

RAIMONDO SANTORO

Perpetuari obligationem

Estratto
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LVII
(2014)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE
Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzearella	Palermo
Enrico Mazzearese Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaupa@unipa.it

INDICE DEL VOLUME

G. FALCONE, 'Facilitas'. Alcune fonti per Bernardo Albanese	9
---	---

ARTICOLI

G. ARICÒ ANSELMO, Numa Pompilio e la propaganda augustea	27
A. CHERCHI, Considerazioni in tema di società minerarie nel diritto romano del Principato. Note a margine di Vip. II.6-8	63
M. DE SIMONE, 'Proletarius iam civis'. A proposito di un'interpretazione di Bernardo Albanese di XII Tab. 1.4	101
G. PURPURA, Il χειρέμβολον e il caso di Saufeio: responsabilità e documentazione nel trasporto marittimo romano	127
C. RUSSO RUGGERI, Ancora qualche riflessione sulla politica legislativa di Giustiniano in riguardo ai <i>iura</i> al tempo del <i>Novus Codex</i>	153
R. SANTORO, <i>Perpetuari obligationem</i>	177
S. SCIORTINO, <i>Res acta</i> e potere magistratuale di interrompere una <i>legis actio</i> irregolare	209
F. SITZIA, Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustiniano e bizantino	239
M. VARVARO, <i>Condictio</i> e <i>causa actionis</i>	265

NOTE

D. DI OTTAVIO, <i>Octo genera poenarum</i> (a margine di August., <i>civ. Dei</i> 21.11 e Isid., <i>etym.</i> 5.27.1 ss.)	321
G. FALCONE, The 'mysterious' beauty of Laws	339
U. MANTHE, Gaio, il Veronese e gli editori	353

VARIE

Il Premio Ursicino Álvarez a Matteo Marrone	385
M. VARVARO, La revisione del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio e le schede di Bluhme	387

RAIMONDO SANTORO
(Università di Palermo)

Perpetuari obligationem

ABSTRACT

The text of the *constitutio veterum* (D. 45.1.91.3: '*Quotiens-obligationem*') concerning the '*perpetuari obligationem*' arouses a dogmatic problem, which can find its solution only in the history. The '*veteres*' referred the personal bond not to *obligatio*, but to *actio in personam* (see D. 13.1.20; D. 13.1.8 pr.: '*durare conditionem*'), in its material meaning.

In the development from *actio* to *obligatio*, result of the interpretation of the classical jurisprudence, can be explained the gradual birth of *purgatio morae* (D. 45.1.91.3: '*si vero moratus – et Iulianus sequitur*').

PAROLE CHIAVE

Perpetuari obligationem; mora; culpa; actio; obligatio.

PERPETUARI OBLIGATIONEM

1. In vari contributi,¹ che vengo integrando e inquadrando in una nuova storia dell'*obligatio*, ho sostenuto l'idea che tale nozione - di cui l'opinione comune, pur nella varietà delle sue configurazioni, fa risalire l'origine almeno all'età decemvirale - non sia nata prima della fine dell'età repubblicana.

Questa idea appare smentita da D. 45.1.91.3 (Paul. 17 *ad Plaut.*) che, nella stesura attuale, sembra provare che già i *veteres* conoscessero l'*obligatio*, in quanto se ne occupavano nella trattazione del *perpetuari obligationem*.²

¹ 'Omnia iudicia absolutoria esse', in *Atti del Convegno su Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*. Siena 13-15 dicembre 2001 (= R. SANTORO, *Scritti minori* II, Torino 2009, 631 ss.); *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in IAH 1, 2009, 61 ss. (= R. SANTORO, *Scritti minori* II, cit., 61 ss.); *Per la storia dell'obligatio. III. Actio. Iudicium*: D. 44.7.51 (Cels. 3 *dig.*) - I. 4.6. pr. (da inserire nell'opera di cui do notizia nel testo; i risultati sono stati intanto resi noti nelle lezioni per il dottorato di ricerca in Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Milano Bicocca (11 aprile 2011) e per il dottorato di ricerca in Discipline romanistiche dell'Università degli Studi di Palermo (1 dicembre 2011); *Su D. 46.3.80* (Pomp. 4 *ad Quintum Mucium*), in AUPA 55, 2012, 555 ss.

² Sul tema v. M. KASER, 'Perpetuari obligationem', in SDHI 46, 1980, 87 ss. e i numerosi studiosi cit. ivi (p. 87 s., nt. 2); adde K. F. F. KNIEP, *Die mora des Schuldners*, I, Rostock 1871, 30 s.; G. HARTMANN, *Die Obligation*, Erlangen 1875, 222; A. HÄGERSTRÖM, *Der röm. Obligationsbegriff* II, Uppsala-Leipzig 1941, 246 ss.; G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano* 1919 - 1920, Torino s.d., 397 s.; 431 ss.; G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, 224 ss.; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino 1966, 41; S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problemi della 'culpa'*, Torino 1969, 128 s.; F. PASTORI, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano 1971, 173 ss.; U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der conditio nach röm. und geltendem Recht*, Berlin 1952, 81; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955, 21 s.; Id., *Istituzioni di diritto romano*, II 1, Padova 1962, 7 e nt. 21; M. KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *St. Biondi*, I, 1965, 123; MAC CORMACK, *Factum debitoris and culpa debitoris*, in TR 41, 1973, 59 ss.; F. M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, Bari 1983, 479; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I, München 1988, 586 (con lett.: 586, nt. 71); C. A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in SDHI 57, 1991, 361 ss.; 'Perpetuatio obligationis', in SCDR 4, 1992, 49 ss.; *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura* 44, 1993, 10 ss.; *La responsabilità contrattuale*, in *Derecho romano de obligaciones. Hom. Murga Gener*, 1994, 146 ss.; *Rc. di I. REICHARD, Die Frage des Drittschadenersatzes im klassischen römischen Recht*, in *Labeo* 41, 1995, 409 ss.; *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania 1996, 114 ss.; *Quod veteres constituerunt. Sul significato originario della 'perpetuatio obligationis'*, in *Iurisprudentia universalis, Festschr. Mayer Maly*, Köln-Weimar-Wien 2002, 85 ss.; *Considerazioni sull'ambiente della giurisprudenza romana*, in *Cunabula iuris. St. Brogгинi*, Milano 2002, 72 s.; I. REICHARD, *Die Frage Drittschadenersatz im klass. röm. Recht*, Köln 1994, 175 ss.; H. ANKUM, *La responsabilità contrat-*

Tuttavia, la concezione più diffusa, che rappresenta il rapporto obbligatorio, per l'età classica, come vincolo per l'adempimento della prestazione, si trova di fronte alla difficoltà di dovere spiegare come si parli di *perpetuari obligationem* riguardo ad un fenomeno che si risolve nella mera responsabilità del debitore.

Tale difficoltà è evitata dalla concezione meno diffusa, secondo la quale l'*obligatio* consisterebbe, appunto, del solo momento della responsabilità, ma al troppo grave prezzo di dovere negare la rilevanza giuridica, nel rapporto obbligatorio, del momento del debito.³

Il torto della dottrina è di essersi attestata su concezioni dogmatiche che riguardano la nozione di *obligatio*. La situazione di stallo in cui essa si è venuta a trovare nel trattare del *perpetuari obligationem* può essere però superata se, come sempre occorre in casi siffatti, si tenti di risolvere il problema dogmatico in chiave storica. Il discorso va, infatti, condotto sull'asse della diacronia, ponendo in discussione non la configurazione dell'obbligazione, ma la stessa esistenza, almeno per certi periodi storici, di tale nozione.

In definitiva, è proprio l'idea della relatività storica della nozione di *obligatio* e della sua nascita solo in età classica che vale a spiegare come il fenomeno per cui il vincolo personale si risolve, nel *perpetuari obligationem*, in mera responsabilità sia riferito nell'età classica, con la conseguente difficoltà, alla *obligatio*. Altro è il riferimento, come vedremo, al tempo dei *veteres*.

2. La testimonianza fondamentale sul *perpetuari obligationem* è costituita da

D. 45.1.91.3 (Paul. 17 *ad Plaut.*) *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem...*⁴

Il frammento contiene il principio della cosiddetta *perpetuatio obligationis*,⁵ che i *veteres*

tuale nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano, in *Diritto romano e III Millennio*, Atti Copanello, 2000, pubbl. 2004, 138 ss.; J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris im klassischen römischen Recht*, Berlin 2005, su cui C. A. CANNATA, in *Iura* 55 (2008 – 2009) 281 ss.; A. MANTELLO, *La retorica di Celso figlio a proposito di una quaestio de bono et aequo*, in *St. per G. Nicosia* V, Milano 2007, 121 ss., ora in *Variae* I, 2012, 633 ss.; A. TORRENT, *Perpetuatio obligationis. ¿Ficción dogmática o procesal*, in *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi* IV, Napoli 2007, 2685 ss.; A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari 2001, 288 ss. (= *Compromissum* e *Cautio vadimonium sisti*: *Quale responsabilità?*, in *Diritto e giustizia nel processo*. *Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, Napoli 2002, 666 ss.); C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. *In ricordo di Mario Talamanca* I, Padova 2011, 268 ss.

³ Per un cenno sufficiente a rappresentare l'antitesi delle due posizioni dottrinarie nello specifico riferimento al problema del *'perpetuari obligationem'* v. *infra*, § 9 e nt. 60.

⁴ Mi sono limitato a riportare qui la parte del frammento relativa alla formulazione del principio che riguarda direttamente l'oggetto della presente ricerca, tralasciando il seguito (su cui mi soffermerò *infra*, § 17 s.), che tocca l'interpretazione delle due ipotesi fondamentali concernenti l'impossibilità sopravvenuta causata dal debitore e la mora, specialmente con riferimento alla relativa *purgatio*.

⁵ *'Perpetuatio obligationis'* è espressione coniata dalla dottrina. Nelle fonti si rinviene il verbo *'perpetuare'*, usato nel senso di *'durare'*, *'perdurare'*, *'prolungare'*, *'rimanere'*, espresso anche da *'durare'*, *'producere'*, *'manere'* (è appena il caso di richiamare il senso dell'aggettivo in *'edictum perpetuum'*), ma non un deverbativo *'perpetuatio'*: v., per tutti, C.A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 85. Perciò noi preferiamo parlare di *'perpetuari obligationem'*. Sugli impieghi di *'perpetuare'*-*'perpetuari'*, che ricorrono specialmente in Paolo,

avrebbero formulato, parlando qui sinteticamente di *culpa debitoris*, per il caso in cui la prestazione fosse divenuta impossibile e l'impossibilità fosse imputabile al debitore e per il caso in cui dovesse essere posta a suo rischio in quanto verificatasi dopo la sua costituzione in mora.⁶

Il primo problema da affrontare concerne la risalenza del principio. L'attribuzione ai *veteres* della sua paternità non è di per sé significativa, non avendo l'espressione '*veteres*' valore assoluto, ma relativo alla anteriorità, per quanto notevole, dei giuristi citati con questa denominazione rispetto a chi li cita.⁷ Tuttavia, un suggerimento è dato dall'appartenenza del frammento al l. 17 di Paolo *ad Plaut.*, che indica che Paolo si occupava del testo in sede di trattazione del tema delle *condictiones*⁸ e potrebbe permettere di risalire almeno a Plauzio, giurista del I sec. d. Cr., contemporaneo di Celio Sabino, console nel 69 d. Cr., e di Pegaso. *Veteres* possono ben essere giuristi notevolmente anteriori non solo a Paolo, ma a Plauzio, appartenenti, come generalmente si riconosce per la loro citazione, alla tarda età repubblicana.⁹ Ed è probabile che anche i *veteres* abbiano formulato il principio in materia di *condictio*.

Altro problema, e più impegnativo, è quello relativo alla formulazione del principio. Esso dà luogo a due questioni.

La prima questione concerne la genuinità di D.45.1.91.3. Al riguardo occorre avvertire che l'intero contesto (pr. - § 6) mostra chiare tracce di interventi additivi e soppressivi, che anche la moderna critica, pur così indulgente, riconosce.¹⁰ Perciò potrebbe darsi che anche la formulazione di D. 45.1.9.3 sia, almeno in parte, alterata.

La seconda questione è se il principio sia stato riprodotto da Paolo alla lettera. Potrebbe darsi, infatti, che la formulazione originaria dei *veteres* sia stata tradotta da Paolo nel suo pensiero e nel suo linguaggio.

v. O. GRADENWITZ, '*Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*', in ZSS 34, 1913, 255 ss.; le varianti '*efficere perpetuam obligationem*', '*producere obligationem*', di Paul. Pomp. in D. 45.1.91.4 (Paul. 17 *ad Plaut.*); '*producere obligationem*' di Paul. Pomp. in D. 45.1.91.5 (Paul. 17 *ad Plaut.*); '*durare*', in D. 46.1.58.1 (Paul. 22 *quaest.*); '*manere ex stipulatu obligatus*' in D. 45.1.49 pr. (Paul. 37 *ad ed.*); '*perpetuam facere stipulationem*' in D. 22.1.24.2 (Paul. 37 *ad ed.*) sono indicate da C. A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 85, nt. 5; ivi, 87 s. Per gli altri impieghi di Paolo relativi ad *actio* in D. 27.7.8.1 (Paul.9 *resp.*) e Vat. Fr. 112 (Paul. 8 *resp.*); e di Ulpiano, relativi ad *obligatio* in D. 12.2.9.3 (Ulp. 22 *ad ed.*) ed a *poena* in D. 48.19.8.7 (Ulp. 9 *de off. proc.*); e in C. 1.20.2 (*actiones*); 7.63.5.3 (*lis*) v. O. GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris*, cit., 255 ss.

⁶ Cfr. D. 45.1.23 (Pomp. 9 *ad Sab.*) *Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum.*

⁷ Sul tema v. F. HORAK, *Wer waren die 'veteres'? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen*, in *Vestigia iuris roman. Festschr. Wesener*, Graz 1992, 201 ss.; 205 ss.

⁸ V. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I, Lipsiae 1889, 1239; cfr., criticamente. M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, Padova 1979, 38 s.

⁹ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 586 pensa trattarsi di giuristi del II sec. a. Cr.

¹⁰ Così, tanto per fare degli esempi, quanto agli interventi additivi, l'inserzione, nel pr., del tratto [*considerantibus - promisit*], quanto agli interventi soppressivi, la eliminazione, nel § 6, della motivazione del parere di Giuliano, cui aderisce Paolo. Cfr. per tutto il fr., in *Ind. interp. ad h. l.*, le indicazioni delle più larghe alterazioni avvertite dalla dottrina più antica, fin dal tempo di A. Faber, non sempre dovute ad ipercritica.

3. La questione della genuinità di D.45.1.91.3 riguarda specialmente il termine ‘*culpa*’, che sarebbe impiegato, in un significato generale riferito al comportamento colpevole che fonda la imputabilità,¹¹ per indicare insieme il caso dell’inadempimento causato dal debitore e quello della mora. Ma, riguardo a questo secondo caso, va anzitutto rilevato che, a parte D. 45.1.91.3, la possibilità di ricondurre la mora alla *culpa* non risulta che da D. 46.3.107 (Pomp. 2 *ench.*).¹² Tuttavia, questo testo potrebbe riferirsi al solo caso di comportamento del debitore che ha reso impossibile la prestazione.¹³ D’altra parte, seri dubbi, nel complesso, possono essere fondati sulla testimonianza di D. 46.3.107, data la sua appartenenza ad un’opera di incerta classicità.¹⁴

A sostegno della genuinità della menzione di *culpa* C.A. Cannata¹⁵ ha richiamato la suggestiva idea, precedentemente enunciata,¹⁶ secondo cui la costruzione del *perpetuari obligationem* deve considerarsi, «in termini di Dogmengeschichte, segnata da un rapporto di dipendenza con l’elaborazione dommatica della responsabilità aquiliana». La giurisprudenza avrebbe impostato il problema della responsabilità contrattuale sul caso di inadempimento di una *stipulatio* di *dare servum* dovuta al fatto di avere cagionato la morte dello schiavo proprio, rapportabile al fatto, produttivo di responsabilità *ex lege Aquilia*, di chi avesse cagionato la morte dello schiavo altrui.¹⁷ Perciò la *constitutio* dei *veteres* avrebbe parlato di *culpa*. La

¹¹ V. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München 1971, 506, per il quale la parola è usata, in riferimento ai due casi, «in dem allgemeinen Sinn desjenigen schuldhaften Veraltens, das... die Zurechenbarkeit begründet»; cfr. ‘*Perpetuari obligationem*’, cit., 94 («die Schuld, das Verschulden im Sinn der Missbilligung eines Verhaltens, das hinter den sittlichen und rechtlichen Anforderungen, zu allermeist beiden, für ein “richtiges” Verhalten zurückbleibt und darum dem Vorwurf des Verstosses gegen eine wie immer beschaffene Verfahrenspflicht ausgesetzt ist», con richiamo a H. KRELLER, *Röm. Recht* II, *Grundlehren des gemeinen Rechts*, Wien, 1959, 302 e S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, cit., 128 s.; adde E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 7, nt. 21; G. VALDITARA, *Dalla lex Aquilia all’art. 2043 del Codice civile*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell’esperienza giuridica contemporanea*, in Atti Copanello 3-7 giugno 2000, 181 ss.

¹² D. 46.3.107 (Pomp. 2 *ench.*) *Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter: naturaliter veluti solutione aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit: civiliter veluti acceptilatione vel cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit.*

¹³ A torto M. KASER, *Perpetuari obligationem*, cit., 93, nt. 16, argomenta in senso opposto dalla mera possibilità di riferire ‘*culpa*’ ad entrambi i casi.

¹⁴ V. R. SANTORO, *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)*, cit., 575, nt. 45; 602 s., con lett. (602, nt. 118).

¹⁵ C. A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 90. Ma occorre avvertire che, precedentemente, egli moveva dall’idea che il testo dovesse parlare di ‘*per debitorem stare, quominus daret*’ (così fino a ‘*Perpetuatio obligationis*’, cit., 51 s.; *La responsabilità contrattuale*, cit., 146 s.), mentre inclina a riconoscere la riconduzione della mora alla colpa, e quindi la genuinità di ‘*culpa*’ in D. 45.1.91.3, a partire da *Sul problema della responsabilità*, cit., 117 ss. (117, nt. 43).

¹⁶ V. C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità*, 1996, cit., 109 ss.; particolarmente 114 ss.; l’idea è richiamata in *Iura* 57, 2008-2009, 293.

¹⁷ Perciò C. A. CANNATA, *Iura* 57, 2008-2009, 289; 323 s. vede di buon occhio il riferimento da parte di J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit. 28 s. al ‘*perpetuari obligationem*’ di uno ‘Strafgedanke’, comunque da assumere non nel senso specifico di pena, ma di punizione. Peraltro, J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit. 29, non pensa che lo Strafgedanke avesse un rapporto originario con il *perpetuari obligationem*, ma che rappresenti uno strumento interpretativo tardo classico, tenuto conto dell’età delle fonti che lo testimoniano (P.S. 5.7.4; D. 46.3.95 pr.-1). È difficile dargli torto. Quel che bisogna tenere presente è la connessione del regime della permanenza del vincolo, come vedremo, con la sua configurazione

diversa formulazione ‘*si per emptorem steterit quo minus ... detur*’, che si trova frequentemente nelle fonti, sarebbe stata preferita «in un secondo tempo, quando si pensò di estendere la soluzione al caso della mora: magari non tanto perché ... la mora non potesse essere considerata un contegno colpevole, ma perché la mora stessa non genera, come invece il *factum* colpevole, la responsabilità; essa non perpetua, cioè, l’obbligazione, ma pone unicamente l’impossibilità eventuale a rischio del debitore».

C’è da chiedersi se così Cannata non finisca per escludere la prospettiva della *culpa*. E, in effetti, numerose testimonianze classiche (Pomp. 22 *ad Sab.*, D. 12.1.5; Pomp. 5 *ad Sab.*, D. 30.26.1; Afr. 8 *quaest.*, D. 30.108.11; Marcel. 20 *dig.*, D. 46.3.72.1; Paul. 6. *ad Plaut.*, D. 23.3.56 pr.) parlano, come vedremo,¹⁸ della mora come causa di imputazione del rischio del perimento della cosa, non di *culpa*. Cannata cerca di situare, per attribuirgli ai *veteres*, la qualificazione della mora come contegno colpevole,¹⁹ tra la *lex Aquilia* (ca. 200 a. Cr.) e il responso di Publio Mucio sulla dote di Licinia (v. Iav. 6 *ex post. Lab.*, D. 24.3.66), di poco posteriore alla morte di C. Gracco, avvenuta nel 122 a. Cr., il testo più antico dal quale risulterebbe l’impiego della nozione di colpa contrattuale, ma ciò importa sopravvalutare la portata di questa testimonianza, nella quale il profilo della *culpa* appare utilizzato dal giurista con una approssimatività che ne mette in dubbio la valenza tecnico giuridica.²⁰ D’altra parte, non è favorevole a questo disegno dello sviluppo storico il fatto che l’episodio, come riguardante un caso in cui si deve pensare che il perimento della dote sia stato causato probabilmente, date le circostanze, da comportamenti commissivi, è avvenuto troppo a ridosso dell’età cui si devono assegnare i *veteres*, che si pretende abbiano riconosciuto come caso di *culpa* la mora, che è comportamento omissivo.

4. Questi tentativi di difesa della genuinità della menzione di *culpa* in D. 45.1.91.3 devono fare i conti con il valore relativo ad un comportamento commissivo e non omissivo che le è asseगतo, a riguardo della *stipulatio in dando*, nel pr.,²¹ valore che non si conviene

come *actio* (v. *infra*, § 13) nella componente punitiva che è insita nel carattere fondamentalmente esecutivo che le è proprio, ciò che, tuttavia, non implica necessariamente la sua riconduzione a cause delittuali.

¹⁸ *Infra*, § 5.

¹⁹ M. KASER, *Perpetuari obligationem*, cit., 105 s.

²⁰ V. lo stesso C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico. Corso di diritto romano* 1967-68, 318, che parla di «una nozione di *culpa* vaga, approssimativa, estremamente malleabile, non ancora dunque precisamente individuata». Vi attribuisce valore S. SCHIPANI, *Responsabilità ‘ex lege Aquilia’*, cit., 127 s.

²¹ D. 45.1.91 pr. (Paul. 17 *ad Plaut.*): *Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est. Sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor, considerantibus, utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpa huius nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? Quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur.* Lo stato del testo denuncia sicuramente interventi aggiuntivi, piuttosto che soppressivi. Tale quello relativo al caso della *culpa* riguardante il comportamento negligente del possessore nella *rei vindicatio* (non genuino è da ritenere il tratto ‘*considerantibus – dari promisit*’). Per le cit. della critica basta vedere *Ind. int. ad h. l.*; per la critica successiva v. C. A. CANNATA, *Impossibilità sopravvenuta*, cit., 93 s., con lett. (= *Per lo studio*, cit., 98 ss.).

alla mora, sebbene anch'essa sia talora indicata come un *factum*.²² Se la mora fosse riconducibile alla *culpa*, una precisazione non dovrebbe mancare nello stesso pr., a meno di volere giustificare tale mancanza come dovuta alla incompleta tradizione del testo. Né argomento a favore della riconduzione della mora alla *culpa*, come colpa omissiva, si può riconoscere nel successivo § 1.²³

²² V. D. 46.1.58.1 (Paul. 22 *quaest.*) *Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio, veluti si moram fecit in Stichio solvendo et is decessit*. Lo riporta C. A. CANNATA, *Appunti*, in SDHI 32, 1966, 89. Questo impiego di *factum* in rapporto alla mora è compatibile con il valore prevalente del termine, indicante un atto commissivo. Basta por mente alla espressione '*moram facere*': v., ad es., D.13.1.8.1 (Ulp. 27 *ad ed.*)... *semper enim moram fur facere videtur*; cfr. le indicazioni in *VIR*, richiamate *infra*, § 17, nt. 97. Significativa l'equivalenza, denunziata da D. 12.1.5 (Pomp. 22 *ad Sab.*) di '*stare quominus*', espressione consueta, con '*facere quominus*': v. M. KASER, *Perpetuari obligationem*, cit., 106. V., inoltre, l'argomento che si può trarre dalla testimonianza di Celso relativa alla *emendatio morae* contenuta nel seguito di D. 45.1.91.3 (su cui *infra*, § 17).

²³ Così, invece, con specifico riguardo al § 1, C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, 118 s.: «Ciò non significa che i *veteres* non conoscessero una responsabilità per colpa omissiva: ma questa consisteva nella *mora*, anch'essa riconducibile, *lato sensu*, alla colpa, in quanto, come si sa, per i giuristi romani essa pur veniva in considerazione come comportamento riprovevole. La contrapposizione fra colpa commissiva e mora come colpa omissiva è chiara in un testo di Paolo, con una soluzione che risale a Giuliano e forse a Plauzio» (e segue il testo di D. 45.1.91.1) «ove si noterà l'alternativa '*non tenetur, quia nihil fecit, nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid huiusmodi acciderit*'».

A parte il rilievo che la soluzione non si fa qui risalire ai *veteres*, va detto che l'inciso '*non tenetur – acciderit*' non costituisce prova nel senso indicato da Cannata. Per convincersene occorre riprodurre l'intero contesto: D. 45.1.91.1 *Sed si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus puta vel sacer factus vel servus manumissus, vel etiam ab hostibus si capiatur, culpa in hunc modum diiudicatur, ut, si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit et quid eorum acciderit, nihilominus teneatur, idemque fiat et si per alium, posteaquam ab hoc alienatus sit, id contigerit. Sin autem alienus fuit et ab alio tale quid accidit, non tenetur, quia nihil fecit, nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid huiusmodi acciderit: quam distinctionem et Iulianus sequitur...* Anche a volere assumere il testo nello stato attuale, a prescindere dalla possibilità di alterazioni (per alcuni studiosi estremamente probabili; in senso decisamente anticritico v. però C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità*, cit. 113 ss., con indicazioni della lett. favorevole e contraria) si deve osservare che, relativamente alla ipotesi qui considerata, della impossibilità giuridica della *datio* dell'oggetto della *stipulatio* (un *fundus religiosus* o *sacer factus*; un *servus manumissus* o *ab hostibus captus*), la questione del riconoscimento della colpa viene decisa (*culpa in hunc modum diiudicatur*) nel senso della responsabilità del *promissor* (*nihilominus teneatur*) nel caso la *res* sia del *promissor* al momento della *stipulatio* o dopo, al momento del fatto che ha causato l'impossibilità giuridica, e lo stesso trattamento è riconosciuto nel caso di alienazione compiuta dal *promissor* per *alium*. Nel caso, invece, la *res* sia di altri e il fatto che ha causato l'impossibilità giuridica sia stato commesso da altri, il *promissor* non è tenuto (*Sin autem alienus fuit et ab alio tale quid accidit, non tenetur*), poiché il *promissor* *nihil fecit*, a meno che il fatto sia avvenuto dopo che il *promissor* abbia ritardato la *solutio* (*nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid huiusmodi acciderit*). Da quest'ultimo tratto non si può certo ricavare, come vuole Cannata, che la mora sia riconducibile alla *culpa*, come *culpa* omissiva. Come, nel primo e nel secondo caso (*res* del *promissor* o da lui alienata per *alium*) la questione del riconoscimento della *culpa* viene decisa nel senso della responsabilità del *promissor* (*nihilominus teneatur*), così nel terzo caso (*res aliena*) è questo risultato che si ha di mira. Il *promissor* non è tenuto. Perciò quello che si dice del *moratus* nell'inciso '*nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid eiusmodi acciderit*' è che egli è tenuto nel caso abbia commesso un ritardo per la sopravvenuta impossibilità giuridica della *datio*, ma per la regola per cui qualsiasi fatto sopravvenuto durante la mora concreta la responsabilità. È per questi fatti che nel testo si parla di *teneri*. Il discorso è relativo ad essi e non alla mora come *culpa* omissiva che, nonostante tale carattere,

5. Siamo perciò costretti a tornare al § 3 di D. 45.1.91, non potendo trarre argomento per la pretesa riconduzione da parte dei *veteres* della mora alla *culpa* dal pr. e dal § 1. Ma nel § 3 deve lamentarsi quella stessa assenza di chiarimento da parte di Paolo che abbiamo rilevato come necessario nel § 1, data, da un lato, la negazione di una *culpa* omissiva e, dall'altro, il carattere di fatto omissivo della mora.²⁴

La tesi più probabile è, perciò, che la menzione di '*culpa*' nel § 3 sia dovuta a più tarda alterazione del testo,²⁵ intesa a semplificarlo e a generalizzarlo, sostituendo '*culpa*' alla più complessa espressione '*si per eum*²⁶ *steterit quominus solvat*', che doveva originariamente esservi contenuta come capace di ricomprendere tanto l'impossibilità imputabile al soggetto vincolato che la mora. In effetti, come è stato notato, questa espressione è particolarmente congruente con l'ipotesi della mora.²⁷ Vi si connette bene la conseguenza della sopportazione del rischio del perimento della cosa, che è posto a carico del debitore moroso.²⁸ Ciò risulta da numerose testimonianze, per cui la mora si risolve in una attribuzione del *periculum* e del *detrimentum* prodotto dal perimento della cosa.

implicherebbe responsabilità. Nulla è detto nell'inciso circa il rapporto tra mora e *culpa*. Pretendere che qui si affermi, peraltro solo implicitamente, che la mora sia una ipotesi di *culpa* è fare dire al testo, nel § 1, quel che si vorrebbe dimostrare e che già il pr., per l'esclusione di *culpa* omissiva nella *stipulatio in dando*, ha reso difficile ammettere per la mora, data la sua natura di comportamento omissivo.

²⁴ Né si può argomentare in senso contrario dal seguito del § 3, in cui è esposto il pensiero di Celso: (...*et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo...*) poiché l'*emendare* è riferito non alla *culpa*, ma alla mora stessa. Circa i valori che qui assume '*mora*' come fatto del ritardo o situazione conseguente v. *infra*, § 17.

²⁵ V., con motivazioni diverse, H. SIBER, *Römisches Recht* II, Berlin 1928, 250; H. NIEDERMEYER, *Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen von der Mora seit Sabinus*, in *Festschr. Schulz* I, Weimar 1951, 448; T. MAYER MALY, *Perpetuatio obligationis: D. 45.1.91*, in *Iura* 7, 1956, 18.

²⁶ Ad effetto di generalizzazione deve essere imputato anche l'uso di '*debitorem*' al posto di un '*eum*' o del termine che indicava il particolare soggetto vincolato. Il principio deve essere stato formulato probabilmente riguardo ad un caso particolare e riferito, ad es., al *promissor* in una *stipulatio*. Un riferimento particolare (al *fur*) ha, del resto, come vedremo (*infra*, § 10), in D.13.1.20 (Tryph. 5 *disp.*). Né, peraltro, l'eventuale ma poco probabile menzione del generico *debitor* può creare, per la nostra tesi, problemi, in ragione del valore più risalente di '*debere*', che, in dipendenza dalla derivazione da '*de-habere*', riguarda, in età repubblicana, l'idea della responsabilità, piuttosto che quella del debito. Sul punto v. già R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in *Scritti minori* II, Torino 2009, 670 s.

²⁷ V. lo stesso C. A. CANNATA, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la culpa debitoris nelle obbligazioni da stipulatio in dando*, in SDHI 32, 1966, 90 s., con altre cit. (90 s., nt. 9) = *Per lo studio*, cit., 94 ss..

²⁸ V. C. A. CANNATA, *Appunti*, cit., 90 (= *Per lo studio*, cit., 94.), di cui riporto la citazione dei testi seguenti. Sull'inquadramento del rischio connesso alla mora nella prospettiva della responsabilità v. C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura* 43, 1992, 78, in rapporto a E. BETTI, *Periculum. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, *St. De Francisci* I, Milano 1956; 135 s. Contro la tesi di E. GENZMER, *Der subjektive Tatbestand des Schuldverzugs im klassischen römischen Recht*, in ZSS 44, 1924, 102 s., secondo cui la *perpetuatio* inizia non dalla mora, ma dal perimento della cosa, v. M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, cit., 41 ss. (con lett. pro e contro) e già C. A. CANNATA, v. *Mora (storia)*, in *Enc. dir.* 26, Milano 1976, 929, e, con qualche oscillazione, in *Iura* 57, 2008-2009, 292; cfr. particolarmente J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 27.

In tale senso depongono

D. 12.1.5 (Pomp. 22 *ad Sab.*) *Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, quam per te factum erit quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id nec ne aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit nec ne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere.*

D. 30.26.1 (Pomp. 5 *ad Sab.*) *Si certum corpus heres dare damnatus sit nec fecerit, quo minus ibi ubi id esset traderet, si id postea sine dolo et culpa heredis perierit, deterior fit legatarii condicio.*²⁹

D. 30.108.11 (Afr. 5 *quaest.*) *Si servus legatus sit et moram heres fecerit, periculo eius et vivit et deterior fit, ut, si debilem forte tradat, nihilo minus teneatur.*

D. 46.3.72.1 (Marcell. 20 *dig.*) *...nam verum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari.*

D. 23.3.56 pr. (Paul. 6 *ad Plaut.*) *Si is qui Stichum mulieri debet in dotem delegatus sit et antequam solveret debitor, Stichus decesserit, cum neque per debitorem stetisset quo minus solveret, neque maritus in agendo moram fecisset: periculo mulieris Stichus morietur...*

Tra queste testimonianze è particolarmente importante la prima, poichè potrebbe far fede per un'età risalente, dato che è probabile rappresenti un 'sabinianum' o, comunque, rifletta un insegnamento antico, condiviso dalla giurisprudenza.³⁰ Se si tratta di un 'sabinianum', da 'constat' può trarsi il riferimento di Sabino ad un principio generalmente accolto in età a lui anteriore. La parte iniziale di D. 12.1.5 dimostra comunque l'alta antichità dell'impiego dell'espressione 'stare quominus'.³¹ Nello stesso senso può deporre la pratica, connessa alla

²⁹ Il rischio è qui posto a carico del creditore e non del debitore. Ma, come avverte C. A. CANNATA, *Per lo studio*, cit. 94, nt. 1, quel che qui importa non è il caso né le sue particolarità, ma la sua impostazione. È dubbia la genuinità del tratto 'postea – heredis': v. *Ind. int. ad h.l.*

³⁰ V. O. GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris*, cit., 261, che attribuisce la parte iniziale del testo almeno a Sabino. Lo considera un 'sabinianum' H. NIEDERMEYER, *Studie*, cit., 402; cfr. C. A. CANNATA, v. *Mora*, cit., 925. Ne ammette la possibilità J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 22. S. RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, in AUPA 29, 1964, 124 pensa che 'constat' 'esprima un punto di vista non strettamente ed esclusivamente personale del giurista, ma un orientamento condiviso dalla dottrina dominante ed, evidentemente, dallo stesso Sabino'; R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova 1983, 16 ss., pensa che anche questa parte del testo debba attribuirsi a Pomponio, ma gli pare difficile ammettere che la parte successiva, di Pomponio, sia una precisazione del pensiero espresso dallo stesso giurista nel pr. Per altre cit. v. R. ASTOLFI, *I libri tres*, cit., 16, nt. 18.

³¹ Questa appare usata (anche in testi che non riguardano il *perpetuari obligationem*) già in Servio Sulpicio: v. D. 44.7.23 (Serv. *ap. Afr. 7 quaest.*) e in Labeone: v. D. 19.1.51 pr.-1 (Labeo 5 *post. a Jav. epit.*). Altre numerose citazioni in C. A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit. 88; 89, ntt. 19 e 20; D. 45.1.115.2 (Sab. *ap. Pap. 2 quaest.*); D. 47.2.13 (Paul. 5 *ad Sab.*); D. 45.1.23 (Pomp. 9-Lenel 19 *ad Sab.*); D. 13.5.23 (Pomp. 22 *ad Sab.*); D. 13.5.23 (Iul. 11 *dig.*); D. 17.1.37 (Afr. 8 *quaest.*); D. 23.3.56 (Paul. 6 *ad Plaut.*);

stipulatio di *dare certam rem*, per cui lo *stipulator* vincolava il *promissor* non solo a ‘*servum Stichum dari*’, ma anche a che ‘*per eum non staret quominus dare*’. Dato che questa pratica può appartenere già al III sec. a. Cr.,³² può risultare così dimostrato che i *veteres* parlassero dell’inadempimento imputabile e della mora usando l’espressione in discorso. Una conferma, d’altra parte, come vedremo, risulta espressamente dal fatto che D.13.1.20 (Tryph. 11. *disp.*) testimonia che i *veteres* impiegavano l’espressione ‘*stare quominus*’ con riferimento al creditore.³³ Un esplicito riferimento, per l’uso di questa espressione già da parte di Sesto Elio e di Druso, ad un caso di *mora accipiendi* è contenuto in D. 19.1.38.1 (Cels. 8 *dig.*).³⁴

L’analisi dello schema dei presupposti della responsabilità espressa in D. 12.1.5 in termini di ‘*facere quominus*’ (e, cioè, come è detto nella seconda parte del testo, che la prestazione fosse ‘*in potestate*’ del debitore o che egli si sia privato dolosamente della possibilità di adempiere o che esistesse una qualche *iusta causa* per cui egli dovesse essere consapevole di dovere dare) ha condotto la dottrina più recente³⁵ a formulare la tesi che da esso non possa desumersi che la colpevolezza rappresenti, come invece riteneva la dottrina più antica,³⁶ un parametro generale per la mora del debitore.

D’altra parte, questa considerazione vale pure per la *mora creditoris*,³⁷ espressa, come abbiamo visto, anch’essa da ‘*stare quominus*’, per la quale, anzi, la più antica dottrina aveva più radicalmente manifestato l’avviso che essa prescindesse del tutto dalla colpevolezza del comportamento del creditore.³⁸

D. 44.7.45 (Paul. 5 *ad Plaut.*); D. 45.1.49 pr. (Paul. 39 *ad ed.*); D. 46.2.31 pr. (Ven. 3 *stip.*); D. 46.3.92 (Pomp. 9 *epist.*); D. 45.1.135.1 (Scaev. 5 *resp.*); D. 45.1.137.2 (Ven. 1 *stip.*). Ma l’elenco può allungarsi in vista delle indicazioni contenute in *VIR*, V, s. v. ‘*sto*’.

³² V. H. ANKUM, *La responsabilità contrattuale*, cit., 137 s.

³³ D. 13.1.20 (Tryph. 15 *disp.*) *Licet fur paratus sit excipere conditionem et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam*... Sul testo v. *infra*, § 10 s.

³⁴ D. 19.1.38.1 (Cels. 8 *dig.*) *Si per emptorem steterit, quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt*... Sul testo, per il riferimento al *iudicium empti* formulare v., per tutti, M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo penale*, in Atti Copanello 1996, 65 ss.; spec. 68. Diversamente B. ALBANESE, *Sulla sentenza di Sesto Elio in D. 19.1.38.1*, in *Brevi studi di diritto romano*, III, AUPA 47, 2002, 77 ss. Per la spiegazione del richiamo da parte di Celso della *sententia* di Sesto Elio e di Druso vedi J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 96 ss.

³⁵ V. J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 56 ss; seguito da C. A. CANNATA, *Iura* 57 (2008-2009) 302 ss.; 324.

³⁶ Parlava di dolo E. GENZMER, *Der subjektive Tatbestand der Schuldverzugs im klassischen. römischen Recht*, in ZSS 44, 1924, 139 ss.; si riferivano a *culpa*, H SIBER, *Interpellatio und mora*, in ZSS 29, (1908), 56, nt. 2; E. HEYMANN, *Das Verschulden beim Erfüllungszug*, Marburg a. L., 1913, 32; oscillante, S. RICCOBONO JR, *Profilo storico*, cit. 18 ss. con altra lett. Per un esame critico della letteratura v. H.H. JACOBS, *Culpa und interpellatio bei der mora debitoris nach klassischem Recht*, in TR, 42, 1974, 29 ss. e J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 55 ss.

³⁷ V., seguendo P. APATHY, *Mora accipiendi und Schadenersatz*, in ZSS 101, 1984, 190 ss, che rileva (p. 194) l’eguale uso dell’espressione ‘*stare quominus*’, J.D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 100 ss., cui aderisce ora C. A. CANNATA, *Iura* 57, (2008-2009), 318 ss.; 324; adde M. PENNITZ, *Zu den Voraussetzungen der mora accipiendi im klassischen römischen Recht*, in ZSS 123, 2006, 155 ss.

³⁸ V. la lett. cit. in P. APATHY, cit., 190 s., ntt. 5 e 6; e in J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 100, nt. 71.

In conclusione, ‘*stare quominus*’ appare l’espressione usata dalla giurisprudenza per indicare l’imputabilità di un fatto, come la mora, ad una persona, indipendentemente dal richiamo di una ragione generale di riprovevolezza, espressa col termine *culpa*.

Non più di tanto si può ricavare, in senso contrario, da

D. 46.1.58.1 (Paul. 22 *quaest.*) *Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio, velut si moram fecit in Stichio solvendo et is decessit*

per l’uso di *factum*,³⁹ che non contiene un riferimento esplicito a *culpa*, come non lo contiene l’espressione ‘*per eum stare quominus*’.

Solo in progresso di tempo la giurisprudenza si sarà occupata di determinarne le ragioni dell’imputazione e lo ha fatto, conformemente al metodo casistico, specificamente, rifuggendo da una formulazione generale. Un esempio di discorso di questo tipo è dato, come si è visto, da D. 12.1.5.⁴⁰ A misura che queste ragioni saranno state individuate, l’espressione ‘*stare quominus*’ avrà teso ad assumere valore ‘neutrale’.⁴¹ E solo più tardi si sarà sentita l’esigenza di evidenziare anche in termini generali la riprovevolezza del fatto imputato in caso di mora del debitore parlando di *culpa*. Ma ciò deve riconoscersi avvenuto probabilmente solo in età postcassica, – se si lascia da parte la testimonianza di D. 46.3.107, la cui portata e la cui classicità sono, come abbiamo visto, dubbie – attraverso la sostituzione, in D. 45.1.91 pr., di ‘*culpa*’ alla espressione ‘*si per eum steterit*’, che probabilmente era usata dai *veteres*.

6. La più antica critica aveva, quindi, ragione nel ritenere che D. 45.1.91.3 non riproduca fedelmente, già nelle prime parole, la *constitutio* dei *veteres*. Invece che di *culpa* Paolo, nel riferire il pensiero dei *veteres*, avrà mantenuto l’espressione consueta ‘*stare per eum quominus*’, con grandissima frequenza usata⁴² e che trova riscontro significativo, proprio in

³⁹ Diversamente C.A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 89.

⁴⁰ Sul testo v., fondamentalmente, J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 59 s., che sostiene che la mora del debitore romano si sottrae ad un chiaro inquadramento nello schema legato alla colpevolezza o indipendente dalla colpevolezza. Essa non sottosta invero a nessun criterio generale di colpevolezza ed è dipendente dall’incontro di elementi esteriori, che tuttavia svolgono la funzione che altrimenti spetterebbe ad un parametro di colpevolezza.

Non occorre qui che noi ci soffermiamo sulla analisi testuale. Quel che è sufficiente, dato il fine della presente indagine, è mostrare come, qualunque sia stata la percezione della inerenza della colpevolezza nelle singole fattispecie di *mora debitoris* presentate dalla giurisprudenza, manca nei testi classici una espressione della stessa attraverso un uso di ‘*culpa*’ atto a riassumere i rilievi particolari della colpevolezza riconosciuta dalla giurisprudenza nella casistica presa in considerazione, sebbene J. D. HARKE, cit., 57, nt. 30, ammetta l’impiego classico di ‘*culpa*’ in D. 45.1.91.3, ove però, evocherebbe, seguendo A. PERNICE, *Labeo*, II, 2, 1 2², 1900, 134 e H.H. JACOBS, in *Culpa und interpellatio*, cit., 28, il senso di ‘Fehlverhalten’ (ma in realtà pensano alla espressione ‘*stare quominus*’). È notevole che anche C. A. CANNATA, v. *Mora*, cit., abbia richiamato D. 12.1.5 (Pomp. 22 *ad Sab.*), la cui prima parte anch’egli attribuisce a Sabino, come testo che contiene una trattazione generale, tuttavia risolvendosi in un rinvio alle soluzioni casistiche (cfr. per l’adesione ad Harke, *supra*, nt. 37).

⁴¹ È la qualifica adottata da O. GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris*, cit., 274.

⁴² V. *VIR* V, 694,50 – 695, 37.

relazione alla materia qui trattata, nello stesso Paolo, in testi (D. 45.1.49 pr.; 3) sui quali ci soffermeremo.⁴³

Ancor più probabile è che anche il resto della formulazione conservata in D. 45.1.91.3, che parla di ‘*perpetuari obligationem*’, non debba ascriversi ai *veteres*. Ma qui non si tratta dell’eventualità, su emersa, di alterazione della testimonianza di Paolo, sibbene della questione diversa, cui abbiamo accennato, se l’espressione ‘*perpetuari obligationem*’ rappresenti la riproduzione letterale, da parte di Paolo, del principio dei *veteres* o sia piuttosto, come sostenne O. Gradenwitz, una «Verwandlung der alten Regel in Paulinisches Latein, eine Umschreibung der constitutio veterum».⁴⁴

In tal senso rileva il fatto che l’espressione ‘*perpetuari obligationem*’ compare nelle fonti sei volte, ma solo nella catena dei frammenti D. 45.1.91. 3 – 6, appartenenti a Paolo (17 *ad Plaut.*), cinque volte, e, un’altra volta, in D. 46.1.58.1, ma anch’esso appartenente a Paolo (22 *quaest.*). Si tratta, perciò, di terminologia che si deve riconoscere propria di questo giurista.⁴⁵

Risulta, pertanto, che la *constitutio* dei *veteres* non è fedelmente riprodotta non soltanto nella prima parte (*Quotiens culpa intervenit debitoris*), di paternità postclassica piuttosto che paolina, ma, con ogni probabilità, anche nella seconda parte (*perpetuari obligationem*), in cui la terminologia di paternità paolina è innegabile. E, tuttavia, non può non sorprendere il fatto che né il Gradenwitz né i suoi seguaci si siano quanto meno posti il problema se il rilievo dovesse coinvolgere il termine ‘*obligationem*’. Tale incoerenza metodologica si spiega solo in ragione del peso dogmatico della nozione di *obligatio*, per cui, pur riconoscendosi la probabilità che i *veteres* non abbiano parlato di *culpa* e di *perpetuari*, si è ritenuto pacificamente che abbiano parlato di *obligatio*.

Ora, il discorso che abbiamo fin qui condotto non ha avuto altro scopo, dato l’intento della nostra ricerca, che di evidenziare, appunto, la possibilità che il principio affermato dai *veteres* non sia stato espresso in riferimento alla *obligatio*.⁴⁶

⁴³ V. *infra*, § 7.

⁴⁴ V. O. GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris*, cit., 260. La tesi del Gradenwitz ha avuto larghissimo seguito nella dottrina. Vi hanno aderito in passato, tra gli altri, anche il Kaser e il Cannata, che successivamente hanno creduto nella bontà della tradizione della ‘*constitutio*’; l’ha aversata, invece, A. HÄGERSTRÖM, *Der röm. Obligationsbegriff* II, cit., 246 ss.

⁴⁵ Che ‘*perpetuare*’ risulti usato già anche da Pomponio in D. 45.1.91.4 *Nunc videamus, in quibus personis haec constitutio locum habeat. Quae inspectio duplex est, ut primo quaeramus, quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. Utique autem principalis debitor perpetuat obligationem: accessiones an perpetuent, dubium est. Pomponio perpetuare placet: quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat? Cuius sententia vera est: itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum. Accessionibus quoque suis, id est fideiussoribus, perpetuant obligationem, quia in totam causam sponderunt* è possibile (il Gradenwitz, per vero, non si pone il problema), ma noi conosciamo il pensiero di Pomponio attraverso la citazione di Paolo (*Pomponio perpetuare placet*), sicchè Paolo potrebbe avere anche qui usato, nel riferirlo, la terminologia a lui cara. In ogni caso la più alta risalenza classica di ‘*perpetuari*’ non può condurre ad una sua attribuzione ai *veteres* che, come vedremo, usano una terminologia diversa, tanto da ‘*perpetuare*’ che da ‘*obligatio*’ (v. *infra*, § 10 ss.).

⁴⁶ W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn – München – Wien – Zürich 1990, 103, traendo spunto dai rilievi del Gradenwitz, esprime l’idea che la *constitutio veterum* può non avere riguardato la *obligatio*, fondandola sul rilievo che in età repubblicana ‘*obligatio*’ non è ancora un termine della lingua dei giuristi, per cui si limita al richiamo di F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 455 e alla citazione

7. In questo senso induce la considerazione che la teoria dell'impossibilità è costruita dalla giurisprudenza sull'atto. Ciò vale, quanto meno, per la impossibilità iniziale.⁴⁷ È chiaro che, nel quadro di questa teoria, l'obbligazione è ricondotta all'atto. Se il vincolo fosse distinto dall'atto, nulla osterebbe alla rappresentazione della impossibilità come riguardante l'obbligazione, piuttosto che l'atto.

Ma non mancano tracce di un riferimento all'atto anche della impossibilità sopravvenuta. È esplicita al riguardo la testimonianza dello stesso Paolo contenuta in

D. 22.1.24.2 (Paul. 37 *ad ed.*)...*item cum procurator interpellaverit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem.*

ove, in un discorso relativo alla mora, la cd. *perpetuatio* ha ad oggetto la *stipulatio*.⁴⁸

Contro la genuinità della testimonianza non possono valere i dubbi circa l'esistenza del requisito della *interpellatio*.⁴⁹ Né rileva il fatto che in essa manchi l'allusione alla morte dello schiavo promesso.⁵⁰ Non giova in tal senso il richiamo di

D. 45.1.49 pr. (Paul. 37 *ad ed.*) *Cum filius familias Stichum dari sponderit et, cum per eum staret quo minus daret, decessit Stichus, datur in patrem de peculio actio, quatenus maneret filius ex stipulatu obligatus. At si pater in mora fuit, non tenebitur filius, sed utilis actio in patrem danda est. Quae omnia et in fideiussoris persona dicuntur... 3 Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit et servus decesserit, non videtur per eum stetisse.*

connesso palingeticamente a D. 22.1.24.2 in quanto tratto anch'esso dal l. 37 *ad ed.* di Paolo, in cui, invece, questa circostanza è evidenziata ('*decessit Stichus*'). Qui è adottata bensì la prospettiva della *obligatio*, ma ciò può significare che Paolo fa prevalere la costruzione dogmatica più recente. Che in D. 22.1.24.2 sia adottata la prospettiva dell'atto si giustifica in vista dell'*actio*, che fa valere la responsabilità, di cui l'atto è *causa* e, come può pensarsi,⁵¹

dell'impiego del termine in D. 50.16.19 (Labeo *ap.* Ulp. 11 *ad ed.*) conformemente al valore assegnatogli da F. DUMONT, *Obligatio*, in *Mél Meylan*, I, Lausanne 1963, 77 ss.; 85 ss. e da R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 5 ss.

⁴⁷ V. W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., 99 ss. Lo riconosce CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit., 360.

⁴⁸ Valorizza la testimonianza di D. 22.1.24.2 come espressione della dogmatica dell'atto, secondo lui preferita dalla giurisprudenza alla dogmatica del rapporto, W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit. 103, su cui v. specialmente sul punto C. A. CANNATA, *Atto giuridico*, cit., 360, per cui Paolo «si riferisce inequivocabilmente al rapporto». Contro la critica di E. GENZMER, *Die subjektive Tatbestand*, cit., 49, secondo cui la proposizione '*perpetuam facit stipulationem*' sarebbe per diritto classico errata, perché la *perpetuatio* si verifica solo con il perimento della cosa, v. W. FLUME, cit., 103, nt. 25, che osserva giustamente che la ragione della *perpetuatio* è la mora e perciò si può benissimo dire: '*perpetuam facit stipulationem*'.

⁴⁹ V. J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 72, contro H. SIBER, *Interpellatio und mora*, in ZSS 29, 1908, 67 s.; E. GENZMER, *Der subjektive Tatbestand*, cit., 149; M. KASER, v. *Mora*, in PWRE XVI.1, 1933, Suppl. 255, s.

⁵⁰ V. invece, C. A. CANNATA, cit., 86, benchè ammetta che Paolo abbia scritto proprio così.

⁵¹ In relazione alla problematica di D. 45.1.91.6 (Paul. 17 *ad Plaut.*), su cui v. *infra*, § 19.

in quanto questa prospettiva poteva consentire più facilmente l'applicazione al vincolo perpetuato della *novatio*. È, d'altra parte, rilevante il fatto che in D. 45.1.49 pr.; 3 non si parla in termini di 'culpa', ma di 'stare per eum quominus'.⁵² Né per la critica di D. 22.1.24.2 si può⁵³ addurre la ragione che la *constitutio* dei *veteres* verrebbe riferita solo alla *stipulatio* e non anche al legato obbligatorio, perché D. 22.1.24.2 nella *sedes materiae* si occupava della *stipulatio* e, particolarmente, della mora nell'adempimento del relativo vincolo, come risulta dalla connessione con D. 45.1.49,⁵⁴ e non c'è alcuna ragione per ritenere che la trattazione dovesse essere preceduta dalla enunciazione della *constitutio* dei *veteres*.⁵⁵ Né ha peso l'argomentare dallo stato dei testi, attualmente frammisti a passi che non riguardano la *perpetuatio*.⁵⁶

8. Il riferimento all'atto della teoria della impossibilità sopravvenuta non ha solo un rilievo dogmatico per diritto classico, ma anche un rilievo storico, giacché evidenzia uno dei termini del binomio (l'atto vincolante) sul quale è costruita la più antica concezione del vincolo personale.

L'altro termine è costituito dall'*actio*. Dalle fonti risulta, infatti, con certezza che la teoria dell'impossibilità sopravvenuta si risolve nell'*actio*. La conseguenza del comportamento del debitore da cui sono dipesi l'inadempimento o la mora è costituita, infatti, dalla permanenza della possibilità per l'attore di agire, come se la cosa sia ancora esistente.⁵⁷ Ne fa fede esplicitamente

⁵² Cfr., per Paolo, D. 44.7.45 (Paul. 5 *ad Plaut.*), che richiameremo nel § seguente.

⁵³ C.A.CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 87.

⁵⁴ O. LENEL, *Paltingenesia iuris civilis* I, Lipsiae 1889, 1043 s.: Paul. 548-549, nel commento all'editto '*Solutio matrimonii dos quemadmodum petatur*', in materia di *cautio rei uxoriae*.

⁵⁵ È una idea che C. A. CANNATA, cit., 86, enuncia peraltro solo ipoteticamente («Nel passo riportato in D. 22.1.24.2 pr.-2 Paolo si occupava di problemi di mora, e la *constitutio* dei *veteres* poteva rappresentarvi solo un punto di partenza; se Paolo ve l'aveva enunciata, doveva averlo perciò fatto prima di tutto quel che egli vi dice, ed anche di quel che dice in D. 45.1.49 pr.- 3, che con questo fr. 24 sembra fosse connesso nel suo libro 37 *ad ed.*»).

⁵⁶ Diversamente C.A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 86.

⁵⁷ V. le espressioni '*perinde... ac si ea res extaret*' di Paul. Sent. 5.7.4 e '*proinde ac si homo viveret*' di D. 45.1.82.1 (Ulp. 78 *ad ed.*). W. FLUME, *Rechtsakt*, cit., 103 s., nell'affermare che la *perpetuatio* rende l'azione indipendente dall'esistenza dell'oggetto della prestazione, sostiene che si può parlare della *perpetuatio* «als prozessualem Verewigungssatz», come vuole H. SIBER, *Römisches Privatrecht* II, cit., 250. Non si tratta, tuttavia, di una '*fictio*' formulare, come riteneva U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der conditio*, Berlin 1952, 81 (contro, M. KASER, *Römisches Privatrecht* I², München 1955, 428, nt 1; v. particolarmente, H.H. JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung* (1969) 180, nt. 39, per cui con queste espressioni vien detto che si deve decidere '*ac si*', cioè come nel caso in cui la cosa ancora esista, lo schiavo ancora viva; aderisce W. FLUME, cit., 103 s. e nt. 28. Ad una finzione, comunque non formulare, pensa C. A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 92 s. (*ivi*, altre citazioni, anche del suo pensiero). L'ultima formulazione si trova in *Iura* 57, 2008-2009, 290 s., ove afferma che 'la *perpetuatio obligationis* non è una regola come non è una finzione, perché si tratta di una proposizione dogmatica', dovuta alla interpretazione dei giuristi. Ma va osservato che rimane sempre da distinguere dall'interpretazione lo strumento del pensiero (finzione) del quale essa si sarebbe servita e, quanto alla qualificazione ('dogmatica'), essa rimane esposta alla difficoltà di attribuzione, cui accenniamo *infra*, nel testo, data la sua risalenza alla giurisprudenza repubblicana. In effetti, i giuristi repubblicani non sono andati al di là di quanto emerge dalle testimonianze classiche, poiché essi non potevano riferirsi altro che all'*actio*, non avendo riconosciuto ancora la *obligatio*.

Paul. Sent. 5.7.4 *Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret...*

Ma si deve richiamare anche

D. 45.1.82.1 (Ulp. 78 *ad ed.*) *Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, proinde ac si homo viveret.*

e, *a contrario*,

D. 44. 7. 45 (Paul. 5 *ad Plaut.*) *Is, qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum ante moram manumiserit, et is, priusquam super eo promissor conveniretur, decesserit, non tenetur: non enim per eum stetisse videtur, quo minus eum praestaret.*

poiché in questi due testi ‘*teneri*’ val bene ‘*actione teneri*’.⁵⁸

Né è riflesso

D. 45.1.91.6 (Paul. 17 *ad Plaut.*) *Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit...*

C. A. Cannata mette in rilievo il carattere pratico di queste decisioni, che si dovrebbe ad uno sviluppo del pensiero classico. A fronte di esse il principio della *perpetuatio obligationis* sarebbe il frutto di una raffinata analisi dogmatica. Questa analisi e non quelle decisioni si dovrebbero ai *veteres*. Tuttavia, non è chi non veda come ciò porterebbe a capovolgere la valutazione che generalmente si dà dell’opera della giurisprudenza repubblicana rispetto alla classica. La prima ha un marcato orientamento pratico. È della seconda il concepire anche un orientamento dogmatico, peraltro non risolvendosi in teorie astratte, ma inteso - e lo si può riscontrare anche nel campo della presente ricerca - a rendere possibili sviluppi che la più antica giurisprudenza pratica non consentiva.

Ma, al di là di queste valutazioni, che adottano caratterizzazioni (‘dogmatico’; ‘pratico’) riflettenti, specialmente nella loro opposizione, il pensiero moderno piuttosto che l’esperienza antica, val bene seguire l’analisi che Cannata svolge nella sua indagine sulla portata della *cd. perpetuatio obligationis*, per pervenire alla conclusione corretta, che egli enuncia, per cui il debitore non è tenuto alla esecuzione di una prestazione secondaria, ma è semplicemente responsabile, come esposto all’azione del creditore.⁵⁹

⁵⁸ Sulla equivalenza di ‘*teneri*’ con ‘*actione, iudicio teneri*’ v. in generale G. PUGLIESE, *Actio*, cit., 307 ss. (specialmente, 312 ss.), che si lascia sfuggire ammissioni del valore materiale di tali espressioni (v. particolarmente, per ‘*iudicio teneri*’ in molti testi, le citazioni a p. 310, nt. 1)

⁵⁹ Così in *Quod veteres constituerunt*, cit., 96 (ma cfr. già *Perpetuatio obligationis*, cit. 53 ss.; v. anche *La-beo* 41, 1995, cit., 409 s.). È opportuno riportare significativi passaggi del discorso precedente, sebbene esso soggiaccia alla prospettiva dell’obbligazione, dalla quale non riesce a liberarsi: «L’obbligazione perpetuata... è bensì ancora l’obbligazione originaria, perchè è essa stessa che ancora dura, ..., ma essa non ha più il suo oggetto originario, perchè la prestazione originaria è inesequibile. Si tratta, precisamente, di un’obbligazione che non ha più oggetto: come tale essa non ha possibilità di rilevanza se non nell’azione» (p. 95 s.). «Come

È proprio questa analisi che convince del dato che emerge da P.S. 5.7.4. e, probabilmente, anche da D. 45.1.82.1 e da D. 44.7.45 e si riflette in D. 45.1.91.6, relativo alla esperibilità dell'azione, senza che lo si debba riferire ad uno sviluppo del pensiero classico.

9. Siamo così ricondotti all'osservazione iniziale concernente, per il fenomeno del *perpetuari obligationem*, il problema dogmatico riguardante la conciliazione dell'esistenza, in quanto perpetuata, di una *obligatio*, che, come tale, importa il debito, con il suo ridursi a mera responsabilità. Di qui la diversa tendenza della dottrina, indicata all'inizio del discorso, a inquadrare il fenomeno del *perpetuari obligationem* nelle concezioni dell'*obligatio* come vincolo di responsabilità o come vincolo per l'adempimento della prestazione.⁶⁰

si vede, i *veteres* hanno precisamente definito la situazione che noi chiamiamo responsabilità...» (p. 96); cfr. già 'Perpetuatio obligationis', in *Sem. Complut.* 4, 1992, cit., 55: «In forza dell'obbligazione perpetuata il debitore non si trova più in una situazione di obbligo, ma in quella situazione diversa, che chiamiamo responsabilità»; *adde*, ultimamente, *Iura* 57, 2008 – 2009, 291. L'analisi dogmatica è ineccepibile. Ne dubita H. ANKUM, *La responsabilità contrattuale*, cit., 138, nt. 10: «Il romanista di Genova può sicuramente invocare le seguenti parole di Paolo (D. 45.1.91.6): *novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus*... I giuristi parlano però della *perpetuatio obligationis* e riconoscono in questi casi come possibile una *acceptilatio* (cfr. D. 45.1.91.6) e, almeno Giuliano e Paolo, anche una *novatio* quando le parti hanno così voluto (cfr. Paul. D. 45.1.91.6). Apparentemente esiste un'obbligazione a pagare il valore della cosa non più esistente», anche se nel testo (p. 138) lo stesso Ankum afferma che «Il debitore dovrà pagare il valore della cosa». Così viene chiusa la porta che è schiusa per la soluzione del problema in chiave storica. Su D. 45.1.91.6, per i problemi del riconoscimento della possibilità di *acceptilatio*, *fideiussio* e *novatio* di una obbligazione perpetuata, v. un cenno *infra* § 19.

Il pensiero del Cannata va confrontato con quello di E. BETTI, *La struttura*², cit., 21 s. Anche il Betti risolve la obbligazione perpetuata nella responsabilità, come esposizione alla azione, ma per il fatto che l'obbligazione comporta per lui, anche in età classica, mera responsabilità e connessa possibilità di condanna nella *aestimatio pecuniaria*.

È illuminante il confronto con quegli altri testi che riferiscono la *perpetuatio* al fenomeno analogo (su tale analogia v. E. BETTI, *La struttura*, cit., 21 ss.) della cd. novazione processuale. Anche qui l'obbligazione si risolve nell'azione. Ma anche qui si tratta della visuale classica, laddove i *veteres* parlavano esclusivamente di azione. Sul punto v. già R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere*, cit., 64 ss. e *passim*.

⁶⁰ È esemplare, al riguardo, l'antitesi di pensiero che divide il Pugliese dal Segrè. Per il Segrè, il fatto che, sopravvenuta una impossibilità assoluta determinata dal debitore, l'*obligatio* si perpetua, sicché si continua a chiedere la stessa prestazione, invece di considerare estinto il primo vincolo e sorto un vincolo secondario di risarcimento, «certo doveva essere perché l'obbligazione era un vincolo di responsabilità» (così conclude la sintesi del pensiero di G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano 1919-20*, Torino, s.d., 397 s.; cfr. 431 ss., G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Roma 1939, 225). In senso contrario G. PUGLIESE, *l.c.*, osservato che i Romani conoscono il principio della *condemnatio pecuniaria* e l'*obligatio iudicati* (che per lui è essenzialmente un obbligo di risarcimento; ma sul tema v. la diversa rappresentazione storico-dogmatica che ne ho proposto nel lavoro sul '*iudicatum facere oportere*'), afferma che «si comprende come praticamente i Romani non sentirono l'esigenza di immaginare un'obbligazione di risarcimento sussidiaria a quella principale e come il *perpetuari* dell'*obligatio*, quando ormai la prestazione era divenuta impossibile, non paresse a loro così illogico come a noi». Ma è facile obiettare che quella di cui si tratta di render conto è la ragione storica della *condemnatio pecuniaria* e questa ragione si coglie proprio partendo dall'idea del vincolo di responsabilità. La spiegazione che Pugliese dà, ma in termini di probabilità, del *perpetuari obligationem* è (p. 226) che «l'impossibilità della prestazione, ... quando dipende dal debitore, non ha la virtù di fare venire meno la soggezione all'*actio* (responsabilità in concreto), concomitante all'obbligo di prestare, ossia non impedisce al creditore di agire in giudizio» (e cita Paul. Sent. 5.7.4) «ma, poiché agire in giudizio importa enunciare

Ma ora ci troviamo ad avere fatto un passo in avanti sulla via, che avevamo additato, della

una delle ragioni valutate dal diritto, ragione che ...non poteva essere se non quella raffigurante il rapporto originario e alla quale del resto naturalmente si ricollega l'effetto diviso dal creditore (il risarcimento del danno), ecco costui essere posto in condizione di pretendere ancora <*dare facere praestare oportere*>, come se tale pretesa potesse essere soddisfatta dal debitore. Insomma, il perdurare dell'*actio*, che è l'effetto voluto dal diritto, presuppone indeclinabilmente il perdurare dell'*obligatio*. Ma è sorprendente come, nella conclusione del discorso (p. 230), in relazione alla struttura arcaica della *obligatio* (p. 229) lo stesso Pugliese finisca con il riconoscere che «non è escluso che ...la *perpetuatio obligationis*... possa essere spiegata in funzione di un concetto di *obligatio*, in cui apparisse dominante il momento del legame tra persona e persona (p. 230)». È l'idea che è sinteticamente enunciata da G. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 40 s.: «Questo concetto preesistente di vincolo di responsabilità ...spiegache questa *necessitas*, questo *oportere*, possa essere indirizzato ad una prestazione che il debitore non è in grado di compiere....come è nel caso di impossibilità sopravvenuta per causa imputabile al debitore o durante la mora di questo».

L'idea dello sviluppo storico, pur sempre comunque riferito alla *obligatio*, non appare, invece, né nel pensiero del Betti, che sostiene la identificazione della *obligatio* con un vincolo di responsabilità, né nel pensiero del Pastori, che, in polemica con il Betti, identifica l'*obligatio* con il vincolo per l'adempimento della prestazione.

Per E. BETTI, *La struttura*, cit., 21 s., «se la cosa dovuta, individualmente determinata...perisce dopo la mora del debitore, la *obligatio* non muta: i giuristi romani non sentono il bisogno di costruire una novazione sostituendo all'obbligazione originaria una obbligazione nuova diretta alla *aestimatio*. Quella sussiste sempre tal quale: *obligatio durat, perpetuatur, producitur*. ... Ciò vuol dire che, venuta meno la possibilità di dare, resta immutata la necessità giuridica astratta dell'*oportere*, il *vinculum iuris*, in una parola la responsabilità». Così, «la costruzione della immutabilità del vincolo nella *perpetuatio obligationis* rivela in modo eloquente, dall'un lato, l'importanza capitale che i giuristi romani attribuiscono al momento della responsabilità, dall'altro lato la completa indifferenza loro per la c o n c r e t a realizzabilità di quella prestazione che è il debito originario» (*op. cit.*, 35), di cui viene riconosciuta la mera funzione economico sociale (27 e *passim*), sicché lo stesso Betti è costretto a cancellarne il riferimento che ad esso è fatto nella definizione dell'*obligatio* di I. 3.13 pr. *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur [alicuius solvendae rei] <alicui solvendae pecuniae>*..., ove *pecunia* indicherebbe la *aestimatio* contenuta nella condanna, per cui soltanto la *obligatio* diventerebbe idonea alla esecuzione forzata (*op. cit.*, 44) e nella sua descrizione, che ne è fatta da Paul. 2 *inst.*, D. 44.7.3 pr. ...*sed ul alium nobis [obstrigat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum] <obstrictum necessitate solvendae pecuniae dare facere praestare oportere intendamus>* (*op. cit.*, 50).

F. PASTORI, *Profilo*, cit., all'opposto, pretende di potere sostenere che la mora non è concepibile se non riguardo all'adempimento di un obbligo (p. 174) e, avuto riguardo al caso dell'impossibilità intervenuta prima del momento di adempiere, pretende di potere argomentare dal fatto che «ove il *dare oportere* non sia più, di fatto, possibile, ma pure si presenti equo tutelare il creditore, per essere imputabile al debitore il perimento della cosa, altro non può farsi che affermare che il *dare oportere* ancora sussiste» (p. 175 s.). Il fenomeno sarebbe «una naturale conseguenza del sistema processuale romano, in cui non è configurabile un diritto al risarcimento del danno, autonomo rispetto al diritto primario». «Che non si tratti di un principio connesso alla struttura dell'*obligatio*, ma di un espediente processuale, risulta da diversi testi in cui si dice che, in seguito alla impossibilità della prestazione, il tenore della *intentio* della *condictio* rimane inalterato e che l'oggetto della *petitio* è lo stesso»...«Il perpetuarsi dell'obbligazione parrebbe improntato ad una peculiarità della struttura dell'*obligatio* nei testi in cui si afferma che *obligatio durat, perpetuatur*, ecc. (cfr. D. 46.1.58. 1; D. 45.1.91. 3-4; D. 22.1.24. 2; D. 45.1.91 5), ma si deve notare come tali espressioni siano parallele all'altra *condictio durat* (cfr. D. 13.1.20; D.13.1.8 pr.) che riguarda l'esperibilità del mezzo processuale, rispetto al quale la *perpetuatio obligationis* appare la sola ragione idonea a giustificarlo, data la connessione che, nel sistema romano, esiste tra l'*oportere* sostanziale e l'*oportere* processuale». Al di là delle più o meno opinabili giustificazioni sul piano dogmatico, è quest'ultimo il rilievo che, come vedremo nel testo, offre la possibilità di soluzione del problema del *perpetuari obligationem* in chiave storica. Ma ciò imporrà che noi ci rappresentiamo l'*actio* che '*durat*' non quale semplice mezzo processuale, ma nel suo valore materiale.

ricerca della soluzione del problema dogmatico in chiave storica. Il problema dogmatico esiste solo per i classici, che riferiscono il vincolo personale alla *obligatio*, non per i *veteres*, che non conoscono ancora la *obligatio*, ma soltanto l'*actio*.

In questo senso parlano apertamente due frammenti che riferiscono il pensiero dei *veteres* direttamente. Se sono finora rimasti, per la problematica che trattiamo, quasi del tutto trascurati, non è stato solo perchè l'attenzione si è tradizionalmente concentrata sulla testimonianza di D. 45.1.91.3 (Paul 17 *ad Plaut.*), ma soprattutto perché essi sono stati letti attribuendo all'*actio* il valore, che la dottrina comune le assegna, di strumento processuale, cui non esita a riconoscere la più alta antichità.

10. Il primo di questi frammenti è

D. 13.1.20 (Tryph. 15 *disp.*) *Licet fur paratus fuerit excipere conductionem et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem perempta est, tamen durare conductionem veteres voluerunt, quia videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.*⁶¹

La fattispecie riguarda un caso di furto. Il *fur*, tenuto a *dare* la refurtiva al derubato, si è mostrato disposto a subire la *condictio* (questo è il senso di '*excipere conductionem*'⁶²) ed è dipeso dal derubato il mancato esercizio dell'azione. Successivamente la *res furtiva* si è estinta. Nonostante il perimento della cosa la *condictio*, secondo il principio posto dai *veteres*, permane.

Chiarita la fattispecie, occorre ora rendersi conto del rilievo giuridico dei suoi momenti.

Il primo momento riguarda il comportamento del *fur*. Egli non ha dato al derubato la refurtiva, ma è disposto a difendersi dall'azione. Questo comportamento potrebbe costituire un '*moram facere*', giusta la previsione di

Recentemente, riprendendo l'idea del Betti, ma mostrando di aderire alla rappresentazione della responsabilità di cui alla *obligatio* come esposizione all'*actio*, C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit., 268 ss., ha inquadrato la «impossibilità sopravvenuta in una fenomenologia di obbligazione senza '*oportere*' (v. p. 272: «Sono persuaso che anche la concezione che i *prudentes* tradivano circa il fenomeno della '*perpetuatio obligationis*'...» sia un prezioso indizio a sostegno della tesi che postula una tendenziale raffigurazione anche da parte dei classici dell' «estraneità dell'*oportere* alla struttura dell'*obligatio*»), laddove occorre chiedersi, a voler limitare qui il discorso ad una sola obiezione, come le *actiones* cd. dichiarative possano prescindere dall'*oportere*, che risulta, almeno per quelle *in ius conceptae*, dalla *intentio* della loro formula.

⁶¹ Sul testo v. P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans les très ancien droit romain*, I, 1915, 359 ss.; E. LEVY, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrariae*, in ZSS 36, 1915, 37, nt. 7, che ritiene inutile glossema il tratto '*in restituenda-auferre*'; B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in AUPA, 25, 1956, 167, nt. 204, che rileva nel tratto '*per me steterit-condicere*' il sorprendente uso dell'infinito al posto del congiuntivo; S. RICCOBONO JR., *Profilo storico*, cit., 25 ss.; E. GENZMER, *Der subjektive Tatbestand*, cit., 87, pensa che il principio attribuito ai *veteres* '*s e m p e r e n i m m o r a m f u r f a c e r e v i d e t u r*', (Ulp. 27 *ad ed.*, D. 13.1.8.1, cui si riferisce la chiusa di D. 13.1.20) '*macht eine rechtsinstitutionelle Festlegung des subjektiven Verzugstatbestandes bei der condictio furtiva überflüssig und unmöglich*'; *contra*, W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klass. röm. Recht*, Berlin 1988, 30 s.

⁶² Come testimoniano gli impieghi, riferiti al convenuto, di '*excipere*' con oggetto una *actio* indicati in VIR I, 121,13 – 16; *adde* VIR II, 608, 41.

D. 45.1.82.2 (Ulp. 78 *ad ed.*) *Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit quam restituere.*

Ma, per ben comprendere la ragione del parere espresso in questo testo, bisogna pensare che il debitore è in dolo. Egli è consapevole di essere debitore e ha preferito (*maluit*) adottare una tattica dilatoria che è improntata a dolo.⁶³ Perciò, se il dolo manca, non c'è mora, come risulta da

D. 50.17.63 (Iul. 17 *dig.*) *Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere.*

che parla di un debitore che '*provocat ad iudicium*' mediante la minaccia di assunzione della *defensio*.⁶⁴

Il principio è confermato da D. 22.1.47 (Scaev. 9 *dig.*) e da D. 22.1.24 pr. (Paul. 37 *ad ed.*), né lo smentisce il fatto che i testi si riferiscono all' *actio rei uxoriae*.⁶⁵

Quanto al secondo momento della fattispecie, riguardante il comportamento del derubato, in D. 13.1.20 si dice che, al contrario del *fur*, dal derubato è dipeso il mancato attivarsi nell'esercizio dell'azione, finché la *res furtiva* è perita. Questo comportamento potrebbe, al limite, schiudersi verso una prospettiva di *mora creditoris*, che valga ad esimere il *fur* dalla sopportazione del rischio.

I *veteres* decisero, invece, nel senso del permanere della responsabilità del *fur* attraverso la permanenza dell'azione (*durare conductionem*), in considerazione del principio per cui '*fur semper moram facere videtur*'. Il *fur*, commettendo furto, fa già fin dal primo momento mora e continua a farla sempre, anche se '*paratus*' a difendersi contro l'azione del derubato, tenuto conto del fatto che egli è, per il furto, in dolo.⁶⁶

11. D. 13.1.20 consente una prima osservazione terminologica di un certo peso per la ricostruzione di D. 45.1.91.3. Essa riguarda il fatto che i *veteres* applicavano probabilmente l'espressione '*per eum stare*' trattando di un problema relativo alla *mora*. Qualunque sia il valore da assegnare qui a questo impiego riferito al comportamento del creditore,⁶⁷ è probabile che essi abbiano parlato negli stessi termini riguardo alla mora del debitore, invece che di *culpa debitoris*, come appare dall'attuale dizione di D. 45.1.91.3.

Peraltro, molto più rileva il fatto che D. 13.1.20 importa la riconduzione della decisione resa dai *veteres* al principio generale in materia di *mora*, che addossa il rischio al debitore.

⁶³ V. J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 13.

⁶⁴ Cfr. S. RICCOBONO JR., *Profilo storico*, cit., 210, che richiama la Glossa *ad h.l. (id est defendendo)*: ma *provocare* evoca l'idea della sfida.

⁶⁵ Cfr. S. RICCOBONO JR., *Profilo storico*, cit., 208 s.; J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 12 s. (con lett.); diversamente H. H. JAKOBS, *Culpa und interpellatio*, cit., 34 ss.

⁶⁶ V. D. 47.2.50.2 (Ulp. 37 *ad ed.*) *Recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo...* V. W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., 32.

⁶⁷ S. RICCOBONO JR., *Profilo storico*, cit., crede alla possibilità che l'espressione '*per me steterit*' possa alludere alla *mora accipiendi*, sebbene la decisione finisca per dipendere dal principio '*fur semper moram facere videtur*'.

Quel che per noi conta è che essi parlano qui non in termini di *perpetuare obligationem*, ma di permanenza dell'azione (*durare actionem*), senza alcuna considerazione del rapporto obbligatorio. La considerazione del rapporto obbligatorio appare, invece, in Paolo e, significativamente, nella indicazione della sua permanenza, attraverso l'impiego dello stesso verbo '*durare*', in alternativa del verbo '*perpetuare*', come testimoniato da

D. 46.1.58.1 (Paul. 22 *quaest.*) *Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio, veluti si moram fecit in Stichio solvendo et is decessit.*

12. Il discorso in termini di permanenza dell'azione da parte dei *veteres* si riscontra anche nella testimonianza parallela di

D. 13.1.8 pr. (Ulp. 27 *ad ed.*) *In re furtiva condictio ipsorum corporum competit: sed utrum tamdiu, quamdiu extent, an vero et si desierint esse in rebus humanis? Et si quidem optulit fur, sine dubio nulla erit condictio: si non optulit, durat condictio aestimationis eius: corpus enim ipsum praestari non potest.*

Il testo comincia con l'affermare che la *condictio* (*ex causa furtiva*) spetta riguardo alle stesse entità oggetto di furto. Ciò val quanto dire che la relativa *intentio* deve dedurre una pretesa di *dare oportere* avente ad oggetto le stesse cose furtive. Di qui il problema se l'azione possa spettare anche in caso di perimento di tali cose. E la risposta, data alla fine, è che la *condictio* '*durat*' in quanto, come sappiamo, fa valere la responsabilità che si concreta nel pagamento della *aestimatio*.

Questo è certamente il nucleo genuino della testimonianza. Ma, probabilmente, il testo ha subito alterazioni. Quanto alla parte su commentata, si presta a critica la specificazione della *aestimatio* attraverso il singolare '*eius*', laddove all'inizio si è parlato al plurale di '*corporum*',⁶⁸ a meno che con '*eius*' si sia fatto riferimento alla *res furtiva*, di cui si parla nelle parole iniziali, però troppo lontane. Banale appare, d'altra parte, la motivazione (*corpus enim ipsum praestari non potest*), data l'eventualità evidenziata precedentemente che le cose furtive possano essere perite.

Più grave è l'appunto che può rivolgersi contro la parte centrale del testo, che deduce l'alternativa che il *fur* abbia o no fatto offerta della *refurtiva*. Questa alternativa eccede, nella prima ipotesi presentata ('*si quidem optulit fur*'), in cui il verbo manca di oggetto,⁶⁹ i termini dell'affermazione iniziale, perché in questa ipotesi, si dice, senza dubbio non vi sarà *condictio*, laddove all'inizio si parla di una *condictio* che può esercitarsi. Né, riguardo alla ipotesi di offerta, si spende una parola per risolvere il dubbio, che poteva sorgere, se l'offerta del *fur* fosse sufficiente o occorresse anche l'accettazione del *derubato*. È probabile, perciò, che il tratto '*Et si quidem optulit...si non optulit*' sia di origine spuria. Può darsi che esso

⁶⁸ V. E. BETTI, *La condictio pretii del processo civile giustiniano*, in *Atti Torino* 51, 1915- 1916, 1028 s., che corregge '*eius*' in '*eorum*' (ma lo aveva mantenuto in *Sul valore della categoria 'contrahere' in giuristi proculiani e sabiniani*, in *BIDR* 28, 1915, 85).

⁶⁹ A. GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, in *AUPA* 11, 1923, 298, avanza sospetti anche sull'uso di '*si quidem*'; di '*sine dubio* e del futuro '*erit*'.

coinvolgesse un più lungo discorso, che i compilatori devono avere cancellato, per affermare drasticamente il principio per cui l'offerta da parte del *fur* lo libera, alla stregua di un debitore comune, anche se il derubato non accetta.

In conclusione, da D. 13.1.8 pr. andrebbe espunto il tratto '*Et si quidem - si non optulit*' per ragioni sostanziali e la chiusa '*corpus enim ipsum praestari non potest*', come osservazione banale, in quanto relativa al caso di perimento della *res furtiva*.⁷⁰ Va conservato, perciò, il tratto '*durat condictio aestimationis eius*', che doveva essere legato all'inizio del discorso. Si può pensare che esso menzionasse i *veteres* come autori dell'affermazione mantenuta per cui '*durat condictio*' e magari che esso contenesse una indicazione della ragione formulare (*condemnatio pecuniaria*) per cui sinteticamente si dice che la *condictio* che *durat* è della *aestimatio*⁷¹ '*eius*', cioè della *res furtiva* menzionata nelle prime parole (*In re furtiva*...).

Comunque, quel che per la nostra questione rileva è il fatto che per indicare la permanenza dell'azione in questa testimonianza di Ulpiano appaia usato lo stesso verbo '*durare*' che è presente nella testimonianza di D. 13.1.20, in cui Trifonino richiama espressamente il pensiero dei *veteres*. Se ne può trarre almeno l'ipotesi che anche Ulpiano avesse presente la terminologia usata dai *veteres*, anche se non li citava, come pure – l'abbiamo visto – è possibile pensare.

13. Il risultato che si può trarre dall'esegesi di D. 13.1.20 (Tryph. 15 *disp.*) e di D. 13.1.8 pr. (Ulp. 27 *ad ed.*) è che i *veteres* non hanno parlato di '*perpetuari obligationem*', ma di '*durare actionem*' (*condictionem*) almeno nel caso della *res furtiva*. Ciò induce a pensare che anche al di fuori del furto la permanenza del vincolo di responsabilità fosse predicata dai *veteres* in termini di '*durare actionem*'. Come vedremo di qui a poco,⁷² il verbo '*durare*' non appare usato nelle fonti solo per la *condictio*, ma, sia pure in rapporto a tematiche della permanenza dell'*actio* diverse, con riferimento ad ogni *actio*.

Ne risulta confermata l'idea che la vecchia dottrina aveva avanzato circa la traduzione in D.45.1.9.3 del discorso dei *veteres* in un discorso diverso. I *veteres* devono avere parlato non in termini di '*culpa debitoris*', ma di '*per debitorem*, (o meglio, in particolare, per es., *per promissorem*) *stare quominus det*'⁷³ (l'alterazione è probabilmente dovuta a semplificazione di origine postclassica). Essi non hanno impiegato il verbo *perpetuare*, ma il verbo *durare* e, quel che più rileva, devono averlo usato con riferimento all'azione e non al rapporto obbligatorio ('*perpetuari obligationem*') è la traduzione nel pensiero e nella espressione di Paolo del principio dei *veteres* riguardante il '*durare actionem*').

⁷⁰ A. GUARNERI CITATI, cit. 297 s. espunge arbitrariamente l'intera parte finale '*Et si quidem - praestari non potest*', sicché la questione posta all'inizio (se la *condictio* compete anche in caso di perimento della *res furtiva*) rimarrebbe senza risposta.

⁷¹ La specificazione (*aestimationis*) della *condictio* può apparire banale (v. contro A. GUARNERI CITATI, cit., 295 s.) come la motivazione finale '*corpus - non potest*', ma è eccessivo condannarla, come fa E. BETTI, *La condictio pretii*, cit., 1030 s., muovendo dalla tesi, che egli sostiene in questo lavoro, della non classicità della *condictio pretii*. La *condictio*, come è detto nelle parole iniziali, ha per oggetto la stessa refurtiva e la specificazione (*aestimationis*) vuol solo chiarire che essa dura, dato il suo tradursi nella mera responsabilità, che si concreta nella condanna pecuniaria alla *aestimatio*.

⁷² *Infra*, § 14 e nt. 86.

⁷³ Cfr. già A. PERNICE, *Labeo* II 2. 1², Halle 1900, 23; 134; O. GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris*, cit., 260 ss.

14. Se D. 13.1.20 e D. 13.1.8 pr. sono finora rimasti, per la problematica che trattiamo, quasi del tutto trascurati, non è stato solo perchè l'attenzione si è tradizionalmente concentrata su D. 45.1.91.3 (Paul.17 *ad Plaut.*), ma soprattutto perché essi sono stati letti attribuendo all'*actio* il valore di strumento processuale, cui la comune dottrina non esita a riconoscere la più alta antichità.⁷⁴

Questa concezione è, però, posta in crisi da elementari rilievi che concernono tanto la rappresentazione dell'*actio* come mero strumento, di carattere formale, avente la funzione di tutelare una distinta preesistente situazione sostanziale, quanto l'attribuzione a questo strumento del carattere processuale.

Ma il valore formale dell'*actio* è smentito dall'attestazione, nelle fonti, di un valore materiale.⁷⁵ D'altra parte, il carattere processuale è smentito dalla inesistenza stessa, nell'esperienza romana, almeno fino all'età classica, della nozione di processo.⁷⁶

A questi rilievi non possono essere qui dedicati che limitatissimi cenni,⁷⁷ riferentisi ad idee alle quali ho avuto già occasione di accennare⁷⁸ e che intendo presentare compiutamente svolte nella parte conclusiva del contributo *Per la storia dell'obligatio* che vado componendo.⁷⁹

Quanto al carattere materiale, esso risulta particolarmente, a voler limitare il discorso all'*actio in personam*, da quelle testimonianze giurisprudenziali nelle quali la nascita dell'azione è collegata non all'inadempimento della obbligazione, ma direttamente al fatto che la genera. In essi si dice che l'*'actio nascitur, oritur, paritur, renascitur, proficiscitur'*⁸⁰ e, perciò, deriva dalla causa del vincolo (un contratto, un delitto) e non dal diritto, dal rapporto obbli-

⁷⁴ Una fuggevole attenzione a questi testi, ma sempre nel quadro di questa concezione dell'azione, vi dedica G. PASTORI, *Profilo*, cit., 177 s. che si appella (v. *ante*, nt. 60) alla «connessione che, nel sistema romano, esiste tra l'*oportere* sostanziale e l'*oportere* processuale».

⁷⁵ Impiego questo termine, invalso nell'uso comune, per evitare l'impiego di 'sostanziale', che richiamerebbe inevitabilmente l'opposizione a 'formale', riferito specialmente all'attività processuale, anche se 'materiale' modernamente trova il suo opposto in 'formale'. Va avvertito che 'materiale' e 'formale', prima indistintamente compresenti in un valore iniziale complesso, si sono venuti distinguendo solo in progresso di tempo.

È solo una arbitraria congettura talora formulata dalla dottrina (M. KASER, *Das römische Privatrecht* I², cit., 224), priva di ogni verosimiglianza, che questo valore si dovrebbe ad uno sviluppo storico tardo, di cui non sono determinate le ragioni, laddove esistono inoppugnabili prove della emersione progressiva della distinzione del processo a fronte delle manifestazioni sostanziali del diritto.

⁷⁶ Sono insufficienti o addirittura conducenti alle concezioni opposte, indicate nel testo, le spiegazioni del fatto «che i Romani, anziché parlare il linguaggio dei diritti, usavano preferibilmente quello dell'*actiones*». Il Pugliese, che in questi termini ripete la comune rilevazione (v. G. PUGLIESE, v. Azione, in *NNDI* 2, Torino 1958, 27) ascrive questo fenomeno a molte e (ammette egli stesso) non sempre chiare cause: «l'importanza del momento giudiziario in un sistema fondato in larga parte sulla consuetudine e sulla elaborazione dei giuristi; il ruolo svolto dal pretore nel rinnovamento del diritto; l'assenza di una nozione che si attagliasse ai rapporti di credito». La ragione è una soltanto e la lamentata mancanza di chiarezza delle ragioni addotte svanisce con il loro ricondursi al fatto che tutta l'esperienza giuridica antica riposa sul comune denominatore dell'azione.

⁷⁷ Perciò tralascio, in generale, le indicazioni dei testi e della letteratura.

⁷⁸ Ne ho parlato nelle lezioni cit. in nt. 1.

⁷⁹ Parte III. *Actio. Iudicium. D. 44.7.51 (Cels. 3 dig.)*.

⁸⁰ Tale terminologia è indicata in M. KASER, *Das römische Privatrecht*. I², cit., 224.

gatorio che pure appare prodotto da quella causa.⁸¹ Nella concezione più antica il vincolo si risolve nel binomio atto – azione; nella concezione più recente, dacché la giurisprudenza ha creato l'*obligatio*, nel trinomio atto – *obligatio* – azione, in cui l'atto è divenuto causa anche della *obligatio* e questa è divenuta ragione della azione. Perciò - ma l'osservazione è tanto nota da rischiare di apparire banale - la denominazione delle *actiones in personam* reca comunemente il riferimento all'atto che ne è causa (*actio ex stipulatu; ex vendito; ex testamento* etc.) o della *res* che ne è oggetto (*actio rei venditae; creditae; locatae* etc.), non all'obbligazione come rapporto obbligatorio che esse fanno valere. Perciò '*actionem habere*' indica la titolarità del vincolo dal lato attivo. Corrispondentemente, il lato passivo del vincolo è predicato in termini di '*azione obligari*' (per cui, talora, è l'*obligatio* che appare fondata sull'*actio*'), di '*azione deberi*' e, come si dice che *actio tenet*, così si parla di '*azione teneri*' o, semplicemente, di *teneri*, per ellissi di '*azione*'. Perciò, l'*adstringere, obstringere* di cui al vincolo personale si deve - è osservazione quasi del tutto trascurata dalla dottrina - oltre che all'*obligatio*, come nella definizione di I. 3.13.pr., anche e, per noi prima, alla *actio*.⁸²

Questo valore materiale di *actio* emerge anche in relazione a vicende diverse dalla nascita. Perciò, in relazione alla sua cessazione, si usano espressioni del tipo '*actio amittitur, cessat, consumitur, finitur, perimitur, tollitur*'.⁸³ Perciò, in relazione al mantenimento del vincolo, non può sorprendere che sia usata, e sempre con valore materiale, non soltanto, come già risulta, l'espressione '*actionem manere*'.⁸⁴ Alla lista va aggiunta⁸⁵ anche l'espressione '*actionem durare*'⁸⁶ che abbiamo visto impiegata dai *veteres*, laddove nei testi classici appaiono le espressioni '*obligationem perpetuari, produci*'.

Di questo valore materiale dell'*actio* possiamo qui limitarci ad indicare la spiegazione fondamentale. Essa è data dal fatto che l'*actio*, prima ancora che esercizio di una attività (*agere*) è potere di esercizio della stessa (*agere posse*). Ciò dipende dal fatto che, a differenza che nell'esperienza moderna, l'*actio* non è astratta, ma implica una ragione fondata. È questo il *ius actionis* cui nelle fonti appare collegato il richiesto '*recte agere*'.

⁸¹ Sull'atto come *causa actionis* v. E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin 1918, 80 ss.

⁸² L'osservazione si deve a J. BINDER, *Prozess und Recht*, Leipzig 1927, 48, che cita D. 36. 1.55 (53) (Pap. 20 *quaest.*) e D. 50.1.17.15 (Pap. 1 *resp.*) per *adstringere*; cfr., per *obstringere*, D. 21.1.51.1 (Afr. 8 *quaest.*); D. 17.2.45 (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 50.17.60 (Ulp. 10 *disp.*); D. 23. 3.59.1 (Marcell. 7 *dig.*), citati anche da G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit. 318, nt. 1, che però trascura i testi che parlano di *azione adstringi*. Ma l'elenco può allungarsi e concerne lo stesso campo della presente ricerca: v. *infra*, § 15, riguardo all'uso di '*obstringi*' in D. 13.1.16 (Pomp. 38 *ad Q. M.*).

⁸³ V. M. KASER, *l. c.*

⁸⁴ V. *VIR.* III,2, 1764, 52 - 1765,7.

⁸⁵ Per M. KASER, cit., 224, nt. 9 «Eine Untersuchung des Problemkreises wäre erwünscht».

⁸⁶ Essa compare anche, con chiaro riferimento al valore materiale di *actio* in numerose testimonianze, alcune delle quali risalenti fino a Quinto Mucio: v. D. 44.7.56 (Pomp. 20 *ad Q. M.*); D. 47.2.77 (76) 1 (Pomp. 38 *ad Q. M.*); D. 4.5.8 (Gai 4 *ad ed. prov.*); D. 36.1.65 (63) 2 (Gai. 2 *fideic.*); D. 31.66.4 (Pap. 17 *quaest.*); D. 34.2.12 (Pap. 17 *quaest.*); D. 36.57 (55).5 (Pap. 20 *quaest.*); D. 12.2.11.2 (Ulp. 22 *ad ed.*); D. 6.1.27.2 (Paul. 21 *ad ed.*); D. 19.1.43 (Paul. 5 *quaest.*); D. 48.16.15.3 (Macer 2 *public.*). Per gli impieghi di *durare* con riferimento alla *obligatio* V. *VIR.* II, 422, 1-4. Mi propongo di esaminarli approfonditamente e di colmare, almeno su questo punto, la lacuna della dottrina denunziata dal Kaser.

Così si spiega - è il secondo rilievo che abbiamo fatto nella enunciazione della critica alla nozione corrente di azione come strumento processuale - come l'*actio* non abbia, di per sé, natura processuale. A negarle questa natura non sta semplicemente la facile constatazione che nelle fonti non è dato rintracciare la nozione di 'processo', se, come si deve, ci si accorda nell'identificare il processo giurisdizionale come una serie di atti finalizzati al giudizio. Quel che nelle fonti si trova è, bensì, '*iudicium*', ma tale termine indica fundamentalmente non il procedimento, ma l'atto del giudicare. Ora, è facile osservare che l'*actio* opera anche a prescindere dal giudizio, talora anche a prescindere da una *in ius vocatio*, e, comunque, *in iure* - senza sfociare nel giudizio - nei casi, che non devono apparire eccezionali, di *confessio in iure* (di *certa pecunia*), *indefensio* e *iusiurandum in iure delatum*. Il vero è che l'*actio* ha una natura propriamente esecutiva⁸⁷ e il giudizio è solo un incidente nell'*actio*, che può dar luogo, ma solo in caso di *defensio*, al procedimento *apud iudicem*.

15. Come abbiamo già accennato, la conferma del valore materiale dell'*actio* si può cogliere anche nel campo della presente ricerca.

Se leggiamo

D. 13.1.16 (Pomp. 38 *ad Q. M.*) *Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, condictio ne quoque ex furtiva causa obstringitur*⁸⁸...

possiamo osservare il ricorrere anche qui, attraverso la stessa espressione (*obstringere*) su rilevata, dell'idea per cui è l'azione, piuttosto che l'obbligazione, che vincola.

Ancor di più può trarsi da

D. 13.1.7.2 (Ulp. 42 *ad Sab.*) *Condictio rei furtivae, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat, nec tantum si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit: sed et si apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus vel non apud ipsum, post mortem tamen furis, dicendum est conditionem adversus heredem durare. Quae in herede diximus, eadem erunt et in ceteris successoribus*.⁸⁹

poiché non solo si ripresenta l'idea dell'azione che vincola (qui la *condictio obligat*), ma per la *condictio*, proprio in relazione al caso di perimento della *res furtiva*, ritorna l'espressione consueta, '*durare*', della quale risulta confermato l'uso con valore materiale.

⁸⁷ Questa qualifica è usata qui con una certa improprietà, opponendosi nel linguaggio moderno a 'dichiarativa', che allude alla pronunzia che enuncia la semplice spettanza di un diritto, non implicante di per sé la sua realizzazione. Si tratta ancora una volta, come nel caso, già visto *supra*, nt. 75, di 'materiale' a fronte di 'formale', di una delle tante opposizioni terminologiche imposte dallo sviluppo concettuale più recente.

⁸⁸ Mi limito qui a riportare solo la prima parte del testo, tralasciando di riferire il seguito, per l'esame della cui problematica v. P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano 1983, 90; 96 s., con cit. della vastissima lett.

⁸⁹ Nel trattare dell'applicazione del principio della trasmissibilità passiva della *condictio*, come azione reipersecutoria, all'erede del *fur*, il testo afferma, in conseguenza, la responsabilità dell'erede per il caso del perimento del *servus furtivus*, dovunque lo schiavo si trovasse al momento della morte. Della *condictio*, che è passata a carico dell'erede, si dice che dura contro di lui (come durava contro il *fur*). Sul testo v. anche, ad altro proposito, A.L. OLDE KALTER, *Condictio ex causa furtiva und dominium*, in TR 38, 1970, 128 s.

16. È in vista del carattere materiale dell'*actio* che va spiegata la definizione che ne dà Celso in

D. 44.7.51 (Cels. 3 *dig.*) *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi.*

Si tratta bene della definizione dell'*actio in personam* e il valore materiale sembra risultare già dal riferimento che il testo fa a '*quod sibi debeatur*', come oggetto del *persequi*. Ma il condizionamento imposto dal pensiero moderno ha portato a sostenere che il *ius* di cui qui si tratta sia un potere processuale di perseguire una distinta pretesa di natura sostanziale. Si è pensato, infatti, che qui *iudicium* abbia il valore di 'giudizio', al punto che, attribuendovi anche il valore di 'processo', si è proposta anche, da tempo, l'integrazione <*in iudicio*> (= 'nel processo').

Tale interpretazione è fuorviante rispetto alla corretta rappresentazione dell'*actio* che, nella sua autonomia, come abbiamo visto, può prescindere del tutto da un ricorso al giudizio. Se la si è sostenuta e difesa è perché si è trascurato quell'altro valore di '*iudicium*', per cui il termine si riferisce al programma astratto di giudizio (normalmente un programma contenuto nell'editto) che può essere, ma solo eventualmente, adottato dalle parti, mediante la *litis contestatio*, in vista del giudizio. È ad esso che, nel processo formulare, si fa riferimento *in iure*, anche in vista di una *confessio* o in rapporto ad una *indefensio* o ad un *iusiurandum in iure*, poiché esso contiene l'*actio*, laddove, precedentemente, nell'*agere per legis actiones*, si faceva riferimento semplicemente alla *actio*.

17. Restituita la definizione dell'*actio* al suo significato materiale, occorre rendersi conto donde possa essere derivato il suo risolversi nella pretesa ad ottenere '*quod sibi debeatur*'. Ho già avuto occasione di enunciare la tesi che simile svolgimento fu dovuto alla affermazione del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*' da parte dei sabiniani. Tutti i programmi di giudizio (è ben questo, nella formulazione del principio, il significato di *iudicia*) possono portare alla assoluzione del convenuto in caso di *satisfactio* dell'attore pur dopo la *litis contestatio*. Ora l'*actio* non è più diretta a realizzare il vincolo personale, in caso di mancata attuazione della previsione contenuta nell'atto vincolante, *causa* della *actio*, onere dal quale il convenuto poteva liberarsi pagando la *aestimatio* di cui alla *condemnatio pecuniaria*. La *satisfactio* è bene il contenuto di un vincolo personale che si atteggia nel senso di un rapporto obbligatorio diretto all'adempimento di una prestazione. Questo è uno svolgimento interpretativo dell'*actio* che si deve alla giurisprudenza classica.⁹⁰

⁹⁰ L'emersione della nozione di *obligatio* dall'*actio* e il suo porsi accanto all'*actio* si coglie in Gai. 3.180, ove lo *scriptum* dei *veteres* (*ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere*) riguarda la vicenda dell'*actio*, mentre viene ricondotto da Gaio alla *obligatio* (*Tollitur adhuc obligatio litis contestatione...*) con il conseguente grave pericolo di equiparazione della *litis contestatio* alla *novatio* (su Gai. 3.180 v. R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere*, cit., 660 ss).

Altrettanto significativa è la testimonianza di Gai. 4.78 *Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur; nulla enim omnino inter me et eum qui in potestate mea est obligatio nasci potest*. Il discorso non è limitato al rilievo della impossibilità di nascita dell'*actio* tra l'avente potestà e il sottoposto a

Celso, nonostante la sua appartenenza alla *secta* dei Proculiani, mostra di averlo accolto. Potrebbe farne fede, in un campo contiguo a quello toccato dalla presente indagine, già la sua affermazione ‘*Impossibilium nulla obligatio*’ (Cels., D. 50.17.185), che si riferisce alla impossibilità iniziale, se fosse certo che qui il termine ‘*obligatio*’ è usato nel senso di rapporto obbligatorio e non nel senso di atto vincolante.⁹¹

Ma proprio nel campo affine della impossibilità sopravvenuta, al quale torniamo, si può cogliere, come testimonianza di un travaglio di pensiero svolgentesi nello stesso senso, il principio della *purgatio morae*, da lui affermato secondo la notizia che ne dà il seguito, finora non esaminato, di

D. 45.1.91.3 (Paul. 17 *ad Plaut.*) ...*Et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. Et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur: nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, qua re non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?*⁹²

potestà e si estende, a mo’ di motivazione, al rilievo dell’impossibilità di nascita, tra gli stessi, dell’*obligatio*. Ma il mutamento dell’indicazione dei soggetti del vincolo (che si dice prima intercorrente tra *filius-pater* e *servus-dominus*, dopo ‘*inter me et eum qui in potestate mea est*’) è indizio della diversa paternità dell’enunciazione iniziale, probabilmente dovuta all’archetipo, e della motivazione successiva, probabilmente dovuta a Gaio. Lo svolgimento del discorso in termini di *obligatio* era possibile a Gaio, dato l’avvenuto riconoscimento, all’inizio dell’età classica, della nozione di *obligatio* da atto lecito e l’estensione alla figura della *obligatio ex delicto* (cfr. F. DE VISSCHER, *Les origines de l’obligation ‘ex delicto*’, in *Études de droit romain*, Paris 1931, 278, che rileva che ‘uno stesso autore difficilmente può avere scritto che non nasce alcuna azione e che il motivo di ciò è che nessuna obbligazione può nascere’. Contro, G. FALCONE, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, in *Obligatio – obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, 2011, 42, nt. 55. Diversamente G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit., 153 s., per cui la portata dell’aggiunta sarebbe stata quella di evidenziare come l’*actio* si connetta ad una ragione fondata).

Nello stesso senso va ricordato il largo fenomeno di sostituzione nei testi della compilazione giustiniana di ‘*obligatio*’ ad ‘*actio*’ (v., per es., indipendentemente dall’angolo visuale qui assunto, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* II, Roma 1928, 9, nt. 1; G. SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi Bonfante* III, Milano 1930, 520), resa possibile dal senso materiale di *actio*. Questa sostituzione ricorre, tanto per fare un esempio, 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 συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem < actionem > [obligationem]...* (v. per la diagnosi dell’alterazione R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, AUPA 37, 1983, 217 s.: è particolarmente significativo che qui ‘*obligationem*’ venga a trovarsi al posto di ‘*actionem*’ dopo il precedente impiego genuino di ‘*obligationem*’ nel senso di ‘atto vincolante’).

È da ricordare che il fenomeno di sostanzializzazione dell’*actio* porta alla rappresentazione dell’*obligatio* come *mater actionum* (PT. 3.13. pr. Cfr. le rubriche ‘*De obligationibus et actionibus*’ di D. 44.7 e C. 4.10).

⁹¹ Rimane dubbio per W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., 100.

⁹² Sul testo v. S. RICCOBONO JR., *Profilo storico*, cit., 16 ss. (con lett. 17, nt. 3); P. CERAMI, *La concezione celsiana del ius*, in AUPA 38, 1985, 96 ss., con lett. (97, nt. 171); J. D. HARKE, *Argumenta Iuventiana*, Berlin 1999, 134 ss. (con altra lett.: 134, nt. 556); *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 21; 26 s.; A. MANTELLO,

Messa da parte, come di immediata comprensione, l'ipotesi di impossibilità sopravvenuta cagionata dal *promissor*, si affronta la incerta questione, relativa al caso della mora, se la mora 'precedente' (questo appare il senso di '*superior*'⁹³) possa emendarsi, ove chi ha fatto il ritardo (*moratus sit*)⁹⁴ non sia stato successivamente in mora.

Al riguardo viene citata l'opinione di Celso '*adulescens*', secondo cui chi ha commesso una mora nella prestazione dello schiavo che aveva promesso può emendare quella mora con una offerta successiva (della prestazione dovuta).

Nella interpretazione di questa parte della testimonianza è apparso dubbio il significato di '*adulescens*'. Per qualcuno⁹⁵ il termine sarebbe stato usato per distinguere Celso figlio dal giurista padre. Più probabile appare il riferimento all'età giovanile, come dato significativo della passionalità polemica⁹⁶ propria di Celso, qui precocemente manifestata in una questione '*de bono et aequo*', quale quella trattata, contro il frequente errore in cui si poteva cadere, con gravissime conseguenze, seguendo l'*auctoritas* della *iusuris scientia*. Ma l'aggettivo potrebbe indicare, come vedremo, un percorso scientifico iniziato dal giurista in una direzione, che sfocia proprio nella sua definizione dell'*actio*.

Più grave problema, generalmente non avvertito, riguarda la portata che assume nello stesso testo il termine *mora*. Pare difficile, invero, ritenere che qui il termine indichi, conformemente al significato moderno, senz'altro, la situazione del debitore che si trova in ritardo nell'adempimento. Vero è che questa prospettiva non manca nella impostazione della questione (*an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora*), ma si tratta solo della situazione in cui si risolve la mora di cui si tratta. La mora, di cui è problema se si estingue, è una mora precedente ('*superior*'), posta in essere da chi '*moratus sit*', 'abbia ritardato', abbia compiuto un fatto, seppur omissivo (di qui l'espressione consueta: '*moram facere*'⁹⁷),

La retorica, cit., 123 ss., nell'interessante prospettiva della retorica. Ho traslasciato il periodo finale (*Nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, qua re non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?*) che J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 83 ritiene genuino, contro A. GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, in AUPA 11, 1923, 230; per la sua interpretazione v. C. A. CANNATA, cit. in nt. 107.

⁹³ V. A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, cit. 290 (= *Compromissum e cautio vadimonium sisti*, cit., 669). A. GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, in BIDR 11, 1923, 230, nt. 1 sospetta della genuinità di '*superior mora*', perché «non c'è punto una prima mora a cui il *superior*, sia pure impropriamente, possa riferirsi, esso dunque deve significare la mora di cui sopra». E così coinvolge nel sospetto '*eam moram*'.

⁹⁴ Cfr., nel precedente § 1 di D. 45.1.91, '*nisi posteaquam moratus est solutionem*', che abbiamo tradotto (*supra*, § 4, nt. 23) col parlare del caso 'abbia ritardato la *solutio*', mantenendo, nella forma verbale '*moratus est*', il riferimento all'atto concernente l'oggetto costituito dalla *solutio*. C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità*, cit., 118, traduce invece: «a meno che un qualche evento del genere che abbiamo preso in considerazione non sia intervenuto durante la mora del promittente stesso», trasformando, nel dire «durante la mora», l'atto del ritardo in situazione di ritardo.

⁹⁵ V. in questo senso ultimamente A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano*, in SDHI 69, 2003, 43 s.; V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Traiano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979, 118, però non così reciso (ivi, 118, nt. 40, altre cit.).

⁹⁶ V. S. RICCOBONO JR., *Profilo storico*, cit., 197. Ammette la possibilità del riferimento all'età giovanile A. MANTELLO, *La retorica*, cit., 141 s.

⁹⁷ Per l'indicazione della mora come *factum* v. D. 46.1.58.1, richiamato da C. A. CANNATA, *Per lo studio*, cit., 92, su cui *supra*, § 4, nt. 22; § 11. A questa indicazione corrispondono gli innumerevoli impieghi dell'espressione '*moram facere*' (v. *VIR.* III/2, 1958, 30-52; 1959, 1-24); ma anche dell'espressione '*mora*

di cui è da stabilire se il debitore possa fare la *purgatio* (il testo dice, appunto, ‘*emendare e a m moram*’) facendo successivamente (*postea*) un’offerta⁹⁸.

Questa interpretazione, al di là degli spunti rilevati che in suo favore può offrire la più stretta aderenza della traduzione al testo, è resa probabile dalla individuazione della ragione di coloro ai quali Celso si opponeva. Che questi fossero soltanto dei pratici, caduti in errore nell’applicazione degli insegnamenti dei giuristi,⁹⁹ non pare. Celso ha l’aria di prendersela proprio con la *iuris scientia*.¹⁰⁰ Ma quale poteva essere la posizione opposta?

fi t’ (v. *VIR.*, cit., 1957, 23-49) a fronte del limitatissimi impieghi dell’espressione ‘*in mora esse*’ (v. *VIR.*, cit., 1961, 30-38).

Al di fuori della traduzione che proponiamo della testimonianza di Celso, evidenzia questo significato di *mora*, rispetto al significato moderno di ‘situazione giuridica’, J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 26 s. (contro, C. A. CANNATA, *Iura* 57, 2008-2009, 308, per cui tanto la nozione moderna che quella romana di *mora* «corrispondono ad una situazione giuridica il cui inizio risiede in un fatto consistente nella violazione di un dovere») per individuare la posizione che assumevano gli avversari di Celso («Wäre – wie heute – *mora* des Schuldners ein Rechtszustand, würden auch Celsus’ Gegner nicht leugnen wollen, daß sie durch ein nachfolgendes Angebot endet’... Daß Celsus’ Gegner sich dieser Möglichkeit verschließen, ist deshalb so kritikwürdig, weil sie die *mora* damit wie eine Tatsache behandeln, die, einmal eingetreten, nicht mehr ungeschehen zu machen ist. *Mora* ist jedoch nur die Rechtsbezeichnung eines Verstoßes gegen die Pflicht zur rechtzeitigen Leistung»: p. 26). «Quel che Celso faceva» (rendo il pensiero di J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit. 27, con le parole di C. A. CANNATA, cit., 288) «era invece di chiarire il carattere normativo dell’elemento *mora* della fattispecie, costruendone la nozione non solo dalla violazione del dovere di prestazione tempestiva, ma anche dal comportamento successivo del debitore e dal rapporto di tale comportamento con il perimento della cosa». Con ciò, per J. D. Harke, Celso, ‘senza volerlo’ ha posto in dubbio il concetto stesso di *perpetuatio obligationis* ed evidenziato la sua intima contraddizione, consistente da un lato nel prolungamento all’indietro (dalla *litis contestatio* all’inizio della *mora*) del momento rilevante per la determinazione dell’interesse del creditore, dall’altro nel fatto che l’evento che produce la responsabilità, cioè, per Harke, il perimento della cosa, si verifica solo dopo questo momento. Occorre rilevare che, se si sta all’idea romana di responsabilità come esposizione all’*actio* (*actione teneri*), l’estinzione della cosa non produce la responsabilità potenziale (*agere posse*) che esiste, come primaria, in dipendenza del valore materiale dell’*actio* (su cui v. *supra*, § 14 ss.), fin dal momento del compimento dell’atto vincolante, ma la responsabilità secondaria, come esposizione all’azione in concreto (*agere*) dipendente dal fatto della *mora* e dal perimento della cosa che concretizza questa responsabilità.

⁹⁸ Avverte, evidentemente, le particolarità delle espressioni usate nel testo, come già A. Guarneri Citati (v. *supra*, nt. 93), H. SIBER, *Römisches Recht*, cit., 254, ma, invece di tentarne una spiegazione in un ordine di idee diverso da quello consueto, per cui la *mora* è rappresentata, anche dopo l’età classica, unicamente come ‘situazione giuridica’, se ne sbarazza, segnando nel testo le atetesi [*Haesitatur- superior mora, Et*]; [, *qui moram fecit – promiserat*] e [*eam*].

⁹⁹ È questa l’interpretazione, peraltro isolata, di C. A. CANNATA, in *Iura* 57, 2008 – 2009, 287, nt. 5: ‘*sub auctoritate iuris*’ indicherebbe il valersi da parte di avvocati, «di enunciati di giuristi che si riferivano alla *mora* e alla *perpetuatio* in generale e quindi erano citati a sproposito» e richiama la «difficoltà che i pratici non giuristi dovevano avere per maneggiare i concetti raffinati della responsabilità nel diritto privato». L’opinione comune è nel senso di una presa di posizione, diffusa tra i giuristi, in nome del ‘*bonum et aequum*’ (v. specialmente S. RICCOBONO JR., *profilo storico*, cit., 198; V. SCARANO USSANI, *Cultura e politica*, cit., 119; P. CERAMI, *La concezione celsina*, cit., 97 s.; A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, cit., 44 s.; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., 185 s.) contro una diversa tendenza giurisprudenziale, ma il discorso è spesso condotto in termini generali, senza cercare di stabilire compiutamente quale fosse la posizione assunta dai giuristi avversari da Celso in rapporto alla questione della *purgatio morae* specificamente trattata nel testo.

¹⁰⁰ Al riguardo occorre stabilire a quale epoca risalga l’emersione del problema della *emendatio morae*. J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit., 81, sostiene che l’elaborazione della *purgatio morae* risale

Non deve sorprendere che essa possa risultare da un caso che ha un certo collegamento con quello di D. 45.1.91.3 e che è trattato dallo stesso Celso. Ne parla

D. 4.8.23 pr. (Ulp. 13 *ad ed.*) *Celsus ait, si arbiter intra kalendas Septembres dari iusserit nec datum erit, licet postea offeratur, attamen semel commissam poenam compromissi non evanescere, quoniam semper verum est intra kalendas datum non esse: sin autem oblatum accepit, poenam petere non potest doli exceptione removendus.*

Il caso nasce da una *stipulatio poenae* relativa ad un *compromissum*, per cui l'*arbiter* ha stabilito che si dia 'intra kalendas Septembres'. Il debitore non ha dato nel termine stabilito e, tuttavia, successivamente ha fatto l'offerta. Ma, a differenza che in D. 45.1.91.3, Celso non riconosce in D. 4.8.23 pr. all'offerta l'effetto estintivo proprio della *emendatio morae* (*attamen commissam poenam compromissi non evanescere*). Perciò il creditore può agire con l'*actio ex stipulatu* per la *poena*. La sua pretesa è fondata *iure civili* e può essere respinta solo con l'*exceptio doli*.

Qui non importa render conto della ragione della diversità di trattamento, che è stata scorta nella rigidità del regime della *stipulatio poenae*.¹⁰¹ Quel che ci si può limitare a rilevare è che la motivazione contenuta in D.4.8.23 pr. ('*semper verum est intra kalendas datum non esse*') connette la mora al fatto di non avere pagato.¹⁰²

Ciò è precisamente corrispondente a quel che abbiamo rilevato nella traduzione di D. 45.1.91.3, in cui la mora appare fondamentalmente nella prospettiva del fatto che crea la situazione di ritardo. Non sembra perciò azzardato supporre che questa sia stata la concezione dei giuristi avversati da Celso.¹⁰³ Invece Celso, nell'ammettere in generale, superando le esitazioni della *iuris scientia*, la possibilità in ragione di una valutazione *ex bono et aequo* - circa una questione fonte di frequenti errori - che la mora sia emendata da un'offerta successiva, consente una rappresentazione della mora, oltre che come fatto cagionante il ritardo iniziale, come conseguente situazione di ritardo, che trova espressione nella sopra evidenziata impostazione del problema (*an si postea in mora non fuerit*).¹⁰⁴

essenzialmente agli alto classici Celso, Giuliano e Marcello. Tanto il dimensionamento contenuto in 'essenzialmente' che la qualifica di 'alto classici' fanno pensare ad una emersione precoce. D'altra parte, C. A. CANNATA, in *Iura* 57, 2008-2009, 311 gli oppone la testimonianza di Sab. *ap. Jav. 2 epist.*, D. 45.1.105, in cui la soluzione di Sabino si vale evidentemente della nozione di *purgatio morae*. Il riconoscimento della possibilità di *purgatio morae* deve essere attribuito non solo a Sabino, ma anche alla sua scuola, dato l'accoglimento da parte dei sabiniani del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*'. Ammessa l'efficacia liberatoria dell'offerta *post litem contestatam*, doveva essere ancor più facile ammettere l'efficacia liberatoria di cui alla *purgatio morae*. Perciò si può ipotizzare che Celso si opponesse alle esitazioni di giuristi della sua *secta*. Si tratta forse (come vedremo *infra*, § 18) di un primo passo su quella via che dovette condurlo, attraverso l'accoglimento anche da parte sua del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*', alla definizione dell'*actio* come potere di ottenere la prestazione.

¹⁰¹ V. gli interessanti rilievi di A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, cit., 286 ss.; 342 e nt. 46; *Compromissum e cautio vadimonium sisti*, cit., 665 ss. L'indagine relativa al regime della *stipulatio poenae* indica una linea di ricerca di grande rilievo per la individuazione dei caratteri originari del vincolo personale, data l'importanza che nella sua storia appare con evidenza doversi riconoscere proprio alla *stipulatio poenae*.

¹⁰² Il merito del rilievo va a J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris*, cit. 26.

¹⁰³ Concordo con J. D. HARKE, *l.c.*

¹⁰⁴ Non si può escludere che la possibilità di questa rappresentazione sia apparsa anche a quanti, se

18. In vista di questa rappresentazione della mora può formularsi una ipotesi, che rende conto di quello che dovette essere il percorso seguito da Celso nello svolgimento del suo pensiero.

Forse il primo passo fu rappresentato per lui, ancora *adulescens*, dalla dottrina della mora. Il riconoscimento della mora come situazione giuridica era coerente con la nozione di rapporto contrattuale, implicante responsabilità, che egli doveva riconoscere come proculiano.¹⁰⁵ Pertanto egli doveva ammettere l'offerta successiva di cui alla *purgatio morae* come causa di estinzione della responsabilità nascente dall'*actio*.¹⁰⁶ Ma i sabiniani erano venuti riscendo, per tutti i *iudicia*, l'efficacia liberatoria anche alla offerta successiva, *post litem contestatam*. Ciò li aveva condotto a rappresentarsi il vincolo personale non come rapporto di responsabilità, ma come rapporto di debito, implicato nella *obligatio*, in quanto tutelato da azione. Questo passo appare già compiuto da Giavoleno. Muovendo dalla posizione assunta riguardo alla mora, che non a caso Giuliano, allievo di Giavoleno, condivide, Celso deve avere trovato facile accettare la dottrina sabiniana ed ammettere che il soggetto vincolato potesse liberarsi con un adempimento tardivo, anche *post litem contestatam*. Compiuto questo passo, la via fu aperta alla definizione dell'*actio* in senso, pur sempre materiale, di potere di perseguire attraverso il programma, anche astratto, di giudizio, '*quod sibi debeatur*', volto perciò ad ottenere la prestazione propria del rapporto obbligatorio.

19. Il riconoscimento della *obligatio* dovette portare di fronte a problemi nuovi. È in questa prospettiva che va studiata la testimonianza di

D. 45.1.91.6 (Paul. 17 *ad Plaut.*) *Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit: sed et acceptum ei posse ferri creditur et fideiussorem accipi eius obligationis nomine. Novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus. Ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Iuliano placet.*

ve ne furono, che pur fra i proculiani ammisero la *purgatio morae* prima di Celso. L'idea del rapporto non doveva essere nuova tra essi, potendosi far risalire allo stesso Labeone, al di là della nozione di contratto, quella di rapporto contrattuale, comunque generante responsabilità, non ancora, tuttavia, quella di rapporto obbligatorio, generante obbligo di adempimento [v. sul punto R. SANTORO, *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)*, cit., 577 s.]. Perciò essi potevano essere propensi ad ammettere la *purgatio* della mora come ritardo anche con offerta successiva. Fatto sta che '*in mora esse*' appare già in D. 45.1.113.1 (Proc. 2 *epist.*): *Cum venderet aliquis, promisit emptori fideiussores praestari et rem venditam liberari: quae ut liberetur, nunc desiderat emptor: in mora est is, qui ea stipulatione id furutum promisit: quaero quid iuris sit. Proculus respondit: tanti litem aestimari oportet, quanti actoris interest.* (Tralascio ogni rilievo circa la genuinità del testo e la sua strutturazione). Nel *principium* il trattamento della *mora* nella *stipulatio poenae* da parte di Proculo sembra in contrasto con quello che dovrebbe essere l'atteggiamento della *secta* che da lui prende il nome. M. TALAMANCA, v. *Pena privata (dir. rom.)*, in *Enc. dir.* 32, 1982, 721 e nt. 77, ne deduce la possibilità di ipotizzare una divergenza tra giuristi che corresse anche all'interno delle scuole.

¹⁰⁵ Cfr. nt. prec.

¹⁰⁶ Si può perciò ipotizzare che a questa possibilità abbiano pensato prima di lui anche altri giuristi proculiani e che la questione affrontata da Celso fosse interna alla sua scuola: vedi nt. 104 i.f.

relativa alla possibilità di applicare al rapporto obbligatorio perpetuo la *acceptilatio*, la *fideiussio*, la *novatio*.¹⁰⁷

A questi problemi dogmatici posti dalla giurisprudenza romana dell'età classica, come a quelli giustapposti dalla dogmatica contemporanea,¹⁰⁸ non posso qui dedicare l'attenzione che meritano.

Quel che intanto ho voluto stabilire, e di cui confido si possa prendere atto, è solo il punto di partenza di una vicenda storico-dogmatica che muove dall'idea della permanenza del vincolo personale inteso come soggezione all'*actio* (*actione teneri*, originariamente inteso come responsabilità primaria, in relazione al primigenio valore materiale dell'*actio*) prima che dal suo seno la giurisprudenza classica traesse la nozione di *obligatio* e potesse parlare, in conseguenza, di *durare, produci, perpetuari obligationem*.

Ciò non significa che i problemi della dogmatica antica e moderna debbano essere trascurati. Gli uni, come anche gli altri, reciprocamente illuminantisi, esigono una considerazione adeguata, se si muova – come ritengo si debba – dall'idea per cui il diritto si risolve nella totalità dell'esperienza giuridica e la sua conoscenza, che ne è parte integrante, nella rappresentazione storiografica di tutte le sue manifestazioni.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Sul testo v. già C. A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt*, cit., 98 s. Cfr. *Cunabula iuris*, in *Studi Brogginì*, Milano 2002, 72 s.

¹⁰⁸ Mi riferisco particolarmente al lavoro di J. D. HARKE, *Mora creditoris und mora debitoris*, cit., in cui la trattazione dei problemi storici è accompagnata, in chiave critica, dalla trattazione di problemi dogmatici della cd. *perpetuatio obligationis* relativi alla mora, che tiene conto degli orientamenti del pensiero contemporaneo, e alla minuta rassegna che ne ha fatto C. A. CANNATA, in *Iura* 57, 2008-2009, 281 ss. Una attenta riconsiderazione merita in particolare, proprio in vista della sostituzione della *obligatio* alla *actio in personam*, il fenomeno del *perpetuari* in relazione alla mora, come causa di responsabilità da non confondere con il rischio del perimento della cosa che vi è ricondotto come conseguenza (sul punto v. *supra*, nt. 28).

Un ampio quadro delle problematiche relative al '*perpetuari obligationem*', con indicazione degli orientamenti preferibili, è presentato da A. TORRENT, *Perpetuatio obligationis*, cit., in vista di un lavoro da dedicare al tema.

¹⁰⁹ Cfr., sulla mia concezione dell'esperienza giuridica, la messa a punto rispetto al pensiero di Bernardo Albanese, in R. SANTORO, *Un ricordo di Bernardo Albanese*, in *Scritti minori*, II Torino 2009, 648. La mia insistenza sul momento dell'*actio*, da cui si è svolta per me tutta l'esperienza giuridica, e la connessa accentuazione del suo carattere dinamico valgono a distinguere il mio pensiero da quello di Riccardo Orestano, di cui seguo l'orientamento di massima.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato Scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 31 maggio, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2014
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Palermo)

