

1. *Il testo e la sua interpretazione tradizionale*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Una diversa proposta interpretativa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸ Cfr. Gai 1.84; 85; 3.72 e 74.

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

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

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

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

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

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