordo infatti che un tempo il territorio di ogni gente era in sovranità-proprietà della gente stessa insediata su di esso; questa condizione del suolo formava la base politico-economica della vita della gente. Venne ora il giorno che una gente concesse ad un'altra un diritto di passaggio attraverso il suo territorio. Avendo l'indole del diritto permesso di riferirlo ai territori, anzi che alle genti nella loro collettività dai due lati, ecco sorgere una nuova figura di diritto che importava in sè e secondo l'opinione dei gentili uno stato anormale di dipendenza di un territorio gentilizio dall'altro. Questa figura e il giudizio relativo che se ne faceva non sparirono collo sciogliersi dei territori gentilizi nei fondi rustici dei patres familias. Bisogni analoghi a quelli per cui i diritti di passaggio erano stati accordati ad un agro gentilizio per l'altro, li fecero infatti accordare ad un fondo per l'altro. In questa nuova applicazione certo il tipo del diritto subì qualche mutamento. Esso precisamente si mutò, in quanto il rapporto si guarda rispetto ai fondi, in un diritto di un fondo in proprietà privata sopra un altro fondo nella stessa condizione; e in quanto si guarda rispetto ai suoi subbietti personali, in diritto di ogni successivo proprietario di un fondo contro ogni successivo proprietario dell'altro. Il mutamento non era però che conseguenza delle nuove condizioni del dominio. E per ciò non è sostanziale: la sovranità sul territorio determinava infatti i subbietti personali del rapporto prima; la sovranità sul fondo li determina anche ora. Era indifferente prima che mutassero le persone che componeano l'aggregato sovrano; è indifferente ora che muti l'individuo sovrano. Sopra tutto poi, siccome i patres familias continuarono a concepire il loro dominio sui fondi al modo stesso che la gente concepiva il suo sull'agro gentilizio, cioè come sovranità-proprietà, essi continuarono anche a considerare come base della vita della famiglia questa condizione dei fondi e per conseguenza continuarono a considerare il diritto di passaggio di cui un fondo fosse gravato come un suo stato anormale, una sua particolare soggezione estranea di per

sè all'ordinamento famigliare circa la terra. Ed ecco il diritto stesso assumere nel tempo il nome di servitus, drastica espressione, non applicabile agli uomini obbligati, per non confonderli coi servi, opportuna per i fondi anche in ragione della possibile perpetuità della soggezione. Fondi servienti ed uomini obbligati fanno così il paio. Del fondo si dice che serve, per lo stesso motivo, pel quale dell'uomo si dice che è obbligato. L'antitesi è sempre con uno stato normale di libertà e riproduce, col temperamento necessario quanto agli uomini, l'antitesi sempre presente al pensiero delle società antiche fra liberi e servi. Del fondo che cessa di servire si dice quindi che diventa libero, come dell'uomo, che cessa di essere obbligato, si dice che consegue la liberatio. La libertà dei fondi è come quella degli uomini; non cioè assenza d'obblighi ⁽¹⁾. Oneri connessi alla proprietà fondiaria furono conosciuti ab antico in Roma. Ma come gli obblighi degli uomini non sono obbligazioni, se conseguono dall'ordinamento e atteggiamento normale necessario dei gruppi e della città, così i limiti legali del dominio non sono mai servitù, perchè sono modalità del dominio stabilite per necessità riconosciute della convivenza, in quanto queste toccano l'esercizio della proprietà fondaria ⁽²⁾. Nessuna me-

⁽¹⁾ Mettono insieme delle ingenuità e delle contraddizioni i moderni, quando spiegano i termini di servitù e di obbligazione, dicendo che la servitù limita la libertà naturale dei fondi, l'obbligazione la libertà naturale degli uomini. Per gli uomini la libertà naturale dovrebbe essere costituita dall'assenza di ogni vincolo giuridico; dunque sarebbe la condizione dell'uomo fuori di ogni organizzazione sociale! Per i fondi la libertà naturale dovrebbe essere il loro soggiacere esclusivamente al dominio. Perchè un fondo gravato del dominio deva dirsi *naturalmente* libero e perchè questa libertà abbia qualche cosa di comune con la libertà naturale degli uomini nessuno saprà certo comprendere.

⁽²⁾ Non v'ha che un testo, a mia saputa, dove un limite legale del dominio prenda il nome di servitus. È la l. 1 §§ 22 23 D. 39. 3. Sed et si vicinus opus tollat et sublato eo aqua naturaliter ad inferiorem agrum perveniens noceat, Labeo existimat aquae pluviae arcendae agi non posse: *semper enim hanc esse servitutem inferiorum praediorum ut natura profluentem aquam excipiant*. Le parole sottolineate sono una dichiarazione bizantina a scopo didattico latinamente mal concepita.

raviglia quindi che i due nomi di obligatio e di servitus si equivalgano. L'equivalenza è già implicita nelle frasi citate: reponere se in obligationem, redire in obligationem e specialmente nella frase: revocari in pristinam obligationem. Esplicita ci appare nella fiducia e nel pegno; due vincoli anch'essi della cosa anormali, straordinari, che non potendo prendere il nome di servitus, perchè già divenuto tecnico per le servitù, assunsero quello di obbligazioni: si parla infatti, in quanto per fiducia s'intenda la cosa data in garanzia, di fiducia obligata, e per la fiducia, come pel pegno di obligatio rei, nexus rei.

Pari sono i nomi anche per il loro carattere, che accenna ad una origine loro, non dico anche della cosa, in uno stesso stadio di civiltà. I nomi degli stati normali personali o reali ⁽¹⁾ sono tutti nomi propri dello stato e non significano altro che lo stato, tolto quello di manus, che tradisce altrimenti la sua rozza origine, cioè in quel modo, con cui la tradiscono anche gli altri: col carattere primitivo. O hanno infatti un'origine ignota, o la hanno in linguaggi anteriori al latino, o, se si trova in questo, si trova anche che il nome è rozza-mente, materialmente formato. Ad es. manus è espressione di ogni potere del pater familias, perchè la mano è strumento di assoggettamento; il plebeo si chiama così dalla folla, il precario dalle preci, il cliente dall'obbedire alla voce. I nostri due nomi di servitus e di obligatio sono degni invece di un popolo culto ⁽²⁾. Non sono nomi propri dei rapporti;

§ 23 Eritque ista quasi servitus in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum. È evidentemente bizantino qui sia « quasi servitus » !! che la concessione indifferentemente dell'utilis actio e dell'interdictum.

⁽¹⁾ Ad es. servus, liber, gentilis, plebeius, cliens, civis, pater, filius, uxor, manus, dominium, precarium, peculium, heres, possessor, tutor, curator, tribunus, consul, praetor, pontifex, senator, miles, rex, magistratus ecc.

⁽²⁾ L'uno già non ci appare che nella tarda repubblica come surrogato della frase iura praediorum più antica; l'altro nel senso di obbligazione personale, come conseguenza di un voto, appare la prima volta in Plauto, Men. V. 3. vv. 4-5 Ait se obligasse crus fractum Aescu-

viveano anteriormente ad essi e furono soltanto applicati loro con felice traslato. Hanno carattere immaginoso, direi quasi artistico; esprimono non la cosa, ma l'impressione che fa la cosa; non il rapporto, ma la negazione di libertà, che è nel rapporto.

Il fas non presenta un fenomeno diverso dal ius. Doveri religiosi verso gli Dei incombevano a singoli, a gruppi familiari, alla città. Ma appunto quei doveri religiosi, che costituivano una normalità, non erano obbligazioni religiose nel concetto romano. Faccia però alcuno un voto, faccia altri a carico di uno una devotio, e allora sorgeranno da questi atti delle obligationes: nel primo caso il vincolo sarà come da contratto, nell'altro come da delitto, in quanto il devotus è esposto alla vendetta degli dei (1). E lo scioglimento del vincolo religioso prenderà ancora il nome di solutio (2).

Il concetto dogmatico qui svolto dell'obbligazione come stato personale e stato di asservimento in antitesi ad una condizione di libertà presuppone però non solo che le obbligazioni siano obblighi anormali in quanto non sono parte o derivazione della costituzione del gruppo, ma ancora che lo stabilimento di esse sia storicamente un fatto nuovo e straordinario.

Riprendiamo quel paragone colle servitù che getta tanta luce sulle obbligazioni. Le servitù prediali rustiche e le servitù dei fondi urbani, come si è detto, in origine non erano. Il territorio di ogni gente bastava normalmente ad essa per la

lappio—Apollini autem brachium. Il senso di un altro testo di Plauto ove a ogni modo però si parla di fondo ed edificio obbligato, è incerto. Il testo suona: huic homini amanti mea era apud nos naeniam dixit domi; — Nam fundi et aedes obligatae sunt ob amoris praedium. I due testi sono in COSTA *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto* p. 266. Su di essi V. HUVELIN *art. cit.* p. 45 n. 1. Nei monumenti legislativi « obligatio » si trova la prima volta nella lex Agraria del 643. l. 47: neve de ea re quis ob eam rem, quod praes factus est, populo obligatus esto.

(1) Sopra l'uso del termine obligatio nel voto, e nella devotio v. la nota precedente e l'art. ivi citato dell'HUVELIN p. 33-44. V. anche i testi citati in KARLOWA, *op. cit.* II. p. 580.

(2) HUVELIN, *art. cit.* p. 62 segg.

sua stessa ampiezza senza i vincoli di un altro. Alle eventuali deficienze del proprio si provvedea colla conquista dell'altrui. È solo, dobbiamo ritenere, in conseguenza dell'accostamento di sedi e dell'intreccio di vita che precedette lo stabilimento della federazione e tanto più nella pratica della vita federativa che codesti vincoli devono essere sorti, per essere poi applicati con frequenza tanto maggiore ai fondi rustici dei patres familias, nati dal frangimento degli agri gentilizi e che fungono rispetto alla famiglia come questi rispetto alla gens. Quanto ai fondi urbani è noto che la loro struttura e l'ambitus li dispensavano originariamente da servitù. Queste non si stabiliscono tra di essi che quando le case s'innalzano, s'addossano e si affollano. Or se tutti questi vincoli dei fondi si chiamarono servitù in antitesi a una condizione normale di libertà del fondo, a sua volta l'idea di questa condizione normale non è dunque scaturita da una speculazione o da un desiderio, ma da ciò che gli agri gentilizi e gli edifici furono in realtà un tempo tutti liberi. È per questo che il fondo libero al tempo delle servitù è optimus maximus. Esso è il fondo romano, conforme cioè alla tradizione originaria di Roma. La necessità riconosciuta dalla civitas di favorire l'utilizzazione dei fondi o almeno di evitare contrasti tra vicini imporrà i limiti legali del dominio a questi fondi. Tutti i vincoli ulteriori, che pur la città dovrà riconoscere, nasceranno invece dallo sparire di quel fondo materialmente autonomo, saranno un correttivo destinato a ottenere gli stessi risultati che si otteneano prima nella libertà dei fondi. Così l'antitesi dogmatica delle servitù con una condizione normale di libertà dei fondi non è che il risultato dell'antitesi storica fra il fondo servo e il fondo che nel periodo primitivo della vita di Roma è sempre libero.

La stessa visione storica dobbiamo avere circa l'obbligazione. Anche qui l'antitesi dogmatica del cittadino obbligato con una condizione normale di libertà dei cittadini è il risultato dell'antitesi storica con una condizione primitiva di vita gentilizia, in cui la gens può mantenere tutta la sua autonomia verso altre genti, perchè ne vive separata e può questo per

essere internamente costituita così che tutti i bisogni suoi sono soddisfatti senza che incorra in obblighi verso altre genti. Anche qui dobbiamo pensare che solo un nuovo accostamento di sedi ed intreccio di vita abbia condotto una gente ad incorrere in obblighi da delitto o da contratto verso di un'altra. Frantesi le genti nelle famiglie, queste coltiveranno in ragione della loro struttura politica e vastità lo stesso ideale, non astratto, ma storico di una piena autonomia materiale di vita e diranno quindi asservimenti anche gli obblighi sorti nei modi veduti tra loro (1). Codesto ideale non era offuscato dallo stabilimento della federazione, la quale non fa che creare un nuovo gruppo, e con esso gli obblighi inerenti alla sua vita, ma lascia intatto il ricordo delle condizioni preciveche della vita di gruppo, in relazione alle quali soltanto si determina l'idea di obbligazione. La quale quindi importa nel nome stesso l'idea di un male per quanto necessario. E niuno intende l'essere e la storia delle obbligazioni se non pensa che i singoli casi di obbligazione erano per i romani frutto e manifestazione di decadenza del tenore di vita sociale e giuridico primitivo. Non un suo svolgimento, non un suo perfezionamento, ma qualche cosa, che non dovrebbe essere e che è solo perchè vengono meno col tempo quelle condizioni di fatto che pur nella federazione si poteva pensare che continuassero a sussistere e a favorire il mantenimento dell'autonomia di vita accennata dei gruppi.

Non abbiamo esposto una mera ipotesi. Vedansi anzi tutto i delitti obbligatori (2).

La configurazione del furto, le distinzioni principali che se ne fanno, le pene con cui è punito, mi sembrano non trovare alcuna spiegazione, se nel furto si vede il reato dell'in-

(1) Se troveremo la parola applicata anche all'individuo che non è o non può nemmeno divenire *paterfamilias*, questo è frutto di quell'avanzarsi dell'individuo come titolare anche d'obbligazioni, a cui si è accennato precedentemente. Del resto pur l'individuo trae l'ideale storico della sua condizione normale di libertà dalla sua situazione nell'autonomia di vita dei gruppi.

(2) Per la giustificazione di questa frase rinvio a pag. 114.

individuo contro l'individuo, e trovarla invece facile e piana, se ce lo raffiguriamo in origine come razzia di una gente contro l'altra per depredarla delle sue cose. Se, durante la razzia, la gente assalita assale i predatori prima che pongano in salvo le robe, si ha la battaglia, con le morti di chi combatte, con la prigionia, cioè la servitù, di chi cede le armi e si rende prigioniero. È così solo che intendiamo come il ladro manifesto sia punito di morte, se, assalendo di giorno, si difende colle armi, sia punito coll'addictio (surrogato della servitù primitiva) se non si difende, e sia sempre punito di morte, se è ladro notturno, si difenda o meno, perchè nella confusione di un assalto notturno e nella sua gravità non si risparmi nel combattimento nessuno. A razzia compiuta non è più il caso di battaglie difensive, ma neppure, al momento, di offensive per compiere una contro razzia. La gente assalita fu infatti vinta. Ciò che resta possibile si è che la gente predatrice, nel timore di possibili offese avvenire dei depredati, accordi loro una soddisfazione. Perciò nell'epoca storica del reato, nel caso di furto non manifesto scompare la pena di morte, scompare l'addictio e il furto è punito, imponendo al ladro la prestazione del doppio valore di ciò che sottrasse. Dove la razzia abbia avuto luogo di nascosto, e ciò significa da parte di una gente timorosa della forza superiore di un'altra, la gente depredata cercava di constatare mediante persone che s'introducevano disarmate nel territorio della gente assalitrice, l'esistenza delle cose rubate. Trovatele, avveniva l'assalto per riprenderle, la contro razzia, ancora colle morti e le prigionie conseguenti. Ed ecco perchè la pena del *furtum lance et linteo conceptum* (la nudità per me sostituisce il disarmo; « *nudus* » in latino significa infatti anche disarmato) è la medesima che nel furto manifesto (1).

O la forma collettiva dell'offesa o lo spiccato indirizzo collettivo di essa spiega la gravità e la pena di altre offese.

(1) Non intendo, si capisce, di spiegare tutti i particolari del furto. Mi basta cogliere quanto è essenziale all'intelligenza delle principali norme di esso.

Il malum carmen incantare, il fruges excantare, l'incendio del cumulo di grano presso la casa, tutti reati capitali, presuppongono anzi che l'atto dell'individuo contro l'individuo, l'offesa collettiva; sono gli atti di dispregio di una gente contro un'altra, sono le imprecazioni religiose, le malie al territorio di una gente, sono le collettive invasioni del territorio altrui per recar danno alle case, alle messi, con le conseguenti battaglie e le morti. Solo dove l'offesa non sia tale da provocare la battaglia, ma la vendetta isolata, solo allora troveremo il taglione e le pene pecuniarie.

Forme di vita collettiva di gruppi separati sono dunque i delitti obbligatorii; le loro repressioni ci richiamano a stadii di barbarie in cui tra le gentes impera la forza e non la giustizia e tanto meno il diritto. Solo quando queste genti accosteranno le loro sedi e andranno fondendo le loro vite, la stessa maggiore facilità di lesioni reciproche farà sì che prima la società delle genti stesse determinerà quale è la lesione che giustifica la vendetta e poi lo Stato delle genti, la civitas, convertirà, disciplinandola, questa giustizia in diritto. È solo quindi nelle nuove condizioni di vita, che la federazione favorisce, che chi delinque non solo si espone, ma si sottopone alla vendetta e sorge l'obbligazione da delitto. La quale procura al gruppo offeso la stessa soddisfazione di prima; una soddisfazione di vendetta; ma per via non più di un'azione corrispondente allo stato di piena autonomia di vita dei gruppi, bensì pel tramite di una necessità di diritto internazionale prima, quindi di diritto interno, che il gruppo offensore, la subisca. Ed è questa necessità che ora esercita quell'ufficio di tener lontane le offese, che era data anteriormente dall'indipendenza di vita locale del gruppo e dalla corrispondente reazione privata all'offesa.

Obbligatorii resteranno solo questi delitti, che si diranno privati, in antitesi ai pubblici che non obbligano. Questa distinzione ora di delitti pubblici e privati corrisponde a capello alla distinzione tra limiti legali del dominio e servitù. Quei primi delitti sono gli atti illeciti che la federazione crede di punire, perchè altrimenti si renderebbe impossibile il suo

mantenimento. Gli altri sono gli atti illeciti che non sembrano importare un pericolo uguale e che interessano soltanto la vita dei singoli gruppi. Ma perchè interessino solo questa vita, e non quella della civitas, occorre presupporre anche quell'indipendenza materiale primitiva di esistenza, di che abbiamo discorso. Cessate queste condizioni, la distinzione per qualche tempo durerà ancora, in quanto parrà, aiutando il costume, che le pene private siano sufficienti anche alle necessità pubbliche. Ma alla fine vincerà il pensiero dell'ordine pubblico, e quei reati privati diventeranno anche pubblici.

Venendo alle obbligazioni contrattuali ⁽¹⁾, colpisce l'esiguità

(1) Do questo nome, in conformità a quanto dissi precedentemente, a tutte le obbligazioni non da delitto. Delle quali credo opportuno fare subito qui l'enumerazione; e questa farò, non seguendo un'idea subbiettiva di obbligazione, ma fondandomi sulla nomenclatura; riconoscendo cioè per obbligazioni tutti e soli quei casi di obblighi personali non da delitto, in relazione ai quali in testi certamente genuini (per questo lascio da parte le istituzioni giustiniane) troviamo usato il termine obligare e derivati. Questa è l'unica base positiva per determinare così la natura come i limiti dell'obbligazione romana. Per alcuni casi poco contemplati nelle fonti citerò tutti i testi relativi; per altri, ove il termine ricorre moltissime volte e in particolare per i casi di obbligazione compresi nello schema gaiano, mi limiterò a citare solo qualche testo preso da documenti originali o da scrittori non giuridici. Congiungerò all'enumerazione via via l'esposizione di quei dati, da cui risulta l'assenza della obbligazione che si considera nel periodo primitivo della vita romana, dove sia opportuno e dove si possa far brevemente, dato che non abbia già fatto questo nel testo, rinviando per gli altri casi ai risultati delle indagini storiche sin qui compiute dalla scienza, divenuti di conoscenza comune. Il lettore deve però tener presente che l'obligatio può precedere storicamente l'azione relativa, la quale non è che la sanzione data all'obbligazione dallo Stato.

Il termine « obligare » si trova usato per i praedes. Lex Agraria (a 643) 47: neive de ea re quis ob eam rem, quod praes factus est, populo obligatus esto. — Lex munic. Malacitana a. 81-84 cap. 64... ii omnes et quae cuiusque eorum tum fuerunt erunt, cum praes cognitorve factus est erit, quaeque postea esse, cum ii obligati esse coeperunt coeperint... in commune municipum eiius municipii item obligati obligataque sunt, ut ii eave populo romano obligati obligatae essent. Festo v. Praes est is qui populo se obligat interrogaturque a magistratu, si praes sit; ille respondit: praes. — Svet. Vesp. 4. praediis cavere unde

straordinaria del numero loro nei primissimi tempi del diritto

quam obligatam aerario fidem obligare non posset. I praedes, come è noto, sono persone che impegnano la loro fede nei contratti fatti collo Stato o nel procedimento. A dilucidazione di ciò che affermo circa ai praedes nel testo, ricordo che lo Stato in origine eseguiva le costruzioni imponendo ai cittadini corvées (munera) e levava le imposte coi suoi ufficiali (ricordo il tribunus aerarius). Sull'età relativamente tarda del ius praediorum v. MOMMSEN nella *Zeitschr. d. S. S.* XXIII, p. 441.

Quanto ai « vades » Gaio III 187 scrive: nec vadimonio invitas obligare possumus. Egli si riferisce alla promissio certo die aliquem sisti (vadimonium). Se il termine « obligare » s'incontra pel vadimonium, doveva certo essere usato pei vades che si facevano garanti della promessa. Più antichi sono i vades fuori del giudizio per i quali rinvio al LENEL *Das Nexum* op. cit. p. 97.

« Obligat » il giuramento. Cic. de off. I. 11. eum obligaret militiae sacramento; in Verr. II. 72 obligentur non solum iurisiurandi atque existimationis periculo, sed etiam communi inter se conscientia; pro L. C. Balbo 15 populus romanus... qui iniussu suo nullo pacto potest religione obligari... Populus enim se nusquam obligavit. — Sulla promissio operarum iurata mi limito a citare: lex Iulia a. 736 e Papia Poppaea a. 762 cap. VI ne quis eorum operas doni muneris aliudve quicquam libertatis causa patrono patronae liberisve eorum, de quibus iuraverit vel promiserit obligatusve erit, dare facere praestare debeto. Nel diritto civile non oblige che il giuramento del liberto. Il giuramento non ha per verità storia. Esso è immemorabile istituto religioso e nella religione di Roma, nel fas, visse come caso di asservimento religioso in antitesi, come notai, agli obblighi religiosi normali sino dalle età più remote. Ma è storico il suo ingresso nel diritto civile romano, prescindendo dal caso in cui si trasforma in sponsio, sia che ci riferiamo ad una ignota disposizione delle dodici tavole, l'esistenza delle quali ci è attestata da Cicerone (de off. 3. 32), e che gli avrebbe dato in certi casi valore, sia che ci riferiamo appunto al caso accennato del liberto che giura le opere, unico caso di giuramento almeno dalla fine della repubblica che sia fonte di obbligazione secondo il diritto. Ora il primitivo diritto romano non conosce la manomissione dei servi nel senso di dazione meramente della libertà.

« Obligat » in mille testi la stipulazione; « obligat » anche quando la promessa costituisce gli sponsali: Festo v. *obnectere*, obligare maxime in nuptiis frequens est; Varro l. l. VI. 69 spondere est dicere « spondeo » qui idem faciat obligatur sponsu; ibid. 71 qui sponderat filiam.... quod sponsu erat alligatus; Cic. Phil. 5. 18. Audebo etiam obligare fidem meam patres conscripti, vobis populoque romano.... promitto, recipio, spondeo. Cic. Caec. II. Si quis quod spondit, qua

romano, indizio certo di un prossimo periodo anteriore, in cui

in re verbo se obligavit uno, id non facit. V. anche il brano prima citato della lex Iulia et Papia Poppaea.

Obbliga la fideiussione nelle sue varie forme. Per questo caso citerò solo il Sc. Vellaeum a. 46.... de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent.... quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis.... cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationis obstringi non sit aequum.

Obbliga il nudo patto nel caso di danari della città prestati dal servus actor: l. 11 § 1 D. 22. 1. Paul. (V. sul testo PERNICE *Parerga* VIII, p. 58) combinata con l. 30 D. eod. Anche interpretando l'« ipso iure » della l. 11 nel senso che non occorra il patto, l'obligatio usurarum scende dal mutuo.

Che il votum « obligat » è detto nel citato testo di Plauto (p. 77 n. 2). Vedasi anche le leges arae Augusti Narbonensis a. 11 e ¹²/₁₃ Numini Augusti votum susceptum a plebe Narbonensium in perpetuum.... qui se Numini eius in perpetuum colendo obligaverunt; Cic. de leg. II, 16 voti sponsio qua obligamur Deo e l. 2. D. 50. 12. Il « votum » non ebbe sorti diverse dal giuramento. Vivo ab immemorabili nel fas non dev'essere penetrato nell'ius civile che in epoca relativamente tarda, dato pure, ciò che, come è noto, è discusso, che abbia mai nel ius civile avuto sanzione. La devotio, per la quale ricorre la parola « obligare » (V. i testi delle tavolette magiche riportati nel citato art. dell' HUVÉLIN) rimase certamente mero istituto religioso.

Gaio III 95 a. annoverava certo tra i casi di « obligatio ex contractu » la dotis dictio. Ulpiano (VI. 1; XI. 20), disponendo i tre modi di costituzione della dote così: dos aut datur, aut dicitur aut promittitur, indica forse anche l'ordine storico nel quale sorsero. Di qui la costanza, con cui i tre modi sono nominati nello stesso ordine anche in altri testi: nella lex Julia de maritandis ordinibus secondo Ulp. XI. 20 e nella l. 3 C. Th. 3. 12 (v. KARLOWA *röm. Rechtsg.* II. p. 200 seg.).

« Obligat » la pollicitatio. L. 1 §§ 1. 3; l. 14 D. 50. 12. Ed è istituto che sorge evidentemente nell'età imperiale. Sono soltanto costituzioni d'imperatori, che lo regolano.

Il termine « obligare » s'incontra pel constitutum. L. 1. § 2 D. 13. 5. Ulp.; l. 5 § 10 D. eod. Ulp.; che cita Pomponio; l. 15 D. 15. 3. Ulp. In l. 36 D. 12. 2. riterrei interpolate le parole « id est de priore obligatione ». La l. 27 D. 13. 5, che pure contiene il termine « obligatus », si riferiva al receptum. Il « constitutum » è istituto pretorio, dunque non originario nel diritto romano.

Dicasi lo stesso del « receptum » nautarum etc., rispetto al quale il termine « obligare » s'incontra in l. 1. § 2. D. 4. 9. Pomp. presso Ulpiano; il caso è qualificato per obligatio implicitamente anche in

neppure queste prime obbligazioni esistevano e dunque di una

l. 6 § 1 D. eod. Paolo. Nel receptum arbitrii non compare il nostro termine, ma solo si parla di « cogere » che fa il magistrato, perchè era rimesso al suo criterio amministrativo l'applicazione della multa pel caso che l'arbitro mancasse all'impegno.

Il receptum argentarii è un caso di obligatio secondo la l. 27 D. 13. 5 cit. e presuppone lo sviluppo del commercio del denaro e il sorgere di un sistema bancario. Che in tutti i casi di « recipere » si dovesse avere « obligatio » risulta anche dal testo citato di Cic. Phil. 5. 18.

Obbliga il nexum. Qui il termine « obligare » è già implicito nel nome stesso di « nexum ». Vedasi poi Varro l. 1. VII. 105. *Nexum*.... Mucius, quae per aes et libram fiunt, ut obligentur, praeter quam mancipio dentur.... nam idem quod obligatur per aes et libram neque suum fit, inde nexum dictum. Può darsi il nexum non sia che « l'obligatio auctoritatis » cioè la promessa fatta all'atto della mancipazione di rispondere per l'evizione Paul. rec. sent. II, 17; il valore obbligatorio nel diritto civile della promessa risale alla disposizione delle XII tav. cum nexum faciet mancipiumve uti lingua nuncupasset ita ius esto. Se il nexum era mutuo in danaro, esso presuppone l'introduzione dell'aes grave.

« Obligat » la fiducia. L'« obligatio fiduciae » si trova nelle nostre fonti, si capisce, solo correggendo i testi che trattavano della fiducia e che i compilatori adattarono al pegno. Cito dietro le interpolazioni raccolte, più che indicate, dall'OERTMANN *Fiducia*. L. 45 pr. D. 13. 7. et videtur finita esse fiduciae obligatio et a contractu recessum; l. 27 § 1 D. 17. 1. Si servum ea lege mancipavero (o fiduciae dederò) ut eum post mortem meam manumitteres constituit obligatio; l. 18 § 1 D. 39. 5 Denique refert Aristonem putare, si servum tibi mancipaverò ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium fiduciae agi (LENEL), quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque inquit, si ob hoc tibi mancipassem ut eum continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem; l. 3. C. 4. 24. Creditor qui praedium fiduciae sibi nexum detinuit, fructus quos percepit vel percipere debuit in rationem exonerandi debiti computare necessè habet et, si agrum deteriore constituit, eo quoque nomine fiduciae actione obligatur. La storia della fiducia è disputata; v'ha chi crede a un rapporto originario di mera « fides » non tutelato dal diritto; altri ne fissa le origini in un periodo tardo quando cioè la mancipatio era divenuta una emptio imaginaria (KARLOWA op. cit. II p. 569).

Il termine « obligare » s'incontra ancora pel giudizio. Gaio infatti III. 180. scrivendo che colla litis contestatio « obligatio quidem principalis dissolvitur », viene a dire che è « obligatio » quella che

piena separazione di vita delle genti. Della quale del resto

sorge dalla litis contestatio (condemnari oportere) e poscia quella che sorge dalla condanna (iudicatum facere oportere); l. 4 § 7 D. 42. 1. Ulp. qui ea obligatione liberatus est, quae, ex causa iudicati descendit; l. 2 §§ 4. 5. D. 16. 1. Ulp.; l. 30 § 6. D. 40. 5. Ulp. perinde fratribus et coheredibus suis obligati erunt, atque si ob eam rem ex causa iudicati cum his agi possit; l. 8 § 3. D. 46. 2. Ulp.... non ut obligatione iudicati discedatur. Ulpiano è meno assoluto nell'affermazione dell'obligatio indicati in l. 3 § 11 D. 15. 1. nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi; proinde non originem iudicii spectandam sed ipsam indicati velut obligationem; l. 16 § 1 D. 16. 1.

Obligat il legato: Gaio 2. 214.; l. 36 § 2 D. 7. 1. Afr.; l. 82 pr. D. 30. Jul.; l. 84 § 11 D. eod. Iul.; l. 11 § 1 D. 31. Pomp.; l. 49 § 3. D. 31. Paolo che cita Proculo; l. 34 § 1 D. 34. 2. Pomp. che forse cita Q. Mucio; l. 87 §§ 4. 7 D. 35. 2. Jul.; l. 17 D. 36. 2 Jul.; l. 22 § 1 D. 34. 1. Val.; l. 18 D. 31 Celso. Obligat il fedecommesso: l. 6 § 1 D. 32. Paolo che forse cita Giuliano; l. 3 § 1 D. 32. Ulp.; l. 18 § 2 D. 36. 1. Ulp.; l. 78 D. 36. 1. Scaev.; l. 7 D. 34. 5. Gaio; l. 32 § 4 D. 35. 2 Maec. Gaio 2. 277. Obligat il modus in un testamento ove per esso ci sia azione: l. 7 D. 33. 1. Pomp. posto che il testo sia genuino (V. DI MARZO *Saggi critici ai libri di Pomponio ad Q. M.* p. 66 segg.)

Il termine obligatio ricorre per il dovere di restituire la dote: l. 8 D. 4. 5. Gaio, un testo, dove i termini « de dote » sono interpolati in luogo di « rei uxoriae » (V. LENEL *Pal.* 107 n. 2). L. 73 D. 23. 3. Paul. mutus surdus caecus dotis nomine obligantur quia et nuptias contrahere possunt. L'obbligo di costituire la dote non è mai qualificato invece per « obligatio ». La l. 32 § 2 D. 12. 6. Jul. mulier si in ea conditione sit ut credat se pro dote obligatam, non può accennare alla credenza della donna di dover costituire la dote per il suo stato personale; ma di doverla costituire per una certa « conditio » in cui è, che gliene faccia altrimenti obbligo; ad es. perchè ritiene che il defunto da cui ereditò la abbia promessa con stipulazione. Il testo contempla la stessa ipotesi di l. 26 § 12 D. 12. 6. Ulp. Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit: condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Julianus... scripsit. Or qui è chiaramente sottinteso che il liberto si creda obbligato da giuramento mentre ad es. lo prestò da schiavo e non da libero, o la promissio iurata non seguì nel modo dovuto, oppure addirittura (il caso è possibile) credette di aver prestato un giuramento che non prestò. In genere l'ipotesi della donna che si crede « pro dote obligatam » non è diversa da quella contemplata ad es. in l. 2 § 3 D. 39. 5. Iul. si pecuniam quam me tibi debere existimabam iussu tuo sponpoderim; e in l. 5 § 1 D. 19. 1. Paolo: sed si falso existimans se damnatum vendere vendiderit, testi dove occorre sempre l'ipotesi di un negotium.

abbiamo precisamente in questo campo altre prove. Poichè il

Il termine « obligata » usato così assolutamente nella l. 32 § 2 cit. accenna ad una stipulazione.

Il quasi usufrutto non obbliga che in un caso ove vale mutuo: l. 44 D. 46. 3. Marc. item si ususfructus pecuniae numeratus legatus fuerit evenit ut una numeratione et liberetur heres ex testamento et obliget sibi legatarium. Non abbiamo adunque qui che un'ordinaria obbligazione da mutuo.

Obbliga la communio nel caso di spese fatte da un socio sulla cosa che sa comune l. 14 § 1 D. 10. 3; l. 29 pr. D. eod. (la l. 46 D. 44 7 è interpolata sulla fine) entrambe di Paolo; l'obbligazione non sorse che dopo un tempo in cui l'actio communi dividundo serviva soltanto alla divisione della cosa comune.

È forse di origine pretoria e perciò non appartiene al diritto romano primitivo la negotiorum gestio; rispetto alla quale il termine « obligatio » ricorre in l. 7 pr. D. 3. 5. Ulp. § 3. eod.; l. 20 § 1 D. 3. 5. Paolo; l. 27 D. 3. 5. Iav.; l. 6 § 1 D. 17. 1. Ulp.; l. 37 § 1 D. 26. 7. Pap.; l. 8 § 6 D. 34. 3. Pomp. Può supporre che contempri una negotiorum gestio anche l. 9 C. 7. 72 Diocl. e Max. Se pure la negotiorum gestio ha in tutto o in parte origine civile, certo le obbligazioni da negotiorum gestio sono posteriori a quelle da mandato; che non sono neppure esse primitive. È invece indubbiamente pretoria l'actio funeraria, per la quale il termine « obligare » s'incontra in l. 29 § 1 D. 11. 7. Gaio. Is qui filiam familias funeravit, antequam dos patri reddatur cum marito recte agit; reddita dote patrem obligatum habet.

Obbliga il mandato, pel quale mi astengo dal far citazioni, istituito di cui si ammette che non possa essere sorto, nel senso che fu munito di azione prima che lo stato romano non avesse assunto una notevole estensione, così da obbligare molti romani a lasciar per lungo tempo la loro residenza per recarsi assai lontano dal luogo dei loro affari. (V. KARLOWA *op. cit.* II. p. 663, il quale è fra quegli scrittori che attribuiscono al mandato una maggiore antichità). Io lo ritengo però assai più antico.

Di obligatio si parla in relazione alla tutela e alla cura, ma non rispetto al dovere di assumerle (l. 4. § 3. D. 46. 6. nec actio tutelae eum qui non gessit tenet, sed utili actione conveniendus est.) bensì agli obblighi derivanti dall'assunzione dell'ufficio. Per la tutela si parla di obligare in l. 26 D. 26. 5 Scaev. neque obligari quod non gereret; l. 37 pr. D. 26. 7. Pap. Tutorem, qui tutelam gerit, Sabinus et Cassius, prout gerit, in singulas res per tempora velut pluribus causis obligari putaverunt; l. 1 § 21 D. 27. 3. Ulp. In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat § 22 nec enim eadem est obligatio furti et tutelae.... sed plures obligationes: nam et tutelae et furti obligatur; l. 2 § 1 D. eod. Paul. utraque autem actione (scil. de

probabile concetto che l'obbligazione da contratto avesse in

rat. distr. e furti] obligatur. Per l'actio contraria l. 1 pr. D. 27. 4.... quamquam enim sine tutoris auctoritate pupilli non obligentur nec in rem suam tutor obligare pupillum possit, attamen receptum est ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur [ex administratione scilicet interp.] Ometto le prime parole di questo testo, ove torna il termine « obligare » per le incertezze sulla loro genuinità v. GRADENWITZ *Interp.* p. 116; LENEL *Pal.* 1034. Il nostro termine circa alla tutela si presenta anche in l. 1. l. 3. C. 5. 46 ma l'ipotesi si è che la madre abbia chiesto il tutore a suo rischio, ossia promettendo l'indennità. In tal caso l'obligatio nasce, si capisce, dalla promessa. Per la cura l'« obligare » è in l. 67 § 5 D. 23. 2 Tryph.; l. 43 § 1 D. 26. 7; Paul. l. 3 C. 2. 4. Alexander a. 223. Le obbligazioni da tutela e da cura non possono essere primitive per questo che tutela e cura essendo in origine « potestates »; importano officia e quindi responsabilità per atto illecito (actio de rat. dist.) ma non responsabilità per atti leciti. L'origine dell'actio tutelae directa è posta del resto dagli scrittori nel tempo della procedura formulare (GIRARD *Zeitschr. d. S. S.* 14, p. 17). L'actio contraria è certo posteriore.

Obbliga l'operis novi nunciatio; l. 18 pr. D. 39. 1. Pap. in solidum obligabitur qui contra edictum praetoris fecit; l. 23 D. eod. Iav. et is demum obligatus est qui eum locum possidet in quem opus novum nuntiatum est. La natura civile o pretoria di essa è discussa; in ogni caso non è istituito primitivo; è un succedaneo dell'intervento privato, non così ancora radicato nell'uso della vita giuridica che il pretore non potesse regolarlo così da farne un istituto tale che sembra di carattere esclusivamente pretorio.

Obbliga la condictio in tutti i casi e in base a quei testi, che esamineremo nella nota 1 pag. 100 e n. 1 pag. 120. I casi di conductiones muovono da una legge che appartiene alla storia; la lex Silia.

In base ad una purificazione al giudizio si ha un'obligatio nell'ipotesi contemplata nella l. 30 § 6 D. 40. 5 Ulp. hi autem qui eos manumiserunt pretii nomine perinde fratribus et coheredibus suis obligati erunt, atque si ob eam rem ex indicati causa cum his agi possit. L'ipotesi fu resa possibile da senatusconsulti e rescritti dell'età imperiale.

Per tutti gli altri contratti dello schema Gaiano basta che io ricordi il fatto che se ne ricercano da tutti gli scrittori le origini, e da tutti queste origini sono poste in età più o meno recente; certo si ammette concordemente che nessuna figura appartiene all'età primitiva di Roma.

Ricordo per ultimo l'obligari hereditati, che si ha nel caso di adizione dell'eredità; il termine ricorre in molti testi: mi limiterò a

origine il carattere di obbligazione da delitto suppone una straordinaria scarsità di contatti tra le genti. Non basta. Fu da tempo osservato che le solennità verbali della sponsio sono corrispondenti a quelle dei trattati internazionali tra popoli insediati ciascuno sopra un suo territorio. La loro forma primitiva, qualunque cosa si dica in contrario, è il giuramento ⁽¹⁾. Si giura perchè nella piena indipendenza giuridica l'un dall'altro dei popoli, non resta a ciascuno come elemento comune su cui fondare l'accordo che la religione erga deos. E se gli dei son diversi poco importa. Ora gli oggetti più antichi di sponsio di carattere privato sono la donna e il danaro. Ma per quella va detto che i matrimoni anche in Roma erano alle origini endogamici; per questo che la sua introduzione, come è noto, è ben tarda. E se mai la sponsio fu unita originariamente ai giudizi, sappiamo anche che in età primitiva i romani non ebbero giudizi, ma conobbero solo la difesa privata. La dotis dictio suppone la dote, e questa il matrimonio. Ma ho già detto or ora che i primi matrimoni erano endogamici. E in questo periodo non ci poteva essere, data la proprietà collettiva gentilizia, dote; e non ci poteva essere, se, come non è inverisimile, la gente avea un capo ⁽²⁾, obbligazione da dotis dictio anche per il principio che non corrono obbligazioni di sottoposti verso l'avente potestà e tra sottoposti alla stessa

citare Gaio 2, 35. L'idea di « obligari » dipende dall'assumere l'erede tutte le obligationes dell'eredità e quelle imposte col testamento; cfr. l. 20 § 3. D. 29 2. Ulp. Sed et qui in sepulcrum hereditarium mortuum intulit obligari paternis creditoribus non est existimandus. Ora questa assunzione, se non fu introdotta dalle dodici tavole, certo presuppone l'obligatio; e poichè nessuna obligatio è primitiva, non è primitivo neppur questo caso.

La proposizione « et ex his enim pacti obligatio solummodo nascitur » in Paul. rec. sent. I. 1. è interpolata. Sull'obbligazione dei sacra v. la n. 3 p. 94.

⁽¹⁾ Me ne convincono gli stessi argomenti che convinsero il MOMMSEN, *Staatsrecht* I, p. 239 n. 2. facendogli mutare un'antica opinione.

⁽²⁾ Il migliore argomento per ritener ciò è dato dal numero originario dei senatori corrispondente a quello tradizionale delle gentes.

potestà. La dotis dictio non apparirà che quando i matrimoni diverranno esogamici; (per questo caso la fidanzata è sponsa). Troppe incertezze regnano, in seguito agli studi recenti, sopra il nexum per poter fermarsi su di una sola ipotesi. Dobbiamo quindi dire che se non era che un'obbligazione assunta in relazione alla mancipatio, poichè la mancipatio è la vendita intergentilizia, era anch'esso rapporto intergentilizio. Ma codesta vendita intergentilizia che cadea sul territorio in proprietà collettiva della gente e sulle sue pertinenze (le res mancipi) non usava originariamente; il territorio altrui era occupato in guerra non comprato in pace; l'occupatio bellica precede nelle memorie la mancipatio. Se poi il nexum era, secondo l'ipotesi comune, e per me improbabile, il mutuo del gentile al plebeo, costituiva ancora una dipendenza di un estraneo e indipendente dalla gente alla gente. Di qui la possibilità della servitù del debitore insolvente. Ma neppur codesta dipendenza è primitiva. Il plebeo protetto dal Re, che si manteneva alle origini coll'uso delle terre avute in precario dalla città, godea infatti di un'indipendenza dal gentile, che cesserà, quando nella convivenza più stretta diverrà necessario lo stabilimento di rapporti economici. E il negotium colla gente, del soccorso della quale ha bisogno, prenderà un atteggiamento conforme alla sua condizione inferiore. Non sarà quindi la sponsio, il trattato internazionale; sarà il nexum. Il quale verrà attenuato nei suoi effetti e sparirà appena il plebeo si sentirà cittadino. Il solo testo che ci parla di vades fuori del caso di giudizi li connette alla mancipatio. I vades nel giudizio si connettono a un arbitrato, a cui si sottomettono genti indipendenti, dopo un periodo certo anteriore in cui è in uso, come ho detto, la vendetta privata. In questi vades giudiziari o stragiudiziari noi ora abbiamo sicuramente i precursori delle varie forme di garanzia personale, la quale adunque si presenta anch'essa come un tardo rapporto intergentilizio. Per nulla la sua più antica forma storica è la sponsio. E ancora alla mancipatio si connette l'obligatio fiduciae. La civitas non apparteneva alle origini lavori pubblici, nè imposte. Provvedea

a ciò di per sè. Il gentile è indipendente dallo Stato in tutto ciò che non sia strettamente necessario alla vita di questo. È frutto di questa indipendenza che lo Stato riceve la promessa del *praes* in forma simile a quella della *sponsio* e dunque ancora in origine per via di giuramento. Quando lo Stato dominerà le genti, quando in esso saranno famiglie, quando il cittadino non starà più indipendente verso di esso, allora i contratti tra privati e Stato si concluderanno senza forma, come senza forma si stringevano gli accordi (tornerò su questo punto tra poco) nell'interno delle genti e delle famiglie. Atto formale era anche la primitiva *condictio* che si connette al *res repetere* in uso fra genti in seguito a razzie; si ricordi la *condictio furtiva* (1).

Tutte così le principali obbligazioni contrattuali formali ci richiamano, come quelle da delitto, a una primitiva separazione di vita di genti. Ma noi dicemmo che l'obbligazione ha per sfondo non solo questa separazione ma anche ciò che la rende possibile ossia l'atteggiamento interno del gruppo, per cui il gruppo vede soddisfatti tutti i suoi bisogni senza l'asservimento di alcun suo membro ad un gruppo estraneo.

(1) Mi arresto a queste obbligazioni formali, che sono le più antiche. La *promissio operarum iurata*, la quale del resto è un caso di stipulazione, è di origine recente. Suppone il riconoscimento della religiosità dello schiavo, altrimenti non potrebbe giurare; suppone ancora che i liberti per il fatto della *manumissione* entrassero in un'indipendenza di vita dal patrono; il quale deve farsi promettere le opere, che prima gli erano spontaneamente prestate, appunto perchè il liberto era in una tale dipendenza di fatto pel suo sostentamento e per la protezione dal patrono da continuare a portare il nome di « *servus* ». La *litterarum obligatio* suppone l'uso della scrittura e la tenuta dei libri di conti domestici. Nella forma unilaterale di obbligare si presenta del resto come una imitazione del *nexum*. *Constitutum* e *receptum* sono istituti pretori che imitano la *sponsio*. Certo Cic. Phil. 5, 18 unisce « *recipere* » a promettere e *spondere*. La *pollicitatio* obbliga anch'essa ad imitazione della *sponsio*. I *chirografi* e le *singrafi* sono tarde imitazioni di istituti stranieri. Delle *conditiones obligatorie* mi occuperò particolarmente a pag. 100 n. 1 e pag. 120 n. 1.

Se il mutuo, il deposito, il comodato, mostrano di non essere stati che meri favori in origine, è perchè non si ricorreva dal gentile a una gente estranea nel bisogno di danaro, di deporre, di avere a prestito; ma il *paterfamilias* di una gente ricorreva al *paterfamilias* vicino della stessa gente. Anche il pegno dobbiamo supporlo accordo tra *paterfamilias* della medesima gente, tanto presuppone una certa fede del debitore nel creditore, e una vicinanza che permetta di impedire l'abuso del possesso. Nel mandato, nella *negotiorum gestio*, nella locazione d'opera e d'opere abbiamo dei surrogati di un'antica condizione di cose, consistente in ciò che la gente era così costituita da non esserci alcun bisogno che una persona sui *iuris ingenua* mettesse la sua attività al servizio di un'altra. I famigliari, gli schiavi, i liberti, bastavano ad eseguire gli incarichi, a far gli affari del gentile a compiere i lavori, a rendere i servizi necessari. La locazione di cosa non è che una trasformazione del precario gratuito in precario a mercede che accompagna la trasformazione del cliente in *tenuior*. Lo stato di precario rendea così quel servizio di procurare il fondo al colono, di procurare l'abitazione a chi non l'avea, poveri quello e questo, a cui poi servi la locazione di cosa. La vendita è lo scambio di merci contro danaro nel mercato della gente tra *patresfamilias* della stessa gente. Essa è la vendita *inragentilia* in antitesi alla *mancipatio* che è la vendita *intergentilia*. Perciò questa cade sulle cose in proprietà-sovranià collettiva, che la gente aliena ad un'altra e serve a trasmettere codesto diritto; quella cade su *res nec mancipi* e nella sua originaria forma reale non trasmette proprietà, non esistendo su codeste cose proprietà-sovranià, idea connessa al dominio gentilizio, ma una forma diversa di disposizione, che si può bene indicare con « *rem habere licere* » e perciò ancora continuerà a non importare obbligo di trasmettere proprietà quando diventerà contratto generatore d'obbligo. La *societas* nasce dal consorzio fraterno.

Intendiamo così come avvenga che il diritto romano riconosca nascere obbligazioni sia da contratti formali come

non formali. Nessun fatto modernamente apprezzabile (1) basta a render ragione di ciò. La sola ragione sta in questo che i negozi formali correano in origine tra gruppi, erano cioè intergentilizi e i negozi non formali nacquerò come forme di affari entro la gente, erano negozi intragentilizi, e non obbligavano allora, non asservivano. Asservirono quando, sciolte le unità gentilizie, continuarono a usare, nel modo antico quanto alla maniera di costituzione, tra padri famiglia divenuti indipendenti i quali perciò dagli obblighi che venivano per essi a cader su di loro si sentirono asserviti. Il mancar della forma ha la stessa causa per la quale mancano di forma l'iussus del dominus e del padre, il matrimonio in sè, il divorzio in sè, i contratti dello Stato col privato, quando il senso dell'appartenenza del cittadino all'unità della civitas fu più forte; cioè tutti gli atti interni ad un gruppo (2).

Più che mai evidente è la sovrapposizione dell'obbligazione ad un ordine giuridico, che non la vuole, nei casi in cui i pontefici obbligano l'erede coi sacra, in cui il testatore obbliga l'erede imponendogli legati, modi; in cui il tutore obbliga il pupillo e il pupillo il tutore, in cui il pater familias è obbligato a restituire la dote. L'eredità per il suo concetto respinge ogni peso. I sacra si connettevano alle unità gentilizie e famigliari. Divenuta l'hereditas un fatto economico la prescrizione pontificale, che la grava dei sacra, sarà un asservimento (3). L'eredità primitiva ancora non conosce legati nè

(1) Ad es. l'importanza maggiore o minore dell'affare, la maggiore o minor frequenza della necessità di ricorrervi, che rende intollerabile e rispettivamente tollerabile l'uso delle forme ecc.

(2) Voglio ricordare per le possibili obiezioni che si traessero dal non essere la plebe distribuita in genti e goder pure il plebeo del commercium, che tutto il diritto romano privato più antico è gentilizio. Nasce dalla vita di gente e non dalla vita della plebe. La materia delle obbligazioni non è per questo rispetto diversa dalla successione ereditaria, che nell'eredità legittima ci si presenta ordinata sull'ipotesi che ogni cittadino appartenga a una gente.

(3) Quel che dico dell'erede vale anche per gli oneri fedecommissarii imposti al legatario e al fedecommissario; nel senso che c'è una

modi. Il testatore faceva le donazioni in suo vivente. Nè il tutore e il pupillo si obbligavano tra loro; il tutore amministrava da sovrano; l'officium garantiva l'esatta amministrazione, sorvegliata del resto dai gentili. Quel che si disse della tutela valga per la cura. Il pater familias rendeva spontaneamente la dote sotto l'impulso del costume, se credeva di farlo; altrimenti la riteneva. L'operis novi nunciatio è atto inconcepibile nelle origini se non come avvertimento tra gentili; nessuna seria traccia ch'essa fosse atto formale e riferendosi a costruzioni pare dovesse originariamente correre entro l'abitato, cioè all'interno della gente. È quando si spezeranno le unità fondiarie e le famigliari correlative che l'avvertimento si muterà in divieto e il divieto obbligherà.

È possibile che i progressi della critica storica perfezionino alcune di queste vedute, che altre ne correggano. In un discorso che si riferisce ad età tanto remote e nella scarsità dei documenti e talora persino degli indizi, nessuno può pretendere di tracciare esattamente le linee particolari di uno svolgimento storico. Ma devono ritenersi per sicure le linee generali e queste sono una conferma del pensiero fondamentale suesposto sull'antitesi della servitù come dell'obbligazione ad una libertà considerata come condizione normale, perchè fu condizione storica assoluta, ad una libertà considerata un bene, mentre la servitù e l'obbligazione sono considerate un male, perchè non servono a nulla a cui non servisse prima in una condizione diversa di vita la libertà degli uomini e dei fondi.

Servitù ed obbligazione, dato il carattere loro descritto, doveano aver pari la vita in un rispetto essenziale. Appunto

contraddizione tra la disposizione che per il suo concetto e carattere storico è un beneficio e l'onere di cui si grava. Circa l'onere dei sacra troviamo usata la terminologia delle obbligazioni da Cicerone citando probabili parole di Q. M. Scevola (cito secondo l'HUSCHKE *iur. ant.* Q. M. Scaevola) quaeruntur enim, qui adstringantur sacris. 15. sacris ne alligentur. L'« alligentur » par di Scevola e pare usato nel senso di « obligentur » poichè ad es. anche in l. 78 D. 29. 2. Pomp. 35. ad Q. Mucium torna « hereditati se alli gasset » nel caso in cui gli altri giuristi parlano di « obligari hereditati ».

perchè stavano fuori dell'ordine, non poteano venire accolte come un istituto. Essendo un caso straordinario, non poteano avere che la forza di tutti i casi straordinari, di servire cioè come un precedente, per far sì che si ammettesse un nuovo caso. Ed ecco le servitù dover chiedere ed ottenere una ad una faticosamente l'ospitalità del diritto. Ed ecco subire la stessa sorte l'obbligazione; il diritto assume via via singoli tipi di contratti obbligatorii, singoli tipi di delitti obbligatorii, dai quali deriva un obbligo con un dato oggetto. Sola eccezione la stipulatio, anch'essa in origine creatrice di un obbligo simile (la prestazione della donna, poi la prestazione di somma) divenuta quindi forma capace di fondare qualsiasi obbligo. Ma perchè è passata dal fas nel ius; atto religioso in origine, sponsio⁽¹⁾ cioè promessa giurata, acquistò l'infinita comprensione propria del giuramento. E la mantenne nella tarda sua laicizzazione⁽²⁾; dico tarda, poichè il dominio della religione nei rapporti sociali di Roma scende, secondo gli ultimi studi⁽³⁾, sino ad epoca assai più vicina a noi che non si credesse.

L'evoluzione delle obbligazioni e delle servitù consistette nell'aumento costante della frequenza loro, del numero dei tipi e dei modi di loro costituzione. Ma la loro frequenza, il moltiplicarsi i casi, le forme e le cause di esse non distruggea l'idea di servitù, nè di obbligazione, finchè tuttavia permaneva l'idea di un ordine giuridico normale, rispetto al quale l'obbligazione e la servitù formavano una condizione anormale dell'uomo e dei fondi. Occorre che quell'idea cessi, perchè cessi anche l'idea così di servitù, come di obbligazione. E per la servitù quell'idea forse non è svanita nemmeno ora. Resta ancora, pur nella frequenza delle servitù, il concetto o, meglio, l'impressione, che insomma la condizione normale del fondo dovrebbe essere quella in cui esso è in dominio non gravato da servitù. Per l'obbligazione codesta

(1) V. HUVÉLIN *art. cit.* p. 54.

(2) Le si possono applicare queste parole che Cicerone de leg. II 19, 47 scrive circa il votum: ius civile cum religione coniunctum.

(3) Alludo evidentemente alla Storia di Roma del PAIS.

idea doveva estinguersi sino nell'antichità romana. L'obbligazione muore, quando da soggezione personale diventa nell'evoluzione storica mero dovere di condotta; quando cioè nell'obbligazione non si vede più l'obbligazione, l'asservimento, ma l'obbligo. La servitù ha infatti una figura sistematica tipica che può mantenerle la vita anche quando cessi quell'impressione di cui dissi; non sarebbe più l'asservimento; ma sarebbe sempre un determinato tipo di potere giuridico. Ma quando l'obbligazione non sia più intesa come soggezione, essendo essa priva di una figura sistematica tipica, non può che perdersi nella massa confusa dei doveri di condotta, e di essa non può che restare per tradizione il nome dato ancora a certi obblighi che un tempo furono delle obbligazioni.

L'indifferenza assoluta, pel concetto d'obbligazione, dell'obbligo, il nessun riguardo in altri termini a ciò che si è obbligati a fare e al perchè vi si è obbligati, e il riguardo invece esclusivo all'asservimento, allo stato personale dell'essere obbligati appare dalle infinitamente varie modalità sue quanto all'obbligo e quanto agli atti con i quali si costituisce l'obbligazione stessa. Essendo vincolo da dovere e non dovere, l'uguaglianza dei casi occorre e basta che sia nel vincolo, nell'asservimento, non nel dovere e nel suo fondamento.

Se i romani avessero badato a questi elementi, indubbiamente avrebbero scissi gli obblighi in varie categorie, tanto sono varii i doveri e tanto è vario il loro fondamento e non troveremmo traccia nelle nostre fonti di un concetto unitario, come è quello di obbligazione. Invece il concetto esiste; ma esiste a motivo dell'indifferenza accennata rispetto ad esso della causa e del contenuto dell'obbligo, indifferenza che si palesa in molte maniere. Anzitutto, giova ripeterlo, nella fusione in un unico concetto dell'obbligo derivante da atto lecito e di quello derivante da atto illecito. Ma noi vediamo ancora che la promessa unilaterale (ad es. la pollicitatio) obbliga quanto l'offerta accettata (ad es. la stipulatio); l'atto formale come il non formale; l'una forma obbliga quanto un'altra del tutto diversa; lo stesso atto obbliga l'uno come

i molti; la prestazione può essere istantanea, come lungamente duratura; la prestazione positiva è così possibile come la negativa; la determinata nei iudicia stricti iuris, come l'indeterminata nei iudicia bonae fidei.

L'idea dell'asservimento è la sola che ci permetta di spiegare vari fatti e principalmente perchè solo certi doveri giuridici di condotta sono obbligazioni. Quegli antichi doveano sapere precisamente quali erano questi in ragione stessa delle regole generali, che affermavano intorno alle obbligazioni. Quando ad es. scrivono che il pupillo abbisogna dell'autorità del tutore per obbligarsi e che il tutore non può obbligare in rem suam il pupillo ⁽¹⁾, che il servo o il figlio non possono obbligarsi verso il padrone o il pater familias ⁽²⁾, che il figlio di famiglia minore può essere restituito in integro « puta si sit obligatus » ⁽³⁾ che l'editto quod metus causa gestum erit si riferisce anche a chi sorpreso in un flagrante reato « vel dedit aliquid vel se obligavit » ⁽⁴⁾, che alcuno è tenuto « in quantum dedit vel in quantum obligatus est » ⁽⁵⁾, che la restituzione nello stato primitivo per l'azione pauliana va fatta: « sive res fuerunt, sive obligationes » ⁽⁶⁾ ecc., è chiaro che essi devono sapere di che parlano; e non saprebbero nulla, se il loro pensiero scientifico si fosse trovato quanto all'obbligazione nelle condizioni del nostro.

Se l'obbligazione è asservimento, s'intende perchè l'obbligazione non deriva mai dalla legge per i romani, ma sempre e soltanto dal fatto del privato. La legge regola la vita della civitas; essa si rivolge a tutti i cives nell'interesse di tutti. Essa non può perciò servire ad assoggettare una gente ad un'altra, una famiglia ad un'altra, un cittadino ad un altro. La legge può imporre dei doveri di condotta. Ma appunto

⁽¹⁾ L. 1 pr. D. 27. 4. Ulp.

⁽²⁾ Gaio IV. 78.

⁽³⁾ L. 3 § 4. D. 4. 4. Ulp.

⁽⁴⁾ L. 7 § 1. D. 4. 2. Ulp.

⁽⁵⁾ L. 18. pr. D. 40. 12. Ulp.

⁽⁶⁾ L. 10. § 22. D. 42. 8. Ulp. Cfr. anche l. 5 pr. D. 48. 6. Marc. quive per vim sibi aliquem obligaverit, nam eam obligationem lex rescindit.

quando questi doveri di condotta risultino imposti da essa, i doveri stessi non possono apparire asservimenti. Non lo possono perchè se la legge, espressione della volontà dello Stato, impone dei doveri, son anche doveri, che, emanando da essa, non asserviscono, ma sono base e fonte di libertà ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

E perchè le obbligazioni nascono da contratto o da de-

⁽¹⁾ Non è un concetto teorico e tanto meno retorico che esprimo, ma un concetto storico proprio dei romani. Riporto dal Wlassak *op. cit.* II p. 122 questa citazione di Cic. pro Cluentio c. 53 § 146, 147.... multo esse indignius in ea civitate, quae legibus contineatur, discedi ab legibus. Hoc enim.... fundamentum libertatis, hic fons aequitatis; mens et animus et consilium et sententia civitatis posita est in legibus.... civitas sine lege suis partibus.... uti non potest. Legum ministri magistratus.... legibus denique idecirco omnes servimus ut liberi esse possimus. E non dunque, aggiungo io, *obligati*, cioè asserviti. Non è mai quindi giustificato parlare sotto nessun rispetto pel diritto romano di obligatio ex lege. Recentemente il Fadda *Diritto ereditario* II p. 334 scrive a proposito del legatum per damnationem: « La dichiarazione di volontà del testatore è dall'ordinamento giuridico fornita di efficacia obbligatoria. Si può parlare a questo proposito di una obligatio ex lege, come riguardo al legato per vindicationem si parla di un acquisto di proprietà ex lege duodecim tabularum (Ulp. XIX. 17). « Non si può parlare » io direi, senza andar contro al concetto romano che è il testatore che obbliga e lui solo e non mai la legge. Questa idea anima le disposizioni testamentarie romane. Vedasi come si esprime un testatore in l. 21 § 3. D. 33. 1. Scaevola.... et adiecit haec verba: quod si condicione supra scripta recipere legatam sibi pecuniam civitas Sebastenorum noluerit, nullo modo heredes meos obligatos ei esse volo, sed habere sibi pecuniam.

⁽²⁾ Della legge dicono quindi i classici, non già che « obligat », ma che « tenet »: l. 32 § 1 D. 1. 3. Iul. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populi probavit, tenebunt omnes. « Il giudizio sulla validità e invalidità delle leggi è sempre espresso, scrive il Wlassak *op. cit.*, II, p. 95, colle parole *lege populus tenetur o non tenetur* ». Si noti che incontriamo qui lo stesso termine che usa per tutte le azioni; di chiunque deva infatti rispondere con un'azione dicono i romani; azione *tenetur*. Il che conferma che il termine « teneri » indica l'obbligo e non l'obligatio. L'obbligazione dei sacra, non fa eccezione, perchè emana da un'autorità religiosa e impone un dovere estraneo all'ordine giuridico, secondo il quale l'erede, il legatario ecc. ne sono immuni.

litto? Perchè non essendo la volontà dello Stato che può asservire, non resta se non che siano i gruppi sociali sottostanti ad asservirsi l'un l'altro. Ora gruppi sociali non possono porsi tra loro che in due forme di relazioni: o di pace o di guerra. E quindi l'asservimento dell'uno all'altro non scaturirà che o da un atto pacifico (un contratto) o da un atto di guerra (un delitto). La tenacia con cui la giurisprudenza romana aderì a codesta bipartizione, con cui sopra tutto, trovato parlarsi dalla società di obligatio, ricercò il negotium gestum, dove pure potea dubitarsi che ci fosse ed era quindi indicato pensare a cause obbiettive dell'obbligo⁽¹⁾, non ha

(1) Accenno anzi tutto ai casi della condictio classica, in cui si ha un'obbligazione. Non intendo di entrare nella selva selvaggia dell'argomento delle conductiones. Io mi limito ad asserire questo che in quei casi di condictio in cui nelle fonti si parla di obligatio, e che perciò, secondo il criterio terminologico che seguo, sono casi di obbligazione non è affatto un pensiero di equità, di giustizia o di morale, come sarebbe il dover ognuno rendere ciò che non può ritenere senza indebito arricchimento, che genera l'obbligazione, perchè un pensiero simile può generare un obbligo, e non un asservimento, ma bensì il gestum, l'aver dato ad uno una cosa coll'intenzione espressa o sottintesa di riavere il dato, non verificandosi una data ipotesi.

Il termine « obligare » è ora rispetto alla condictio indebiti anzitutto in Gaio III. 91: is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit re obligatur. Il ricevere l'indebito adunque « obligat ». E Gaio direbbe che obbliga, benchè non si abbia un contratto: « sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere. Or qui chiaramente egli non esprime che un'opinione personale; egli critica un insegnamento ricevuto. Perchè implicitamente, dove espone il caso dell'indebito colle parole citate pone l'indebito ricevuto tra i casi di « obligationes re », che sono anche per lui « obligationes ex contractu ». Vuol dire che con queste seconde parole non fa che contraddire un'idea comune, di cui egli, che per me vive fuori del cenacolo giuridico romano, non intende la ragione intima. Ma Giuliano, che vive invece in esso, dirà precisamente il contrario: l. 33. D. 12. 6. nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit; cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Il pensiero che si abbia un gestum nel pagamento torna, come nota il PERNICE *Labeo* III p. 246, in Giuliano stesso: l. 13

altra causa che negativamente questa impossibilità per il pensiero suo, come per il nostro, di rappresentarsi un asservi-

D. 26. 8. e in Ulpiano: l. 2. pr. D. 12. 6. si quis sic solverit, ut, si apparisset esse indebitum [vel Falcidia emerserit], reddatur, repetitio locum habebit; negotium enim contractum est inter eos. Indirettamente l'« accipere pecuniam » è qualificato un gerere negotium in l. 3 § 2. D. 2. 15. da Scevola: nec negotium Septicii Maevius gerens accepit. Il PERNICE *op. cit.* p. 247 assevera che Pomponio in l. 13 § 2. D. 13. 6. si mette in un punto di vista opposto a quello di Giuliano. E avrebbe un'apparenza di ragione se il testo fosse genuino, ma non è. Il testo infatti suona: si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus, an habeam commodati actionem, nam et Celsus filius aiebat, si iussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse: idem ergo et in commodato erit dicendum, nec obstat, quod non hac mente cum eo contraheremus quasi eum obligatum habituri: plerumque enim id accidit ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur. L'interpolazione delle parole sottolineate si manifesta col carattere che hanno di appiccatura scolastica ad una sentenza finita; coll'improvviso mutamento del soggetto dal singolare al plurale, colla forma « quasi.... habituri » (v. GRUPPE *Zur Sprache der Gaianschen Digesten fragmente* nella *Zeitschr. d. S. S.* 18 p. 218), col « contraheremus » invece di « contraximus », e « ageretur » invece di « agitur » che sarebbe voluto per corrispondenza al « nascatur » successivo; col « plerumque » così indeterminato e così esteso, al quale poi non segue che un esempio; colla forma data all'esempio: *indebitum dare*, e da ultimo con quell'affermazione che non si dà per obbligare il servo, che importerebbe il diniego dell'obligatio naturalis. Anche Marciano in l. 25 D. 19. 5. sta nello stesso punto di vista (PERNICE *op. cit.* p. 247). Nè l'idea di Giuliano è negata da Pomponio, come assevera il PERNICE *op. cit.* p. 252, neppur dicendo l. 50 D. 12. 6.: quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repeteri non potest; perchè qui manca precisamente la solutio; qui si applica il principio espresso nella l. 55 D. 46. 3: qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur, cioè non solvit. Chi dà sapendo di non dovere non fa quel gestum che è la solutio. (È forse perchè non si ha pagamento, che nel caso di dare per adempimento di una condizione Paolo esclude il contratto: l. 65 § 3 D. 12. 6: quoniam non contrahendi animo dederim? o sono queste parole interpolate e genuine le successive, cioè proprio il contrario di ciò che scrive il PERNICE *Labeo* III p. 242 n. 4?). In quanto adunque si verifichi l'ipotesi tipica di condictio indebiti, in relazione solo alla quale ipotesi scrivono i giuristi il termine obligari, cioè si verifichi il pagamento

mento scaturente dall'ordine giuridico e positivamente la necessità che l'asservimento di gruppi derivi da un fatto corso

con trasmissione di somme o cose, l'obligatio è certo secondo la tradizione romana fondata su di un gestum e non sull'indebito arricchimento.

L'obligare è anche in l. 32. D. 12. 1. di Celso. Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum tibi debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest. Glossema) sed quia pecunia mea ad te pervenit eam mihi a te reddi bonum et aequum est. Pare a prima vista che qui sia negata la presenza di qualsiasi « negotium ». Ma non è. Il giurista colla frase « subsisto si quidem nullum negotium mecum contraxisti » non intende di riferirsi che al mutuo. È l'esistenza sola di questo « negotium » che egli esclude, come appare dalle parole successive: « non quia pecuniam tibi credidi ». Se sia presente un altro « negotium » egli non afferma, ma neppure nega. Il « negotium » ora c'è, come nel caso di pagamento, in quanto il danaro pervenne dall'uno all'altro coll'intenzione del mutuante che sia reso. Certo è messa in rilievo la ragione di equità, ma questa si concilia con quella di un negotium e non la esclude. Avverto del resto che non è impossibile che non solo siano interpolate le parole che qualificai per un glossema, ma tutto il testo a partire da « non quia », perchè contiene una forma comune d'interpolazione « non.... sed » e poi perchè sintatticamente non regge. Il primo « quia » si riferisce a « obligari te existimem »; il secondo dovrebbe riferirsi alla stessa proposizione; invece si riferisce a « bonum et aequum est ». Il testo non diventa corretto che ponendo un « et » dopo « pervenit ».

Nella L. 19 D. 12. 1. Iul. l'obligazione è affermata per l'ipotesi di donatio mortis causa, quando il donante risani; pel caso che si dia dieci « ut aliquid fieret » e sia certo che la prestazione non avverrà; pel caso di un pupillo che dia a mutuo senza l'autorità del tutore; si dice di esso che « consumpta pecunia conditionem habet.... non alia ratione quam quod factum eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse ». Già in questo testo la conditio è fondata non sull'« habere » ma sul gestum: quod factum eius etc. Il che, noto di passaggio, conferma l'interpretazione data al testo poc'anzi esaminato di Celso. Che la conditio nel caso di mortis causa donatio fosse fondata dai giuristi sul « negotium » fu già dimostrato dal PERNICE *Labeo* III, p. 279 seg. e basterà che citi tra le prove da lui recate l. 35 § 3. D. 39. 6. Paul. Ergo et qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, sci-

tra loro dell'uno o dell'altro genere indicato. Ho detto che l'obligazione deve necessariamente scaturire dal fatto del pri-

licet ut, cum convaluerit, reddatur sibi: nec dubitaverunt Cassiani quin conditione repeti possit.

L. 16 D. 12. 4. Celso. Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptio et venditionis est an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum. Qui Celso qualifica senz'altro l'atto per « contractus » dunque per negotium gestum, chiedendosi se codesto genere di contratto (id contractus genus) è una vendita o se invece dell'obligatio emti genera l'obligatio ob rem dati re non secuta. È ancora adunque il « gestum » che obbliga. Sia detto di passaggio che probabilmente obligatio è qui interpolato per actio, come nei testi che vedremo alla nota 1 p. 125.

È vecchia questione se la fiducia sia un « contractus » o no. Ma la questione fu dibattuta supponendo un concetto tecnico di contratto più limitato di quello che noi abbiamo sostenuto e in particolare supponendo che la quadripartizione gaiana dei contratti sia esauriente. Una volta che si ammetta quell'ampio concetto di contratto che abbiamo sostenuto, la questione è risolta. La fiducia è un « contrahere ». E non c'è bisogno di supporre un uso del tutto improprio (come sarebbe quello in cui il verbo « contrahere » sta nelle frasi « contrahere culpam, periculum, piaculum, crimen etc. ») del termine nelle parole di Gaio 2. 60. Sed fiducia contrahitur.... et si quidem cum amico contracta sit fiducia, nè di supporre interpolazioni di « contractus » per « pactum » (come fanno il PERNICE *Labeo* III p. 121 n. 1 e l'OERTMANN *die Fiducia* p. 107) nella l. 24 pr. D. 13. 7 Ulp. et videtur finita esse fiducia obligatio et a contractu recessum, e nella l. 39 D. 13. 7. Mod. respondit contractui fiduciae non obesse. Certo, mutando nei testi citati « fiducia » in « pignus », se era scritto « pactum fiduciae », bisognava che i compilatori mutassero anche « pactum » in « contractus ». Ma questo non è prova che non fosse scritto « contractus ». Perchè il « pactum fiduciae » è un « negotium » (v. la l. 18 pr. D. 39. 5. sulla quale v. la nota 1 p. 31) e noi abbiamo visto che dove il « pactum » è tale, il termine « contrahere » è già usato in altri testi (v. la nota 1 p. 31). Pur dunque la conditio fiduciae di cui ci si parla in l. 4 § 1 D. 12. 1. res fiduciae data pecunia soluta condici potest, deriva da un negotium gestum ossia da un contratto. L. 11 § 8 D. 24. 1. Ulp. Si uxor rem Titio dederit, ut is marito mortis causa traderet, eaque defuncta, invitis heredibus eius, Titio marito dederit, interest, utrum a muliere sit interpositus Titius an vero a marito cui donabatur: si a muliere interpositus est obligabit se conditione. È un caso di fiducia

vato. Se non piace il termine « fatto » dicasi pur « atto ». Ma non dicasi che l'obbligazione presuppone la volontà del privato di

cum amico (v. LENEL *Pal.* n. 2768). L'interposto dalla moglie riceve a patto di trasmettere; non avendolo fatto, viva la donna, agli eredi compete la *condictio* dal *gestum* stesso della defunta e non dal mero fatto di un arricchimento indebito, quantunque questo sia cessato. Il testo contempla un caso affine a quello di l. 49 D. 24. 1, sul quale e sulla teoria della fiducia cum amico rinvio a PERNICE *Labeo* III p. 133 seg. Noto solo che nella l. 49 torna la frase: ac si cum extraneo tale *negotium contraxisset*.

Uscendo dal campo delle *condictiones*, il pensiero che l'obbligazione nascesse da cause obiettive e non da volontà, dal *gestum*, avrebbe dovuto presentarsi in altri rapporti. Anzi tutto nella *communio* pel caso che un socio abbia fatto delle spese sulla cosa comune. Invece ciò non è. Se alcuno spende in una cosa che crede soltanto sua, mentre è anche d'altri, non ha che un diritto di ritenzione di fronte al comproprietario; questi non è obbligato dunque a risarcimenti; nè lo si dice « obligatus » in questo caso. Perchè egli sia e sia chiamato « obligatus » occorre, dicono le fonti, che il socio spenda coll'idea di obbligare il proprio socio e questi resta obbligato anche se chi spenda erra nella persona; occorre adunque che si abbia un un affare (*gestum*) col socio. L. 14 § 1 D. 10. 3. Paolo. ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui at cum puto rem Titii esse, quae sit Maevii aut esse mihi communem cum alio quam est, id ago ut alium mihi obligem. l. 29 pr. eod. Paolo. ille enim qui scit rem esse communem vel aliena negotia eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget et in persona labitur.

Nella *negotiorum gestio* pure poteano farsi valere cause obiettive d'obbligazione. Invece Paolo qualifica per « contractus » la *negotiorum gestio* (l. 15 D. 3. 5.) e vuol dire adunque che l'obbligazione derivava a suo avviso da esso. In realtà, viste le leggi prima citate sulla *communio*, non può esser dubbio che l'azione contraria egli la fondasse sulla volontà del gerente di obbligare a sè il dominus negotii. La parificazione dei due casi, del socio che spende sopra una cosa che crede di aver comune con Tizio, mentre la ha in comune con Caio, e del *negotiorum gestor* che crede di gerire gli affari di uno e fa invece gli affari di un altro, è fatta del resto esplicitamente nella l. 14 § 1 D. 10. 3. cit. nella quale, detto che in quel primo caso l'obbligazione c'è, perchè « id ago ut alium mihi obligem », si prosegue dicendo: et sicut *negotiorum gestorum actio datur adversus eum cuius negotia curavi, cum putarem alterius ea esse, ita et in proposito*. Per l'azione diretta non possiamo concepire che Paolo avesse un pensiero diverso.

obbligarsi. Questa è asserzione in parte falsa, in parte equivoca. È falsa anzi tutto per il delitto, dove, come già notai,

Il *negotiorum gestor* è obbligato, perchè se vuole obbligare a sè il dominus, vuole anche obbligarsi a lui. Che in realtà Paolo pensasse così risulta dalla l. 20 § 1 D. 3. 5. qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat, dove mi pare espressa l'idea che l'asservimento deriva dalla volontà del gerente, in quanto l'asservimento è presentato come un atto suo.

Non occorre che io insista poi troppo su questo fatto che nei così detti contratti reali nominati l'obligatio principale può molto meglio fondarsi sull'idea dell'indebito arricchimento anzichè su ciò che vollero e fecero le parti. E tanto più dovrebbero fondarsi su condizioni obiettive le azioni contrarie nei contratti in genere. Invece e le une e le altre si fanno derivare dai romani dal contratto. Quando Paolo scrive, come già vedemmo, nella l. 17 § 3 D. 13. 6. circa il comodato « geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones » egli esprime un pensiero che vale per tutti i contratti reali nominati; tutti sono negotia gesta o unilaterali o bilaterali. Possiamo perciò ben dire che chi cerca sopra tutto per le *condictiones obligatorie* di fondarsi sull'equità, sul giusto ecc. va contro all'unanime pensiero e sentimento dei romani, e che chiunque in generale parli pel diritto romano di obbligazioni dalla legge, costui, ciò dicendo, si mette fuori dal mondo romano.

Dal *negotium* si fa pure derivare l'obbligo di rendere la dote a matrimonio finito, mentre era prossimo l'indicare come fondamento dell'obbligo il non servir più la dote agli scopi del matrimonio. La costituzione pura e semplice della dote non avea, com'è noto, in origine per conseguenza codesto obbligo. Il nuovo concetto che la dote deva stare presso l'uomo finchè è marito, cioè finchè dura il matrimonio, è espresso da Paolo l. 1 D. 23. 3. Dotis causa perpetua est et cum voto eius qui dat ita contrahitur ut semper apud maritum sit (v. KARLOWA *op. cit.* II p. 193). Questo testo significa però adunque che la costituzione di dote è un « contrahere » uno stringere un affare, e che l'affare è fatto con tale intenzione che la dote sia resa, finito il matrimonio. Mentre riconduco così l'obligatio quanto all'obbligo di render la dote alla precisa volontà del costituente la dote che questa sia resa, cioè al suo *gestum*, credo di riprodurre esattamente il pensiero romano, che troveremmo del resto espresso in vari altri testi, che mettono la dazione della dote tra i contratti. Non mi fondo su questi testi tuttavia per non parermi genuini. Sono l. 5 pr. D. 20. 1. Marc. Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emptio vel venditio contrahatur ecc. Qui che la dazione

manca la volontà dell'obbligo. È equivoca ed in più modi per i contratti. In questi infatti è in gioco bensì la volontà, ma

della dote sia contratto risulterebbe dal trovarla inserita fra i contratti. Ma il testo, sul quale tornerò, è certo alterato. « Contractus » sarebbe chiamata la datio dotis in l. 20 D. 42, 1, ma il testo interpolato nella fine (V. LENEL *Pal.* 10. n. 1), mi sembra sospetto anche nel principio (notisi il: non tantum... sed). Interpolate sono anche l. 23. D. 50. 17 e l. 1 § 6 D. 13. 5 (Cfr. per questa legge quelle citate a pp. 136-137). A ogni modo le alterazioni devono essere fondate sopra il concetto tradizionale romano che nella datio dotis vede un « negotium contrahere »; per l'intenzione unita alla datio basta in prova il testo citato di Paolo. — Si poteva ricorrere a cause obbiettive dell'obbligo nel caso di quasi usufrutto di danaro. Invece dalla l. 44 D. 46. 3 Marc. item si usufructus pecuniae numeratae le gatus fuerit, evenit ut una numeratione et liberetur heres ex testamento et obliget sibi legatarium; risulta che era dalla « numeratio », dunque ancora da un negotium che scendeva l'obbligazione di rendere la somma, finito il quasi usufrutto. È chi dà che obbliga; non è ancora l'ordine giuridico obbiettivo.

Da quest'ordine poteano farsi discendere le obbligazioni del tutore e curatore verso il pupillo, il minore ecc. e reciprocamente. Invece per l'azione contraria è implicitamente detto che è il tutore che obligat il pupillo in l. 1 pr. D. 27. 4 Ulp. quamquam enim sine tutoris auctoritate pupilli non obligentur nec in rem suam tutor obligare pupillum possit, attamen receptum est ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur. Vuol dire infatti che si è fatta pel caso un'eccezione alle due norme. Ora se è il tutore che « obligat » il pupillo, è dunque l'atto suo che obbliga questo. Cioè il pupillo è obbligato perchè il tutore colle varie gestione fece vari affari col pupillo. Solo dai singoli atti di gestione del tutore derivava anche l'azione diretta, e quindi dobbiamo ritenere che l'obbligazione derivava dall'essere anch'essi tanti affari fatti col pupillo. Quando pure la legge costrinse il tutore al « gerere », e l'obligatio deriva dalla mancata gestione l. 26. D. 26. 5. Scaev. neque obligari quod non gereret, per quanto ciò ne riesca ostico, dobbiamo ritenere che per i romani anche il « non gerere » fosse un atto negativo fatto col pupillo, un negotium con esso.

Era naturale che si parlasse di « iudicio contrahi » nei primordi della costituzione dei giudizi, pel carattere loro di arbitrato imposto, ma pur voluto, in base al principio « coactus volui ». Non era naturale che se ne parlasse dopo secoli dalla loro costituzione. Ma i romani tuttavia non si distaccarono mai da quel concetto. Una volta ammessa un'obligatio dal giudizio erano per forza costretti a ricondurla a un negotium tra le parti.

primo non la volontà dell'obbligazione. L'obbligazione, l'asservimento è il risultato dell'obbligo voluto; voluto occorre che sia l'obbligo; non occorre anche sapere che quest'obbligo importa un asservimento e voler questo. Che c'è un asservimento nel caso dato è giudizio della società e non occorre che sia coscienza e giudizio dell'individuo, su cui cade l'obbligo o che lo impone. In secondo luogo i contratti si considerano esprimere o contenere la volontà dell'obbligo, ma non occorre poi in molti casi (nei contratti formali per un lungo periodo di tempo) che la volontà sia nel fatto presente. Onde quando dianzi dico che occorre che sia voluto l'obbligo, intendo di dire questo solo che occorre che l'atto si presenti come espressione di una volontà o che la contenga. Da ultimo codesta asserzione torna ad esser falsa anche per i contratti per questo che non è vero che il contratto obbligatorio supponga sempre la volontà dell'obbligato di obbligarsi. In realtà se senza volontà non c'è contratto, è anche certo che ora questa volontà è quella del debitore di assumere l'obbligo (es. la dotis dictio) ora quella del creditore d'imporlo (es. negotiorum gestio) ora quella di un terzo di imporre un'obbligo al debitore a favore del creditore (es. legato). (1). In

(1) Questo ch'io dico corrisponde alle formule degli atti o alle dichiarazioni dei giuristi. Certo nella fiducia e nell'expensilatio è il creditore che esprime ed impone il suo volere. E noi vedemmo ancora che nella communio, nella negotiorum gestio, nelle conditiones obbligatorie, nell'operis novi nunciatio è la mera volontà del creditore, a cui è ricondotto l'obbligo. Sui casi in cui l'atto esprime la volontà del debitore non occorre far parola. Quanto al legato, le fonti dicono insieme che il defunto obbliga l'erede e che l'erede « contrahit » rispetto a questa obbligazione col legatario (l. 19 D. 50. 17). La si fa sorgere così insieme da un « gestum » dell'erede e da un « gestum » del defunto. È da ritenere però col FADDA *Diritto ereditario* p. 333 che « contrahere » nel testo citato si riferisca all'adizione dell'eredità. Questa è un caso di obligatio (« obligari hereditati » è, come si è visto, il termine con cui la designano i romani); e non, essendo un delitto, è adunque un « contractus ». Appunto il termine « contrahere » di cui usa Ulpiano dà a divedere che pensò all'adizione dell'eredità e non pensò al caso di un erede necessario.

complesso tutto ciò che si può dire intorno alla volontà come elemento generatore di obbligazioni è che queste presuppongono un atto volontario.

Perchè l'obbligazione è asservimento, si spiega come la giurisprudenza romana abbia potuto scrivere il principio che Arriano afferma e Paolo ripete, cioè che si deve essere propensi a negare l'obbligazione e ad ammettere la liberazione. Ci si ponga nel punto di vista del debito, sopra tutto se è patrimoniale, e non si vedrà una ragione al mondo di favorire l'obbligazione anzi che la liberazione. Se ci si colloca invece nel punto di vista dell'asservimento, allora il principio diviene ben chiaro. Il favore per la libertà del debitore non è che una forma del favor libertatis; si preferisce vedere un uomo libero anzi che asservito ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

Vuol dire che la volontà da cui sorge l'obbligazione da legato ora è duplice, come nel caso di adizione, ora è semplice, come nel caso di eredi necessari, a meno che anche in questo caso i romani vedessero una specie di adizione coatta.

⁽¹⁾ Nelle fonti la parola « vinculum » si trova adoperata anche per la schiavitù; ma ritengo non genuino il testo ove la trovo: l. 71 pr. D. 29. 2 Ulp. nam cum scribit ei libertatem vinculo suo resolvit. Dovrebbe essere scritto « cum resolvit ». Questa trascuranza di forma è caratteristica nei compilatori. V'ha poi anche il « nam » a rendere il testo sospetto.

⁽²⁾ L. 47 D. 44. 7 Paulus 14 ad Plaut. Arrianus ait multum interesse, quaeras, utrum aliquis obligetur an aliquis liberetur: ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum: ubi de liberando, ex diverso, ut facilius sis (ex diverso faciliores scrib. MOMMSEN) ad liberationem. Il principio è diverso da quello sancito dal nostro cod. civ. all'art. 1137. « Nel dubbio il contratto si interpreta contro colui che ha stipulato, ed in favore di quello che ha contratto l'obbligazione ». Qui si suppone un'obbligazione esistente e si tratta solo di stabilire la sua estensione. È naturale che dove sono possibili con uguale probabilità due sensi uno più e l'altro meno grave al debitore, si deva preferire il meno grave, in quanto che è verosimile che il debitore abbia inteso di obbligarsi per il meno e non per il più, e solo quindi per il meno è certo un accordo tra le parti, cioè esiste il contratto. Nel testo di Paolo invece l'incertezza non cade sull'estensione, ma sull'esistenza dell'obbligazione. E qui non c'è nessuna ragione di preferire il danno del creditore, che può

Persone soggette alla stessa potestà non possono essere obbligate verso l'avente potestà nè tra di loro. Perchè? Perchè tra codeste persone possono correre obblighi, ma non asservimenti. L'asservimento, è in forza della genesi storica dell'idea, di un gruppo verso l'altro. Occorrerà che il servo e così il figlio acquistino un'autonomia di fatto onde sia possibile pensare all'esistenza di obbligazioni naturali in codeste ipotesi, in cui resta esclusa l'obbligazione civile.

La stessa idea dell'asservimento rende ragione di una teoria affermata già da tempo, ma ancora combattuta, forse perchè appunto mancava del necessario nesso e fondamento nel concetto di obbligazione. La teoria, a cui accenno, fa nel campo delle così dette obbligazioni naturali, delle quali ho or ora toccato, una distinzione tra obbligazioni naturali e natura debita. Si assevera e si assevera giustamente che nelle nostre fonti, se accade che un'obligatio naturalis sia chiamata anche natura debitum, non accade che un natura debitum sia mai chiamato obligatio naturalis ⁽¹⁾. Dunque si conclude, le due cose erano diverse. Ed è vero; ed è vero anche che obligatio naturalis non c'è, se non si ha nel caso tutta la materia e la figura di un'obligatio civilis, alla quale soltanto sia negata l'azione. Ma detto pur questo, s'intende come la dottrina fosse restia ad accettare una distinzione, di cui non vedeva la ragione e inclinasse invece ed inclini tuttora a fare delle obbligazioni naturali e dei natura debita una sola categoria, riconducendo e quelle e questi ad una vaga idea di una giustizia o di una moralità che il debitore deva, benchè il creditore non sia munito d'azione, o ad un giudizio sociale che si deva, giudizio che scaturisce da una sensibilità del dovere, di cui godrebbe la società, maggiore di quella

vedersi spogliato di un credito, al danno del debitore, su cui può scendere un'obbligazione, a cui non è tenuto. Qui dal punto di vista del debito e del credito, non c'è che da lasciar libero il giudice di sentenziare secondo gli detta coscienza, senza preoccupar questa con preferenze legali.

⁽¹⁾ SCHWANERT *Die Naturalobligationen* p. 97.

di cui gode lo Stato, cioè il diritto. In realtà, se l'obbligazione civile non è che obbligo fornito d'azione, l'obligatio naturalis non è che obbligo sfornito d'azione, e allora, poichè anche il natura debitum è soltanto obbligo sfornito d'azione, non si sa più vedere perchè giovi distinguere questo da quella, quando l'effetto più importante delle obbligazioni naturali (la soluti retentio) si verifica anche nei natura debita. La distinzione trova la sua ragione nel concetto da noi esposto. L'obligatio naturalis è cosa diversa dal natura debitum, perchè questo è soltanto obbligo e quella è invece asservimento. E non può in realtà essere altro che obbligo un dovere di condotta, che tragga l'origine dalla pietas, dall'officium, dalla moralità, dall'idea di giustizia e da qualunque altro sentimento sociale, che imperi ugualmente su tutte le coscienze, così che nel sentirsi sottomesso ad esso nessuno può sentirsi asservito ad altri.

Il nostro concetto che spiega fatti così generali, spiega anche i fatti particolari. Spiega cioè volta per volta per quale motivo un infinito numero di obblighi non sono obbligazioni. Nessun dovere di padri verso figli e reciprocamente, di coniugi tra loro, di clienti e di manomessi verso patroni e reciprocamente, di congiunti di sangue tra loro, nessuno dico di codesti obblighi che chiamerò in genere famigliari sono mai detti obbligazioni. Non possono esserlo. Dipendono da stati originari famigliari o dipendono da quei nuovi stati che uno svolgimento della famiglia antica creò col riguardo ai vincoli di sangue; e quindi non sono asservimenti. È tipico in proposito l'obbligo del liberto per le opere; chè in quanto è obbligo naturale derivante dalla sua condizione di liberto non è obbligazione, ma tale diventerà e sarà chiamato quando il liberto giuri e prometta le opere. Voglio ricordare ancora l'obbligo alimentare fra congiunti. Si percorrano le fonti e si troverà che non una volta esso è chiamato obligatio, nè quando lo si considera come possibilità eventuale, nè quando esso si concreta e si determina in una persona verso un'altra. Chi detiene illegittimamente la cosa altrui la deve rendere, il precarista richiesto deve sempre

rendere la cosa al concedente, chi è soggetto a una servitus oneris ferendi deve riparar la parete; chi ha un diritto di enfiteusi e di superficie deve pagare il canone, il solarium; l'usufruttuario deve compiere modiche riparazioni della cosa che tiene in usufrutto; l'erede che seppelli il defunto nel fondo gravato dell'usufrutto deve risarcire l'usufruttuario; colui che ha un edificio minaccioso di ruina deve dare la cautio damni infecti, chi è proprietario di un fondo deve subire tutti i limiti legali di esso, lasciar decorrere l'acqua, prestare la via, nel caso che questa sia distrutta ecc. ecc. E nessuno di questi obblighi è obligatio, perchè conseguenza del dominio altrui o proprio, della servitus oneris ferendi della quale l'obbligo di riparare la parete è parte essenziale (1) dell'enfiteusi e della superficie, una volta che furono concepiti come stati reali, dello stato di usufruttuario ecc. perchè insomma, essendo conseguenza di uno stato reale, ne esulava l'idea di un asservimento personale di alcuno e solo poteva rimanere quella di un asservimento reale. La legge regolerà minutamente i doveri dei tutori e dei curatori, determinando gravi responsabilità a loro carico, se vi manchino: dovranno far l'inventario, collocar i capitali in un dato modo (2), rendere i conti ecc. E nessuno di questi doveri è obligatio, perchè dipendono per legge dalla condizione normale di tutore e di curatore. Dove non compaiono gli stati accennati, subentrerà ad escludere l'obligatio dall'obbligo uno che avvolge la persona di obblighi innumerevoli: il suo rapporto colla civitas. Il cittadino deve ad essa ad es. il ser-

(1) Ciò quantunque l'onere di riattare la parete sia ricondotto alle formule usate nella costituzione della servitù. Per costituire una servitus on. fer. occorre appunto usar quelle formule. Se se ne fosse usata una, che non importasse l'obbligo della reffectio o la escludesse, non si avrebbe avuto la servitus in discorso.

(2) Si trova applicata al caso una frase che ricorda la definizione di obbligazione delle istituzioni in l. 22 pr. C. 5. 37 a. 326 Lex quae tutores curatoresque necessitate adstrinxit. Ma non si pone così in rilievo che l'obbligo e in ogni caso siamo in piena terminologia bizantina.

vizio militare, il tributo ⁽¹⁾, una certa condotta nelle vie, una certa condotta nei mercati; col tempo deve l'obbligo di assumere le tutele, di sedere a giudicare, deve l'obbedienza al magistrato ecc. ecc. Chiamato in giudizio deve andarvi; comparso, deve sull'ordine del pretore promettere di ricomparire; deve presentar documenti; rispondere alle domande rivoltegli ecc. ecc. Cogli interdetti il pretore lo costringe a mostrare i figli altrui, il testamento, a lasciar passare pel fondo chi vi passò, a lasciar condurre acqua chi la condusse, a non turbare e sottrarre i possessi e ciò in modo che importa obbligo di non inquietar più i possessi esistenti o di restituire i sottratti. Eppure in tutti questi casi, compresi quelli dove, secondo il consueto modo di delimitare il campo dell'obbligazione, si ha precisamente un obbligo definito tra due persone, non s'incontrerà mai il termine di obligatio. Non lo si incontra perchè è sempre il cittadino come tale che soggiace a questi obblighi determinati nell'interesse della difesa dello stato, della formazione del suo patrimonio, dell'ordine nelle vie e nelle piazze, dello svolgimento dei giudizi, di quella pace pubblica, la custodia della quale è lo scopo primo di tutti gli interdetti. A scopi di convivenza corrispondono altri doveri, connessi a semplici detenzioni. Ricordo l'actio ad exhibendum, una di quelle che fondano un obbligo più preciso fra determinate persone. Azione preparatoria alla reivindicatio, anche se poi assunse altri uffici, costituisce sempre un obbligo di cittadino, che deve far ciò che renderà possibile il giudizio ⁽²⁾ ⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Se ne distinguano i debiti dei privati verso il fisco, pei quali, e possono avere varie cause, torna il termine « obligatio » in l. 8 D. 20. 4. La causa non vi è indicata ed è noto che nel fisco lo Stato si presenta come persona privata.

⁽²⁾ I giuristi scrivono concordi quindi che si è tenuti dall'azione ad exhibendum, ma non mai obbligati: l. 5. § 1 D. 10. 4. ad exhibendum actione teneri § 2 ad exhibendum teneri § 5 teneberis ad exhibendum.... ad hoc plane solum tenebitur; l. 8 D. eod. exhibere eam cogendus est e così per tutto il titolo e dovunque si parli di questa azione. (Questa costante esclusione del termine obligatio è rilevata anche dal KARLOWA

Quando si esca dal campo degli atti leciti e si entri in quello degli illeciti, il concetto che l'obbligazione sia asservimento deve dare per risultato che per i giuristi generino obbligazioni quei soli delitti privati, la pena dei quali avea per antica tradizione il carattere di soddisfazione data al leso, cioè di surrogato dell'antica vendetta. Questo carattere non po-

röm. *Rechtsgesch.* II, p. 449). Dove l'azione non serva a facilitarne un'altra, non è un affare, il negotium gestum, la sua base, ma rapporti materiali, detenzioni, a cui va compagna un'equità di rendere, la quale per quanto si disse non può asservire. È il caso ad es. delle macerie del mio edificio cadute nell'altrui, della zattera portata dalla forza del fiume nel fondo altrui: l. 5 §§ 4. 5 D. h. t. 10. 4. Il caso di distrazione dolosa di ciò che si dovea e poteva esibire presenta gli stessi caratteri della rei vindicatio nell'ipotesi di dolo desinare possidere. Perciò esula anche qui l'idea di asservimento. Si fa permanere una responsabilità da un punto di vista, dal quale è impossibile scorgere nell'obbligo un'obbligazione.

⁽³⁾ Il lettore farà da sé giustizia di un'idea che può facilmente presentarsi per molti dei casi annoverati, cioè che l'obbligazione sia esclusa dove l'azione mira al riconoscimento di uno stato familiare o reale o almeno presuppone come fondamento l'esistenza di uno stato simile, così che questo, se anche non è in questione, venga tuttavia considerato nel giudizio come base della pretesa. Ciò potrebbe servire ad escludere l'idea di obbligazione ad es. nella rei vindicatio, nell'actio confessoria ecc. ecc. Ma ciò non serve affatto ad es. per l'actio ad exhibendum, per gli interdetti de liberis exhibendis, de tabulis exhibendis, de glande legenda ecc. ecc., dove la base dell'azione è meramente l'interesse a che sia mostrato, esibito, il fatto che i frutti dalla pianta che è in un fondo nostro o detenuto da noi caddero nel fondo altrui, nè certo viene in discussione o viene neppure in considerazione lo stato pubblico della persona, se non per i requisiti generali del giudizio.

⁽⁴⁾ Altri obblighi non penali che non sono obbligazioni sono ad es. l'obbligo imposto a due arbitri di nominare il terzo, l'obbligo del liberto di pagare il prezzo della propria libertà, di cui la l. 26 D. 5. 2., l'obbligo del possessore dell'eredità controversa di non vendere cose dell'eredità, di cui la l. 5 pr. D. 5. 3.; l'obbligo del condannato in mala fede nella rei vindicatio di portar la cosa sul luogo dove avvenne la litis contestatio (l. 12 D. 6. 1), il caso della conductio per le cose amotae dalla moglie durante il matrimonio (l. 25 D. 25. 2), l'obbligo imposto dal pretore a certe persone di tener presso di sé il pupillo (l. 1 §§ 2. 3 D. 27. 2), l'obbligo di emancipare i figli di cui la l. 92 D. 35. 1.; l'obbligo alle collazioni ecc. ecc.

teva averlo nessun delitto pretorio, poichè quando il pretore acquista la facoltà d'introdurre iudicia per nuovi fatti illeciti, lo stadio della pena-vendetta è già superato. Qualunque pena, anche se resta rimesso al leso il richiederla e gli è concesso, essendo sempre in danaro, di ritenerla, è stabilita nell'intento di custodia dell'ordine sociale. Ma, nel corso del tempo, lo scopo della vendetta non poteva apparire manifesto neppure in quei delitti contemplati dall'antico diritto civile, pei quali era stabilita una pena pecuniaria. Codesto scopo era evidente solo in quelli per i quali l'antico diritto manteneva la vendetta nella sua forma primitiva di pena corporale dell'offensore. Questi si distaccavano dagli altri e per la loro gravità, di cui il mantenimento di quella vendetta è mera conseguenza, e per il genere della pena. Pene corporali ora per i delitti considerati privati dalla giurisprudenza noi troviamo fissate nell'antico diritto solo pel furto, il danno, l'ingiuria, nè importa che in qualche caso di furto, o di danno, o d'ingiuria mancasse; bastava fosse nei casi prevalenti.

A questi delitti resta limitato perciò il concetto di « obbligato ». Della quale in realtà nei testi classici non si parla che in relazione al furto, già punito dalla legge delle dodici tavole; alla rapina, reato formulato dal pretore, ma che non è se non un caso di furto ⁽¹⁾, al *damnum iniuria datum*, contemplato bensì dalla legge Aquilia, ma già anch'esso in parecchie sue forme nelle dodici tavole ⁽²⁾; e all'ingiuria altro reato considerato nella legislazione decemvirale ⁽³⁾.

⁽¹⁾ E i romani lo notano: l. 1 D. 47. 8. Paul.

⁽²⁾ Pur questo è ricordato dai nostri classici: l. 1 pr. D. 9. 2. Ulp.

⁽³⁾ Per il fatto che il furto, la rapina, il *damnum iniuria datum* e l'ingiuria obbligano basterà che citi Gaio III. 182. *Transeamus nunc ad obligationes quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit.* — Prima di esaminare le obiezioni che si possono fare alla mia asserzione che soli quei reati obbligano, è opportuno che metta in rilievo questo fatto che costantemente nelle fonti, se si enumerano i delitti, non si nominano che quei quattro. Gaio IV. 75. *Ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint noxales actiones*

Qualunque altro atto illecito, e di questi nelle nostre fonti

proditae sunt. Gaio IV. 76. *Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, velut furti lege XII tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; edicti praetoris velut iniuriarum et vi bonorum raptorum.* Gaio IV. 112. *est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae.* Gaio IV. 182. *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, (i compilatori riproducendo il testo in § 2 I. 4. 16 aggiungono « de dolo »).... sed furti aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum (Ist. loc. cit. aut de dolo) non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti.* L. 2 § 5 D. 5. 1. Ulp. *non tamen si iniuriam suam persequantur vel furtum vel damnum quod nunc passi sunt; l. 18 § 1 D. eod. Ulp. et vel furtum, vel damnum iniuria passus sit; l. 14 D. 5. 3. Paul. vel qui ante aditam hereditatem damnum dedit; l. 15 D. eod. Gaio. vel aliquam rem hereditariam subripuerit; l. 40 § 4. D. eod. Paul. ad officium iudicis pertinebunt et noxales actiones, ut, si paratus sit possessor noxae dedere servum qui damnum dederit in re hereditaria vel furtum fecerit etc.; l. 10 § 2 D. 16. 2. Ulp. quotiens ex maleficio oritur actio, ut puta ex causa furtiva (*ceterorumque maleficiorum* interp.); l. 30 pr. D. 35. 2. *Maec. actionesque acquisitae, ut furti damni iniuriae similesque; (similesque è interpolato in conformità alle frequenti interpolazioni della frase: et ceteri similes contractus); l. 2. § 4 D. 37. 6. Paul. emancipatus filius si iniuriarum habet actionem, nihil conferre debet: magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem: sed si furti habeat actionem, conferre debet.* È in particolare significativo che l'editto del pretore contro i pubblicani non contempla anch'esso che i reati in discorso: l. 1 pr. D. 39. 4. *Praetor ait: quod publicanus eius publici nomine vi ademerit... item si damnum iniuria furtumve factum esse dicetur, iudicium dabo; l. 16 D. 1. 18 Macer: veluti si iniuriam aut furtum passus est.**

I reati che enumera Gaio e dei quali soli tratta nelle istituzioni sotto la materia delle obbligazioni tengono così indubbiamente un posto particolare nelle nostre fonti. Per tutti questi il termine « obbligato » ricorre frequentissimamente. Per gli altri mai in nessun testo classico. Si può citare contro quest'asserzione due soli testi. L. 12 D. 11. 3. Paul. 19. *ad ed. quia manet reus obligatus etiam rebus reditis.* Il testo è sotto la rubrica « de servo corrupto » e sappiamo che al libro 19 *ad ed. Paolo* trattava dell'actio servi corrupti. Ma questo brevissimo frammento si riferiva all'azione di servo corrupto o all'azione di furto, che spessissimo si combina con quella? Certo la legge contempla un caso di sottrazione di cose: certo in essa non si fa l'ipotesi che invece fa esplicitamente nel testo precedente Giu-

se ne incontra un numero ingente (basterà che ricordi le

liano ossia che colla *condictio* si sia ottenuta la cosa e coll' *actio furti* la pena, così che sia chiaro che l'obbligazione che permaneva era per la corruzione del servo. Quantunque quindi i compilatori leghino il testo alla sentenza di Giuliano e diano all'obbligazione questo senso, è più che probabile che Paolo parlasse di un caso bensì di corruzione del servo, ma in cui era il furto, e che la sua sentenza significasse che, anche rese le cose, resta l'obbligazione per la pena del furto. Che anche Giustiniano usi in l. 20 pr. C. 6. 2. per il caso di corruzione del servo il termine « obligare », data l'estensione giustiniana del concetto di obbligazione, di cui parleremo più innanzi, non conta. L'altra legge che sembra infirmare la mia tesi è l. 17 D. 4. 2. Paul. *Videamus ergo, si heres, ad quem aliquid pervenerit consumpserit id quod pervenit, an desinat teneri, an vero sufficit semel pervenisse? et, si consumpto eo decesserit, utrum adversus heredem eius omnimodo competat actio, quoniam hereditariam suscepit obligationem, an non sit danda, quoniam ad secundum heredem nihil pervenit? et melius est omnimodo competere in heredem heredis actionem. Qui parrebbe detto che si ha un'obligatio da actio quod metus causa. In realtà « quoniam hereditariam suscepit obligationem » è un'interpolazione a scopo didattico. È assurdo infatti pensare che Paolo venisse a ricordare che l'erede assume le obbligazioni del defunto. Com'è assurda questa dichiarazione, è anche assurda l'altra: « quoniam ad secundum heredem nihil pervenit », perchè, se cessa di esser tenuto il primo erede, dopo la consumazione, si capisce che tanto più non deva esser tenuto colui, a cui nulla pervenire. Si noti poi la bellezza di quel « secundum heredem » di carattere così manifestamente scolastico. « Ad eum » semplicemente dovrebbe essere scritto, riferendosi alla frase « ad heredem eius ». Forse, più che d'interpolazioni, si tratta di glosse simili ad es. a quella della l. 5 § 1 D. 19. 1. « quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest (V. DI MARZO *Condictio incerti* p. 14 seg.). Trascuro la l. 30 pr. D. 48. 10 Mod. « *Lege Cornelia testamentaria obligatur qui signum adulterinum fecerit, sculpsit* » poiché il testo si riferisce a un reato pubblico, non solo, ma forse dipende da quel caratteristico pensiero di Modestino intorno al « *lege obligari* », di che abbiamo discorso alla nota 3 pag. 45, e che non ha nulla a vedere colla tradizione romana. Trascuro anche l. 2 § 1 D. 27. 3. Paul. *utraque autem actione obligatur (scil. furti et actione de rationibus distraendis) perchè già alla l. 1 § 21 D. eod. è detto: in tutela ex una obligatione duas esse actiones constat (scil. tutelae et de rationibus distraendis) e quindi l'obligatio nell'*actio de rationibus distraendis* è dalla tutela e non dal delitto. Gli argomenti qui addotti intorno a questi testi apparentemente contrari alla mia affermazione troveranno largo consenso poi**

pene contro chi corrupe l'albo, contro chi vi eximit il citato

presso chiunque percorra le fonti, nelle quali il termine « obligari » ricorre cento volte per i reati Gaiani; mentre, come si è visto, per l'*actio servi corrupti* e *metus causa* non si avrebbero che questi esempi. Essi non possono essere eccezioni alla regola. Non devono senz'altro essere eccezioni. Cioè l'« obligare » non deve esser detto in quei testi in relazione a quei due reati. Se si vuol vedere un esempio della cura con la quale per altri reati, qualificati pure per delitti, i giuristi evitano il termine *obligari*, mentre lo usano sempre per ognuno di quei quattro, vedasi la l. 3 § 4 D. 25. 2. Paul. *Si filia familias res amoverit, Mela Fulcinius aiunt de peculio dandam actionem quia displicuit eam furti obligari: vel in ipsam ob res amotas dari actionem. Era pure prossimo il dire de peculio eam obligari, o vel ipsa rerum amotarum obligari. Invece, il termine « obligari » appare pel furto, ma non mai per l'*amotio rerum*.*

Si può essere tentati di dire che i casi Gaiani di obbligazioni da delitto sono soli menzionati, quando si esemplificano i delitti nelle nostre fonti, perchè i più antichi e tipici. Si può in altri termini essere tentati di considerare quel posto particolare, che ho detto occupare essi nelle fonti, come identico per natura a quel posto che occupano nella teoria delle servitù prediali l'*iter*, l'*actus*, la *via*, l'*aquaeductus*. Ma sarebbe un errore. Perchè anche alle altre servitù si dà nelle fonti il nome di *servitus*, ma agli altri casi di reato, se si applica la parola *delictum* o *maleficium*, non è applicato mai il termine « obligare ». Or questo non può essere dovuto al caso; ma deve dipendere dal concetto classico esposto nel testo intorno a quei delitti.

Dobbiamo considerare un altro ordine di obiezioni. Si può osservare cioè che se anche si ammetta che il termine « obligare » non usi nelle fonti che per quei delitti, quando si nominano distintamente, in realtà risulti che tutti i delitti obbligano dalle dichiarazioni generali, che li riguardano tutti insieme. Queste sarebbero: l. 7 § 1 D. 4. 5. Paul. *Iniuriarum et actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant*; l. 14 D. 44. 7. Ulp. *Servi ex delictis quidem obligantur*; l. 43 D. eod. Paul. *servus autem ex contractibus non obligatur*; l. 12 D. 9. 4. Paul. *Si bona fide possessor eum servum quem bona fide possidebat, dimiserit, ne agi cum eo ex noxali causa possit, obligari eum actione, quae datur adversus eos, qui servum in potestate habeant aut dolo fecerint quominus haberent, quia per hoc adhuc possidere videntur*; l. 13 pr. D. 11. 1. Paul. la quale si riferiva alle azioni nossali: *confessionibus falsis respondententes ita obligantur, si eius nomine de qua quis interrogatus sit, cum aliquo sit actio. Ma in tutti questi testi, dove si parla o di delitti in genere o di azioni nossali in genere noi non siamo autorizzati a supporre che i giuristi pensino ad altri delitti che*

in giudizio, contro chi impedisce ad alcuno che in iudicio

a quelli, di cui ci parla Gaio, appunto dove tratta dei delitti in genere e delle azioni nossali in genere. Tanto è ciò vero che nei titoli delle nostre fonti dedicati alle azioni nossali noi non troviamo recati altri esempi che di uno dei reati menzionati da Gaio, eccettuata la l. 2. C. h. t. 3. 41, che contiene un rescritto relativo all'actio arborum furtim caesarum, sentenza provocata dunque da una domanda particolare rivolta all'imperatore.

Dove poi si trovi nelle fonti un principio generale intorno ai delitti accompagnato da una decisione particolare, questa si riferisce a uno di quei quattro delitti. Si prenda ad es. la l. 39 § 1 D. 9. 4 Iul. Qui alienum servum suum esse fatetur, quamvis noxali actione obligetur etc. Si direbbe che qui l'obligatio si riferisca ad ogni azione nossale; ma si guardi il principio della legge: si plurium servus furtum fecerit e apparirà che l'obligari del § 1 dipende chiaramente da ciò che il giurista pensa al furto. Vedasi anche l. 32 pr. D. 35. 2. Maec. etenim ea demum obligatio rei bonis deminutionem praestat, quae in heredem transit. La sentenza è generale; ma il giurista scrive così perchè ha detto dianzi nello stesso principio: sed ne in actoris quidem bonis defuncto eo iniuriarum actio poterit computari. I delitti in discorso occupano tanto il pensiero dei giuristi che dei principii che valgono per essi si giovano come argomenti per ammettere gli stessi principii per altri reati. L. 9 § 2. D. 4. 4. Ulp. Nunc videndus minoribus utrum in contractibus captis dumtaxat subveniat, an etiam delinquentibus: ut puta dolo aliquid minor fecit in re deposita vel commodata (*vel alias in contractu* interp.), an ei subveniat, si nihil ad eum pervenit? et placet in delictis minoribus non subveniri: nec hic itaque subvenietur. nam et si furtum fecit vel damnum iniuria dedit, non ei subvenietur. Cfr. anche l. 9 D. 2. 1. Delle dichiarazioni generali citate non credo genuina la l. 7 § 1 D. 4. 5. perchè da essa parrebbe che l'iniuria non fosse un delitto, perchè vi si incontra la stranezza di « obligatio » riferita prima al delitto (iniuriarum) poi all'azione da delitto (et actio-num ex delicto venientium) e perchè « obligatio actionis » non s'incontra in altro luogo. Ma fosse pur genuina, come paiono le altre, e da essa e da queste non è luogo, ripeto, a trarre nessuna deduzione contro la tesi qui sostenuta. I delitti non sono stati contemplati nel diritto romano che per disposizioni singole riferentisi alle singole figure; allo stesso modo sono state introdotte le azioni nossali. La teoria di quelli e di queste si formò su quei quattro tipi più antichi; a questi i giuristi pensano in ogni loro discorso generico intorno ai delitti; a questi aderisce il concetto di obligatio da delitto. Non ci sapremmo altrimenti spiegare come nella folla di delitti contemplati nelle fonti il termine « obligare » resti limitato a quelle figure, per le quali lo usa

sistat, contro i calunniatori, contro chi seppelli un cadavere in un luogo puro d'altri, contro quelli che effuderint vel deiecerint, contro il mensor qui falsum modum dixerit, contro il tutore sospetto, contro chi recide gli alberi altrui ecc. ecc.) non genera un'obbligazione, ma un obbligo; e la frase che qui incontreremo è appunto quella che esprime l'obbligo e non l'obbligazione, cioè l'actio teneri e le frasi equivalenti. Nè conta che il delitto che si contempla, pur essendo diverso da quei quattro, possa essere compreso in alcuno di essi (¹). Basta che al giurista si presenti la figura tipica di un diverso reato, perchè il termine « obligatio » sia evitato con una costanza, che precisamente l'infinito numero di volte, in cui sarebbe stato il caso di adoperarlo, rende quanto mai significativa.

Gaio. Questo non vuol dire che il principio giuridico che l'obbligazione da noxa cum capite ambulat, o l'altro che il possessore del servo delinquente risponde se cessa di possedere per dolo non valesse anche in altri casi di delitti oltre a quei quattro. Si dice soltanto che questi principii restano formulati col termine « obligari » perchè i giuristi pensano a quei dati reati scrivendo di azioni nossali. Per gli altri vale lo stesso principio, ma se di questi fosse stato il discorso allora le regole sarebbero riuscite senza l'uso del termine obligatio. E così ad es. troviamo detto pel caso della familia del publicano che commetta uno dei nostri reati, ma dove l'azione è speciale l. 13 § 2. D. 39. 4. Gaio: Sive autem vendidit servum vel manumisit vel etiam fugit servus, tenebitur servi nomine, qui tam factiosam familiam habuerit. V. per la terminologia in uso trattandosi di azioni nossali da altri delitti che dai Gaiani anche l. 9 § 4 a. D. 4. 3. — l. 16 § 1 D. 4. 2. — l. 1 § 5 D. 2. 10 — l. 1 § 1. D. 2. 7. — l. 1 § 8 D. 9. 3. — l. 5 § 3. D. 11. 3. — l. 3 § 6 D. 11. 6. — l. 21 § 2 D. 25. 2. — l. 3 pr. D. 39. 4 — l. 14 D. 43. 24. — l. 3 § 11 D. 47. 12., tutti testi ove si poteva usare il termine obligari e dove tuttavia non s'incontra. Onde, concludendo, io credo che si possa con tranquilla coscienza ritenere che Gaio III. 182 dicendoci: veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit usi il « veluti » in senso tassativo. I reati sono infiniti; a ognuno di essi risponde un'obbligo, ma obligationes non derivano che da quei quattro.

(¹) Com'è ad es. dell'actio arborum furtim caesarum, che si riferisce a un reato punibile come damnum iniuria datum; o dell'actio servi corrupti, che spesso presuppone il furto.

Per lo stesso motivo per cui solo i reati veduti obbligano, quando incontreremo un'azione obbligatoria da delitto priva di carattere penale, questa avrà ancora per ipotesi uno di quei quattro reati, e sarà la *condictio furtiva* (1).

Da ultimo, appunto perchè l'obbligazione è asservimento, e non quindi un concetto di un dato potere, si capisce come i giuristi antichi in realtà non conoscano l'*obligatio*, ma le *obligationes*. « *Nunc transeamus ad obligationes* » dice Gaio e non « *ad obligationem* ». Le obbligazioni sono cioè considerate al pari delle servitù (si torna sempre a queste) nei loro singoli casi. Solo qui la singolarità del caso risulta dalla singolarità della causa, anzi che, come nelle servitù, dalla singolarità del contenuto, quantunque nella massima parte dei casi a quella corrisponda anche questa. Che in tutti i casi di obbligazione ci sia un dovere di dare, *facere*, *praestare* non li compone ad unità, perchè questo dovere c'è in mille altri. L'unità è data dall'asservimento; ma perchè questo è concetto dogmatico che non ha se non ragioni storiche, così il pensiero giuridico non può rivolgersi sempre che alle singole cause, e i così detti principi generali sulle obbligazioni noi li desumiamo perciò costantemente da testi che riguardano o risguardavano fuori della compilazione singole cause, principalmente la stipulazione. Gli antichi interpreti del diritto romano composero l'albero delle servitù. I moderni devono rassegnarsi a far ciò che non fecero quegli antichi, ingannati più che altro dalle definizioni legali dell'obbligazione, e trasportati dalla visione dell'obbligazione come obbligo, devono cioè comporre l'albero delle obbligazioni (2).

(1) L. 2 D. 13. 1. Pomp. — l. 7 § 2 eod. Ulp. — l. 13 § 1. D. 16. 3. Paul. Anche questo testo infatti si riferisce alla *condictio furtiva* V. OERTMANN *Op. cit.* p. 44. — l. 17 D. 13. 1. Pap.

(2) E ciò che si è cercato di fare nelle note 1, p. 83; 1, p. 100; 3, p. 114. Non ho bisogno di aggiungere che l'albero delle obbligazioni romane non si compone colla sola arte del lessicografo ma anche dell'esegeta, che solo può scorgere le alterazioni dei testi. Si capisce che l'albero delle obbligazioni sarà diverso d'indole da quello delle servitù, in conformità alla diversa base della loro singolarità rilevata nel testo.

Non risposi ancora ad un quesito già fatto; non dissi cioè perchè i romani non considerarono la legge come fonte generica di tutte le obbligazioni. La ragione non istà nel concetto di obbligazione come asservimento, ma in un fatto storico d'ordine e d'importanza generale. Allorquando l'obbligazione sorge e per un lungo periodo della sua vita siamo in un periodo storico, in cui l'ordinamento della società si è per lunga consuetudine consolidato nelle organizzazioni gentilizie e famigliari e lo Stato comincia appena a farsi legislatore col mezzo degli organi destinati alla legislazione e comincia appena ad assumersi la tutela del diritto. L'obbligazione, questo ente estraneo all'assetto giuridico primitivo, scaturisce dall'autonomia delle genti e delle famiglie e non serve affatto alla vita e ai bisogni dello Stato. Farsi *nexus ad es.* è una necessità straordinaria per il singolo; codesta forma di *negotium* non agevolava un commercio, che non c'era; o agevolava infatti le alienazioni di territorio e sue pertinenze della gente; o agevolava i prestiti di consumo. Nè lo Stato si assume mai il compito di agevolare i commerci; questa è funzione che allora non ha e a cui non pensa. La pena poi conseguente al delitto privato obbligatorio non adempie nelle sue origini nessuna funzione di prevenzione coll'intimidazione a beneficio della *civitas*; essa da parte dello Stato, ho già detto, ma giova ripetere, non è che un surrogato della vendetta privata; e quindi non è mai la pena dello Stato per la vita dello Stato; è la pena della gente per la vita della gente. Lo Stato romano poi così adulto sin dall'alba della sua storia come unità militare, come creatore e tutore di diritto è e resta lungamente ancora fanciullo. Il diritto lo lascia fare ai padri di famiglia e alle genti; se interviene, interviene più come definitor di un diritto incerto che come creatore di un diritto nuovo. E ai padri lascia la tutela del diritto; egli interviene, quando interviene, come *temperatore* ed *arbitro*. Autonomistica l'origine dell'obbligazione, autonomistica la sua funzione, autonomistica la tutela, ecco di necessità esclusa l'idea che l'obbligazione nasca dalla legge neppure per riguardo alla sanzione. Lo Stato sancisce le obbligazioni, perchè non può fare altrimenti; pone gli organi giudiziari a disposi-

zione dei creditori da obbligazioni; ma non dà la vita all'obbligazione; questa la crea il fatto dell'individuo, e la sua sanzione si impone allo Stato solo per evitare le difese private.

Non è un fatto particolare all'obbligazione questo che ho rilevato. In tutto il diritto romano le sue origini dalla vita dei gruppi fanno che il pensiero che diritti e doveri dei cittadini siano dalla volontà dello Stato o non appaia espresso o passi in seconda linea, tolto il caso di positive disposizioni del diritto scritto. Ciò che dissi per l'obbligazione riceve luce da quanto avviene circa l'eredità. I romani scrivono che le eredità si deferiscono per testamento o per legge. È solo un tardissimo giurista che farà l'osservazione che anche le eredità testamentarie valgono per forza di legge⁽¹⁾. I moderni afferrano l'osservazione e l'approvano, dicendo, mi riferisco alle parole di un illustre pandettista⁽²⁾, che la volontà individuale espressa nel testamento è un motivo che la legge considera per deferire l'eredità dello stesso valore dell'altro motivo che è la parentela civile o di sangue. E per i tempi attuali corre, con qualche complemento, anche l'osservazione. Ma guai ad applicarla al mondo romano. Il testamento è causa di eredità in Roma perchè vale per l'autonomia del paterfamilias; il diritto dello Stato non gli diede la forza e per molti secoli non seppe neppure diminuirgliela. La legge non è perciò causa di eredità che nella successione intestata, perchè qui fu effettivamente la volontà statale, che determinò per i suoi fini uno stato di diritto. Per questo il pensiero romano rispetto alla successione testamentaria non scorge la legge e nomina la causa: il testamento; e per lo stesso motivo codesto pensiero rispetto all'obbligazione non scorge la legge e si riposa sulle sue fonti note: contratti, delitti.

Ma va aggiunto che, quando pure altra fosse stata la situazione dello Stato rispetto al diritto, ancora le obbligazioni romane avrebbero potuto pensarsi derivare dalla legge come

(1) L. 130 D 50. 16 Ulp.

(2) FADDA, *Diritto ereditario* 1. pag. 294.

obblighi, non mai come obbligazioni. Lo Stato sancisce l'obbligo; l'obbligazione non ha sanzione. Essa è per sé; essa insomma è concetto di rapporto sociale; non è concetto di rapporto giuridico. Nella lingua dei giuristi l'obligatio sarà vista anzitutto dal punto di vista dell'obbligo giuridico che normalmente l'accompagna; di qui il « necessitate adstringi »; ma poi il concetto dell'obligatio come rapporto sociale vince nell'obligatio naturalis, ove si associa però al concetto di un obbligo morale come appare dalla causa che è richiesta e, sia pur con riluttanza, i giuristi sono pure costretti a parlar d'obligatio dove non c'è obbligo, a parlar di creditori e debitori così nelle obbligazioni civili come nelle naturali. Il che torna a dire che il concetto di obbligazione è giuridicamente insignificante. Ciò che importa nella vita giuridica è di essere sottoposti a un dovere di condotta; ciò che importa insomma è l'obbligo giuridico e non è l'obbligazione, l'asservimento. Onde se tante volte i giuristi, pur parlando di obbligazioni, non usano la parola « obligari », ma preferiscono parlare di « actione teneri » o d'impiegare gli altri termini che esprimono l'obbligo come: debere, cogi, compelli ecc. sono giustificati. L'actione teneri diceva l'obbligo, perchè nell'azione era la descrizione dell'obbligo o l'accento ad esso. Quando parlano di obbligazioni invece nella grande maggioranza dei testi essi si limitano all'affermazione dell'asservimento; coll'« obligatus est » finisce cento volte l'affermazione; l'« a che » non si diceva perchè non si poteva dire: occorre una circonlocuzione per far capire che l'asservimento dipendeva da un dato obbligo. E il pretore, che mira alla vita giuridica, può quindi fare a meno di usare il termine « obligatio » in tutto l'Editto perpetuo, dove la parola non compare mai.

Per quanto dicemmo, l'obligatio era concetto che a un dato momento di tempo nel campo del diritto privato non dovea più esser capace di estendersi a nuove figure di atti leciti, nè illeciti e ai conseguenti obblighi.

Essa in realtà, come ha la sua base storica in un'antitesi con una condizione primitiva di vita di gruppo, così re-

sta collegata ad antiche cause. Non abbiamo infatti che da supporre di conoscere la prima gente che si sciolse in famiglie e il tempo in cui questo avvenne per trovare già costituite le cause essenziali di obbligazione e appena divengono fonti di obbligazione forme nuove delle cause stesse. Praedes, vades, obligatio auctoritatis, nexum? fiducia, dotis dictio, promissio operarum iurata, sponsio, fideiussioni, sono cause primitive che si riducono come pensiero fondamentale ad una: l'esplicita assunzione o imposizione d'obblighi in uso tra genti, con o senza pegno di sè. I constituta, i recepta pretori come più tardi la pollicitatio non sono che forma nuova di questa causa. Il legato ed i sacra rimontano anch'essi ad età antica. E non sarà che per lo stesso pensiero per il quale il legato obbliga che obbligheranno poi il fedecompresso ed il modo. Il giudizio è anteriore alle dodici tavole. L'operis novi nunciatio si dimostra per i caratteri notati anch'essa antica. Al vecchio mandato si connette l'obbligazione da negotiorum gestio, communio da tutela, da cura. Mutuo, deposito, commodato, pegno, dote, i casi scorti di conditiones obligatorie, comunque svoltesi, sono poi concettualmente uniti all'antichissimo « repetere res » del diritto pubblico⁽¹⁾. Contratto letterale, chirografi, singrafi traggono la loro forza dalla solennità, che si vedeva nello scrivere in un tempo in cui la scrittura nella sfera della vita privata era un fatto raro, e si redigevano per iscritto i conti e le quietanze colla importanza e la serietà con cui si redigevano annali, formule, leggi. Essi ora non fanno che surrogare le solennità delle obbligazioni verbali; sono come l'ius scriptum a lato al non scriptum. I delitti obbligatori o sono quelli delle dodici tavole o ne sono frammenti e ricordano tutti la vendetta. Vendita, locazione, società si disse già da che antiche condizioni sorgono ed è noto come continuano ad esserne dominate. Nell'obbligazione è dunque tutto arcaico, come la base storica del concetto che ci richiama alla vita precivica, così la bipartizione delle cause

(1) V. BONFANTE, *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato*, p. 13.

che ci richiama alla statualità delle genti, e così ancora le singole cause obbligatorie. Essa ci lascia scorgere un'età in cui non è; prorompe rapida in varie forme in uno spazio di tempo relativamente breve; quindi s'arresta nel suo sviluppo. Al principio dell'impero è già isterilita.

Ci si parla di un progressivo estendersi dell'obbligazione che durerebbe per tutto il corso del diritto romano. Nulla di più erroneo. Gli obblighi si moltiplicano all'infinito. Ma non si moltiplicano le obbligazioni, se non in quanto in qualche rapporto si veda realizzato uno dei fatti per cui ab antico l'obbligo si unisce all'asservimento. Dove manca la somiglianza con una delle antiche singole cause d'obbligazione, ivi l'obbligazione non c'è più, per quanto vi sia l'obbligo. Di qui il fenomeno che dai così detti contratti innominati non nasca mai l'obligatio, per quanto ne nasca l'obligo⁽¹⁾. E veramente il contratto innominato non si connette

(1) Non v'è un solo testo dove si dica che dal contratto innominato nasca un'obbligazione. La l. 7 pr. §§ 1-4, tra i quali il § 2 è quello citato più spesso per la storia dei contratti innominati è tutto alterato e proprio il termine « obligatio » vi è certamente non genuino. Devo sottoporre a nuovo esame questa legge già altrove considerata (vedi la nota 1 p. 47). Cominciamo dal § 1. Quae (scil. conventiones) pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. Il testo inventato (v. la nota cit. p. 49) viene a dire che le convenzioni, ossia gli accordi fra le parti, da cui nasce l'azione non conservano il nome generico di conventio, ma assumono quello speciale di contractus. Questa è l'interpretazione più naturale, perchè la più conveniente ai termini usati e perchè esprime l'antitesi tra contratti generatori d'azione e patti generatori di eccezioni. Io non voglio tuttavia neppure escludere che s'intenda di dire che le convenzioni generatrici d'azione non conservano il nome generico di convenzioni, ma assumono ciascuna un nome speciale di contratto, così che il testo significherebbe non solo che simili convenzioni si dicono contratti, ma anche che ciascuna ha un suo nome. Con l'una o con l'altra interpretazione il § 2 riesce spropositato: sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Infatti così si nega precisamente ciò che si dice al § 1. Secondo questo le convenzioni che producono azione o si chiamano

in alcuna guisa ad una delle antiche cause di obbligazione,

contratti o hanno ciascuna un nome di contratto; secondo il § 2 non importa più che si chiamino contratti o che abbiano un dato nome di contratto (queste sono le due interpretazioni possibili di « sed et si in alium contractum res non transeat » in corrispondenza alle due interpretazioni supposte del § precedente), perchè tanto ugualmente, se c'è la causa (e la causa, si veda, occorre anche nei contratti menzionati al § 1) c'è ugualmente l'obligatio, il che vuol dire che c'è l'actio. Così un § si mangia l'altro. Questo per il senso; per la terminologia noto l'insensatezza di quell'« alium » nella frase « sed et si in alium contractum etc. ». Perchè se prima si dice che le convenzioni generatrici d'azione portano il nome di contratto, non ha senso il dir poi: ma se anche la convenzione non diventi un altro, o un diverso contratto; se si dice invece che codeste convenzioni portano un dato nome di contratto, come vendita, locazione, ecc. non ha senso l'esprimere questa idea: ma se anche la convenzione non porti uno di codesti nomi, non sia uno di codesti contratti, dicendo « sed et si in alium »; perchè la serqua dei contratti nominati non è prima data per intero. Ed è amena quella « res » per « conventio » in un testo ove non si discorre che di convenzioni. Ed « esse obligationem » riesce una sorpresa; ci si attenderebbe: esse contractum. Perchè il discorso è sempre sui nomi: conventio, contractus. Il testo non può che significare: le convenzioni che generano azione si dicono contratti o portano un dato nome di contratto; ma se anche non portino uno dei nomi consueti di contratto, quando c'è la causa sono pur contratti. Che a questo pensasse lo scrittore risulta dalla fine dello stesso §: esse enim contractum, quod Aristo *συνάλλαγμα* dicit, unde haec nascitur actio. Continuiamo: ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc *συνάλλαγμα* esse et hinc nasci civilem obligationem: donde dipende l'infinito « esse », e l'altro « nasci »? Da « respondit » vien fatto di dire; ma si ammetterà che, essendoci di mezzo l'esempio, il « respondit » di prima non serve più; e questi infiniti restano campati in aria. « Et hinc nasci civilem obligationem » riesce una ripetizione dopo « respondit esse obligationem ». Da « et ideo » sino a « sufficere » il testo si presenta per genuino. Ma in questa parte non è più questione di « contractus » e di « obligatio » ma di azioni. La proposizione « esse enim contractum, quod Aristo *συνάλλαγμα* dicit unde haec nascitur actio » è una inutile ripetizione del già detto. Lo scrittore, riferito che per Aristone il dare per avere è un *συνάλλαγμα* e che ne nasce un'obligatio civilis, proseguirebbe con « et ideo ». Dunque il perchè della sentenza che segue sta prima e non occorre ripeterlo dopo con « enim ». La proposizione non pare abbia altro scopo che di tradurre in latino il termine *συνάλλαγμα*. Il § 3 non ha a che fare col discorso che precede

in quanto che il così detto contratto innominato di Aristone

vi si parla di « promissum », parrebbe dunque di stipulazione. Ma se anche si tratti di promessa non formale, il caso contemplato è quello di una mera conventio; manca infatti la prestazione da una parte come dall'altra. Al § 4 si ritorna allo schema del contratto innominato: sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. E si ritorna anche alle stranezze: « sed cum nulla subest causa » è troppo lontano dal luogo ove si parlò della « causa »; « propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem » è una frase contorta e sbilenca, che sostituisce la naturale: « conventio non parit actionem »; infine la nota massima: « nuda pactio actionem non parit, sed parit exceptionem » riferitaci così sempre come un proverbio giuridico in molti testi e persino in questo stesso testo al § 5: « ne ex pacto actio nascatur » è alterata colla sostituzione di actio ad obligatio. Proprio questa alterazione ci dà la chiave, non per ricostruire il testo originale, ma per dire di che trattava. La questione verteva tra i giuristi classici sull'actio e non sull'obligatio. Nel caso di: dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias, la questione era se si doveva dare un'actio in factum o una civilis incerti actio. Aristone avrà risposto elegantemente a Celso: esse civilem actionem; cioè precisamente l'actio incerti civilis, di cui si parla poi, perchè questo è un *συνάλλαγμα*, et hinc nasci civilem actionem. Sta bene che Labeone in l. 19 D. 50. 16 dica: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci *συνάλλαγμα* vocant; ma Labeone continua anche esemplificando: veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem; cioè egli si riferisce ai contratti tipici e ai contratti, dove davvero sempre si parla di « obligatio » e dove davvero c'è sempre una obbligazione bilaterale. E dunque qui l'« ultro citroque obligationem » è esatto. Ma Aristone applica un'altra idea molto più vasta di *συνάλλαγμα*, l'idea contrattuale in genere, che con quella di Labeone non ha nulla da fare; l'idea di affare con causa, e, ciò posto, egli non è più legato al concetto di « obligatio » ma a quello di actio. L'idea di contratto non gli giova che per l'azione. I compilatori, come mutarono « actio » in « obligatio » sino nel proverbio giuridico citato, mutarono actio in obligatio anche nel resto del § 2; e nella prima parte di esso (esse obligationem) diedero ad « obligatio » il senso di « contractus » in conformità a quanto notammo alla nota 1 pag. 31 e più particolarmente parlando del testo di Pedio « nullum contractum, nullam obligationem »; nella seconda (« et hinc nasci civilem obligationem ») vi diedero il senso proprio di « obligatio ». Daccapo nel § 4 nella frase « non posse constitui obligationem » il termine torna nel senso di « obligatio » e nel proverbio giuridico « obligationem non parit » nel senso di azione. Il

suppone che un valore esca dal patrimonio di uno e un

nostro testo adunque non prova per nulla che nel caso di contratti innominati si parlasse di obligatio; da esso si trae che non si parlava che di azione.

In l. 1 § 2 D. 19. 4 Paul. torna per la permuta il termine « obligatio »; permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet. Ma il testo è tutto dei compilatori e ritornano in esso proprio gli stessi termini, le stesse idee della l. 7 pr. §§ 1-4 D. 2. 14 esaminata; torna il « constitui »: nudo consensu constitui obligationem dicemus; torna il « nomen » e tornano gli esempi: quod in his dumtaxat receptum est quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione, mandato (V. quanto dico anche nel mio *Contratto consensuale classico* p. 10).

Si veda anche la l. 5 D. 19. 5. Nel pr. avremo « in quibus quaeritur quae obligatio nascatur »; nel § 1 torneremo a incontrare « et nasci civilem obligationem » cioè le stesse parole ancora della l. 7 § 2 D. 2. 14 cit. Ma è noto che tutta codesta l. 5 è fattura dei compilatori.

Non si dubiterà dopo ciò di vedere un' interpolazione anche in l. 25 D. 19. 5 Marc. « nam aliud dando, ut aliud reddatur obligari iure gentium possumus » che non è una ragione affatto della sentenza. Non si doveva dire: poichè per diritto delle genti ci si può obbligare a dare una cosa per averne una diversa. Si doveva dir solo: perchè qui si dà per riavere una cosa diversa, mentre se si pagano opere indebite non si può ripeterle, perchè non si ripeterebbero le stesse opere date o opere « ex eodem genere ». La menzione dell' « obligari iure gentium » è perfettamente inutile. Essa non ha altro scopo che di ribadire il concetto bizantino dell' obligatio dalla permuta.

Ad abundantiam voglio ricordare in relazione a quanto dico intorno alla l. 7 D. 2. 14 che anche in altra legge di Ulpiano ritorna un'asserzione dei compilatori che conviene a quanto dicono in quella: l. 15 D. 19. 5... et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat esse pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis nisi si quis et in haec specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur. Il « negotium aliquod » corrisponde al « subsit tamen causa » della l. 7. Il dire che la conventio non è « nuda » perchè implica un negotium aliquod, non corrisponde al pensiero romano; « nudus » detto di un accordo è soltanto antitetico ad accordo formale e non ad accordo con una causa. Il testo suppone un accordo e non un contratto innominato, perchè manca la prestazione. Dunque non si ha neppure l'ipotesi di Aristone. Ulpiano in tal caso non doveva accordare che l'actio de dolo, cioè l'azione della quale i compilatori passano a parlare nella fine del testo con un « nisi si quis » che è evidentemente nient'altro che un

valore diverso o siano cose o servizi vi deva entrare; quindi si staccava completamente dal presupposto della condictio obligatoria che è il ripetere e di tutti i contratti reali dove si ha sempre un ripetere. In tal caso potea quindi sorgere l'obbligo, ma non l'obligatio. Così pure la giurisprudenza potè accordare azioni in casi, in cui c'era una ragione di equità simile a quella per cui si accordava la condictio; sono i casi che i compilatori resero di condictio incerti; ma in nessuno di essi torna il termine obligatio ⁽¹⁾. L'obbligazione

uncino di attacco del discorso proprio con quello di Ulpiano. L'« oriri potest » è assurdo; Ulpiano avrebbe detto se c'è o non c'è azione; e non si sarebbe espresso, volendo pur manifestare un dubbio, in tal modo. La « civilis actio » non è specificata col suo nome esatto « civilis incerti actio »; l'id est praescriptis verbis è dei compilatori.

Ai quali appartiene anche certamente la fine di l. 19 pr. D. 19. 5. « quasi negotium quodam inter nos gesto proprii contractus » perchè gerere negotium contractus (genitivo) è frase sbalorditoia per un classico. Gellio 20. 1. 41 dirà negotiorum contractus; la frase corrisponde a « negotium contrahere »; ma qui avremmo una frase corrispondente a « gerere negotium contrahere »! Anche il « proprius » rivela l'interpolazione in conformità alle osservazioni fatte alla pag. 47 n. 1.

Tolti ora i tre testi citati l. 7 § 2 D. 2. 14 — l. 1 § 2 D. 19. 4. — l. 25 D. 19. 5, dove certamente l'« obligare » ci viene dai compilatori, in nessun altro luogo troviamo che in relazione a un contratto innominato si parli di obligatio. Vuol dire che codesti contratti non fondavano un'obbligazione. E se Gaio nelle sue istituzioni non ne fa parola, non è affatto perchè egli non volesse dare azione per codesti contratti (contro PERNICE *Parerga* III p. 252), ma perchè egli tratta delle « obligationes » e il contratto innominato non fonda un' « obligatio ». È un preconetto, dal quale dobbiamo liberarci, che i romani e Gaio stesso pensino che dove c'è un contratto ivi c'è un' obligatio. Le obbligazioni nascono da contratti e da delitti, non dai contratti torno a ripetere e dai delitti. E ci sono contratti che non obbligano, come delitti che non obbligano. Se la scienza romana non fece alcuno sforzo per determinare nè l'idea di contratto, nè l'idea di delitto in relazione alle obbligazioni, avea tutte le ragioni; perchè quelle due idee prese insieme non coincidono con questa; l'obbligazione non nasce dal contratto e dal delitto, ma da alcune figure di affari (contratti) e da alcune figure di atti illeciti (delitti).

⁽¹⁾ Il che vuol dire che la medesima azione può coprire sia l'obbligazione che il mero obbligo.

resta ferma sulle antiche basi e oramai entro gli antichi limiti già col primissimo impero. L'ultimo caso di obligatio è forse il fedecomesso. E s'intende. Quell'antico ordinamento giuridico in antitesi al quale si formava l'obligatio si era disgregato già in parte, in parte si andava disgregando. Le vecchie obbligazioni non erano più intese come asservimento se non per tradizione. Essendosi moltiplicato il numero delle forme costitutive da atto lecito e diventando di queste frequentissimo l'uso, così da trovarsi difficilmente nella società chi non fosse asservito all'altro, l'obligazione dovea cessare di essere contemplata come una forma di stato personale, per essere contemplata come un caso di obbligo giuridico. Il pensiero giuridico dovea portarsi sull'azione, sul dare facere praestare oportere, senza però confondere questi obblighi che erano stati delle obbligazioni con gli altri; quelli continuavano a portare l'antico nome; questi, qualunque ne fosse l'origine, restavano a sè. La loro teoria si connetteva allo stato, se derivavano da uno stato reale o personale; altrimenti si connetteva senz'altro all'azione, come all'azione si connetteva la teoria delle obbligazioni in tutti gli scritti non sistematici.

Ma se nel diritto privato l'obligazione s'isterilisce, essa si trasporta e si manifesta collo stesso carattere antico nel diritto pubblico dell'epoca postclassica. La quale vide formarsi ancora due condizioni possibili di persone, le une non legate da speciali oneri verso lo Stato, le altre asservite nell'uno o nell'altro rispetto ad esso. Asservite, perchè se il servire è divenuto nell'epoca costantiniana la sorte di tutti, se la fiera figura del cittadino antico si è mutata in quella di servo di un dominus, l'imperatore, in esse questo asservimento si aggrava per certi doveri, che, non derivando da alcun ideale civico, sono e si chiamano oneri. Ed ecco le costituzioni imperiali della tarda epoca pullulare delle frasi: officii obligati⁽¹⁾, corporibus obligati⁽²⁾, curiarum

(1) Cod. Iust. 1. 5. 7 a. 438; cfr. anche l. 8 C. Iust. 10. 72 a. 386 qui ad publici munus officii editi atque obligati fuerint.

(2) Cod. Th. 6. 10. 17 a. 399.

nexibus obligati⁽¹⁾ conditionibus obligari⁽²⁾, curialibus nexibus illigati⁽³⁾, corporibus obnoxii⁽⁴⁾ obnoxius curiali conditioni⁽⁵⁾, cohortalibus obsequiis obligatus⁽⁶⁾, ad decurionatum obligari⁽⁷⁾, collationibus obligare⁽⁸⁾. Una terminologia iniziata già dai giuristi colle frasi ad es. corporis ministerio obligari⁽⁹⁾, tributo capitis obligari⁽¹⁰⁾ ecc. Tutta la terminologia propria delle obbligazioni private viene adattata così a queste condizioni di speciale servitù pubblica e collo stesso senso che abbiamo attribuito all'obligazione romana, cioè di una condizione personale di asservimento, non più ai privati, o alla civitas per un atto fatto con questa dal gentile (il caso del praes), ma bensì allo Stato per imposizione di questo. Anche qui all'obligatio si unisce l'obbligo; ma non è l'obbligo che codeste frasi esprimono, bensì l'asservimento che nasce da codesti casi e modi di obblighi verso lo Stato⁽¹¹⁾ (12).

(1) Cod. Th. 12. 1. 78 a. 415. Cod. Iust. 5. 27. 3. pr. a. 443.

(2) Cod. Th. 16. 5. 54 § 4. a. 414.

(3) Cod. Iust. 2. 7. 3. a. 396.

(4) Cod. Iust. 3. 23. 2. a. 440.

(5) Cod. Iust. 10. 44. 3. a. 465.

(6) Cod. Iust. 12. 57. 14 pr. a. 471.

(7) Cod. Iust. 10. 62. 1. Jmpp. Sev. et. Ant.

(8) Cod. Iust. 1. 3. 1. a. 343. Si tratta di oneri pubblici ad es. di munire la via (Cod. Iust. 8. 13. 6. ad collationem viarum muniendarum).

(9) l. 18 § 11 D. 50. 4. Arcadio Charisio.

(10) l. 3 pr. D. 50. 15. Ulp. Cfr. anche l. 1 pr. D. 50. 10. Ulp. Curator operis creatus.... heredes obligatos reliquit.

(11) Quindi l'idea ed il termine di libertà in antitesi all'asservimento si presenta pur qui. Cod. Iust. 10. 32. 66 et non certis modis sese liberum esse existimet.... sciat posse libertatem sibi curialis competere conditionis.... is gaudeat se huiusmodi conditionis esse exsortem et liberum.... nexibus curiae liberantur.... liberationem competere cuidam curialis fortunae.

(12) In quest'epoca il termine « obligari » si adopera anche nel senso generico di vincolato. E così si parla di « matrimonium arrhis obligatum » Cod. Th. 3. 6. 1. (a. 380); si dice che il principe vuol essere « legibus alligatus » l. 4 C. Iust. 1. 14. Si usa pure nel senso nostro di obligato: avos quoque et avius tutoris necessitas postulandi tenent obligatos. Cod. Th. 3. 18. 1. (a. 357); obligatisve iudicibus Cod. Th. 6. 4. 21.

Mentre l'obligatio entra nel diritto pubblico, nelle costituzioni della tarda epoca si mostra già il nuovo senso di obbligazione per obbligo, che doveva trionfare nell'avvenire. La trasformazione dell'obbligazione privata in obbligo era divenuta oramai una necessità del pensiero. Il delitto privato non era più, per lo svolgersi dei delitti pubblici, che un caso di danno punito dalla legge con una particolare sanzione a vantaggio del lesa, che si poneva accanto a quella da essa posta per i fini dello Stato. L'antica antitesi fra obblighi inerenti alla vita di gruppo o di civitas e obblighi che sono sottomissioni svanisce per l'infrangersi totale della vita di gruppo. La gente è finita; la famiglia col sistema dei peculii castrensi, quasi castrensi, dei beni avventizi, coi freni posti alla patria potestà non forma più un'unità non solo politica, ma neppure economica; è una società disciplinata e non più. La civitas non è più l'appartenenza ad un gruppo, ma una sudditanza. Ora v'ha uno stato non solo unitario, ma unico, nel quale non sono che atomi gli individui. Il diritto non è che dello Stato e il diritto si chiama la volontà imperiale: una volontà immanentemente espressa e fortemente armata. Qualunque potere non parte più che da questa e così qualunque dovere giuridico. La legge intesa come precetto che scende dal trono sui sudditi obbliga tutti, vincola tutti; è maturo il concetto di « lege obligari ».

Se la giurisprudenza romana non si fosse, già appena vaticati i primi venticinque anni del terzo secolo, cristallizzata col cessare della sua funzione legislativa e si fosse posta risolutamente sulle vie della scienza, forse essa avrebbe rioridinata tutta questa materia delle obbligazioni in base al concetto, non dell'obbligazione, ma dell'obbligo. Ciò non fu. La scienza greca del diritto romano rimase ligia ai classici, anche quando li interpretava male. E Giustiniano fu l'ultimo e il più grande dei classici. Innovatore di norme, conservatore di concetti. Anch'egli accettò volentieri la servitù delle parole e delle idee antiche, per avere la libertà delle grandi innovazioni pratiche. Soltanto su codesti concetti antichi innestava le contraddizioni del suo spirito moderno.

Che Giustiniano non intendesse più veramente l'obligatio, e la confondesse coll'obbligo risulta anzitutto dalla sua *condictio ex lege*. Un imperatore che scrive: « si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est » dimostra che oramai per lui l'obbligazione è sempre dalla legge; soltanto dipenderà dal caso che la legge esprima un fatto particolare, collegandovi l'azione, o non lo esprima, che l'azione sia dal fatto o sia dalla legge, e quindi l'obligatio sia anch'essa dal fatto o dalla legge. Il fondamento giuridico-sociale dell'obligatio così scompare, per essere sostituito dal caso di una modalità della formulazione del precetto giuridico. Egli e solo egli estenderà quindi l'obligatio anche ai contratti innominati. Non creano essi un obbligo? L'imperatore farà di più. Esprendo l'obbligo ogni situazione giuridica nella sua dinamica sociale, l'idea di obbligo si nasconde tutte le volte che si concepisce una data situazione giuridica in modo statico. Se si concepisce ad es. il dominio come facoltà di disporre in modo assoluto di una cosa, come pertinenza della cosa, la dinamica sociale del rapporto scompare, perchè la si è eliminata nel pensarla. Il rapporto si è definito da ciò che può un uomo sopra la cosa; la considerazione della relazione tra il proprietario e gli altri uomini resta esclusa. Quindi resta esclusa l'idea dell'obbligo, che si presenterebbe invece in prima linea, se il rapporto si definisse dalla relazione in cui il titolare sta colla società. E così se si definisce la patria potestà, il matrimonio, la tutela ecc. come padronanza del padre sui figli, convivenza a scopo di perpetua unione, potestà di difesa dei minori ecc., eliminiamo ancora la dinamica sociale del rapporto, per contemplare una situazione statica: sovranità, convivenza, potestà tutelare; cioè eliminiamo il pensiero dell'obbligo. Il quale tornerà però a presentarsi, appena sostituiamo alla concezione statica la concezione dinamica del rapporto, onde quel proprietario che non è in rapporti di obbligazione (nel senso di obbligo) finchè lo pensiamo come un sovrano della cosa, vi entra subito appena lo pensiamo nell'atto di chiedere ad altri che gli renda il suo. Giustiniano ora è in que-

sto rispetto un moderno. Dove pensa la proprietà staticamente, come pertinenza e, nel caso di giudizio, come affermazione di pertinenza, negherà l'obbligazione ⁽¹⁾; dove la pensa dinamicamente, come importante l'obbligo altrui di astenersi dalla cosa e quindi, avendola, di renderla, la ammetterà ⁽²⁾.

Ora poichè la concezione statica di una situazione giuridica in nessun altro luogo è più spontanea e più netta che trattandosi del dominio e dei diritti reali, che sono definibili staticamente pensando solo un uomo e una cosa, ecco l'imperatore formulare quell'antitesi divenuta tradizionale e per la quale non si ebbero lodi sufficienti, tra i diritti reali e l'obbligazione, che abbiamo vista inserita nel testo di Paolo. Nel resto l'imperatore, legiferando per via di collezione di frammenti di antichi scrittori, dovea riprodurre l'antica obbligazione. Tuttavia anche qui non senza che la sua idea di obbligazione pari ad obbligo quindi ad azione (per nulla interpola così spesso « obligatio » al posto d'« actio ») avesse un'influenza notevole.

La vecchia obligatio romana, essendo un concetto sociale, è sempre civilis; l'obbligo giuridico è in quelle date condizioni la causa per la quale la civitas riconosce che c'è un asservimento. Che sia il diritto civile che impone l'obbligo, o che sia il diritto pretorio importa poco; l'asservimento esiste ugualmente dinanzi al diritto della civitas, quindi è sempre in questo senso civilis. Perciò i classici parlano di obbligazioni

⁽¹⁾ Ist. 4. 6. 1... aut cum eo agit, qui *nullo iure ei obligatus est*, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. quo casu proditae actiones in rem sunt veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

⁽²⁾ Ist. 4. 13. 5. item si iudicio tecum actum fuerit sive in rem sive in personam nihilo minus obligatio durat. Il debito da azione reale è compreso da Giustiniano nell'idea di obligatio anche dicendo Ist. III 29 § 2 della stipulatio Aquiliana che per essa « contingit ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur » e che « novat omnes obligationes », cosa che si guardan bene dal dire i classici, appunto perchè abbraccia anche codesto debito.

che godono di azione civile o di azione pretoria, di persone obbligate civili actione o honoraria actione, di essere obbligati e di un « debere » per diritto civile e pretorio; mai di obbligazioni civili e di obbligazioni pretorie. Ma per Giustiniano, riducendosi l'obbligazione ad obbligo, cioè appunto al « debere », gli obblighi stessi doveano dividersi a seconda dell'azione in civili e pretorii, così che resta nelle fonti una terminologia equivoca: l'obligatio civilis ora antitetica a naturalis, ora a praetoria ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Per i classici obligatio civilis, civiliter obligari, obligatio che si riferisce al diritto civile significa soltanto obbligazione giuridicamente valida: l. 41 D. 15. 1. Ulp. nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem; l. 32 § 1 D. 24. 1. Ulp. et ipso iure res fiant eius cui donatae sunt et obligatio sit civilis. (Cito il testo per quel che vale, non ignorando i gravi e fondati sospetti di un' interpolazione vista già da tempo. V. DE MEDIO *Intorno al divieto di donare tra coniugi* p. 131 segg. La frase può essere tuttavia classica, per essere presa da un inciso di Ulpiano riferentesi alla stipulatio annui). Ancora Ulpiano in l. 1 pr. D. 27. 4., parlando dell'actio contraria tutelae che è di origine pretoria, e che egli stesso, se in questo punto il testo è genuino, (V. GRADENWITZ *Interp.* p. 116 e i dubbi di LENEL *Pal.* 1034 n. 1.) ricorda essere tale (praetor proposuit induxitque in usum) scrive: attamen receptum est, ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur. In l. 1 § 1 D. 11. 6. Ulp. si dice del mentor che « civiliter obligatus non est ». Or benchè il testo neghi che esista circa al mentor una locazione conduzione, non c'è dubbio che qui non si neghi in genere l'esistenza di una valida obbligazione sia per diritto civile che per pretorio. Gaio III 119. ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur [scil. fideiussor]. I classici non poteano che distinguere tra le azioni con cui si fa valere l'obbligazione e, secondo che l'azione è civile o pretoria, parlare di un essere obbligati o di un dovere per diritto civile o per diritto pretorio, mentre, sia l'azione di un genere o dell'altro, si sia obbligati e si deva per questo o per quel diritto, l'obligatio resta sempre civilis. E infatti, mentre quest'antitesi è messa numerose volte in rilievo, mai s'incontra espressa opponendo obligatio civilis e obligatio praetoria. Vedasi i seguenti testi: l. 28 pr. D. 30. Ulp... sicut Aristo ait id quod honoraria actione mihi debetur si legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria; l. 41 pr. D. 36. 1. Paul. Quamvis senatus de his actionibus transferendis loquatur, quae iure civili heredi et in heredem competunt, tamen honorariae actiones transeunt: nulla enim

Ha tutt'altra ragione, cioè una ragione puramente siste-

separatio est [immo et causa naturalium obligationum transit]. Quest'ultima proposizione chiusa tra parentesi è interpolata; si noti che dalle azioni si passa alle obbligazioni; si noti anche la forma « causa naturalium obligationum » e il carattere suo di aggiunta ad una sentenza finita colla frase: nulla enim separatio est. L. 11 D. 46. 1. Iul. quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet, nec est ulla hereditas, cuius nomine fideiussores obligari possent; l. 1 § 3 D. 47. 5. Ulp. utrum mallet cum exercitore honorario iure an cum fure iure civili experiri; l. 1 § 4 D. 4. 3. Ulp. quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria qua possit experiri. § 7 si quis cum actionem civilem haberet vel honorariam; l. 5 § 12 D. 9. 3. Ulp. quia et legitima et honoraria actio deficit; l. 1 § 8 D. 13. 5. Ulp. Sed et is, qui honoraria actione, non iure civili obligatus est; l. 6 § 2 D. 42. 2. Ulp. et si alia quacumque actione civili vel honoraria. ... dum quis convenitur; l. 3 § 1 D. 13. 5. Ulp. si quis autem constituerit quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat. § 2. Si is, qui et iure civili et praetorio debebat; l. 27 D. 44. 7. Pap. obligationes quae non propriis viribus consistunt, neque officio iudicis neque praetoris imperio neque legis potestate confirmantur; l. 95 § 3 D. 46. 3. difficile est dicere causam iuris honorarii, quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem; l. 7 § 2 D. 4. 5. Ulp. quia nec praetoria iurisdictione ita servus obligatur; l. 7 § 2. D. 46. 1. Ulp. Pro eo etiam qui iure honorario obligatus est posse fideiussorem accipi sciendum est. È probabile che Paolo scriva pensando alla contraria tutela che è azione pretoria nella l. 43 D. 44. 7. pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur iure civili; e in riguardo alla natura civile dell'azione nella l. 17 § 1 D. 24. 3. sicuti cum socia fuit, dabitur ei exceptio quamvis iure civili sit obligata.

Dove ci appare la distinzione tra obligatio civilis e praetoria? Anzitutto dove s'incontra diluita in un pelago di parole la frase « omnis obligatio » o altra equivalente: l. 5 pr. D. 20. 1. Marc. res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive emptio vel venditio contrahatur vel etiam locatio et conductio vel mandatam, et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condizione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa verum etiam de parte eius: et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali; l. 1 § 1 D. 46. 2. Ulp. illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria et utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest; dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter. Sono entrambi testi interpo-

matica, l'innovazione introdotta da Giustiniano nella classificazione delle fonti delle obbligazioni.

lati a scopo didattico. Essi vanno considerati insieme ad altri che non contengono la terminologia « obligatio civilis » e « honoraria », ma dei quali interessa notare le alterazioni per la prova dell'alterazione dei nostri due e per stabilire a chi si deva la frequente menzione delle categorie contrattuali e delle serque di contratti. L. 9 § 3 D. 12. 1. Ulp. quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi conductio competit, sive re fuerit contractus factus sive verbis, sive coniunctim etc.; l. 1 § 3 D. 2. 14. Ulp. nullum esse contractum, nullam obligationem.... sive re sive verbis fiat; l. 2 § 4 D. 16. 1. Ulp. omnis omnino obligatio senatus consulto Velleiano comprehenditur, sive verbis sive re sive quocumque alio contractu intercesserint; l. 8 § 1 D. 46. 1. Ulp. praeterea sciendum est fideiussorem adhiberi omni obligationi posse sive re sive verbis sive consensu. La l. 9 § 3 cit. è notoriamente tutta di fattura dei compilatori. L'interpolazione della l. 1 § 3 D. 2. 14 fu già dimostrata a pag. 31 n. 1. Basta leggere poi la l. 2 § 4 D. 16. 1. cit. per vedere che essa è interpolata. Il testo che corre benissimo nella sua prima parte « omnis omnino obligatio senatus consulto Velleiano comprehenditur » diventa un atto di ribellione contro la grammatica latina nella seconda « sive verbis sive re sive quocumque alio contractu intercesserint ». Queste palmari interpolazioni delle categorie contrattuali non sono che il paradigma di tutte le altre interpolazioni simili e basterebbero quelle per persuadere di queste. Esse ci dimostrano l'abito dei compilatori di non scrivere o di non incontrare nei classici « omnis obligatio » o « omnis contractus » senza far seguire a queste frasi l'enumerazione dei tipi di obbligazioni e di contratti. Ma si possono fare in prova altre osservazioni. Nella l. 8 § 2 D. 46. 1. troviamo scritto: pro eo etiam qui iure honorario obligatus est fideiussorem accipi sciendum est. Questa sentenza ne presuppone una precedente in cui fosse detto che il fideiussore può accedere a un'obbligazione valida per diritto civile. Invece al § 1 cit. leggiamo: praeterea sciendum est fideiussorem adhiberi omni obligationi posse, sive re sive verbis sive consensu. Or con queste parole non è affatto descritta l'obbligazione civile, perchè nè i contratti esauriscono l'obbligazione civile, nè codesti contratti obbligano solo iure civili ma anche iure honorario sia nel caso di azioni adiecticiae qualitatis, sia nel caso di deposito e di comodato, per i quali contratti il pretore accorda azioni in factum. Si noti anche che in l. 2 § 4 D. 16. 1 la serie è: sive verbis, sive re, sive quocumque alio contractu; qui: sive re sive verbis sive consensu. Non è che la fretta, il tirar giù, che può spiegare perchè al posto di « consensu » si sia messo « quocumque alio contractu »; la fretta sola può spiegare anche l'indifferenza con cui in un testo « re, verbis, consensu » è riferito, come

La partizione Gaiana era perfettamente esauriente. E ne

va, ad « obligatio » e nell'altro non si sa bene se a « intercesserint » che è espresso (intercedere re, verbis!!), o a contractu che sarebbe sottaciuto (intercesserint contractu re, contractu verbis sive quocumque alio contractu). Venendo alle altre due leggi, che contengono la terminologia in discorso, è palese che la l. 1 § 1. D. 46. 2. fatta sullo stesso stampo di quelle ora esaminate non può essere genuina. Ulpiano avea scritto: illud non interest qualis processit obligatio dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter. I compilatori si credono in dovere di descrivere i singoli tipi di obbligazioni e li inseriscono dopo « qualis processit obligatio ». Per afferrare poi l'altra proposizione Ulpiana, sono costretti a ripetere, riassumendosi, il già detto scrivendo: qualiscumque igitur obligatio sit quae praecessit, novari verbis potest; dove il « processit » di prima si muta (era tanto naturale!) in « praecessit ». In questo testo incontriamo prima la tricotomia: naturalis, civilis, honoraria; poi l'altra: re, verbis, consensu, ma almeno questa volta non presentata come comprendente contratti solo civilmente obbligatorii. Circa alla legge 5 pr. D. 20. 1. di Marciano si deve chiedere: a che serve quella lunga serqua e pur tanto incompleta di atti obbligatorii: il mutuo, la dote, la vendita, la locazione, il mandato? Con che criterio sono ommessi i contratti verbali? Con che criterio sono ommessi gli altri contratti reali e consensuali? Perché è messo insieme il mutuo e la dotis datio? E non è amena la forma: sive emptio vel venditio contrahatur? E non è anche più ameno « vel etiam » per la locazione? (Che « vel etiam » sia giustiniano è avvertito dal GRUPE *Zeitschr. der S. S.* 17 p. 318 a proposito della l. 11. D. 14. 4). E quanto alla proposizione « sive in praesenti contractu sive etiam praecedat », a che si lega la frase « sive in praesenti contractu »? Pare a « res hypothecae dari possunt »; l'altra frase però « sive etiam praecedat » non può aver per soggetto che « obligatio »; ma come si fa a darle sintatticamente questo soggetto, come si salva questa proposizione, dove per l'una frase bisogna sottintendere una cosa e per l'altra un'altra e quest'ultima cosa, l'obligatio, è nominata prima non al nominativo, ma nell'inciso « pro quacumque obligatione »? E il posto dell'ultima proposizione (et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali) non sarebbe, se mai, subito dopo questo inciso? E perchè la tricotomia delle obbligazioni è qui nell'ordine: civilis, honoraria, naturalis e in l. 1 § 1 D. 46. 2. cit. nell'altro: naturalis, civilis, honoraria? Perché qui precede l'enumerazione dei contratti, e là sta in coda a tutte le altre dichiarazioni? Visto questo, non è possibile alcun dubbio che tutto quanto nel testo di Marciano è destinato a spiegare la frase « pro quacumque obligatione » è un'aggiunta dei

vedemmo il perchè. Nè si rimproveri la giurisprudenza romana per non aver dato un concetto di negotium, che

compilatori. Di Marciano non può essere, se mai, che la dichiarazione che si può dare ipoteca per un'obbligazione futura o per una parte del debito. Ma probabilmente non era neppur questa dichiarazione a questo luogo. Il nostro testo si presenta come un riassunto di avvertenze che i classici fanno in luoghi diversi, dove l'occasione si presenta. Persino uno scrittore didattico, come Gaio, non annovera le obbligazioni, a cui può accedere il fideiussore, che dove stabilisce le differenze tra sponso e fidepromissio da un lato, fideiussio dall'altro: III 118. Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio est, fideiussoris valde dissimilis 119. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum... 119. Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur. L'enumerazione dei tipi di contratti e di obbligazioni riesce così naturale, perchè provocata dalla necessità di render conto di un'antitesi. Dove manchi questa necessità, anche Gaio lascia da parte le categorie. Es. l. 9 pr. D. 26. 8. Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest. Anche in l. 6 D. 46. 1. Ulp. si può notare lo stesso fatto. Stipulatus sum a reo nec accepi fideiussorem: postea volo adicere fideiussorem: si adiecero, fideiussor obligatur. Ora è di questo fideiussore che Ulpiano dirà al § 1 della stessa legge: et parvi refert, utrum pure fideiussorem obligem an ex die an sub condicione, che è la stessa avvertenza che si fa nel testo di Marciano. Nel § 2 della stessa legge il discorso muta natura, divenendo didattico: adhiberi autem fideiussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest, dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio. E allora compaiono i segni dell'interpolazione, perchè che si possa aggiungere un fideiussore a un'obbligazione precedente è già detto nel principio del testo; perchè nessuno, che pensi un po' a quel che scrive, dopo aver detto che si può aggiungere un fideiussore a un'obbligazione (precedente o futura) sentirà la necessità di scrivere: purchè ci sia un'obbligazione; e tanto meno può restringere l'ipotesi che ci sia un'obbligazione naturale a che questa sia futura. Si aggiunga che la menzione della « naturalis obligatio » appare evidentemente interpolata anche in l. 7 D. h. t. 46. 1. un testo che non è grammaticamente sostenibile e in l. 8 § 3 D. eod. « quia et civilis et naturalis subest obligatio » parole peggio che inutili, in quanto che lasciano incerti se il fideiussore è per l'obbligazione civile che nasce per novazione colla litis contestatio, o per l'obbligazione naturale che succede all'obbligazione civile estinta colla litis contestatio. Queste in-

coprisse solo la categoria dei negozi obbligatorii, o di delitto che coprisse solo la categoria dei delitti obbligatorii.

sistenze sull'obbligazione naturale vengono dalla scuola e mirano alla scuola. Perciò troviamo già interpolato « immo et causa naturalium obligationum transit » in l. 41 pr. D. 36. 1. Riassumendo, tutti questi testi, dove troviamo sciolta in enumerazioni di casi di obbligazione, la frase classica « omnis obligatio », e fra essi ci sono i due che contengono l'antitesi « obligatio civilis, honoraria » son chiaramente di mano dei compilatori, che, avendo in mente codesti casi, non si lasciano sfuggire l'occasione di enumerarli, ma nel modo più infelice: ora ricordando a vanvera alcuni contratti, come nella legge di Marciano, ora citandone le categorie « re verbis consensu » completamente o incompletamente, e disponendole a capriccio, ora dicendo tutta la triade giustiniana delle obbligazioni: civilis, honoraria, naturalis, ora potandola del terzo membro. Cf. anche l. 1 § 6 D. 13. 5.

Uscendo dai testi di questa categoria, troviamo l'« obligatio civilis » menzionata implicitamente come antitetica all'obligatio honoraria in l. 5 § 1. D. 19. 5. Ma sappiamo già che la legge è interpolata; vi è trasformata l'actio in factum civilis di Aristone nell'obligatio civilis (v. la nota 1 p. 125). In l. 32 pr. D. 35. 2 Maec. si parla di azioni « sive legitimaie sive honorariae » e ancora una volta Giustiniano muta l'azione in « obligatio » interpolando sulla fine « etenim ea demum obligatio rei bonis deminutionem praestat quae in heredem transit ». In l. 8 § 4 D. 46. 4. Ulp. torna l'obligatio honoraria, ma nella parte interpolata del testo: filius familias promittendo patrem civiliter non obligat sed se obligat: propter quod accepto rogare filius familias potest, ut se liberet, quia ipse obligatus est, pater autem acceptum rogando nihil agit cum non sit ipse obligatus sed filius. idem erit et in servo dicendum. Qui finisce chiaramente il testo classico. Il compilatore continua dicendo inutilmente e assurdamente, in quanto Ulpiano ha già detto che il servo può accepto rogare: nam et servus accepto liberari potest; et tolluntur etiam honorariae obligationes si quae sunt adversus dominum. quia hoc iure utimur ut iuris gentium sit acceptilatio. Il « quia » il MOMMSEN propone di cancellarlo. Il LENEL *Pal.* 2957 n. 1. prepone ad esso la nota: deficiunt quaedam. Niente di tutto questo; il « quia » è un brutto uncino dei compilatori per unire la parte interpolata del testo a « hoc iure utimur » ecc. che ci viene da Ulpiano. In l. 1 § 24. D. 14. 1. Ulp. « id est propter honorariam obligationem » è un' interpolazione, che rompe l'antitesi: sive suo nomine [id est propter honorariam obligationem] sive magistri nomine solverit, interpolazione fatta a scopo didattico.

Pel metodo dei compilatori d'interpolare i loro « sive » allo

I romani non avevano alcuna necessità di far questo. L'obbligazione non scende nel loro pensiero che da quel dato af-

stesso scopo, indicherò un' interpolazione che ha qualche affinità colla nostra « sive civilis obligatio sit sive honoraria »: l. 1 § 2 D. 47. 1. Ulp. non tantum in furti, verum in ceteris quoque actionibus quae ex delictis oriuntur, sive civiles sunt sive honorariae, id placet ut noxa caput sequatur. Nel libro 40 ad Sab., al quale appartiene la legge, Ulpiano tratta del furto. E dovea perciò dire direttamente che per il furto noxa caput sequitur, come fanno in tanti altri luoghi i giuristi. Ma i compilatori che hanno posto il testo sotto la rubrica generale: de privatis delictis, si sentono obbligati a dettare un principio generale, e, mutando il discorso diretto sul furto, in indiretto, interpolano: non tantum in furti verum in ceteris etc.

Tutto questo che ho premesso riceve ampia conferma dal confronto tra Gaio III. 88. e Ist. Giust. 3. 13. Nel primo testo Gaio scrive: nunc transeamus ad obligationes. quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. Il secondo comincia: nunc transeamus ad obligationes. Queste parole son prese dal primo testo. Viene poi la definizione: obligatio est iuris vinculum etc. Poi il testo continua: omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae. Il FERRINI *Sulle fonti delle istituzioni di Giustiniano* nel Bull. dell'istituto di d. r. a. XIII. p. 172 attribuisce queste parole alle res cottidianae di Gaio. Ma è possibile che uno scrittore chiami in un libro sia pur elementare « summa divisio » una data divisione, se ha in mente un'altra divisio superiore a questa? È possibile che Gaio scrivendo le res cottidianae riducesse a « sequens divisio » come si fa al § 2 del tit. 3. 13 delle istituzioni giustinianee quella « divisio » che altrove ha chiamata « summa »? Questo è assurdo. Ed è assurdo supporre che Gaio, passando da un libro all'altro, faccia il giochetto di far consistere la « summa divisio » ora in species (3. 88) ed ora in « genera » (Ist. 3. 13). Quando ha in mente genera e species Gaio li nomina entrambi anche nelle sue istituzioni; vedasi 2. 188: ex his apparet quot sint species tutelarum. si vero quaeramus in quot genera hae species diducantur, longa erit disputatio. Ora si vuole che rispetto alle obbligazioni, dove non sarebbe stato luogo a « longa disputatio » tacesse nelle istituzioni dei « genera » per parlare solo delle « species »? Non può a mio avviso adunque essere dubbio che tutta la frase citata delle istituzioni giustinianee colle parole seguenti: civiles sunt quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt. praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit quae etiam honorariae vocantur, sono dei compilatori. Vi s'incontrano, dice il FERRINI, frasi Gaiane:

fare e da quel dato delitto. Quindi ciò che può premere e preme a loro è di dare l'idea precisa dei singoli affari obbli-

legibus constitutae, praetor constituit. Sta bene, ma queste doveano anche essere frasi correnti. Non sono solo di Gaio; e poi, data la pratica di Gaio che aveano i compilatori, che cosa di più naturale che scrivessero con termini favoriti di Gaio! L'argomento non conta adunque nulla. Conta invece nel senso opposto quell'incertezza impossibile in Gaio che si ha nel qualificare le obbligazioni civili per: aut legibus constitutae aut certe iure civili conprobatae»; l'inutilità a questo luogo dell'avvertenza « quae etiam honorariae vocantur »: l'uso di due termini diversi per dire la stessa cosa (constitutae, conprobatae) che è uno dei segni più caratteristici di interpolazione e proprio dei testi di Gaio (V. gli studi del GRUPE) e conta il termine stesso « conprobatae ». Nelle istituzioni di Gaio io trovo in un solo paragrafo usato il termine « conprobare » in relazione a una forma di istituzione di erede prima « inprobata »: 2. 117. sed et illa iam conprobata videtur: Titium heredem esse iubeo; at illa non est conprobata: Titium heredem esse volo; sed et illae a plerisque inprobatae sunt: Titium heredem instituo, item heredem facio. Qui il termine sta nel senso di dar valore a ciò che è prima e pur non vale. (V. per questo senso di « conprobare » PERNICE *Parerga* X p. 33 n. 2). In questo stesso senso la parola torna in altri pochi luoghi delle nostre fonti genuine (vedasi un qualunque dizionario delle fonti). Sta in questo senso anche in l. 35. D. 1. 3. di Ermogeniano, ove si parla di « ea quae longa consuetudine comprobata sunt »; la consuetudine dà infatti valore a ciò che prima si fa e non vale. Giustiniano adopera anche lui in questo senso « conprobare » sia in una sua costituzione l. 1 § 10 Cod. 1. 17, sia in un testo classico da lui alterato l. 32 § 4 D. 24. 1. « si appareat defunctum evidenter revocasse voluntatem: quod si in obscuro sit, proclivior esse debet iudex ad comprobendam donationem », testo che cito per provare quanto può riuscire fallace il criterio usato dal FERRINI per attribuire a Gaio testi delle istituzioni giustinianee sulla base della terminologia. Ma nel testo di cui ci occupiamo la parola sta nel semplice senso di « introdotte », nel senso stesso cioè di « constitutae ». In questo senso ora l'uso della parola è tutto proprio di Giustiniano il quale nel codice la adopera in quattro luoghi. (Vedasi il dizionario cit. del LONGO). La quale è adunque ben più giustiniana che classica e sopra tutto che Gaiana. — Certi tradizionali insegnamenti non si abbandonano che a malincuore. Io voglio tuttavia sperare che dopo queste osservazioni si voglia riconoscere che dell'equivoco significato di obligatio civilis che sarebbe antitetica ora ad o. naturalis, ora ad o. praetoria i classici sono innocenti.

gatorii e dei singoli delitti obligatorii, non anche di determinare il concetto dell'affare e del delitto in genere, o, se pur fosse stato possibile, che non era, dell'affare e del delitto obligatorio. Affare e delitto erano due idee, che si potevano lasciare indefinite, abbandonate a tutte le incertezze dell'uso. Premeva sapere che un dato atto obligatorio era un affare e un altro era un delitto, ma premeva solo in quanto affare e delitto esprimono l'antitesi tra atto pacifico e atto di guerra in origine e tra liceità e illiceità dell'atto in un periodo di tempo in cui l'originaria antitesi è meno o non è più affatto sentita. Le determinazioni ulteriori che sarebbero state necessarie per distinguere tra gli atti leciti quello chiamato negotium, tra gli illeciti quello chiamato delitto erano indifferenti.

Questa condizione di dottrina diventa però impossibile quando l'obligatio sia intesa per obbligo. Allora le obbligazioni vengono ad abbracciare tutti quanti i rapporti giuridici che si concepiscano nel loro dinamismo sociale. E allora cade sulle spalle della dottrina il problema di una nuova sistemazione. Problema che è, a mio avviso, scientificamente insolubile. La logica non conta. Si può soltanto seguire dei criteri opportunistici. Così è opportuno collegare alla concezione statica delle situazioni giuridiche la trattazione degli obblighi in cui si traducono, quando venga la necessità di concepirle dinamicamente. Concepita ad es. staticamente la proprietà, i iura in re aliena, il matrimonio, il possesso, la parentela ecc. sarà opportuno collegare all'esposizione della teoria del rapporto concepito staticamente quella degli obblighi in cui si traduce, quando appunto questi obblighi si presentino al pensiero, come avviene nel caso di rivendicazione, di azioni possessorie, di obblighi tra coniugi, tra parenti, di doveri del tutore verso il pupillo e reciprocamente ecc. Avremo così gli obblighi da stati. Alla teoria delle successioni in causa di morte conetteremo quella degli obblighi, che servono ad attuare la successione. Fatta questa cernita, ci rimarrà sempre un numero enorme di obblighi, anche a non considerare che quelli del diritto privato, tra cui dipenderà dal criterio individuale stabilire categorie a

mero scopo sistematico. Io per mio conto non mi sentirei che di distribuirli, come già altri fa, in due sole.

Malgrado l'immensa potenza attuale dello Stato, un senso d'indipendenza pur vive ancora ed è quello dell'indipendenza individuale. Si sente che un accordo tra le parti in un fatto non contrario all'ordine pubblico e alla morale deve valere; lo Stato deve lasciar corso a questa volontà. E ciò fa stabilendo che i contratti hanno forza di legge tra le parti. È un riconoscimento dell'autonomia dell'individuo, che manifesta la sua efficacia nel modo con cui va trattato il rapporto. Si farà quindi una categoria degli obblighi da contratto; a cui si accosteranno quelli da volontà unilaterale, dove appaiano fondati sullo stesso principio. Tutti gli altri obblighi non resta che gettarli nell'immenso bacino della legge. Ricondurremo così gli obblighi in discorso a due fonti socialmente vive, presenti nella coscienza e nel pensiero universale: la forza dell'individuo e la forza dell'organizzazione sociale.

E sarà pur lecito continuare a congiungere alla trattazione di questi obblighi la teoria generale dell'obbligo, a cui ora si dà il nome di teoria generale delle obbligazioni. Nome erroneo, poichè sembra che valga per una certa categoria di obblighi; ed è invece, come ho or ora detto, formata di un complesso di principî che valgono per qualunque rapporto giuridico concepito dinamicamente, cioè come obbligo.

Questa od altra riforma simile non poteva essere fatta da Giustiniano. La tradizione doveva essere più forte di qualunque concetto razionale, anche se a pensare questo concetto i bizantini fossero stati atti. Giustiniano fece quel che potè. Creò fuori della trattazione della materia delle obbligazioni la categoria delle obbligazioni da legge; ma come un vaso, in cui non disse che cosa dovesse entrare. Nè poteva dirlo. I classici aveano distinte le obbligazioni in da contratto e da delitto, dicendo che tutte le obbligazioni aveano una di queste fonti. Egli non potea mettersi contro a questa tradizione. Dovea seguirla. Come seguirla però dal momento che, col definire il contratto come accordo di volontà, non potea più presentare per contrattuali le obbligazioni che i classici consideravano

ex contractu e tuttavia non nascevano da un accordo? Non gli rimase che a qualificarle per obbligazioni quasi ex contractu, nella quale categoria mise anche gli obblighi da coeredità che i classici non qualificavano per obbligazioni. Amore di simmetria lo portò poi a mettere insieme altri casi, in tutti i quali i classici non parlavano di obligatio, mentre c'è l'obbligo, e che non gli si presentavano come delitti, perchè veniva meno uno degli elementi necessari ad avere il delitto: il danno e la colpa dell'autore del danno. E creò così la categoria delle obbligazioni quasi da delitto, categoria colla quale, come avea già fatto parlando di obligatio nei contratti innominati e nel caso di coeredità, continuava mediante i casi citati (l'imperatore non dice se tassativamente o in via d'esempio) ad infrangere il cerchio delle obbligazioni romane classiche, presentando per obbligazioni dei meri casi d'obbligo. Entrambe le nuove categorie di obbligazioni quasi da contratto e quasi da delitto, con le quali nel fatto l'imperatore non faceva che ammettere obbligazioni da legge, egli le attribuì nella compilazione come a loro creatore a Gaio (1).

(1) Il quale adunque ne è in tutto innocente. Devo ripetere ciò che ho asserito prima a nota 1 p. 31: ove nelle sue istituzioni Gaio parla della *condictio indebiti* mostra chiaramente di non possedere altra idea di contratto da quella di affare. Egli non dice che in questo caso manchi il contratto, perchè manca l'accordo; dice: « *sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere* ». Dunque per lui l'obbligazione nel caso di *condictio indebiti* manca solo perchè la volontà unilaterale di chi dà non è di fare un affare ma di scioglierlo. Il che significa che dove la volontà sia di farlo, pongasi il caso di *negotiorum gestio*, ivi c'è per Gaio il contratto. L'idea ora e la frase di obbligazioni quasi da contratto che ha tanto poco senso anche presupponendo l'idea di contratto-accordo, perde anche questo poco senso, ove il contratto sia l'affare. Perchè obbligazioni quasi da un affare non significa nulla di nulla. Dunque è impossibile che una tale idea e frase ci venga da Gaio. Se si aggiunga che nè nelle istituzioni di Gaio, nè in veruno altro luogo dei suoi scritti raccolti nei digesti, tolti la l. 5 D. 44. 7. nè in alcun altro luogo dei nostri giureconsulti o delle costituzioni imperiali pregiustiniane spunta l'idea di obbligazione quasi

Questa obbligazione giustiniana romana in parte in quanto comprende i casi antichi e soli veri d'obbligazione, non romana per gli altri, per ammettersi obbligazioni da legge,

da contratto, ed invece permane sempre l'antica distinzione di obbligazioni da contratto o da delitto, è troppo palese che codeste obbligazioni quasi da contratto sono tutta creazione giustiniana. Vedasi ora la detta l. 5. Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandatu, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet: si vero sine mandatu, placuit quidem sane eos invicem obligari. Qui abbiamo errori di forma e spropositi di concetti. È intollerabile la successione dei due *si*: *si quis.... si quidem*; l'antitesi: « *si quidem.... si vero* » intercalata dopo « *si quis* » appare bizantina pel modo; ma è peggio per la sostanza; perchè manca proprio l'antitesi. Non ha senso infatti lo scrivere: se c'è il mandato nascono le azioni di mandato; e se non c'è il mandato le parti sono obbligate tra di loro. Obbligate tra di loro sono anche se c'è il mandato; dove va dunque l'antitesi? Gaio avrebbe dovuto scrivere: se c'è il mandato, le parti sono obbligate pel mandato; se non c'è, sono obbligate ugualmente non da contratto, ma per altre azioni. L'antitesi dovea cadere in somma nell'esservi in un caso il contratto, e nell'altro no. E non poteva mai porsi come antitesi a « *si quidem ex mandatu palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati* » l'idea: « *si vero sine mandati placuit quidem sane eos invicem obligari* ». L'assurdità rilevata si spiega in modo semplice. Gaio scriveva: *si quis absentis negotia gesserit placuit eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. I bizantini, che hanno il loro schema del quasi contratto da svolgere, intercalano « si quidem ex mandatu.... si vero sine mandatu »*. Mantenendo così le ultime parole di Gaio, ne è uscita fuori l'affermazione di un'antitesi che non c'è. Trasvolò sull'inutilità e l'anormalità di trovar espresso in un discorso sulla negotiorum gestio il contenuto delle azioni da mandato; per dover poi trovar detto cogli stessi termini quello delle azioni della negotiorum gestio; trasvolò sul « *quidem sane* » e su quell'« *aeque* » messo lì per giustificare l'inutile ripetizione di un identico contenuto d'azione. Il testo continua: « *sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur* ». Siccome ora è detto prima « *proditae sunt actiones, quae appellamus negotiorum gestorum* », dovremmo attenderci almeno che il giurista scrivesse « *ae actiones nascuntur* ». Il pronome necessario manca. Questo è il meno. Il peggio si è che siccome sta scritto prima che, se c'è il mandato, l'azione è da contratto, è anche detto implicite-

per la parificazione fatta in molti luoghi d'obligatio ad actio e sopra tutto per quell'antitesi tra l'obbligazione e il diritto reale, in forza della quale l'idea di asservimento,

tamente che, se non c'è il mandato, l'azione non è da contratto. Ma dunque non ha più scopo nè senso l'avvertenza ulteriore che le azioni non nascono da contratto. Come poi può venire in mente a un giurista di avvertire che chi geri i negozi altrui senza mandato non « *cum absente creditor ante contraxisse?* » Se è il presupposto della negotiorum gestio che non si sia contrattato *prima* coll'assente, perchè « *creditor* »? E che sapienza in quell'avvertenza « *neque ullum maleficio est sine mandatu suscipere negotiorum administrationem* »! E in quell'altra ancora: « *longe magis is, cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest* »! Una proposizione questa sintatticamente sbagliata, tanto che l'HALOANDRO propone d'inserire « *non* » dopo « *intellegi* » e dove compare un *longe magis* che certo non è gaiano (GRUBE, *Zeitschr. d. S. S.* 17 p. 329; 18 p. 219). Assurde avvertenze adunque in sé; ma spiegabili, se si riflette che Giustiniano respinge qui quella lata idea di contratto classica, per la quale anche la negotiorum gestio è un contractus. Dunque queste parole non possono essere che sue. Sed utilitatis causa receptum est eos invicem obligari. Dovremmo attenderci invece di questa inutile ripetizione dell'affermazione che le parti sono obbligate, un'affermazione diversa, che cioè le azioni nascono quasi da contratto quale si ha nei paragrafi successivi. Invece no; questa manca, e manca proprio al luogo dove più dovremmo attendercela, perchè questo è anche il primo caso di obbligazioni quasi da contratto. Perchè manca? Semplicemente per questo: perchè il testo genuino di Gaio ripiglia con « *ideo autem id ita receptum est* ». Queste parole si commettevano alle altre prima citate come veramente di Gaio, così: *si quis absentis negotia gesserit, placuit eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. ideo autem id receptum est, quia plerumque etc.* Ecco riprodotto il testo originale gaiano, il quale per la condotta del discorso ricorda in tutto la l. 2 D. 3. 5. pur di Gaio 3. ad ed. I compilatori dovendo e volendo riprendere il testo gaiano interrotto dal loro discorso sul contratto e sul maleficio, non ebbero altra via di far ciò, che di dire nuovamente e inutilmente che le parti sono obbligate; scrissero quindi: *sed utilitatis causa receptum est eos invicem obligari*; e così attaccarono il loro discorso alle parole successive di Gaio: *ideo autem id receptum est* (l'italiano ometto perchè probabilmente compilatorio). Ne uscì una bruttura stilistica: cioè due « *receptum est* » (*utilitatis causa receptum est-ideo*

che costituiva l'obbligazione antica, cede a quella di obbligo, questa obbligazione così di necessità piena di contraddizioni e d'indeterminatezze, infinita, se si considera

autem id ita receptum est) in fila, contrariamente allo stile dei nostri giureconsulti, che soprattutto se scrivono: « utilitatis causa receptum est » e fanno subito seguire la spiegazione dell'utilitas e non ripetono per dare questa spiegazione il « receptum est ». (Sulla genuinità delle parole posteriori a « ideo autem id ita receptum est » non ho bisogno di pronunciarmi. Rinvio il lettore al GRUPE, *Zeitschr. d. S. S.* 18 p. 219).

Veniamo al § 1. Tutelae quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. et hoc autem casu mutuae sunt actiones. Qui abbiamo un discorso senza senso comune. Ci si dice: poichè qui non si ha un contratto e certo non si ha un delitto, così si è obbligati quasi da contratto. E perchè no chiedo: quasi da delitto? Dal momento che non c'è il contratto e non c'è il delitto, ove altro argomento non si rechi e qui non se ne reca nessuno, tanto si può concludere che si è obbligati quasi da contratto, quanto che si è obbligati quasi da delitto. Per dare un senso al discorso, così da evitare questa obiezione, bisogna che il lettore fermi bene l'attenzione sui modi antitetici « non proprie — sane », quasi che l'uno dicesse: non c'è proprio un vero contratto; e l'altro: certamente però non c'è un delitto. E si potrà anche far questo, ma per salvare, se si può salvare, la riputazione dei compilatori, non mai per supporre che un giurista classico scriva così. A mio avviso non si salva però neppure quella riputazione, perchè la negazione del contratto, se pur temperata nel « non proprie », è assoluta tanto, quanto è la negazione del delitto nel « sane », in forza dell'inciso: nullum enim negotium etc. La frase « et hoc autem casu mutuae sunt actiones » è pur essa spropositata, se si traduce al modo naturale « e in questo caso poi le azioni sono mutue »; poichè anche nel caso precedente della negotiorum gestio le azioni sono pur mutue. Sensata diventa, se si traduce « anche in questo caso poi ». Ma allora ecco che il testo si compone di due periodi che cominciano entrambi coll' « anche »: anche nel giudizio di tutela — anche poi in questo caso. Una cosa assurda! Si può pure qui ristabilire il testo originale di Gaio: in tutelae quoque iudicio mutuae sunt actiones: non tantum enim etc. Interpolato è tutto il discorso sul quasi contratto. L'errore notato di stile e quindi di senso che si ha nell' « et hoc autem casu » dipende dall'essere questa frase inserita dai compilatori per riaffermare il testo di Gaio sulle mutuae actiones.

l'idea d'obbligo che la forma, limitata, senza che si sappia perchè e come, se si guardano i casi qualificati per obbligazione e le fonti attribuite ad essa, delle quali due, le nuove

Il § 2 che riflette l'obbligazione da legato ha questo di strano che alla negazione del contratto e del delitto non si fa seguire nessuna determinazione positiva. Lo scrittore ci lascia in asso sulla questione se adunque si abbia un quasi contratto o un quasi delitto. Si chiede se così potea scrivere Gaio. Nelle istituzioni almeno si dice ciò che qui si tace: III. 27 § 5 et tamen quia non ex maleficio obligatus est heres, quasi ex contractu debere intellegitur. Questo complemento logico necessario qui manca. Probabilmente Gaio avea scritto soltanto: heres quoque legatorum nomine obligatus est (prendo « legatorum nomine » dal citato testo delle istituzioni).

Il § 3 contiene lo svisamento completo del pensiero di Gaio. Nelle sue istituzioni III 91. questi fa due cose: prima riferisce il pensiero comune ai classici che nel caso di pagamento d'indebito si abbia un contratto re; poscia fa seguire la sua nota critica, in cui nega che a suo avviso si abbia contratto, e tutto ciò fa con termini esattissimi. Ora confrontisi i due testi: Ist.: is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit. Dig.: is quoque qui non debitum accipit per errorem solventis. « Accipit » è meglio di « accepit », perchè bisogna aver ricevuto e non ricevere per essere obbligati; e « ab eo qui per errorem solvit » è meglio di « per errorem solventis » perchè non si riceve in causa dell'errore, ma si paga per errore. L'errore è la causa del pagare anzitutto e soltanto indirettamente è la causa del ricevere. Perchè Gaio avrebbe sostituito nelle res cottidianae questa seconda forma infelice alla prima felicissima? Ist.: re obligatur. nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere ac si mutuum accepisset; Dig.: obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus. Dunque nelle istituzioni Gaio dice bene che si ha obligatio re perchè l'azione è la stessa che nel mutuo; non dice che si sia obbligati quasi da mutuo. Nei digesti soli compare « quasi ex mutui datione » frase senza senso, perchè « quasi » non significa « come »; significa quel che significa in « quasi ex contractu » cioè una somiglianza di casi, che evidentemente non c'è. Nell'un testo il « proinde » indica così perfetta coincidenza del pagamento d'indebito e del mutuo quanto all'azione e si dice il vero; nei digesti al « re obligari » e al discorso sull'azione si sostituisce « quasi ex mutui datione », cioè non più una identità d'azione, ma una simiglianza immaginaria dei fatti donde sorge l'obbligo. Il peggio è poi che nelle istituzioni c'è tanto di nome dell'azione competente pel pagamento dell'indebito; nei digesti alla frase « proinde ei condici potest si paret

aggiunte da Giustiniano, prive come sono di determinazione concettuale, fungono come una cintura elastica, che vuole stringere e contenere, ma stringe poi e contiene quanto piac-

um dare oportere etc » si sostituisce la frase assurda in bocca a un classico: « et eadem actione tenetur qua debitorum creditoribus » quando tra debitori e creditori corrono le più multiformi azioni e non una sola. Ist. sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere. Dig. sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur ex contractu obligatus esse ». Questa seconda è frase pesante rispetto alla prima; « ex contractu obligatus esse » in luogo di « ex contractu consistere » fu scritto per informare i termini allo schema fissato pur terminologicamente delle obligationes ex contractu, ex delicto, quasi ex contractu, quasi ex delicto. Ist. quia is qui solvendi animo dat magis distrahere vult negotium quam contrahere. Dig. qui enim solvit per errorem magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur. E ancora una volta i digesti dicono una sciocchezza rispetto alle istituzioni, perchè sciogliere il negozio vuole, come è scritto nelle istituzioni, chiunque « solvendi animo dat » e non soltanto, com'è scritto nei digesti, « qui per errorem solvit ». Perchè poi Gaio avrebbe sostituito alla forma « distrahere negotium » così uniforme a tutta la terminologia classica quella di « distrahere obligationem »? La sostituzione va ad aggiungersi alle altre vedute dei compilatori, i quali come amano mettere il termine « obligatio » al posto di « contractus » e di « actio » così qui lo pongono al luogo di « negotium ». Possiamo ritenere per certo adunque che Gaio non usò negli aureorum parlando dell'indebito termini diversi che nelle istituzioni e aggiungo che ne parlò allo stesso luogo cioè subito dopo il mutuo. Se avesse avuta l'idea del quasi contratto troveremmo questa categoria anche nelle istituzioni e anche in queste l'indebito lo troveremmo posto tra i quasi contratti. I compilatori colla loro idea del quasi contratto convertirono il raffronto col mutuo fatto da Gaio dal punto di vista dell'azione, in un raffronto circa il fondamento dell'obbligazione e scrissero: quasi ex mutui datione; così affermavano il quasi contratto. L'azione precisa nominata da Gaio la trasformarono in « ea actio qua tenentur debitorum creditoribus » dando a debitor e creditor il senso di debitori e creditori di danaro da mutuo, contrariamente a tutto il largo senso che i due termini ebbero presso i classici. Le altre alterazioni del testo originario sono in fondo voluttuarie; quali le fa chi, letto un testo, lo riproduce a mente per alterarlo in parte a un dato fine.

Col § 4 si entra nella materia del quasi delitto, concetto contro il quale non v'è condanna sufficiente. Io sottoscrivo al parere del MOMMSEN *Strafrecht* p. 125 n. 1. Qui conviene rinunciare a ricostruire il testo ori-

cia all'arbitrio del pensiero individuale d'inserirvi, questa obbligazione, torno a dire, avrebbe avuto bisogno di un critico, che la spogliasse delle sue indeterminatezze e contrad-

ginale di Gaio. Credo che si sia innanzi probabilmente a frammenti presi di qua e di là e riuniti. Di genuino non troverei che il brano del § 5 da « cui similis est » ad « agendum ». Mi limito perciò a notare tutte le meravigliose assurdità di questi ultimi paragrafi. Nel § 4, mettendo un « et » dopo obligatus est, esce dal testo un senso e sarebbe che il quasi delitto presuppone un peccato d'imprudenza scompagnato da contratto e da delitto. Ma nel § 5 non è più il peccato d'imprudenza che fa il quasi delitto; qui non si dà altra ragione da questa che si risponde « plerumque » per la colpa altrui. Al § 6 la ragione diventerà un'altra e sarà non l'imprudenza propria del § 4, non la colpa altrui del § 5, ma la colpa propria: et aliquatenus culpa reus est quod opera malorum hominum uteretur. Non basta. Il diniego dell'obbligazione da contratto nel § 4 pare fondato sul non essere il fatto in sé un contratto, cioè sull'idea di contratto. Nel § 5 del non esserci contratto non si fa parola; si nega solo il maleficium per ammettere il quasi maleficium; nel § 6 si torna a negare l'obbligazione da contratto non più per l'idea di contratto, ma per il fatto positivo che « neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio ». Chi ci si raccapezza in tutto questo discorso da cui esula il senso comune è bravo.

Per la forma noto circa a tutta questa l. 5 che mentre Gaio nelle istituzioni parla sempre di obbligazioni « ex delicto » o « ex maleficio » qui appare quel peccatum che vedemmo (p. 45 n. 1) esser caro ai compilatori (§ 4: utique peccasse aliquid intellegitur). Noto ancora l'insistenza del tutto scolastica con cui caso per caso si ripete che « non proprie » c'è un contratto, o « non proprie » c'è un maleficium; ma che si è tenuti quasi ex contractu, quasi ex maleficio. Se Gaio avesse avuto in mente queste categorie avrebbe fatto un discorso generale prima su di esse, che gli avrebbe poi risparmiato tante ripetizioni d'idee e di parole.

Questo discorso generale compare invece nei quasi contratti nelle istituzioni giustinianee 3. 27. A mio avviso, quando si redassero i digesti, la nuova quadripartizione delle fonti delle obbligazioni era già pensata, ma non in tutto maturata. Le « variae causarum figurae » della l. 1 D. 44. 7 indicano questo stato di poca maturità dell'idea. Nella l. 5. non si ha ancora il coraggio di dire che il negotiorum gestor risponde « quasi ex contractu » e non si dice neppure ciò dell'erede tenuto per i legati; altro segno dello stesso fatto. Nelle istituzioni la scena muta. Come in queste le « variae causarum figurae » diventano

dizioni o ristabilendo la figura antica o creando la figura nuova: l'obbligo. Ma il critico, che mancò nella scienza bizantina del diritto giustiniano, mancò anche nella rinnovata scienza occidentale di esso. Coi glossatori e dai glossatori in poi per molti secoli, tolto qualche spirito ribelle, i libri giustiniani furono letti in ginocchio. E ha ragione il Renan di dire che, stando in ginocchio, si legge male ⁽¹⁾. La vita fu molte volte più forte della venerazione quanto ai precetti; ma la venerazione fu più forte della vita quanto ai concetti.

le obbligazioni quasi ex contractu e quasi ex maleficio, così tutta la trattazione è risolutamente posta sulla base della quadripartizione. Compiono i titoli (3. 27; 4. 5) dedicati alle nuove categorie. E il titolo sulle obbligazioni quasi da contratto si apre colla dichiarazione generale, di cui abbiamo notata l'assenza nei digesti. La dichiarazione sarà ridicola, perchè è ridicolo sempre il dire che un' obbligazione poichè non è « propria » da contratto, ma non è neppure da delitto, è quasi da contratto; ma ad ogni modo c'è. In forza di essa risulta detto che il negotium gestor risponde quasi da contratto, ciò che non si fa nei digesti. Si dice poi esplicitamente che l'erede risponde quasi da contratto pel legato, riparando così a un'altra omissione dei digesti. La serqua dei quasi contratti è accresciuta di due membri: la comunio incidens e la coeredità. Trascurata si conserva anche nelle istituzioni la trattazione sui quasi delitti. Una dichiarazione generale come quella relativa ai quasi contratti manca; i casi menzionati sono gli stessi dei digesti. È in causa di questa trascuranza che son disposto a pensare che la categoria del quasi delitto Giustiniano la abbia inventato per amore di simmetria e non più. Il quasi delitto in realtà manca anche di quell'ombra di scusa per esistere che può invocare il quasi contratto. Qualche volta almeno l'obbligazione da quasi contratto presenta analogie coll'obbligazione da un dato contratto. Ma il quasi delitto nè si connette all'idea di delitto, nè somiglia mai a un dato delitto. Questo può spiegare la trascuranza della trattazione giustiniana e la povertà dei casi raccolti in questa categoria dall'imperatore. Contro il quale tuttavia non mi sento di pronunciare un giudizio troppo severo. La sua quadripartizione ha un pregio: è il primo tentativo di una sistemazione nuova degli obblighi; tentativo incoerente, monco, contraddittorio, ma in cui è il sentimento che gli obblighi hanno duopo di una sistemazione diversa da quella che conveniva alle obbligazioni, cioè agli asservimenti romani.

⁽¹⁾ *L'ecclésiaste* p. 67.

Così è giunta a noi l'obbligazione, come un'entità distinta entro i doveri giuridici di condotta; e abbiamo i codici sulle obbligazioni, le parti di codice sulle obbligazioni, i trattati sulle obbligazioni, le lezioni sulle obbligazioni, mentre l'obbligazione dorme da secoli il sonno della morte chiusa nel suo sarcofago romano. Quella figura che oggi ne prende il nome non ne è neppure l'ombra; ma dell'ombra ha la vanità e l'indistinto ⁽¹⁾. La vanità, perchè non le dà corpo la vita e il pensiero sociale; l'indistinto perchè invano si tenta con dichiarazioni d'indole scolastica di darvi confini.

Codeste dichiarazioni da noi riferite nella prima parte del nostro discorso sono come frammenti di uno scheletro. Si riducono a povere molteplici formule generali, che paiono scendere da non so quali altezze di speculazione e invece non hanno altro scopo che di riprodurre e di giustificare con parole (sarebbe un far loro troppo onore il dire: con idee) moderne l'esclusione del carattere d'obbligazione da certi obblighi, la quale permane nel diritto giustiniano.

⁽¹⁾ Un bel saggio di questa condizione, in cui è il pensiero dei romanisti rispetto all'obbligazione romana lo offre l'antitesi tra « *usurae quae sunt in obligatione* » e « *usurae quae officio iudicis praestantur* ». Basta leggere nel FADDA *Le usurae quae officio iudicis praestantur* nella *Riv. ital. per le scienze giuridiche* II p. 354-368 le discordi opinioni dei giuristi intorno ai casi che vanno posti nell'una o nell'altra categoria per capire che discordano appunto, perchè nessuno sa che cosa sia l'obligatio, onde annaspiano tutti nel vuoto. Il FADDA stesso scrive a p. 367: « Se una nuova legge prescrive il pagamento d'interessi in certi casi, a me pare che non si possa parlare d'interessi ex officio ». Non dovrebbe essere questione di parere, ma di essere! A pag. 368 scrive ancora: « Talchè con formula generica possiamo far rientrare nel novero delle usurae in obligatione tutte quelle che si fondano sopra un obbligo esistente per virtù propria e che il giudice deve senz'altro sanzionare ». Ecco che cosa è adunque l'obbligazione per lui: « un obbligo esistente per virtù propria »; come appare, una nitida, precisa definizione! Noi diremo: le usurae in obligatione sono quelle che sono oggetto di una causa d'asservimento (stipulazione ad es. legato, pollicitatio) le altre non sono oggetto di una causa simile e perciò non sono in obligatione, per quanto siano nell'obbligo.

neo ⁽¹⁾. E non si avverte che in questo si combattono due idee di obbligazione: l'antica dell'asservimento, la nuova dell'obbligo; che con quella non occorrono molti criteri per spiegare l'esclusione accennata; basta uno: l'asservimento; solo si dovrà dire che con questo criterio non dovrebbero essere obbligazione che i soli casi classici di obbligazione. Con questa non basta nessuno; onde, per quanto si moltiplichino i criteri restrittivi, sono sempre insufficienti e sempre irrazionali e arbitrari.

È tutto dunque un mondo d'idee scomparso che si vuol con essi mantenere artificiosamente in vita, quando i fatti che provocavano le idee non esistono più. Essi sono frutto del voler tradurre ancora la frase di Gaio: « nunc transeamus ad obligationes » per « ora passiamo alle obbligazioni » in un tempo in cui l'obbligazione s'intende da tutti per obbligo. Si traduca invece: « ora passiamo agli asservimenti » e si rinuncerà a codesta impresa perchè ci si sentirà immersi appunto, come ho detto, in un mondo scomparso. L'obligatio romana è un concetto, non lo ripeterò mai abbastanza, arcaico. Noi che abbiamo in questi ultimi tempi veduto sotto alla famiglia romana non la nostra famiglia di sangue, ma il gruppo politico; nel matrimonio romano non il nostro matrimonio, ma l'istituto naturale di un perpetuo rapporto di convivenza tra uomo e donna mantenuto dalle disposizioni d'animo dei coniugi; sotto alla proprietà fondiaria romana non la nostra proprietà, ma la sovranità territoriale del gruppo; noi che in genere abbiamo vista in vari capitali istituti antichi sotto la trasfigurazione moderna la figura antica, noi non dovremmo avere difficoltà a scorgere sotto la trasfigurazione moderna dell'obbligazione romana la figura sua antica: l'asservimento.

⁽¹⁾ Non riconosco questo carattere nella pretesa che l'obbligazione abbia valore pecuniario. Questa è una fisima moderna, che muove dalla esigenza della condanna pecuniaria nella procedura formulare, esigenza che valeva per tutte le azioni da obbligazione o meno. Anche allo scopo restrittivo dell'idea di obbligazione serve poco e male così per il diritto romano che per gli odierni.

E allora riconosceremo anche che la nostra dottrina delle obbligazioni, di necessità la meno organica e la meno definita tra le parti del sistema, non è affatto dominata nella sua struttura dalla logica. Essa non è che una formazione storica, così che la si può definire: la trattazione di una certa quantità di doveri di condotta, ai quali si dà il venerabile nome di obbligazioni, per far capire che di essi si tratta in una certa parte dei trattati e in un certo libro dei codici. Incline a conservare nella scienza il sistema e l'ordine tradizionali per quanto contrari alla logica, io non dirò verbo contro chi mantenga codesta dottrina nelle forme, nei limiti e nella disposizione in uso. Bastano poche avvertenze a tempo e a luogo perchè le verità che credo di aver qui affermate, trovino soddisfazione in una trattazione, che nel resto segua le vie abituali. Parlo di una trattazione sistematica del diritto romano o dei diritti odierni. La trattazione storico-romanistica dovrà invece farsi su altra base.

Quanto venni esponendo vi sia anche saggio dell'indirizzo che seguirò nella scuola, per quanto lo consente l'indole elementare del mio corso. È lo stesso che seguii per oltre un decennio in Parma, alla quale città e al suo Ateneo mi legherà sempre il grato ricordo del lavoro, che vi spesi, degli affetti incontrativi dei giovani, di colleghi, di cittadini. Un indirizzo di critica dogmatica, sostenuto dalla storia, mirante, come fine, a porre in grado la scienza del diritto privato odierno di scernere nella tradizione scientifica romana e romanistica ciò che essa può utilmente conservare e ciò che deve necessariamente eliminare. Il diritto romano per causa di una simile critica non discende nell'ammirazione; ascende. Se dovremo convincerci che ne siamo più discosti che non si creda, dovremo ancora confessare che nella distanza si rivelano meglio le sue esatte ed ingenti proporzioni. Esso tra i diritti è il monte dominatore del gruppo. Lo fa tale l'ampiezza e la continuità del suo sviluppo per oltre quindici secoli; le sue basi stanno nell'incerta tenebra delle condizioni sociali primitive; la vetta si aderge nel lume vivido di una storia, che sembra contemporanea. La sua mole è formata di

precetti non nati da teorie ma da bisogni e di una dottrina, che non si alimentava e diletta di speculazioni, ma era voce dei pensieri e dei sentimenti e delle aspirazioni che erano nella coscienza comune. Convieni salirlo questo monte, perchè lo sguardo domini le valli e le cime minori. La salita è faticosa, ma lieta e vivificante. Sarà mio onore e mia gioia, o giovani, essere una delle vostre guide all'altezza.

ADDENDA

— Ai testi citati a pag. 48 in nota in prova del carattere bizantino della frase « proprio quodam iure » nella l. 1 pr. D. 44. 7 aggiungi: Ist. 3. 24 § 2.: sed proprium genus esse contractus; Ist. 2. 5 § 5.: sed quasi proprium aliquod ius.

— Ai testi plautini citati in n. 2. pag. 77 aggiungi Rud. prol. v. 46: et iure iurando adligat.

— La citazione latina a pag. 133 è la l. un. D. 13. 2.

— Si noti a complemento di quanto diciamo a pag. 133 e seg. che come Giustiniano estese l'idea di obligatio, così estese, creando la categoria delle servitù personali, quella di servitus, però con audacia insufficiente; v. BONFANTE *Ist. di dir. r.* p. 283.

CORRIGENDA

p. 9 « più innanzi »

p. 34 « in altro luogo »

p. 41 « più oltre »

p. 41 « più innanzi »

p. 11 in nota.

p. 137 in nota.

pp. 136, 137.

p. 45 n. 1.

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04305