

## Le *obligationes ex lege*\*

1. - Il libro più lungo del Codice civile vigente è il IV (sui sei): «Delle obbligazioni». È preceduto dal libro «Della proprietà», che regola i possibili conflitti suscitati dalla circolazione e dall'uso dei beni; precede a sua volta il libro «Del lavoro», che in realtà contiene la disciplina delle attività economiche ed è costruito quindi attorno alla impresa. È evidente dunque che il fenomeno delle obbligazioni fu considerato di preminente importanza per la società e l'economia dell'epoca dal nostro codificatore del 1942 – tale è la data, 21 aprile 1942, dell'entrata in vigore del nuovo Codice civile – il quale sostituì il primo codice civile dell'Italia unita risalente al 1865 (il così detto 'Codice Pisanelli') e le altre normative attinenti al diritto privato, 'dei privati', via via emanate, comprensive di quelle del codice del commercio.

Il libro si apre con l'art. 1173 rubricato «Fonti delle obbligazioni», che è l'oggetto della presente esposizione. Un articolo fondamentale, a cui però i manuali dedicano una paginetta. Ed anche le esegesi di trattati e commentari non si soffermano a cogliere il significato profondo e pregnante, la latitudine dell'inciso finale nascosto dalla 'vaghezza' (come la definì Pietro Rescigno) della formulazione. Inciso finale che leggeremo fra breve nel suo contesto.

Il termine 'fonte', allusivo al fenomeno naturale della sorgente da cui sgorga l'acqua, come si sa, indica le 'cause' da cui scaturisce ogni obbligazione, cioè ogni rapporto personale a contenuto economico tra i protagonisti della vita presa in considerazione e regolata dall'ordinamento giuridico ossia tra 'soggetti' giuridici.

Infatti la obbligazione (derivante dalla espressiva forma verbale latina *obligatio*), secondo una definizione antica contenuta nelle *Institutiones Iustiniani Augusti*, è un «*iuris vinculum, quo necessitate adstringimur, alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*»: l'obbligazione è il legame giuridico (immateriale) tra due soggetti, debitore e creditore, in virtù del quale il debitore è indefettibilmente tenuto a 'dare', 'fare' o 'non fare' qualcosa a favore del creditore.

L'ultima parte – ... in conformità al diritto dello stato (*civitas*) – è la più intrigante ma ne ricostruiremo il significato più in là.

\* Di seguito il testo della *lectio magistralis* da me letta il 5 ottobre 2015 in Lecce presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento. Essendo diretta anche a discendenti dei primi anni di corso aveva, e conserva qui, una articolazione semplificata ed il tono colloquiale.

V'è da sottolineare subito, invece, che le *Institutiones* di Giustiniano erano un manuale destinato alla *cupida legum iuventus*, a cui però il despota di Costantinopoli della metà del VI secolo d.C. conferì valore di *lex*. Pertanto anche il contenuto della definizione, tutto, costituiva un precetto giuridico.

Si ritiene che la definizione fosse stata tratta da qualche scritto del giurista *Florentinus* di molti secoli prima o da qualche altro dei *veteres iurisperiti* ed opportunamente acconciata.

È tanto famosa e tanto spesso riproposta nei secoli quanto imprecisa.

Anzi, a ben riflettere una definizione propriamente non è perché si esaurisce in una descrizione fenomenica comportamentistica, non identifica la natura di ipostasi giuridica della obbligazione.

Ve n'erano altre anch'esse però descrittive, come quella che individuava la differenza tra il diritto di credito dal diritto costituito da signoria su una cosa. V'era, a mio avviso, benché stranamente mai evidenziata dai giusromanisti, una definizione, essa sì tecnica, di un giurista cruciale per i nostri studi e in particolare per il nostro argomento: *Gaius* operante nell'età degli Antonini nella temperie culturale e istituzionale instaurata dal principe Adriano. Casavola ebbe a dire che costituisce «un crocevia inevitabile (e inabolibile) di ogni ricerca romanistica». Gaio identificava l'*obligatio* come una '*res incorporalis*', un bene, un '*ius*' (in accezione subiettiva) che non si può toccare con mano ('*tangi non potest*') ma ci si può soltanto rappresentare col pensiero.

2. - Torniamo all'ultima parte del documento in esame. «*Secundum nostrae civitatis iura*» sembra enunciare una cosa ovvia: che l'obbligazione, essendo per l'appunto una costruzione giuridica che vuol rappresentare rapporti intersoggettivi (relativi) della vita rilevanti per il diritto positivo dato, da tale prospettiva all'ordinamento giuridico deve essere sempre ricondotta direttamente o mediamente.

Senonché la formula – riecheggiata dalla parte finale del nostro art. 1173 che leggeremo fra un momento – a mio giudizio nel contesto giustiniano stabiliva il principio che il legislatore, sulla base di sue valutazioni sociali economiche etiche, può fare derivare una obbligazione da atti/status/circostanze fattuali anche a prescindere dalla volontà di chi diviene debitore e finanche dalla consapevolezza di chi diviene creditore.

È per l'appunto questo il fenomeno a cui fa riferimento il titolo di questa conversazione che prende a prestito una espressione usuale nei testi giuridici moderni più ancora che in quelli antichi: «*Obligatio ex lege*».

L'argomento è del tutto trascurato nella letteratura giusromanistica anche recente, benché non fossero mancati accenni in vecchi manuali, quali ad esempio il *Programma del Corso di Istituzioni di diritto romano* del Milone in seconda

edizione 1905, o la sintesi di Aru e Orestano del 1947. Un autore, Ugo Brasiello, nel 1968 tagliò di netto: una nozione precisa di *obligatio ex lege* «manca in diritto romano, anche giustiniano», pur se «alcuni passi ne fanno cenno».

In buona sostanza il tema non ha avuto ancora una adeguata elaborazione neppure nella nutrita letteratura di diritto privato. Eppure la problematica non è di poco momento.

Nel nostro ordinamento sono presenti obbligazioni *ex lege* a carattere 'restitutorio', come quella secondo cui chi per caso consegue un arricchimento o un vantaggio ingiustificato è obbligato a reintegrare il patrimonio di quello che correlativamente ha subito una diminuzione; a carattere 'indennitario', come quella che scaturisce dalla spontanea altruistica utile gestione di affari altrui, che impone di riconoscere le spese effettuate dal gestore; etc. Tante altre obbligazioni *ex lege* ancora, sulla base di *rationes* diverse, nascono dalla «diretta volontà della legge». Talune sono state individuate, e costituiscono 'diritto vivente', dal così detto 'diritto dei giudici' con riferimento ai principi giuridici generali e ai principi costituzionali (ed internazionali) di solidarietà e di salvaguardia della dignità umana. Per esemplificare, ricordo qui la fattispecie dell'obbligo legale di contrarre imposto alle imprese che operano in regime di monopolio: monopolio 'legale' esplicitamente indicato dall'art. 2597 codice civile, ma pure monopolio 'di fatto' secondo taluni interpreti e tribunali. Una fattispecie desueta, mi si potrebbe obiettare, date le sopravvenute disposizioni comunitarie e nazionali che contrastano i monopoli.

Ebbene ne propongo un'altra, futuribile questa volta. Ma che ben potrebbe divenire d'attualità. La seguente. Nel presente momento storico si sta verificando la drammatica migrazione incontrollata di masse di cittadini dai loro paesi africani e mediorientali. Alcuni hanno diritto d'asilo, al quale deve provvedere anche materialmente lo stato. Molti fuggono soltanto (soltanto si fa per dire) dalle condizioni delle loro zone, dalla povertà di risorse alimentari innanzi tutte che rendono inumana la loro vita. Ebbene la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, ma anche la Convenzione europea sulla tutela di tali diritti, impone agli stati di garantire a tutti coloro che si trovano nei territori su cui esercitano la sovranità o un potere analogo il *minimum* vitale (alimentazione, vestiario, abitazione, cure mediche). Si tratta del riconoscimento di diritti, che amo qualificare 'congeniti', che l'uomo acquista dalla nascita in quanto persona a prescindere da ogni sua condizione di cittadino. La inadeguatezza dei campi di prima accoglienza a soddisfarli nel tempo, le ristrettezze del bilancio statale, nonché la 'fraternità' fra gli uomini (che per vero professiamo più a parole che nei fatti) ben potrebbero indurre il nostro legislatore ordinario ad estendere *ex artt. 2, 10 e 23 della Costituzione, mutatis mutandis* ma sulla base della medesima *ratio* della solidarietà (benché sociale, invece che familiare), il meccanismo

previsto per le fattispecie di un congiunto indigente. Vale a dire che una legge potrebbe mettere a carico dei cittadini dotati di un determinato reddito elevato e magari di alloggi esuberanti per il nucleo familiare oppure di seconde case, l'obbligazione, a loro scelta, o di accogliere il migrante che gli viene indicato da una autorità amministrativa come non in grado di provvedere al sostentamento suo e della sua famiglia, o di corrispondergli un assegno in danaro periodico anticipato. Il migrante diverrebbe titolare di un diritto soggettivo pieno di credito verso il cittadino onerato; questi diverrebbe debitore nei confronti del migrante. E l'adempimento della prestazione gli potrebbe essere chiesta anche dinanzi al tribunale.

3. - Perché parlare al riguardo ancora del 'diritto romano'? Un diritto 'morto' di cui specialmente la parte concernente le obbligazioni – non lo dico io ma sin dai primi del Novecento uno studioso esimio dell'esperienza romana quale Silvio Perozzi – il *ius obligationum* è ormai una 'salma' che «par viva» perché «imbalsamata di fresco» (sic!) di cui malamente recitiamo «una specie di *laudatio funebris*» mentre dovremmo invece considerare la «condizione odierna di cose».

La ragione sta in ciò, che i primi codici moderni europei continentali dell'Ottocento (a cui si sono ispirati quelli del XX secolo) – primo fra tutti il Code Civil o Code Napoléon del 1804, tuttora vigente in Francia ovviamente con non poche modifiche, poi il BGB d'epoca bismarckiana entrato in vigore il 1° gennaio 1900, anch'esso ancora in uso in Germania e più volte profondamente ritoccato – attinsero *per saltum* al *ius Romanum* come rappresentato dal *Corpus iuris civilis* di Giustiniano. Ciò avvenne per la povertà, in tema, di apporti degli ordinamenti di quella che qualificiamo *Media Aetas*, a causa di motivi contingenti consistenti (sottolineava il Gualazzini) nello spezzettamento della proprietà fondiaria con la trasformazione in diritti reali di molti antichi rapporti obbligatori, non accompagnata da una organica riflessione teorica della complessiva e complessa materia. Furono poi determinanti svariati motivi storici a cui qui possiamo soltanto accennare: il Codice francese, sull'abbrivio della Rivoluzione, doveva sostituire l'«Ancien régime», ed il garbuglio di ordinamenti che lo puntellavano, con un diritto rinomato e perciò non contestabile che garantisse l'«égalité» di tutti i cittadini; il Codice tedesco poneva termine alla paralizzante polemica circa la opportunità di confezionare un codice oppure di affidarsi ad un ordinamento malleabile che si sviluppasse dai 'bisogni di diritto' di ciascun popolo, polemica che aveva indotto ad applicare nei territori tedeschi ancora i *Digesta seu Pandectae*: la compilazione che nell'ambito del *Corpus iuris* conteneva la trama e la regolamentazione soprattutto del diritto privato, tutt'allora fruibile nell'economia preindustriale e nella società borghese; com-

pilazione sulla quale s'era formata la classe dei dottori (che infatti chiamiamo 'Pandettisti'), degli avvocati e dei magistrati, e che era stata usata nelle corti giudiziarie da oltre un secolo.

In Italia? Il Codice civile dell'Italia unita, del 1865, fu modellato su quello napoleonico per motivi pratici (perché bisognava far presto ad unificare anche il diritto privato, e perché quello francese era stato vigente in molti degli stati preunitari); il Codice 'fascista' (che per vero tale non è) del 1942 per la sezione delle obbligazioni nelle prime redazioni s'era ispirato anch'esso al modello francese, poi fors'anche per i legami politici intessuti con il Reich, si ispirò al BGB.

Il Codice francese fu il primo, che io sappia, a statuire con l'art. 1370: «Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers le quel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Etc.».

Il Codice italiano all'art. 1097 stabiliva: «Le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi contratto, da delitto o quasi delitto». Similmente altri codici successivi fra i quali quello polacco delle obbligazioni del 1933 era il più chiaro: «Le obbligazioni derivano da una dichiarazione di volontà, da fatti o da altri avvenimenti dai quali la legge fa derivare obbligazioni» (art. 1).

Leggiamo, ordunque, il vigente art. 1173. Non contiene una definizione di obbligazione, ma stabilisce che: «Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico». Quest'ultima parte – ripeto – riecheggia a mio avviso le locuzioni finali della c.d. *definitio* delle Istituzioni di Giustiniano. E, come in queste, non è una 'tautologia' (come ritenne il Carcatera) ma si presta – e così è stata interpretata sin dai primi esegeti e commentatori (ad esempio D'Amelio & Finzi) ed è interpretata dalle nostre corti – ad una duplice lettura: (A) tutte le obbligazioni create dai privati devono essere coerenti col sistema giuridico non avendo l'autonomia dei privati forza propria a rendere cogente un rapporto economico-sociale; (B) quindi, la legge può pure creare rapporti obbligatori fra privati a prescindere dalla loro volontà. Anche se non si tratta di illeciti.

Infatti, è ormai nella comune coscienza socio-politica dell'Occidente che la qualifica di illiceità è attribuita ai comportamenti dell'uomo dal diritto positivo il quale dispone pure che chi ha commesso l'illecito incappa in un vincolo che lo astringe a chi l'illecito l'ha subito, vincolo che obbliga il primo a ristorare, nei modi di legge, quest'ultimo dei nocuenti procuratigli. Il che vale soprattutto per la repressione penale dopo l'opera cardine di Cesare Beccaria «Dei delitti e delle pene», salvo che si partecipi alla ideologia di tanto in tanto riaffaccia-

tasi in taluni contesti socio-politici secondo cui 'il cittadino giusto' se 'devia dall'equilibrio di vita' va perseguito prescindendo dalla esistenza di una chiara norma che gli interdica quel certo comportamento. Ma vale anche per gli illeciti amministrativi e per i torti tra privati.

4. - Generalmente si dice che la enunciazione delle fonti delle obbligazioni del Codice Napoleone e quelle dei codici successivi hanno attinto al diritto romano ma aggiungendovi la legge come fonte autonoma.

Il che è vero e non è vero.

Gli è che il *ius privatorum Romanorum* – anche se talvolta viene esposto com'era nello spaccato temporale che più interessa allo storico, o, peggio, è presentato come monolitico in grado di sopravvivere alle società materiali da cui era stato espresso – si sviluppò in un millennio almeno recependo i molteplici bisogni di diritto derivanti dalle cangianti realtà demografiche, sociali, economiche, ideologiche, politiche dei tempi che attraversava, e riflettendo lo stadio della *scientia iuris* e dei diversi regimi di gestione del potere statale.

Per quel che qui ci riguarda, altro è lo stadio d'elaborazione delle fonti delle obbligazioni nel periodo della *respublica* c.d. nazionale, secoli III-I a. C. che si protrasse nel primo *principatus*, secoli I-inizio III d. C.; altro è quello dell'*imperium* tardoantico da Costantino in poi, IV-V secolo; un'altra nuova storia ancora è quella del *dominatus* bizantino autocratico e totalizzante impersonato da Giustiniano I, con il quale convenzionalmente riteniamo concluso il ciclo dell'esperienza giuridica romana.

Per rendercene conto, basti leggere di seguito le tre classificazioni trasmesse dalle 'fonti' (intese questa volta come documenti letterari tecnici da cui traiamo le notizie circa quel diritto antico).

La prima appartiene alle *Gai Institutiones* ovvero ad un manuale scolastico che ci è fortunatamente pervenuto quasi originale ed integro in un *Codex rescriptus*, un palinsesto la cui prima scritturazione che lo conteneva, risalente forse al V secolo, era stata abrasa e ricoperta dal testo di lettere di San Girolamo. A metà circa del terzo libro (o *commentarius* come l'autore lo qualificava) leggiamo: «*Omnis... obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*». Una dicotomia delle «*causae obligationum*».

Nel Digesto giustiniano, all'inizio del quarantanovesimo libro dedicato tutto «*De obligationibus et actionibus*», troviamo la seconda classificazione che nella *inscriptio* si dice tratta da Gaius *liber secundus aureorum*. Quest'opera, talvolta indicata col titolo *Res aureae* altre volte *Res cottidianae* altre volte ancora *Res aureae vel cottidianae*, secondo la critica moderna non fu opera del nominato Gaio, bensì di un parafraste tardoantico (IV secolo? V secolo?), anzi più probabilmente di editori diversi, uno occidentale e l'altro orientale,

che avrebbero compilato due opere destinate alla pratica oltre che alla scuola, sempre traendo il materiale da scritti di Gaio ma aggiornandolo. Vi si legge: «*Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quoque iure ex variis causarum figuris*». Agli atti leciti ed agli atti illeciti sono aggiunte «altre svariate tipologie di *causae* con proprio fondamento giuridico». Dunque una tricotomia delle fonti delle obbligazioni.

La terza classificazione è quella delle *Institutiones* giustinianee. Dopo talune precisazioni circa i regimi dell'*obligatio*, leggiamo: «*Sequens divisio in quatuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*». Apparentemente una quadripartizione. Dirò subito perché 'apparentemente'.

La prima classificazione, quella autentica gaiana ignora la legge come fonte di obbligazioni. O meglio: vuole ignorarla.

La seconda, quella pseudo-gaiana riportata nel Digesto prende atto che talune obbligazioni trovano fondamento in disposizioni giuridiche e le inserisce nel calderone delle varie figure. Infatti quasi tutte siffatte figure riguardano obbligazioni non assunte volontariamente dal privato bensì imposte dal *ius*.

La terza, quella propriamente giustiniana, ricorrendo all'eloquente avverbio *quasi* spacchetta la terza categoria dello pseudo-Gaio che comprendeva situazioni lecite strutturalmente non riconducibili al *contrahere* e fattispecie di attività illecite tradizionalmente non rientranti nel *delinquere*. Appare, come dicevo, una quadripartizione. Ma, a parer mio, dà luogo ad una quintuplici partizione giacché – lo dico qui in estrema sintesi – la classificazione è strettamente connessa alla definizione dell'obbligazione che la precede e con la quale va letta insieme. E questa, come si accennava, nella sua parte finale «*secundum ...civitatis iura*», che riecheggia ed amplifica la formula pseudo-gaiana circa le *obligationes* fondate «*proprio quodam iure*», sia pur ellitticamente, stabiliva che il diritto è fonte diretta oltre che quadro di riferimento delle obbligazioni. Il che vale quanto dire – ripeto – che quindi la legge ben può crearne nuove in capo a privati che non le hanno volute e magari neanche se le sono prospettate. Questa è del resto – mi ripeto ancora – la interpretazione corrente della formulazione dell'art. 1173 del nostro Codice civile vigente, che io ritengo (come dire?) suggerita proprio dalla fonte romana *de qua*.

Ecco perché non si può dire *sic et simpliciter* se l'aggiunta della legge alle fonti delle obbligazioni si discosti o non si discosti dalla concezione romana al riguardo. Di concezioni ve n'è più d'una.

Se i codificatori avessero adottato la concezione 'classica' del Gaio delle *Istitutiones*, sì, si sarebbero discostati dal diritto romano. Ma peraltro quell'opera, forse circolante nel Rinascimento, quando fu redatto il *Code civil* non era stata ancora riscoperta dal diplomatico e storico Niebuhr nella Biblioteca Capitolare di Verona. Cosa che avvenne nel 1816.

Se i codificatori hanno tenuto presente invece il *Corpus iuris* (Digesto e Istituzioni), no, non si sono discostati dal diritto romano, per loro limitato però a quello tardo e giustiniano.

5. - Insomma, per semplificare, nella lunga esperienza giuridica romana si formarono due concezioni, che si sovrapposero, a riguardo dell'assunzione di una *obligatio*: l'una che direi 'volontaristica', elaborata dalla giurisprudenza tardo-repubblicana ed espressa chiaramente dal 'nostro autentico Gaio'; l'altra – 'statalistica'? – presente nelle fonti tardoantiche e canonizzata da Giustiniano.

La concezione adottata da Gaio traspare chiaramente da un passo, tra altri, delle *Institutiones* in cui il Nostro inserì una digressione sulla *solutio indebiti* nel trattare delle *obligationes re contractae*. Leggiamolo in traduzione semi-letterale: «L'obbligazione viene contratta tramite la dazione di una cosa, ad esempio nel prestito di consumo o mutuo: consegniamo cose fungibili (danaro, grano, olio, vino) in modo che esse divengono di proprietà di chi le riceve, e ci vengano poi restituite non le medesime, ma altre della stessa natura. Anche colui il quale ha ricevuto una cosa che non gli era dovuta da chi gliel'ha data per errore (ritenendosi suo debitore) diviene obbligato da tale *datio rei*: egli, infatti potrà essere convenuto in giudizio come se avesse ricevuto un mutuo. Ma questa ipotesi di obbligazione non viene considerata come quelle assunte mediante un *contrahere*, accordi o impegni formali, giacché colui che dà con l'intenzione di adempiere (*solvendi animo dat*) vuole (*vult*) estinguere un rapporto, non contrarlo».

Insomma, l'adempiente proprio perché incappa in errore non ha la volontà di far sorgere una obbligazione a suo favore, ma ha la intenzione contraria, quella di estinguere una obbligazione.

Questo modo contorto di esporre è stato criticato, se non proprio irriso, per qualche secolo e tutt'oggi incuriosisce. Qui interessa però perché fa intendere che Gaio sapeva bene che la *indebiti solutio* ai suoi tempi dava vita all'obbligazione di restituzione in capo a colui che aveva ricevuto la prestazione. Ma non la inserì fra i *contractus* ossia gli atti negoziali, perché l'obbligazione di restituire era stata stabilita da principi giuridici, che egli non prendeva in considerazione come possibile fonte di obbligazioni fra privati, dovendo essere queste rapportate alla 'volontà', alla 'intenzione', alla 'consapevolezza' dei soggetti.

Questo è soltanto un esempio della mentalità di cui Gaio era partecipe. Se ne potrebbero addurre tanti altri.

Una controprova che non mi risulta praticata sta in ciò, che il Nostro nelle Istituzioni, trattando delle obbligazioni, non incluse i rapporti fattuali da cui i pretori facevano pur scaturire *actiones in personam (in factum conceptae)* a favore di un soggetto ritenuto equitativamente meritevole di tutela nei confronti del soggetto passivo, per indicare le quali si usavano perifrasi come «*actio*

*teneri*» e simili. Così è per i rapporti da *commodatum*, da *depositum*, da *pignus datum*. Del resto, quando a tali relazioni si riconobbe la natura di *vinculum iuris* dal regime in nulla diverso dagli altri, le si denominò anch'esse, sì, *obligationes*, ma significativamente aggettivandole *obligationes praetoriae* più tardi *obligationes honorariae* per distinguerle dalle altre. Varie le ipotesi di spiegazioni tentate a riguardo della pretermissione del comodato etc. A me pare che la 'lacuna' sia riconducibile alla circostanza che Gaio, il quale certo non ignorava le escogitazioni pretorie, le escludeva dal novero delle *obligationes* perché alla loro base non si riscontrava la volontà/intenzione/consapevolezza di assumere un obbligo giuridico ma questo era stato creato da una fonte autoritativa assimilata alla *lex*. Egli infatti nell'individuare da che «constant» i «iura populi Romani» vi include i *praecepta eorum qui ius edicendi habent* ossia gli *edicta magistratum*. Insomma, ai tempi di Gaio il precipitato delle soluzioni innovative dei pretori adottate di volta in volta per casi singoli, specie a seguito della sistemazione dell'editto pretorio da parte di Salvio Giuliano su commissione di Adriano, aveva assunto il ruolo di insieme di normative generali cogenti. Pomponio, contemporaneo di Gaio, disinibitamente disse che «*edicta praetorum ius honorarium constituerunt*». Forse troppo disinibitamente tant'è che Papiniano sentì poi il bisogno di ridefinire il *ius honorarium (praetorium)* e precisare che esso aveva funzioni soltanto di agevolare l'applicazione del *ius civile*, e funzioni suppletive e correttive dettate sempre da una «*publica utilitas*».

Gaio non trascurò affatto il diritto onorario, anzi valorizzava l'istituto successorio della *bonorum possessio*, il *duplex dominium* che i pretori avevano creato con il loro lavoro. Soltanto a riguardo delle obbligazioni (diciamo così) lo ignora. Una 'prova del nove' che ciò accadeva perché egli aveva una concezione volontaristica a riguardo dell'assunzione di ogni *obligatio*.

6. - La concezione fatta propria da Gaio non era frutto di speculazione cerebrina. Essa scaturiva da una duplice diffusa e persistente mentalità nell'opinione pubblica di cui i *iurisperiti* erano interpreti: *post reges exactos* nel Dna dei *cives Romani* s'era inculcato che il primo e supremo valore della convivenza civile era la *libertas* in tutte le manifestazioni della vita. Alla *libertas* nel 238 a. C. il console dell'anno, Tiberio Sempronio Gracco, dedicò un tempio sull'Aventino, che fu significativamente restaurato da Augusto quando divenne il tacitano «uno solo al governo» ma voleva far apparire che il nuovo regime non comprimeva le libertà della *respublica*. E l'obbligazione limita la libertà del soggetto. Tant'è che negli ordinamenti moderni non può durare indeterminatamente, e se il termine per l'adempimento non è stabilito né è altrimenti individuabile oppure è rimesso alla volontà del creditore, può essere fissato dal giudice su istanza del debitore che «intende liberarsi» – detta il nostro legislatore –.

D'altra parte, la *necessitas* che costringeva il *reus debendi* a soddisfare il *creditor*, secondo una bella immagine dell'Arangio-Ruiz, era «un peso che gravava sopra di lui, diversificandolo penosamente entro la folla dei consociati». Nella psicologia collettiva, a livello subliminale, giocava infatti il ricordo dell'uso antico della sottoposizione del debitore al potere del creditore, in età arcaica mediante la preventiva *nexi datio*, più tardi con l'*addictio* pretoriale al creditore dell'adiempiente che confermava la *manus iniectio* operata dal primo. E sappiamo quali terribili poteri poteva esercitare questi sullo sciagurato *addictus*. Ancora quando l'esecuzione non si rivolgeva più alla 'persona' del *reus debendi* ma ai 'beni' con la vendita all'incanto in blocco del suo patrimonio (la *bonorum venditio*) le conseguenze erano altrettanto nefaste tant'è che Cicerone ebbe a dire che il debitore *venditus* decotto 'fallito' esecutato diveniva «fuori dal novero dei vivi, esiliato anche fra i morti».

Insomma, il considerare l'obbligazione come una relazione essenzialmente economica non rientrava nella classica mentalità romana. Solo presso di noi e dopo che è stata abolita la carcerazione per debiti, qualcuno è giunto a configurare l'obbligazione quasi come un legame tra patrimoni.

Al credito il buon *paterfamilias* ricorreva in casi di stretto bisogno. Se non era mercante, raramente acquistava con pagamento differito, o incaricava un estraneo di compiere qualche operazione in sua vece, o ingaggiava un lavorante, e così via esemplificando. Significava far noto che non era dotato di autosufficienza patrimoniale, di non avere una *familia* potenzialmente autarchica. Insomma di aver bisogno della collaborazione altrui.

Da qui la idiosincrasia verso vincoli così stringenti e pericolosi quali erano le *obligationes* non assunte volontariamente ma imposte da un diritto padre-padrone. Una idiosincrasia appena mitigata da una serie di provvedimenti che taluni rapportano ad un principio di *favor debitoris*, che per vero a me è sempre apparso un' 'Araba Fenice'...

Il *ius*, secondo siffatto costume sociale, poteva soltanto condizionare l'autonomia dei privati nell'assunzione delle obbligazioni, ed ovviamente regolare in via sussidiaria lo svolgimento dei rapporti posti in essere.

E il condizionamento avveniva quando il *quivis de populo* voleva intrattenere un rapporto giuridico non già sperimentato con un altro soggetto e si rivolgeva ad un *iurisconsultus* affinché gli indicasse il negozio da cui farlo scaturire. L'esperto in primo luogo verificava se la obbligazione divisata non fosse dirompente del 'sistema giuridico' che essi *iurisperiti* avevano costruito nelle loro elaborazioni. Poi lo valutava alla stregua della meritevolezza socio-economica di cui i giuristi si rendevano rilevatori ed interpreti, ossia che non fosse futile o capriccioso tale da non meritare tutela giuridica ma rispondesse invece ad un bisogno di diritto apprezzabile.

Abbiamo un caso esemplare di siffatto modo, benché il negozio non desse luogo ad una *obligatio* propriamente detta, e al caso fosse interessato niente meno che Augusto. È raccontato nelle *Institutiones* giustiniane. Lentulo, amico del principe, si trovava in Africa. Nella previdente preoccupazione di non poter redigere un nuovo *testamentum* che avrebbe richiesto complesse formalità esteriori e di espressioni, aveva disposto nel testamento che le eventuali ulteriori ultime volontà espresse informalmente fossero considerate come inserite in esso. Effettivamente aveva poi espresso altre volontà alla buona nero su bianco (si fa per dire) su un materiale scrittorio a portata di mano. Augusto nominò una commissione di *prudentes* tra cui Trebazio Testa che godeva di *auctoritas maxima*, chiedendo «*an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione ... esset*», ossia se l'«*usus codicillorum*» con disposizioni date «*per fideicommissum*» fosse ammissibile e non fosse discordante rispetto al sistema giuridico. Trebazio, a quel che riferiscono le *Institutiones* di Giustiniano, dribblò il problema tecnico ma convinse il principe dicendo che era «*utilissimum et necessarium*». Quel che Augusto voleva sentirsi rispondere. Tuttavia implicitamente dovette ritenere che il ricorso ai codicilli non fosse 'dissonante' rispetto al diritto successorio.

7. - Tornando alla nostra *obligatio ex lege*, la concezione al riguardo cambiò a 180 gradi quando Giustiniano esplicitamente attribuì alla «*Imperatoria maiestas*» oltre al sommo potere sulle cose militari, «*arma*», anche quello riguardante il diritto, «*iura*», quale «*iuris conditor*» (legislatore unico) e «*iuris interpres*» (monopolista dell'interpretazione) insomma come 'legge vivente' nel senso più pieno ed effettivo dell'espressione che ricorreva nella pubblicistica già dal IV secolo.

Si ritiene che il processo che portò a questo sbocco ebbe inizio con Severo Alessandro la cui ultima *epistula* del 235 d. C. riunì nell'ufficio del già potente prefetto del pretorio, vice-principe, il *ius edicendi* ed il *ius rescribendi*, spostando così l'asse dell'elaborazione dell'ordinamento giuridico dalla libera *iuris scientia* alla corte del principe. L'esperienza diocleziana ne è una conferma. Ammiano Marcellino, l'ultimo grande storico romano, poco dopo denunciò che la *iuris scientia* era stata distrutta dalla *legum discidia*.

Le esigenze che nei secoli contribuirono allo sviluppo di tale processo furono di vario ordine e si incrociarono fra di loro. La macchina di governo divenuta complessa e diffusa sul territorio e l'orbe dei cittadini romani divenuto enorme esigevano un diritto uniforme. La burocrazia, per il fenomeno del 'protectionism' che sempre la caratterizza, reclamava che le disposizioni giuridiche fossero enunciate dall'alta autorità in modo chiaro inequivocabile. Nei tribunali si usavano a mo' di testi normativi le opere dei giuristi soprattutto severiani che nel corso della loro trasmissione le officine librarie avevano privato delle

articolate *rationes* dell'autore, epitomate fino a farle apparire un insieme di precetti giuridici ufficiali. Tutto ciò indusse la corte di Costantino a dare una sorta di *imprimatur* alle opere ritenute corrispondenti a quelle autentiche. La corte occidentale di Valentiniano emanò la così detta 'legge delle citazioni', con cui s'indicavano gli autori antichi che potevano essere citati nei tribunali. La corte orientale di Teodosio II preventivò un codice di provvedimenti imperiali con corredo di stralci da selezionati *tractatus prudentium* a mo' ancillare.

Le vicende delle reti mercantili, dell'economia in generale non erano uniformi nella parte occidentale ed in quella orientale dell'impero, all'interno delle quali alcune zone s'erano impoverite dando luogo anche a mutamenti delle stratificazioni sociali e al fenomeno dell'inurbamento della folla di emarginati, e quindi della crescente *afflicta paupertas*. Il che esigeva comandi semplificati e diversi a seconda delle aree geo-economico-sociali, reclamati da parte delle comunità. Anche di qui l'ulteriore e progressiva degenerazione del cittadino in suddito, già provocata dal sistema istituzionale; e il sovrapporsi scoordinato di *leges imperiales* che fece auspicare interventi autoritativi i quali eliminassero la *iuris et legum confusio*.

Ecco come e perché si pervenne a concepire che il potere legiferativo centrale potesse comprimere l'autonomia dei privati ed imporre nuove *obligationes* a prescindere dalla volontà di chi ne veniva gravato.

Un esempio per tutti. Il rincorrersi di *novellae leges imperiales* – di Teodosio II, Maiorano, Libio Severo, Valentiniano III, Giustino, non ultimo Giustiniano – che imponevano che le famiglie dessero luogo a «*donationes ante* (o *propter*) *nuptias*» (secondo il lessico orientale) ovvero «*sponsaliciae largitates*» (in quello occidentale) stabilendone talvolta addirittura il contenuto economico.

8. - Per finire. La «*historia magistra vitae*» è un vano dire. Lo so. Tuttavia una riflessione la proporrei.

Mi ronza nella testa la circostanza che le codificazioni le quali hanno enunciato il principio che l'obbligazione fra privati può essere creata dalla legge si ambientano nel dispotismo orientale di Giustiniano, nell'età non certo democratica napoleonica, nella cultura statualistica hegeliana dell'epoca di Bismarck, nel regime mussoliniano. Mah.

Vincenzo Giuffrè  
Emerito Università 'Federico II' Napoli