

GIUSEPPE FALCONE  
(Università di Palermo)

*Litteras reddere*



## LITTERAS REDDERE\*

Carissimi familiari di Lauro Chiazzese, carissimi nipoti Laura, Maria, Bernardo Mattarella, illustri Maestri, cari Colleghi, gentili discenti, Signore, Signori,

compio oggi questo assai breve intervento con emozione pari a quella provata in occasione del ritrovamento del manoscritto, avvenuto nel corso di una delle ricognizioni delle carte superstiti di Lauro Chiazzese, che ho effettuate, con la collaborazione competente e appassionata della nipote Maria, nello studio del genero di Lauro Chiazzese, Presidente Sergio Mattarella – al quale mi preme indirizzare un rinnovato pensiero di profonda gratitudine per la disponibilità immediata con la quale mi ha concesso di compiere le ricognizioni e di portare con me una parte importante delle carte rinvenute per esaminarle e trascriverle.

Il mio intervento si risolve, in realtà, in un gesto, la restituzione del manoscritto, e in poche parole che lo rivestono.

L'ho voluto intitolare *'Litteras reddere'*, in omaggio al Chiazzese uomo di raffinata cultura umanistica, oltre che Maestro del diritto romano. Mi sono ispirato infatti ad una pagina dell'*Aerarium Poeticum*, "Tesoro Poetico", pubblicato da Melchior Weinrich nel 1618: un repertorio di frasi e parole tratte dai poeti latini. In esso, ricorre il sintagma "*litteras reddere*" esplicito tanto come "*reddere tabellas*", restituire documenti", quanto come "*verba latentia tradere*", "consegnare, trasmettere parole nascoste".

E invero, in questo caso la restituzione del documento manoscritto è tutt'uno con l'apparizione della sua versione a stampa: onde la riconsegna si accompagna alla consapevolezza, e al misurato orgoglio, di aver portato alla luce e di trasmettere ai nostri studi la scrittura rimasta a lungo nascosta di uno straordinario patrimonio di analisi testuale e di elaborazione di pensiero.

Mi era già occorso di lavorare su un manoscritto di Lauro Chiazzese. A parte il fortuito

\* Discorso pronunziato nell'incontro di studi "*Orizzonti della critica testuale, fra tradizione e nuovi indirizzi*" (*Seminario di Diritto Romano in occasione della pubblicazione dei "Confronti testuali. Parte speciale" di Lauro Chiazzese*), organizzato nell'ambito del Dottorato di Ricerca in "Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali" dell'Università di Palermo (di concerto con la Fondazione per l'Arte e la Cultura Lauro Chiazzese) e svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo in data 16 novembre 2018. Il manoscritto cui si allude, ritrovato nel 2017, contiene una versione della *Parte speciale* dei celebri "Confronti testuali" di Chiazzese; dalla sua trascrizione è derivato il volume L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee. Parte speciale (Materiali)* (a cura di Giuseppe Falcone) – *Annali del Seminario Giuridico*. Fonti-4, Torino 2018 (che si aggiunge, dunque, alla *Parte generale* dell'opera, pubblicata dall'Autore nel 1933). Il discorso è stato preceduto dalla *Presentazione* del suddetto volume da parte di Antonino Metro; ed è stato seguito dalle Relazioni di Jan Lokin, Elisa Romano, Emanuele Stolfi, Cosimo Cascione, Luca Loschiavo, Massimo Brutti.

rinvenimento, sul retro delle pagine di una tesi di laurea in Chimica, di un manoscritto delle *Vicende e interpretazione delle fonti romane in Occidente*, che ho richiamato in altra occasione, avevo anni addietro utilizzato la bella copia redatta da Chiazzese delle lezioni che il suo Maestro, Salvatore Riccobono, aveva preparato e poi letto per un importante Corso tenuto a Londra nel 1924: bella copia che, collazionata con l'originale del Riccobono, mi ha consentito di pubblicare quelle lezioni londinesi come numero inaugurale della collana 'Fonti' degli *Annali del Seminario Giuridico*, nella quale adesso appare la *Parte speciale dei Confronti Testuali* di Chiazzese. Ma si era trattato di una scrittura volutamente elegante nel suo tratto e costante e regolare nello specchio della pagina, che molto aveva agevolato il lavoro. Questa volta, lo stato del reperto era diverso. Come può vedersi da una esemplificazione minima, si alternano pagine con grafia chiara e pagine con grafia assai minuta, pagine con spazi laterali rimasti bianchi e pagine con spazi riempiti da aggiunte e glosse marginali, pagine limpide e pagine con spostamenti e cancellature. Tutto ciò ha reso la trascrizione delle mille e più pagine certamente una sfida assai impegnativa. Tuttavia, nel flusso delle mie sensazioni, quel che rimane è il gusto di una sfida affascinante: giacché riscrivere, uno per uno, quei certosini confronti è stato come tornare nel vivo agitarsi di uno scontro scientifico, che non è esagerato qualificare 'eroico': per la posta in gioco altissima, la valutazione storica del *Corpus iuris*, e per il livello e la passione dei protagonisti: Riccobono, Lenel, Bonfante, Beseler, Albertario, Pringsheim, Arangio-Ruiz e molti altri giganti della nostra scienza, fra i quali il giovanissimo Chiazzese si destreggiava con garbate ma ferme prese di posizione fondate su minuziose e capillari disamine testuali.

Al qual proposito, vale la pena, anche per la presenza dei giovani che stanno iniziando o svolgendo il percorso specialistico del dottorato, segnalare brevemente un dato che appare come una traccia cristallizzata nel testo. È noto, e lo ha poc'anzi ricordato il professore Metro, che la genesi dei *Confronti Testuali* si pone in diretta contiguità temporale con la formazione universitaria di Chiazzese. Mentre questi stava approntando la tesi di laurea, apparve un breve ma denso contributo di William Buckland dal titolo *Interpolations in the Digest*, che, come è detto espressamente nella *Parte generale* dei *Confronti*, ha direttamente ispirato la pianificazione del lavoro di Chiazzese: siamo nel 1924. Già nel 1925 Riccobono può con soddisfazione scrivere in un proprio saggio: «Seguendo l'esempio del Buckland, il mio discepolo Dottor Lauro Chiazzese attende ora a raccogliere e ordinare i passi paralleli col proposito di presentare i risultati in un quadro analitico che serva ai fini della critica del *Corpus iuris*». Ebbene, all'interno del manoscritto, in occasione di un confronto tra due versioni di un testo di Ulpiano sul tormentato tema della responsabilità contrattuale, si trova una serrata critica ad uno scritto di un valente romanista tedesco (Wolfgang Kunkel) apparso nel volume della rivista *Zeitschrift der Savigny Stiftung* del 1925, e questo scritto viene indicato da Chiazzese come «venuto alla luce nel più recente volume» della rivista. Ciò significa che codesti rilievi critici furono elaborati e messi per iscritto al più tardi nel 1926. Abbiamo oggi, dunque, un riscontro concreto e, per dir così, di prima mano, del fatto che Chiazzese in quello straordinario lavoro 'al microscopio' che avrebbe dato vita ai *Confronti Testuali* si era gettato a capofitto già appena laureato, rivelando a uno-due anni di distanza una sottile riflessione storico-dogmatica assieme a profondità e acume sul versante dell'analisi testuale. Un esempio di entusiasmo, fervore e alacrità che è esso stesso lezione di metodo e di etica della ricerca.

È proprio con riguardo ai contenuti del manoscritto che un facile gioco di semantica consente di assegnare alle parole "*litteras reddere*" anche un'altra accezione, che l'*Aerarium Poeticum*, naturalmente, non poteva registrare: queste parole, invero, fanno venir in mente, questa volta con una declinazione tecnica, la "restituzione del testo" quale obiettivo e ope-

razione qualificanti della critica testuale. In quest'ottica, dunque, esse si prestano anche ad inquadrare l'incontro seminariale che seguirà e che ho pensato di organizzare quale primo e immediato dispiegarsi dell'apparizione del lavoro di Chiazzese: una riflessione sullo specifico statuto della critica testuale, sulle cautele, sulle prospettive, tradizionali e nuove, del suo impiego, nella consapevolezza dell'assoluta imprescindibilità di questa tecnica d'indagine. Colgo l'occasione per ringraziare pubblicamente tutti i relatori che, con i loro interventi, contribuiranno a mostrare 'sul campo' la centralità e la delicatezza della questione.

Concludo. In un novembre di circa ottanta anni fa, era il 1936, in questa stessa Aula Magna si è svolta una cerimonia che vide tra i protagonisti proprio Lauro Chiazzese. Si trattava della solenne consegna dei volumi di *Scritti in onore di Salvatore Riccobono*. In quell'occasione, Chiazzese pronunciò uno splendido discorso illustrativo dell'opera del Riccobono e del suo imporsi nella scienza romanistica, concludendo con la sottolineatura del ruolo esercitato dal Maestro nella propria formazione umana e scientifica. È facile avvertire, oggi, come la chiusura di un cerchio: giacché le pagine di Chiazzese tornate alla luce rappresentano una delle più alte espressioni nella strada che aveva tracciato il Riccobono e restituiscono, da quella appassionata e appassionante stagione storiografica, uno strumento prezioso per chiunque intenda studiare, con serietà e rigore di metodo, il divenire storico di dottrine e istituti conservati nel *Corpus iuris* e il significato stesso della Compilazione giustiniana.

Carissimi nipoti di Lauro Chiazzese, vogliate, dunque, ricevere, insieme con il manoscritto, il volume appena pubblicato, col quale la voce del vostro illustre avo torna ad ammaestrare.

## NOTA

Del ritrovamento di una versione di *Vicende e interpretazione delle fonti romane in Occidente* scritta a mano sul retro di una tesi di laurea ho riferito in occasione della Prolusione "I Maestri del diritto romano: Lauro Chiazzese a sessant'anni dalla scomparsa", tenuta all'Università di Roma "La Sapienza" il 13 gennaio 2017 (e pubblicata in *AUPA* 60, 2017, 9 ss., spec. 12).

Ho pubblicato il manoscritto di Salvatore Riccobono contenente le lezioni svolte a Londra nel 1924, conformemente ad alcuni rinvii compiuti dallo stesso Autore, con il titolo *Lecture Londinesi (maggio 1924). "Diritto romano e diritto moderno"* (*Annali del Seminario Giuridico*. Fonti-1, Torino 2004).

Il riferimento alla valutazione critica delle tesi di Wolfgang Kunkel compare in relazione al confronto tra *Coll. XII.7.7* e *D. 9.2.27.9*: v., nel volume ora pubblicato, p. 85 nonché p. X della mia Premessa (*Chiazzese, Riccobono e i confronti ritrovati*).



## ARTICOLI



RICCARDO CARDILLI  
(Università di Roma Tor Vergata)

## Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie

### ABSTRACT

The paper wants to deepen the processing in Roman law of the category of honorary obligation. After having verified a partial permanent validity of the conceptual irreconcilability between obligation and *actione teneri*, highlighted in the studies of the first half of 1900, the paper examines some Roman sources on the subject. From the picture drawn, emerges the effort of Roman jurists from the first century A.D. to attract the *actione teneri* into the *obligari*, as a result reflected that the granting of actions by the roman praetor leads in terms of a juridical-substantial relation. With the jurisprudence of the age of the emperors of the dynasty of the Severi this attraction is functional to the processing of the category of honoraries obligations, which will be considered one of the two *genera* of the *summa divisio* now in I. 3.13.1.

### PAROLE CHIAVE

Diritto romano; obbligazioni; *actione teneri*; obbligazioni onorarie.



## SUL PROBLEMA DELLA NASCITA DELLE OBBLIGAZIONI ONORARIE

SOMMARIO: 1. La discussione sulla classicità delle *'obligationes honorariae'*. – 2. *'Actio'*-*'obligatio'*, *'teneri (actione)'* e soggezione. – 3. *'Obligari'* e *'debere'* nei giuristi classici rispetto alle *'actiones praetoriae in personam'*. – 4. Gaio e i problemi sistematici relativi alle *'obligationes'*. – 5. *'Obligatio praetoria'* in I. 3.13.1 e la giurisprudenza severiana. – 6. Considerazioni conclusive.

### 1. LA DISCUSSIONE SULLA CLASSICITÀ DELLE *'OBLIGATIONES HONORARIAE'*.

Il problema delle *obligationes honorariae* è un classico esempio, a mio modo di vedere, della odierna importanza della fase interpolazionistica dei nostri studi e del ruolo che le grandi discussioni dei padri della scienza romanistica possono conservare anche all'interno del dibattito attuale, caratterizzato da una maggiore sensibilità storica e dogmatica della complessità del sapere giurisprudenziale romano e delle sue costruzioni concettuali.

A rileggere, infatti, le pagine dedicate al tema nei primi cinquanta anni del Novecento, balza agli occhi come il duro attacco che una parte della dottrina italiana e tedesca aveva indirizzato alla categoria delle obbligazioni pretorie, abbia al fondo una percezione non errata della diversa struttura giuridica attribuibile alle obbligazioni pretorie che (secondo quanto si afferma in I. 3. 13. 1) *praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur*.

D'altronde, ritengo che la questione possa trovare una più adeguata spiegazione all'interno di una ricostruzione storica che coinvolge l'emersione a livello degli usi linguistici dei giuristi romani (abbastanza recente) della categoria della *obligatio* – che in altro scritto ho ritenuto di poter riconoscere con l'operato del giurista Quinto Mucio Scevola<sup>1</sup> – quale momento di sintesi concettuale di alto valore ricostruttivo con cui il grande giurista repubblicano rilegge i vari tipi di *oportere* (sia derivanti da atti leciti che illeciti) che, nel corso del III-II sec. a.C., avevano catalizzato in modo unitario (al di là dei diversi contenuti degli stessi), nelle *actiones in personam* con *formulae in ius conceptae*, la più antica complessità degli schemi giuridici in materia (*oportere, damnatio, iudicatum, nexum*). Al di là, infatti, della più o meno plausibilità del quadro storico da me proposto rispetto al problema della nascita dell'obbligazione (come concetto, di valore circoscritto nel panorama degli schemi arcaici, presente nella sfera dei contenuti dell'*oportere ex sponsione*), ritengo che la questione delle *obligationes honorariae* segni un momento significativo della storia dell'*obligatio*, evidenziando una capacità della nuova categoria ordinante di slegarsi con più facilità, almeno da un certo momento in poi nel sapere giurisprudenziale, dal suo originario fondamento civilistico (in senso ampio, inclusivo del *ius civile* e del *ius gentium*) rappresentato dall'*oportere* e dall'*oportere ex fide bona*.

<sup>1</sup> Si vd. quanto ho sostenuto in *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione*, Napoli 2016, 273 ss.

Quanto resta, invece, meno convincente del dibattito interpolazionistico, è la soluzione storicamente semplificata di modelli sistematici contrapposti (classico, postclassico e giustiniano). In ciò gli studi più recenti in materia hanno dimostrato il sicuro superamento della semplificazione storica nella ponderazione della complessità dogmatica che emerge dal discorso dei singoli giuristi, dalle loro diverse costruzioni e contrapposizioni. Resta comunque il dato, altamente rilevante e difficilmente superabile, della diversità di struttura della tensione giuridica tra due *personae* indotta dalla *iurisdictio praetoria* rispetto alla dovosità espressa significativamente dall'*oportere*, che sembra però non aver impedito alla giurisprudenza romana, quanto meno da un certo momento in poi, di attrarne il significato giuridico entro lo schema delle *obligationes*, conservando un elemento distintivo nella qualificazione di dette obbligazioni come pretorie o onorarie.

Nella discussione nei primi 50 anni del Novecento che vede coinvolti, tra gli altri, Moritz Wlassak,<sup>2</sup> Silvio Perozzi,<sup>3</sup> Vincenzo Arangio Ruiz,<sup>4</sup> Heinrich Siber,<sup>5</sup> Emilio Albertario,<sup>6</sup> Julius Binder,<sup>7</sup> Gino Segré,<sup>8</sup> Ernst Levy,<sup>9</sup> Emilio Betti,<sup>10</sup> Giovanni Pugliese<sup>11</sup> e Giuseppe Grosso,<sup>12</sup> traspare un forte senso di appartenenza ad una metodologia ancorata all'esame dettagliato delle fonti, nelle quali i grandi studiosi richiamati cercano di cogliere il senso profondo della *summa divisio obligationum* ricordata nelle I. 3.13.1, dove la declinazione nel latino dei giuristi classici della categoria delle *obligationes honorariae* sembra evidenziare una centralità del *teneri* (*actione*), rappresentazione dogmatica differenziata che potrebbe evocare l'originaria costruzione giuridica dello schema che poi viene a confluire nella categoria dell'obbligazione onoraria.

Sebbene, infatti, possa oramai ritenersi superata (grazie *in primis* agli scritti di Gino Segré e alle sintesi di Kaser e Talamanca)<sup>13</sup> in chiave di esame delle fonti in nostro possesso la

<sup>2</sup> M. WLASSAK, *Actio*, in PWRE. I.1, 1893, 303 ss., in particolare 306-307 e 310-311.

<sup>3</sup> S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna 1903, 135-142 nt. 1.

<sup>4</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città* (Messina 1913), 1-71, in particolare 37-58 (= *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, 519-587 ss., in particolare 553-574).

<sup>5</sup> H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung. II. Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, [rist. anast. Darmstadt 1968], 159-161.

<sup>6</sup> E. ALBERTARIO, *La cosiddetta 'onoraria obligatio'*, in RIL 59, 1926, 549 ss. (= *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano 1936, 19 ss.).

<sup>7</sup> J. BINDER, *Prozess und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, Leipzig 1927 (rist. anast. Aalen 1969), 47-74.

<sup>8</sup> G. SEGRÉ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano 1930, 501 ss. (= in *Scritti vari di diritto romano*, Torino 1952, 249 ss.).

<sup>9</sup> E. LEVY, *Rez. von Studi in onore P. Bonfante*, in ZSS 51, 1931, 543-567, in particolare 552-554.

<sup>10</sup> E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova 1935, 60-61. Da confrontarsi con la posizione più netta assunta in *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova 1960, 74-77.

<sup>11</sup> G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, 141-145.

<sup>12</sup> G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino 1947, 9-10.

<sup>13</sup> G. SEGRÉ, *Obligatio, obligare, obligari cit.*, 617 ss. (=375 ss.); la quantità di testimonianze esaminate da Gino Segré fa concludere la lettura del contributo da parte di un lettore attento come E. LEVY, *Rez. von Studi Bonfante*, in ZSS 51, 1931, 543-567 (sul contributo di Segré 552-554), che «in ganzen glaube ich, dass Segrés Darlegungen ... den stärksten Eindruck machen» (554); d'altronde è il contributo che si considera aver confutato la proposta interpolazionistica sul punto; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I,

posizione rigida di Albertario, che vedeva nettamente contrapposti *obligatio (civilis)* e *actioe teneri* pretorio per il diritto classico, e la esclusiva nascita della categoria dell'*obligatio honoraria* o *praetoria* in ambiente giustiniano, deve riconoscersi che sulla questione 'dogmatica' pure sollevata dalla critica interpolazionistica, relativa alla inconciliabilità tra lo schema dell'*obligatio* e quello dell'*actioe teneri*, non si possa essere egualmente soddisfatti. Credo sia utile chiarire la portata dell'attrazione dell'*actioe (praetoria) teneri* nell'*obligari*, con la significativa creazione di una sua categoria specifica (*obligatio honoraria*) fondante quella che I. 3.13.1 considera come la *summa divisio obligationum*, e che assume significato anche rispetto al sintagma del *secundum nostrae civitatis iura* della definizione ora in I. 3.13 pr.

## 2. 'ACTIO'-'OBLIGATIO', 'TENERI (ACTIONE)' E SOGGEZIONE.

La critica più significativa che la dottrina della prima metà del Novecento aveva mosso alla categoria delle obbligazioni onorarie era, appunto, data dalla difficoltà di attribuire al grande sapere giuridico classico la semplicistica commistione tra due schemi giuridici inconciliabili tra loro, come quello della doverosità giuridica espressa nell'*obligatio* che è posta a fondamento come *prius (oportere/oportere ex fide bona)* di tutte le *actiones in personam* con *formulae in ius conceptae (posterius)*, e quello della soggezione all'azione nelle *actiones in personam* con *formulae in factum conceptae*, che non trova riscontro in un 'rapporto giuridico' già qualificato e fondante l'azione, ma determina piuttosto una priorità dell'azione stessa (*prius*) sulla situazione giuridica di cui si chiede la tutela (*posterius*).<sup>14</sup>

Tale differente percezione del rapporto tra diritto o fatto e azione (che caratterizza differenzialmente il rapporto tra *oportere* e *actioe teneri* nelle *actiones civiles* da un lato e *actioe teneri* e situazione tutelata, ma non qualificata, né qualificabile come *oportere* nelle *actiones praetoriae* in senso ampio) è ben espressa nelle fonti quando si afferma che solo le azioni civili *ipso iure competunt*, mentre le azioni onorarie *a praetore dantur* (Gai. 4.112). Gaio sembra rievocare un dato sostanziale, che non è di per sé condizionato, nella prospettiva dell'*officium* del pretore, da una presunta qualifica differenziata dell'esercizio della sua *iurisdictio*,<sup>15</sup> la quale è in ogni caso fondante la concessione dell'azione (sia questa civile o onoraria), ma che sembrerebbe riflettere, nella prospettiva dei destinatari dello *ius dicere*, una diversa aspettativa rispetto alla concessione delle azioni da parte del pretore, a seconda siano queste civili o pretorie.<sup>16</sup>

A tale riguardo, va precisato che – coerentemente a quanto le fonti attestano in un numero impressionante di testimonianze – *actioe teneri* non è un sintagma caratteristico

München 1971<sup>2</sup>, 480 e nt. 9; M. KASER, 'Ius honorarium' und 'ius civile', in ZSS 101, 1984, 14 (che pensa a Gaio come termine *a quo*); M. TALAMANCA, *Obbligazioni*, in Enc. dir. 29, 1979, 1 ss., in particolare 17-18 e nt.119. Vd. anche M. BRETONI, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1989<sup>3</sup>, 150.

<sup>14</sup> Sull'antitesi *obligatio* e *actioe teneri*, si vd. per tutti G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino 1944, 39.

<sup>15</sup> Vd. sulla unicità della *iurisdictio praetoria* rispetto agli istituti di *ius civile* (in senso ampio) e *ius honorarium*, F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München 1988, 473 e gli approfondimenti di F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del 'ius honorarium'*, in SDHI 62, 1996, 1-68, in particolare 72 ss. [= ID., *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino 1997, 57 ss.].

<sup>16</sup> Con il che non voglio dire che per le azioni civili il pretore non potesse *actionem denegare*, ma che di fronte a situazioni che fossero in ogni caso previste in modo stabile nel suo editto (e quindi ciò vale anche per le azioni pretorie edittali), le ragioni per denegare l'azione dovessero presentarsi con una minore frequenza ed in ogni caso essere fondate su motivazioni serie; esattamente M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 313. Si deve, peraltro, tenere in conto che la *denegatio* non aveva effetti preclusivi; A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano 1972, 160 ss.

esclusivamente delle situazioni tutelate con *actiones praetoriae*, ma esprime un dato terminologico, di grande valore concettuale rispetto ai profili della responsabilità,<sup>17</sup> proprio dei giuristi romani classici, secondo cui riconoscere l'azione ad una parte o affermare la soggezione all'azione di un'altra equivaleva alla affermazione della prevalenza o della soccombenza della sua ragione giuridica sulla controparte. Tale modo di rappresentare il ruolo dell'*actio* nel discorso dei giuristi determina un distinguo significativo rispetto al significato processuale della spettanza dell'azione civile o della dazione da parte del pretore di quella pretoria, nella quale al contrario è evidentemente insita l'eventualità della condanna in sede di valutazione giudiziale della controversia.<sup>18</sup>

Quanto precisato non è senza rilievo nello sforzo di comprendere il significato dell'*actio teneri* nei giuristi, poiché tale dato assume all'interno dell'opera del giurista, piuttosto che nell'attività quotidiana del *ius dicere* del pretore, un ruolo molto più pregnante, rispetto alla mera prospettiva dell'azione come mezzo di tutela o difesa di situazioni giuridiche, propria della concezione chiusa e statica dell'azione nel diritto moderno.<sup>19</sup>

In conseguenza di tale stato di cose, è emersa, coerentemente alla particolare prospettiva che i giuristi romani assumono rispetto al significato di *actio*, una sua connotazione qualificante una posizione giuridica sostanziale attiva correlata in particolare alla posizione dell'*obligatus*. Tale linea evidenzerebbe una relazione strettissima, due facce della stessa medaglia, tra *actio* e *obligatio*,<sup>20</sup> che condizionerebbe la stessa costruzione di contenuto delle posizioni del *creditor* e del *debitor* e che spiegherebbe perché la definizione di Celso dell'*actio* (a differenza del ruolo generalizzante che ne avrebbero poi dato i giustiniani in I. 4.3.1) sia circoscritta alle *actiones in personam* (*nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeat, iudicio persquendi*).

<sup>17</sup> Mi permetto di rimandare alle precisazioni, pur in ambito di riconoscimento giurisprudenziale del *praestare* rispetto a rapporti qualificati in termini formulari come *quidquid dare facere oportere ex fide bona*, fatte in *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano 1995, 315 ss.

<sup>18</sup> Al riguardo, sono illuminanti le pagine dedicate al tema da G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano 1983, 325-348. Tale rapporto è stato oggetto di particolare approfondimento in Raimondo Santoro, il quale attraverso di esso ha elaborato una tesi sull'origine dell'obbligazione romana fondata sulla resistenza dello schema della soggezione all'azione, con una tarda emersione dell'elemento dell'obbligo ad una prestazione; si vd. i suoi lavori su *Potere e azione in diritto romano antico*, in AUPA 30, 1967, 103 ss.; *'Actio' in diritto antico*, in AA.VV., *Poteri negotia actiones*, Atti Copanello 1980, Napoli 1982, 201 ss.; e più di recente, *Per la storia dell'obligatio. Il 'iudicatum facere oportere' nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in IAH 1, 2009, 61 ss. (= *Scritti minori*, II, Torino 2009, 655 ss.); *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*. Atti Convegno di Siena 2001. In onore di A. Biscardi, Milano 2011, 259 ss. (= *Scritti minori* cit., II, 629 ss.). Sul rapporto tra *actio* e *necessitas solvenda rei* della definizione in I. 3.13 pr., vd. G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino 2003, 112-113 (vd. anche in conclusioni) e C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca, I, Padova 2011, 127 ss., in particolare 306-319.

<sup>19</sup> Ho cercato di cogliere il fondamento ideologico della moderna concezione dell'azione rispetto alla concezione romana in *Brevi riflessioni critiche sull'azione come difesa del diritto attraverso il diritto romano*, in *Revista Chilena de Historia del Derecho* 22, 2010, 95 ss.

<sup>20</sup> M. WŁASSAK, *Actio* cit., 303-325, in particolare 306-308; G. PUGLIESE, *'Actio' e diritto subiettivo* cit., 242-248 (con rilievi critici rispetto alla correlazione tra *actio* e *obligatio*); M. KASER, *Das römische Privatrecht* cit., I, 483-484; M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit., 21-22. Si vd. peraltro, il dibattito tra Giovanni Pugliese e Filippo Gallo ora in AA.VV., *Poteri 'negotia' 'actiones' nella esperienza romana arcaica*, Atti Copanello 1982, Napoli 1984, 247 e 275-276.

Ciò in parte, a mio modo di vedere, assume nell'ambito di questo approfondimento del problema delle *obligationes honorariae*, un preciso valore, in quanto, la sua coerenza alle fonti andrebbe storicamente contestualizzata, non presupponendo una sua 'a-storicità', ma, come anche per la categoria dell'*obligatio*, una sua verifica nel discorso che i giuristi maturano sul significato della *datio actionis (in personam) honorariae*, dove, a differenza del dualismo *oportere – actione teneri* nelle *actiones in personam civiles*, l'affermazione attorea non ha ad oggetto l'*oportere* del convenuto, ma esclusivamente i presupposti di fatto della condanna, facilitando la valorizzazione esclusiva dell'unico schema restante dell'*actione teneri*.

La terminologia dei giuristi tardo-repubblicani e di inizio principato è netta nel qualificare in termini di (*actione*) *teneri* i rapporti che poi confluiranno nella categoria delle *obligationes praetoriae*. Il dato va posto in relazione con la maturazione (abbastanza complessa) del genere letterario *ad edictum*, che pone di nuovo i giuristi romani al centro di una interpretazione ricostruttiva (*componere* in Pomponio rispetto all'*edictum praetoris* nei *libri de iurisdictione* di Ofilio),<sup>21</sup> che troverà nell'ampio lavoro di Labeone (*libri ad edictum praetoris urbani*) il momento principale di acquisizione ai generi letterari giuridici della nuova fonte di *ius*, determinando riflessioni, accostamenti, risistemazioni essenziali per la successiva stabilizzazione con Adriano dell'Editto del pretore da parte di Giuliano.

Faccio alcuni richiami esemplificativi. In Servio Sulpicio Rufo, autore della prima opera dedicata all'editto del pretore, in due libri *ad Brutum* (che Pomponio qualifica *brevissimi*) e protagonista in prima persona nella proposta, poi confluita nell'editto del pretore, di *actiones praetoriae in rem* (I. 4.6.7), si riscontra: la distinzione tra *actio honoraria* e *actio legitima* rispetto all'*actio (in personam) de positis vel suspensis* in rapporto all'*actio ex lege Aquilia* (Ulp. 23 *ad ed.* D. 9.3.5.12); la qualificazione della solidarietà in ambito di *actiones (in personam) c.d. adiecticiae qualitatis* in termini di *in solidum teneri* (Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.3.5 pr.-1); la costruzione *eum teneri* (D. 39.2.24.4) in tema di *operis novi nuntiatio*.

In Aulo Ofilio, al quale si deve un'opera sulle azioni, non limitata alle *actiones civiles* ed un'opera *de iurisdictione* (D. 1.2.2.44, Pomp. *lib. sing. Enchir.*), troviamo *exercitorem teneri* in Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.1.1.9 e *actione teneri* in Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.3.2.

In Labeone, rispetto all'*institor*, si trova un *eum teneri* in Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.3.5.2; nonché un significativo *teneri eum interdicto* in Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.28 e 41 e in Ven. 3 *interd.* D. 43.26.22.1.

Con ciò non voglio dire che tali costruzioni restino limitate alle fattispecie tutelate da *actiones praetoriae in personam*, riscontrandosi un ampio uso del *teneri (actione)* anche in contesti tutelati da *actiones civiles (in personam)*, ma che nelle prime tale uso è univoco fino ad un certo periodo, non evidenziandosi nel materiale in nostro possesso almeno per una certa generazione di giuristi alcuna diversa configurazione di tali rapporti, appunto in chiave di *debere* o *obligari*.

La centralità dell'*actio*, quindi, ben sottolineata da Raimondo Santoro rispetto ad una rilettura del rapporto a Roma tra situazioni tutelate e tutela stessa,<sup>22</sup> avrebbe, nel quadro che emerge nelle fonti, una parziale conferma. Confermato è il ruolo dell'*actio* rispetto al *ius* in accezione oggettiva, in quanto il momento dinamico dell'*agere* non è attratto nell'alveo del *iudicium*, ma in quello appunto del *ius*, in quanto momento propulsivo e a volte anche originante la rilevanza di situazioni sostanziali che come tali, prima del riconosci-

<sup>21</sup> Si vd. sulla nascita del genere letterario *ad edictum*, D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, Torino 1996, 61-133; G. FALCONE, *Ofilio e l'editto*, in *Labeo* 42, 1996, 101-106.

<sup>22</sup> Vd. *supra* nt. 18.

mento dell'*actio* stessa, restavano su un piano di irrilevanza. L'ambito di operatività di un tale rapporto invertito tra diritto ed azione, proprio, invece, della prospettiva moderna, non trova, a mio modesto avviso, una sua dimensione di totale pervasività nel diritto romano, ma espressione elettiva nell'ambito delle *actiones praetoriae* con *formula in factum*. Nelle *actiones civiles* con *formula in ius concepta*, l'*agere* concretizza l'affermazione dell'attore (poi da accertare in giudizio) dell'esistenza, percepita come già in essere, di un *meum esse ex iure Quiritium* o di un *oportere*.

La costruzione (*actio*) *teneri* sta a dimostrare, quindi, che per i giuristi delle generazioni successive a Quinto Mucio, che ben conoscono la categoria dell'*obligari/obligatio*, di *obligatio* non potesse parlarsi per i rapporti nei quali il pretore concedeva azioni *in personam* non fondate su un preesistente *oportere* (puro o *ex fide bona*), ma soltanto di soggezione all'*actio*. La posizione giuridica del soggetto di cui si afferma il *teneri*, non sarebbe quella di chi 'deve', di chi è 'obbligato', ma quella di chi abbia perfezionato (negli illeciti) oppure non abbia perfezionato (negli atti leciti) quanto previsto come fatto condizionante della condanna nella *formula in factum concepta*, subendone le conseguenze previste a seguito dell'azione pretoria concessa. Al riguardo, si è voluto in dottrina accentuare il significato dell'*actio teneri* quale onere connesso ad una soggezione, così da porre in luce tutta la criticità della assimilazione di tale costruzione nelle *obligationes* (sebbene *praetoriae* o *honorariae* e non *civiles*).<sup>23</sup>

Dal mio punto di vista – condizionato, lo riconosco, dal mio studio sul rapporto tra *oportere* ed *obligatio*<sup>24</sup> – la giurisprudenza che per prima si è confrontata con tali situazioni giuridiche che la realtà delle *actiones praetoriae in personam* veniva delineando, sembra aver escluso una loro attraibilità nell'*oportere* (esclusione corretta data la fonte del suo riconoscimento, appunto la *iurisdictio* del pretore e non il *ius civile* in senso ampio) e, quindi, anche, inizialmente una loro inclusione nella nuova categoria ordinante dell'*obligatio*, categoria fortemente condizionata nella sua prima elaborazione fin da Quinto Mucio Scevola dagli schemi dell'*oportere* e dell'*oportere ex fide bona*.

Si tratterebbe, quindi, per l'*actio teneri* di uno schema che realizza un quadro nuovamente complesso delle situazioni ascrivibili nell'alveo del problema dell'obbligazione, che si affianca all'*obligatio* (caratterizzata, invece, dal rapporto indissolubile tra *oportere* e *actio*-

<sup>23</sup> Si vd. per tutti E. ALBERTARIO, *La cosiddetta 'honoraria obligatio'* cit. 549 ss. (= *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni* cit., 19 ss.); in un primo tempo, vd. pure, G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali* cit., 39. Va evidenziato che nella prima edizione a stampa del suo Corso sulle obbligazioni del 1947 (seguito alle due edizioni litografate del 1929-30 e del 1933-34), Giuseppe Grosso coglieva già assai lucidamente il nucleo di contenuto dogmatico e non esclusivamente storico dell'obbligazione onoraria; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino 1947, 9: «Per il modo in cui avveniva la creazione del diritto nella *iurisdictio* pretoria, il pretore non creava direttamente obbligazioni; egli concedeva azioni, e dalla promessa di queste si induceva il rapporto sostanziale che si vedeva sanzionato nell'azione. È ovvio come, costruendo tale rapporto sostanziale che si argomentava di riflesso dalla tutela pretoria, i Romani dovessero provare della ripugnanza ad applicarvi senz'altro la terminologia del *ius civile*. Ma ciò non significa che i Romani si siano irrigiditi su una antitesi terminologica, come vorrebbero oggi molti romanisti; quando la valutazione ed elaborazione degli istituti sostanziali del diritto pretorio si sviluppò, e ne risultò sempre più il parallelo cogli istituti civilistici e la corrispondenza sostanziale, e questo parallelo importava tutta una serie di principi comuni, soprattutto dopo la redazione definitiva dell'editto, gli scrupoli terminologici furono in parte abbandonati» (lo spaziato è mio).

<sup>24</sup> *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione* cit.

*ne teneri*), uno schema giuridico che non ha il suo fondamento nei *mores* o nella legge (e quindi non è azionabile con una *formula in ius concepta*), ma esclusivamente nella *iurisdictio praetoria*. Uno schema nel quale vi sarebbe una struttura giuridica monistica in chiave di *actione teneri*, di soggezione all'azione del soggetto contro il quale l'azione si riconosce.

Tale costruzione, che vede la giurisprudenza di fine repubblica e di inizio principato muoversi nell'ambito della forte tipicità caratterizzante la stessa concessione pretoria di nuove *actiones in personam*, assume quindi come primo dato interpretativo e ricostruttivo l'elemento unitario della soggezione all'azione, che appunto verrebbe ad affiancarsi (e non ad assimilarsi) alle tipiche *obligationes (ex contractu ed ex delicto)* che venivano a loro volta nel frattempo sottoposte ad uno stress sistematico, nei secoli tra Quinto Mucio Scevola a Gaio, con esiti di organizzazione ed avvicinamento degli istituti coinvolti che erano permessi dall'individuazione della comune presenza dello schema dell'*obligatio*.<sup>25</sup>

D'altronde, quanto fin qui detto va posto in relazione alla elaborazione della *stipulatio Aquiliana* da parte di Aquilio Gallo nella prima metà del I sec. a.C. In essa, infatti, come la più attenta dottrina ha evidenziato, l'effetto novativo unitario in termini di *oportere* viene concepito non esclusivamente rispetto a rapporti preesistenti che possano qualificarsi in termini di *oportere* (più o meno *ex fide bona*) attuale o futuro (*quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens diemve*), ma anche a posizioni giuridiche preesistenti collegate esclusivamente alla sottoposizione ad *actiones, petitiones e persecutiones* (con una descrizione terminologica ampia: *quarumque rerum mihi tecum actio quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve*), sottolineando come la dinamicità di tali seconde situazioni giuridiche venisse percepita quale nettamente distinta da Aquilio Gallo, ma accostabile alla doverosità dell'*oportere* sul piano della funzionalità della *stipulatio* novatoria dallo stesso escogitata.<sup>26</sup>

Ciò viene a confermare in parte il nucleo di permanente validità di quanto è emerso nel dibattito nella critica interpolazionistica sulle obbligazioni onorarie, relativo alla difficile conciliabilità dello schema dell'*actione teneri*, con quello dell'*obligatio*. La residua insoddisfazione del discorso interpolazionistico è, invece, da riconoscersi nella propensione della scienza romanistica dell'epoca di pensare il diritto sempre come corpo normativo chiuso, con la semplificazione della lettura della complessità del diritto tramandato dalle opere dei giuristi classici e codificato da Giustiniano in chiave di sistemi e concezioni contrapposte su binari storici differenziati.<sup>27</sup> Manca cioè quell'idea di complessità nella contemporaneità che è invece uno dei risultati più significativi a cui la romanistica è giunta dagli anni '60 in poi del Novecento. Tale difficoltà della romanistica della prima metà del Novecento, si declinava, come detto, nella costruzione di sistemi e concezioni contrapposte su piani storici differenziati, spostando in ambiente culturale giustiniano (o al massimo post-classico) la maturazione della categoria delle *obligationes praetoriae*, senza così rendere conto in modo

<sup>25</sup> Per tali svolgimenti v. *'Damnatio' e 'oportere'* cit., 302-305.

<sup>26</sup> La delimitazione proposta da M. WLASSAK, *Die Aquilianische Stipulation*, in ZSS. 42, 1921, 394 ss., alle obbligazioni civili della I<sup>a</sup> clausola è a mio avviso indubbia e riflette bene la prospettiva di Aquilio Gallo, sebbene ciò non significhi poi che la giurisprudenza dei secoli II e III d.C. abbia considerato ricorrevi per ogni tipo di *obligatio*. Forse, più che ad un presunto ricorso in chiave estensiva della I<sup>a</sup> clausola alle situazioni tutelate con azioni pretorie – come pensa F. STURM, *Stipulatio Aquiliana*, München 1972, 125-134 – potrebbe ritenersi che la II<sup>a</sup> clausola fosse perfettamente acconcia a tale tipo di attrazione nell'operatività della *stipulatio* novativa di Aquilio Gallo.

<sup>27</sup> Vd. le puntuali osservazioni di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 546-549 che parla di «pandettizzazione del diritto classico».

adeguato dello stato delle fonti. In realtà, i dati, quantitativamente significativi, emergenti dalle fonti in nostro possesso confermano una solida attestazione della inclusione di tali posizioni giuridiche nella doverosità (in termini di *debere* e di *obligari* e *obligatio*) già nella giurisprudenza classica, presupposto della loro successiva costruzione in una categoria unitaria, quale quella delle *obligationes praetoriae* o *honorariae* già nella giurisprudenza severiana.

### 3. 'OBLIGARI' E 'DEBERE' NEI GIURISTI CLASSICI RISPETTO ALLE 'ACTIONES PRAETORIAE IN PERSONAM'.

A. Sabino, Cassio e l'*obligari de peculio*.

Reputo importante ai fini di questo contributo esaminare alcune fonti, a mo' di esempio e senza alcuna pretesa di esaustività, le quali non sempre sono state indagate in relazione al problema della emersione e della configurabilità delle *obligationes praetoriae*.

D. 15.1.3.9 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Sed si filius fideiussor vel quasi interventor acceptus sit, an de peculio patrem obligat. quaeritur. et est vera Sabini et Cassii sententia existimantium semper obligari patrem de peculio et distare in hoc a servo.*

Ulpiano, all'interno dei suoi *libri ad edictum*, in un contesto relativo al *triplex edictum, de peculio aut de in rem verso aut quod iussu*, ricorda un'ipotesi discussa dai giuristi romani di c.d. responsabilità adiettizia del *pater* per l'assunzione da parte del *filius familias* della posizione di *fideiussor* o di *quasi interventor* rispetto ad un *debitum* di altri.<sup>28</sup>

La *quaestio*, per come è presentata da Ulpiano, è impostata nei termini *si filius ... de peculio patrem obligat*.<sup>29</sup> La notizia è coerente con quanto emerge in Ulp. 29 *ad ed.* D.

<sup>28</sup> Il passo non è esaminato in I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, Napoli 1976 e S. LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei 'filii familias'*, Milano 2003. Analizza il testo all'interno del dibattito sulla capacità processuale dello schiavo, A. BISCARDI, *La capacità processuale dello schiavo*, in Labeo 21, 1975, 143 ss., in particolare 163-164; in relazione a D. 15.1.3.5-6 (Ulp. 29 *ad ed.*) e a D. 46.1.20 (Iav. 13 *epist.*), lo esamina A. BURDESE, *Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, I, Milano 1982, 147 ss., in particolare 148-151. Più di recente, enfatizzando opportunamente l'uso nei passi in materia di *a.a.q.* di *obligari* e *obligatio*, si vd. M. MICELI, *Studi sulla rappresentanza in diritto romano*, I, Milano 2008, 45 ss.

<sup>29</sup> La costruzione, che ha come soggetto dell'*obligat* necessariamente il *filius* (*si filius ... de peculio patrem obligat*), esprime una forza espressiva diversa rispetto a costruzioni in materia successive (vd. ad. es. *infra* D. 15.1.3.5-6 Celso e Guliano in Ulp. 29 *ad ed.* dove la costruzione pone come soggetto direttamente il *pater*, che *de peculio obligatur*), quasi ad evidenziare nel parere di Sabino e Cassio una prospettiva nella quale è il *filius*, con il compimento dell'atto negoziale, ad obbligare il padre nei confronti dei terzi nei limiti del peculio. Vd., sul problema, M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino 2001, 185 ss. e rispetto alle obbligazioni pretorie 337 ss.; EAD., *Studi sulla rappresentanza* cit., I, 44 ss. La studiosa palermitana, proprio tenendo conto che le fonti sono per lo più orientate terminologicamente su un diretto riconoscimento della responsabilità del *pater* nei limiti del peculio (*pater obligatur*), propone una formula delle *a.a.q.* nelle quali la gestione negoziale del sottoposto o dell'incaricato non sia prevista in termini di fatto rilevante e condizione della condanna del *pater* in una *conceptio in factum*. Ferme restando le giuste osservazioni che l'A. fa rispetto alle deduzioni che se ne traggono in rapporto al problema della rappresentanza (p. 45), non mi sembra necessario pensare però per le *a.a.q.* ad una ricostruzione delle varie *formulae* diversa da quella di O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, Leipzig 1927<sup>3</sup>, (*actio institoria*) 263; (*actio quod iussu*) 278; (*actio depositi de peculio*) 282; vd. d'altronde anche D. MANTOVANI, *Le formule* cit., 79-82. La giusta constatazione emergente dalle fonti, ben rilevata da Maria Mice-

15.1.3.5, dove, in base ad un parere di Celso, si distingue per il *servus*, a differenza appunto del *filius*, a seconda che abbia prestato fideiussione (nel qual caso il padrone risponde nei limiti del peculio), sia stato *inventor* in un credito a favore di altri o sia stato solo mandante (nel qual caso *non obligabitur dominus de peculio*).

La posizione del *pater* rispetto ad attività connesse all'assunzione di garanzie personali verso terzi del *filius* è, quindi, determinata in D. 15.1.3.9 attraverso la condivisione ulpiana (*vera*) di un parere di Sabino e Cassio, secondo i quali, a differenza appunto dell'ipotesi dello schiavo, nel caso del *filius familias* questi *semper obligat patrem de peculio*.<sup>30</sup>

Da come il testo è tramandato, l'uso del verbo *obligari* – che pur potrebbe risentire della *lectio* ulpiana data all'impostazione del problema – sembra risalire effettivamente a Sabino e Cassio. L'uso delle due infinitive ne è un indizio importante. Ciò dimostra come a fronte di un rapporto che, qualora assunto da una *persona sui iuris*, sarebbe stato tutelato in termini di *oportere*, non poteva esserlo se assunto dal sottoposto a potestà (in particolare nella specifica posizione giuridica di *filius familias*). La concessione da parte del pretore contro il *pater familias* di un'*actio praetoria in personam* con *formula in factum*, diretta – se provati i presupposti fattuali stabiliti – alla condanna dell'avente potestà nei limiti del valore del peculio, è il sintomo di una stagione nuova che apre il diritto romano alla grande dinamicità commerciale del II sec. a.C.<sup>31</sup>

L'uso da parte di Sabino e Cassio del verbo *obligare* è significativo. Con esso si qualifica uno schema giuridico, nel quale, tradotto in termini formulari, l'*oportere* è sul piano dell'irrealtà, ma attratto nei presupposti della condanna in chiave di *fictio suitatis* del figlio (ma la cosa a livello formulare sarebbe simile per lo schiavo con il ricorso alla *fictio libertatis*).

Il percorso logico che può aver portato i giuristi citati ad estendere il significato dell'*obligari* anche ad un rapporto che formalmente non era fondato su un *oportere* tra attore e convenuto, ma su un *oportere* fittizio in base al quale il pretore concede un'*actio in factum* al 'creditore' contro il *pater* sul presupposto che il *filius* abbia prestato la fideiussione e lo stesso gestisse un *peculium*, esprime la forza di lettura di tale interpretazione. Essa può essere stata condizionata dal fatto che l'intervento pretorio, come 'Reflexwirkung' sul piano delle ricadute sostanziali era idoneo a determinare un 'debito' (non qualificabile in senso formale come *oportere*) del *pater* nei confronti del 'creditore' e nei limiti del *peculium*.<sup>32</sup>

li (ossia che spesso i giuristi parlano di un diretto *obligareli* del *pater/dominus*), conserva comunque valore pur a fronte del tenore formulare accolto dalla dottrina prevalente, esprimendo la capacità dei giuristi romani di cogliere il riflesso sostanziale della dazione dell'*actio* pretoria contro l'avente potestà o il preponente, rispetto al dato formale della formula come noi la conosciamo. A mio modesto avviso, è più una preoccupazione del giurista moderno piuttosto che di quello romano l'aderenza formale e letterale al dettato di natura per così dire normativa – in questo caso formulare – che i giuristi romani dell'età classica non hanno mai percepito come limite, anche rispetto alle *formulae*. Sulla questione, vd. anche le considerazioni di C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' cit.*, 293 ss.

<sup>30</sup> Il *semper* è indice del fatto che, almeno, nella prospettiva ulpiana, vi sia la preoccupazione di evidenziare la differenza rispetto all'ipotesi del *servus*, ipotesi approfondita in D. 15.1.3.5-6 (su cui vd. *infra*).

<sup>31</sup> Si veda al riguardo gli studi di A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica*, Milano 1985; ID., *Il diritto commerciale romano. Una «zona d'ombra» nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo*, III, Napoli 1997, 413 ss.; efficace la qualifica di «periodo imprenditoriale», in P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, Torino 2004<sup>2</sup>, 34 ss.

<sup>32</sup> Fondamentale al riguardo, per spiegare il rapporto tra la *Reflexwirkung* del *ius honorarium* sul *ius civile*, M. KASER, '*Ius honorarium*' und '*ius civile*', in ZSS 101, 1984, 1 ss., in particolare 90, da leggersi

Lo sguardo di Sabino e Cassio sembra guardare oltre la formale constatazione che a determinare la responsabilità del *pater* rispetto alla fideiussione del figlio non ci sia un suo diretto *oportere* nei confronti del 'creditore' e non ci sia nemmeno un *oportere* del *filius* (semmai una finzione di *oportere* del *filius*),<sup>33</sup> ma il riconoscimento pretorio di un'azione che in base a tali presupposti di fatto (assunzione della fideiussione da parte di chi sia *in potestate* ed esistenza del *peculium*) porterà alla condanna del *pater* nei limiti del *peculium*: quindi proprio un'*actio teneri*.

Si tratta, se terminologicamente propria dei due maestri sabiniani, di una costruzione altamente innovativa, dove quanto era irrealizzabile sul piano dell'*oportere* (non potendosi appunto riconoscere l'esistenza di un *oportere* tra *pater* e 'creditore' e quindi la presenza di un'*actio civilis in personam*, ma soltanto la concessione di un'*actio praetoria in personam* con la delimitazione dell'entità della condanna al *peculium*), si dimostra, invece, possibile sul piano dell'*obligari*.

#### B. Aristone e la qualifica *obligatio civilis* in D. 2.14.7.2 Ulp. 4 *ad ed.*

Dalla prospettiva di questo contributo, può forse cogliersi un'eco di una contrapposta costruzione in termini di *obligatio* (per così dire *praetoria*) nel famoso dibattito tra Aristone e Mauriciano da un lato e Giuliano dall'altro, in materia di cd. contratti innominati, ora contenuto in

D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc σύναλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo σύναλλαγμα dicit., unde haec nascitur actio.*<sup>34</sup>

insieme a quanto è stato opportunamente precisato sul problema della cd. *Rezeption* dei *bonae fidei iudicia* nel *ius civile* da R. FIORI, 'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della «recezione» dei 'iudicia bonae fidei', in BIDR 101-102, 1998-1999, 165 ss.

<sup>33</sup> Ciò in base alla formula come ricostruita per l'*actio depositi de peculio* da O. LENEL, *Das edictum perpetuum* cit., 282; D. MANTOVANI, *Le formule* cit., 81-82. Vd. anche *supra* nt. 29.

<sup>34</sup> La bibliografia sul passo è sterminata. Mi limito a richiamare i lavori recenti che hanno approfondito gli aspetti formulari delle azioni richiamate nel passo, sebbene poi con soluzioni non coincidenti: A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli 1971, 139 ss.; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in AUPA 37, 1983, 74 ss.; ID., *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano 1983, 681 ss., in particolare 705; J. KRANJC, *Die 'actio praescriptis verbis' als Formelaufbauproblem*, in ZSS 106, 1989, 434 ss., in particolare 455 e 458; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in AA.VV., 'Contractus e pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana, Atti Copanello 1988, Napoli 1990, 35 ss., in particolare 100-103; A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati*, in IVRA 36, 1985, 14 ss.; ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, (Milano 7-9 aprile 1987), I, Milano 1988, 15 ss., in particolare 39-40; ID., *Contratto e convenzioni atipiche da Labeone a Papiniano*, in SDHI 62, 1996, 515 ss.; ID., *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in 'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca, I, Napoli 2001, 315 ss.; F. GALLO, 'Synallagma' e 'conventio' nel contratto, II, Torino 1995, 93 ss., 180 ss.; M. ARTNER, 'Agere praescriptis verbis'. Atypische Geschäftsinhalte und klassische Formularverfahren, Berlin 2002, 145-149, 104-109; P. GRÖSCH-

Per Aristone l'*obligatio* che nasce da un *do ut des*, è qualificata espressamente in termini di *obligatio civilis*. Ulpiano nell'introdurre il *responsum* che Aristone dà a Celso parla soltanto di *obligatio*. Si deve presumere quindi che il dato fosse presente nella terminologia di Aristone, il quale sarebbe stato incline a collegare alla *datio*, effettuata da una parte in conseguenza della *conventio* su uno specifico assetto di interessi caratterizzato dalla corrispettività, ma non rientrante nei tipi esistenti (*dedi tibi rem ut aliam dares* oppure *dedi ut aliquid facias*), un'*obligatio* qualificata come *civilis*. Si deve al riguardo ritenere che la traduzione formulare della costruzione doveva prevedere la sicura presenza dell'*oportere* (più o meno *ex fide bona*). Ciò è confermato dalla critica di Mauriciano a Giuliano, che sul piano processuale traduce tale riconoscimento in termini di *actio civilis incerti*. La formulazione sta ad indicare tecnicamente – e con una proprietà terminologica sbalorditiva, in base a quanto sappiamo del processo *per formulas* – una *formula in ius concepta* la cui *intentio iuris civilis* (Gai.4.45) ha ad oggetto un *incertum*. È ipotizzabile una *intentio* dal seguente tenore: *quidquid dare facere oportet*. È ancora fortemente dibattuto se l'*oportere* in questo caso sia o meno *ex fide bona*.<sup>35</sup>

La qualifica da parte di Aristone di *obligatio civilis* è altamente significativa ed espressiva in chiave di obbligazione alla sua corrispondenza col mezzo processuale di un'*actio civilis incerti* di Mauriciano.<sup>36</sup>

Tale coerenza, se letta in rapporto alla contrapposta posizione di Giuliano (criticata da Mauriciano), che invece riteneva in questa fattispecie necessaria la dazione da parte del pretore di un'*actio in factum*, assume un suo preciso significato. L'*actio in factum*, a mio modo di vedere, è da intendersi, nel contesto storico di Giuliano, come non compresa nell'editto da lui codificato. Come ha peraltro convincentemente dimostrato Filippo Gallo, in replica alla tesi di Kranjc il quale aveva sostenuto che qui si tratterebbe di un *actio civilis in factum*, la qualifica giuliana evoca una *formula in factum concepta*. Ciò significa che la formula avrebbe inserito l'assetto di interessi divisato dalle parti nel caso esaminato da Giuliano e Mauriciano (*dedi Stichum ut Pamphilum manumittas*) e la successiva evizione di Stico come presupposti di fatto e condizioni della condanna del *dans*, senza alcun richiamo ad

LER, 'Actiones in factum'. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich, Berlin 2002, 20-21; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, Padova 2004, 77 ss., sui problemi di tecnica formulare, 177 ss.; B. SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die 'actio praescriptis verbis'*, in ZSS 124, 2007, 53 ss., in particolare 54-55, 83-89; M. VARVARO, *Ricerche sulla 'praescriptio'*, Torino 2008, 138-143 (in particolare attraverso il confronto con lo scolio Μαθὼν a B.11.1.7 [Scheltema B. I, 187]); su cui si vd. C.A. CANNATA, Rec. in IVRA 57, 2008-2009, 470 ss., in particolare 491-495; C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in IVRA 57, 2008-2009, 9 ss., in particolare 17-20; 30-48; P. GRÖSCHLER, *Auf den Spuren des Synallagma. Überlegungen zu D. 2.14.7.2 und D. 50.16.19*, in *Antike-Recht-Geschichte. Symposium zu Ehren von P.E. Pieler*, Frankfurt am Main 2009, 60 ss.; R. FIORI, M.F. CURSI, *Sulle azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in BIDR 105, 2011, 145 ss. e 182-183; E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento 2011, 240 ss.; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio* (2006), ora in *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela 2015, 53 ss., in particolare 78-87; ID., *Gratuità e responsabilità contrattuale* (2011), ora in *Figure e tutele contrattuali cit.*, 103 ss., in particolare 179-193; ID., *Teoriche sul contratto nella giurisprudenza classica*, in *Diritto romano fra tradizione e modernità* (Atti del Convegno internazionale di Shanghai 2014), Pisa 2017, 205 ss. in particolare 217-225.

<sup>35</sup> Vd. nt. precedente.

<sup>36</sup> Vd. esattamente S. TONDO, *Note ulpianee alla Rubrica editale per i 'pacta conventa'*, in SDHI 64, 1998, 441 ss., in particolare 454 nt. 62, contro la sostituzione di *obligatio* in *actio*. D'altronde il discorso e la prospettiva ulpianee ne uscirebbero zoppe.

un più ampio rapporto tra le parti (simile per intenderci a quello dei contratti consensuali) che lo legherebbe all'*accipiens*.<sup>37</sup>

L'enfasi data da Aristone alla nascita non semplicemente di un'*obligatio*, ma proprio di un'*obligatio civilis* (*hinc nasci civilem obligationem*), oltre che segnare il colpo d'ali che la costruzione aristoniana rappresenta sul piano delle situazioni negoziali tutelate superando il rigido meccanismo della *condictio* di restituzione, potrebbe rappresentare un significativo indizio di una contrapposizione sul piano sostanziale, di quanto emergeva sul piano processuale nelle diverse posizioni espresse da Aristone stesso (con Mauriciano) e Giuliano. In discussione, insieme a quale tipo di azione sia da concedere (*actio civilis incerti* o *actio in factum a praetore data*) e come andava quindi poi concepita la *formula* (*in ius* o *in factum*), è anche quale rapporto sostanziale possa individuarsi come conseguenza del *do ut des*, appunto un'*obligatio civilis* e non un'*obligatio* indotta di riflesso dal riconoscimento dell'*actio in factum a praetore data* come poi affermerà Giuliano.

### C. *Credere* come *appellatio generalis* in Celso.

D. 12.1.1.pr.-1 (Ulp. 26 *ad ed.*): [pr.] *E re est, priusquam ad verborum interpretationem perveniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre. [1] Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor eligit.*

Si tratta di una testimonianza famosissima, ancora al centro del dibattito della romanistica sul significato del rapporto tra rubrica edittale *de rebus creditis* e l'interpretazione, da parte di Celso, della *generalis appellatio* del verbo *credere*.

In questa sede, preme rilevare come la struttura edittale (da rileggere all'interno di una complessità storica significativa caratterizzata dalla previsione edittale di ulteriori *actiones in personam* che si succedono al modello primigenio dell'*actio certae creditae pecuniae*)<sup>38</sup> sia al centro dell'attenzione di Ulpiano, che sente la necessità di spiegare l'ampiezza delle *actiones civiles* e *praetoriae in personam* e delle figure 'contrattuali' da esse tutelate incluse in questo editto, pur riassunte in una unificante e significativa qualificazione edittale *de rebus creditis*. Ciò, secondo Ulpiano (e di qui la funzionalità del richiamo della *generalis appellatio* di *credere* secondo quanto affermava Celso), non sarebbe in distonia con la qualifica generale, in quanto l'inclusione nel *de rebus creditis*, oltre che del *certum petetur*, anche dell'*actio quo eo certo loco dari oportet*, dell'*actio de pecunia constituta*, del comodato e del pegno, sarebbe coerente proprio col significato ampio da riconoscere al *credere*, oltre che a *res*.

Come ho detto, al di là del significato che si voglia riconoscere all'*alienam fidem sequi*, quale funzionale o meno a rendere ragione – nella prospettiva ulpiana sull'editto oramai fissatosi nell'ordine giuliano – del risultato storico dell'accostamento sopra richiamato, in

<sup>37</sup> Intendono l'*actio in factum* di Giuliano in D. 2.14.7.2 come un'azione (decretale) con formula *in factum* puntualmente M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., 101; F. GALLO, '*Synallagma*' e '*conventio*' cit., 180 ss.

<sup>38</sup> Per tutti si veda, anche per l'ampia disamina della dottrina precedente, A. SACCOCCIO, '*Si certum petetur*'. *Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'conditiones' giustinianee*, Milano 2002, 123-135; 417-431; 519-520 e M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'*, Torino 2008, con posizioni anche distanti.